



**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO**

**ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE  
CHILE, DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2011, EN RELACIÓN AL MATRIMONIO  
IGUALITARIO**

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

**JUAN PABLO PINTO MONTERO**

**PROFESOR GUÍA: AUGUSTO MANUEL QUINTANA BENAVIDES**

**SANTIAGO, CHILE**

**2017**



## TABLA DE CONTENIDO

	Página
Tabla de Contenido.....	3
Resumen.....	9
Introducción.....	11
1. Capítulo 1: Elementos Históricos / Consideraciones Generales.....	17
1.1. Origen natural o civil de la institución matrimonial.....	21
1.1.1. Posiciones cercanas al tradicionalismo (iusnaturalismo).....	21
1.1.1.1. Razonamientos del Tribunal Constitucional de Chile.....	21
1.1.1.2. Razonamientos del Tribunal Constitucional de España.....	27
1.1.1.3. Doctrina.....	31
1.1.2. Posiciones cercanas al reformismo (civilismo).....	41
1.1.2.1. Razonamientos del Tribunal Constitucional de Chile.....	41
1.1.2.2. Doctrina.....	45
1.2. Estatismo o dinamismo del matrimonio, en relación a la diferencia de sexos como elemento de su esencia.....	53
1.2.1. Posiciones cercanas al tradicionalismo (estatismo).....	55
1.2.1.1. Razonamientos del Tribunal Constitucional de Chile.....	55
1.2.1.2. Razonamientos del Tribunal Constitucional de España.....	59
1.2.1.3. Doctrina.....	61

1.2.2. Posiciones cercanas al reformismo (dinamismo).....	69
1.2.2.1. Razonamientos del Tribunal Constitucional de Chile.....	69
1.2.2.2. Razonamientos del Tribunal Constitucional de España.....	73
1.2.2.3. Doctrina.....	77
1.3. Conclusiones.....	81
2. Capítulo 2: Elementos Literales / Consideraciones Generales.....	87
2.1. La familia y su protección en la Constitución Política de la República.....	91
2.1.1. Posiciones cercanas al tradicionalismo (lógica familiar heteroparental).....	91
2.1.1.1. Razonamientos del Tribunal Constitucional de España.....	93
2.1.1.2. Doctrina.....	97
2.1.2. Posiciones cercanas al reformismo (lógica familiar diversa).....	105
2.1.2.1. Razonamientos del Tribunal Constitucional de Chile.....	105
2.1.2.2. Doctrina.....	111
2.2. Carácter heterosexual del matrimonio en el Código Civil y en la Ley de Matrimonio Civil de Chile.....	115
2.2.1. Posiciones cercanas al tradicionalismo (defensa de la exclusividad heterosexual).....	115
2.2.1.1. Razonamientos del Tribunal Constitucional de Chile.....	115
2.2.1.2. Doctrina.....	117
2.2.2. Posiciones cercanas al reformismo (cuestionamiento de la exclusividad heterosexual).....	119
2.2.2.1. Doctrina.....	121

2.3. El derecho a contraer matrimonio y la protección de la familia en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.....	125
2.3.1. Posiciones cercanas al tradicionalismo (matrimonio exclusivamente heterosexual y concepto restringido de familia).....	125
2.3.1.1. Razonamientos del Tribunal Constitucional de Chile.....	125
2.3.1.2. Doctrina.....	127
2.3.2. Posiciones cercanas al reformismo (matrimonio igualitario y concepto plural de familia).....	131
2.3.2.1. Razonamientos del Tribunal Constitucional de Chile.....	131
2.3.2.2. Doctrina.....	135
2.4. Conclusiones.....	137
3. Capítulo 3: Elemento Sistemático / Consideraciones Generales.....	143
3.1. La reserva legal del matrimonio.....	147
3.2. La definición heterosexual de matrimonio frente a las garantías constitucionales.....	155
3.2.1. Posiciones cercanas al tradicionalismo (reserva heterosexual no vulneradora de garantías constitucionales).....	155
3.2.1.1. Razonamientos del Tribunal Constitucional de Chile.....	155
3.2.1.2. Doctrina.....	163
3.2.2. Posiciones cercanas al reformismo (reserva heterosexual vulneradora de garantías constitucionales).....	167
3.2.2.1. Razonamientos del Tribunal Constitucional de Chile.....	167
3.2.2.2. Doctrina.....	173

3.3. La definición heterosexual de matrimonio frente a los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.....	177
3.3.1. Posiciones cercanas al tradicionalismo (reserva heterosexual no vulneradora de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos).....	179
3.3.1.1. Razonamientos del Tribunal Constitucional de Chile.....	179
3.3.1.2. Doctrina.....	181
3.3.2. Posiciones cercanas al reformismo (reserva heterosexual vulneradora de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos).....	185
3.3.2.1. Razonamientos del Tribunal Constitucional de Chile.....	185
3.3.2.2. Doctrina.....	187
3.4. Conclusiones.....	191
4. Capítulo 4: Elemento Teleológico / Consideraciones Generales.....	195
4.1. La procreación como fin del matrimonio ante la demanda de matrimonio entre personas del mismo sexo.....	199
4.1.1. Posiciones cercanas al tradicionalismo (procreación como fin esencial del matrimonio).....	199
4.1.1.1. Razonamientos del Tribunal Constitucional de Chile.....	199
4.1.1.2. Razonamientos del Tribunal Constitucional de España.....	203
4.1.1.3. Doctrina.....	205
4.1.2. Posiciones cercanas al reformismo (procreación como eventualidad del matrimonio).....	211
4.1.2.1. Razonamientos del Tribunal Constitucional de Chile.....	211
4.1.2.2. Doctrina.....	213

4.2. Finalidades de las transformaciones recientes del Derecho de Familias. Proyección del Matrimonio Igualitario.....	215
4.2.1. Posiciones cercanas al tradicionalismo (transformaciones perjudiciales para la familia).....	215
4.2.1.1. Doctrina.....	217
4.2.2. Posiciones cercanas al reformismo (transformaciones beneficiosas para la familia).....	221
4.2.2.1. Razonamientos del Tribunal Constitucional de Chile.....	221
4.2.2.2. Doctrina.....	223
4.3. Teleología de la Constitución Política frente a la demanda de matrimonio entre personas del mismo sexo.....	227
4.3.1. Posiciones cercanas al tradicionalismo.....	227
4.3.1.1. Razonamientos del Tribunal Constitucional de Chile.....	227
4.3.1.2. Razonamientos del Tribunal Constitucional de España.....	231
4.3.1.3. Doctrina.....	233
4.3.2. Posiciones cercanas al reformismo.....	243
4.3.2.1. Razonamientos del Tribunal Constitucional de Chile.....	243
4.3.2.2. Razonamientos del Tribunal Constitucional de España.....	255
4.3.2.3. Doctrina.....	257
4.4. Teleología de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos frente a la demanda de matrimonio entre personas del mismo sexo.....	281
4.4.1. Posiciones cercanas al tradicionalismo.....	281
4.4.1.1. Razonamientos del Tribunal Constitucional de Chile.....	281

4.4.1.2. Doctrina.....	289
4.4.2. Posiciones cercanas al reformismo.....	291
4.4.2.1. Razonamientos del Tribunal Constitucional de Chile.....	291
4.4.2.2. Doctrina.....	297
4.5. Conclusiones.....	303
Conclusiones generales, reflexiones finales y recomendaciones.....	309
Bibliografía.....	315

## **RESUMEN**

En época reciente, y con cada vez más fuerza, se han hecho escuchar las voces del movimiento de la diversidad sexual, el cual exige el acceso al matrimonio a parejas homosexuales. Lo que hace algunos años no admitía discusión hoy se ha vuelto un debate de interés nacional, donde gran parte de los actores de la sociedad civil tienen algo que decir.

Esta demanda necesariamente pasa por modificar algunas de nuestras normas, y es ahí donde se contraponen las razones de quienes ven en esta posibilidad un progreso en el respeto de los derechos civiles y constitucionales fundamentales, en oposición a quienes temen una posible degradación de la familia.

Hace unos años, el conflicto llegó hasta el mismo Tribunal Constitucional, cuyo pronunciamiento ha abierto aún más el marco de estudio. Esta investigación pretende ser un ejercicio de reflexión al respecto, abordando la problemática desde algunas de sus más importantes perspectivas, como lo son la histórica, la literal-conceptual, la sistemática y la teleológica, sobre la base de los preceptos constitucionales, normas civiles e instrumentos internacionales de Derechos Humanos involucrados.



## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se plantea una misión muy clara: exponer algunas de las más relevantes razones jurídicas que sustentan las distintas posiciones en la pugna por el matrimonio igualitario: por un lado, las de quienes creen que el matrimonio entre parejas compuestas por personas del mismo sexo debe tener plena cabida en nuestra legislación dado su apego a las disposiciones constitucionales y a los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por el Estado de Chile y actualmente vigentes. Por otro, las de aquellos que se oponen a tal visión y defienden la mantención de la institución matrimonial como hasta hoy. Desde luego, también expondré mis propias conclusiones cuando sea oportuno.

Para lograrlo, inevitablemente se requiere contrarrestar las posiciones de mayoría expresadas por el Tribunal Constitucional a fines del año 2011. Es aquí donde encontramos la razón de ser de esta obra: desde el mes de septiembre del año 2010 se sucedieron diversos episodios procesales en que tres parejas compuestas exclusivamente por personas del sexo masculino intentaron que el Estado, a través del Servicio de Registro Civil e Identificación, reconociera válidamente su derecho a contraer matrimonio en Chile.

Las parejas estaban compuestas por las siguientes personas: en primer lugar, los señores César Antonio Peralta Wetzel y Hans Harold Arias Montero, quienes

solicitaron hora para contraer matrimonio. En segundo lugar, los señores Víctor Manuel Arce García y José Miguel Lillo Isla, quienes solicitaron se reconociera su matrimonio válidamente celebrado en Argentina. Por último, los señores Stephane Abran y Jorge Manuel Mardones Godoy, quienes pidieron se reconociera su matrimonio válidamente celebrado en Canadá. Las tres parejas hicieron esta solicitud a la oficial del Registro Civil de Santiago, doña Juana Soto Silva.

Como era de esperarse, las tres solicitudes fueron rechazadas. La primera con base en que la actual legislación chilena, en el artículo 102 del Código Civil (en adelante, “CC”), establece claramente que el contrato de matrimonio sólo puede celebrarse válidamente entre un hombre y una mujer<sup>1</sup>. Las otras dos lo fueron con base en el artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil<sup>2</sup>, que habilita el reconocimiento de los matrimonios celebrados válidamente en el extranjero siempre y cuando cumplan con las disposiciones de la legislación chilena, particularmente en lo relativo a la disparidad de sexos de los contrayentes.

Como resultado de lo anterior, estas seis personas sintieron vulnerados sus derechos y garantías fundamentales al no ser tratados con igualdad ante la ley, al haberse efectuado una discriminación arbitraria en su contra con base en su condición de homosexuales y al impedirseles acceder al matrimonio, consagrado por nuestro ordenamiento jurídico como base principal de la familia<sup>3</sup>. Así las cosas, y representados por el abogado don Jaime Silva Alarcón, decidieron

---

<sup>1</sup> CHILE. 1855. Código Civil. 14 de diciembre de 1855. Artículo 102.

<sup>2</sup> CHILE. Ministerio de Justicia. 2004. Ley 19.947: Establece Nueva Ley de Matrimonio Civil. 17 de mayo de 2004. Artículo 80.

<sup>3</sup> *Ibíd.* Artículo 1°.

presentar un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de la oficial del Registro Civil de la misma comuna, doña Juana Soto Silva, por estimar que la denegación de sus peticiones de contraer matrimonio y reconocer aquéllos celebrados válidamente en el extranjero vulneraban la garantía constitucional de igualdad ante la ley, consagrada en el artículo 19 número 2 de la Constitución Política de la República<sup>4</sup> (en adelante “Constitución” o “CPR”).

Ante esto la Corte, como medida para mejor resolver, solicitó pronunciarse sobre esta materia al Tribunal Constitucional (en adelante “TC”), en pos de aclarar si cabía declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 102 del Código Civil para este caso específico. Posteriormente, los recurrentes se hicieron parte en los autos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, solicitando que se declarara admisible, especificando que el artículo 102 del Código Civil contraviene lo dispuesto por los siguientes artículos<sup>5</sup> de la CPR: 1º, incisos 1º, 2º, 4º y 5º; 5º, inciso 2º, en relación a los artículos II y VI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre<sup>6</sup>, 2.1, 7 y 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>7</sup>, 17 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>8</sup>, 2.2 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>9</sup>, y 2.1, 3 y 23 del Pacto

---

<sup>4</sup> CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2005. Constitución Política de la República de Chile. 22 de septiembre de 2005. Artículo 19, numeral 2º.

<sup>5</sup> *Ibíd.* Artículos 1º, incisos 1º, 2º, 4º y 5º; 5º, inciso 2º; y 19, numerales 2º, 3º, 4º, 9º, 18º, 24º y 26º.

<sup>6</sup> ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. 1948. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Artículos II y VI.

<sup>7</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Asamblea General. 1948. Declaración Universal de los Derechos Humanos. 10 de diciembre de 1948. Artículos 2.1, 7 y 16.

<sup>8</sup> ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. 1969. Convención Americana sobre Derechos Humanos. 22 de noviembre de 1969. Artículos 17 y 24.

<sup>9</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Asamblea General. 1966. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 19 de diciembre de 1966. Artículos 2.2 y 10.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>10</sup>; y 19, numerales 2°, 3°, 4°, 9°, 18°, 24° y 26°.

Finalmente, la sentencia del TC<sup>11</sup> (dictada el día 3 de noviembre de 2011), concluyó que no existían suficientes argumentos como para declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 102 del Código Civil para el caso aludido.

Así, y a mayor abundamiento, explico que el objetivo de esta investigación es demostrar jurídicamente que esta sentencia fue una resolución errada, debiendo haberse fallado en sentido contrario y recomendado expresamente modificar la legislación pertinente, a fin de adecuarla a lo preceptuado por la CPR y los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Chile y actualmente vigentes.

Diversas disciplinas y materias están llamadas a ser parte de esta discusión. Sólo así podrá comprenderse y desarrollarse de manera integral y coherente, sin correr los riesgos de miopía que conlleva entender estos asuntos desde una sola de sus aristas. Por eso, este trabajo se divide en cuatro capítulos claramente diferenciados, los cuales analizarán al matrimonio chileno (en función del caso planteado) desde una perspectiva eminentemente jurídica, sociológica y ética. El primero se hará cargo de los elementos históricos que están en juego, el segundo

---

<sup>10</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Asamblea General. 1966. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 16 de diciembre de 1966. Artículos 2.1, 3 y 23.

<sup>11</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. 2011. Rol N° 1881-2010. 3 de noviembre de 2011. [En línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2213>> [Consulta: 6 de diciembre de 2016].

de los elementos literales expresados por las normas pertinentes, el tercero del elemento sistemático en relación a la debida correspondencia de las partes del cuerpo normativo en sí, y el cuarto del elemento teleológico de la cuestión.

Para esto, es preciso valerse de las explicaciones contenidas en la sentencia del TC y los planteamientos de la doctrina, principalmente chilena, aunque también algunas obras extranjeras. Adicionalmente, se considerarán las razones expuestas por el Tribunal Constitucional Español (en adelante, “TCE”) para rechazar un recurso presentado por congresistas pertenecientes a partidos políticos de la derecha española (principalmente del Partido Popular), en oposición al matrimonio igualitario, existente en el país ibérico desde 2005. Naturalmente, usaré además los preceptos normativos a los que se ha hecho alusión: artículo 102 del CC, artículo 80 de la LMC, artículos 1º, 5º y 19 de la CPR y los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos ya mencionados.

Para fines didácticos, en la mayor parte de los subcapítulos estableceré una diferenciación dual, sin dejar de lado los debidos matices, entre las posiciones de los jueces constitucionales y la doctrina respecto de si se muestran favorables o contrarios a reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo en Chile, al cual denominaré “matrimonio igualitario”, en seguimiento de la tendencia nacional e internacional. Naturalmente, y como se mencionó antes, se expondrá luego la visión personal del autor al respecto.



## **CAPÍTULO 1: ELEMENTOS HISTÓRICOS**

### **CONSIDERACIONES GENERALES**

Las razones que salen a la palestra en el debate de la sociedad contemporánea respecto de si es menester o no reconocer a las parejas compuestas por personas del mismo sexo la posibilidad de contraer válidamente el vínculo matrimonial son sin duda múltiples, y obedecen a las más diversas consideraciones y procedencias. Sin embargo, hay un elemento que generalmente se repite, y cruza las esferas académicas, políticas, culturales, domésticas y coloquiales en donde la temática se ponga en el tapete. Este elemento corresponde a la tradición histórica, ésa que nos ha permitido explicar de dónde viene nuestra cultura, identidad, orden jurídico y político, perspectivas morales, etc.

Para entender una institución de la relevancia que ostenta el matrimonio, no sólo para el Derecho Civil y el Derecho de Familias, sino para la vida cotidiana de gran parte de las personas, es menester conocer su evolución, observar cómo –tras el paso de las décadas– se ha ido dotando su esencia y configurando su estructura. Es preciso, porque instituciones de tan larga data, si bien podrían ser maleadas al paladar del legislador hasta el punto de alterar aspectos que se creían fundamentales (sin perjuicio de la necesaria consonancia con los preceptos constitucionales), comúnmente no lo son, echando raíces en la cultura jurídica de un pueblo. Tal raigambre se torna problemática cuando se intenta implementar

cambios a un elemento hoy entendido como de la esencia del matrimonio (la diferencia de sexo entre los contrayentes). Vale además para indagar en la legitimidad y/o razonabilidad de las posturas que colisionan.

Este elemento adquiere una inusitada relevancia en el caso aquí presentado, pues somos testigos de que una de las principales motivaciones para oponerse al reconocimiento del matrimonio igualitario en nuestro país se basa en el hecho de que el matrimonio únicamente ha existido en una dinámica heterosexual. En esto incluso confluyen visiones que manifiestan que existiría un “orden natural”, inalterable e inalterado en la historia, según el cual esta dinámica forma parte del alma estructural de esta institución.

No obstante lo anterior, las transformaciones culturales, políticas y morales que ha sufrido la sociedad chilena y mundial durante los últimos tres siglos se han producido con una velocidad asombrosa, enterrando muchas veces en los rincones más profundos de las memorias del tiempo aquellas estructuras que fueron desfragmentándose hasta ser anuladas en función del progreso, siendo reemplazadas por otras que se adecuaban de mejor manera al momento que transcurría.

La discusión en torno al matrimonio, a las familias y al matrimonio igualitario desde luego no escapa a lo antedicho. En oposición a quienes en la tradición sustentan su negativa a las transformaciones por las cuales distintos sectores sociales luchan con cada vez más fuerza, surgen voces como las de los

movimientos de defensa de la diversidad sexual y de los derechos de las minorías sexuales<sup>12</sup>, a los cuales se suman personeros provenientes de diversas organizaciones políticas, como el Partido Socialista de Chile (PS), el Partido por la Democracia (PPD), el Partido Radical Socialdemócrata (PRSD), el Partido Comunista de Chile (PC), el Partido Demócrata Cristiano (PDC), el Partido Liberal (PL), Amplitud y el Partido Progresista (PRO), entre otros<sup>13 14 15 16 17 18</sup>, todos quienes, desde los más diversos ámbitos, proponen que ésta sería una más de las sanas e inevitables reformas que urge efectuar para que el Derecho se adapte de mejor manera a las condiciones sociales actuales.

Dos serán las temáticas que demandarán nuestra atención en este capítulo: la primera corresponde al origen histórico del matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico, haciéndonos cargo de las posiciones naturalistas en oposición a las civilistas. La clave de esto radica en que las posiciones naturalistas generalmente

---

<sup>12</sup> Las entidades más destacadas en Chile son el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH), la Fundación Iguales y el Movimiento por la Diversidad Sexual –ex Movimiento Unificado de Minorías Sexuales– (MUMS).

<sup>13</sup> FERRARO, LORENA. 2016. PS y PPD proponen “comaternidad” homosexual y presionan al gobierno por matrimonio gay. [En línea] T13. 17 de abril de 2016. <<http://www.t13.cl/noticia/politica/ps-y-ppd-proponen-comaternidad-homosexual-y-presionan-al-gobierno-matrimonio-gay>> [Consulta: 29 de noviembre de 2016].

<sup>14</sup> EMOL. 2014. Diputados presentan proyecto para permitir el matrimonio igualitario en el país. [En línea] Emol. 6 de diciembre de 2014. <<http://www.emol.com/noticias/nacional/2014/12/06/693397/presentan-proyecto-de-matrimonio-igualitario.html>> [Consulta: 29 de noviembre de 2016].

<sup>15</sup> SAURÉ G., GISELLE. 2015. Gobierno “alienta” debate sobre adopción para parejas gay: DC aún no fija posición. [En línea] La Nación. 6 de julio de 2015. <<http://www.lanacion.cl/noticias/pais/politica/gobierno-alienta-debate-sobre-adopcion-para-parejas-gay-dc-aun-no-fija-posicion/2015-07-06/145615.html>> [Consulta: 29 de noviembre de 2016].

<sup>16</sup> MALIG, EMILIA. 2014. Enríquez-Ominami llama a Bachelet a avanzar en matrimonio igualitario y ampliar el concepto de familia. [En línea] La Tercera. 12 de febrero de 2014. <<http://www.latercera.com/noticia/enriquez-ominami-llama-a-bachelet-a-avanzar-en-matrimonio-igualitario-y-ampliar-el-concepto-de-familia/>> [Consulta: 29 de noviembre de 2016].

<sup>17</sup> MEDIABANCO. 2015. Partido Progresista valora aprobación del Pacto de Unión Civil en tercer trámite. [En línea] Mediabanco. 21 de enero de 2015. <<http://www.mediabanco.com/2015/01/21/partido-progresista-valoracion-del-pacto-de-union-civil-en-tercer-tramite/>> [Consulta: 29 de noviembre de 2016].

<sup>18</sup> EDITOR MOVILH. 2016. 26 parlamentarios piden al Gobierno acelerar ley de matrimonio igualitario. [En línea] <<http://www.movilh.cl/26-parlamentarios-piden-al-gobierno-acelerar-la-ley-de-matrimonio-igualitario/>> [Consulta: 29 de noviembre de 2016].

no desconocen la realidad civil del matrimonio, pero la relacionan con una estructura moral preexistente, comúnmente de carácter religioso. Por otra parte, las posiciones civilistas sostienen que, como toda institución jurídica, el matrimonio es fundamentalmente una creación social humana, la cual se puede modificar según los requerimientos que la comunidad demande.

La segunda temática corresponde a la relación que se establece entre las transformaciones históricas y las condiciones que la institución matrimonial requiere para no ver violentada la esencia en la cual se sustenta. Así, seremos testigos de la oposición entre las concepciones estática y dinámica del matrimonio, en virtud de las cuales la apertura del mismo a parejas constituidas por personas del mismo sexo constituiría una desnaturalización absoluta del matrimonio en virtud de su esencia inalterable o, por el contrario, sólo un avance más en el progresivo proceso evolutivo de las instituciones jurídicas, especialmente las referidas al Derecho de Familias, y los derechos fundamentales.

## **1.1 ORIGEN NATURAL O CIVIL DE LA INSTITUCIÓN MATRIMONIAL**

### **1.1.1 POSICIONES CERCANAS AL TRADICIONALISMO (IUSNATURALISMO)**

#### **1.1.1.1 RAZONAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**

Iniciaremos por indagar en el documento mismo que funda este trabajo: la sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de Noviembre de 2011, que rechazó el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad al artículo 102 del Código Civil en el caso descrito.

El ministro Raúl Bertelsen Repetto, presidente y ministro del TC al momento de conocerse la sentencia, expresó su postura en términos bastante categóricos. En el considerando 4° de su voto particular concurrente, expresa: “Que el Código Civil al definir el matrimonio ha dado reconocimiento jurídico a una de las instituciones sociales más antiguas que siempre ha estado presente en los ordenamientos en los que el Derecho Chileno tiene sus raíces, los que tradicionalmente lo han concebido como una unión de vida entre hombre y

mujer, siendo indiscutible hasta época muy reciente la imposibilidad de su celebración entre personas del mismo sexo”<sup>19</sup>.

En el mismo punto, y haciendo referencia a la historia del Derecho, expresa: “Así, en el Derecho Romano, Modestino decía que *“Nuptiae sunt conjunctio maris en feminae”* (Digesto 23, 2, 1)<sup>20</sup>, esto es unión entre hombre o marido y mujer, siendo similar la opinión de Ulpiano<sup>21</sup> (Digesto 1, 1, 3), quien señalaba que es derecho natural lo que la naturaleza de todos los animales enseña y que por consiguiente no es propio sólo del género humano, la conjunctio maris atque feminae, y también lo recuerdan las Instituciones de Justiniano (1, 9, 1), para las cuales *“Nuptiae sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio”*<sup>22,23</sup>.

Mas Bertelsen no se detiene únicamente en la milenaria tradición jurídica romana, sino que da un salto en el tiempo y se refiere a las famosas Partidas, del modo que sigue: “A su vez las Partidas, texto de Derecho Castellano Medieval que rigiera durante siglos en Chile, después de señalar en el Prólogo de la Cuarta Partida que hombres y mujeres *“eran de cuerpos departidos segund natura”*, afirmó que *“Matrimonio es ayuntamiento de marido, e de mujer, fecho con tal*

---

<sup>19</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Op. cit. Voto particular concurrente de Raúl Bertelsen R. Considerando 4°.

<sup>20</sup> JUSTINIANO I. 1972. El Digesto de Justiniano (versión castellana por D'ORS, A., HERNÁNDEZ-TEJERO, F., FUENTESECA, P., GARCÍA-GARRIDO, M. y BURILLO, J.). Pamplona, Aranzadi. V. 2. P. 102.

<sup>21</sup> Cita de la sentencia disconforme con texto del Digesto.

<sup>22</sup> ORTOLAN, JOSEPH L.E. 1964. Instituciones de Justiniano (traducción de PÉREZ DE ANAYA, F. y PÉREZ RIVAS, M.). Buenos Aires, Omeba. P. 42.

<sup>23</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Op. cit. Voto particular concurrente de Raúl Bertelsen R. Considerando 4°.

*intención de bevir siempre en uno, e don se departir” (Partida 4, título II, ley 1 “Que cosa es matrimonio ”)”<sup>24</sup>.*

De aquí se desprende uno de los puntos fundamentales para Bertelsen, el cual dice relación con la tradición en sí misma, como ente jurídico inmortal al cual se debe una influencia que pareciera no sólo adquirir un tinte histórico, sino casi sacro. Esta tradición ha sostenido desde antiguo que el matrimonio sólo puede celebrarse entre un hombre y una mujer y, al parecer sustentado en un conservador concepto de la continuidad jurídico-histórica, el ministro los enarbola como ejemplos para fundamentar su voto concurrente.

No obstante, Bertelsen también alude a la doctrina chilena de mediados del siglo XX (Manuel Somarriva) y a la española de fines del mismo siglo. Así, en el considerando 5° de su razonamiento, plantea: “Que la doctrina, asimismo, ha entendido que el matrimonio sólo puede celebrarse entre un hombre y una mujer. En Chile Somarriva...acota que a diferencia de los contratos patrimoniales..., *“en el matrimonio, las partes sólo pueden ser dos y de diferente sexo, dada la finalidad que persigue. Y tan esencial es la diferencia de sexo, que ello constituye no sólo un requisito de validez, sino de existencia”*.”<sup>25</sup>.

En el mismo acápite, y ahora haciendo referencia al autor español Rafael Navarro Valls, dice: “Tan universal ha sido la concepción del matrimonio entre hombre y mujer, que un conocido autor español...diría: *“Afirmar que el modelo*

---

<sup>24</sup> *Ibíd.*

<sup>25</sup> *Ibíd.* Voto particular concurrente de Raúl Bertelsen R. Considerando 5°.

*matrimonial de Occidente ha sido siempre heterosexual, es decir algo tan obvio que históricamente, por su evidencia, no ha necesitado de argumentación alguna...lo que distingue al amor conyugal de cualquier otro es su específico carácter de complementariedad sexual”<sup>26</sup>.*

De este modo, Bertelsen sigue sustentando su alusión doctrinaria en el hecho de que históricamente el matrimonio ha ostentado una estructura fundamentalmente heterosexual, agregando ahora la referencia a la complementariedad sexual unida a los fines del matrimonio.

Dejando por ahora al señor Bertelsen, enfoquémonos en la relación que se puede encontrar entre el asunto en cuestión y lo expresado en el voto particular concurrente de los ministros, señores Marcelo Venegas Palacios, Enrique Navarro Beltrán e Iván Aróstica Maldonado. En el considerando 9° de su argumentación sostienen, al referirse a la exigencia de disparidad sexual en el contrato matrimonial, que “no puede estimarse que consagre una diferencia arbitraria o caprichosa, pues es ostensible que su fundamento está en las diferencias naturales entre varón y mujer, que la ley legítimamente ha estimado relevantes para establecer diferencias...”<sup>27</sup>.

Muy interesantemente sostienen también, en el considerando 10°, que “la institución jurídica del matrimonio, si bien puede mutar en sus efectos, viene a

---

<sup>26</sup> *Ibíd.*

<sup>27</sup> *Ibíd.* Voto particular concurrente de Marcelo Venegas P., Enrique Navarro B. e Iván Aróstica M. Considerando 9°.

regular la unión afectiva estable entre hombre y mujer. Esta es la realidad que, hasta ahora, ha debido abordar el legislador republicano desde que reguló el matrimonio en el Código Civil de 1855”<sup>28</sup>. De modo similar, en el considerando 12° se lee “el contrato de matrimonio definido en el artículo 102 del Código Civil...es, por su concepción misma, por su origen histórico social...una institución aplicable únicamente a las relaciones de pareja formadas por un hombre y una mujer...”<sup>29</sup>.

Los ministros aludidos operan en base a una llamativa dualidad: por un lado, hacen referencia a las “diferencias naturales” existentes entre hombres y mujeres y, por otro, al origen histórico de la institución y de la legislación republicana relativa a ésta. Por decirlo de algún modo, se unificaría el argumento naturalista con uno de orden civilista-republicano.

También concurrió a la sentencia la ministra Marisol Peña Torres, quien en el considerando 5° de su argumentación, y opinando de modo bastante similar a los ministros recién citados, sostuvo que “el carácter de derecho esencial del matrimonio no puede ser discutido, ni sociológica ni jurídicamente. Desde el primero de estos puntos de vista, porque el matrimonio permite al hombre y a la mujer la natural complementariedad de dos naturalezas diferentes en pro de la proyección del vínculo afectivo que lo genera...”<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Ibíd. Voto particular concurrente de Marcelo Venegas P., Enrique Navarro B. e Iván Aróstica M. Considerando 10°.

<sup>29</sup> Ibíd. Voto particular concurrente de Marcelo Venegas P., Enrique Navarro B. e Iván Aróstica M. Considerando 12°.

<sup>30</sup> Ibíd. Voto particular concurrente de Marisol Peña T. Considerando 5°.



### 1.1.1.2 RAZONAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA

Como se planteó anteriormente, en este trabajo también nos valdremos de las razones esgrimidas, en uno y otro sentido, por los ministros del Tribunal Constitucional español<sup>31</sup>, en la sentencia que desechó una posible inconstitucionalidad de la reforma del matrimonio, ampliándolo a parejas compuestas por personas del mismo sexo.

Es así como nos encontramos con el voto discrepante del ministro, don Andrés Ollero Tassara<sup>32 33</sup>, el cual plantea, en términos simples, que la intención del constituyente a cargo de redactar la Carta Fundamental de 1978 (post-franquismo) estaba muy clara y no daba lugar a segundas interpretaciones: los conceptos inequívocos que fundan al matrimonio son la monogamia y, lo que es más importante para nosotros, la heterosexualidad. Además, sostiene una defensa de la historicidad (servido de la literalidad) de la norma como criterios primordiales de interpretación.

---

<sup>31</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. 2012. Recurso de Inconstitucionalidad N° 6864-2005. Sentencia 198/2012. 6 de noviembre de 2012. [En línea] <<http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-A-2012-14602.pdf>> [Consulta: 7 de diciembre de 2016].

<sup>32</sup> *Ibíd.* Voto particular discrepante de Andrés Ollero T.

<sup>33</sup> Cabe decir que Andrés Ollero fue además, en tanto diputado del Partido Popular español (derecha neoconservadora), uno de los requirentes.

Así lo expresa en el considerando 2º de su argumentación contraria al fallo de mayoría, donde plantea: “La sentencia no deja sin embargo de dibujar un recorrido al que sería absurdo plantear objeción alguna: partiendo de unas relaciones homosexuales criminalizadas (FJ 11), que ninguna de las partes ha defendido, se supera su mera conversión en un no prohibido *agere licere*, para elevarlas a fuentes de derechos, capaces de desvirtuar a su servicio una milenaria institución social”<sup>34</sup>. Asimismo dice, en el considerando 3º: “El debate constituyente...resaltó de modo inequívoco dos características: monogamia y heterosexualidad...”<sup>35</sup>.

En su considerando 5º, Ollero fortalece la deriva naturalista histórica de su argumentación, al sostener que “en realidad tanto el matrimonio como la familia son realidades antropológicas que el derecho se limita a reconocer...La conciencia de la ‘historicidad’ de las normas jurídicas es una exigencia fundamental en toda razonable teoría del derecho, pero no cabe confundir la historicidad del sentido de un texto jurídico con una relativización de su contenido que lo deje totalmente disponible para que el intérprete pueda atribuirle de modo voluntarista cualquier significado”<sup>36</sup>.

En relación a lo recién expuesto, vale la pena establecer un parangón con nuestra propia Constitución. Ollero esgrime que el texto constitucional sólo reconoce a la familia y al matrimonio, limitándose a ello, pues ambas son realidades antropológicas preexistentes que no se podrían alterar de modo

---

<sup>34</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Op. cit. Voto particular discrepante de Andrés Ollero T. Considerando 2º.

<sup>35</sup> *Ibíd.* Voto particular discrepante de Andrés Ollero T. Considerando 3º.

<sup>36</sup> *Ibíd.* Voto particular discrepante de Andrés Ollero T. Considerando 5º.

arbitrario o voluntarista. Esto no sólo da cuenta de una marcada tendencia iusnaturalista de índole conservadora, sino además nos permite preguntarnos: ¿puede, por tratarse una realidad antropológica presente con anterioridad a la redacción de la Constitución, estarse vedado al Derecho el consagrar cambios fundamentales, acordes a la evolución de las sociedades?

Dicha afirmación no es tan distinta a lo que en Chile podría considerarse “protección constitucional de la familia”. Convengamos por un momento que efectivamente nuestra Constitución, como Ollero pretende a la española, sea iusnaturalista: ¿es la familia una realidad preexistente a la adopción de nuestra carta fundamental? Evidentemente. ¿Es eso iusnaturalista? Seguramente. ¿La hace inmune a los cambios? ¿La convierte en una norma pétrea? Desde luego que no. Las familias existen, pero ellas mismas también evolucionan en su forma y composición, no viéndose por ello privadas de lo cual le es inmanente.

En ese sentido, podríamos aventurarnos a afirmar que nuestra Constitución, al igual que gran parte de las demás y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (en adelante DD.HH.), son producto de una mezcla entre conceptos iusnaturalistas (realidades morales preexistentes con sentido de obligatoriedad jurídica) y deliberaciones que culminen en un consenso, aunque fuere tan cerrado como el que dio origen a la CPR chilena de 1980.

Por otro lado, y en la misma sintonía, estamos ante la presencia del voto discrepante del ministro, don Juan José González Rivas, quien en el

considerando 1º de su argumentación y de manera bastante explícita, señala: “El matrimonio es una institución preexistente al texto de nuestra Constitución y ha tenido históricamente reconocimiento en el Derecho comparado, en la realidad social y en la doctrina jurídica española...Esa configuración preexistente, proyectada en la realidad social y jurídica y reconocida en la Constitución, permite considerar que la unión de un hombre y una mujer, es la nota esencial que reconoce el precepto constitucional y vincula al legislador ordinario (art. 53.1 CE)”<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> Ibíd. Voto particular discrepante de Juan José González R. Considerando 1º.

### 1.1.1.3 DOCTRINA

Ahora iniciará el estudio de los planteamientos que en la doctrina se pueden encontrar acerca de la temática que nos convoca.

Iniciaremos con don Jorge del Picó Rubio y su obra “Derecho Matrimonial Chileno”<sup>38</sup>. En primer lugar, el autor sostiene que, si bien el matrimonio y el resto del Derecho de Familias ostenta una dimensión civil desde que en 1855 se promulgara el Código Civil y en 1884 la Ley de Matrimonio Civil, no se alteró de ninguna forma la tradicional estructura moral del Derecho Canónico en lo relativo a la esencia y aspectos más fundamentales en lo conceptual del matrimonio religioso que hasta ese momento se había conocido en nuestro país. Nos lo ilustra del siguiente modo: “El legislador evitó consagrar la secularización del Derecho matrimonial, pues dejó entregada la constitución de la familia y la comprobación del estado civil, a las leyes canónicas, como lo corroboraría el Mensaje del Ejecutivo al Congreso proponiendo la aprobación del Código Civil...”<sup>39</sup>.

A mayor abundamiento, profundiza: “El Código Civil da cuenta de un influjo implícito general del Derecho canónico en el código, lo que ocurre cuando una institución nacida en aquél es adoptada por éste, pero no como canónica, pues se

---

<sup>38</sup> DEL PICÓ R., JORGE. 2010. Derecho matrimonial chileno: antecedentes, principios informadores e instituciones fundamentales. Santiago, Abeledo Perrot y Legal Publishing. 459 p.

<sup>39</sup> *Ibíd.* P. 6.

la convierte en Derecho civil, y se cancela toda referencia a su origen”<sup>40</sup>. Continúa: “El extremo respeto manifestado por las autoridades de la época a la vigencia del Derecho canónico en la materia, pudo ser calificado por sus detractores como una transacción limitante de las competencias estatales...”<sup>41</sup>.

Más evidente aún: “la concepción del matrimonio de Bello recogida en el art. 102 del Código Civil chileno no afectaba los pilares fundamentales del matrimonio canónico, salvado claro está el carácter sacramental de este último”<sup>42</sup>.

Detengámonos en estas palabras, pues reflejan algo que es necesario destacar. Sin duda, el autor considera que tanto el matrimonio como el resto de las instituciones propias del Derecho de Familias ostentan un carácter marcada y exclusivamente civil desde los inicios de la legislación republicana al respecto. Sin embargo, destaca la suma delicadeza con que el Estado legisló respecto de los intereses de la Iglesia Católica. Esto puede encontrar fácilmente una explicación transaccional, lo que es cierto, pero no lo es menos que se produjo una validación y reproducción, curiosamente desde la esfera civil y laica, de la estructura tradicional y moral impuesta por la Iglesia Católica en la legislación familiar.

---

<sup>40</sup> *Ibíd.* P. 8.

<sup>41</sup> *Ibíd.*

<sup>42</sup> *Ibíd.* P. 73.

Cualquier persona podría afirmar, con plena razón en sus dichos, que esta reproducción no hizo más que recoger la tradición y conducta de la sociedad del Chile de mediados del siglo XIX, empero no siempre una norma jurídica, sobre todo si viene condicionada por una estructura ética de índole religioso, refleja la realidad social de un momento histórico determinado.

Cierto es que la sociedad chilena de esos años era abrumadoramente católica, pero vale disociar una manifestación de creencia religiosa en términos generales o simbólicos del comportamiento personal en lo relativo a la conducción moral en su intimidad o relaciones de pareja y familia. Pareciera que, más que recoger y transar con los postulados de la Iglesia en virtud de la mayoría católica del país, sencillamente se transó dado el poder específico de direccionamiento de la percepción sociopolítica de los feligreses hacia el gobierno y el Estado, por parte de la jerarquía católica.

Más allá de este análisis, este punto histórico de inflexión transaccional con la curia es relevante en la medida en que sirve de argumento histórico-tradicional en pos de defender un modelo matrimonial únicamente heterosexual. La estructura ético-moral de la tradición familiar católica es un elemento que sin lugar a dudas cruza los distintos ámbitos de este debate.

Volviendo a Del Picó, nos encontramos con algunas explicaciones relativas a la concepción jurídica del matrimonio, además de elementos de gran importancia en cuanto a su evolución histórica. Se hace explícito aquí el cariz histórico-

religioso de su análisis: “El matrimonio, entendido civilmente como el acuerdo público de un hombre y una mujer para dar legitimidad social a sus relaciones conyugales, estableciendo derechos y deberes correlativos, ha existido desde tiempos bíblicos, aun cuando la forma particular de su regulación en cada realidad social evidencia una notoria evolución. Considerando históricamente como un punto en común la heterosexualidad...constituyen un campo en que reina la mayor variedad conceptual apreciable respecto de una institución jurídica”<sup>43</sup>.

Se observa aquí una dualidad interesante, presente en varios otros autores: aquélla referida al entendimiento del matrimonio como una institución propiamente civil pero una de cuyas características fundamentales sería la heterosexualidad (por no considerar otras que han ido siendo objeto de reformas a través de los años, como la indisolubilidad, el estatus de la mujer casada, la desigualdad de los hijos intra o extramatrimoniales, etc.), en virtud del origen supuestamente religioso de la institución. Haciendo un juego de palabras, podríamos hablar de una posición “civilista naturalizada”, la cual desde luego va en auxilio del concepto naturalista.

Tras una alusión a la evolución del matrimonio, haciendo hincapié en el elemento romano de la *affectio maritalis*, el autor nos brinda un antecedente fundamental: “El cambio cualitativo en la concepción de la institución tiene por antecedente el advenimiento del Cristianismo y del Derecho canónico, que aporta como nuevos elementos fundamentales la exigencia de la libertad absoluta

---

<sup>43</sup> *Ibíd.* Pp. 145-147.

de las personas que desean contraerlo y el carácter indisoluble de la unión, ligado al significado sacramental que se le atribuye entre bautizados”<sup>44</sup>.

Luego de asumir al amor heterosexual como “fundamento metajurídico del matrimonio”<sup>45</sup> y, haciendo referencia a la unión basada en la diferencia de sexos<sup>46</sup>, nos dice: “Este objetivo, junto con 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...”<sup>47</sup>. Es aquí donde, a simple vista, se observa que el autor sostiene que el fundamento religioso o moral respecto del matrimonio es el contenido que informa a la norma jurídica civil, es decir, el modelo matrimonial civil estaría subsumido en lo esencial de su concepto, a los designios religiosos, específicamente católicos.

Dejando de lado por ahora a Jorge del Picó, haremos una breve mención a lo expuesto por don Enrique Rossel Saavedra en su obra “Derecho de Familia”<sup>48</sup>, donde hace referencia a la disputa entre el orden normativo religioso o estatal en torno al matrimonio: “Los que sostuvieron que el matrimonio era un sacramento repugnaron toda intromisión del Estado en su reglamentación; los que aducían que era un simple contrato, por el contrario, pretendían que todo lo relativo a él quedara (S.I.C.) entregado a la legislación civil. Vemos que el Código Civil es

---

<sup>44</sup> *Ibíd.* P. 148.

<sup>45</sup> *Ibíd.* P. 174.

<sup>46</sup> *Ibíd.* P. 177.

<sup>47</sup> *Ibíd.* P. 178.

<sup>48</sup> ROSSEL S., ENRIQUE. 1993. *Manual de Derecho de Familia*. 7ª ed. Santiago, Jurídica de Chile. 424 p.

un término transaccional entre ambas tendencias”<sup>49</sup>. Además, nos lleva a un recorrido brevísimo sobre la historia del matrimonio en Chile, distinguiendo las etapas pre y post 1884 (año de dictación de la Ley de Matrimonio Civil), haciendo alusión a la vigencia hasta 1820 de las Leyes de Partidas (emblemático cuerpo jurídico de origen castellano) y la dictación en 1844 de una ley de matrimonio para los no católicos. Todo, como antecedentes de la Ley de Matrimonio Civil<sup>50</sup>.

El profesor René Ramos Pazos, en su obra “Derecho de Familia”<sup>51</sup> hace directa alusión a una cuestión importante en la materia que nos convoca, pues afirma que el matrimonio “religioso e indisoluble” es una base fundamental del Derecho de Familia a la fecha de dictación del Código Civil<sup>52</sup>. Esto, sin perjuicio del posterior proceso de secularización, iniciado en 1884.

El profesor Alejandro Silva Bascuñán, en el cuarto tomo de su “Tratado de Derecho Constitucional” hace ver la coincidencia sustancial en la definición de matrimonio entre el CC y el Código de Derecho Canónico de 1983, en lo que respecta a la dimensión heterosexual del mismo<sup>53</sup>.

Si entendemos que la discusión en torno al matrimonio entre personas del mismo sexo escapa a la concepción civil que se tiene de esta institución, y

---

<sup>49</sup> *Ibíd.* P. 17.

<sup>50</sup> *Ibíd.* Pp. 19-20.

<sup>51</sup> RAMOS P., RENÉ. 2007. *Derecho de Familia*. 6ª ed. Santiago, Jurídica de Chile. V. 1.

<sup>52</sup> *Ibíd.* P. 14.

<sup>53</sup> SILVA B., ALEJANDRO. 1997. *Tratado de Derecho Constitucional*. 2ª ed. Santiago, Jurídica de Chile. V. 4. Pp. 36-37.

tomamos conciencia de que es concebido como el pilar fundamental de la familia, vale la pena revisar lo que nos dice Eduardo Soto Kloss en “La Familia en la Constitución Política”<sup>54</sup>. Allí, alude al documento “Metas u objetivos fundamentales para la Nueva Constitución Política de la República”, elaborado por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile (CENC), designada por las autoridades de la dictadura militar que tomó el control del país tras el derrocamiento del presidente Salvador Allende, en septiembre de 1973. Dicho documento<sup>55</sup> plantea: “La estructura constitucional descansará en la concepción humanista cristiana del hombre y de la sociedad, que es la que responde al íntimo sentir de nuestro pueblo...”. Esta entrega de la norma fundamental a los designios de una religión determinada adquiere particular relevancia si consideramos que la protección de la familia es uno de los principales valores del orden constitucional y, más aún, que el matrimonio es considerado el pilar fundamental de la familia. Destaca además que alude al “sentir íntimo de nuestro pueblo”, lo cual obedece obviamente a una caracterización simbólica tradicional, fuertemente atada a un componente religioso<sup>56</sup>.

Mucho más militante y radical en la postura naturalista se sitúa Carlos Alberto Dansey, quien en “Naturaleza del matrimonio y la familia”<sup>57</sup> sostiene: “la suprema sublimación de la institución matrimonial se produce en occidente durante el siglo XVI, cuando el Concilio de Trento establece la categoría

---

<sup>54</sup> SOTO K., EDUARDO. 1994. La familia en la Constitución Política. Revista Chilena de Derecho 21(2): 217-225.

<sup>55</sup> COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. 1973. Metas u objetivos fundamentales para la nueva Constitución Política de la República. Santiago. S/núm.

<sup>56</sup> *Ibíd.*

<sup>57</sup> DANSEY, CARLOS A. 1980. Naturaleza del matrimonio y la familia. Revista Chilena de Derecho 7: 96-97.

sacramental del matrimonio”<sup>58</sup>. “...La tremenda confusión imperante respecto de la naturaleza del matrimonio, producida primordialmente por olvido o menosprecio del derecho natural...lo que debe permanecer inmutable por todos los tiempos”<sup>59</sup>. “En el derecho de familia no existe posibilidad de grandes progresos, porque el derecho natural en que se apoya es eterno e inmutable, acorde con las cualidades del hombre”<sup>60</sup>.

Respecto del matrimonio, Dansey postula que “el matrimonio, como base de la familia, debe contar en la sociedad civil, a través de la ley, con una regulación acorde con su esencia, que emana del derecho natural. La ley no sólo debe respetar sino que debe tratar de enaltecer esta cualidad; y siendo que el derecho natural es obra de Dios, resulta propicio que se reconozca a la celebración religiosa del matrimonio los efectos civiles consiguientes”<sup>61</sup>. Como se ve, ésta es una posición que no reconoce ningún orden civil que no se halle estrictamente apegado a la tradición del derecho natural católico.

Una voz emblemática en la defensa de la estructura tradicional católica del matrimonio es la del profesor Hernán Corral Talciani. En su artículo “La familia en los 150 años del Código Civil chileno”<sup>62</sup>, afirma que el origen civil del matrimonio está totalmente condicionado por la naturaleza religiosa del mismo. Así, sostiene que “el Código Civil de Bello...no siguió al Código francés, sino al

---

<sup>58</sup> *Ibíd.* P. 96.

<sup>59</sup> *Ibíd.*

<sup>60</sup> *Ibíd.*

<sup>61</sup> *Ibíd.* P. 97.

<sup>62</sup> CORRAL T., HERNÁN. 2005. La familia en los 150 años del Código Civil chileno. *Revista Chilena de Derecho* 32(3): 429-438.

Derecho vigente al mantener la remisión a las normas canónicas en todo lo referido a los requisitos, celebración, nulidad y disolución del matrimonio”<sup>63</sup>.

Sobre la secularización, Corral nos dice que “se trató de una secularización formal (...) reguló los requisitos o impedimentos matrimoniales, el divorcio no vincular y la nulidad del matrimonio siguiendo fielmente las normas del Derecho canónico de la época”<sup>64</sup>. Prosigue: “De esta manera, la Ley de 1884 no determinó un cambio de fondo en la regulación de la familia. Solo a comienzos del siglo XX comenzarían a propiciarse reformas al Código Civil que comenzaron a modificar el diseño legal original, aunque todavía manteniendo la estructura fundamental del modelo de familia”<sup>65</sup>.

En su artículo “El matrimonio: notas sobre su concepto, naturaleza y régimen”<sup>66</sup>, el profesor José Joaquín Ugarte Godoy abunda en la tesis naturalista sosteniendo que “el matrimonio es –junto con la familia, a la que sirve de principio– la institución en que puede advertirse en forma más nítida y elemental la existencia de ese orden jurídico anterior y superior a la legalidad positiva que es el Derecho Natural...”<sup>67</sup>.

Uno de los pocos matices que pueden observarse dentro de la escuela iusnaturalista es el planteado por doña Carmen Domínguez Hidalgo, en su

---

<sup>63</sup> *Ibíd.* P. 429.

<sup>64</sup> *Ibíd.* P. 430.

<sup>65</sup> *Ibíd.* P. 431.

<sup>66</sup> UGARTE G., JOSÉ J. 1989. El matrimonio: notas sobre su concepto, naturaleza y régimen. *Revista Chilena de Derecho* 16: 753-761.

<sup>67</sup> *Ibíd.* P. 753.

artículo “Los principios que informan al Derecho de Familia chileno: su formulación clásica y su revisión moderna”<sup>68</sup>, donde aludiendo a las reformas de las cuales ha sido objeto, nos dice que “bien podría decirse que el Derecho de Familia diseñado por nuestro codificador decimonónico prácticamente hoy no existe o, por lo menos, que ha sido sustituido por otro tan radicalmente distinto que del antiguo ya no quedan sino algunas tenues huellas”<sup>69</sup>. Además, “el carácter religioso del matrimonio fue alterado por las leyes de matrimonio civil de 10 de enero de 1884 y de Registro Civil de 1885 que lo secularizaron. Su carácter indisoluble también viene de ser reformado al haberse introducido el divorcio vincular por Ley 19.947 de 2004”<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> DOMÍNGUEZ H., CARMEN. 2005. Los principios que informan el Derecho de Familia chileno: su formulación clásica y su revisión moderna. *Revista Chilena de Derecho* 32(2): 205-218.

<sup>69</sup> *Ibíd.* P. 205.

<sup>70</sup> *Ibíd.* P. 208.

## **1.1.2 POSICIONES CERCANAS AL REFORMISMO (CIVILISMO)**

### **1.1.2.1 RAZONAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**

Puesto que la sentencia del Tribunal Constitucional chileno decidió por amplia mayoría rechazar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 102 del Código Civil para el caso objeto de esta investigación, no son abundantes las posturas que la contraríen o al menos la maticen. Aquí hemos identificado dos: uno de los puntos de la argumentación del voto particular concurrente de los ministros, señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino; y el voto particular disidente del ministro, señor Hernán Vodanovic Schnake.

En el considerando 6° de su razonamiento, los ministros Fernández, Carmona, Viera-Gallo y García sostienen que “la noción de matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico ha ido evolucionando con el tiempo”<sup>71</sup>. Tras mencionar múltiples reformas de las que ha sido objeto el matrimonio y el Derecho de Familias en Chile, entre las que destacan la igualación del estatus jurídico de los hijos, la derogación de la incapacidad relativa de la mujer casada o el establecimiento del divorcio vincular; llegaron a la conclusión de que “todo lo

---

<sup>71</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Op. cit. Voto particular concurrente de Francisco Fernández F., Carlos Carmona S., José Antonio Viera-Gallo Q. y Gonzalo García P. Considerando 6°.

anterior demuestra los importantes cambios experimentados por el Derecho de Familia, procurando relaciones más igualitarias entre los cónyuges...”<sup>72</sup>.

Si bien no aluden en este punto directamente a la discusión en torno al matrimonio igualitario, sí evidencian que el Derecho de Familias chileno ha sido objeto de múltiples transformaciones a lo largo de su historia, llegando a reformar aspectos que en su momento se decía eran imposibles, inviables o indeseables de modificar. Igual cosa podría suceder con el establecimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, superando la tradición decimonónica que limita la posibilidad de contraerlo sólo a parejas constituidas por personas de distinto sexo, haciéndose cargo de la apertura actual a la aceptación y respeto hacia las personas de condición homosexual.

En cuanto al ministro Vodanovic, tenemos que en las últimas líneas del considerando 1° (sobre el fondo) de su voto disidente, plantea de manera enfática: “No hay que olvidar que el análisis no debe centrarse en el concepto de matrimonio de 1855, sino en el de hoy día, y en su compatibilidad no con la Constitución de 1833, sino con el texto político de 1980, reformado sustancialmente varias veces –en particular en 2005–, tal como se aprehende actualmente su contenido y significado”<sup>73</sup>.

Más allá de lo explícito de estas palabras, vale la pena detenerse a analizar un punto que quizá no salta a la vista de manera clara, pero que no por ello está

---

<sup>72</sup> *Ibíd.*

<sup>73</sup> *Ibíd.* Voto particular disidente de Hernán Vodanovic S. Considerando 1°.

ausente: el quiebre conceptual. ¿A qué me refiero? A que Vodanovic no sólo está instando a sus colegas del TC a considerar las múltiples reformas que ha recibido la legislación matrimonial y la normativa constitucional, sino además está planteando un quiebre de época en los conceptos esenciales. Así, no sigue únicamente el argumento lineal en virtud del cual el concepto y la existencia de una institución es básicamente la misma, aun con reformas, sino que establece un quiebre al sostener que la base y el contenido de una institución como el matrimonio (y la familia) son distintos según la época ante la cual estemos, por lo que el análisis en torno al estado actual de la institución no debe estar condicionado necesariamente por lo que en algún otro momento histórico se haya entendido como parte de la misma.

Consecuente con lo anterior, y aunque parezca una perogrullada a estas alturas, plantea Vodanovic en el considerando 5º: “No debe desatenderse que la institución matrimonial, como cualquier otra, es una construcción social histórica”<sup>74</sup>.

---

<sup>74</sup> Ibíd. Voto particular disidente de Hernán Vodanovic S. Considerando 5º.



### 1.1.2.2 DOCTRINA

Al igual que en el caso de las disposiciones del TC, las posiciones que analizan el aspecto histórico de la discusión desde una óptica alternativa no abundan en demasía. Nos detendremos en tres autores: el profesor Mauricio Tapia Rodríguez, don Gonzalo Villar Bordones y la memorista, doña María Elena Varas.

En el caso del profesor Tapia, se indagó en su importante publicación “Código Civil 1855-2005, evolución y perspectivas”<sup>75</sup>. En ella, el autor nos dice que “en una sociedad organizada sobre la base de una economía agrícola y doméstica, impregnada de una visión católica y patriarcal de las relaciones familiares, resulta entendible que el Código Civil no innovara y reconociera el modelo normativo de familia que provenía del derecho castellano...revisando las normas originales del Código Civil puede reconstruirse una imagen bien completa del arquetipo único de familia que reconocía el derecho civil. Según sus disposiciones, la familia se constituía exclusivamente por el matrimonio religioso, y el marido, ‘príncipe de la familia’, la gobernaba como monarca absoluto”<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> TAPIA R., MAURICIO. 2005. Código Civil 1855-2005: evolución y perspectivas. Santiago, Jurídica de Chile. 471 p.

<sup>76</sup> *Ibíd.* Pp. 102-103.

Complementando lo anterior, “La evolución de las costumbres condujo a una progresiva obsolescencia de este modelo único de familia que reconocía el Código Civil”<sup>77</sup>. Haciendo énfasis en las múltiples reformas y en la laicización del matrimonio, nos dice: “La cuestión que debe destacarse es que las modificaciones legales reemplazaron esa visión unívoca y normativa de la familia del Código Civil, por una regulación que no busca establecer un modelo de relaciones familiares, sino que pretende abrir espacios para diferentes proyectos de vida y convicciones morales”<sup>78</sup>.

Se puede observar que el profesor Tapia no sólo se muestra contrario a la concepción naturalista del matrimonio, sino además atribuye a más aspectos que el únicamente religioso el carácter del arquetipo familiar decimonónico: la sociedad patriarcal y las características de la economía, por ejemplo. De ello se desprende que las normas del CC, haciendo honor al carácter práctico de don Andrés Bello, respecto a la organización de la familia fueron justamente prácticas, no devenidas de un orden espiritual o filosófico superior o preexistente, lo cual desmiente a quienes sustentan en el derecho natural el orden tradicional del matrimonio. He aquí una clara y firme posición civilista y defensora de la evolución de las instituciones jurídicas.

Un interesante planteamiento es el que también realiza Gonzalo Villar en su artículo “El matrimonio de personas del mismo sexo en el ordenamiento jurídico

---

<sup>77</sup> *Ibíd.* P. 103.

<sup>78</sup> *Ibíd.* P. 105.

de Chile”<sup>79</sup>, donde sostiene que “al dictarse el Código Civil en 1855, el artículo 102 estaba destinado a regular la institución del matrimonio en un marco de unión entre el Estado y la Iglesia Católica, bajo el supuesto de que las relaciones sexuales entre homosexuales constituían delito, bajo paradigmas científicos que consideraban la homosexualidad como una enfermedad y en un Ordenamiento Jurídico que consagraba privilegios para la población masculina en casi todos los órdenes de la vida”<sup>80</sup>.

Por otro lado, y recogiendo una progresiva realidad, sostiene lo que sigue: “Todos los supuestos jurídicos y sociales que engranaban con la exclusión de los matrimonios entre parejas del mismo sexo biológico han ido progresivamente desapareciendo...”<sup>81</sup>. Así también, nos dice que la definición del artículo 102 “contiene un modelo ideal de matrimonio concebido a la luz de los lineamientos culturales predominantes en 1855”<sup>82</sup>.

Las coincidencias de Villar con Tapia son evidentes, pero innova en dos aspectos: en primer lugar, hace hincapié, más que en el dominio del derecho canónico sobre toda la regulación matrimonial, en el hecho de que la homosexualidad como fenómeno era considerada de manera muy diversa a cómo es catalogada hoy, esfumándose sistemáticamente –tanto a nivel social como jurídico– las condicionantes que permitían discriminar a cierto grupo. He ahí que

---

<sup>79</sup> VILLAR B., GONZALO. 2004. El matrimonio de personas del mismo sexo en el ordenamiento jurídico de Chile. *Gaceta Jurídica* 293: 21-30.

<sup>80</sup> *Ibíd.* P. 29.

<sup>81</sup> *Ibíd.*

<sup>82</sup> *Ibíd.*

el matrimonio exclusivamente heterosexual sea uno de los últimos bastiones de discriminación que es menester, en honor a la historia y al progreso, reformar.

En su memoria para optar al grado de licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, titulada “Reconocimiento jurídico de las uniones entre personas del mismo sexo”<sup>83</sup>, doña María Elena Varas plantea una visión alternativa y muy interesante en lo que respecta a este debate. Sin embargo, no es alternativa por el hecho de negar otras posiciones o interpretaciones históricas, sino por hacer hincapié en episodios sencillamente ignorados por la doctrina de tinte más tradicionalista e incluso por gran parte de la doctrina reformista, la cual se ha centrado muchas veces a contrariar los argumentos de la tesis opuesta, sin concentrarse en visiones históricas alternativas.

Dicho esto, tenemos que en el apartado titulado “Evidencia Histórica y Trans-Cultural”<sup>84</sup>, Varas nos relata cómo, en diversas épocas y latitudes, la homosexualidad y el compromiso público, emocional y jurídico que de ella podía surgir no sólo no era reprimido o marginado, sino que incluso llegó a ser bien visto. Los ejemplos abordados por la memorista no necesariamente dicen relación con el matrimonio estrictamente considerado en tanto institución, sino más bien con uniones de vida o uniones de hecho, socializadas y aceptadas. ¿Para qué homologarlas entonces, aunque sea sólo con fines pedagógicos? Pues para demostrar la aceptación de esta clase de uniones, en contextos sociales

---

<sup>83</sup> VARAS V., MARÍA ELENA. 2000. Reconocimiento jurídico de las uniones entre personas del mismo sexo. Memoria para optar al grado de licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 99 p.

<sup>84</sup> *Ibíd.* Pp. 18-21.

cuyos órdenes institucionales y jurídicos a nivel familiar no necesariamente eran muy estrictos ni se agotaba la realidad de lo que pudiésemos considerar “familia” en el matrimonio y sus consecuencias jurídicas y fácticas.

De esta manera, nos expone antecedentes provenientes de la Grecia Antigua, la Roma Antigua, Oriente, América y África. Respecto a la Grecia Antigua, se habla de la esencia del amor, de un rito ceremonial que varios calificarían de matrimonio y en el caso espartano de una relación de inspiración e incluso en condiciones de guerra. La autora, citando a Platón, relata: “...aquellos – hombres– inspirados por el amor son atraídos hacia el hombre: ellos encuentran placer en lo que por naturaleza es más fuerte y más inteligente...Estoy convencido de que un hombre que se enamora de un joven de esta edad está generalmente preparado para compartirlo todo con el que ama y él está ansioso, de hecho, de pasar el resto de la vida con él”<sup>85</sup>.

A mayor abundamiento, se citan diversas fuentes de la antigua Creta (la más importante, el geólogo Strabo) que “señalan que existía un verdadero ritual para consagrar las uniones de homosexuales consistentes en la simulación de un rapto...uno de los amantes anunciaba con anticipación la intención de raptar al otro, luego había una suerte de persecución que culminaba con la entrega de un regalo al perseguido...A pesar de que no existe consenso...sobre si esto debe o no ser considerado como un ritual de matrimonio, no son pocos los que lo catalogan como tal”. Por último, se hace alusión al caso espartano en que solían los jóvenes tener como amante a un hombre mayor que le sirviera de inspirador,

---

<sup>85</sup> *Ibíd.* Pp. 18-19.

lo que se traducía en un cuidado íntimo constante, en el hogar y en la guerra, muchas veces hasta la muerte<sup>86</sup>.

En el caso romano, Varas nos dice que “el consenso entre los historiadores es que las relaciones homosexuales...no sólo eran toleradas socialmente, sino que incluso eran expresiones de conducta propias de personas de las clases más altas...”<sup>87</sup>.

En Oriente, “se vislumbran una serie de referencias a costumbres sociales de lo que sería una especie de ritual de matrimonio entre homosexuales...usuales entre los samurái quienes formalizaban sus relaciones con un intercambio de votos, dándole a esta relación un estatus de casados”<sup>88 89</sup>.

En América, en la génesis del proceso de conquista, los antecedentes son más difusos, pues se da cuenta (principalmente por Francisco López de Gómara y Pedro de Magallanes) de casamientos de hombres con otros hombres impotentes o castrados, quienes actuaban como mujeres, lo que también se daba de modo opuesto entre mujeres. También están los casos de mujeres nativas del noreste brasileño que renunciaban a su rol y actuaban como hombres, estando “casadas” con otra mujer (la “*berdache tradition*”), registrada en Norteamérica, en la cultura maya, azteca e inca<sup>90</sup>.

---

<sup>86</sup> Ibíd. P. 19.

<sup>87</sup> Ibíd.

<sup>88</sup> Ibíd. P. 20.

<sup>89</sup> La memorista alude a autores como Li Yu (1611-1679) y Shen Defu (1578-1642).

<sup>90</sup> VARAS V., MARÍA ELENA. Op cit. P. 20.

Respecto a África, se alude a un tipo especial de matrimonio entre mujeres en Sudán, observando que una mujer se casaba con otra y asumía un papel de “padre de familia”. Esta unión “contaba con un reconocimiento legal”<sup>91</sup>.

Cruzadas estas etapas históricas, Varas entra a coincidir con los antecedentes generalmente conocidos, pues la Iglesia Católica, a través de sus teólogos y órganos de persecución, estableció que las relaciones homosexuales eran “crímenes contra la naturaleza”, asumiendo claros roles de diferenciación de género. Esto imbuyó a todo Occidente, en la medida que el catolicismo se consolidaba, y como consecuencia, tal oleada de transformación se extendió a todos los lugares que Europa colonizaba (América, Oriente y África).

¿Qué se puede concluir de todo esto que nos expone Varas? Claramente estaríamos, si obedecemos esta postura, ante una desmitificación del “origen natural” del matrimonio exclusivamente heterosexual, ya que existirían claros indicios y relatos históricos de que en diversas latitudes (incluso la Europa antigua) existían uniones entre homosexuales que eran no sólo toleradas o aceptadas, sino además promovidas, bien vistas e incluso institucionalizadas.

---

<sup>91</sup> *Ibíd.* Pp. 20-21.



## **1.2 ESTATISMO O DINAMISMO DEL MATRIMONIO, EN RELACIÓN A LA DIFERENCIA DE SEXOS COMO ELEMENTO DE SU ESENCIA**

Antes de iniciar es menester establecer una aclaración, que es más bien la explicación de una conexión, un salto de capítulo. El presente subcapítulo está orientado hacia el análisis en torno a la disparidad de sexos como elemento esencial del matrimonio en función de la concepción estática o dinámica de esta institución. En el capítulo 4° (destinado a la discusión teleológica), habrá un subcapítulo que estará abocado al estudio de los fines del matrimonio (en particular aquél referido a la procreación) en relación a la demanda de matrimonio entre personas del mismo sexo. La conexión es evidente, pues las posiciones tradicionalistas defienden la heterosexualidad del vínculo matrimonial en función de las finalidades del mismo, entre las cuales incluyen a la procreación, la que sólo podría ser lograda (en el caso de las relaciones sexuales, sin intervención de ningún otro factor o tratamiento de fertilidad) entre un hombre y una mujer. Sin embargo, su estudio se dividirá en capítulos distintos, pues responden a diversas perspectivas, más allá de su evidente conexión. Dicho esto, iniciemos.



## **1.2.1 POSICIONES CERCANAS AL TRADICIONALISMO (ESTATISMO)**

### **1.2.1.1 RAZONAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**

Para usar, en función de este acápite, la sentencia del TC, me valdré de argumentos expuestos por el voto particular concurrente de los ministros Marcelo Venegas Maldonado, Enrique Navarro Beltrán e Iván Aróstica Maldonado; y por el voto en igual sentido de la ministra Marisol Peña Torres.

En el considerando 9° del razonamiento expuesto por los ministros primeramente nombrados, se hace referencia a la aptitud de la diversidad del trato hacia parejas compuestas por personas de distinto e igual sexo en consideración a las “diferencias naturales existentes entre varón y mujer”<sup>92</sup>.

Complementariamente, tenemos que en el considerando 12° afirman que “el contrato de matrimonio definido en el artículo 102 del Código Civil...es, por su

---

<sup>92</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Op. cit. Voto particular concurrente de Marcelo Venegas M., Enrique Navarro B. e Iván Aróstica M. Considerando 9°.

concepción misma...una institución aplicable únicamente a las relaciones de pareja formadas por un hombre y una mujer...”<sup>93</sup>.

¿Qué nos dice todo esto? Es claro que en opinión de los ministros referenciados las “diferencias naturales” que existen entre las personas de los géneros masculino y femenino están ligadas con uno de los fines establecidos para el contrato civil de matrimonio, cual es la procreación, la que no sería posible (al menos del modo convencional) si no es entre un hombre y una mujer. Asimismo, apuntan a que la disparidad sexual forma parte de la “concepción” misma del matrimonio, lo que podría llegar a leerse –no sin controversia– como sinónimo de “esencia”. De este modo, sería lógica que les esté vedado el acceso al matrimonio a las parejas compuestas por personas del mismo sexo.

Por otro lado, tenemos a la ministra Peña, quien de forma mucho más categórica sostiene este punto en el considerando 3º de su voto: “Que el matrimonio entre un hombre y una mujer constituye base esencial de la familia amparada por la Constitución, porque muchas de las funciones atribuidas a ésta se relacionan con los fines que el legislador del Código Civil asigna al matrimonio, pero particularmente la de procrear”<sup>94</sup>.

Lo planteado por la ministra ya no es ninguna sorpresa habida consideración de lo planteado por los ministros que la antecedieron, pero sí recurre a un

---

<sup>93</sup> Ibíd. Voto particular concurrente de Marcelo Venegas M., Enrique Navarro B. e Iván Aróstica M. Considerando 12º.

<sup>94</sup> Ibíd. Voto particular concurrente de Marisol Peña T. Considerando 3º.

elemento interesante, que será tratado más adelante en este trabajo, referido a la “familia amparada por la Constitución”, debiendo el legislador civil ser coherente con el fondo de la disposición constitucional referida a la familia, tomando en cuenta que el matrimonio es precisamente el pilar fundamental de la misma.

Profundizando aún más en ello, la ministra expresa, en el considerando 5°, lo siguiente: “Que el carácter de derecho esencial del matrimonio no puede ser discutido...porque el matrimonio permite al hombre y a la mujer la natural complementariedad de dos naturalezas diferentes en pro de la proyección del vínculo que lo genera...”<sup>95</sup>.

---

<sup>95</sup> Ibíd. Voto particular concurrente de Marisol Peña T. Considerando 5°.



### 1.2.1.2 RAZONAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA

Analizaremos los argumentos de los votos particulares discrepantes de los ministros Andrés Ollero Tassara y Juan José González Rivas, respecto de la sentencia del TCE que declaró plenamente acorde con la Constitución española al instituto del matrimonio igualitario.

Tal como en el subcapítulo anterior, nos encontramos con la opinión de Ollero en el considerando 2º de su voto, dentro del cual plantea que “la Sentencia intenta autoconvencerse de que ‘lo que hace el legislador en uso de la libertad de configuración que le concede la Constitución, es modificar el régimen de ejercicio del derecho constitucional al matrimonio’, cuando realmente lo que se ha hecho es cambiar el matrimonio mismo”.<sup>96</sup> Seguido esto por lo que plantea en el considerando 3º: “El debate constituyente...resaltó de modo inequívoco dos características del matrimonio: monogamia y heterosexualidad...”<sup>97</sup>.

De aquí se desprende claramente que para el ministro Ollero no puede modificarse el carácter heterosexual del matrimonio sin vulnerar su esencia, pero no explicitando la cuestión de la procreación, sino interpretando la estructura fundamental de lo que el texto constitucional dice que es el matrimonio.

---

<sup>96</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Op. cit. Voto particular discrepante de Andrés Ollero T. Considerando 2º.

<sup>97</sup> *Ibíd.* Voto particular discrepante de Andrés Ollero T. Considerando 3º.

Por otro lado, tenemos la visión del ministro González, quien nos muestra básicamente dos argumentos: el primero –contenido en el considerando 3º– dice relación con la visión contraria al matrimonio entre personas del mismo sexo, en salvaguarda de la esencia del derecho constitucional al matrimonio y la naturaleza de la institución, expresada en su momento por el Consejo General del Poder Judicial, el Consejo de Estado y la Academia de Jurisprudencia y Legislación. Especial relevancia adquiere la opinión de los dos primeros órganos, sosteniendo que “el hecho de abrir la institución matrimonial a parejas del mismo sexo supone un cambio especialmente profundo de dicha institución hasta el punto de plantear si, con ello, no se está alterando la naturaleza jurídica del derecho...”<sup>98</sup>.

El segundo argumento lo hallamos en el inicio de su considerando 4º, donde dice que “se sostiene como argumento básico de la Sentencia la necesidad de una interpretación evolutiva de la Constitución y en mi opinión, tal evolución ha de respetar la esencia de las instituciones...el matrimonio tiene un carácter fundamental y una finalidad esencial basada en la unión entre personas de distinto sexo...”<sup>99</sup>.

Tanto Ollero como González creen que la apertura de un matrimonio tradicionalmente heterosexual a las parejas homosexuales vulneraría la esencia de dicha institución, en relación a sus fines.

---

<sup>98</sup> Ibíd. Voto particular discrepante de Juan José González R. Considerando 3º.

<sup>99</sup> Ibíd. Voto particular discrepante de Juan José González R. Considerando 4º.

### 1.2.1.3 DOCTRINA

Dentro de la doctrina, hay varios elementos que merecen destacarse. El primero nos lo muestra Jorge del Picó Rubio, quien nos dice –relacionando a la esencia del matrimonio con la generación de la familia–: “La familia es entendida básicamente como un hecho natural que, en su esencia, es anterior al matrimonio, el cual se concibe a su vez como una construcción cultural que perfecciona la unidad o alianza concebida entre un hombre y una mujer”<sup>100</sup>.

En consonancia con la visión crítica de los ministros disidentes del TCE, el autor expresa que “una tendencia importante de la doctrina española –con significativa influencia en Chile– ha recalcado que el matrimonio enfrenta un proceso de desnaturalización...y vaciamiento de su contenido específico e identitario, siendo su manifestación más evidente el Derecho matrimonial español, en especial con las modificaciones de 2005, pero con una tendencia ya anunciada y ajustada por treinta años”<sup>101</sup>. Continúa por la misma senda: “Este objetivo (la procreación), junto con la complementariedad de los sexos como finalidad en sí misma, es el motivo principal del carácter exclusivamente heterosexual de la institución matrimonial civil...”<sup>102</sup>.

---

<sup>100</sup> DEL PICÓ R., JORGE. Op. cit. P. 123.

<sup>101</sup> *Ibíd.* P. 162.

<sup>102</sup> *Ibíd.* P. 178.

De acuerdo con el autor, en Chile –a diferencia del caso español–, “la institución matrimonial se sigue concibiendo sólo sobre la base de un vínculo entre un hombre y una mujer”<sup>103</sup>. Esto, desde luego, sustenta la visión de quienes piensan que la heterosexualidad del matrimonio es parte de su esencia, lo que queda aún más claro al planteársenos que “la diversidad de sexos...es una condición esencial del matrimonio, por lo que ante el evento de concurrir dos individuos de un mismo sexo reclamando derechos en esta calidad, la autoridad...deberá pronunciarse por la inexistencia del vínculo”<sup>104</sup>.

A quienes conozcan la obra del profesor Hernán Corral no debiera extrañarles que considere como un paso más en el debilitamiento del matrimonio, una potencial apertura del mismo a las parejas homosexuales. Este debilitamiento (él lo denomina “disminución del valor jurídico del matrimonio”) sería un proceso alimentado por las reformas que se hicieron efectivas a partir del informe de la Comisión Nacional de la Familia en el año 1992: despenalización del adulterio, inclusión de uniones de hecho en la ley de violencia intrafamiliar, reforma de la filiación, modificación del régimen de bienes del matrimonio y consagración del divorcio<sup>105</sup>.

En otro de sus artículos, titulado “Regulación legal de las uniones homosexuales. Un contrasentido para el Derecho de Familia”<sup>106</sup>, el profesor

---

<sup>103</sup> *Ibíd.* P. 180.

<sup>104</sup> *Ibíd.* P. 222.

<sup>105</sup> CORRAL T., HERNÁN. 2010. El debilitamiento del matrimonio y su función social en la legislación chilena de entre siglos (XX-XXI). *Revista Chilena de Derecho de Familia* 3: 3-14. Pp. 3-4.

<sup>106</sup> CORRAL T., HERNÁN. 2007. Regulación legal de las uniones homosexuales: un contrasentido para el Derecho de Familia. *En*: UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO, FACULTAD DE DERECHO. Estudios Jurídicos en homenaje a los profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino

Corral, junto con expresar profusamente su idea de que las relaciones homosexuales son indignas para el ser humano y vulneradoras de su “naturaleza”, además de una forma supuestamente incorrecta de practicar la sexualidad, nos dice lo siguiente: “La ley civil...sólo puede legítimamente proteger y promover la familia propiamente tal, esto es, aquella comunidad generada por un compromiso...entre un hombre y una mujer para formar un hogar donde puedan nacer y criarse los hijos. Este compromiso lo llamamos matrimonio...”<sup>107</sup>.

Mas no sólo encontramos en esta obra un sostén de la idea de desnaturalización del matrimonio a partir del reconocimiento y extensión del mismo a las parejas homosexuales, sino además una advertencia en pos de proteger del riesgo de distorsión al Derecho de Familia: “La legitimación de las uniones homosexuales...produce una convulsión completa del Derecho de Familia que deja de interesarse por las relaciones normales y por la familia como célula fundamental de la sociedad, para asumir la faz de un instrumento ideológico útil para trastocar los valores, la moral y las costumbres de la población”<sup>108</sup>.

En otra de sus publicaciones, titulada “La familia en los 150 años del Código Civil chileno”<sup>109</sup>, el autor menciona algunas de las “reformas de transacción” que han venido a vulnerar el concepto de familia. Entre ellas se encuentran la ley de

---

Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla y Hugo Rosende Subiabre. Santiago, Universidad del Desarrollo. Pp. 249-264.

<sup>107</sup> *Ibíd.* P. 256.

<sup>108</sup> *Ibíd.* P. 262.

<sup>109</sup> CORRAL T., HERNÁN. 2005. *Op. cit.*

filiación (que equiparó las condiciones y derechos de los hijos hasta ese momento llamados “legítimos, naturales o ilegítimos”) y la ley de matrimonio civil (que consagró el divorcio vincular). No obstante ello, Corral afirma que pese a estas reformas, se mantiene la clásica definición de matrimonio de Bello y el fundamento matrimonial de la familia.

Uno podría preguntarse dónde se establece la conexión entre esto y una potencial crisis desintegradora de la familia. La respuesta radica en estas palabras, críticas del concepto de “familias” como reemplazo de “familia”, ligadas expresamente con un rechazo del matrimonio entre personas del mismo sexo: “Se trata de relativizar el concepto de familia, negando que tenga una identidad propia e independiente de los deseos subjetivos de los integrantes. Más que un mayor pluralismo que nos haría pasar de un modelo único de familia a un sistema plural de diversas formas de familia, esta opción implica el desplazamiento del modelo de familia fundado en el matrimonio, como compromiso jurídico heterosexual y abierto a la procreación, hacia otro modelo, también único (no plural), pero fundado ahora en la estructura de pareja, sea homosexual o heterosexual...”<sup>110</sup>.

Clarifica aún más esta idea en “Claves para entender el Derecho de Familia contemporáneo”<sup>111</sup>, al dirigir sus dardos directamente contra el reconocimiento de un concepto familiar plural y el matrimonio igualitario: “La pérdida del sentido jurídico del consorcio matrimonial, va de la mano con otra de las ideas

---

<sup>110</sup> *Ibíd.* P. 436.

<sup>111</sup> CORRAL T., HERNÁN. 2002. Claves para entender el Derecho de Familia contemporáneo. *Revista Chilena de Derecho* 29(1): 25-34.

que inspiran los cambios actuales de las legislaciones familiares: la de acabar con un Derecho de Familia ‘tradicionalista’ y ‘excluyente’ basado en el modelo de la unión matrimonial, para sustituirlo por un Derecho que asuma una actitud neutral y no discrimine entre los múltiples y poliformes tipos de familia que existen en las sociedades modernas... No existe –se señala– ‘la familia’, sino que solo existen ‘las familias’, y el Estado en sus políticas públicas y en su legislación debe adoptar una posición prescindente que respete el pluralismo ético y sociológico vigente, sin tratar de imponer una concepción de familia por otras igualmente plausibles... En efecto, si se aplicara con todo rigor la fórmula de los ‘tipos de familia’ y se reconociera que cualquier unión, comunidad o relación (hogares unipersonales, uniones homosexuales, polígamas, agrupaciones promiscuas, entre seres humanos y animales, etc.) puede calificarse de familiar y que ante ellas el Estado debiera guardar una neutralidad pasiva, habría que convenir que el Derecho de Familia habrá desaparecido. Si todo es familia, en verdad nada lo es”<sup>112</sup>.

De este modo, Corral se manifiesta abiertamente contrario a la idea de modificar el concepto clásico y tradicional de familia, e incluso coloca en el mismo grupo de análisis a todo lo que no se atenga a ello, formando un conjunto que abarca desde la homosexualidad hasta la zoofilia.

En una férrea posición contra la mera posibilidad de concebir un matrimonio entre dos personas del mismo sexo se coloca el jurista argentino Carlos Alberto Dansey, quien nos advierte: “Nada diremos de las aberraciones sexuales que, so

---

<sup>112</sup> *Ibíd.* P. 28.

pretexto de apoyarse en una muy discutible, por no decir censurable tolerancia, a su vez apoyada por una putrefacta psiquiatría, eleva a la normalidad todas las desviaciones repulsivas de la degeneración humana”<sup>113</sup>.

Ariel Álvarez, en “La naturaleza del matrimonio y de la familia”<sup>114</sup> se muestra mucho más cauto pero explicitando la importancia de la esencia heterosexual del matrimonio en la constitución de una familia: “Pareciera inobjetable afirmar que tanto la institución matrimonial como la estructura familiar ofrecen modalidades cambiantes en tiempo y espacio, que no permitirían una descripción homogénea...nos ubicamos en la familia de nuestro tiempo que debe amalgamar el retardo secular de su propia estructura, frente al ágil desarrollo económico de la sociedad. No obstante ello, es evidente que sólo la familia, tanto en la relación marido-mujer (matrimonio)...permite manifestar en plenitud necesidades de comprensión y de afecto...”<sup>115</sup>.

No obstante lo anterior, Álvarez matiza al afirmar que la familia ha cambiado y seguirá cambiando, no se mantendrá homogénea por siempre, pero condiciona a la familia a la existencia del elemento matrimonial definido necesariamente como una unión entre marido y mujer, es decir, una unión de carácter exclusivamente heterosexual.

---

<sup>113</sup> DANSEY, CARLOS A. Op. cit. P. 254.

<sup>114</sup> ÁLVAREZ G., ARIEL. 1980. La naturaleza del matrimonio y de la familia. Revista Chilena de Derecho 7: 306-309.

<sup>115</sup> *Ibíd.* P. 308.

Por último, nos encontramos con Fernando Jiménez Larraín y su obra “El concepto de familia en la Constitución Política de Chile”<sup>116</sup>, en la cual nos dice que “se está llegando a un completo vaciamiento del concepto de familia, pues se está afirmando que la familia que nace del matrimonio y que corresponde al concepto histórico, valórico tradicional de nuestra cultura Occidental Cristiana sería una de entre muchos otros tipos de familia posible, como son la de carácter homoparental, convivencias adúlteras, amancebamientos e incluso...matrimonios entre homosexuales”<sup>117</sup>.

---

<sup>116</sup> JIMÉNEZ L., FERNANDO. 1995. El concepto de familia en la Constitución Política de Chile. En: UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO, FACULTAD DE DERECHO. XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público: 17 y 19 de Noviembre de 1995. Valparaíso, EDEVAL. Pp. 145-160.

<sup>117</sup> Ibíd. P. 152.



## **1.2.2 POSICIONES CERCANAS AL REFORMISMO (DINAMISMO)**

### **1.2.2.1 RAZONAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**

En esta sección, nos valdremos de los elementos esgrimidos por el ministro Hernán Vodanovic en su voto particular y disidente, que dan cuenta de una visión alejada del tradicionalismo en este menester.

En primer lugar, y dentro del considerando 1° de su razonamiento, alude a una sentencia (2005) de la Corte Constitucional de Sudáfrica que invalidó la cláusula heterosexual (entendida como exclusividad) del régimen matrimonial de dicho país. Citando directamente la sentencia, nos dice: “conforme cambian las circunstancias de la humanidad y las ideas de justicia e igualdad evolucionan, los conceptos de los derechos también adquieren una nueva textura y significado. El horizonte de los derechos es ilimitado como lo son los deseos y las expectativas de la humanidad. Lo que ayer era considerado como justo por el derecho, hoy es condenado como injusto... De manera similar, aunque muchos de los valores familiares han permanecido constantes, tanto la familia como el derecho familiar se han transformado profundamente”<sup>118</sup>.

---

<sup>118</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Op. cit. Voto particular disidente de Hernán Vodanovic S. Considerando 1°.

¿Qué extraemos de esto? Vodanovic, al citar al órgano de justicia constitucional sudafricano, no trata de desdibujar lo que entendemos por familia ni sus valores, mucho menos menguar la relevancia ni la esencia de la institución matrimonial. Al contrario, lo que hace es replantearse el contenido del derecho a contraer matrimonio y de la institución en sí misma en relación a las nuevas formas familiares que sólo en la época contemporánea han podido salir a la luz pública, pues va en descenso la tendencia a reprimirlas, como se había hecho antes, aun existiendo en la práctica.

En ningún caso se pone en duda la inmensa relevancia del matrimonio en la organización familiar, todo lo opuesto, se la amplía para incluir en ella a las parejas compuestas por personas del mismo sexo, y así quebrar la tradición excluyente de la institución. Se amplían las familias, se fortalecen, se les da mayor impulso, relevancia y reconocimiento social y jurídico, se las hace, como elemento fundamental de la organización social, confluir con los valores propios de una sociedad democrática, pluralista y respetuosa de los Derechos Humanos.

Prosiguiendo con Vodanovic, tenemos que en el considerando 2° desnuda el fundamento básico por el cual se ata la esencia del matrimonio, entendida de forma tradicional de acuerdo a una dimensión exclusivamente heterosexual: “Si se analiza la argumentación fundante de la exclusión del matrimonio entre iguales, se advertirá que el único principio constitucional (o bien jurídico protegido) invocado es la intangibilidad de la familia”<sup>119</sup>. Así las cosas, se pone el centro en el “quiénes” han compuesto tradicionalmente lo que se reconoce

---

<sup>119</sup> *Ibíd.* Voto particular disidente de Hernán Vodanovic S. Considerando 2°.

como “familia” o “matrimonio” y no en la razón y valor de su existencia. No se apunta a la esencia, sino a cuestiones meramente accidentales, que dependen de la inclinación (condición) sexual con la cual una persona nace, interactúa y se desarrolla.

En el considerando 5° de su argumentación, expone un elemento clave en el análisis de la no vulneración de la esencia matrimonial al abrirlo a las parejas homosexuales: “En primer término, no debe desatenderse que la institución matrimonial, como cualquier otra, es una construcción social histórica. Sus elementos esenciales no son, necesariamente, los de ayer ni serán forzosamente los de mañana. Ha sido tradicionalmente una forma de institucionalizar la vida en común de una pareja heterosexual, pero nada impide –desde una visión secular– que acoja a parejas homosexuales o del mismo sexo... Desde luego, procede descartar el razonamiento circular de que ello es así porque debe serlo y siempre lo ha sido...se aprecia la inexistencia de una justificación racional, de un fin lícito en la interdicción del matrimonio entre iguales”<sup>120</sup>.

Aquí, el ministro Vodanovic plantea una cuestión fundamental: no sólo contradice a la visión tradicionalista al dar a entender que la diferencia de sexos no es esencial en el vínculo matrimonial, sino además establece que la misma esencia de las instituciones jurídicas es mutable, conforme varíen las concepciones sociales, políticas y filosóficas de las mismas a lo largo de la historia.

---

<sup>120</sup> Ibíd. Voto particular disidente de Hernán Vodanovic S. Considerando 5°.

Como corolario, y en el considerando 6º, muestra una evidencia contundente de sus planteamientos en la legislación comparada: “Lo cierto es que el acceso de las parejas del mismo sexo a la institución matrimonial es una tendencia creciente en sociedades de alto desarrollo cultural, habiéndose consagrado ya en Bélgica, Holanda, Canadá, España y Argentina y en diversos estados de Norteamérica, así como en el Distrito Federal de México”<sup>121</sup>. Esto da cuenta de que la superación de la estructura tradicional del matrimonio, sustentada por una visión católica del mismo, es un proceso que parece no tener marcha atrás, y que se observa en sociedades de características bastante diferentes, por lo cual no se puede atribuir a una excesiva similitud cultural este fenómeno.

---

<sup>121</sup> Ibíd. Voto particular disidente de Hernán Vodanovic S. Considerando 6º.

### **1.2.2.2 RAZONAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA**

En este acápite, se indicarán argumentos provenientes únicamente de los fundamentos jurídicos de la sentencia de mayoría. Llama profundamente la atención la similitud entre los razonamientos ya expuestos en la sección precedente (la opinión del ministro Vodanovic) y los argumentos que aquí se expondrán, aun cuando las sentencias se dictaron con un año de diferencia y son generalmente la doctrina y la jurisprudencia chilena las que recogen el influjo español (y no viceversa). Así, se produce una coincidencia digna de destacar, pues son los razonamientos que van reaccionando ante una tendencia creciente a nivel internacional.

En España, gran parte de los argumentos esgrimidos por el recurso de inconstitucionalidad contra el matrimonio igualitario, apuntaban hacia la vulneración de la esencia del matrimonio al abrirlo a parejas constituidas por personas del mismo sexo. En otras palabras, hacía irreconocible a la institución. Es menester apuntar que en la nación ibérica, a diferencia de Chile, el matrimonio está garantizado como una institución y un derecho en el marco constitucional.

Estas alegaciones fueron desestimadas por el TCE, que en el considerando 9º de su sentencia, tras hacer un análisis del método evolutivo de interpretación de

los preceptos constitucionales, nos indica: “La interpretación evolutiva a que nos referimos facilita la respuesta a la cuestión de si el matrimonio, tal y como resulta de la regulación impugnada, sigue siendo reconocible en el contexto sociojurídico actual como matrimonio. Tras las reformas introducidas...la institución matrimonial se mantiene en términos perfectamente reconocibles... Así, la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad son las notas esenciales del matrimonio, presentes ya en el Código civil antes de la reforma del año 2005, y que sigan reconociéndose en la nueva institución diseñada por el legislador”<sup>122</sup>.

También se alude al Derecho comparado, evidenciando la tendencia creciente a nivel internacional en torno a la legitimación y legalización del matrimonio igualitario, mencionando a países como Holanda, Bélgica, diversos estados de los Estados Unidos, Canadá, Sudáfrica, México (Ciudad de México), Noruega, Suecia, Portugal, Argentina, etc.; sumado a los países que han consagrados Pactos de Unión Civil (estatutos jurídicos de efectos similares al matrimonio), como Francia (que a la fecha sí cuenta con matrimonio igualitario), Alemania, Finlandia, Luxemburgo, Reino Unido (igual caso que Francia), Andorra, República Checa, Suiza, Austria o Liechtenstein<sup>123</sup>.

A esto se suma, tras un análisis de los nulos efectos perniciosos en la regulación de diversas materias, el hecho de que “el régimen jurídico del matrimonio y consecuentemente la imagen jurídica que la sociedad se va

---

<sup>122</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Op. cit. Fundamento jurídico 9.

<sup>123</sup> *Ibíd.*

forjando de él, no se distorsiona por el hecho de que los cónyuges sean de distinto o del mismo sexo”<sup>124</sup>.

En el considerando 11°, se nos ofrecen varios elementos dignos de ser mencionados, donde se expresa que “una vez establecido que la garantía institucional del matrimonio permanece intacta con la nueva regulación legal, ello nos conduce a entender que también la dimensión objetiva del derecho permanece inalterada... El reconocimiento del derecho al matrimonio a todas las personas, independientemente de su orientación sexual, implica la posibilidad para cada individuo de contraer matrimonio con personas de su mismo sexo o de diferente sexo, de manera que ese ejercicio reconozca plenamente la orientación sexual de cada uno. Ello no afecta el contenido esencial del derecho, porque el que puedan contraer matrimonio entre sí personas del mismo sexo ni lo desnaturaliza, ni lo convierte en otro derecho, ni impide a las parejas heterosexuales casarse libremente, o no casarse”<sup>125</sup>.

En definitiva, se llega a la conclusión de que la apertura de la institución matrimonial a las parejas del mismo sexo no altera en nada su esencia, sino simplemente lo abre a las nuevas concepciones de familias y a un entendimiento más profundo de los derechos de las personas.

---

<sup>124</sup> *Ibíd.*

<sup>125</sup> *Ibíd.* Fundamento jurídico 11.



### 1.2.2.3 DOCTRINA

Comenzamos con un elemento quizá sorpresivo, cual es una puerta abierta a la posición reformista que encontramos en la obra ya tantas veces citadas de Jorge del Picó, quien plantea: “La familia constituye un preconcepto, asumiendo que el sistema jurídico recoge el que está presente en un determinado tipo de sociedad y en una determinada época, por lo que siendo histórico y relativo, excluye cualquier pretensión de absolutidad. Por tanto, si cambian las bases sociológicas de constitución de la realidad familiar y los valores particulares que estimulan y promueven la valoración jurídica de una determinada forma, el Derecho debe considerar estos cambios”<sup>126</sup>.

Esta afirmación deja claramente abierta la puerta, contradiciendo quizá varios de sus otros planteamientos, a una concepción distinta de familia (incluso plural) si es que las condiciones de la sociedad cambiaban respecto a ello. Lo que sostienen las posiciones reformistas es que justamente esas condiciones cambiaron, por lo cual existen grupos y organizaciones sociales cada vez más fuertes y convocantes que exigen una ampliación del derecho matrimonial y así acabar con una discriminación estimada injusta.

Siguiendo adelante, nos encontramos con Gonzalo Villar, quien en la misma publicación citada con anterioridad, hace alusión, como ya hacían antes tanto el

---

<sup>126</sup> DEL PICÓ R., JORGE. Op. cit. P. 124.

ministro Vodanovic como los ministros del TCE, al avance del matrimonio igualitario en el Derecho Comparado, mencionando a los países en que esto ha ocurrido, los proyectos existentes actualmente (en países como Brasil, México, Perú, Colombia y Chile) y algunas disputas judiciales que ha habido al respecto<sup>127</sup>. También aporta el elemento de progreso social, cuando nos dice que “todos los supuestos jurídicos y sociales que engranaban con la exclusión de los matrimonios entre personas del mismo sexo biológico han ido progresivamente desapareciendo...”<sup>128</sup>.

Un autor que será mencionado en los siguientes capítulos es William Eskridge, quien en su artículo “La discusión del matrimonio entre personas del mismo sexo y tres conceptos de igualdad”<sup>129</sup> profundiza en la discusión en torno al posible fallecimiento o desnaturalización del matrimonio en caso de reconocérsele la posibilidad de contraerlo a las parejas homosexuales. Así lo dice claramente en su primera afirmación al respecto: “El argumento más raro contra el matrimonio entre personas del mismo sexo es que su reconocimiento destruiría al matrimonio”<sup>130</sup>.

Continúa en esta línea: “Al igual que otros argumentos contra el matrimonio entre personas del mismo sexo, éste permanece analíticamente anémico. No es inmediatamente claro que admitir el ingreso de los nuevos convertidos entusiastas...en el matrimonio arruinaría la institución para todos...¿cómo es

---

<sup>127</sup> VILLAR B., GONZALO. Op. cit. Pp. 21-24.

<sup>128</sup> *Ibíd.* P. 29.

<sup>129</sup> ESKRIDGE, WILLIAM. 2000. La discusión del matrimonio entre personas del mismo sexo y tres conceptos de igualdad. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 2000: 203-229.

<sup>130</sup> *Ibíd.* P. 225.

posible que el hecho de que yo ame a otro hombre y viva en una relación comprometida con él, amenazaría su matrimonio?...Uno de los patrocinadores del DOMA respondió sin convicción que *su* matrimonio saludable heterosexual no estaba ciertamente amenazado, sino que la institución del matrimonio lo está...¿Por qué debe sufrir la gente homosexual las consecuencias de los anhelos matrimoniales de los heterosexuales?”<sup>131</sup>.

Por último, una pequeña síntesis de algunas de las opiniones –siempre polémicas– que al respecto ha emitido el profesor Carlos Peña en sus columnas de los días domingos en el cuerpo de reportajes del diario “El Mercurio”. En una de ellas, titulada “Matrimonio de homosexuales”<sup>132</sup>, manifestó: “¿Qué es esto de que las palabras –como matrimonio o cualquier otra– tienen significados verdaderos? No se requiere haber leído a Wittgenstein para darse cuenta de que las palabras significan al interior de ciertas prácticas sociales que, cuando varían, hacen variar también su significado”. Agregó: “Así entonces no hay un ‘verdadero’ matrimonio por la simple y sencilla razón de que se trata de un contrato civil, una convención, a la que las sociedades van regulando al compás de las costumbres y de las convicciones morales que están en cada caso vigentes”.

---

<sup>131</sup> *Ibíd.* P. 226.

<sup>132</sup> PEÑA G., CARLOS. 2011. Matrimonio de homosexuales. El Mercurio, Santiago, Chile, 29 de mayo. Reportajes, D11.



### 1.3 CONCLUSIONES

Se procederá a exponer algunas de las conclusiones que se extraen respecto al asunto que ha sido objeto de este capítulo, y a partir de los elementos entregados por las fuentes trabajadas, más allá del análisis efectuado en líneas anteriores.

**a) Es un contrasentido sustentar el contenido de una institución jurídica (en este caso, el matrimonio) en la mera tradición histórica.**

Varias discusiones podrán siempre sostenerse respecto al contenido de una norma y su adecuación al devenir social o a los bienes jurídicos que el Derecho debe proteger, sin embargo, no parece sensato que uno de los criterios más importantes para ello sea aquél que se base en la tradición histórica de una institución. ¿Por qué esto? Pues porque las tradiciones sociales, institucionales y ético-morales, aplicadas al Derecho y a la organización de las relaciones entre las personas, puede mantener un orden de cosas, una estructura, que no se adecúe a las necesidades del presente momento histórico en una comunidad humana determinada. El Derecho debe recoger las transformaciones sociales y consagrarlas cuando apunten a la ampliación de los derechos de las personas y al respeto de sus derechos humanos fundamentales. Además, el sistema jurídico debe operar como motor de cambio histórico a fin de corregir las injusticias a que ha dado lugar la defensa de las tradiciones histórico-institucionales.

En este caso, respecto al matrimonio, es irracional negarse a la apertura de la institución a parejas constituidas por personas del mismo sexo sólo en función de la tradición y la historia, pues si fuera por ello, muchísimos cambios jamás habrían podido tener lugar. Es más, esta historia y esta tradición reflejan básicamente el apego a una estructura jurídico-moral de índole religiosa (Iglesia Católica), absolutismo que no puede tener una cabida en un Estado democrático e independiente de cualquier confesión religiosa, lo que comúnmente conocemos como Estado “laico”.

Esta tradición de matrimonio exclusivamente heterosexual se ha visto potenciada argumentativamente desde el Medievo, a través del desarrollo de la filosofía moral escolástica (aunque aludiendo a tiempos mucho más antiguos, a fin de fortalecer la tradición y la norma), y opera en función de mantener las estructuras de poder normativo que daban vigencia a la poderosa influencia que las autoridades eclesiásticas ejercían sobre la organización de la sociedad y la mantención de sus espacios de la misma, enorme en los países americanos y europeos.

Por último, es menester atender al hecho de que esta supuesta tradición inmutable y continua niega (u oculta) la evidencia histórica de que la sociedad humana, en otros tiempos y latitudes, sí ha aceptado e incluso reconocido institucionalmente la unión afectiva entre personas del mismo sexo, lo cual viene a contrariar la versión procedente del iusnaturalismo católico.

**b) El matrimonio es una institución civil, no existiendo ninguna esencia inmutable procedente del “Derecho Natural” que impida su transformación.**

Se ha planteado profusamente que el matrimonio heterosexual vendría a ser consecuente con la existencia de un orden superior, de “Derecho Natural”, implantado directamente por un dios o determinado por una naturaleza humana, en ambos casos inmutable. Así, fácilmente se podría frustrar cualquier intento de transformar una institución jurídica tan relevante como el matrimonio, aun existiendo en la sociedad cambios tan relevantes que dotarían de sentido a estas reformas.

Sin embargo, la verdad, conforme se ha expuesto, es que el matrimonio, en un Estado no confesional, es una institución civil regulada por las leyes de la República, por lo cual ninguna tradición religiosa puede pretender un rango de superioridad en la determinación del contenido de la norma respecto de la voluntad del pueblo expresada en el Poder Legislativo o respecto de la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, cual es la Constitución Política de la República. La voz de la religión puede ser perfectamente escuchada y atendida en función de su realidad de organización social, pero sólo eso, su posición debe ser escuchada con respeto en el debate democrático, mas sin ningún privilegio.

Como se dijo antes, nuestra legislación considera al matrimonio como el pilar fundamental de la organización familiar. Y, ya que la tendencia internacional, los estudios sociológicos y la misma realidad social demuestran indudablemente que las parejas homosexuales sí tienen *affectio maritalis* y sí tienen la intención de constituirse como una familia, con las mismas facultades de todas las demás; y tomando en cuenta además las diversas reformas de las cuales ha sido objeto el Derecho de Familias y el régimen matrimonial, aún con la oposición de diversos actores (fundada muchas veces en los mismos argumentos que se exponen a la hora de oponerse al matrimonio entre personas del mismo sexo), tenemos que un nuevo paso histórico de progreso en esta materia se escribiría al permitirse el matrimonio igualitario.

Mientras el matrimonio siga operando en base a una supuesta “esencia natural”, dada la influencia de la doctrina tradicionalista y conservadora del orden actual de cosas, no podrá hablarse de una auténtica secularización del matrimonio (aunque exista ya en el aspecto formal). Se ha obedecido en Chile, a través del Código Civil, a una estructura social propia del siglo XIX y a las determinaciones del antiguo Derecho Canónico y de cuerpos normativos como las Siete Partidas, de origen castellano medieval.

**c) El matrimonio no se desnaturaliza por el hecho de que dos personas del mismo sexo puedan acceder a él.**

La verdad es que no existe ninguna diferencia jurídica o éticamente relevante si una pareja es heterosexual u homosexual, de manera que ambas parejas pueden cumplir perfectamente con los fines y la esencia que se ha asignado al contrato matrimonial. La única diferencia observable es que una pareja constituida por personas del mismo sexo no podrá engendrar hijos de manera “natural”, lo cual carece de importancia desde el instante en que tenemos filiación adoptiva o legitimamos otros mecanismos de concepción, como los vientres de alquiler. La presencia o no de hijos concebidos por relaciones sexuales entre los cónyuges no determina la legitimidad o ilegitimidad de un matrimonio, por lo cual no puede operar como un factor impediante.

Así tampoco las supuestas “diferencias naturales” existentes entre hombres y mujeres tienen relevancia alguna. Sólo la tendrían si afirmáramos que la única manera “correcta” de vivir la sexualidad es aquélla que lo hace de manera heterosexual, lo cual contrariamos a partir de la consideración de la homosexualidad como una condición absolutamente natural presente en el ser humano a partir de su constitución como tal, no siendo tampoco ninguna desviación, ni falla genética (es una condición natural inocua), ni aberración, ni inmoralidad, ni enfermedad ni nada por el estilo. Así, tampoco sería importante a la hora de calificar si una pareja puede acceder o no al matrimonio.

Así las cosas, es posible concluir que la institución del matrimonio no se degrada, desnaturaliza o vacía ni en lo más mínimo por el hecho de admitir parejas conformadas por personas del mismo sexo en ella. Por el contrario, se protege, fortalece, amplía, democratiza y entra en armonía con los DD.HH., además de recoger la evolución y el progreso del Derecho en el mundo.

Con base en todos estos elementos, podemos concluir que existían suficientes razones para que el Tribunal Constitucional pronunciara una sentencia distinta, desestimando los argumentos basados fundamentalmente en la tradición y el respeto excesivo a la estructura dogmática y moral católica en la que se pretende basar a la legislación civil. Por el contrario, en consideración de los múltiples cambios producidos durante la evolución de nuestra estructura normativa, tendientes a reformar el matrimonio y ampliar la familia, se debió concluir que el impedimento al matrimonio entre personas del mismo sexo en función de la tradición carece de justificación.

## **CAPÍTULO 2: ELEMENTOS LITERALES**

### **CONSIDERACIONES GENERALES**

Avanzando en el estudio de los factores que han tenido incidencia en la dictación de la sentencia objeto de esta investigación, nos encontramos ante un elemento que quizá no tenga un grado de profundización o teorización tan grande, pero que sin embargo ostenta una importancia vital a la hora de decidir como se decide. Este elemento es el llamado “literal”.

¿Por qué literal? Pues porque, como su nombre lo da a entender, se aboca al estudio de la letra de la norma, en función de su aplicación rigurosa. Cualquier persona podría poner en tela de juicio el por qué se estudia este factor dado que responde a obviedades tales como las palabras ya escritas y preceptuadas. Sin embargo, y como nos advierte la teoría de los mecanismos de interpretación de las normas jurídicas, no siempre las palabras de una norma tendrán un significado unívoco o no serán susceptibles de un ejercicio interpretativo más profundo, especialmente respecto a aquéllas que dicen relación con instituciones socialmente relevantes y compuestas por aspectos ampliamente discutidos, y cuando sean mutables en el tiempo, según el avance de la historia, la sociología, la teoría jurídica y el entendimiento político de la sociedad respecto al contenido que debiera caracterizar a la institución cuya letra se estudia, cuestiona e interpreta.

Sucede esto, desde luego, con todo cuanto se encuentra en torno a las instituciones matrimonial y familiar en general, respecto de las cuales, y como vimos en el capítulo anterior, se han producido distintos cambios en lo formal y lo material conforme han existido y predominado distintas visiones políticas, filosófico-jurídicas y éticas en la comunidad humana a que están destinadas.

Viendo ya que estos conceptos adquieren significados por esencia equívocos y mutables, más complejo se torna el panorama cuando vemos que la misma institución puede estar tratada en cuerpos normativos de distinto rango dependiendo del país o tradición jurídica de que se trate o cuando estamos delante de instituciones íntimamente relacionadas cuyas disposiciones más relevantes se ubican en cuerpos de distinta jerarquía normativa al interior de un mismo ordenamiento.

Pues bueno, justamente es eso lo que sucede con los conceptos que componen el alma de este capítulo: matrimonio y, por añadidura, familia. Independientemente de que la correspondencia del contenido normativo de estas instituciones jurídicas entre sí se estudie en el capítulo tercero (destinado a las cuestiones sistemáticas), sí nos haremos cargo del tratamiento que se le concede en la letra de nuestro ordenamiento: Constitución Política de la República, Código Civil, Ley de Matrimonio Civil y Tratados Internacionales de Derechos Humanos (incorporados a nuestra Constitución en virtud del artículo 5° inciso 2° de la misma).

A diferencia de ordenamientos como el español, donde tanto matrimonio como familia forman parte de su Constitución (aunque el primero tiene un tratamiento más lato en la ley común), en Chile está claramente diferenciado: el matrimonio está tratado en la ley; y la familia (y su protección) en la Constitución. Sin embargo, se plantea que el pilar fundamental de la familia está constituido por el matrimonio, por lo cual adquiere especial importancia el que indagemos en cuál es el sentido literal que debemos aceptar en torno a “familia” (a nivel constitucional) y a “matrimonio” (a nivel legal, pero que se reconoce como parte central de la familia).

Todo esto, y para no perder el rumbo, centrado fundamentalmente en la variable únicamente heterosexual o plural (hetero y homosexual) del régimen matrimonial, y consecuentemente con ello, en la variable singular o plural de los modelos familiares.

Teniendo claro el panorama al cual nos enfrentamos, nos cuestionaremos tres cosas: la primera, cuál es el contenido literal normativo de la familia y el deber de protegerla mencionado en la CPR; segundo, cómo se trata el carácter heterosexual del matrimonio en el Código Civil y la Ley de Matrimonio Civil; y tercero, en qué consiste el derecho a contraer matrimonio y la protección de la familia contenida en los tratados internacionales de DD.HH. suscritos por Chile y actualmente vigentes.

Naturalmente, y al igual que en el capítulo anterior, nos serviremos de los razonamientos dados por el Tribunal Constitucional en su sentencia, de algunos razonamientos entregados por el Tribunal Constitucional español, de la doctrina (eminentemente chilena) y de un análisis personal.

## **2.1 LA FAMILIA Y SU PROTECCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA**

### **2.1.1 POSICIONES CERCANAS AL TRADICIONALISMO (LÓGICA FAMILIAR HETEROPARENTAL)**

Es preciso iniciar este apartado con una aclaración. No existen, en la sentencia del TC objeto de este estudio, argumentos esgrimidos en favor de una interpretación de la letra constitucional tendiente a la defensa de un solo modelo familiar. Esto, pues la sentencia se hace cargo fundamentalmente del derecho a contraer matrimonio y del tratamiento que de éste se hace en la normativa civil, sin entrar a tocar la Constitución chilena en lo que respecta a este subcapítulo.



### 2.1.1.1 RAZONAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA

Comenzaremos con la visión que nos entrega, en el considerando 1º de su voto discrepante, el ministro Juan José González Rivas, en lo referente a que la Constitución española garantiza el acceso al matrimonio al hombre y a la mujer como pareja heterosexual, excluyendo así a las parejas homosexuales: “La plasmación que de dicha imagen tuvo ante sí el legislador...se concretó en la definición reconocida en el art. 32.1 CE al señalar: ‘El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica’, lo que delimita su contenido esencial cuya alteración exigiría una reforma constitucional...Esa configuración preexistente...permite considerar que la unión de un hombre y una mujer, es la nota esencial que reconoce el precepto constitucional y vincula al legislador ordinario...”<sup>133</sup>.

¿Por qué destacamos esto si se basa en el matrimonio y no en el concepto de familia? Pues porque en la Constitución española ambos conceptos están consagrados de manera conjunta. Así, se colige fácilmente, a partir de las palabras de Rivas, que la familia, una vez sustentada en el matrimonio, sólo puede concebirse a partir de la unión conyugal entre un hombre y una mujer, descartando a nivel constitucional la posibilidad de que una familia esté constituida por una pareja del mismo sexo, con hijos o sin ellos, exigiendo que se

---

<sup>133</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Op. cit. Voto particular discrepante de Juan José González R. Considerando 1º.

reformar la Constitución para llegar a admitirlo en términos jurídico-literales. En similares términos opina, en el considerando 1º de su argumentación, el ministro Andrés Ollero Tassara<sup>134</sup>.

Siguiendo con Ollero, plantea algo bastante explícito en su considerando 4º, dando a entender que la sentencia que no declaró inconstitucional al matrimonio igualitario en España yerra al pretender que la Constitución no contempla un concepto específico de familia: “...lo que la Sentencia parece acoger: que nuestra Constitución no contiene un concepto determinado de matrimonio... Por si no queda claro, precisa como ejemplo (FJ 5) que ‘hasta la fecha, la interpretación del art. 39 CE no ha llevado a este tribunal a definir un concepto constitucional de familia’

La idea de una Constitución sin ‘conceptos’ me parece tan contradictoria como la de un texto legal sin letra. Ni siquiera la sentencia es capaz de mantenerla con coherencia, ya que, aun dando por ausentes conceptos como matrimonio y familia, considera (FJ 5) que ‘ello no impide determinar que en el art. 39 CE se incluirían las familias que se originan en el matrimonio, pero también a las que no tienen ese origen’. Queda en el aire cómo es posible que, aun no existiendo un concepto, se nos indique qué es lo que cabe o no incluir en él...”<sup>135</sup>.

Su idea de que “una Constitución” (idea genérica en términos jurídicos, sin limitaciones de Estado) no puede contener conceptos indeterminados, decanta en

---

<sup>134</sup> Ibíd. Voto particular discrepante de Andrés Ollero T. Considerando 1º.

<sup>135</sup> Ibíd. Voto particular discrepante de Andrés Ollero T. Considerando 4º.

que tanto la familia como el matrimonio reconocidos y consagrados por la norma suprema del ordenamiento del país ibérico ostentan un concepto, dado por el carácter eminentemente matrimonial de una y heterosexual del otro.

Igual cosa podría aplicarse al ordenamiento jurídico chileno, altamente influenciado por el español<sup>136</sup>, si aceptamos el razonamiento de Ollero en torno a los conceptos constitucionales. Así, podría sostenerse que el concepto de familia que encierra la Constitución chilena (y a la cual se debe protección) es una sustentada principalmente en el matrimonio, el cual debería respetar su tradición heterosexual. Esto, independientemente de la ausencia de una relación de necesidad entre familia y matrimonio en la Constitución chilena, y de la consagración de la institución matrimonial como parte de la Constitución española, a diferencia de la chilena, la cual sólo menciona y protege a la familia.

---

<sup>136</sup> Se observa esto en el Derecho de Familias contenido en el Código Civil y en las modificaciones posteriores, de corte liberal. Además, desde antiguo en relación a las Siete Partidas.



### 2.1.1.2 DOCTRINA

El primer autor al cual haremos referencia en esta sección será Eduardo Soto Kloss, quien en su artículo “La familia en la Constitución Política”, nos da algunas luces: “Dentro de esta perspectiva, típicamente iusnaturalista, la Constitución de 1980 consagra varias disposiciones en las cuales hay explícitas referencias a la familia... Por de pronto, en su artículo 1º...declara que ‘la familia es el núcleo fundamental de la sociedad’... ‘es deber del Estado...dar protección a la familia’ y ‘propender al fortalecimiento de ésta’”<sup>137</sup>.

En las palabras de Soto, las referencias constitucionales a la familia que transcribe no son lo más importante, sino el espíritu que infunde a las mismas previo a su cita. El autor explicita que la perspectiva de la Constitución (y por tanto todas las disposiciones contenidas en ella) obedece a la tradición jurídica del Derecho Natural. De este modo, se asegura que a la hora de entender e interpretar la letra de la norma fundamental se hará conforme a lo que dicta el Derecho Natural (no está de más decir que aludimos al iusnaturalismo católico), dejando amarrado el concepto de familia a una raíz tradicional católica, la cual se desarrolló largamente en el capítulo primero.

De esta manera, el deber constitucional de protección a la familia no incluiría la obligación para el Estado de establecer una legislación que reconociera a las

---

<sup>137</sup> SOTO K., EDUARDO. Op. cit. P. 218.

personas del mismo sexo el derecho a contraer matrimonio –pilar fundamental de la familia– pues la tradición iusnaturalista católica, alma de la Constitución, no lo concebiría. Lo explicita al citar a la Comisión para el estudio de una nueva Constitución (más conocida como “Comisión Ortúzar”): “La estructura constitucional descansará en la concepción humanista cristiana del hombre y de la sociedad...según la cual la dignidad del ser humano, su libertad y derechos fundamentales, son anteriores al ordenamiento jurídico...”<sup>138</sup>.

Y continúa: “...al referirse a los fundamentos y principios del nuevo régimen político institucional, se afirma que las bases sobre las cuales se asienta este régimen son: la dignidad del ser humano, que es emanación del Creador...la familia, núcleo básico de la sociedad...”<sup>139</sup>. Así, se establece una conexión entre la letra de la Constitución y el sentido del cual estaría dotada.

Como corolario, y confirmando lo planteado, algunas de las conclusiones a las que llega el autor: “La primera conclusión...referente a la familia, es que toda la estructura institucional se inspira y descansa en la concepción humanista-cristiana del hombre y de la sociedad”, “...la familia es una comunidad de padres e hijos fundada en el matrimonio; es decir, comunidad de padre y madre/hombre y mujer, e hijos, basada en el matrimonio”<sup>140</sup>.

---

<sup>138</sup> *Ibíd.* P. 219.

<sup>139</sup> *Ibíd.* P. 223.

<sup>140</sup> *Ibíd.* Pp. 224-225.

Jorge Varela del Solar, en “Estudio sobre el artículo 1° de la Constitución de 1980”, hace referencia al concepto de familia que tributa la Constitución, lo relaciona con un orden espiritual e incluso con encíclicas papales, interpretándolo del siguiente modo: “La institución de la familia se define como ‘aquella sociedad natural y perfecta que tiene por finalidad la conveniente propagación de la especie humana sobre la base de la unión estable de un hombre y una mujer’. En virtud de esto último es que la base de la familia es el matrimonio... Por todo ello es que se la protege constitucionalmente...es deber del Estado dar protección a la familia y propender a su fortalecimiento. Esto en armonía con lo ya señalado”<sup>141</sup>. Así, se confirma y profundiza el panorama que antes nos describía Soto Kloss.

También Hernán Molina Guaita, en “Derecho Constitucional”, llega a similar conclusión, aunque admitiendo que se trata de una elección de la escuela iusnaturalista de orden católico por sobre la de orden racionalista. Refiriéndose a la concepción que la letra de la Constitución encierra respecto de la familia (y en términos generales), nos dice: “Esta concepción humanista admite dos vertientes en el plano filosófico. Puede ser puramente inmanente, si su fundamento último es la naturaleza racional y libre del hombre; o bien, puede abrirse también a un fundamento trascendente, metafísico, al Creador. A esta última nos adheriremos...Se señala a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, célula esencial del tejido social y a la cual el constituyente procura su protección...”<sup>142</sup>.

---

<sup>141</sup> VARELA DEL SOLAR, JORGE. 1984. Estudio sobre el artículo 1° de la Constitución de 1980. Revista Chilena de Derecho 11: 385-402. P. 393.

<sup>142</sup> MOLINA G., HERNÁN. 1998. Derecho Constitucional. 4ª ed. Concepción, Universidad de Concepción. P. 49.

De similar modo se pronuncia, en “Derecho Constitucional Chileno”, el profesor José Luis Cea, resaltando el rol que juega el cristianismo, como base de la civilización occidental, en la lógica del Constituyente a nivel familiar: “El Poder Constituyente ha recogido en el artículo 1° inciso 2° la concepción que, en la civilización occidental, fue infundida por el cristianismo en el tema...Se define a la familia, en el sentido natural y obvio, como el grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas. Más específicamente, es tal la unión que, un hombre y una mujer ligados en matrimonio, forman con sus hijos. Esta institución es anterior a todo reconocimiento por la autoridad pública y, como tal, se impone a ella, siendo su deber reconocerla y protegerla...cabe agregar que dicha institución puede ser entendida como la sociedad, natural, necesaria y en cierto sentido perfecta, cuya finalidad primordial es la conveniente propagación y educación de la especie humana, sobre la base de la unión estable de un hombre y una mujer”<sup>143</sup>.

Más aún, Cea zanja la discusión relativa al qué debe entenderse por “familia”: “Mientras algunos autores plantean que la voz ‘familia’ empleada por la Constitución debe entenderse en un sentido amplio, comprendiendo las relaciones de hecho, otros sostienen que el constituyente ha entendido por familia sólo aquella que tiene base matrimonial. Concluye el autor que, a la luz, de las Actas Oficiales de la Comisión de Estudio, la segunda de las tesis resumidas fue estimada correcta por la opinión de sus miembros, no habiéndose planteado objeción al respecto”<sup>144</sup>. Dadas las coincidencias del profesor Cea con

---

<sup>143</sup> CEA E., JOSÉ LUIS. 2008. Derecho Constitucional Chileno. 2ª ed. Santiago, Universidad Católica de Chile. P. 173.

<sup>144</sup> *Ibíd.* P. 174.

los demás autores aquí tratados, se comienzan a configurar los elementos comunes de la posición tradicionalista en este debate.

En “Claves para entender el Derecho de Familia contemporáneo”, el profesor Hernán Corral se opone fervientemente (como en toda su obra) a la idea de que el concepto constitucional de familia pueda estar indeterminado, lo que implicaría aceptar la pluralidad de formas de familia: “La falta de una referencia explícita al matrimonio en el mandato constitucional de otorgar protección a la familia (art. 1° Const.), sirve, en una interpretación que desprecia el contexto y el espíritu de la Carta Fundamental, como argumento para aducir que nuestro sistema habría recogido una noción abierta e indeterminada de familia, que no podría ser radicada exclusivamente en la unión conyugal...si se aplicara con todo rigor la fórmula de los ‘tipos de familia’ y se reconociera que cualquier unión, comunidad o relación (...uniones homosexuales...) podría calificarse de familiar...habría que convenir que el Derecho de Familia habrá desaparecido. Si todo es familia, en verdad nada lo es”<sup>145</sup>.

Fernando Jiménez Larraín, en “El concepto de familia en la Constitución Política de Chile” se hace la pregunta directamente (respondiéndose a sí mismo): “... ¿cuál es el concepto de familia en la Constitución?, ¿cuáles son sus elementos constitutivos?, ¿cuáles son sus características, que nos permiten singularizarla y diferenciarla de otras agrupaciones sociales?, ¿es acaso el matrimonio, como manifestación de la voluntad contractual la única vía para

---

<sup>145</sup> CORRAL T., HERNÁN. 2002. Op. cit. P. 28.

constituir la familia? o, por el contrario, ¿pueden generarse, existir y desarrollarse familias fuera del matrimonio?»<sup>146</sup>.

Aquí subyace un elemento que es continuo en esta línea doctrinaria: ligar directamente el concepto de familia a nivel constitucional con la institución del matrimonio, a nivel civil, cerrando la posibilidad de admitir formas familiares plurales o que no se sustenten únicamente en el matrimonio heterosexual.

Continúa Jiménez: “Especial importancia adquieren estas interrogantes ante las posturas doctrinarias que...se han ido adoptando...destinados a propiciar la existencia de la familia como expresión de cualquiera unión entre un hombre y una mujer, e incluso entre dos personas del mismo sexo.

Se está pretendiendo aplicar el significado de familia a otras realidades sociales ajenas a la naturaleza propia de una familia correspondiente a su significado natural y obvio...”<sup>147</sup>.

“La familia...presenta características que permiten descubrir las finalidades perseguidas. En primer lugar, tiene una finalidad natural destinada a vincular al hombre y a la mujer con el fin de conservar la especie humana”<sup>148</sup>. Con esta vinculación se está refiriendo, desde luego, al matrimonio<sup>149</sup>.

---

<sup>146</sup> JIMÉNEZ L., FERNANDO. Op. cit. P. 149.

<sup>147</sup> *Ibíd.*

<sup>148</sup> *Ibíd.*

<sup>149</sup> *Ibíd.* P. 150.

Prosigue, ahora con una defensa del concepto constitucional cristiano de familia: “...los antecedentes de nuestro Texto Constitucional han contemplado una concepción humanista cristiana de la familia lo cual nos lleva a señalar que ésta nace como la expresión de una sociedad natural, pues surge de la misma sustancia del ser humano”<sup>150</sup>. Y concluye en el último párrafo diciendo: “...la estricta concepción de familia referida en las bases de nuestra institucionalidad suponen la existencia del matrimonio como expresión contractual...”<sup>151</sup>.

Como síntesis, podemos llegar a tres conclusiones básicas, respecto de la línea argumentativa de esta tradición doctrinaria: en primer lugar, no se concibe la posibilidad de que la Constitución no contemple un concepto determinado (o en el último de los casos, determinable) de “familia”, aludiendo a la intención del Constituyente de reconocer la familia tradicional en sus discusiones.

Segundo, se concibe a la familia principal y preferentemente (y en algunos casos exclusivamente) como aquella sustentada en el matrimonio, no concediéndose el mismo rango a las formas alternativas, cualesquiera sean. La familia matrimonial heterosexual sería, en cierto sentido, “más” familia.

Tercero, nuestro sistema constitucional se basaría en la concepción “humanista cristiana” del ser humano y la sociedad, lo cual se traduciría en las implicancias del reconocimiento y protección a la familia en la norma fundamental. Así, la familia a la cual la Constitución protegería sería una

---

<sup>150</sup> *Ibíd.* P. 156.

<sup>151</sup> *Ibíd.* P. 160.

sustentada en principios conservadores cristianos, excluyéndose así la posibilidad de reconocer como familia a un matrimonio compuesto por personas del mismo sexo, el que se rechaza de plano.

## **2.1.2 POSICIONES CERCANAS AL REFORMISMO (LÓGICA FAMILIAR DIVERSA)**

### **2.1.2.1 RAZONAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**

En esta sección, nos sustentaremos en las visiones otorgadas por votos que fueron planteados en sentido contrario pero que aportan visiones coincidentes a este respecto: en primer lugar, el voto particular y concurrente de los ministros señores Francisco Fernández, Carlos Carmona, José Antonio Viera-Gallo y Gonzalo García. Acto seguido, nos detendremos en los argumentos esgrimidos por el voto particular y disidente del ministro señor Hernán Vodanovic.

Esta posición apunta principalmente a contrariar lo que se comentaba en la sección anterior, afirmando ahora que la Constitución, al no determinar taxativamente un modelo de familiar, estaba admitiendo, reconociendo y brindando protección a las distintas formas en que esta institución pudiera manifestarse, acorde al carácter de la sociedad en un determinado momento histórico.

Así lo hallamos en el considerando 13° del voto de los ministros primeramente nombrados, donde afirman que “la Constitución no contiene una

norma constitucional sobre el matrimonio con determinados contenidos y porque no protege un modelo determinado de familia en desmedro de otros”<sup>152</sup>. Continúa en esta senda en el considerando 14º: “...la Constitución tampoco define un modelo de familia”<sup>153</sup>. Y agrega en el considerando 15º: “...como se desprende del tenor literal de los preceptos transcritos, la Carta Fundamental reconoce que la familia es el ‘núcleo fundamental de la sociedad’ y que ‘es deber del Estado (...) dar protección a la población y a la familia (...)’. La primera disposición es una constatación sociológica, antropológica e histórica, mientras que la segunda importa la formulación de un principio jurídico que se traduce en un deber del Estado. Ninguno de los dos preceptos se refiere a un solo tipo de familia de contornos bien determinados... La Constitución protege todos los tipos de familia”<sup>154</sup>.

Contrariando la posibilidad de que la Constitución reconozca taxativamente algún tipo de familia en específico, nos plantean en el considerando 17º de su voto que “El concepto de familia que reconoce la Constitución trasciende al acuñado por el Código Civil. Así es reconocido por las ciencias sociales y jurídicas y, en especial, por los estudiosos del Derecho de Familia”<sup>155</sup>. Continúa en el mismo sentido: “Los enunciados constitucionales referidos a la familia están estructurados de forma indeterminada y abierta, dejando a la ley la tarea de ir configurando la institución conforme al devenir social y cultural de la sociedad. Ello obedece a que las sociedades cambian y la familia siendo el

---

<sup>152</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Op. cit. Voto particular concurrente de Francisco Fernández F., Carlos Carmona S., José Antonio Viera-Gallo Q. y Gonzalo García P. Considerando 13º.

<sup>153</sup> Ibíd. Voto particular concurrente de Francisco Fernández F., Carlos Carmona S., José Antonio Viera-Gallo Q. y Gonzalo García P. Considerando 14º.

<sup>154</sup> Ibíd. Voto particular concurrente de Francisco Fernández F., Carlos Carmona S., José Antonio Viera-Gallo Q. y Gonzalo García P. Considerando 15º.

<sup>155</sup> Ibíd. Voto particular concurrente de Francisco Fernández F., Carlos Carmona S., José Antonio Viera-Gallo Q. y Gonzalo García P. Considerando 17º.

núcleo basal de la misma, también evoluciona. La familia aparece universalmente como una realidad cotidiana cuyo significado, si bien resulta evidente, presenta características que varían en el espacio y en el tiempo”<sup>156</sup>.

En el punto recién expuesto, los ministros destacan algo sumamente importante: el carácter abierto de los enunciados constitucionales referentes a la familia. Coincidiendo con su juicio, es evidente que si la norma fundamental de nuestro ordenamiento jurídico hubiese pretendido, en una realidad social que ya mostraba clarísimas diferencias con aquélla de 1925 o 1833, que se reconociera sólo un modelo de familia, así lo hubiese expresado de modo nítido. Igual cosa hubiese hecho si pretendiere impedir la modificación de determinados aspectos en el futuro. No fue así, y si estamos ante una realidad en que el concepto de familia se entiende de manera plural y diversa, lo que la comunidad nacional ha aceptado de forma natural, lo lógico es que las palabras de la Constitución se entiendan de manera abierta, dando espacio y protección a lo que la sociedad reconoce como familia, institución plural hoy en día.

En el considerando 20°, afirman que “así como hemos señalado que no es posible reconocer rango constitucional al matrimonio, tampoco es posible hacerlo respecto de un determinado modelo de familia. Ello explica que el legislador y el administrador chileno hayan reconocido diversas modalidades de familia”<sup>157</sup>. Tras ello, hacen mención a los diversos modelos de familia que hoy conviven en nuestra sociedad, amparados institucionalmente: la familia

---

<sup>156</sup> *Ibíd.*

<sup>157</sup> *Ibíd.* Voto particular concurrente de Francisco Fernández F., Carlos Carmona S., José Antonio Viera-Gallo Q. y Gonzalo García P. Considerando 20°.

tradicional fundada en el matrimonio, las familias de hecho o convivientes, las familias monoparentales, las familias reconstituidas (o “ensambladas”) y las familias ampliadas. A estas modalidades cabría agregar, de acuerdo a nuestra posición, las familias homoparentales o compuestas en base a una pareja del mismo sexo, las cuales deben ser consideradas como parte de las familias protegidas en la letra de la Constitución, dada su aceptación y reconocimiento social.

En la misma línea se enmarca el juicio del ministro Vodanovic, quien en el considerando 7° de su voto declara su adhesión a las conclusiones presentadas por un informe<sup>158</sup> del centro de estudios Libertades Públicas consignadas a fojas 189 y 190 del proceso. La primera conclusión es la que aquí resulta útil: “Nuestra Constitución no recoge un concepto de matrimonio, limitándose a establecer un mandato amplio de protección a la familia, grupo intermedio que debe ser, a su vez, entendido en términos amplios, acorde con las funciones que desempeña en una sociedad pluralista y democrática como la chilena, cuya Constitución parte afirmando la igual dignidad de todas las personas”<sup>159</sup>.

El informe citado por Vodanovic agrega un ejercicio lógico bastante útil para entender el sentido literal de la Constitución, cual es el carácter de sociedad pluralista y democrática de Chile (a lo cual se podría agregar su carácter de Estado constituido como una república democrática, respetuosa de los DD.HH.).

---

<sup>158</sup> LIBERTADES PÚBLICAS. 2011. Informe sobre la constitucionalidad del artículo 102 del Código Civil. Amicus Curiae ante el Excmo. Tribunal Constitucional de Chile. [En línea] <<http://www.libertadespublicas.org/wp-content/uploads/2011/08/Amicus-Curiae-art-102.pdf>> [Consulta: 19 de diciembre de 2014].

<sup>159</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Op. cit. Voto particular disidente de Hernán Vodanovic S. Considerando 7°.

En virtud de ese pluralismo es que se debe entender a la familia como una institución de márgenes amplios, dentro del cual sin duda se encontraría a la familia homoparental<sup>160</sup>.

---

<sup>160</sup> Se entienden contenidas dentro del concepto “familia homoparental”, aquéllas en que dos personas del mismo sexo, unidas por una relación de pareja y un vínculo afectivo en común, ejercen el rol de padres de manera conjunta y simultánea.



### 2.1.2.2 DOCTRINA

Iniciaremos este análisis con algunas de las palabras expuestas por el profesor Gonzalo Figueroa en su publicación “Persona, pareja y familia...”<sup>161</sup>, donde impugna la pretensión de distinguir entre familia “legítima” e “ilegítima”, con base en que la Constitución sólo protege a la “familia”, sin efectuar diferenciación alguna ni tampoco entregando a otra norma la posibilidad de hacerlo. Hay que entender que estas palabras las formula previo a la reforma que eliminó la catalogación de hijos “legítimos, naturales e ilegítimos”<sup>162</sup>. Sin embargo, esto es absolutamente homologable, en función de los argumentos que ocupa, a la exigencia de que la familia homoparental se entienda incluida dentro de la protección a la institución familiar que consagra la Constitución.

Así nos lo dice: “La referencia que hace nuestra Constitución a ‘la familia’, y la protección que luego le otorga, debe entenderse hecha tanto a la familia legítima como a la familia ilegítima...”<sup>163</sup>. Continúa, apoyándose en lo dispuesto por las reglas de interpretación especificadas en el artículo 20 del Código Civil<sup>164</sup> que, aunque de rango legal, son susceptibles de ser aplicadas como elemento de apoyo a la hora de entender el sentido de los preceptos constitucionales, en ausencia de una ley interpretativa constitucional: “...al utilizar el constituyente la

---

<sup>161</sup> FIGUEROA Y., GONZALO. 1995. Persona, pareja y familia: persona natural y sujeto de derechos: persona, biología y ética: estatuto civil de la pareja: estatuto regulatorio de filiación. Santiago, Jurídica de Chile-Alfabetá. 130 p.

<sup>162</sup> CHILE. Ministerio de Justicia. 1998. Ley 19.585: Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. 26 de octubre de 1998.

<sup>163</sup> FIGUEROA Y., GONZALO. Op. cit. P. 70.

<sup>164</sup> CHILE. 1855. Op. cit. Artículo 20.

palabra ‘familia’ el día en que se sometió a plebiscito el texto constitucional, y al votarlo afirmativamente la ciudadanía, uno y otra no pudieron entender por ‘familia’ sino lo que se entendía entonces por tal, esto es, dieron a dicha palabra su sentido natural y obvio...”<sup>165</sup>. Así las cosas, la forma en que se entiende hoy la institución familiar ha de obedecer también al sentido natural y obvio – amplio–, que hoy ostenta. Esto, pues un ejercicio de exégesis purista daría como resultado preceptos constitucionales pétreos e inmutables, contrariamente a la apertura de la institución familiar consagrada por la Constitución.

Acaba Figueroa con un juicio tajante: “Al no distinguir la Constitución entre familia legítima e ilegítima, le está prohibido al intérprete hacerlo. Debemos concluir, en consecuencia, que nuestra Constitución considera que *tanto la familia legítima como la familia ilegítima constituyen el núcleo fundamental de la sociedad, y que es deber del Estado dar protección y propender al fortalecimiento de una y otra*. Agréguese que no se encuentra en la Carta Fundamental mención alguna al matrimonio...”<sup>166</sup>.

Curiosamente, es en la publicación de Jiménez Larraín donde encontramos citada –y naturalmente criticada– una conclusión del informe de la Comisión Nacional de la Familia, asesora del expresidente Patricio Aylwin, que desmitifica absolutamente el concepto de familia únicamente tradicional que encerraría la familia protegida constitucionalmente. Nos dice: “No deja de sorprender, en todo caso, que en ninguna parte ni siquiera en las actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, se haya dejado constancia de qué se entendía por

---

<sup>165</sup> FIGUEROA Y., GONZALO. Op. cit. P. 71.

<sup>166</sup> *Ibíd.* Pp. 71-72.

familia... De esta forma, el constituyente...deja abierta la posibilidad de que sea la sociedad en cada momento histórico la que defina qué entiende por familia y cómo se harán efectivas muchas de las aspiraciones programáticas consagradas en la Constitución...deja abierta la posibilidad de que se protejan otros tipos de familia”<sup>167</sup>.

Este informe nos deja muy en claro que, más allá de opiniones personales y no institucionalizadas de los miembros del constituyente de 1980, no existe antecedente de qué se entiende por familia a nivel constitucional, por lo cual sólo queda otorgarle el sentido que le entrega la sociedad conforme a su devenir.

En su memoria (“Uniones de hecho entre personas del mismo sexo. Regulación jurídica”)<sup>168</sup>, María Ester Torres agrega un concepto que hasta ahora no habíamos considerado: el dinamismo del concepto de familia, entendiendo por ello a la posibilidad de que el entendimiento que engloba este concepto abarque distintos márgenes dependiendo del diferente momento histórico en el cual esté inserta la sociedad, referenciando directamente a la unión homosexual como una familia. Así, “...el concepto de familia es dinámico, existiendo diversas formas de vivir en familia, entre las que sin duda se cuenta la originada de unión afectiva entre personas del mismo sexo, de tal manera que ésta también merece la protección dada por el artículo 1 de nuestra Constitución”<sup>169</sup>.

---

<sup>167</sup> JIMÉNEZ L., FERNANDO. Op. cit. P. 151.

<sup>168</sup> TORRES H., MARÍA ESTER. 2008. Uniones de hecho entre personas del mismo sexo. Regulación jurídica. Memoria para optar al grado de licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 186 p.

<sup>169</sup> *Ibid.* P. 170.

En su memoria, María Elena Varas<sup>170</sup> nos dice que el concepto de familia es esencialmente mutable: “Para determinar con precisión qué es lo que entendemos por familia estimamos necesario analizar las diferentes concepciones que se le ha dado a este término. En efecto, el contexto social en que ella se ha desarrollado ha variado sustancialmente con el paso de los años y así también ha variado la concepción que se tiene de la familia. De un concepto rígido compuesto por padre-madre-hijo, en la actualidad se observan las más variadas formas de organización familiar como lo son la matrimonial, de hecho, ensamblada, monoparental, homosexual, etcétera”.

La principal conclusión a la que podemos llegar aquí es aquella que nos dicta que la Constitución jamás ha determinado un concepto taxativo de familia, por lo cual corresponde –para cumplir con el imperativo de protección de la familia al cual se mandata al Estado en virtud de lo dispuesto por la norma fundamental–, conforme a lo que la sociedad entiende hoy por familia, obedecer a un concepto amplio de la misma, en el cual desde luego caben las familias homoparentales.

---

<sup>170</sup> VARAS V., MARÍA ELENA. Op. cit. Pp. 73-74.

## **2.2 CARÁCTER HETEROSEXUAL DEL MATRIMONIO EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL DE CHILE**

### **2.2.1 POSICIONES CERCANAS AL TRADICIONALISMO (DEFENSA DE LA EXCLUSIVIDAD HETEROSEXUAL)**

#### **2.2.1.1 RAZONAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**

Iniciamos con un argumento fundamental. El encargado de ello es el considerando 3° de la sentencia en su parte común y general. Éste nos dice que en virtud de la definición legal de matrimonio no es posible acoger la tesis de inaplicabilidad por inconstitucionalidad contra el artículo 102 del CC, donde precisamente se encuentra esta definición: “...la disposición objetada de autos señala textualmente: ‘el matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente’”<sup>171</sup>. Lo mismo hace el ministro Raúl Bertelsen en el considerando 1° de su voto<sup>172</sup>.

Como vemos, ni la sentencia de mayoría ni el voto de Bertelsen efectúan algún análisis de mayor profundidad, sino sencillamente se limitan a transcribir

---

<sup>171</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Op. cit. Considerando 3°.

<sup>172</sup> *Ibíd.* Voto particular concurrente de Raúl Bertelsen R. Considerando 1°.

la disposición del art. 102 del CC, que determina el carácter únicamente heterosexual del matrimonio.

Distinta opción toman los ministros Marcelo Venegas, Enrique Navarro e Iván Aróstica en el considerando 12° de su voto quienes, no obstante coincidir con las posiciones anteriores, dedican algunas palabras a este tema y plantean que el art. 102 del CC, dada su definición, no implica en ningún caso una vulneración de los principios constitucionales: “...podemos afirmar que el contrato de matrimonio definido en el artículo 102 del Código Civil, institución regida además por otras numerosas disposiciones del mismo cuerpo legal y por la Ley de Matrimonio Civil...es, por su concepción misma...por su fisonomía y...una institución aplicable únicamente a las relaciones de pareja formadas por un hombre y una mujer...”<sup>173</sup>.

En toda la sentencia no se encuentran más menciones al carácter literal del art. 102 del CC, pues principalmente se abocan a analizar la potencial inconstitucionalidad que este precepto implicaría respecto a la privación del matrimonio a las parejas compuestas por personas del mismo sexo. Tanto el considerando 3° de la sentencia de mayoría como los ministros citados se limitan a mencionar o dedicarle unas pocas palabras a este aspecto, pero no un análisis concienzudo, pues estiman que la mera definición es un elemento de defensa del carácter exclusivamente heterosexual de la institución matrimonial en Chile.

---

<sup>173</sup> Ibíd. Voto particular concurrente de Marcelo Venegas P., Enrique Navarro B. e Iván Aróstica M. Considerando 12°.

### 2.2.1.2 DOCTRINA

Iniciamos con autor que nos ha aportado bastante material en este trabajo: Jorge del Picó. En “Derecho Matrimonial Chileno” sustenta el carácter heterosexual del matrimonio diciéndonos: “...la nueva Ley de Matrimonio Civil no modifica la definición contenida en el artículo 102 del Código Civil, originalmente redactada por Andrés Bello, que define al matrimonio 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’. Esta definición ya clásica en el medio jurídico americano, es valorada por su integralidad, pertinencia y vigencia...”<sup>174</sup>.

Agrega, tajante: “La definición matrimonial exige que la unión que expresa el contrato, se produzca entre un hombre y una mujer, subrayando con ello la exclusión de las uniones entre personas del mismo sexo como base del matrimonio”<sup>175</sup>. Prosigue: “...esta misma voluntad favorable no se repite al momento de postular o aprobar la aplicabilidad de la noción de matrimonio, a la unión homosexual, pues la institución matrimonial se sigue concibiendo sólo sobre la base de un vínculo entre un hombre y una mujer”<sup>176</sup>. Y concluye: “El matrimonio se define como un vínculo entre un hombre y una mujer en el Código Civil y, por tanto, queda descartada de un modo absoluto –al menos con

---

<sup>174</sup> DEL PICÓ R., JORGE. Op. cit. Pp. 165-166.

<sup>175</sup> *Ibíd.* P. 177.

<sup>176</sup> *Ibíd.* P. 180.

la actual redacción de la Ley de Matrimonio Civil– la posibilidad que dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio”<sup>177</sup>.

De este modo, del Picó se posiciona como un defensor de la concepción heterosexual de matrimonio dado el tenor literal del artículo 102 del Código Civil y la definición contenida en la Ley de Matrimonio Civil, pues respondería al pre-concepto que se tiene del mismo y que se considera adecuado para la sociedad.

En “Derecho de Familia”, Enrique Rossel, más allá de limitarse a definir el contrato de matrimonio, plantea algo que dice bastante respecto a la relevancia que se ha otorgado a la heterosexualidad en dicha institución: la inexistencia del acto jurídico en caso que no sean personas de distinto sexo. Es un candado literal absoluto<sup>178</sup>.

---

<sup>177</sup> *Ibíd.* P. 181.

<sup>178</sup> ROSSEL S., ENRIQUE. *Op. cit.* Pp. 21-22.

## **2.2.2 POSICIONES CERCANAS AL REFORMISMO (CUESTIONAMIENTO DE LA EXCLUSIVIDAD HETEROSEXUAL)**

Una aclaración: en este apartado sólo se aludirá a la doctrina que apunta al cuestionamiento del carácter únicamente heterosexual del matrimonio definido en el Código Civil y la Ley de Matrimonio Civil. Esto, porque las posiciones y razonamientos disidentes en la sentencia del Tribunal Constitucional se dirigen básicamente a impugnar la inconstitucionalidad del art. 102 CC a la hora de excluir de la institución matrimonial y, por ende, del pilar fundamental de la familia en el ordenamiento jurídico chileno, a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, sin entrar al debate de la letra de la ley. Asimismo, como pudo observarse en algunos de los apartados anteriores, se prescindió de los razonamientos del Tribunal Constitucional español, pues lo que está en estudio es la especificidad de la normativa chilena y su interpretación, no su origen ni su cotejamiento con ordenamientos extranjeros.



### 2.2.2.1 DOCTRINA

En esta sección analizaremos lo que nos dicen dos autores: Susan Turner y Gonzalo Villar.

Iniciamos con Susan Turner y su “Familia, matrimonio y derechos. El derecho a contraer matrimonio”, obra que si bien apunta principalmente al estudio del llamado “derecho a contraer matrimonio” en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (materia del próximo subcapítulo), sí hace una alusión a este derecho en el ordenamiento jurídico nacional: “Dentro de esta normativa ha cobrado relevancia el denominado derecho a contraer matrimonio, reconocido expresamente en la Ley de Matrimonio Civil de 2004. Tanto en Chile como en la experiencia comparada el derecho a contraer matrimonio constituye uno de los argumentos fundamentales en la discusión acerca del matrimonio homosexual”<sup>179</sup>.

Tal como indica en su estudio, son principalmente los TIDH los que se han encargado de extender el entendimiento de la protección de la familia hacia la protección del derecho a contraer matrimonio, en conciencia de que si bien no sólo las familias sustentadas en el matrimonio son tales, es este vínculo el asumido como el pilar fundamental de la institución familiar en la legislación de

---

<sup>179</sup> TURNER S., SUSAN. 2012. Familia, matrimonio y derechos. El derecho a contraer matrimonio. En: ELORRIAGA DE BONIS, FABIÁN (coord.). Estudios de derecho civil VII: jornadas nacionales de derecho civil: Viña del Mar, 2011. Santiago, Abeledo Perrot, Legal Publishing y Thomson Reuters. P. 130.

diversas latitudes. Así las cosas, este derecho a contraer matrimonio viene a constituirse con anterioridad a la legislación civil chilena que lo recoge.

Dados estos antecedentes, resulta difícil creer que la LMC haya seguido una línea totalmente distinta de entender este derecho aplicado a todas las parejas, sean heterosexuales u homosexuales. Es aquí donde una disquisición literal adquiere interés: ¿es más relevante para el Derecho la determinación de las condiciones mediante las cuales el vínculo se puede contraer válidamente que el derecho al acceso a la institución que consagra la misma normativa? En la LMC se habla de un derecho a contraer matrimonio inherente a la persona humana<sup>180</sup>, sin limitarlo a parejas compuestas por personas de distinto sexo, pero a la hora de regular a la institución matrimonial, tenemos que se limita solamente a estas parejas. Entonces, la impresión que genera esto es que la definición de matrimonio contradice lo dispuesto por la letra de la misma normativa en lo relativo al universal derecho a contraer matrimonio, sustentado a su vez en los diversos Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscrito por el Estado de Chile y actualmente vigentes.

Gonzalo Villar nos entrega un interesante razonamiento en su artículo “El matrimonio de personas del mismo sexo y el ordenamiento jurídico de Chile”, haciendo una homologación entre condiciones de existencia y validez del matrimonio que no siempre son concretadas en la realidad –sin que por ello el matrimonio se invalide o anule– y la condición de diferencia de sexo entre los contrayentes, que determina de modo absoluto el impedimento para acceder al

---

<sup>180</sup> CHILE. Ministerio de Justicia. 2004. Op. cit. Artículo 2°.

vínculo: “La definición del artículo 102 contiene un modelo ideal de matrimonio concebido a la luz de los lineamientos culturales predominantes en 1855. Las personas que no se adaptan a ese patrón ideal no quebrantan la ley, simplemente ejercen su libertad individual. Si los elementos que conforme al artículo 102 constituyen requisitos prescritos por la ley para el valor del mismo acto o contrato, la ausencia de cualquiera de estos requisitos acarrea la nulidad del matrimonio, por aplicación del artículo 1681 del Código Civil. Ello conduce a una situación absurda, pues serían tan nulos como los matrimonios entre personas del mismo sexo, los celebrados entre personas que deciden no vivir juntas o deciden no procrear, o simplemente, no están en edad de procrear, lo que es de usual ocurrencia”<sup>181</sup>.

¿Qué nos dice esto? La respuesta es que la aplicación de la letra de la ley ha adolecido de una interpretación incorrecta. Esto, pues –y como es razonable– no se han anulado *per se* (ni impedido) los vínculos en los que existe (o está presente la intención) una voluntad de no procrear o de no convivir. Así, por lógica de equidad, tampoco debieran impedirse los vínculos matrimoniales entre personas del mismo sexo, limitación contenida en la misma norma (art. 102 del CC) que determina los deberes del matrimonio.

---

<sup>181</sup> VILLAR B., GONZALO. Op. cit. Pp. 28-29.



## **2.3 EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO Y LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS**

### **2.3.1 POSICIONES CERCANAS AL TRADICIONALISMO (MATRIMONIO EXCLUSIVAMENTE HETEROSEXUAL Y CONCEPTO RESTRINGIDO DE FAMILIA)**

#### **2.3.1.1 RAZONAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**

Las posturas llamadas “tradicionalistas” en este debate (y respecto a este punto) miran en dirección a considerar que el derecho a contraer matrimonio consagrado en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos solamente reconoce, en virtud de su redacción, aquél contrato celebrado por parejas compuestas por personas de distinto sexo; o, en el peor de los casos, no imponen al legislador interno ninguna obligación, explícita ni implícita, en el sentido de adaptar la normativa a fin de incorporar a las parejas homosexuales a la institución matrimonial. Lo mismo con la familia: no apuntaría a reconocer una multiplicidad de formas de familia, lo que desde el conservadurismo podría incluso interpretarse como una degradación del concepto de familia, tal y como lo revisamos en el capítulo anterior.

El Ministro Raúl Bertelsen se hace parte de este elenco. Así, en el considerando 7° de su voto, plantea claramente: “...la legislación se encuentra en conformidad con tratados internacionales de derechos humanos. Por ejemplo, el artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, reconocen ‘el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio’, mientras que en el elenco de los otros derechos utilizan los términos genéricos ‘toda persona’ o ‘todo ser humano’ para referirse a sus titulares”<sup>182</sup>.

La ministra Marisol Peña transita por una línea argumentativa similar, destacando la redacción “hombres y mujeres” a la hora de caracterizar el derecho a contraer matrimonio en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos. Además, lo liga y relaciona directamente con la discusión en la redacción de la Constitución de 1980 y con la redacción de la LMC, la cual caracterizó al matrimonio como un derecho esencial inherente a la persona humana (de esto ya nos hicimos cargo en el subcapítulo anterior)<sup>183</sup>.

---

<sup>182</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Op. cit. Voto particular concurrente de Raúl Bertelsen R. Considerando 7°.

<sup>183</sup> *Ibíd.* Voto particular concurrente de Marisol Peña T. Considerando 5°.

### 2.3.1.2 DOCTRINA

En el ámbito doctrinario, destaca la posición de doña Cristina Errázuriz, quien en su artículo “Sobre la protección internacional de la familia”<sup>184</sup> liga el derecho irrestricto al matrimonio para hombres y mujeres con asuntos como la indisolubilidad del vínculo, la oposición al reconocimiento de relaciones de hecho como atentatorias contra la institución familiar, la función procreadora de la misma y la institución matrimonial como punto fundador de una familia.

He aquí algunas de sus explicaciones: “La familia tiene su origen en la institución del matrimonio, de tal manera (que) estaría incompleto un listado de derechos de la familia que no incluyera la protección del matrimonio. Es así como la Declaración Universal señala que los hombres y las mujeres tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia... se pretende asegurar el derecho de fundar una familia como un derecho inalienable que no puede ser objeto de restricciones o limitaciones arbitrarias”<sup>185</sup>.

Llama la atención que Errázuriz ligue en un solo concepto al matrimonio con la fundación de la familia, como si ésta fuera directamente consecuencia de aquél. Así, le pondría cerrojo a la posibilidad de que la Declaración Universal de

---

<sup>184</sup> ERRÁZURIZ T., CRISTINA. 1994. Sobre la protección internacional de la familia. *Revista Chilena de Derecho* 21(2): 365-370.

<sup>185</sup> *Ibíd.* P. 367.

DD.HH. reconociera más familias que las constituidas en base al matrimonio (lógicamente heterosexual).

Continúa: “La protección de la familia debe ir aparejada de la protección a la institución del matrimonio... El querer elevar relaciones de hecho... otorgándole sus mismos derechos, atenta directamente contra la institución familiar. La indisolubilidad del matrimonio debe protegerse a nivel internacional del mismo modo como se protege la unidad de la familia”<sup>186</sup>.

A mayor abundamiento: “Proteger el matrimonio, que es el acto jurídico que marca el momento en que se constituye la familia, significa asegurar que el matrimonio gozará de la más amplia protección en la ley y no que ella encuentre la forma de destruirlo, como ocurre en aquellas legislaciones que admiten el divorcio vincular, o que pretenden elevar relaciones de hecho a la categoría de matrimonio... Significa también proteger la función procreadora del matrimonio...”<sup>187</sup>.

La posición de Errázuriz resume bastante bien la concepción tradicionalista en torno a cuál es el contenido que se desprende de las palabras en pos de la protección de la familia en los preceptos de los TIDH. Así como lo conciben respecto a cuál es la familia protegida por la Constitución, la única familia que protegerían los TIDH sería aquella sustentada en el matrimonio, que además

---

<sup>186</sup> *Ibíd.*

<sup>187</sup> *Ibíd.* P. 368.

debe ser heterosexual. En realidad, ni siquiera concibe una mínima posibilidad en contrario, dada la fórmula “hombres y mujeres”.

Haciendo alusión a la Convención Americana de DD.HH. y casi a modo de confirmación, Errázuriz nos dice que “se refiere expresamente a la protección de la familia. Señala, tal como lo hacen los instrumentos universales sobre derechos humanos, el hecho de que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Se le reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio a fundar una familia...”<sup>188</sup>.

---

<sup>188</sup> *Ibíd.* P. 369.



## **2.3.2 POSICIONES CERCANAS AL REFORMISMO (MATRIMONIO IGUALITARIO Y CONCEPTO PLURAL DE FAMILIA)**

### **2.3.2.1 RAZONAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**

En esta sección nos centraremos en algunos planteamientos contenidos en el voto de los ministros Francisco Fernández, Carlos Carmona, José Antonio Viera-Gallo y Gonzalo García. Si bien su voto finalmente fue concurrente en el sentido de no juzgar como inconstitucional la marginación de las parejas homosexuales de la institución matrimonial, exponen razones tendientes a legitimar una interpretación amplia de los conceptos de matrimonio y familia contenidos en los TIDH, los cuales ostentan rango constitucional dado el artículo 5°, inciso 2°, de nuestra Carta Fundamental.

De este modo se lee en el considerando 7° de su voto: “Que si bien nuestra Constitución no consagra en forma explícita el derecho fundamental a contraer matrimonio, sí lo hacen los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos vigentes en Chile. El artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe: ‘Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen más edad para ello’. El artículo 17.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por su parte, señala: ‘Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una

familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención’. Lo mismo ocurre en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 16 señala que ‘los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia...’<sup>189</sup>.

Tras esta mención a la normativa internacional, prosiguen, aludiendo a un aspecto clave devenido de la interpretación directa a partir de la letra de la misma: “Al interpretar tales instrumentos debe tenerse presente, en primer lugar, que en ellos se reconoce el derecho tanto a hombres como a mujeres y se señala que la regulación de cada Estado no puede ser discriminatoria. En ninguno de ellos se señala que el matrimonio sólo se reconozca a hombres ‘con’ mujeres o viceversa...”<sup>190</sup>.

El argumento es bastante claro y sólido. Entendemos que la letra y disposiciones de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (como los recién reseñados), en virtud del art. 5° inc. 2° de la CPR, pasan a formar parte de nuestra Constitución<sup>191</sup>. En varios de esos tratados se consagra el derecho de hombres y mujeres a contraer matrimonio, sin jamás imponer la limitación de que sean hombres con mujeres, es decir, en ningún momento lo limita a parejas conformadas exclusivamente por personas de sexo distinto.

---

<sup>189</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Op. cit. Voto particular concurrente de Francisco Fernández F., Carlos Carmona S., José Antonio Viera-Gallo Q. y Gonzalo García P. Considerando 7°.

<sup>190</sup> *Ibíd.*

<sup>191</sup> Sin perjuicio de que esta discusión esté abierta.

Incluso más, al momento de entregar la regulación de la institución matrimonial al Derecho interno, se señala expresamente que no podrá ser una de carácter discriminatorio<sup>192</sup>. Y, dado el respeto universal que merece la condición sexual diversa de las personas, y dado el derecho universal y fundamental a contraer matrimonio, sería claramente discriminatorio privar de este derecho a parejas por el solo hecho de estar constituidas por personas del mismo sexo, o sea, a partir de una evaluación negativa de su condición sexual.

Y así como se reconoce el derecho fundamental de todas las personas a contraer matrimonio, también se reconoce que lo que llamamos “familia” es un concepto equívoco, plural, diverso, cosa que los ministros hacen en el considerando 19° de su voto: “Que los tratados internacionales sobre derechos humanos tampoco consagran un modelo único de familia. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha señalado que ‘... el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto...’ ...”<sup>193</sup>.

Por deducción, la familia protegida por los TIDH es diversa, plural, multimodélica, dentro de la cual cabe desde luego aquella conformada por una unión matrimonial entre personas del mismo sexo, con o sin hijos.

---

<sup>192</sup> ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. 1969. Op. cit. Artículo 17.2

<sup>193</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Op. cit. Voto particular concurrente de Francisco Fernández F., Carlos Carmona S., José Antonio Viera-Gallo Q. y Gonzalo García P. Considerando 19°.



### 2.3.2.2 DOCTRINA

Nos centraremos en los razonamientos de Susan Turner, quien hace hincapié en los múltiples instrumentos internacionales de DD.HH. que consagran el derecho a contraer matrimonio, muchas de cuyas disposiciones ya hemos aludido: Artículos 16.1 y 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 23.2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 17.2 y 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 12 de la Convención Europea de los Derechos y de las Libertades Fundamentales, y 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>194</sup>.

Acto seguido, expresa que “el derecho a contraer matrimonio se consagra generalmente a la par del derecho a fundar una familia...no cabe duda de que a través del matrimonio se crea familia”<sup>195</sup>. Esto, sin excluir ni dejar de reconocer a aquellas familias que no se constituyen a partir del matrimonio.

Oponiéndose a la pretensión de interpretación originalista de los instrumentos internacionales, en función de la exclusión de las parejas homosexuales del concepto de familia protegido, la autora pone el ejemplo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (también conocida como “Carta

---

<sup>194</sup> TURNER S., SUSAN. Op. cit. Pp. 31-32.

<sup>195</sup> *Ibíd.* P. 32.

de Niza”) <sup>196</sup>, que aunque no sea aplicable de modo directo a nuestro caso, sí nos da luces de la continuidad a la hora de incluir la pluralidad de familias y la aplicación irrestricta y universal de la doctrina de los Derechos Humanos, sin dar espacio a los dogmatismos conservadores: “la Carta de Niza, del año 2000, recoge la doctrina de los Derechos Humanos como derechos inherentes a toda persona, sin distinción de sexo. Pero cualquiera sea la forma de identificación de los titulares del Derecho, ninguna de las fuentes mencionadas limita la ‘contraparte’ del derecho a contraer matrimonio, en el sentido que un hombre sólo lo tenga respecto de una mujer y una mujer sólo respecto de un hombre” <sup>197</sup>.

Por último, confirma que si bien la reglamentación respecto al matrimonio corresponde, en virtud de los mismos TIDH, a cada Estado, también es cierta la disposición común que impide regulaciones irracionales y/o discriminatorias, como entendemos son aquellas que excluyen a las parejas constituidas por personas del mismo sexo de la institución <sup>198</sup>.

---

<sup>196</sup> UNIÓN EUROPEA. Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea y Comisión Europea. 2000. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. 7 de diciembre de 2000.

<sup>197</sup> TURNER S., SUSAN. Op. cit. Pp. 32-33.

<sup>198</sup> *Ibíd.* P. 34.

## 2.4 CONCLUSIONES

Se exponen aquí las conclusiones que llevan a pensar que el Tribunal Constitucional, dado el contenido literal de la Constitución Política de la República, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, el Código Civil y la Ley de Matrimonio Civil; debió haber fallado por la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 102 del CC en función de este caso.

### **a) El concepto de familia protegido por la Constitución y por los Tratados Internacionales de DD.HH. es amplio, no restringido.**

Al contrario de lo expresado por los sectores tradicionalistas o conservadores, lo cierto es que ni la Constitución Política de la República ni los tratados y declaraciones internacionales de Derechos Humanos suscritos por Chile y actualmente vigentes contienen una definición exacta o taxativa del concepto “familia”.

De esta manera, lejos de estar basados en antecedentes jurídicos concretos y sólidos, la defensa de un concepto restringido de familia a la hora de poner en práctica el mandato constitucional e internacional de protección de la familia estaba sustentada fundamentalmente en dos puntos: la tradición histórica y la interpretación originalista de la norma.

Mas lo cierto es que el entendimiento que se desprenda de la letra de la norma siempre será más importante que la historia de la misma o la investigación en torno a cuál pudo ser la intención de las personas concretas que asumieron el rol de constituyente o legislador, según sea el caso. La verdad es que las normas y las instituciones trascienden a quienes les brindan materialidad en un determinado momento. Por ello, la letra de una norma no puede ser la voluntad de una persona, sino la voluntad de un pueblo, una sociedad, a la hora de otorgarle contenido a preceptos jurídicos abiertos, como aquellos relativos a la familia en la CPR.

La interpretación correcta es una que pone en el centro a la evolución social de los conceptos jurídicos. Por ello, se concluye que cuando la letra constitucional y la letra del derecho internacional mandatan “proteger a la familia”, no se alude a una familia decimonónica, sino a la familia del momento en que haya que cumplir ese mandato, y esa familia, la de hoy, es plural y diversa, incluyendo desde luego a las parejas homosexuales y sus hijos; e incluye el valor del matrimonio, el cual debe abrirse a las parejas del mismo sexo. Más aun considerando las reformas de las cuales ha sido objeto el matrimonio a lo largo de las últimas décadas.

Es menester que nos guiemos por el sentido natural y obvio de la acepción “familia”, el cual no restringe su protección a aquéllas sustentadas en el matrimonio, ni mucho menos condiciona el matrimonio a la disparidad sexual de los contrayentes.

**b) El derecho inherente a contraer matrimonio contenido en la Ley de Matrimonio Civil prevalece a su definición legal.**

En la opinión de los sectores tradicionalistas, la discusión en torno a la definición legal de matrimonio se agota en la transcripción de las acepciones contenidas tanto en el Código Civil como en la Ley de Matrimonio Civil, que condicionan la celebración del contrato (y el carácter de la institución) a la disparidad de sexos entre los contrayentes.

No obstante lo anterior, la discusión no se puede agotar allí desde el momento en que el art. 2° inc. 1° de la LMC consagra el derecho “esencial inherente a la persona humana” a contraer matrimonio. Cronológicamente, ninguna disposición del ordenamiento jurídico nacional había consagrado una norma de tal carácter antes de que los instrumentos internacionales de DD.HH. lo hicieran. La LMC es posterior a todos ellos. De este modo, se colige que el ordenamiento civil matrimonial chileno siguió en esto a los instrumentos internacionales, los cuales no restringen la posibilidad de contraer matrimonio al hecho de que sea una pareja heterosexual, por lo que vendría siendo una contradicción que la LMC reproduzca el cariz de la definición del CC, debiendo primar el concepto más nuevo, más amplio y más reconocido internacionalmente, incluso condicionando a la Constitución chilena, en virtud de su art. 5° inc. 2°.

La superioridad jerárquica le correspondería así al derecho inherente a contraer matrimonio antes que a las definiciones contradictorias con este mandato, y con la Constitución.

**c) “Hombres y mujeres” no es sinónimo de “sólo hombres con mujeres o viceversa”.**

Hay sectores normativo-traditionalistas que, en virtud de una interpretación supuestamente originalista (cuya validez, en todo caso, ya se impugnó frente a aquélla devenida del entendimiento de la letra misma de la norma), creen ver en las disposiciones internacionales de DD.HH. que enaltecen el derecho “de hombres y mujeres” a contraer matrimonio y fundar una familia una limitación, excluyente de las parejas homosexuales. Su argumento radica en que la expresión “hombres y mujeres” implicaría una sinonimia con la de “hombres sólo con mujeres y mujeres sólo con hombres”.

Corresponde ser crítico respecto de esta interpretación, pues no parece que tal relación sinonímica efectivamente lo sea. La gramática castellana es clara, y una conjunción (“y”) no es equiparable a una preposición (“con”). Dicho esto, se entiende que con “hombres y mujeres” sólo se pretende incluir a todos los miembros de la gran familia humana, no condicionar a ambos géneros en función de sólo poder, un individuo de un determinado género, contraer el vínculo matrimonial con uno del género opuesto. De haber querido plantearse así, se habría ahorrado inconvenientes y se hubiese

establecido claramente que el matrimonio le estaba reservado únicamente a parejas heterosexuales, cosa que no se hace.

**d) Las condiciones y fines “esenciales” del matrimonio deben ser tratadas con igualdad de condiciones.**

Llama profundamente la atención el hecho de que, para oponerse a la posibilidad de establecer un matrimonio igualitario, se alegue que la norma establece como una condición de la esencia de dicho contrato, la disparidad sexual de los contrayentes. Legítimamente puede uno preguntarse: ¿por qué no se invalida o anula *per se* un matrimonio que en los hechos o las intenciones no procrea o no convive? ¿Por qué este tratamiento sólo existe respecto de una parte de lo dispuesto por la norma si tiene la misma jerarquía en comparación a los fines esenciales cuya inexistencia fáctica no se sanciona de oficio?

Así como no se invalidan ni anulan los matrimonios en donde no existe descendencia u hogar en común (ambos, fines esenciales del matrimonio según la ley), tampoco debe operar como un factor impediendo a la hora de contraer el vínculo el que una pareja esté compuesta por dos personas de sexo distinto. No parece una situación en donde exista algún criterio de equidad.



## **CAPÍTULO 3: ELEMENTO SISTEMÁTICO**

### **CONSIDERACIONES GENERALES**

Un elemento que siempre será importante en esta discusión será el llamado “sistemático”. Como bien sabemos, nuestro orden jurídico no está sólo compuesto por normas de una misma jerarquía. Así, tenemos que, en este debate, existen leyes ordinarias (como las que definen, caracterizan y regulan el matrimonio, contenidas en el Código Civil y en la Ley de Matrimonio Civil), preceptos constitucionales (como aquéllos relativos a la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación arbitraria, al reconocimiento de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, a la protección estatal a la misma, a la procuración de la realización integral de las personas, etc.) y disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos suscritos y ratificados por Chile y actualmente vigentes (como el derecho a contraer matrimonio y constituir una familia, la igualdad y no discriminación, etc.).

De esta manera, vemos que el entendimiento de este asunto va mucho más allá de la adecuación política o social de una norma específica, sino que además implica un análisis respecto a su correspondencia sistemática en relación a las normas de mayor jerarquía. Una ley ordinaria no puede contradecir válidamente los bienes y valores jurídicos prescritos por la Constitución, ni tampoco los contenidos en los instrumentos internacionales de DD.HH. (declaraciones,

convenciones y tratados), los cuales, en virtud del artículo 5° inciso 2° de nuestra Carta Fundamental, forman parte del orden constitucional chileno.

Bueno, es aquí donde se presenta el conflicto. Los recurrentes de protección (y requirentes de inaplicabilidad por inconstitucionalidad), así como parte importante de la doctrina, sostienen que la exclusión de las parejas homosexuales de la institución matrimonial constituye una vulneración a los principios y disposiciones recién citados.

Esto tiene directamente que ver con la concepción que se tenga respecto del contenido de las garantías constitucionales y del derecho internacional de los DD.HH. En ese sentido, distintas son las visiones en torno a qué es lo que se garantiza cuando se consagra la protección de la familia o la igualdad y no discriminación arbitraria. Dependiendo del modo en que esto se comprenda, muy probablemente sean distintas las conclusiones a las que se arriben.

Sin embargo, seguramente no todas las interpretaciones o entendimientos de las normas tengan la misma validez, pues las habrá algunas que sean capaces de comprender la evolución de las sociedades y la necesidad de entender el contenido de las normas según el cuerpo social al cual van dirigidas, en comparación a otras que optarán por una interpretación “originalista” o por compromisos dogmático-religiosos y/o ético-morales específicos, válidos como exposición en la arena política pero cuestionables a la hora de aplicar con justicia una norma.

Cuando los recurrentes reclaman la restitución del imperio del Derecho están refiriéndose justamente a esta correspondencia jerárquica-normativa, en el sentido de que no se podría aplicar legítimamente una norma que vulnere de manera tan flagrante los valores fundamentales de nuestro ordenamiento.

Otro aspecto que merece atención es la “reserva legal” que la Constitución, en virtud de su artículo 63<sup>199</sup>, determina para ciertas materias, entre ellas, la regulación de las instituciones del Derecho de Familia. Esto ocupará la primera sección de este capítulo, donde atenderemos brevemente las visiones existentes sobre este asunto en el fallo del Tribunal Constitucional.

Acto seguido, se analizará la correspondencia o no correspondencia sistemática de la definición de matrimonio contenida en el artículo 102 del Código Civil con las disposiciones constitucionales referidas a la igualdad ante la ley, no discriminación arbitraria y protección de la familia.

Y por último, se hará el mismo ejercicio, ahora con respecto a iguales disposiciones de los instrumentos internacionales de DD.HH., adicionándole el derecho a contraer matrimonio.

Este capítulo, como se dijo, se hará principalmente cargo de las posiciones existentes acerca de la correspondencia sistemática de las normas de distinta

---

<sup>199</sup> CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Op. cit. Artículo 63.

jerarquía objeto de la presente investigación, casi a modo de prelude para el capítulo 4 (y final), donde se contiene quizá el asunto más relevante de todo: cuál es el fin de estas normas, indagando en la variante teleológica de la interpretación normativa, clave a la hora de entender su contenido y zanjar esta discusión.

### **3.1 LA RESERVA LEGAL DEL MATRIMONIO**

Existe una disposición en el seno de la Constitución Política de la República que torna complejo el análisis: el artículo 63 prescribe las materias que son objeto de regulación legal, incluyendo todo lo relativo al Derecho de Familias. Esta es una de las bases de la posición que se opone a la posibilidad de recurrir a la Constitución para impugnar el hecho de que la actual regulación matrimonial chilena no contemple la posibilidad de que una pareja compuesta por personas del mismo sexo pueda contraer el vínculo.

Sin embargo, desde la vereda contraria se puede sostener, muy razonablemente, que la existencia de la reserva legal para la regulación del matrimonio y demás materias de la legislación familiar no implica, en caso alguno, una especie de excepción a la obligación de conformidad con las disposiciones constitucionales.

Revisemos ahora algunos de los razonamientos expuestos en la sentencia del TC al respecto.

Iniciemos con lo expuesto por la parte general de la sentencia en sus considerandos 5°, 6° y 7°. El considerando 5° nos dice que “...respecto al matrimonio, la reserva de ley referida a la regulación de sus efectos, tiene un

doble fundamento constitucional en la Carta Fundamental. Por una parte, se desprende del N° 3 del artículo 63 de la misma, que al señalar cuáles son las materias de ley, indica como una de ellas las que ‘son objeto de la codificación civil’. Y, por otra parte, del N° 20 del mismo artículo, que establece que también lo es ‘toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico’<sup>200</sup>.

Continúa en igual tenor el considerando 6°: “Que, en efecto, está fuera de toda duda que el matrimonio es una de las materias más importantes...lo que demuestra que éste es un asunto propio de la codificación civil y, por ende, es materia de ley. Refuerza esta conclusión lo dispuesto en el artículo 63 N°20 de la Constitución antes citado, pues resulta evidente que la definición de lo que se entenderá por matrimonio con carácter general y obligatorio, por su importancia social, estatuye una de las bases esenciales del ordenamiento jurídico civil y de ahí que sea propio que la ley lo establezca”<sup>201</sup>.

Como corolario, y por si quedaba alguna duda, el considerando 7° plantea que “cabe precisar que los efectos y la regulación de las proyecciones del matrimonio son propios de la reserva legal y no constitucional...”<sup>202</sup>.

La misma línea otorgada por la parte general de la sentencia es seguida por el voto particular y concurrente de la ministra Marisol Peña, quien en el

---

<sup>200</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Op. cit. Considerando 5°.

<sup>201</sup> *Ibíd.* Considerando 6°.

<sup>202</sup> *Ibíd.* Considerando 7°.

considerando 1° de su argumentación, se manifiesta en los siguientes términos: “Que la regulación referida a la familia tiene, tal como se afirma en el considerando quinto de la sentencia, un fundamento constitucional en las materias reservadas a la ley de conformidad con los numerales 3° y 20° de la Carta Fundamental”<sup>203</sup>.

Hasta ahora, hemos sido testigos de una orientación argumentativa que adopta en cierto modo una relación de sinonimia entre la reserva legal que la Constitución entrega a la legislación civil a la hora de regular el matrimonio y una suerte de imperio absoluto de la ley al respecto. Pero lo que las razones antedichas hacen no es más que dejar una constancia de una situación concreta y real. No es ello lo que puede ser contravenido, ni tampoco pareciera haber ninguna intención de contravenirlo, pues lo que se reclama es la falta de correspondencia entre el contenido de la regulación civil (matrimonio puramente heterosexual) y las disposiciones de la Constitución y los instrumentos internacionales de DD.HH. No se pone en duda que la CPR efectivamente delegue a la ley la regulación de las materias matrimoniales, pero ello no obsta la obligación de no vulnerar el orden constitucional que siempre tendrá una ley.

El voto particular y concurrente de los ministros Francisco Fernández, Carlos Carmona, José Antonio Viera-Gallo y Gonzalo García no impone una línea totalmente diversa a la que ya hemos revisado, pero sí muestra ciertos matices, que perfectamente pueden interpretarse como un sostén lógico de la posición reformista. Así, en el considerando 5° de su exposición, nos dicen: “...la

---

<sup>203</sup> Ibíd. Voto particular concurrente de Marisol Peña T. Considerando 1°.

Constitución no se refiere al matrimonio: no lo define ni fija sus características... Tampoco se pronuncia la Constitución sobre si los contrayentes deben ser sólo un hombre y una mujer... nuestra Constitución no vincula el matrimonio con la protección de la familia. Tampoco la Constitución reserva a contrayentes heterosexuales el matrimonio...<sup>204</sup>.

Lo recién leído luce muy nítido, en el sentido de no establecer ninguna relación necesaria ni consecencial entre la reserva legal y la correspondencia constitucional, dejando en claro que la Constitución no se refiere al matrimonio, mucho menos lo reserva únicamente a parejas constituidas de manera heterosexual. Lo único que hace la Carta Fundamental es consagrar la protección de la familia, de modo abierto.

Ahora bien, en el considerando 10° se desmarcan de la posibilidad de acoger la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del siguiente modo: “...no podemos constitucionalizar lo establecido en preceptos legales. El Tribunal Constitucional interpreta la Constitución, pero no la crea... La Constitución establece su propio mecanismo de incorporación de normas a su texto...no podemos desnaturalizar el recurso de inaplicabilidad”<sup>205</sup>.

Es en este punto donde aparece uno de los mayores cuestionamientos que se puede hacer a esta posición: ¿Por qué estos ministros creen que el pedirle al TC

---

<sup>204</sup> Ibíd. Voto particular concurrente de Francisco Fernández F., Carlos Carmona S., José Antonio Viera-Gallo Q. y Gonzalo García P. Considerando 5°.

<sup>205</sup> Ibíd. Voto particular concurrente de Francisco Fernández F., Carlos Carmona S., José Antonio Viera-Gallo Q. y Gonzalo García P. Considerando 10°.

declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal, una de sus funciones más importantes<sup>206</sup>, es equivalente a que se le pida modificar la Constitución? Realmente no parece consistente. No es más que una forma de no pronunciarse al respecto y mantener el statu quo de la norma impugnada.

Lo que se reclama es justamente la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal. Lo que parece un caso destinado naturalmente a la revisión del TC, es interpretado como la exigencia de que el TC se erija como un Poder Constituyente, lo no se observa.

Empero, dejan la puerta abierta a la interpretación constitucional defendida por los recurrentes, cual es la concepción amplia de la protección de la familia: “No existe una opción del constituyente por erigir un modelo determinado de unión heterosexual”<sup>207</sup>.

El considerando 12° es destacable: “...compete al legislador determinar la regulación del matrimonio, sus requisitos, formalidades y efectos, respetando los derechos fundamentales y sin establecer diferencias arbitrarias. Se trata de una materia de codificación en el ámbito civil que estatuye una de las bases esenciales del Derecho de Familia...”<sup>208</sup>.

---

<sup>206</sup> CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Op. cit. Artículo 93, numeral 6°.

<sup>207</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Op. cit. Voto particular concurrente de Francisco Fernández F., Carlos Carmona S., José Antonio Viera-Gallo Q. y Gonzalo García P. Considerando 10°.

<sup>208</sup> *Ibíd.* Voto particular concurrente de Francisco Fernández F., Carlos Carmona S., José Antonio Viera-Gallo Q. y Gonzalo García P. Considerando 12°.

Según se ha estudiado, los recurrentes no niegan el carácter de reserva legal que asiste a la regulación del matrimonio, sólo solicitan que se declare la inaplicabilidad en función de la vulneración de los derechos fundamentales que implica la aplicación del art. 102 del CC de manera absoluta, impidiendo a las parejas homosexuales –una forma de familia más– contraer matrimonio. Entonces, naturalmente la pregunta es si esta definición vulnera los derechos fundamentales a cuyo respecto claramente condicionan los ministros la regulación legal del matrimonio.

Apreciados todos estos antecedentes, surgen tres preguntas fundamentales. La primera es: ¿Constituye la presentación de un requerimiento o recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad una petición de reformar la Constitución? Según se ha explicado, la respuesta es no. La segunda es: ¿Se está cuestionando, por parte de los recurrentes, la reserva legal que la Constitución establece respecto del matrimonio? Igualmente, la respuesta es negativa. Por último: ¿Esta reserva legal constituye una excepción a la regla de correspondencia constitucional que todas las normas del ordenamiento jurídico deben respetar? Claramente no.

Conviene dejar claro que en ningún caso se está cuestionando la facultad que la misma Constitución entrega al legislador para la regulación de multiplicidad de materias. Lo que se alega es la necesidad de que los preceptos legales no vulneren el orden constitucional, que protege a la familia de manera amplia. Más

aún, cuando la misma LMC establece que el matrimonio es la base principal de la familia<sup>209</sup>.

De este modo, podemos concluir que la reserva legal existe, pero no es un argumento lo suficientemente sólido como para que sea una de las razones del rechazo de la inaplicabilidad.

---

<sup>209</sup> CHILE. Ministerio de Justicia. 2004. Op. cit. Artículo 1°, inciso 1°.



## **3.2 LA DEFINICIÓN HETEROSEXUAL DE MATRIMONIO FRENTE A LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES**

### **3.2.1 POSICIONES CERCANAS AL TRADICIONALISMO (RESERVA HETEROSEXUAL NO VULNERADORA DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES)**

#### **3.2.1.1 RAZONAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**

Iniciaremos esta revisión con la opinión del ministro Raúl Bertelsen. Como hemos tenido oportunidad de apreciar en capítulos anteriores, para él efectivamente existe una serie de diferencias sustanciales entre hombre y mujer, que los haría géneros esencialmente complementarios, siendo una de las razones en las cuales se sustentaría un régimen exclusivamente heterosexual de matrimonio.

Lo que ahora tenemos ante nosotros es una apreciación sistemática de dicho aspecto. Así lo confirma en el considerando 3° de su voto, donde plantea que “la igualdad ante la ley no exige un trato uniforme a todas las personas, sino que permite a la ley dar un trato diverso a las mismas cuando existe un hecho

diferenciador relevante entre distintas personas, apto y proporcionado para la diferencia jurídica que se extraiga”<sup>210</sup>.

Lo que el ministro Bertelsen nos trata de decir es que la igualdad admite desigualdades. Por supuesto, una afirmación de esta naturaleza siempre requerirá un argumento muy sólido que la sustente, sujeto a que estemos en presencia de personas que se encuentren en situaciones de distinta naturaleza y que exijan un tratamiento uniforme. Esta diferencia pareciera entonces concretarse al comparar parejas constituidas por personas de distinto sexo en comparación a aquellas compuestas por personas del mismo sexo.

Al obedecer ambos modos de establecer relaciones de pareja (y, en proyección, de finalmente constituir relaciones de familia) a naturalezas aparentemente diferentes, no podrían venir en exigir un tratamiento ecuánime por parte de la ley. Por ello, el artículo 102 del Código Civil no vulneraría en absoluto el principio constitucional de igualdad ante la ley, pues al obedecer una pareja homosexual a una naturaleza distinta respecto de aquella a la cual responde una heterosexual, sólo la segunda podría ser incluida en el matrimonio, de acuerdo al entendimiento de la naturaleza de dicha institución en nuestro sistema jurídico, que claramente le reserva espacio sólo a parejas compuestas por personas del mismo sexo. Todo esto, con base en que el principio de que la igualdad constitucional no es absoluto, pues admitiría excepciones.

---

<sup>210</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Op. cit. Voto particular concurrente de Raúl Bertelsen R. Considerando 3°.

Antes de proseguir, cabe hacer una precisión: no es en la Constitución Política de la República donde existe una consagración de excepciones al principio de igualdad ante la ley, sino en la jurisprudencia (sustentada en parte, a su vez, en doctrina) del mismo Tribunal Constitucional. Ahora, tal y como algunos miembros del tribunal han dicho, no es el TC el responsable de crear o modificar disposiciones que afecten a la Carta Fundamental.

Siguiendo ese patrón, resulta difícil otorgar autoridad de principio constitucional a la afirmación (tan dependiente de la relativa apreciación de cada miembro de esta magistratura) de que la igualdad tendría excepciones basadas en situaciones “de distinta naturaleza”, sin mayor precisión, lo cual puede conectarse con un entendimiento puramente iusnaturalista católico de las instituciones civiles, como el matrimonio.

Así, se abre la puerta a que, en base a concepciones no del todo rigurosas, se trate de justificar constitucionalmente la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Similar prisma se observa en el fundamento del voto de los ministros Venegas, Navarro y Aróstica, quienes –precisamente fundados en la jurisprudencia constitucional– plantean que “la doctrina allí sentada señala que la igualdad ante la ley no exige un trato uniforme a todas las personas, sino que permite al legislador dar un trato diverso a las mismas cuando existe un hecho

diferenciador relevante entre las distintas personas o grupos de personas, apto y proporcionado para la diferencia jurídica que se extraiga”<sup>211</sup>.

Y, casi como consecuencia, prosiguen en el considerando 9º: “En esta perspectiva, la disposición objetada, al reservar la celebración del matrimonio sólo a personas de distinto sexo, no puede estimarse que consagre una diferencia arbitraria o caprichosa, pues es ostensible que su fundamento está en las diferencias naturales entre varón y mujer... Del mismo modo resulta claramente razonable y no arbitrario o caprichoso, que quienes celebran el contrato matrimonial definido en el artículo 102 del Código Civil, sean, precisamente, un hombre y una mujer...”<sup>212</sup>.

Esta posición es débil, pues primero que todo sustenta su consideración en un precepto de orden jurisprudencial, queriendo equipararlo en valor y jerarquía a uno constitucional, cuando justamente el mismo TC se ha encargado de advertir en su sentencia que ellos no son los responsables de crear ni modificar la Carta Fundamental. Agreguémosle a ello que la diferencia tan fundamental a la hora de objetar el matrimonio igualitario se sustenta, única y exclusivamente, en la condición sexual (heterosexualidad u homosexualidad) de las personas, lo cual claramente representa una discriminación de orden arbitrario, carente de bases o evidencias científicas, y dejada de lado por la creciente legislación tendiente a evitar cualquier forma de discriminación, a nivel nacional e internacional.

---

<sup>211</sup> Ibíd. Voto particular concurrente de Marcelo Venegas P., Enrique Navarro B. e Iván Aróstica M. Considerando 8º.

<sup>212</sup> Ibíd. Voto particular concurrente de Marcelo Venegas P., Enrique Navarro B. e Iván Aróstica M. Considerando 9º.

Los ministros abordan su punto con aún mayor nitidez en el considerando 13° de su voto: “...la diferencia legal de trato entre parejas de distinto sexo y parejas homosexuales no puede considerarse, en sí misma, como una discriminación arbitraria contraria a la Constitución, creemos necesario precisar que nuestra decisión recae en un precepto legal concreto, el artículo 102 del Código Civil, que está inmerso en la regulación de una realidad enteramente diferente a la que conforman las parejas homosexuales”<sup>213</sup>.

Queda claro que, tal como en el caso de Bertelsen, para los ministros Venegas, Navarro y Aróstica las parejas homosexuales conforman una realidad jurídica absolutamente distinta de la de las parejas heterosexuales, teniendo el matrimonio, dada su definición, cabida únicamente para éstas últimas, en pleno respeto de la igualdad y no discriminación arbitraria proclamadas en la CPR.

Honestamente, resulta complejo creer que dentro de la generalidad de las parejas se puedan efectuar diferenciaciones tan absolutas, con base sólo en la condición sexual de las personas, aspecto que determina si estas parejas se configuran de manera hetero u homosexual. Las parejas que deben ser institucionalizadas en el matrimonio, en virtud de los principios de igualdad y no discriminación arbitraria, pueden ser tanto heterosexuales como homosexuales, ya que todas son parejas. Basarse en la condición sexual para imponer impedimentos es casi tan absurdo como basarse en la raza, la religión o la condición socioeconómica.

---

<sup>213</sup> Ibíd. Voto particular concurrente de Marcelo Venegas P., Enrique Navarro B. e Iván Aróstica M. Considerando 13°.

Continuamos con la revisión de los planteamientos de los ministros Fernández, Carmona, Viera-Gallo y García, quienes en el considerando 10° de su voto nos muestran un argumento que podríamos denominar como de “respeto a la estructura jerárquica-normativa”: “...no podemos constitucionalizar lo establecido en preceptos legales. El Tribunal Constitucional interpreta la Constitución, pero no la crea... La Constitución establece su propio mecanismo de incorporación de normas a su texto”<sup>214</sup>.

Esto, si bien es absolutamente ajustado a la realidad jurídica, llama la atención, pues no se le está pidiendo al TC que pase por encima del equilibrio sistemático del ordenamiento jurídico chileno, sino que reconozca la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto civil, que justamente es el espíritu y la razón de ser de un órgano como el Tribunal Constitucional de la República.

En el considerando 22°, nos presentan un nuevo razonamiento, que consideramos relevante para la consideración del respeto sistemático del principio constitucional de protección de la familia: “...el Estado debe proteger no sólo a la familia fundada en el matrimonio, sino que tal deber también abarca a las familias de facto, sea que se constituyan por una pareja heterosexual o no. Por ello, existiendo diversos modelos de familia protegidos por la Constitución y considerando que el matrimonio no es la única forma de conformar una familia, no hay, entonces, razones para sostener que se afecta el deber del Estado de

---

<sup>214</sup> *Ibíd.* Voto particular concurrente de Francisco Fernández F., Carlos Carmona S., José Antonio Viera-Gallo Q. y Gonzalo García P. Considerando 10°.

proteger a la familia si la ley restringe el matrimonio sólo a personas de sexos diferentes”<sup>215</sup>.

La mención de los ministros a la protección de la familia, entendida de manera diversa dada la apertura de la conceptualización constitucional, es importante. Sin embargo, nuestra cultura jurídica sigue considerando al matrimonio como el pilar fundamental de la familia, entonces, ¿no atentaría contra esta protección que se deje a la deriva del reconocimiento institucional a las parejas constituidas por personas del mismo sexo? Un razonamiento lógico nos dice que, cuando se protege los diversos tipos de familia, no se los está clasificando de acuerdo a qué personas, según su condición sexual, pueden acceder a ellos. La disyuntiva de cuál modelo familiar adoptar debe ser una decisión de la personas, no una limitación ni imposición del Estado.

En los considerandos 24°, 25° y 26°<sup>216</sup>, los ministros expresan variadas opiniones en relación a qué es lo que abarca el principio de igualdad y no discriminación. Plantean que es un derecho fundamental que reconoce la titularidad de toda persona sobre el bien jurídico igualdad, y que implica el derecho a no ser discriminado por razones de carácter subjetivo y otras que resulten relevantes. Acto seguido, se determina que la igualdad designa un concepto relacional, siendo posible entenderla únicamente a partir de la existencia de otros sujetos titulares del mismo derecho, analizando desde allí quiénes entran en la categoría de la igualdad y quiénes en la de la desigualdad.

---

<sup>215</sup> Ibíd. Voto particular concurrente de Francisco Fernández F., Carlos Carmona S., José Antonio Viera-Gallo Q. y Gonzalo García P. Considerando 22°.

<sup>216</sup> Ibíd. Voto particular concurrente de Francisco Fernández F., Carlos Carmona S., José Antonio Viera-Gallo Q. y Gonzalo García P. Considerandos 24°, 25° y 26°.

De acuerdo con ello, el parámetro de control de la igualdad sería el juicio de razonabilidad, estándar que permitiría apreciar si se ha vulnerado o no el principio constitucional de igualdad. Así, la Constitución no impediría que la legislación determine tratamientos o estatutos distintos ante situaciones de distinta naturaleza.

Si observamos con detención lo recién referido, es fácil concluir que viene a ser una continuación del argumento jurisprudencial de que se puede relativizar la igualdad ante contextos de disímil naturaleza. Esto, si bien es concebible en determinadas situaciones, resulta grosero al serle extendido a la discusión del matrimonio igualitario, considerando a la condición sexual como una diferenciación relevante en un juicio de razonabilidad respecto del principio constitucional de igualdad y no discriminación.

La consideración de los ministros obedece, como ya hemos visto antes, fundamentalmente a un solo hecho: las parejas heterosexuales estarían compuestas y responderían a una naturaleza distinta en relación a las parejas homosexuales. Contrariando esto, donde los ministros ven una diferencia tan relevante, nosotros sólo vemos la configuración natural de una pareja (y en proyección, una familia) de acuerdo a la condición sexual diversa de las personas. Donde los ministros ven una desigualdad razonable, nosotros vemos un acto de discriminación arbitraria, una vulneración flagrante y constante del principio de igualdad, consagrado en los artículos 1º, inciso 1º; y 19, nº 2 de nuestra Carta Fundamental.

### 3.2.1.2 DOCTRINA

En la misma línea de los ministros citados en la sección precedente, se muestra el profesor Alejandro Silva Bascuñán (“Tratado de Derecho Constitucional”), quien alude, en primer término, a la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1985, rol N° 28: “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...”<sup>217</sup>.

Ahora, refiriéndose derechamente a la igualdad ante la ley como concepto constitucional, en palabras plenamente aplicables a nuestro objeto de estudio, dice: “La igualdad ante la ley es una igualdad de naturaleza jurídica y no de hecho: por ello, si, en la práctica, algunos o muchos, en razón de sus particulares circunstancias, no pueden encontrarse en la hipótesis formulada en determinada ley, no podría afirmarse que dicha circunstancia atenta contra la igualdad ante la ley; ocurre tan sólo que tal ley no es aplicable a ellos, lo cual no significa que no pueda eventualmente ser aplicada a otros”<sup>218</sup>.

Son llamativas estas palabras, presumiblemente de alguien identificado con alguna corriente positivista de análisis jurídico, tomando en cuenta que

---

<sup>217</sup> SILVA B., ALEJANDRO. Op. cit. P. 108.

<sup>218</sup> *Ibíd.* P. 109.

proviene de un iusnaturalista católico por excelencia. El razonamiento de Silva Bascuñán es sencillo: si usted no está en la hipótesis de la ley, no puede acceder a la institución que la ley reconoce, ni tampoco está habilitado para reclamar un tratamiento vulnerador del principio constitucional de igualdad ante la ley y no discriminación arbitraria.

Esta afirmación, efectuada de manera tan absoluta, es peligrosa, pues inmovilizaría cualquier reclamo por una mayor igualdad, equidad y justicia en el Derecho en base a la letra de la norma impugnada, lo cual vendría a constituir un círculo lógico totalmente sellado. De este modo, se presumiría inexorablemente respetuosa de la igualdad una norma que efectúe diferencias o que no involucre todas las hipótesis razonablemente imaginables, sólo en función de la letra de la norma. Naturalmente no compartimos este cercenamiento del análisis de igualdad constitucional de las normas.

Estas posiciones pueden encontrar un argumento útil en las palabras de Varela del Solar (“Estudio sobre el artículo 1° de la Constitución de 1980”), quien reconoce cinco necesidades vitales básicas: abrigo, vivienda, alimentación, educación y trabajo<sup>219</sup>. Ahora bien, “no goza la persona de igualdad de derechos, cuando, sin un motivo racional y justo, se le aplica una discriminación arbitraria en alguna de las cinco necesidades vitales básicas. Tal es un trato indigno. Hay discriminaciones que no son arbitrarias, como por ejemplo que no se admita a un menor en cierto trabajo que le pueda ser moral o físicamente pernicioso, pero sí es arbitraria en cambio, aquella discriminación laboral fundada en la raza o en la

---

<sup>219</sup> VARELA DEL SOLAR, JORGE. Op. cit. P. 391.

posición social. Ello redundaría en un trato indigno...no hay, a mi juicio, igualdad existiendo indignidad, así como tampoco hay dignidad donde existe discriminación. De allí que el tratamiento de digno e igual sea un débito inextricable”<sup>220</sup>.

¿Qué es, fundamentalmente, lo que hace Varela del Solar? La respuesta es una sola: restringir las hipótesis en que se pueda alegar discriminación o desigualdad de manera jurídicamente relevante, circunscribiéndolas únicamente a los asuntos relativos a las cinco necesidades básicas antes señaladas. De esta manera, no se podría alegar discriminación en el acceso a una institución civil como el matrimonio.

Una observación adicional: no debe efectivamente asumirse la necesidad de una igualdad absoluta. No se puede entender como razonable una diferenciación que claramente no lo es, como lo es la configuración de una pareja compuesta por personas del mismo sexo como consecuencia directa de su condición sexual, científicamente acreditada como una variable natural y no patológica del ser humano.

---

<sup>220</sup> *Ibíd.* P. 392.



### **3.2.2 POSICIONES CERCANAS AL REFORMISMO (RESERVA HETEROSEXUAL VULNERADORA DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES)**

#### **3.2.2.1 RAZONAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**

Aparecen, en el voto de los ministros Fernández, Carmona, Viera-Gallo y García, distintos razonamientos que son útiles en la construcción de un razonamiento que conciba inconstitucional la negación del art. 102 del CC a incluir en la institución del matrimonio a parejas constituidas por personas del mismo sexo.

Aparece de esta manera en el considerando 5° de su voto, donde nos dicen que “nuestra Constitución no vincula al matrimonio con la protección de la familia. Tampoco la Constitución reserva a contrayentes heterosexuales el matrimonio...”<sup>221</sup>.

Es cierto que la Constitución no vincula al matrimonio con la protección de la familia de manera explícita, pero también lo es el hecho de que el matrimonio es una de las instituciones más relevantes (si no la más) del Derecho de Familias.

---

<sup>221</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Op. cit. Voto particular concurrente de Francisco Fernández F., Carlos Carmona S., José Antonio Viera-Gallo Q. y Gonzalo García P. Considerando 5°.

Así, si concebimos que las personas, en virtud de los instrumentos internacionales de DD.HH. (y como consecuencia, en virtud de la Constitución), tienen derecho a fundar y tener una familia, resulta difícil comprender que no implique una vulneración de la garantía de igualdad y no discriminación el que las parejas homosexuales no puedan acceder a una de las instituciones fundantes y emblemáticas del Derecho de Familias. Esto coincide plenamente con el hecho de que la Constitución no reserva el matrimonio exclusivamente a parejas conformadas de modo heterosexual, pues de no ser así, se vulneraría la igualdad exigida.

Por otro lado, en el considerando 12° se manifiesta que el legislador es el que determina la regulación del matrimonio, pero “respetando los derechos fundamentales y sin establecer diferencias arbitrarias”<sup>222</sup>. A estas alturas resulta claro que la imposibilidad de que las parejas homosexuales accedan al matrimonio constituye una vulneración de sus derechos fundamentales y una flagrante y permanente discriminación arbitraria.

A lo anterior se añade, en el considerando 27°, que “debe tenerse en consideración que las categorías ‘sexo’ y ‘orientación sexual’ corresponden a las denominadas categorías sospechosas de discriminación que inciden en el juicio de razonabilidad. Cuando se recurre a ellas, se invierte la presunción de constitucionalidad de que goza el legislador en virtud del principio de deferencia, ya que pueden afectar a personas integrantes de colectivos minoritarios más

---

<sup>222</sup> *Ibíd.* Voto particular concurrente de Francisco Fernández F., Carlos Carmona S., José Antonio Viera-Gallo Q. y Gonzalo García P. Considerando 12°.

vulnerables en razón de una trayectoria de discriminación”<sup>223</sup>. Adherimos desde luego a esta idea y creemos que obviamente estamos en presencia no sólo de una trayectoria de discriminación y de una categoría sospechosa de discriminación, sino además de un caso donde esta sospecha se ha concretado, se ha hecho efectiva.

Proseguimos nuestra revisión con el voto disidente del ministro Hernán Vodanovic, quien en el considerando 1° de su razonamiento nos presenta dos ideas trascendentales. La primera es que “una disposición legal puede acomodarse perfectamente al sistema jurídico constitucional del momento en que es dictada, como ocurre con el artículo 102 del Código Civil, perteneciente al texto que data de 1855. Pero siglo y medio después puede contradecir los valores, principios y derechos fundamentales que la Constitución consagra, tal como son entendidos en este otro momento”<sup>224</sup>.

La segunda es que “no se trata, entonces, de indagar sólo la intención del Constituyente, sino de reconocer cuál es la orientación y sensibilidad que prevalece hoy día, cómo se resuelven las diferencias o conflictos de valores y principios en este momento y cuáles son los que ostentan preeminencia”<sup>225</sup>.

De aquí se pueden extraer dos conclusiones: primero, la definición de matrimonio que existe en nuestra legislación civil probablemente estaba en

---

<sup>223</sup> *Ibíd.* Voto particular concurrente de Francisco Fernández F., Carlos Carmona S., José Antonio Viera-Gallo Q. y Gonzalo García P. Considerando 27°.

<sup>224</sup> *Ibíd.* Voto particular disidente de Hernán Vodanovic S. Considerando 1°.

<sup>225</sup> *Ibíd.*

completa consonancia con las disposiciones constitucionales de 1833<sup>226</sup>, pero no con las de la de 1980 –reformada en 2005–, que exigen de las normas un pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación y protección de la(s) familia(s). Segundo, los valores constitucionales deben ser interpretados según el sentir social actual, siendo claro que tal sentir no admite una discriminación tan flagrante como la de la cual son objeto las personas homosexuales en relación a su acceso al matrimonio de la manera en que su identidad de género se los demanda.

Vodanovic plantea, en el considerando 3° de su voto, y en respuesta a la consideración moral distinta (incluso patológica) de la homosexualidad –que plantea revertir esta “tendencia” de “desviada” naturaleza–, lo siguiente: “todo este razonamiento ofende la dignidad humana y asigna al sujeto de una orientación sexual diversa, un trato vejatorio”<sup>227</sup>. Añade: “El punto central –en lo que interesa a esta causa– es determinar si la prohibición del matrimonio entre iguales evita o refuerza la citada discriminación. La respuesta parece obvia”<sup>228</sup>. Una cosa es clara: los homosexuales no son “desviados”, por lo cual tampoco sus relaciones de pareja podrían obedecer, sólo en función de su condición sexual, a una naturaleza distinta, siendo incongruente con las garantías constitucionales el negarles acceso al matrimonio.

---

<sup>226</sup> No obstante, la Constitución Política de la República de 1833 no entregaba la posibilidad de efectuar “diferencias razonables” o establecer discriminaciones por criterios fundados y no arbitrarios. Si forzáramos el argumento, se podría llegar incluso a la conclusión de que la imposibilidad de acceder al matrimonio por parte de parejas constituidas por dos personas del mismo sexo habría sido derechamente inconstitucional, aunque difícilmente tal argumentación hubiese llegado a buen puerto en esos años, dada la estructuración moral, religiosa, familiar y cultural del Chile de entonces.

<sup>227</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Op. cit. Voto particular disidente de Hernán Vodanovic S. Considerando 3°.

<sup>228</sup> *Ibíd.*

Remata su argumentación el ministro haciendo suyas, en el considerando 7° de su voto<sup>229</sup>, las conclusiones de un informe presentado por Libertades Públicas<sup>230</sup> al que alude, del cual destacamos los acápites 1 y 7. El acápite 1 plantea que “nuestra Constitución no recoge un concepto de matrimonio, limitándose a establecer un mandato amplio de protección a la familia, grupo intermedio que debe ser, a su vez, entendido en términos amplios, acorde con las funciones que desempeña en una sociedad pluralista y democrática como la chilena, cuya Constitución parte afirmando la igual dignidad de todas las personas”<sup>231</sup>.

En tanto, el acápite 7 señala, de manera tajante y concluyente: “El Estado, cuando niega a las parejas del mismo sexo la posibilidad de participar en una de nuestras más gratificantes y preciadas instituciones comunitarias, está incurriendo en una exclusión que es incompatible con el respeto de la dignidad humana, la autonomía individual y la igualdad ante la ley, al tiempo que incumple con el mandato constitucional de protección a la familia, entendido en términos amplios. La demanda de las parejas del mismo sexo no persigue que se les confiera un tratamiento especial, sino simplemente poder participar de los beneficios de la vida en sociedad, accediendo en términos de igualdad a una institución considerada indispensable para el desarrollo de los propios planes de vida, como es el matrimonio. Por estas razones, el artículo 102 del Código Civil debe ser declarado inconstitucional”<sup>232 233</sup>.

---

<sup>229</sup> *Ibíd.* Voto particular disidente de Hernán Vodanovic S. Considerando 7°.

<sup>230</sup> LIBERTADES PÚBLICAS. *Op. cit.*

<sup>231</sup> *Ibíd.* Acápite 1.

<sup>232</sup> *Ibíd.* Acápite 7.

<sup>233</sup> Sin perjuicio de que el artículo 102 del Código Civil efectivamente pueda ser inconstitucional, el ministro debió decir “inaplicable por inconstitucionalidad”, pues de eso se trataba este requerimiento.

Es justo allanarse ante tan certero raciocinio. Pareciera que se quiere vetar un “exceso de igualdad”, pretendiendo que las parejas heterosexuales y homosexuales obedecerían a naturalezas distintas, lo cual sería menospreciar y subestimar a la igualdad concebida en la Constitución.

### 3.2.2.2 DOCTRINA

Comenzaremos con una idea expresada por Francisco Cumplido (“Los valores en la Constitución de 1980 y su eficacia jurídica”), quien a la hora de tratar el concepto de igualdad nos dice que “la igualdad que reconoce el Art. 1° comprende, en primer lugar, la similar naturaleza de la persona... En segundo lugar, se asegura la igualdad jurídica (derechos), excluyéndose, por tanto, la discriminación arbitraria, es decir, irracional e injusta”<sup>234</sup>.

Si asumimos, como Cumplido, que las personas tienen una naturaleza similar, y considerando además, primero, que la sexualidad y la afectividad son inherentes al ser humano, y segundo, que la homosexualidad es una condición totalmente natural; las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo son una realidad que forma parte de similar naturaleza humana en comparación a las personas heterosexuales, por lo cual negarles el acceso al matrimonio, institución emblema del Derecho de Familias, sería vulnerador del principio de igualdad y no discriminación arbitraria.

Continuamos, llamativamente dado que es un autor identificado con la línea tradicionalista, con algunas afirmaciones de Hernán Molina Guaita (“Derecho Constitucional”) que pueden ser útiles en tanto razonamiento. En primer lugar, al

---

<sup>234</sup> CUMPLIDO C., FRANCISCO. 1995. Los valores en la Constitución de 1980 y su eficacia jurídica. Revista Chilena de Derecho Público 57/58: 131-146. P. 139.

hablar de las “igualdades”, expresa: “La igualdad en cambio, no es absoluta como la identidad, sino que es relativa: es decir, los dos entes tienen diferencias pero no obstante ellas tienen una cualidad que es común respecto a una norma o padrón”<sup>235</sup>. Y al hablar de la igualdad ante la ley, dice: “La igualdad ante la ley significa que deben contemplarse las mismas normas jurídicas para todas las personas que se encuentren en análogas situaciones de hecho... Es este un principio fundamental de la seguridad jurídica, puesto que por él se asegura a las personas igual tratamiento jurídico con todos aquellos que están en las mismas condiciones”<sup>236</sup>.

Es preciso citar a un destacadísimo autor, como es el profesor Luigi Ferrajoli, quien pone el acento en los derechos fundamentales de igualdad y no discriminación en su obra “Derechos y garantías. La ley del más débil”<sup>237</sup>. Dice primeramente, refiriéndose a los modelos de configuración de las diferencias: “Pero existe también un cuarto modelo de configuración jurídica de las diferencias, basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales –políticos, civiles de libertad y sociales– y al mismo tiempo en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad... garantiza a todos su libre afirmación y desarrollo, no abandonándolas al libre juego de la ley del más fuerte sino haciéndolas objeto de esas leyes de los más débiles que son los derechos fundamentales...no privilegia ni discrimina ninguna diferencia, sino que las asume a todas como dotadas de igual valor, prescribiendo para todas igual respeto y tratamiento...no desconoce las diferencias...sino que...reconoce todas y las valoriza como otros tantos rasgos de la identidad de las personas,

---

<sup>235</sup> MOLINA G., HERNÁN. Op. cit. P. 219.

<sup>236</sup> *Ibid.* P. 220.

<sup>237</sup> FERRAJOLI, LUIGI. 2004. Derechos y garantías. La ley del más débil. 4ª ed. Madrid, Trotta. 180 p.

sobre cuya concreción y especificidad cada una funda su amor propio y el sentido de la propia autonomía en las relaciones con los demás”<sup>238</sup>.

Clave para entender que la discriminación en cuestión vendría a ser arbitraria es su concepción de “derecho fundamental”, en especial si somos conscientes de la multiplicidad de modelos familiares existentes actualmente en las sociedades: “Decir que un determinado derecho es fundamental quiere decir que ‘todos’ son igualmente titulares del mismo. De donde se derivan dos consecuencias: una relativa a las dimensiones de la igualdad jurídica, la otra a la distinción entre diferencias, desigualdades y discriminaciones”<sup>239</sup>.

E hila más fino, al desnudar lo arbitrario de algunas discriminaciones sustentadas en razones de índole cultural (como aquellas que encierran a la institución matrimonial en una esfera puramente heterosexual): “Las diferencias...son...los rasgos específicos que diferencian y al mismo tiempo individualizan a las personas y...son tutelados por los derechos fundamentales... De otra parte, la igualdad, al ser un privilegio normativo, puede resultar inefectiva...a causa de las múltiples discriminaciones con...que...puede ser violada mediante lesiones fácticas de los derechos fundamentales... Precisamente, las discriminaciones son las desigualdades antijurídicas, puesto que consisten –por la violación del principio de igualdad...– en el desigual tratamiento de las diferencias tuteladas y valorizadas... Por consiguiente, son las discriminaciones las que deben ser analizadas y reconocidas como productos

---

<sup>238</sup> *Ibíd.* Pp. 75-76.

<sup>239</sup> *Ibíd.* P. 81.

ilegítimos de esos ‘obstáculos’ de orden social y cultural que ‘limitan de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos’<sup>240</sup>.

La pregunta es, ¿están las parejas homosexuales y las heterosexuales en la misma situación de hecho? La respuesta es afirmativa. De este modo, no debiera ejercerse ningún tipo de discriminación por parte del Estado, debiendo estarle garantizado a ambas el acceso al matrimonio.

---

<sup>240</sup> *Ibíd.* Pp. 82-83.

### **3.3 LA DEFINICIÓN HETEROSEXUAL DE MATRIMONIO FRENTE A LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS**

Antes que todo, y aunque ya se ha planteado a lo largo de este trabajo, es menester explicitar que lo dispuesto por los tratados internacionales suscritos por Chile y actualmente vigentes forma parte de nuestra legislación de manera plena. Y más aún, los tratados internacionales de DD.HH., si bien no necesariamente se encuentran incorporados formalmente al texto constitucional, ostentan, en virtud de su temática (derechos fundamentales) y de lo dispuesto por el artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de la República, rango constitucional en la jerarquía normativa chilena.

Lo anterior está ampliamente tratado en la publicación de Francisco Cumplido y Humberto Nogueira, “Teoría de la Constitución”<sup>241</sup>; y en la de Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira, “Derecho Constitucional”<sup>242</sup>.

---

<sup>241</sup> CUMPLIDO C., FRANCISCO y NOGUEIRA A., HUMBERTO. 1994. Teoría de la Constitución. 3ª ed. Santiago, Universidad Nacional Andrés Bello. 315 p.

<sup>242</sup> VERDUGO M., MARIO; PFEFFER U., EMILIO y NOGUEIRA A., HUMBERTO. 1994. Derecho Constitucional. Santiago, Jurídica de Chile. Pp. 121-131.



### **3.3.1 POSICIONES CERCANAS AL TRADICIONALISMO (RESERVA HETEROSEXUAL NO VULNERADORA DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DD.HH.)**

#### **3.3.1.1 RAZONAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**

La única referencia explícita la encontramos en el voto particular concurrente del ministro Raúl Bertelsen, quien en el considerando 7° de su razonamiento afirma que el artículo 102 del Código Civil es perfectamente compatible con la diversidad de instrumentos internacionales de DD.HH. suscritos por Chile y actualmente vigentes.

Lo plantea del siguiente modo: “...en esta materia, la legislación se encuentra en conformidad con tratados internacionales de derechos humanos. Por ejemplo, el artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, reconocen ‘el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio’, mientras que en el elenco de los otros derechos utilizan los términos genéricos ‘toda persona’ o ‘todo ser humano’ para referirse a sus titulares”<sup>243</sup>.

---

<sup>243</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Op. cit. Voto particular concurrente de Raúl Bertelsen R. Considerando 7°.

El ejercicio que propone Bertelsen es razonable, pues se basa en una caracterización literal que está presente en al menos uno de los instrumentos internacionales de DD.HH. alegados por los recurrentes. En el capítulo segundo, donde nos hicimos cargo de los elementos literales de la discusión, quedó claro que las corrientes tradicionalistas interpretan el matrimonio de “hombres y mujeres” como sinónimo de “hombres con mujeres” (o viceversa), de manera excluyente y taxativa.

Por ello, le parece obvio que el art. 102 del CC es plenamente respetuoso de la letra del Derecho Internacional de los DD.HH. Sin embargo, ya vimos que para que esta redacción sea taxativa, debe usar los términos que serían gramaticalmente correctos (pues “con” difícilmente puede ser considerado como sinónimo de “y”, al menos en este contexto, por tener significados y usos claramente diversos).

La línea expuesta por Bertelsen, considerando que la definición civil de matrimonio es plenamente consecuente con los preceptos y valores de los tratados internacionales de DD.HH., se puede estimar como representativa de toda la línea que hemos venido en llamar “tradicionalista”.

### 3.3.1.2 DOCTRINA

En gran parte de la doctrina consultada se encuentran meras menciones y descripciones de las disposiciones de los instrumentos internacionales de DD.HH. en lo relativo a la garantía de la igualdad, la no discriminación, el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia.

Así se observa, por ejemplo, en la obra de Alejandro Silva Bascuñán (“Tratado de Derecho Constitucional”): “...el artículo VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre expresa: ‘Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella’. La Declaración Universal de los Derechos Humanos proclama, asimismo, que ‘La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, y tiene el derecho a la protección de la sociedad y del Estado’ (art. 16 N° 3). El Pacto de Derechos Civiles y Políticos conserva la misma redacción del texto de la Declaración Universal (N° 1 del art. 23). Por su parte, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dice: ‘Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo...’ (art. 10 N° 1). El Pacto de San José de Costa Rica tiene prácticamente el mismo texto que la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 17 N° 1)”<sup>244</sup>.

---

<sup>244</sup> SILVA B., ALEJANDRO. Op. cit. Pp. 34-35.

Lo mismo hace Fernando Jiménez Larraín (“El concepto de familia en la Constitución Política de Chile”): “Sobre el particular, debe señalarse que el artículo 16 de la Declaración Universal del Hombre de las Naciones Unidas, establece que los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión a casarse y fundar una familia.

Este Tratado Internacional...vincula a la familia con el matrimonio señalándose a este como fuente de la familia, esto es, la familia se expresa a través del matrimonio.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos...establece en su artículo 23 que ‘la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado y que se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello.

Igual protección se encuentra consagrada en el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos...”<sup>245</sup>.

Naturalmente, ambos autores entienden, al igual que el ministro Bertelsen, que cuando se habla de “hombres y mujeres” (a la hora de contraer matrimonio y fundar una familia) se habla de “hombres con mujeres”.

Sin embargo, es menester detenernos en una de las frases de Jiménez Larraín, donde vincula familia con matrimonio a nivel del ordenamiento jurídico en

---

<sup>245</sup> JIMÉNEZ L., FERNANDO. Op. cit. P. 148.

virtud de los instrumentos internacionales de DD.HH. suscritos por Chile y actualmente vigentes. ¿Qué interpretación le da? Que el matrimonio es “la” fuente generadora de familia.

El mismo ejercicio, en “Sobre la protección internacional de la familia”, efectúa doña Cristina Errázuriz: vincula de manera excluyente familia con matrimonio y entiende al matrimonio de manera puramente heterosexual. Esto, sin mencionar sus perspectivas aún más restrictivas respecto de qué es lo que se puede llegar a entender por familia y el estatismo del régimen matrimonial<sup>246</sup>.

Resulta difícil compartir esta conclusión, pues la realidad (y la apertura del concepto, tanto en lo constitucional como en lo internacional) indica que existen múltiples formas de familia. No obstante ello, sí parece acertado vincular familia y matrimonio. Así las cosas, si se entiende que el derecho a constituir familia es inherente a toda persona y que la Constitución mandata al Estado proteger a la familia, negarle el matrimonio a parejas constituidas por personas del mismo sexo vulneraría gravemente lo dispuesto tanto por la CPR como por los TIDH.

---

<sup>246</sup> ERRÁZURIZ T., CRISTINA. Op. cit. Pp. 367-369.



### **3.3.2 POSICIONES CERCANAS AL REFORMISMO (RESERVA HETEROSEXUAL VULNERADORA DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DD.HH.)**

#### **3.3.2.1 RAZONAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**

El único antecedente explícito aquí es aquél contenido en el voto particular concurrente de los ministros Fernández, Carmona, Viera-Gallo y García, quienes en el considerando 8° de su razonamiento, plantean que “si bien nuestra Constitución no consagra en forma explícita el derecho fundamental a contraer matrimonio, sí lo hacen los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos vigentes en Chile”<sup>247</sup>.

Tras ello, se transcriben las disposiciones pertinentes (que ya hemos revisado) de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>248</sup>.

Agrega que “al interpretar tales instrumentos debe tenerse presente, en primer lugar, que en ellos se reconoce el derecho tanto a hombres como a mujeres y se

---

<sup>247</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Op. cit. Voto particular concurrente de Francisco Fernández F., Carlos Carmona S., José Antonio Viera-Gallo Q. y Gonzalo García P. Considerando 8°.

<sup>248</sup> *Ibíd.*

señala que la regulación de cada Estado no puede ser discriminatoria. En ninguno de ellos se señala que el matrimonio sólo se reconozca a hombres ‘con’ mujeres o viceversa, aun cuando una interpretación originalista niegue tal diversidad”<sup>249</sup>. Por las razones que ya se han expuesto, la regulación civil matrimonial del Estado de Chile, al impedir el matrimonio entre personas del mismo sexo, sí es discriminatoria, lo cual vulnera el mandato de los instrumentos internacionales de DD.HH.

Agregan los ministros, en el considerando 19° de su voto, que “los tratados internacionales sobre derechos humanos tampoco consagran un modelo único de familia”<sup>250</sup>. Así, no se puede circunscribir el concepto de familia a la existencia de matrimonio, y mucho menos el matrimonio solamente a una dimensión heterosexual.

---

<sup>249</sup> *Ibíd.*

<sup>250</sup> *Ibíd.* Voto particular concurrente de Francisco Fernández F., Carlos Carmona S., José Antonio Viera-Gallo Q. y Gonzalo García P. Considerando 19°.

### 3.3.2.2 DOCTRINA

Iniciamos revisando el valioso aporte que hace al tema en estudio la autora Susan Turner (“Familia, matrimonio y derechos. El derecho a contraer matrimonio”), quien luego de reseñar el contenido de los tratados internacionales de DD.HH. pertinentes a esta discusión (Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención Europea de los Derechos y de las Libertades Fundamentales y Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>251</sup>, aunque los dos últimos sin competencia sobre el caso), extrae conclusiones que vale la pena destacar.

En primer lugar, nos dice: “El derecho a contraer matrimonio se consagra generalmente a la par del derecho a fundar una familia. Es decir, queda claro que algo tiene que ver el matrimonio con la familia y, por lo tanto, podría concluirse que no cabe duda de que a través del matrimonio se crea familia...”<sup>252</sup>.

Tras ello: “Al momento de identificar al titular del derecho a contraer matrimonio, la mayoría de las normas aluden al ‘hombre y la mujer’... Pero cualquiera sea la forma de identificación de los titulares del Derecho, ninguna de

---

<sup>251</sup> TURNER S., SUSAN. Op. cit. Pp. 31-32.

<sup>252</sup> *Ibíd.* P. 32.

las fuentes mencionadas limita la ‘contraparte’ del derecho a contraer matrimonio, en el sentido que un hombre sólo lo tenga respecto de una mujer y una mujer sólo respecto de un hombre”<sup>253</sup>.

Clarísima resulta su explicación de por qué el artículo 102 del Código Civil vulneraría las garantías internacionales de DD.HH.: “Si cada país puede consagrar un marco regulatorio del matrimonio con una cierta libertad, queda planteada la interrogante de hasta dónde llega dicha libertad en términos de facultar al legislador nacional para imponer restricciones al derecho a contraer matrimonio. A este respecto, cabe mencionar la Convención Americana de Derechos Humanos como único instrumento que explicita un doble condicionamiento: el derecho a contraer matrimonio queda sujeto a las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, pero, a su vez, esta sujeción se produce sólo en la medida en que las leyes internas no afecten el principio de no discriminación establecido en la propia Convención.

Justamente en una vulneración de este tipo incurriría el artículo 102 del Código Civil al restringir el matrimonio sólo a un hombre y una mujer, según el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que se encuentra pendiente ante nuestro Tribunal Constitucional, en que se argumenta que una de las normas constitucionales vulneradas por dicho artículo es el derecho a contraer matrimonio que se ha incorporado al derecho nacional a través del artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de la República”<sup>254</sup>.

---

<sup>253</sup> Ibid. Pp. 32-33.

<sup>254</sup> Ibid. P. 34.

En su memoria de licenciatura (“Uniones de hecho entre personas del mismo sexo. Regulación jurídica”), doña María Ester Torres Hidalgo se pronuncia en una línea similar: “En las últimas décadas nuestro país ha demostrado un importante avance en diversos aspectos, tanto sociales como económicos, pero el progreso de una nación también se sustenta en su desarrollo democrático y, por lo tanto, en el efectivo respeto a los derechos fundamentales de todos sus integrantes. Sin duda, en Chile, al igual que en muchos otros países, existen reticencias de parte de muchos sectores de la población a otorgar protección jurídica a las uniones entre personas del mismo sexo, pero toda modificación al statu quo ha generado siempre resistencias. Es así que, nuestro país, amparado en los tratados de Derechos Humanos vigentes y en su propia Carta Fundamental, tiene la capacidad y la obligación de regular tales uniones, de forma tal de no perpetuar la actual situación de desigualdad entre sus habitantes”<sup>255</sup>.

---

<sup>255</sup> TORRES H., MARÍA ESTER. Op. cit. P. 136.



### 3.4: CONCLUSIONES

Ahora se expondrán las conclusiones a las que se ha arribado a partir del estudio de este capítulo:

**a) La reserva legal no es una excepción de constitucionalidad.**

Es cierto que existe, en la propia Constitución, reserva legal en cuanto a la regulación del matrimonio. Sin embargo, esta reserva no constituye una suerte de “excepción de constitucionalidad”, por lo cual debe obedecer fielmente los preceptos determinados tanto por la Constitución como por los instrumentos internacionales de DD.HH. (igualdad ante la ley, no discriminación arbitraria, protección de la familia, derecho a contraer matrimonio, etc.).

**b) La condición sexual y la configuración de género de una pareja debe ser un hecho irrelevante para la institución del matrimonio.**

La condición sexual e identidad de género que ostente una persona (heterosexualidad, homosexualidad, etc.) deben ser absolutamente irrelevantes para la regulación de la institución matrimonial. Consecuencialmente, debe serlo también el hecho de que una pareja se constituya por personas de igual o diferente sexo.

Así, esta condición está lejos de representar una “diferencia natural” o de constituir un “hecho diferenciador” que deba operar como un factor que impida el matrimonio. La realidad de hecho es exactamente la misma: una pareja que desea casarse, una de las tantas génesis de una familia. Corresponde que funcione plenamente el principio de igualdad.

**c) Negar el acceso de las parejas homosexuales al matrimonio es vulnerar el mandato de protección de la familia.**

Si bien es cierto que el matrimonio no es la única forma de constituir una familia, sí es una de las instituciones más emblemáticas del Derecho de Familias, si no la más. No puede impedirse, en virtud de la existencia de otras modalidades de familia, el acceso de las parejas formadas por personas del mismo sexo al vínculo. No deben existir formas familiares exclusivas para personas con determinada condición sexual, pues sería una flagrante vulneración del principio de igualdad y no discriminación.

**d) Los TIDH forman parte de la Constitución.**

De esta manera, la vulneración de cualquiera de los principios establecidos por los tratados internacionales de DD.HH. es una violación de la Constitución, pues los TIDH forman parte de la misma en términos materiales, en virtud del art. 5° inc. 2° de la CPR.

**e) Para los TIDH, el matrimonio está vinculado a la familia.**

Es cierto que en nuestra Constitución no existe ningún lazo explícito entre la familia y el matrimonio, pero sí está presente en variados TIDH. Así, el impedir a las parejas homosexuales contraer matrimonio constituye una grave vulneración a los principios ya mencionados. La conceptualización de matrimonio, como ya se vio en el análisis literal, es abierta, y ningún instrumento impide que se entienda al matrimonio como un contrato o institución de naturaleza exclusivamente heterosexual.

**f) La regulación del matrimonio tiene una doble condicionalidad en los TIDH.**

Esto quiere decir que los TIDH permiten que sea el orden interno de cada Estado el que regule específicamente “su” matrimonio, sin dar una regulación acabada desde la esfera internacional, pero específicamente condiciona a dicha regulación a ser respetuosa de los principios establecidos por los mismos instrumentos. De este modo, no le está permitido a un Estado impedir, haciendo uso de su soberanía interna en materia de regulación matrimonial, la existencia del matrimonio igualitario.

Por estas razones, y desde un punto de vista sistemático y de equilibrio de la estructura jerárquica-normativa, el artículo 102 del Código Civil debió ser declarado inaplicable por inconstitucionalidad.

## **CAPÍTULO 4: ELEMENTO TELEOLÓGICO**

### **CONSIDERACIONES GENERALES**

Iniciamos este capítulo, al cual se ha encomendado hacerse cargo de la arista quizá más relevante de toda esta discusión: la teleología, la finalidad buscada con una norma y un sistema jurídico.

En los capítulos anteriores hemos destacado la importancia del estudio e interpretación histórica de la institución matrimonial y del Derecho de Familias, la importancia de una comprensión integral de la literalidad normativa en la ley civil, la Constitución y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos respecto a igual temática y los principios de igualdad, no discriminación, protección de la familia y derecho a contraer matrimonio; y finalmente la relevancia de la consonancia sistemática y la adecuación jerárquica de las normas civiles a aquéllas de orden superior (constitucional e internacional de DD.HH.) en lo relativo a dichas problemáticas.

Hasta ahora, nos hemos centrado en el ser, la realidad y la interpretación de lo que socialmente las normas pueden contener. Pero el Derecho no surge de manera espontánea o porque sí. Una estructura normativa surge por la necesidad que tienen las sociedades y las personas de ordenar su vida en común y cautelar

ciertos aspectos, derechos, facultades y prohibiciones básicos para el armónico desarrollo de su vida privada y pública, aspectos que han recibido el nombre de “bienes jurídicos”.

Pues bien, esta necesidad se traduce en un objetivo, una finalidad, y será esta finalidad el objeto de estudio central de este capítulo. La finalidad de las normas involucradas, el objetivo que la sociedad actualmente les otorga, la razón de ser de los procesos en virtud de los cuales el Derecho se ha transformado.

Sin embargo, una vez racionalizada la necesidad y determinada la finalidad, hay otro aspecto que entra en el análisis normativo: el deber ser (cuyo estudio se denomina deontología). Las necesidades no son únicamente físicas, sino también éticas, psicológicas, morales y espirituales; las cuales encuentran cabida directamente en la vida social y emocional de las personas. El Derecho no se hace únicamente cargo de cautelar un sistema que entregue bienestar (o supervivencia) físico a las personas, sino además de cautelar las distintas variables que permitan a las personas desarrollarse de manera plena.

Es ahí donde el deber ser entra a jugar su función. Pongamos un ejemplo: independientemente de si la familia es un fenómeno-institución preexistente al Derecho, donde a la estructura normativa le cabe un deber de reconocimiento; o si es algo que existe justamente en virtud de una norma que así lo ha dispuesto, es una regulación que responde a la necesidad de normar el núcleo más básico y fundamental de la vida social.

No obstante, la familia es también una estructura donde las personas encuentran (salvo lamentables excepciones) en general desarrollo, armonía, satisfacción y felicidad. ¿Da igual, entonces, el contenido de la regulación familiar? Claramente no.

Estamos, por ende, ante un problema cuando nos encontramos ante el hecho de que hay personas que asumen un orden de relaciones que les es natural (una relación homosexual, por ejemplo) y que conciben como familia, y sin embargo no existe un orden institucional que cautele esta realidad. ¿Ha fallado algún eslabón entre la necesidad que dota de fin a una norma y el resultado de ese proceso regulatorio? Muy probablemente sí.

Ese eslabón es el deber ser, la forma en que creemos que es correcto o incorrecto desenvolverse, de acuerdo a cómo las personas estimen es conveniente vivir la vida dentro de márgenes de aceptación mutua. ¿Ha fallado realmente ese eslabón o quienes lo afirman incurren en un error?, ¿por qué ha fallado?, ¿en qué ha fallado?, ¿cuál sería una solución para ello? Intentaremos responder a algunas de estas preguntas.

Iniciaremos con un análisis de la realidad actual de la procreación como fin del matrimonio, aplicado a la demanda de matrimonio entre personas del mismo sexo. Es evidente que de una relación sexual de tipo homosexual no puede surgir un embarazo. Sin embargo, también existen la reproducción asistida, los vientres de alquiler, la filiación adoptiva, etc. En ese sentido, cotejaremos la posición de

quienes piensan que la procreación sigue siendo un fin intrínseco y excluyente del matrimonio, sin el cual (o sin la potencialidad de que sea efectiva de modo “tradicional”, esto es, a través de una relación heterosexual) no puede concebirse la institución del matrimonio; en oposición a aquéllas que relativizan este fin y no le dan un carácter definitorio, viendo sencillamente un obstáculo para las uniones homosexuales respaldadas institucionalmente.

En segundo término, efectuaremos una reflexión en torno a los objetivos buscados y las necesidades a que ha respondido la historia de transformaciones, con especial énfasis en aquéllas más recientes, y si se podría proyectar hacia el futuro a través de una reforma que permita a las personas del mismo sexo contraer matrimonio entre sí.

En tercer lugar, haremos una revisión, desde una lógica finalista y desde una perspectiva ética, de la problemática a la que se enfrentan las garantías constitucionales a que hemos aludido a lo largo de este trabajo a la hora de enfrentarse de lleno a la demanda por un matrimonio igualitario. Opondremos aquí las posiciones de quienes piensan que, de acuerdo al fin y al deber ser de los preceptos constitucionales, corresponde que se institucionalice el matrimonio entre personas del mismo sexo; versus las de quienes piensan que no procede.

Por último, realizaremos igual ejercicio, pero en virtud de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

## **4.1 LA PROCREACIÓN COMO FIN DEL MATRIMONIO ANTE LA DEMANDA DE MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO**

### **4.1.1 POSICIONES CERCANAS AL TRADICIONALISMO (PROCREACIÓN COMO FIN ESENCIAL DEL MATRIMONIO)**

#### **4.1.1.1 RAZONAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**

Empezamos con la opinión del ministro Raúl Bertelsen en torno a la íntima ligazón entre procreación e importancia social del matrimonio, afirmando, en el considerando 6° de su voto, lo siguiente: “Atendida, entonces, la importancia social del matrimonio, que se expresa en los fines que el artículo 102 del Código Civil le reconoce, entre los cuales incluye la procreación, es congruente que la ley reserve su celebración únicamente a personas de distinto sexo ya que sólo la unión carnal entre ellas es la que, naturalmente, puede producir la procreación, y excluya de su celebración a personas del mismo sexo”<sup>256</sup>.

Continuamos con lo manifestado, en el considerando 10° de su voto, por los ministros Marcelo Venegas, Enrique Navarro e Iván Aróstica: “...resulta

---

<sup>256</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Op. cit. Voto particular concurrente de Raúl Bertelsen R. Considerando 6°.

claramente razonable, y no arbitrario o caprichoso, que quienes celebran el contrato matrimonial definido en el artículo 102 del Código Civil, sean...un hombre y una mujer, habida consideración a las finalidades de dicho contrato, establecidas en la misma norma cuestionada”<sup>257</sup>.

Agregan, en el considerando 12º: “...podemos afirmar que el contrato de matrimonio definido en el artículo 102 del Código Civil...es...por sus finalidades propias, una institución aplicable únicamente a las relaciones de pareja formadas por un hombre y una mujer...”<sup>258</sup>.

Si tomamos en cuenta que dentro de la definición del artículo 102 del Código Civil, la única finalidad que no podrían cumplir (al menos del modo convencional) las parejas conformadas por dos personas del mismo sexo, es la de procrear. En función de eso se concluye que la procreación es el principal factor que consideran los ministros cuando validan constitucionalmente el impedimento legal de que una pareja homosexual contraiga el vínculo matrimonial.

Marisol Peña, en el considerando 3º de su voto, y en consonancia con la línea de los ministros antes mencionados, lo describe de manera categórica: “Que el matrimonio entre un hombre y una mujer constituye base esencial de la familia amparada por la Constitución, porque muchas de las funciones atribuidas a ésta se relacionan con los fines que el legislador del Código Civil asigna al

---

<sup>257</sup> *Ibíd.* Voto particular concurrente de Marcelo Venegas P., Enrique Navarro B. e Iván Aróstica M. Considerando 10º.

<sup>258</sup> *Ibíd.* Voto particular concurrente de Marcelo Venegas P., Enrique Navarro B. e Iván Aróstica M. Considerando 12º.

matrimonio, pero particularmente, con la de procrear. Así, la familia constituida por la unión matrimonial estable entre un hombre y una mujer... resulta decisiva para la supervivencia y proyección de la sociedad a través del tiempo, perspectiva que, sin duda, debe ser tenida en cuenta por el legislador al regular los efectos del matrimonio... Esta regulación no puede prescindir del hecho que el matrimonio entre un hombre y una mujer resulta fundamental para que la familia se consolide como verdadero núcleo fundamental de una sociedad que aspira a seguir existiendo a través de la renovación progresiva de las generaciones que se produce a partir de dicha unión<sup>259</sup>.

Si observamos con detención las argumentaciones exhibidas en los tres votos, sólo Peña efectúa una reflexión profunda acerca de por qué el matrimonio debe asumirse como un fin tan esencial aquel de la procreación, impidiendo así la institucionalización del matrimonio entre personas del mismo sexo. Tanto el voto de Bertelsen como el de Venegas, Navarro y Aróstica se limitaron a acreditar que la ley establece como fin del matrimonio a la procreación.

No obstante ello, la ministra Peña efectúa un análisis con claras limitaciones, pues opera en base a un ideal que está lejos de tener una materialización excluyente: si argumenta que la defensa de la procreación en una relación matrimonial heterosexual es vital para la supervivencia de la especie, debería concluirse razonablemente que la admisión de las parejas homosexuales en el seno del matrimonio pondría en peligro esta reproducción a partir de una relación heterosexual, temor que en los hechos no ostenta la más mínima

---

<sup>259</sup> *Ibíd.* Voto particular concurrente de Marisol Peña T. Considerando 3°.

justificación material. Parece bastante obvio que no habrá menos heterosexuales en el mundo ni menos uniones sexuales entre hombres y mujeres por el solo hecho de que se permita a los homosexuales casarse entre sí, no teniendo la especie humana ningún riesgo de dramática extinción.

Por otro lado, la realidad nos indica claramente que la mayoría de los niños chilenos está naciendo, en la actualidad, fuera del matrimonio, por lo que tampoco la supervivencia humana está dependiendo de esta institución jurídica. Más claro es aún el panorama si agregamos a las parejas que, por razones de edad o enfermedad, no pueden procrear, y a aquéllas que han optado libremente por no tener hijos.

Teniendo además en cuenta que la relación de filiación no se define en nuestra legislación únicamente por razones sanguíneas, parecería más apegada al objetivo del matrimonio, de la familia y del bienestar social en general, una definición que cambie el término “procrear” por el de (por poner un ejemplo) “eventualmente tener hijos”, redacción que acogería a la filiación sanguínea y adoptiva, ambas, generadoras de iguales derechos y obligaciones en Chile.

#### 4.1.1.2 RAZONAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA

Servil a las posturas tradicionalistas se muestra, en la sentencia del TCE que no admitió la supuesta inconstitucionalidad del matrimonio igualitario en la Madre Patria, el voto particular discrepante del ministro don Ramón Rodríguez, quien afirma en el considerando 1º de su argumentación, y en la línea de lo expuesto por Marisol Peña, lo siguiente: “Además de todos los componentes jurídicos del matrimonio, éste es también una unión sexual que la naturaleza destina a la perpetuación de la especie humana y aunque este fin natural pueda satisfacerse fuera del matrimonio y también aunque no sea el único fin de la institución que permanece si cumple los demás fines, no puede desconocerse sin incurrir en un salto ilógico imposible de admitir”<sup>260</sup>.

El razonamiento de Rodríguez parece lógico, pero en su mismo seno se incuba el germen de su contradicción: él mismo dice que la institución (el vínculo entre las dos personas) permanece aunque no exista la procreación, cumpliéndose los demás fines concebidos por ella. Si lo aceptamos tal cual, tenemos que no existe ningún salto ilógico, pues no es la intención de los partidarios del matrimonio igualitario negar la potencialidad procreativa del matrimonio, sino sencillamente relegarlo a una eventualidad que puede o no

---

<sup>260</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Op. cit. Voto particular discrepante de Ramón Rodríguez A. Considerando 1º.

cumplirse en el marco de la vida del contrato, considerando además, como se dijo anteriormente, la existencia de la filiación adoptiva.

En otras palabras, la procreación no es el núcleo concéntrico, ni en formal ni en lo material, del matrimonio, y por ello no corresponde impugnar al matrimonio entre personas del mismo sexo por el hecho de no poder procrear a través de una relación sexual. También pueden tener hijos y conformar una familia.

#### 4.1.1.3 DOCTRINA

El autor Jorge del Picó (“Derecho Matrimonial Chileno”) afirma: “La vinculación de hombre y mujer en el amor, que es de carácter sexual, constituye la base del matrimonio y, en tanto que factor biológico, tiene que ser ordenada hacia el fomento del amor entre un hombre y una mujer, en un proceso que requiere ser cultivado y que se vincula naturalmente hacia la generación de vida... La heterosexualidad, por tanto, constituye un fundamento de 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 entre sí en orden a la generación”<sup>261</sup>.

Más adelante profundiza en ello: “El matrimonio tiene entre sus fines esenciales la procreación y, por ello, la sociedad le asigna gran importancia al vínculo jurídico conyugal, en tanto se le reconoce como base de la constitución familiar priorizada por el Estado. El hombre y la mujer que contraen el vínculo matrimonial, comparten la intención de procrear, es decir, de tener descendencia natural y adoptiva, si ello es natural o jurídicamente posible en cada caso.

---

<sup>261</sup> DEL PICÓ R., JORGE. Op. cit. P. 178.

La procreación, como históricamente lo ha concebido la doctrina chilena, es uno de los fines para cuya consecución, el hombre y la mujer se unen en matrimonio...posibilita la continuidad de la especie humana”<sup>262</sup>.

Del Picó coloca el centro, como ya se ha revisado, en la procreación como fundamento esencial en la tarea de perpetuación de la especie humana.

Así, surgen dos observaciones: en primer lugar, una de carácter “ideológico-finalista”: ¿Cuál es el fin del matrimonio en tanto institución? ¿La satisfacción de una parte del desarrollo integral de una persona en sus relaciones sociales y emocionales o la mera utilidad de reproducción de individuos de la misma especie? La primera respuesta puede incluir, eventualmente, a la segunda, pero la segunda no necesariamente a la primera, por lo que conviene inclinarse por la primera.

Por otro lado, parece que del Picó opera en base a una suposición que no necesariamente tiene fundamento en la realidad: afirma que, más allá de la dilación o los impedimentos naturales, la pareja que se casa tiene la intención de procrear. Pero lo cierto, y lo que probablemente ignora el autor, es que muchísimas parejas que se casan optan por no tener hijos ni en el presente ni el futuro, y en la práctica su unión no pierde ningún valor jurídico. La intención de procrear no puede asumirse, por la fuerza de los hechos, como una presunción; y

---

<sup>262</sup> *Ibíd.* Pp. 201-202.

por ello justamente es que debiera relativizarse su relevancia no sólo en la doctrina, sino también en la definición legal.

Como siempre, el profesor Hernán Corral, fiel defensor de una visión restrictiva del matrimonio, nos plantea su opinión de manera tajante. En “Matrimonio entre parejas de un mismo sexo”<sup>263</sup>, plantea: “Pero en lo que se refiere a la regulación jurídica del ejercicio de la sexualidad, y sobre todo de los modos de constituir y desarrollar una familia, es razonable que existan diferencias en el trato jurídico porque este modo de ejercer la sexualidad no es el que corresponde, no sólo a la mayoría numérica de la población, sino a las necesidades de mantener la especie humana... también resulta justificado que no se otorgue a las personas del mismo sexo el estatuto protector del matrimonio como base de la familia, ya que las uniones homosexuales no son capaces por sí mismas de proporcionar los bienes públicos que se esperan y que efectivamente resultan de las uniones matrimoniales... Ni el matrimonio ni la unión civil son justificables para convivencias, como son las constituidas por personas del mismo sexo, que no pueden cumplir las funciones de bien público que se espera de la familia, a la cual atribuimos el carácter de núcleo fundamental de toda sociedad”<sup>264</sup>.

El profesor Corral, junto con condenar la supuesta inmoralidad o antinaturalidad de las relaciones homosexuales, pone el centro –de manera desmedida– en el “producto” (los hijos) que el matrimonio le entregará a la

---

<sup>263</sup> CORRAL T., HERNÁN et al. 2011. Matrimonio entre parejas de un mismo sexo. Anuario de Derechos Humanos 7: 65-83.

<sup>264</sup> *Ibíd.* P. 75.

sociedad. Nuevamente se muestra ante nosotros una visión utilitaria de esta institución, que parece estar alejada del objetivo de conformar una familia como núcleo de bienestar, desarrollo y felicidad humana, asumiendo en cambio un rol casi productivo de seres humanos, por crudo que suene. Sin embargo, en este caso Corral lo pone de este modo para buscar una justificación alternativa a su constante fundamentación naturalista de tinte católico conservador<sup>265</sup>.

En “Acuerdo de vida en pareja: ¿de la unión civil al matrimonio homosexual?”<sup>266</sup>, insiste en esta línea: “La finalidad del Derecho de Familia no es otra que proponer, incentivar y promover un modelo de organización de la complementariedad sexual que desempeña una función social indispensable para la sociedad: la transmisión de la vida, a través de la procreación...los hijos que provengan de esa unión.

El matrimonio y su estatuto legal preferente se basa en esta finalidad; las personas se casan para ‘formar familia’, es decir, para transmitir la vida...”<sup>267</sup>.

Además, arguye<sup>268</sup> que no tiene razón de ser la analogía con los matrimonios infértiles, fundamentalmente por dos cosas: una, la presencia de los órganos reproductivos, sea que se materialice la concepción de un nuevo ser o no, y dos, la supuesta falta de capacidad de diagnosticar certera y definitivamente la

---

<sup>265</sup> Dentro del catolicismo (y del cristianismo en general), las discusiones acerca del matrimonio igualitario, el orden de las familias y el Derecho Natural están abiertas, no obstante aún predominar con claridad la tendencia conservadora. Llama esto la atención, considerando que lo central en las enseñanzas del cristianismo es el amor, la comprensión, la solidaridad y las uniones en tanto afectos.

<sup>266</sup> CORRAL T., HERNÁN. 2012. Acuerdo de vida en pareja: ¿De la unión civil al matrimonio homosexual? La Semana Jurídica 0: 9-11.

<sup>267</sup> *Ibíd.* P. 10

<sup>268</sup> *Ibíd.*

infertilidad (afirmación que no se ajusta a la realidad de los procedimientos científicos, por cierto).

Cristina Errázuriz (“Sobre la protección internacional de la familia”) es más breve, aunque igualmente lapidaria, al sostener que “proteger la maternidad y la infancia...significa también proteger la función procreadora del matrimonio, asegurando así que éste esté abierto a la vida. Leyes que atenten contra estos derechos son leyes atentatorias contra la familia misma...”<sup>269</sup>.

---

<sup>269</sup> ERRÁZURIZ T., CRISTINA. Op. cit. P. 368.



## **4.1.2 POSICIONES CERCANAS AL REFORMISMO (PROCREACIÓN COMO EVENTUALIDAD DEL MATRIMONIO)**

### **4.1.2.1 RAZONAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**

El ministro Hernán Vodanovic es el único que coloca una nota disonante en este tema, exponiendo claramente su visión crítica acerca del estado de la procreación como finalidad del matrimonio en la sociedad actual, dando a entender que corresponde efectuar una revisión para ir en consonancia con el deber ser de las familias contemporáneas. Plantea, en el considerando 5° de su voto, lo siguiente: “En el matrimonio actual se ha perdido la función relevante de procrear (la mayoría de los hijos nacen fuera del matrimonio y la aptitud para generar descendencia no es un requisito para celebrarlo), en desmedro de las finalidades propias de la vida en común. El objetivo esencial, más bien, expresa fines de solidaridad, afecto y asistencia recíproca.

Siendo así las cosas, debe invertirse la carga de la argumentación. Son los postulantes de la exclusividad heterosexual en el matrimonio quienes deben exponer las razones que la sostienen. Desde luego, procede descartar el razonamiento circular de que ello es así porque debe serlo y siempre lo ha sido. Tal aseveración simplemente nada explica. En definitiva, se aprecia la

inexistencia de una justificación racional, de un fin lícito en la interdicción del matrimonio entre iguales<sup>270</sup>.

Lo que plantea Vodanovic parece tener completo correlato en la sociedad actual, pero no deja de ser cierto tampoco que pudo haber matizado su planteamiento, en el orden de calificar como eventualidad la procreación matrimonial y no como una “pérdida total” de ese fin. Asimismo, cabía lugar a que hiciera una defensa de la igualdad en la filiación, explicitando que si bien una pareja homosexual no ostenta la capacidad reproductiva entre sí, perfectamente pueden adoptar un niño y criarlo como su hijo. Además, es obvio que para gran parte de los matrimonios la función de procrear sigue siendo muy importante, más allá de su eventualidad a la hora de concretarse o no.

---

<sup>270</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Op. cit. Voto particular disidente de Hernán Vodanovic S. Considerando 5°.

#### 4.1.2.2 DOCTRINA

En su memoria de licenciatura (“Reconocimiento jurídico de las uniones entre personas del mismo sexo”), María Elena Varas<sup>271</sup> apunta varios aspectos trascendentales de este debate. Se hace cargo directamente de la objeción representada por la imposibilidad procreadora dual de una pareja homosexual, contrariándola: “Se argumenta...que uno de los fines del matrimonio es la procreación y que, por lo tanto, le estaría vedado a homosexuales participar de él. El derecho a contraer matrimonio estaría así vinculado a la procreación y crianza de los hijos.

Sin embargo, este argumento no se sustenta dado que la fertilidad...no es requisito para contraer matrimonio. Si así fuera no se explicaría...el matrimonio entre personas infértiles o de avanzada edad...

...los fines del matrimonio son unitarios y están compuestos por una comunión entre la unión de pareja y la procreación, aun cuando ésta se vuelva una imposibilidad...

Otras inconsistencias se observan al analizar la situación de parejas heterosexuales que...se someten a operaciones quirúrgicas de infertilidad o que usan algún método contraceptivo...

Sin embargo, aquí el problema de fondo no es negar el acceso al matrimonio a parejas que no deseen o no puedan engendrar descendencia. El punto es que no existen razones para exigir la capacidad procreativa como requisito para contraer

---

<sup>271</sup> VARAS V., MARÍA ELENA. Op. cit. Pp. 33-34.

matrimonio...El matrimonio tiene como objetivo mucho más que la sola procreación. La satisfacción sexual y el desarrollo de una unión de pareja es también uno de los objetivos del mismo. La procreación es importante, pero no es el fundamento constitutivo del matrimonio”<sup>272</sup>.

En relación a lo anterior, es menester destacar que no existe ningún fundamento racional, dada la fuerza de los hechos, para exigir la capacidad procreativa como requisito para contraer matrimonio. Bajo una exigencia de tal tenor, serían excluidas del matrimonio aquellas parejas homosexuales, infértiles o que optan por no tener descendencia. Sin embargo, sólo a las primeras se les impide contraer matrimonio, justificándose en algo que otras parejas tampoco cumplen, pero a las que no se les impide suscribir el vínculo.

Ha quedado demostrado que la procreación no es un fin esencial en términos absolutos del matrimonio y, por lo tanto, ni puede representar un impedimento para que una pareja constituida por dos personas del mismo sexo lo contraigan, ni tampoco puede ser causa legítima de una diferenciación. Parece ser, incluso, que en este “fin esencial” (la procreación), dado el trato desigual entre las distintas tesis no procreativas, subyace nada más que una discriminación homofóbica contra las personas de condición homosexual, además de una importante dosis de temor ante lo nuevo, lo distinto, lo alternativo a los paradigmas preestablecidos<sup>273</sup>.

---

<sup>272</sup> *Ibíd.*

<sup>273</sup> Temor generalmente presente en todo debate que implique transformar cuestiones relevantes a nivel institucional, jurídico, político, ético y cultural.

## **4.2 FINALIDADES DE LAS TRANSFORMACIONES RECIENTES DEL DERECHO DE FAMILIAS. PROYECCIÓN DEL MATRIMONIO IGUALITARIO**

### **4.2.1 POSICIONES CERCANAS AL TRADICIONALISMO (TRANSFORMACIONES PERJUDICIALES PARA LA FAMILIA)**

Es preciso comenzar este apartado explicando que, al interior de la sentencia del Tribunal Constitucional de la República, no se encontró ninguna reflexión en forma de juicio de valor negativo acerca del rol de las transformaciones que ha sufrido el Derecho de Familias, ni acerca de si el matrimonio igualitario podría llegar a concebirse como una fase más de este camino de transformaciones supuestamente perjudiciales para la institución de la familia. Por ello, nos adentraremos directamente en las argumentaciones de la doctrina.



#### **4.2.1.1 DOCTRINA**

Comenzamos con la crítica que efectúa Hernán Corral (“El debilitamiento del matrimonio y su función social en la legislación chilena de entre siglos (XX-XXI)”) a la historia reciente de transformaciones del Derecho de Familias chileno, calificándolo como una “disminución del valor jurídico del matrimonio”.

Así nos lo dice: “En las dos décadas que transcurren entre 1990 y 2010 se produce una creciente tendencia hacia la disminución del valor jurídico del matrimonio, ya sea en su dimensión interna como compromiso jurídico, sea en su dimensión externa: en sus efectos familiares y asistenciales.

Un punto de inicio de esta tendencia es el Informe de la Comisión Nacional de la Familia, creada por el Presidente de la República Patricio Aylwin Azócar por Decreto Supremo N° 162, de 9 de julio de 1992. Al menos cinco de las reformas que luego se incorporarán en la legislación en desmedro del vínculo matrimonial están propiciadas por el informe de los integrantes de la Comisión: la despenalización del adulterio, la inclusión de las uniones de hecho en la ley de violencia intrafamiliar, la reforma de la filiación, la modificación del régimen de bienes del matrimonio y la consagración del divorcio.

Todas ellas de una u otra manera constituyen un debilitamiento del valor social e institucional del compromiso matrimonial desde un punto de vista jurídico<sup>274</sup>.

Más allá del conocido conservadurismo jurídico-moral del profesor Corral, sorprende que califique el proceso de avance en la regulación del Derecho de Familias como una disminución de su valor jurídico. Las reformas de estos años generalmente han tendido a adecuar el Derecho de Familias a los valores de la democracia, las garantías constitucionales y los derechos humanos, aspectos universalmente reconocidos y enaltecidos. Han tendido a reducir las brechas de desigualdad y a menguar los mecanismos de dominación que muchas veces ejercía el marido sobre su mujer y sobre sus hijos. En el fondo, edifican un Derecho de Familias más inclusivo, democrático y respetuoso de los DD.HH.

Sin embargo, a Corral le parece un proceso deformador de la familia: negativo es ante sus ojos que no se aplique el rigor de la ley penal sobre quien le ha sido infiel a su pareja (algo perteneciente estrictamente a la moral individual y a la vida privada de cada persona, sin perjuicio de constituir causal de divorcio culposo<sup>275</sup>), que se combata la violencia de género en todos los niveles de la pareja, que los hijos no sean discriminados en función de si sus padres han o no contraído matrimonio, que la mujer pueda disponer libremente de sus bienes y que se consagren estatutos donde se maneje de manera completamente separada, fomentando su dignidad y autonomía; y que las personas puedan rehacer su vida de pareja tras un fracaso matrimonial.

---

<sup>274</sup> CORRAL T., HERNÁN. 2010. Op. cit. Pp. 4-5.

<sup>275</sup> CHILE. Ministerio de Justicia. 2004. Op. cit. Artículo 54, numeral 2°.

Si prestamos atención al pétreo concepto de familia que el profesor Corral maneja, es comprensible que se oponga al nuevo paso en la transformación democratizadora del Derecho de Familias, cual sería legitimar matrimonialmente las uniones entre personas del mismo sexo.

En “La Familia en los 150 años del Código Civil chileno”, Corral califica el surgimiento de la pluralidad conceptual en torno al término “familias”, aceptando diversos modelos en torno a los cuales puede ésta configurarse, como una “desintegración del concepto jurídico de la familia”. No admite que se hable de “familias”, así en plural, en lugar de “familia”, en singular.

Nos lo explica de la siguiente manera: “La segunda fórmula es la que, en general, ha seguido o está siguiendo la legislación comparada de los países occidentales. Se trata de relativizar el concepto de familia, negando que tenga una identidad propia e independiente de los deseos subjetivos de los integrantes. Más que un mayor pluralismo que nos haría pasar de un modelo único de familia a un sistema plural de diversas forma de familia, esta opción implica el desplazamiento del modelo de familia fundado en el matrimonio, como compromiso jurídico heterosexual y abierto a la procreación, hacia otro modelo, también único (no plural), pero fundado ahora en la estructura de pareja, sea homosexual o heterosexual, sea conviviente o no conviviente. Este oscurecimiento de los perfiles de la familia como realidad comunitaria amenaza

con convertir la legislación familiar en algo sin objeto, pues donde todo es familia, en realidad nada lo es”<sup>276</sup>.

Carmen Domínguez (“Los principios que informan el Derecho de Familia chileno: su formulación clásica y su revisión moderna”) llega a afirmar que “esta rama del Derecho no solo ha sufrido numerosas y recurrentes reformas a lo largo del tiempo, sino que incluso bien podría decirse que el Derecho de Familia diseñado por nuestro codificador decimonónico prácticamente hoy no existe o, por lo menos, que ha sido sustituido por otro tan radicalmente distinto que del antiguo ya no quedan sino algunas tenues huellas”<sup>277</sup>.

Deja Domínguez además entrever que pronto se producirán nuevas transformaciones: “...todavía deja pendiente la ‘discriminación por razón de sexo’ que, a falta de mayor precisión, debemos entender referida no solo a la igualdad entre varón y mujer sino de las uniones entre personas del mismo sexo”<sup>278</sup>.

---

<sup>276</sup> CORRAL T., HERNÁN. 2005. Op. cit. P. 436.

<sup>277</sup> DOMÍNGUEZ H., CARMEN. Op. cit. P. 205.

<sup>278</sup> *Ibíd.* P. 210.

## **4.2.2 POSICIONES CERCANAS AL REFORMISMO (TRANSFORMACIONES BENEFICIOSAS PARA LA FAMILIA)**

### **4.2.2.1 RAZONAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**

Contrario al supuesto perjuicio que, según las posiciones tradicionalistas, acarrearía a la familia en tanto institución social la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo, se pronuncia el ministro don Hernán Vodanovic. En el considerando 5° de su voto nos lo explica del siguiente modo: “El matrimonio ‘ideal’ exige, de toda forma, probar que la exclusión de parejas del mismo sexo protege la unión heterosexual; sin embargo, no hay perjuicio alguno en la ocurrencia de ello. La prohibición no es necesaria para proteger los derechos de aquellos que sí pueden casarse. Aún más, los detractores no han meditado que –en vez de verse debilitado por la inclusión de otros actores– la incorporación de parejas hoy excluidas a la institución matrimonial, la amplía y probablemente la fortalece”<sup>279</sup>.

Lo que plantea Vodanovic adquiere pleno sentido cuando se reflexiona en torno al valor que las actuales generaciones atribuyen (o dejan de atribuir) a la institución matrimonial. Si las parejas homosexuales exigen poder contraer

---

<sup>279</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Op. cit. Voto particular disidente de Hernán Vodanovic S. Considerando 5°.

matrimonio, lejos de verse debilitada, es la institución la que se ve fortalecida y prestigiada. Es evidente que este nuevo paso en el proceso de transformaciones del Derecho de Familias no traería el más mínimo perjuicio a esta emblemática institución.

#### 4.2.2.2 DOCTRINA

En “Constitucionalización del Derecho de Familia(s). El caso chileno: las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social”<sup>280</sup>, el profesor Mauricio Tapia nos explica el contexto típico en materia de transformaciones del Derecho de Familias, a fin de que sea beneficioso a nivel social: “En cuestiones vinculadas a las relaciones de familia el debate público acerca de la función del derecho está impregnado de concepciones morales. Por esta razón, las modificaciones efectuadas son progresivas y responden casi siempre a soluciones de compromiso o transacciones entre las diversas posiciones.

En realidad, como ha sostenido Jean Carbonnier, lejos de la vanguardia o la reacción, la posición ideal del legislador sería de una prudente y reflexiva observación de los cambios sociales: ‘la ley debe acompañar el cambio de la sociedad, sin precipitarlo ni tratar de frenarlo’...

La cuestión que debe destacarse es que las modificaciones legales reemplazaron progresivamente esa visión unívoca y normativa de la familia del *Código Civil*, por una regulación que no busca establecer un modelo de relaciones familiares, sino que pretende abrir espacios para diferentes proyectos de vida y convicciones morales”<sup>281</sup>.

---

<sup>280</sup> TAPIA R., MAURICIO. 2007. Constitucionalización del Derecho de Familia(s). El caso chileno: las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social. Revista Chilena de Derecho Privado 8: 155-190.

<sup>281</sup> *Ibíd.* Pp. 167-168.

El profesor Tapia, de manera muy lúcida, nos ilustra en torno al hecho de que una institución social recogida por el Derecho no debe necesariamente entenderse destruida (a pesar de que los sectores conservadores siempre resistirán los cambios) por las modificaciones que se efectúen a la normativa involucrada.

En tal tenor, el Derecho ha de acompañar a las transformaciones sociales y plasmarlas en el ordenamiento jurídico. Más aún en nuestros tiempos, cuando el modelo de familia decimonónica del Código Civil original ha sido superado, y cuando el Derecho y la sociedad van configurando a la familia no como algo inmutable, sino como una realidad social que puede abarcar distintos modelos y proyectos morales, generalmente virtuosos para la felicidad de las personas.

En “Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas”, Tapia abunda en el tema: “La evolución de las costumbres condujo a una progresiva obsolescencia de este modelo único de familia que reconocía el Código Civil...

Finalmente, en una sociedad progresivamente democrática y tolerante, tales fenómenos sociológicos coexisten en grados diferentes y con una pluralidad de concepciones morales o religiosas acerca de las relaciones de familia”<sup>282</sup>.

Cerramos esta revisión con las breves pero reveladoras palabras de María Ester Torres (“Uniones de hecho entre personas del mismo sexo. Regulación jurídica”): “nuestro Derecho de Familia ha visto en su transformación una larga

---

<sup>282</sup> TAPIA R., MAURICIO. 2005. Op. cit. Pp. 103-104.

serie de dificultades provenientes de las diversas concepciones morales que existen acerca del tema en estudio, algunas de las cuales pertenecen a sectores ideológicos dominantes, es decir, detentadores de poder político, económico y social<sup>283</sup>.

En suma, podemos concluir que las transformaciones recientes que ha experimentado el Derecho de Familias chileno, lejos de pretender desdibujar a la familia, la han conducido por caminos de tolerancia, pluralismo, protección de los derechos de sus integrantes y valoración de los DD.HH.

Por mucho que hayan voces apocalípticas pregonando la destrucción de la familia, lo cierto es que han transcurrido variadas reformas y ni la familia ha muerto, ni los niños han sido deformados, ni la sociedad ha caído en decadencia. Por ello, ante los nuevos desafíos, no cabe sino promover el continuo progreso en materia de la finalidad y el deber ser de la familia, la convivencia en el núcleo más básico de nuestra sociedad en pos del desarrollo integral y la felicidad del ser humano, abriendo la institución del matrimonio a las parejas conformadas por personas del mismo sexo.

---

<sup>283</sup> TORRES H., MARÍA ESTER. Op. cit. P. 42.



## **4.3 TELEOLOGÍA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA FRENTE A LA DEMANDA DE MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO**

### **4.3.1 POSICIONES CERCANAS AL TRADICIONALISMO**

#### **4.3.1.1 RAZONAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**

Iniciamos este análisis con la relativización de la garantía de igualdad constitucional que efectúa el ministro Raúl Bertelsen. Afirmar, en el considerando 3° de su voto: “...la igualdad ante la ley no exige un trato uniforme a todas las personas, sino que permite a la ley dar un trato diverso a las mismas cuando existe un hecho diferenciador relevante entre distintas personas, apto y proporcionado para la diferencia jurídica que se extraiga”<sup>284</sup>.

En igual línea se manifiestan los ministros Venegas, Navarro y Aróstica, en el considerando 8° de su voto<sup>285</sup>, sustentados además por una resolución del

---

<sup>284</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Op. cit. Voto particular concurrente de Raúl Bertelsen R. Considerando 3°.

<sup>285</sup> *Ibíd.* Voto particular concurrente de Marcelo Venegas P., Enrique Navarro B. e Iván Aróstica M. Considerando 8°.

Tribunal Constitucional Francés<sup>286</sup>, detallada en el considerando 11°. Los ministros, en este considerando, profundizan tal idea: “...el artículo 102 del Código Civil...está inmerso en la regulación de una realidad enteramente diferente a la que conforman las parejas homosexuales”<sup>287</sup>.

Tal como se vio anteriormente, esta relativización proviene no de la letra de la Constitución, ni siquiera de una ley interpretativa de la misma (que entraría a formar parte de su jerarquía), sino de la jurisprudencia previa del mismo Tribunal Constitucional. Ponderando esto, es difícil concederle una fuerza decisoria así de tajante a dicho argumento, pues oponemos la letra (abierta a la evolución del concepto) de la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico a la interpretación jurisprudencial de un momento determinado, haciendo primar – a modo de condicionante– a esta última.

No parece que el fin de la Constitución haya sido establecer tal limitación. De lo contrario, lo habría expresado, pues correspondería al principio general y no a una regulación específica, por lo cual no habría desnaturalizado en nada la misión normativa de una Constitución.

No obstante, aunque se aceptara esta opinión como válida, necesariamente debiera existir, a fin de ser operativa, un “hecho diferenciador relevante”. ¿Cuál sería éste? La condición sexual de las personas, fuente generadora de relaciones

---

<sup>286</sup> *Ibíd.* Voto particular concurrente de Marcelo Venegas P., Enrique Navarro B. e Iván Aróstica M. Considerando 11°.

<sup>287</sup> *Ibíd.*

hetero u homosexuales. Junto con descartar, como ya se hizo en capítulos pasados, que se trate de una circunstancia importante (se trata de parejas y fuentes de familia, al fin y al cabo), cabe preguntarse si el espíritu y la finalidad con que se consagró la igualdad constitucional admitiría dicha discriminación en el trato. Pareciera que no.

Además, en el considerando 6<sup>o</sup><sup>288</sup>, Bertelsen establece una relación directa (como ya hemos visto con anterioridad) entre familia, matrimonio y procreación, por lo cual la protección constitucional de la familia y la afirmación, por parte de la LMC, de que “el matrimonio es la base principal de la familia”, sustentarían que la familia que busca proteger la Constitución naturalmente es una que comprende exclusivamente al matrimonio heterosexual, dada su facultad procreativa.

Algo similar hace la ministra Peña en el considerando 3<sup>o</sup> de su voto: “Que el matrimonio entre un hombre y una mujer constituye base esencial de la familia amparada por la Constitución, porque muchas de las funciones atribuidas a ésta se relacionan con los fines que el legislador del Código Civil asigna al matrimonio, pero particularmente, con la de procrear.”<sup>289</sup>.

Sin embargo, se observa claramente que aquí se intenta mezclar una supuesta correspondencia sistemática –descartada en el capítulo pasado– con un fin

---

<sup>288</sup> *Ibíd.* Voto particular concurrente de Raúl Bertelsen R. Considerando 6<sup>o</sup>.

<sup>289</sup> *Ibíd.* Voto particular concurrente de Marisol Peña T. Considerando 3<sup>o</sup>.

constitucional de la protección de la familia, efectuada de manera voluntarista y poco rigurosa.

Los ministros Fernández, Carmona, Viera-Gallo y García entienden que, en virtud de la Constitución, el Estado debe proteger a todos los tipos de familia, pero por esta pluralidad entienden que no se incumple la finalidad de protegerla al negar a las parejas homosexuales la posibilidad de contraer matrimonio. Plantean, en el considerando 22° de su voto: “...existiendo diversos modelos de familia protegidos por la Constitución y considerando que el matrimonio no es la única forma de conformar una familia, no hay, entonces, razones para sostener que se afecta el deber del Estado de proteger a la familia si la ley restringe el matrimonio sólo a personas de sexos diferentes”<sup>290</sup>.

Coincidimos con los ministros en lo relativo a la protección constitucional de la multiplicidad de modelos familiares, mas lo que no se comprende es que una de estas formas escape al necesario principio de igualdad constitucional. El principio de igualdad permea el acceso a todas las instituciones civiles más relevantes, y no puede estar ausente de la forma de familia quizá más emblemática, como lo es la matrimonial. La igualdad no se plantea un fin relativo, sino universal.

---

<sup>290</sup> Ibíd. Voto particular concurrente de Francisco Fernández F., Carlos Carmona S., José Antonio Viera-Gallo Q. y Gonzalo García P. Considerando 22°.

#### **4.3.1.2 RAZONAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA**

Es necesario detenernos en un planteamiento que efectúa, en su voto particular discrepante, el ministro del TCE Ramón Rodríguez Arribas, quien se muestra crítico de la forma en que se han llevado a cabo los cambios institucionales respecto al matrimonio y la familia, plasmados en la Constitución y las leyes españolas.

En el considerando 3º de su voto, nos dice: “Por el contrario, entiendo que el núcleo, la imagen maestra, de una garantía institucional no puede someterse a los avatares de la cultura jurídica a lo largo del tiempo. Precisamente para evitar que el legislador ordinario, atendiendo al supuesto clamor de la calle, las estadísticas y los estudios de opinión, puedan vulnerar la Constitución, se crearon los Tribunales Constitucionales. De otro lado resulta muy peligroso sentar el principio de que las normas pueden no decir lo que dicen, sino lo que se quiere que digan...la realidad sociológica, contrastable en la calle, no es la de aceptación, sino la de indiferencia...”<sup>291</sup>.

El ministro Rodríguez se acerca peligrosamente a una concepción pétrea del Derecho, en base a la cual ni siquiera el clamor popular más profundo y

---

<sup>291</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Op. cit. Voto particular discrepante de Ramón Rodríguez A. Considerando 3º.

arraigado podría modificar la forma en que se entiende el texto constitucional. ¿A quién se debe el derecho entonces, si no es a la sociedad misma?

No parece conducente el ejercicio disociador entre institucionalidad y política. Los poderes del Estado se deben a la comunidad que los dotó de legitimidad. El Pueblo es el soberano. El desprecio por los cambios sociales plasmados en el Derecho conlleva los riesgos de inmutabilidad de las instituciones y falta de cumplimiento de los preceptos más fundamentales del sistema jurídico, cuya comprensión varía con el paso del tiempo; lo cual no se condice con una sociedad y una humanidad que evolucionará continuamente durante toda su existencia. Además, Rodríguez pareciera desconocer la inmensa movilización social y presión ciudadana de los grupos afectados y de las instituciones de DD.HH. en pos del matrimonio igualitario en la nación ibérica, lo cual no se puede conceptualizar precisamente como “indiferencia”.

### 4.3.1.3 DOCTRINA

Iniciamos con la opinión de don Eduardo Soto Kloss (“La Familia en la Constitución Política”), de cuyas palabras se concluye, en función de la inspiración a la que obedece la CPR, que la protección de la familia no incluye la protección del acceso al matrimonio por parte de parejas constituidas por personas del mismo sexo: “La primera conclusión que es forzoso deducir del cúmulo de antecedentes de la Constitución y de su formulación referente a la familia, es que toda la estructura institucional se inspira y descansa en la concepción humanista-cristiana del hombre y de la sociedad”<sup>292</sup>.

¿En qué se basa el autor para afirmar tal cosa? En las menciones al “Creador” y a la “tradición cristiana” de la sociedad, contenidas en el documento “Proposiciones e ideas precisas”, elaborado por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución como matriz ideológica de la Carta Fundamental vigente<sup>293</sup>.

No obstante ello, dicha prevención no se encuentra en la letra de la Constitución, y los puntos de vista de los integrantes de la Comisión de Estudios para una Nueva Constitución no tienen valor normativo, sino sólo doctrinario, aunque se pretendieren portadores de la dogmática constitucional. El ejercicio “originalista” de interpretación constitucional suele llevar a la inmutabilidad

---

<sup>292</sup> SOTO K., EDUARDO. Op. cit. P. 224.

<sup>293</sup> *Ibíd.* P. 223.

normativa, a un estancamiento permanente en el entendimiento de las normas, colisionando con la constante evolución de las sociedades. Resulta difícil imaginar que la finalidad de la norma fundamental de un Estado laico, pluralista y democrático sea la de preservar una estructuración jurídica de orden socio-religioso.

Similar línea, entendiendo a la protección familiar constitucional como la protección de un modelo dogmático católico de familia, sigue Varela del Solar (“Estudio sobre el artículo 1° de la Constitución de 1980”), quien incluso llega a afirmar que “legislar acerca de la familia le compete al orden espiritual...”<sup>294</sup>.

Además, está lo expresado por Fernando Jiménez Larraín (“El concepto de familia en la Constitución Política de Chile”), en torno a concebir a la familia cristiana (específicamente católica) como “la” familia constitucional<sup>295</sup>, estableciendo una relación directa con las finalidades de la familia (condicionando, de paso, la protección constitucional que se le otorga): “...posturas doctrinarias que...se han ido adoptando por algunos organismos de carácter social destinados a propiciar la existencia de la familia como expresión de cualquiera unión entre un hombre y una mujer, e incluso entre dos personas del mismo sexo.

Se está pretendiendo aplicar el significado de familia a otras realidades sociales ajenas a la naturaleza propia de una familia correspondiente a su significado natural y obvio...

---

<sup>294</sup> VARELA DEL SOLAR, JORGE. Op. cit. P. 393.

<sup>295</sup> JIMÉNEZ L., FERNANDO. Op. cit. Pp. 154-157.

La familia, como expresión de una realidad social presenta características que permiten descubrir las finalidades perseguidas. En primer lugar, tiene una finalidad natural destinada a vincular al hombre y a la mujer con el fin de conservar la especie humana.<sup>296</sup>

Varias cosas acerca de la igualdad y la no discriminación arbitraria, y cuál es la forma correcta en que debe entenderse, expresa el profesor José Luis Cea (“Derecho Constitucional Chileno”). Alude, en primer lugar, a la opinión del profesor Alejandro Silva Bascuñán en el marco de la CENC, quien hacía referencia al concepto de “isonomía justa” o “no discriminación o diferenciación arbitraria” de la siguiente manera (según la síntesis): “Cree que al expresarse que no se podrá autorizar ninguna discriminación arbitraria, se está prohibiendo tratar en forma diferente situaciones idénticas o tratar en la misma forma situaciones diferentes, porque se trata, precisamente, de la discriminación arbitraria. (...)”<sup>297</sup>.

Continúa Cea: “Las Constituciones articulan el principio de isonomía y el legislador debe eliminar –porque existen de facto– las diferencias establecidas sobre la base de la raza, sexo, estirpe, edad, condición económica, posición social y credo religioso, por ejemplo”<sup>298</sup>.

Transitando hacia una evolución del concepto, ahora hacia la llamada “igualdad justa”, nos plantea que “la igualdad justa reclama, con idéntico vigor,

---

<sup>296</sup> *Ibíd.*

<sup>297</sup> CEA E., JOSÉ LUIS. *Op. cit.* P. 128.

<sup>298</sup> *Ibíd.* P. 130.

que se hagan diferencias para que exista justicia, como también que se formulen igualaciones o equiparaciones para que desaparezcan, en la mayor medida posible, las diferencias ilegítimas”<sup>299</sup>. Prosigue: “El concepto de igualdad justa deja de relieve que...hay que tratar de igual manera, o con idénticos resultados, a quienes son iguales, y de manera distinta a quienes son desiguales... La igualdad exige realizar diferencias, pero también nivelaciones o equiparaciones que supriman, reduzcan o alivien esas disimilitudes cuando son impuestas, esto es, si constituyen discriminaciones o distinciones arbitrarias”<sup>300</sup>.

También se detiene en el dilema interpretativo de la igualdad constitucional: “La igualdad, para que sea bien entendida y concretada, presupone una hermenéutica convencida de la necesidad de que llegue a ser justa. No basta lo que digan los artículos de la Constitución y las leyes, puesto que es necesario, además, que la interpretación y aplicación de esas normas sean hechas con sujeción a la justicia. Es esta disposición del intérprete la que lleva, en definitiva, a la equidad”<sup>301</sup>.

Cabe destacar que el profesor Cea, a diferencia de algunos ministros del TC, se haya basado en una interpretación fiel del concepto “discriminación arbitraria” en términos normativo-constitucionales, en lugar de otorgarle excesivo valor decisorio a la jurisprudencia.

---

<sup>299</sup> *Ibíd.* P. 131.

<sup>300</sup> *Ibíd.* P. 132.

<sup>301</sup> *Ibíd.* P. 134.

En lo correcto está el autor en el sentido de entender a la discriminación arbitraria como ilegítima, al contrario de las diferenciaciones que tienen sentido en virtud de las diferentes situaciones que las justifican. Ahora bien, cabe preguntarse, como ya hemos hecho con antelación: ¿representan efectivamente realidades distintas las parejas homosexuales en relación a las de índole heterosexual? Pareciera que no. Y, en segundo lugar, ¿no es acaso la condición sexual parte de la realidad del sexo de una persona?

Si entendemos que la condición sexual forma parte del sexo de una persona, el limitar el acceso a una institución familiar (el matrimonio) en virtud de la naturalidad con que se forman las parejas humanas de acuerdo a la condición sexual de las personas, justamente se está incurriendo en la vulneración de la igualdad con base en uno de sus criterios más elementales: el sexo de la persona. La Constitución enaltece la igualdad para justamente corregir estas diferenciaciones arbitrarias.

Más aún si utilizamos un concepto que el mismo profesor Cea nos entrega, cual es el de la interpretación con sujeción a la justicia. ¿Es justo que una persona se vea impedida de conformar familia y acceder al matrimonio en virtud de su condición sexual, aunque no sea un criterio especificado literalmente? Todo indica que no.

Sobre la protección a la familia, Cea entiende, al igual que otros autores de la línea tradicionalista y conservadora, que la Constitución se sustenta

fundamentalmente en la concepción cristiana de la misma, cuestión a la que ya nos referimos.

Siguiendo con Cea, tenemos que en “Tratado de la Constitución de 1980”<sup>302</sup> plantea algo que no deja de llamar la atención: “La Democracia Social presupone el respeto de los derechos humanos tradicionales. Encuéntrense ellos declarados en la actual Constitución, por ejemplo, en cuanto a la igualdad ante la ley con la prohibición de diferencias arbitrarias... Pero la Democracia Social pretende hacerlos más efectivos, dándoles una base y contenido material. Así, no hay posibilidades de actualizar la igualdad y libertad si las respectivas proclamaciones formales no van acompañadas de condiciones existenciales que las hagan realidad”<sup>303</sup>.

Lo descrito es juicioso y razonable, pues en el tiempo de dictación de la Constitución probablemente la homosexualidad –considerando particularmente el complejo momento histórico-político que atravesaba Chile– no era un tema de discusión relevante, mucho menos a la hora de hablar de matrimonio y de familia. Recordemos que los países más vanguardistas en el tema no comenzaron el camino las transformaciones a este respecto sino varios años más tarde.

No obstante, detengámonos en las llamadas “condiciones existenciales” que harían posible actualizar el concepto de igualdad. Pues bien, esas condiciones ya existen, dada la cada vez más amplia aceptación social del matrimonio

---

<sup>302</sup> CEA E., JOSÉ LUIS. 1988. Tratado de la Constitución de 1980. Santiago, Jurídica de Chile. 402 p.

<sup>303</sup> *Ibíd.* P. 84.

igualitario, el abierto reconocimiento ciudadano del derecho a la no discriminación (con la dictación de una ley específica<sup>304</sup> inclusive) y la amplia difusión de la doctrina internacional de los Derechos Humanos. Se cumplen las condiciones requeridas para ampliar explícitamente aún más el concepto de igualdad y no discriminación contenido en la Constitución, y así ser más fieles a su espíritu y finalidad en el contexto de un Estado pluralista y democrático como Chile.

Una vez más, nos encontramos con la opinión del profesor Corral (“Matrimonio y Familia”)<sup>305</sup>, quien expresa: “Es cierto que la Constitución en los incs. 2° y 5° del art. 1 no se refiere explícitamente al matrimonio, y habla solamente de familia. Pero si se miran las actas de la Comisión de Estudios se observa que no hubo duda entre los que redactaron estos textos que con el vocablo familia estaban entendiendo aquella que se originaba en el matrimonio, aunque después se disolviera por muerte y divorcio... Algunos dirán que la intención de los constituyentes no impide efectuar una interpretación finalista de los textos y que concuerde con las circunstancias actuales. No nos oponemos enteramente a esta idea, pero creemos que tampoco puede descartarse el sentido que (a) las normas fundamentales les dieron los que elaboraron la constitución, porque en tal caso (ninguno) de los preceptos se libraría de una interpretación ‘evolucionista’”<sup>306</sup>.

---

<sup>304</sup> CHILE. Ministerio Secretaría General de Gobierno. 2012. Ley 20.609: Establece medidas contra la discriminación. 24 de julio de 2012.

<sup>305</sup> CORRAL T., HERNÁN. 2011. Matrimonio y familia. Societas, Revista de la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales 3: 123-129.

<sup>306</sup> *Ibíd.* P. 123.

Si bien lo matiza, el mensaje de Corral es bastante claro: nos plantea la dicotomía existente entre interpretación finalista e interpretación originalista, y se muestra partidario de la segunda, aunque sin descartar la validez de la primera, mas subestimándola, dándole una prioridad inferior. Honestamente, no parece deseable para la salud de una sociedad que evoluciona el condicionar la interpretación de sus instituciones al pensamiento parcializado de un pequeño grupo de personas cuyas reuniones se produjeron más de tres décadas atrás.

Es obvio que para Corral lo primordial, antes que el sentir de la sociedad respecto a la realidad en que se desenvuelve y las instituciones que le son conexas, es el pensamiento de la CENC, lo cual atenta contra el principio de que una Constitución debe ser la piedra angular de un ordenamiento jurídico que avanza en una sociedad democrática. Hay que evitar el “congelamiento del Derecho”.

Algunas páginas después, nos habla directamente de las finalidades de una familia: “Por eso el reconocimiento de la familia no es primordialmente sociológico o descriptivo, sino axiológico o valórico: es una institución que se necesita para una mejor realización de las personas y simultáneamente para la mantención, solidez e integración de la sociedad. Es un bien valioso que exista la familia para canalizar el amor esponsal y la transmisión de la vida, en todas sus dimensiones, no sólo física, sino moral, cultural y espiritual”<sup>307</sup>.

---

<sup>307</sup> *Ibíd.* P. 126.

Curiosamente, y en este aspecto, Corral puede ser útil para entender que a las personas de condición homosexual, que obviamente tenderán a emparejarse entre sí, no se les puede negar el acceso a las instituciones familiares, tan relevantes para la consecución de la felicidad humana.



## 4.3.2 POSICIONES CERCANAS AL REFORMISMO

### 4.3.2.1 RAZONAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE

En esta sección se comienza a recoger la constancia de los hechos y el razonamiento lógico que ayudará a comprender qué se protege genuinamente en nuestra Constitución, ligándolo directamente a con qué finalidad se hace, de acuerdo a un razonamiento progresista.

Comenzamos con la visión de los ministros Fernández, Carmona, Viera-Gallo y García, quienes a pesar de votar en contra de la inaplicabilidad, plantean varias cosas que es relevante destacar. Dicen en el considerando 14°: “...la Constitución tampoco define un modelo de familia”<sup>308</sup>, tras lo cual hacen referencia al deber del Estado de protegerla<sup>309</sup>. Mientras que en el considerando 15°, tras una lectura de los preceptos constitucionales involucrados, plantean claramente: “Ninguno de los dos preceptos se refiere a un solo tipo de familia de contornos bien determinados... La Constitución protege todos los tipos de familia”<sup>310</sup>.

---

<sup>308</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Op. cit. Voto particular concurrente de Francisco Fernández F., Carlos Carmona S., José Antonio Viera-Gallo Q. y Gonzalo García P. Considerando 14°.

<sup>309</sup> *Ibíd.*

<sup>310</sup> *Ibíd.* Voto particular concurrente de Francisco Fernández F., Carlos Carmona S., José Antonio Viera-Gallo Q. y Gonzalo García P. Considerando 15°.

Expresan, en el considerando 17°, con mucha claridad: “El concepto de familia que reconoce la Constitución trasciende al acuñado por el Código Civil... Las sociedades cambian y la familia siendo el núcleo basal de la misma, también evoluciona. La familia aparece universalmente como una realidad cotidiana cuyo significado, si bien resulta evidente, presenta características que varían en el espacio y en el tiempo. Ello, explica por ejemplo, por qué las normas civiles que la regulan han evolucionado frente a las exigencias constitucionales... De lo contrario, esas normas pueden quedar obsoletas o perder vigencia”<sup>311</sup>.

En base a lo recién dicho, es necesario formular la siguiente ecuación: el concepto de familia que entiende (o se dice que entiende) el Código Civil, fundado principalmente en todo lo concerniente al matrimonio y la filiación, es superado por el concepto deliberadamente abierto de la Constitución. Las normas civiles están siempre subordinadas a las garantías constitucionales. Si el concepto de familia a nivel constitucional cambia, dada la evolución de la sociedad, naturalmente las normas civiles relativas a dicha institución también lo harán. Tal proceso es permanente, y los nuevos cambios sociales indican que una pareja homosexual (con sus potenciales hijos) es considerada familia, lo que es fiel a la garantías de igualdad y no discriminación arbitraria contenidas en la CPR, y por ello es que las normas civiles deben transformarse para dar cabida a los conceptos constitucionales, que trascienden a los civiles.

---

<sup>311</sup> *Ibíd.* Voto particular concurrente de Francisco Fernández F., Carlos Carmona S., José Antonio Viera-Gallo Q. y Gonzalo García P. Considerando 17°.

En el considerando 18<sup>o</sup><sup>312</sup>, los ministros aluden al principio constitucional de “servicialidad”<sup>313</sup> (deber del Estado de crear las condiciones sociales para que las personas se realicen espiritual y material de la mejor manera posible, promoviendo además la integración armónica de los distintos sectores de la Nación). No cabe duda que poder desarrollar libre y respetuosamente la sexualidad es parte de la realización de cualquier persona, finalidad que el Estado estaría incumpliendo si imponen limitaciones arbitrarias al acceso a las instituciones familiares, teniendo en cuenta lo relevante que es la posibilidad de constituir una familia en la construcción de la felicidad de cualquier persona.

Profundizan sobre la igualdad en el considerando 24<sup>o</sup>: “Que la igualdad es un principio informador de todo el ordenamiento jurídico, en donde se ‘configuran principios y valores básicos de fuerza obligatoria que impregnan toda la Constitución de una finalidad humanista’... Por tanto, la igualdad constituye una presión permanente sobre el sistema legal y social; es un desafío constante por consagrar una mayor justicia material en un contexto social y cultural donde todavía subsisten desigualdades significativas...implica el derecho a no ser discriminado por razones de carácter subjetivo u otras que resulten relevantes, con el consiguiente mandato correlativo respecto de los órganos a autoridades estatales y los particulares de prohibición de discriminación...”<sup>314</sup>.

---

<sup>312</sup> *Ibíd.* Voto particular concurrente de Francisco Fernández F., Carlos Carmona S., José Antonio Viera-Gallo Q. y Gonzalo García P. Considerando 18<sup>o</sup>.

<sup>313</sup> CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. *Op. cit.* Artículo 1<sup>o</sup>, incisos 4<sup>o</sup> y 5<sup>o</sup>.

<sup>314</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. *Op. cit.* Voto particular concurrente de Francisco Fernández F., Carlos Carmona S., José Antonio Viera-Gallo Q. y Gonzalo García P. Considerando 24<sup>o</sup>.

Como bien dicen los ministros, la Constitución tiene una finalidad humanista, y según los DD.HH., el ser humano debe propender siempre hacia espacios cada vez mayores de libertad, dignidad, igualdad y respeto. Asimismo, la igualdad es una presión constante sobre el ordenamiento, y bien que así sea, pues es la manera adecuada de cautelar dicha garantía. ¿Se puede afirmar entonces que negar el matrimonio a una pareja homosexual sea cautelar dicha garantía?

La Constitución tiene como uno de sus fines cautelar la igualdad y la no discriminación arbitraria de las personas. En el considerando 27°, los ministros dicen que “debe tenerse en consideración que las categorías ‘sexo’ y ‘orientación sexual’ corresponden a las denominadas categorías sospechosas de discriminación que inciden en el juicio de razonabilidad. Cuando se recurre a ellas, se invierte la presunción de constitucionalidad de que goza el legislador en virtud del principio de deferencia, ya que pueden afectar a personas integrantes de colectivos minoritarios más vulnerables en razón de una trayectoria de discriminación”<sup>315</sup>.

Es incuestionable que las personas de condiciones sexuales distintas a la heterosexual han sufrido durante siglos el flagelo de la discriminación, la tristeza de la marginación, ridiculización e invisibilización; y peor aún, el horror de la persecución. Conforme dicen los ministros, aquí se invierte la presunción: no es necesariamente quien cuestiona la constitucionalidad de la norma civil impugnada el que debe comprobar acuciosamente el porqué de su acusación.

---

<sup>315</sup> *Ibíd.* Voto particular concurrente de Francisco Fernández F., Carlos Carmona S., José Antonio Viera-Gallo Q. y Gonzalo García P. Considerando 27°.

Más bien, sería el legislador (o quien corresponda) el que debiera asegurar fehacientemente que la norma no es discriminatoria.

¿Qué solidez puede tener la defensa de la exclusión normativa de las personas homosexuales, sólo por serlo (pues la realidad de la pareja y el deseo de institucionalizarla en pos de constituir familia son realidades ligadas directamente a la condición afectivo-sexual de una persona), para desmarcarse de la flagrante discriminación en que incurre?

El diagnóstico del considerando 28° es decisivo: “Cuando se excluye la proyección pública de una relación homosexual a través de los mecanismos que el legislador determine, se está sosteniendo, directa o indirectamente, que se trata de un tipo de relaciones de una calidad insuficiente, incapaz de dar origen a un conjunto claro de derechos y deberes. La omisión del legislador genera una situación de vulnerabilidad y grave desprotección para las uniones de personas del mismo sexo”<sup>316</sup>.

La anulación institucional de la proyección pública de una relación es una discriminación intolerable, ajena completamente a las finalidades humanistas de nuestra Constitución.

---

<sup>316</sup> *Ibíd.* Voto particular concurrente de Francisco Fernández F., Carlos Carmona S., José Antonio Viera-Gallo Q. y Gonzalo García P. Considerando 28°.

Como los principios y garantías constitucionales tienen fines claros y constituyen la máxima jerarquía en nuestro sistema normativo, corresponde que los poderes del Estado involucrados tomen cartas en el asunto, como los sugieren en el considerando 29°, cerrando esta línea argumental: “A los poderes colegisladores les compete resolver las cuestiones que atañen a los conflictos sociales y morales de nuestro tiempo, terminando con el déficit de regulación existente, y respetando las normas y principios constitucionales. En tal tarea el legislador deberá evitar toda forma de discriminación arbitraria o de menoscabo en la dignidad y derechos de las personas; incluso deberá procurar –como ha dicho el Tribunal Constitucional de Sudáfrica en un caso similar al *sub lite*– que el principio de ‘iguales pero separados’, que sirvió de fundamento al apartheid, no tenga aplicación en el Derecho de Familia en razón de la orientación sexual de los sujetos...”<sup>317</sup>.

Continuamos ahora con el parecer crítico del ministro Hernán Vodanovic, quien en el considerando 1° de su voto cita a la Corte Constitucional de Sudáfrica, la cual dirimió un asunto similar, adoptando el criterio evolutivo de los conceptos constitucionales, en pos de la fidelidad a sus fines: “...la Corte Constitucional de Sudáfrica...cuando invalidó la cláusula heterosexual del régimen matrimonial, pudo afirmar que ‘conforme cambian las condiciones de la humanidad y las ideas de la justicia y la igualdad evolucionan, los conceptos de los derechos también adquieren una nueva textura y significado. El horizonte de los derechos es ilimitado como lo son los deseos y las expectativas de la

---

<sup>317</sup> *Ibíd.* Voto particular concurrente de Francisco Fernández F., Carlos Carmona S., José Antonio Viera-Gallo Q. y Gonzalo García P. Considerando 29°.

humanidad. Lo que ayer era considerado como justo por el derecho, hoy es condenado como injusto”<sup>318</sup>.

Acierta al sostener que “no se trata, entonces, de indagar sólo la intención del Constituyente, sino de reconocer cuál es la orientación y sensibilidad que prevalece hoy día, cómo se resuelven las diferencias o conflictos de valores y principios en este momento y cuáles son los que ostentan preeminencia”<sup>319</sup>.

En ello se opone justamente a opiniones como las del profesor Corral, que sostienen que la intención de las personas que dieron cuerpo al Constituyente debe ser tomada en consideración por sobre la evolución de los conceptos constitucionales. Claramente Vodanovic se posiciona en la sociedad actual y se centra en descubrir cuáles son los fines de la CPR para la sociedad de hoy, además de sostener<sup>320</sup> que el análisis debe radicarse en la CPR de 1980, reformada en 2005, y en la concepción actual del matrimonio, sin condicionar la actualidad jurídica a interpretaciones anquilosadas en décadas pretéritas.

En el considerando 2°, Vodanovic intenta desnudar la realidad de los argumentos pro-estatismo, los cuales se sustentarían únicamente en la “intangibilidad de la familia”, mientras sus contradictores apuntarían hacia la

---

<sup>318</sup> *Ibíd.* Voto particular disidente de Hernán Vodanovic S. Considerando 1°.

<sup>319</sup> *Ibíd.*

<sup>320</sup> *Ibíd.*

defensa de la libertad, igualdad y dignidad de las personas, y en el conjunto de derechos de la personalidad<sup>321</sup>.

Pasamos ahora al considerando 3º, donde se hace cargo del tema de fondo, agudizándose la contradicción entre lo fallado y los valores y garantías constitucionales: “...la resolución del asunto pasa por la consideración de la homosexualidad...la regla jurídica es tan importante para afirmar positivamente esta distinción, como se ha hecho ya con la llamada raza, el género y la discapacidad.

En esta materia, subyacen prejuicios y motivaciones que no se explicitan, de antigua data. Por debajo de la argumentación lógica, se esconde una cierta idea de la homosexualidad, que sucesivamente la ha configurado como una deformación pervertida, una enfermedad o finalmente, un ‘desorden’ de la naturaleza. Por ello...se arremete incluso en contra del concepto ‘orientación sexual’ –de amplio reconocimiento en el derecho internacional de los derechos humanos–, atribuyéndole una ‘ambigüedad (que) ha derivado, en otras naciones, en una distorsión de la sexualidad y de las bases de la familia...’ (...declaración de las Iglesias Cristianas de Chile)<sup>322</sup>.

Sin ambages, se califica la homosexualidad como una ‘anomalía que consiste en la desviación de la atracción afectivo-sexual’, el resultado ‘de una evolución psico-sexual deficiente, donde la persona no alcanza su madurez psico-afectiva’; como una patología ‘curable’; y se proclama que se ha llegado a conclusiones alarmantes sobre el vínculo entre la actividad sexual y la pedofilia...

---

<sup>321</sup> *Ibíd.* Voto particular disidente de Hernán Vodanovic S. Considerando 2º.

<sup>322</sup> PRENSA CONFERENCIA EPISCOPAL DE CHILE. 2011. Inédito documento conjunto de las Iglesias cristianas en Chile. [En línea] <<http://noticias.iglesia.cl/noticia.php?id=15860>> [Consulta: 7 de diciembre de 2016].

...se considera como una posición errada y discriminatoria sujetar la homosexualidad a un trato moral distinto (positivo), ‘dado que cierra toda posibilidad de revertir la tendencia’. Se sostiene que ‘el derecho no debe proteger cualquier relación humana sino las que implican valores imprescindibles para la organización comunitaria’, negando al homosexual la libertad fundamental que caracteriza a la persona humana y que le confiere su particular dignidad.

Como puede verse, todo este razonamiento ofende la dignidad humana y asigna al sujeto de una orientación sexual diversa, un trato vejatorio”<sup>323</sup>.

Se puede decir que aquí está el origen de todo. Tal supuesta intención de proteger a la familia oculta básicamente una discriminación en función de la sola diferencia, pues se relaciona a las personas homosexuales con la pedofilia y quién sabe cuántos flagelos más. Se las considera enfermas, dotadas de una característica indeseable. Obviamente, todos estos “datos” no cuentan con el más mínimo asidero científico, correspondiendo simplemente a prejuicios y discriminaciones arbitrarias, disfrazadas de protección a la familia. El punto ni siquiera está ahora en la procreación, sino sencillamente en la supuesta deformación de la cual adolecería el sujeto homosexual.

Revelado el auténtico contenido de la oposición a integrar al homosexual, desenmascarada también queda la flagrante y escandalosa discriminación, que atenta contra cualquier principio de respeto por la dignidad e igualdad intrínsecas

---

<sup>323</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Op. cit. Voto particular disidente de Hernán Vodanovic S. Considerando 3°.

de las personas. ¿Qué elemento racional fundaría la oposición al matrimonio igualitario, entonces?

Siguiendo en esta línea, nos dice en el considerando 4° algo que a estas alturas luce evidente: “...se trata de un debate ideológico. Y la Constitución, como es obvio, expresa el sistema de valores hegemónico de cada época; el intérprete debe, pues, escoger o preferir la conclusión que concuerda con los principios esenciales protegidos por aquélla, tal cual éstos se perciben en el momento... Como toda discriminación, ésta es la consecuencia de una cierta estructura de poder, a la que sirve y sustenta”<sup>324</sup>.

¿Qué debió hacer, entonces, el Tribunal Constitucional? ¿Regirse por el pensamiento ideado por un grupo pequeño de personas designado por un régimen de facto y dictatorial hace más de tres décadas, o ceñirse a lo que la actual sociedad en un régimen democrático entiende por “igualdad” y “familia”, en tanto fines de la Carta Fundamental que los rige? La respuesta parece obvia.

Ante quienes plantean una reafirmación de la igualdad mediante la creación de figuras legales distintas al matrimonio para regular la unión de personas del mismo sexo, Vodanovic se muestra escéptico: “Por último, la regulación legal de las parejas del mismo sexo –ciertamente una mejoría en el maltrato social que les

---

<sup>324</sup> Ibíd. Voto particular disidente de Hernán Vodanovic S. Considerando 4°.

concierno– no borra la discriminación denunciada. Como se ha reiterado, ésta se produce por la exclusión del matrimonio”<sup>325</sup>.

En el considerando 7º, como ya hemos visto con anterioridad, el ministro disidente hace suyas las conclusiones del informe presentado por Libertades Públicas<sup>326</sup>:

En la primera de ellas se afirma, para iluminar el entendimiento y la finalidad de la protección constitucional de la familia: “Nuestra Constitución no recoge un concepto de matrimonio, limitándose a establecer un mandato amplio de protección a la familia, grupo intermedio que debe ser, a su vez, entendido en términos amplios, acorde con las funciones que desempeña en una sociedad pluralista y democrática como la chilena, cuya Constitución parte afirmando la igual dignidad de todas las personas”<sup>327</sup>.

La segunda conclusión dice que “nuestra Constitución reconoce una serie de derechos que exigen conferir un tratamiento igualitario a todas las personas y una interpretación inclusiva de las instituciones sociales, como el matrimonio”<sup>328</sup>.

---

<sup>325</sup> *Ibíd.* Voto particular disidente de Hernán Vodanovic S. Considerando 5º.

<sup>326</sup> LIBERTADES PÚBLICAS. *Op. cit.*

<sup>327</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. *Op. cit.* Voto particular disidente de Hernán Vodanovic S. Considerando 7º.

<sup>328</sup> *Ibíd.*

Fundamental resulta la quinta conclusión: “Privar a un grupo de personas de la posibilidad de acceder a la institución matrimonial importa negarles la dignidad que la propia Constitución les reconoce...implica desconocer toda dimensión pública a la relación construida por los miembros de la pareja desde el momento que se les niega la posibilidad de comprometerse públicamente ante sus semejantes, tratamiento discriminatorio en perjuicio de las parejas del mismo sexo que no cuenta con ninguna justificación razonable en una República Democrática que acepta la diversidad de formas de vida”<sup>329</sup>.

El corolario de la igualdad constitucional lo coloca la séptima conclusión: “... El Estado, cuando niega a las parejas del mismo sexo la posibilidad de participar en una de nuestras más gratificantes y preciadas instituciones comunitarias, está incurriendo en una exclusión que es incompatible con el respeto a la dignidad humana, la autonomía individual y la igualdad ante la ley, al tiempo que incumple con el mandato constitucional de protección a la familia, entendido en términos amplios. La demanda de las parejas del mismo sexo no persigue que se les confiera un tratamiento especial, sino simplemente poder participar de los beneficios de la vida en sociedad, accediendo a una institución considerada indispensable para el desarrollo de los propios planes de vida, como es el matrimonio. Por estas razones, el artículo 102 del Código Civil debe ser declarado inconstitucional”<sup>330</sup>.

---

<sup>329</sup> *Ibíd.*

<sup>330</sup> *Ibíd.*

#### **4.3.2.2 RAZONAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA**

En el considerando 9º de la sentencia, el TCE alude a las transformaciones sociales como catalizador de las transformaciones institucionales en lo relativo a los conceptos constitucionales: “Por otra parte, este Tribunal no puede permanecer ajeno a la realidad social y hoy existen datos cuantitativos contenidos en estadísticas oficiales, que confirman que en España existe una amplia aceptación del matrimonio entre parejas del mismo sexo, al tiempo que estas parejas han ejercitado su derecho a contraer matrimonio desde el año 2005...”<sup>331</sup>. Tras esta afirmación entran a revisarse las distintas encuestas y estudios que lo corroboran.

En el considerando 11º, explicita el respeto por la CPE que inspiró tal reforma legal: “El reconocimiento del derecho al matrimonio a todas las personas, independientemente de su orientación sexual, implica la posibilidad para cada individuo de contraer matrimonio con personas de su mismo sexo o de diferente sexo, de manera que ese ejercicio reconozca plenamente la orientación sexual de cada uno...las personas homosexuales gozan ahora de la opción, inexistente antes de la reforma legal, de contraer matrimonio con personas del mismo sexo, de tal modo que el respeto a su orientación sexual encuentra reflejo en el diseño de la institución matrimonial, y por tanto su derecho individual a contraer matrimonio integra también el respeto a la propia orientación sexual. De

---

<sup>331</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Op. cit. Fundamento jurídico 9.

este modo se da un paso en la garantía de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) que han de orientarse a la plena efectividad de los derechos fundamentales...<sup>332</sup>.

Durante toda su historia, el Derecho chileno ha tomado elementos del ordenamiento jurídico español, dada la común historia que los liga. Quizá éste sea el momento de uno de los pasos que más ennoblecerían dicha historia.

---

<sup>332</sup> *Ibíd.* Fundamento jurídico 11.

### 4.3.2.3 DOCTRINA

Útil es para comprender el concepto de igualdad en nuestra Constitución, lo expresado por Humberto Nogueira, Mario Verdugo y Emilio Pfeffer (“Derecho Constitucional”): “La ‘igualdad’ es un tercer valor de carácter fundamental que establece que todo ser humano no es superior ni inferior a cualquier otro; ninguna persona es más que cualquier otra persona en dignidad y en derechos, nadie puede ser discriminado. El valor igualdad cristaliza en el principio de no discriminación, es decir, el de no establecer diferencias en forma irracional, arbitraria o injusta.

La igualdad tiene dos dimensiones: la de eliminar toda discriminación o diferencia arbitraria y la de generar las intervenciones necesarias para corregir las desigualdades de hecho provocadas por situaciones de injusticia que derivan de la realidad social o de causas naturales...”<sup>333</sup>.

También hacen un aporte desde el punto de vista interpretativo: “Los valores son derecho directamente aplicable, pero más que aplicarse positivamente, lo que hacen es evitar, corregir, remover y eliminar las normas que los amenazan o transgreden.

La interpretación constitucional tiene que ser así antiformalista, flexible y finalista, como asimismo sistemática, intentando siempre la interpretación que

---

<sup>333</sup> VERDUGO M., MARIO; PFEFFER U., EMILIO y NOGUEIRA A., HUMBERTO. Op. cit. Pp. 110-111.

les da la mayor fuerza a los valores considerados armoniosa o sistemáticamente”<sup>334</sup>.

De las palabras de estos autores se desprenden fundamentalmente dos conclusiones: la primera es la urgente necesidad de corregir el contenido de los artículos 102 del CC y 80 de la LMC, que limitan el matrimonio a las parejas de un mismo sexo, por constituir una diferenciación arbitraria; sustentada en la segunda, que es la lógica interpretativa a la que adherimos, cuyo objetivo es ser leal a la finalidad del precepto constitucional, lo cual evidentemente depende de la comprensión social de una época determinada.

Atendemos ahora a las ideas propuestas en dos memorias de licenciatura de las que ya nos hemos servido anteriormente. En primer lugar, nos detendremos en lo expuesto por María Ester Torres (“Uniones de hecho entre personas del mismo sexo. Regulación jurídica”), quien primeramente efectúa una crítica al hecho de que las estructuras de poder determinen la actual marginación matrimonial de los homosexuales en la medida en que determinan el contenido y la forma de interpretación de las normas, a la vez que están conectados con estructuras conservadoras de poder que ejercen dominación desde hace muchísimos años en nuestro país, cristalizando ello en la situación de discriminación.

---

<sup>334</sup> *Ibíd.* P. 114.

Así lo plantea: “Para que el Estado Democrático de Derecho sea real es imprescindible que el contenido de las normas jurídicas se fundamente en los derechos humanos y que no representen los contenidos que les quieren otorgar los grupos que detentan diversas formas de poder. En tanto permitamos que el poder se encargue de señalar el contenido de las normas, no será posible que quienes han visto transgredidos sus derechos fundamentales durante años, como los homosexuales, logren ser reconocidos y no discriminados, puesto que, naturalmente, al poder le interesa que el orden normativo funcione sólo a favor de sus intereses, entre los que no se cuentan la apertura de espacios de libertad para el pleno desarrollo de todos los miembros de la sociedad, particularmente porque al poder le acomoda la lógica del dominio y, de esta manera, se logra mantener segregado y reprimido a un importante sector de la población, cuya orientación sexual no es aceptada por sectores conservadores, de moral católica rígida, en los que reside parte importante del poder político, económico y social de nuestra nación”<sup>335</sup>.

Entrando de lleno a la desigualdad y discriminación arbitraria que sufren las personas homosexuales, nos plantea que “...es claro que la situación actual en nuestra legislación de las parejas del mismo sexo, contrasta con lo dispuesto en nuestra propia Constitución, toda vez que, mientras los heterosexuales pueden optar libremente entre convivir con una persona de diferente sexo, o bien contraer matrimonio, las personas que quieren unirse afectivamente con personas de su mismo sexo, no tienen esta opción”<sup>336</sup>.

---

<sup>335</sup> TORRES H., MARÍA ESTER. Op. cit. Pp. 44-45.

<sup>336</sup> *Ibíd.* P. 126.

Torres toca un punto fundamental<sup>337</sup>, que en muchas ocasiones se encuentra ausente de esta discusión, al cual podemos brindar dos interpretaciones, aunque una responde más fielmente a la realidad material, mientras que la otra se queda únicamente en lo formal. ¿A qué nos referimos? A la pretensión, que data de 2005, de un grupo de parlamentarios eminentemente de derechas y cercanos a las corrientes más conservadoras de la Iglesia Católica chilena, que buscaba incluir una concepción exclusivamente heterosexual de matrimonio en el deber de protección de la familia a nivel constitucional. El proyecto de reforma constitucional fue rechazado<sup>338 339</sup>.

Este hecho admite dos interpretaciones. O bien se entendió que la regulación específica del matrimonio era una materia impropia de la Constitución, o se entendió que era una limitación inaceptable dado el avance de las posiciones igualitaristas, una suerte de candado que impedía las transformaciones posteriores cuando se entiende que estas serán socialmente inevitables. La segunda opción aparece como la más veraz.

Hay muchos autores (y miembros del TC) que han expresado de manera tajante que el concepto de familia contenido en la CPR no es otro que el basado en el matrimonio heterosexual. Cuando se rechaza una reforma constitucional, se está ejerciendo un poder constituyente derivado, y ese poder impidió que se

---

<sup>337</sup> *Ibíd.* Pp. 160-161.

<sup>338</sup> No logré hallar el referido proyecto de reforma constitucional tras buscarlo de varias maneras.

<sup>339</sup> A 1 de diciembre de 2016, se encuentra en la comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados de Chile, en primer trámite constitucional, un proyecto de reforma constitucional en el mismo sentido, ingresado el día 16 de junio de 2016. Ver en <[https://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=11200&prmBoletin=10764-07](https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11200&prmBoletin=10764-07)> [Consulta: 1 de diciembre de 2016].

consagrara una visión conservadora en torno a la familia de manera expresa en la CPR. ¿Qué quiere decir esto? Es claro: quiere decir que la Constitución entiende a la familia como un ente plural, oponiéndose a la idea de consagrar el matrimonio como una institución reservada exclusivamente a las parejas heterosexuales.

Como consecuencia directa, entendemos que el concepto de familia es dinámico y que la Constitución así lo entiende, una de cuyas formas sería la conformada por parejas compuestas por personas del mismo sexo.

En la misma línea de lo manifestado por el ministro Vodanovic se encuentra la memorista María Elena Varas (“Reconocimiento jurídico de las uniones...”), en orden a contrariar la objeción discriminatoria que se hace respecto de la homosexualidad. Específicamente se hace cargo de criticar el criterio de “objeción a una aprobación de la homosexualidad”, cual es una de las ideas matrices de quienes se oponen al matrimonio igualitario.

“...El reconocimiento de estas uniones constituiría un problema para quienes ven en ella una conducta anti natura, aberrante e inmoral que debería ser eliminada y desincentivada. Permitir el matrimonio en estas condiciones sería una señal de que el Estado considera que las relaciones homosexuales son aceptables, o incluso ‘buenas’...considerar la homosexualidad como anti natura y por lo tanto inmoral es un argumento que debe ser sustentado con razones de peso y no estimamos que ellos sean más que prejuicios carentes de un

fundamento sólido... Que las personas se sientan ofendidas por quienes tienen una orientación sexual distinta sólo refleja una intolerancia ante la diferencia...

Permitir que parejas del mismo sexo puedan contraer matrimonio sólo es el reflejo de un sistema tolerante, que acepta las diferencias de las personas y que concede todos los derechos que le son inherentes a los seres humanos sin distinción por motivos de orientación sexual”<sup>340</sup>.

Además, junto con denunciar la incompatibilidad de esta situación con los preceptos de la Constitución, sigue la línea que expresábamos con anterioridad respecto a considerar que la discriminación por condición sexual es fundamentalmente una discriminación en razón de sexo, totalmente arbitraria y contradictoria con la finalidad humanista de nuestra Carta Magna<sup>341</sup>.

Entramos ahora a un texto tremendamente relevante para entender el contenido y el concepto de lo que debemos entender por igualdad, desde una perspectiva progresista. Nos referimos a “La discusión del matrimonio entre personas del mismo sexo y tres conceptos de igualdad”, del autor William Eskridge<sup>342</sup>.

En esta publicación se innova al disociar tres conceptos de igualdad claramente distinguibles: el concepto de igualdad ‘formal’, el de igualdad ‘material’ y el de igualdad ‘transformadora’. Cada una de estas facetas forma

---

<sup>340</sup> VARAS V., MARÍA ELENA. Op. cit. Pp. 36-37.

<sup>341</sup> *Ibid.* Pp. 54-55.

<sup>342</sup> ESKRIDGE, WILLIAM. Op. cit.

parte de un solo concepto matriz (la igualdad), y dada su naturaleza finalista, estimamos que es éste el concepto que debe considerarse como constitucional.

La igualdad clásica vendría siendo la formal, devenida del liberalismo político moderno y que es la igualdad que hasta hoy todos entendemos. Así se refiere Eskridge a ella: “El significado más común de la aspiración igualitaria es ‘igualdad formal’: las cosas y las personas parecidas serán tratadas igualmente. El concepto es una característica básica del liberalismo político moderno... Bajo este concepto, el Estado no puede desfavorecer a gente debido a consideraciones irrelevantes, incluyendo el prejuicio y el razonamiento emocional de estereotipos. Una jurisprudencia de igualdad formal pone el foco y elimina las clasificaciones arbitrarias y típicamente obsoletas, que no sirven a ninguna meta social productiva y, especialmente, las que son socialmente disuasivas...”

Esta explicación de la igualdad formal ayuda (a) explicar por qué las lesbianas, los hombres homosexuales, bisexuales y transexuales insisten tanto en el matrimonio entre personas del mismo sexo y por qué el Estado liberal debería ir adelante con ello. En todas las sociedades occidentales, el matrimonio civil lleva consigo un montón de derechos legales y obligaciones que son importantes cuando gente entra en ‘sociedad’ con aquellos que aman...

No hay una razón neutral poderosa para negar estas obligaciones y ventajas a las parejas entre personas del mismo sexo...

Porque el matrimonio es tan rico en materia de otorgar derechos, la negativa del Estado para reconocer matrimonios entre personas del mismo sexo constituye la discriminación más penetrante por parte del Estado contra lesbianas, bisexuales y hombres homosexuales...

Así, el Estado tiene una obligación de tratar a las parejas entre personas del mismo sexo igual que a parejas entre personas de diferente sexo, como así también reconocer sus sociedades y matrimonios. La igualdad formal es un argumento de gran alcance para el matrimonio entre personas del mismo sexo y es la posición básica de la gente, como yo, que está a favor del reconocimiento del Estado de los matrimonios del mismo sexo...<sup>343</sup>.

Pero existe una segunda acepción de igualdad, aquella referida a la igualdad “reparadora” que, como su nombre lo indica, consiste en adoptar las medidas institucionales, jurídicas y de políticas públicas necesarias para corregir las situaciones de desigualdad existentes de facto a nivel social o institucionalmente mediante el actuar del Estado. Es una forma de tomar conciencia de que la reparación no es algo que nace desde un sentido de vanguardia jurídica-constitucional, sino como remedio a situaciones de desigualdad previas.

Nos dice Eskridge: “Los principios liberales de la justicia correctiva pueden apoyar la idea de la igualdad reparadora. Si el Estado ha ayudado a crear actitudes perjudiciales estigmatizando una raza entera, el Estado ha dañado no sólo al grupo histórico, sino a individuos actuales en un grupo cuyas oportunidades son limitadas por la persistencia de esas actitudes y por otras barreras institucionalmente vigentes...”

Esta idea tiene un papel para jugar en la discusión del matrimonio entre personas del mismo sexo. Incluso si la base primaria del caso para el matrimonio

---

<sup>343</sup> *Ibíd.* Pp. 211-214.

entre personas del mismo sexo se apoya en la igualdad formal, la igualdad reparadora también contribuye en algo al caso...

La idea de la igualdad reparadora es una manera útil de entender el argumento de la discriminación basada en el sexo para el matrimonio entre personas del mismo sexo...

Una respuesta a este dilema fue sugerida arriba: la discriminación basada en el sexo en el matrimonio impone papeles rígidos de género en hombres y mujeres, una política que sea el punto crítico y final de la jurisprudencia de la discriminación basada en el sexo. La idea de la igualdad reparadora profundiza esta respuesta”<sup>344</sup>.

Por último, tenemos un tercer concepto: el de la igualdad “transformadora”, que entiende al Derecho como un instrumento de progreso social, no únicamente como una herramienta que permite recoger institucionalmente los avances que la misma sociedad ha ido consolidando por sí misma. Vendría a ser una especie de vanguardia sociojurídica:

“La concepción ‘transformadora’ de la igualdad sostiene que, en ciertas circunstancias, la igualdad ofrece oportunidades para que el Estado moderno reflexione las prácticas pasadas y rediseñe instituciones de tal manera que sean mejores para la sociedad en su totalidad, y no sólo para el grupo previamente marginado...

---

<sup>344</sup> *Ibíd.* Pp. 214-217.

La igualdad transformadora está mayormente por teorías críticas pero también es apoyada por premisas liberales...

El matrimonio entre personas del mismo sexo es defendible como transformación productiva de la institución del matrimonio... El movimiento a favor del matrimonio entre personas del mismo sexo ha contribuido a una transformación en las opciones que el Estado puede ofrecer a las parejas entre personas de diferente sexo así como a las parejas entre personas del mismo sexo...<sup>345</sup>.

Como se ve, la igualdad transformadora no parte como una vanguardia desde la nada, sino que se adelanta a cambios sociales que seguramente ocurrirán de todos modos, acompañándolos. Al existir la conciencia en el Estado de que ese germen transformador está sustentado en la igualdad y la justicia, opera como un catalizador del proceso, lo cual es tremendamente importante en casos como el que inspira este estudio.

Así, estos tres tipos de igualdad no son opuestos unos con otros, sino perfectamente complementarios, y dada su utilidad en la construcción consciente de una sociedad más pluralista, más democrática y que proteja con mayor énfasis las garantías y derechos fundamentales de las personas, es el concepto auténtico tras la igualdad de nuestra Carta Magna en la actualidad. En base a ello, corresponde declarar inaplicable por inconstitucionalidad al artículo 102 del Código Civil, a fin de legitimar el matrimonio entre personas del mismo sexo.

---

<sup>345</sup> *Ibíd.* Pp. 217-219.

Por último, revisaremos los importantes e innovadores planteamientos del profesor Gabriel Hernández, contenidos en su obra “Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo: análisis a partir de la teoría del Estado Democrático de Derecho”<sup>346</sup>, a partir de los cuales podemos establecer una conexión directa entre las garantías constitucionales de igualdad y no discriminación, por un lado, y los principios de la ética pluralista y la teoría del Estado Democrático de Derecho, por el otro.

Tal como su nombre lo indica, la teoría del Estado Democrático de Derecho dice relación con una organización estatal que responda a los valores emanados de una Constitución Política elaborada con miras a una finalidad humanista, de ensanchar los espacios de libertad, de igualdad y de respeto por el pluralismo en la forma de vida de las personas, aplicando todos sus principios de partir de ese concepto.

Nos introduce a esto Hernández del siguiente modo: “En lo relativo a las relaciones de pareja, puede señalarse que existen muchas formas de vivirlas, pero no todas son, en un sentido ético, constitutivas de relaciones a través de las cuales se pueda vivir legítimamente la vida en pareja y la sexualidad en una sociedad democrática... En términos de moral, entonces, son muchas las posibles formas de vivir la vida en pareja que tienen lugar al interior de la sociedad, pero sólo algunas de ellas pueden ser catalogadas de éticas, en cuanto sólo algunas de ellas se acomodan a los valores que fundan la concepción ética que está (y debe estar) a la base de la teoría del estado democrático de derecho.

---

<sup>346</sup> HERNÁNDEZ P., GABRIEL. 2009. Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo: análisis a partir de la teoría del estado democrático de derecho. Santiago, Arcis. 217 p.

¿Será este el caso de las parejas formadas por personas del mismo sexo?...una ética de corte pluralista plantearía que sólo algunas formas de vida en pareja deben ser protegidas por el derecho, si bien con limitaciones”<sup>347</sup>.

Cuando se habla de que sólo algunas formas de vida en pareja y de sexualidad son aceptables en una sociedad democrática que respete los DD.HH., naturalmente se apunta a excluir (y sancionar<sup>348</sup>) a las relaciones de carácter pedófilo, no consentido, zoófilo, etc.; no a las relaciones entre personas con consentimiento sexual adoptadas de modo completamente libre y saludable.

Prosigue: “...una tercera posición al interior de las doctrinas generales atinentes a la ética busca rescatar los aspectos positivos del relativismo y del universalismo, y superar los negativos. Es la *ética pluralista* o *del pluralismo*. Esta posición busca combinar las intuiciones de que parten las éticas universalistas y relativistas; y a arribar a soluciones más acordes con la realidad social y la dignidad humana”<sup>349</sup>.

Esto quiere decir fundamentalmente que no podemos guiarnos, a la hora de entender nuestra Constitución y nuestras instituciones, por un prisma ético devenido de sólo una manera de observar el mundo, ni tampoco podemos validar cualquier cosa que pretendan hacer las personas.

---

<sup>347</sup> Ibíd. Pp. 30-32.

<sup>348</sup> CHILE. 1874. Código Penal. 12 de noviembre de 1874. Artículos 361-367 ter.

<sup>349</sup> HERNÁNDEZ P., GABRIEL. Op. cit. Pp. 34-35.

Continúa en este sentido: “...junto con la asunción social de una ética de índole pluralista, deben construirse mecanismos idóneos a los efectos de asegurar el pluralismo y descartar la imposición de ciertos valores sustentados sólo por determinados sectores sociales o sólo por determinadas concepciones culturales”<sup>350</sup>.

Es justamente esto lo que se reclama respecto de los valores contenidos en nuestra Constitución. Bajo la teoría de un Estado Democrático de Derecho, que apunta hacia una ética de carácter pluralista y respetuoso ante la dignidad del ser humano, no se puede permitir que las instituciones jurídicas se entiendan solamente desde una sola visión de mundo, como intenta el iusnaturalismo católico respecto del matrimonio y de la familia.

Hernández expone además el dilema del Derecho de Familias ante las concepciones actuales de mundo y ante el Estado bajo el cual vivimos en la actualidad, cuestionándose la inconsistencia cronológica entre uno y otro: “...la perspectiva que ha primado al interior del derecho de familia en ‘occidente’ ha sido una patriarcal y judeocristiana y, más específicamente, una católica, por lo menos en nuestro país...la ideología que ha logrado primar al interior de nuestro Derecho de Familia ha respondido a una determinada manera de concebir al Estado y al Derecho. La época en que entra en vigencia el Código Civil de Andrés Bello es una en que el tipo de Estado y sociedad y, por tanto, el tipo de Derecho vigentes son totalmente distintos del tipo de Estado y sociedad que se imponen en la actualidad...surge la pregunta acerca de si el tipo de estado que ha

---

<sup>350</sup> *Ibíd.* Pp. 36-37.

logrado consolidarse debe seguir contando con un Derecho de familia...basado en una visión de mundo como la señalada o es acaso que la concepción ética a la luz de la cual debe crearse (o decidir no crearse) e interpretarse el referido derecho debe ser reformulada...

...el tipo de Estado que rige en general en ‘occidente’ en la actualidad es el denominado ‘estado democrático de derecho’. Se trata de un tipo de Estado en que todas las dinámicas del poder político deben subordinarse a una Constitución Política que, a su vez, debe garantizar y promover los derechos fundamentales, así como respetar ciertos principios básicos (los de la democracia).

...en un estado democrático de derecho toda normativa jurídica debe crearse, decidir no crearse, interpretarse y aplicarse a la luz de los derechos fundamentales y de ciertos principios constitucionales básicos”<sup>351</sup>.

Si tenemos que el artículo 4° de la CPR plantea expresamente que “Chile es una república democrática”<sup>352</sup>, ¿no está acaso expresando la voluntad de regirse por los principios de la democracia? ¿No es acaso la democracia un sistema de organización política y social en virtud del cual las diversas formas de plantearse ante el mundo son respetadas y consideradas a la hora de determinar el contenido de las instituciones jurídicas que regularán la vida en sociedad? ¿No es esto sinónimo de pluralismo? ¿No están incluidos entonces, en el pluralismo, los conceptos de igualdad, de no discriminación y de protección de la familia?

---

<sup>351</sup> *Ibíd.* Pp. 41-46.

<sup>352</sup> CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Op. cit. Artículo 4°.

Ante los continuos cambios en el Derecho de Familia, el profesor nos dice que “resulta indudable que los cambios...encuentran explicación...en factores de índole económica, política, sociológica, religiosa, tecnológica, etc...

Ahora bien, ya que el estado democrático de derecho se sustenta en una serie de principios, necesariamente el derecho de familia debería responder a ellos, a objeto de darles operatividad, de manera de evitar que, como suele ocurrir, sólo se declaren, sin que se apliquen o cumplan mayormente”<sup>353</sup>.

Aplicada al Derecho, esta ética pluralista y diversa, en el marco de un Estado Democrático de Derecho, se traduce en el llamado “pluralismo jurídico”. Por ello, “tal clase de estado ha de responder en todas sus dinámicas a una ética pluralista, lo que implica respetar, proteger y promover la diversidad de formas de vida que quieran vivir sus ciudadanos, pero con ciertas limitaciones...no puede ser sólo una forma de vida la respetada, protegida y promovida (como postulan las éticas universalistas-sustancialistas, por ejemplo, en su cerrada y exclusiva defensa del matrimonio heterosexual)...”<sup>354</sup>.

Como guía para su decisión, el Tribunal Constitucional debió tomar conciencia de que “la doctrina constitucionalista contemporánea está conteste en que existen valores y principios que deben informar todas las dinámicas estatales...estos valores se resumen o reconducen básicamente a dos: igualdad y

---

<sup>353</sup> HERNÁNDEZ P., GABRIEL. Op. cit. Pp. 49-50.

<sup>354</sup> *Ibíd.* P. 53.

libertad. El respeto y promoción irrestrictos de ambos permite la consolidación de la democracia...”<sup>355</sup>.

Hernández se pregunta si la diferencia de sexos a la hora de contraer matrimonio viene a ser un requisito razonable. Se observa que las relaciones de pareja homosexuales cumplen con todos los requisitos de cualquier relación de pareja sana y que, como ya hemos visto antes, las objeciones al respecto vienen dadas por una posición absolutista fundamentalmente de la jerarquía y la élite eclesiásticas, en conflicto con cualquier ética democrática y pluralista. Así, “unión homosexual y unión heterosexual se distinguen desde el punto de vista de sus componentes (dos personas del mismo sexo), pero en ningún caso se diferencian desde el punto de vista de la relación... Quienes descartan la exigencia de la diversidad de sexo, agregan que la desprotección de este tipo de uniones atentaría contra variados principios constitucionales, básicamente, contra el de la igualdad, el de libertad de intimidad, el de libre desarrollo de la personalidad y el de respeto a la diversidad”<sup>356</sup>.

Apuntando hacia el cambio social en Chile, y sumado a las palabras que ya hemos revisado a este respecto en páginas anteriores, Hernández da cuenta de que “existen en Chile altísimos niveles de aceptación de la homosexualidad y de la posibilidad de legislar en favor de las uniones entre personas del mismo sexo. Entonces, ¿se encuentra o no preparada nuestra sociedad para dar este paso?”<sup>357</sup>.

---

<sup>355</sup> *Ibíd.* P. 57

<sup>356</sup> *Ibíd.* Pp. 92-95.

<sup>357</sup> *Ibíd.* P. 101.

Sólo como agregado, se puede decir que el derecho fundamental de las personas de condición homosexual de contraer matrimonio y formar una familia no puede pasar por encima de aspectos como el interés superior del niño o adolescente, en los casos de adopción o de ensamblaje familiar de un niño o adolescente que sea hijo de un padre o madre homosexual, proveniente de una relación heterosexual anterior. Estamos de acuerdo. Sin embargo, no existe ningún estudio serio que compruebe posibles consecuencias nocivas para un niño o adolescente respecto a su desarrollo y felicidad en el seno de una familia homoparental, salvo aquellas vinculadas a la discriminación de que podría ser objeto en determinados contextos. Siendo así, ¿cuál es el origen del problema? ¿La homoparentalidad en sí o la homofobia intrínseca a tal discriminación?

A una conclusión fundamental llega el autor en estudio: "...quienes opinan a favor del establecimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo señalan que la no protección implica un atentado a variados principios constitucionales y de derecho internacional de los derechos humanos. Así, se argumenta, en primer lugar, que una diferencia en el tratamiento implica un atentado al principio de igualdad, por cuanto se trata de manera diferente a dos realidades que pueden no diferir en nada en lo sustantivo, ya que ambas se basan en una convivencia afectivo-sexual y material; y, en segundo lugar, que una diferenciación como la señalada se opone al derecho al libre desarrollo de la personalidad, en cuanto se estaría impidiendo a las parejas gays que construyeran su proyecto de vida familiar en el marco de un matrimonio, siendo que ello no atenta en manera alguna contra los derechos humanos de otras personas.

...una convivencia entre personas del mismo sexo puede no diferir en nada sustantivo de una formada por personas de distinto sexo. ¿Por qué, entonces, negarle a las primeras el derecho a contraer nupcias?...”<sup>358</sup>.

El Derecho no puede ser un mecanismo castigador de las personas que históricamente ya han sufrido el peso de la discriminación: “el derecho no sólo castiga cuando expresamente impone una sanción, sino que también cuando no se le otorga protección a una forma de vida legítima en democracia. De este modo, ¿qué hace el Estado chileno, sino castigar a las parejas gays al no protegerlas?

...el Estado chileno no respeta la diversidad de formas de vivir las relaciones de pareja (y familiares) presentes en nuestra sociedad...la desprotección de ciertas relaciones de pareja y de familia sólo es aceptable en democracia en la medida que la respectiva forma de vida atente contra los derechos humanos. El Estado de Chile, al no fundar esta desprotección en una violación de los derechos humanos de algunos o de todos sus ciudadanos, infringe flagrantemente...su propia normativa interna (según la cual Chile es una república democrática, en que se debe respetar la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad)”<sup>359</sup>.

Más adelante, Hernández dice que una diferenciación en el trato sólo es legítima cuando reúne cuatro características: a) Aplicación objetiva, b)

---

<sup>358</sup> *Ibíd.* Pp. 115-116.

<sup>359</sup> *Ibíd.* P. 137.

justificación razonable, c) proporcionalidad entre la medida y la finalidad, y d) propósito legítimo<sup>360</sup>.

¿Es objetiva la diferenciación? Lo sería si obedeciera a criterios exclusivamente racionales, libres de cualquier fuente sujeta a interpretación diversa. El principal argumento que se ocupa es una supuesta organización y estructuración natural de la familia, roles de género preconcebidos y una validación previa de sólo cierta forma de ejercer la sexualidad. Nada de esto parece racional o libre de antojadizas interpretaciones subjetivas, por lo cual es menester descartarlo.

¿Es razonable? La única justificación razonable de una diferenciación ante el Derecho sería la que se basara en los derechos fundamentales. La única justificación que quizá podría plantearse sería una orientada hacia la protección de la familia. Pero, ¿cuál familia? Al parecer, una determinada exclusivamente por la visión conservadora católica. Esto no es razonable, lo cual se hace más evidente al percatarnos que se vulneran flagrantemente otros derechos fundamentales, como la igualdad y no discriminación, la dignidad humana o el libre desarrollo de la personalidad.

¿Es proporcional? Lo sería si la única forma de proteger una organización familiar heterosexual y matrimonial fuera una donde necesariamente se debe impedir la posibilidad de que los homosexuales contrajeran matrimonio entre sí.

---

<sup>360</sup> *Ibíd.* P. 158.

Y no se apegaría a la realidad afirmar que las uniones homosexuales impedirían de alguna forma el desarrollo de las uniones heterosexuales, por lo que es preciso descartar esta condicionante.

Finalmente, ¿obedece a un propósito legítimo? Legítimo sería un fin contenido en la Constitución, lo que suena paradójico, pues la marginación de las parejas homosexuales de la institución matrimonial lo que hace precisamente es vulnerar varios de los fines perseguidos por los derechos fundamentales en el marco de una sociedad democrática y pluralista.

Así, llegamos a la conclusión de que tal diferenciación violenta profundamente el espíritu, el deber ser y las finalidades que los valores de la igualdad, la no discriminación arbitraria y la protección de la familia persiguen.

Para finalizar, exponer una de las últimas reflexiones que realiza el profesor Gabriel Hernández: "...ante la única realidad familiar imperante a lo largo de muchas épocas, comienza a imponerse una nueva realidad: la del 'pluralismo' al interior del derecho de familia. Ahora ya no se trata de un derecho de 'familia', sino que de uno de 'familias'. Los principios clásicos inspiradores de las relaciones familiares (orden público, jerarquización al interior de las relaciones familiares y familia fundada en el matrimonio heterosexual, patriarcal e indisoluble) entran en una crisis radical, para ser reemplazados ahora por los de 'autonomía personal', 'igualdad' y 'pluralismo'. Se trata, en el fondo, del paso de un tipo de estado (el autoritario) a uno democrático de derecho, cuyos

principios rectores son, para estos efectos, precisamente, los de igualdad, autonomía personal (libre desarrollo de la personalidad) y pluralismo (respeto, a la diversidad de formas de vida).

En todo caso, el modelo arquetípico de familia no fue ni el único existente ni el aceptado por todos los sectores de la población, sino que sólo el molde impuesto por los sectores ideológicos dominantes”<sup>361</sup>.

Éste es justamente el fin de la garantía constitucional de protección y fortalecimiento de la familia en un sistema democrático: protección de los diversos modelos familiares y fortalecimiento de los mismos a través de su reconocimiento y cautela en la ley. Por esto, es difícil sostener que el art. 102 del CC sea perfectamente aplicable y constitucional, resultando aún más complejo comprender que la mayoría de los ministros del Tribunal Constitucional hayan llegado a tal conclusión.

En la misma línea se sitúa el profesor Augusto Quintana, quien en su artículo “Hacia una sociedad basada en los afectos”<sup>362</sup>, relaciona los principios constitucionales de protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad e igualdad y no discriminación arbitraria con el deber del Estado de propender a la mayor realización material y espiritual posible de los individuos. Esto, en un contexto según el cual el elemento central en la formación y desarrollo de las familias está determinado por los vínculos afectivos existentes entre sus miembros, independientemente de su condición sexual. Todo ello,

---

<sup>361</sup> *Ibíd.* Pp. 196-198.

<sup>362</sup> QUINTANA B., AUGUSTO. 2012. Hacia una sociedad basada en los afectos. Mensaje, Junio de 2012: 34-36.

unido al nuevo marco normativo dado por la reciente legislación antidiscriminación<sup>363</sup>. En conjunto, estos elementos desnudan la inverosimilitud de la postura de quienes esgrimen que una estructura institucional matrimonial puramente heterosexual no necesariamente atentaría contra los preceptos constitucionales chilenos.

Nos lo ilustra: “¿Qué tipo de sociedad es aquella en que las personas, para gozar de aceptación social, deben bloquear o reprimir sus afectos, o expresarlos a espaldas de la comunidad y de sus propias familias de origen?”<sup>364</sup>. Prosigue, poniendo en el centro a los afectos: “Nuestra Constitución, al erigir a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, ha querido enfatizar que son los lazos afectivos los que estructuran y vertebran las relaciones intersubjetivas. De ahí que esta ley, al declarar la interdicción de discriminaciones fundadas en la orientación sexual, es un primer paso y decisivo para abordar racionalmente la discusión acerca de las uniones entre personas de un mismo sexo, pues estas familias –al igual que las demás– son un núcleo afectivo constitucionalmente resguardado”<sup>365</sup>.

Resumen bien este punto al manifestar que “la sociedad...está fundada...en los lazos afectivos que unen a los millones de personas que participan de la convivencia social y, entre ellos, los lazos afectivos que construyen personas de

---

<sup>363</sup> CHILE. Ministerio Secretaría General de Gobierno. 2012. Op. cit.

<sup>364</sup> QUINTANA B., AUGUSTO. Op. cit. P. 35.

<sup>365</sup> *Ibíd.*

un mismo sexo... En lenguaje aristotélico, lo ‘justo’ constitucional, que posee un alcance general, merced a esta ley se torna adicionalmente ‘equitativo’<sup>366</sup>.

Más adelante, analizando a la par esta legislación contra la discriminación y el principio de igualdad y no discriminación arbitraria consagrado en la Constitución, se pregunta por los posibles conflictos entre preceptos de la norma fundamental, llegando a la conclusión de que “eventuales distinciones, exclusiones o restricciones sólo podrían justificarse en la medida en que se dispongan para dar tutela a otro derecho fundamental y en tanto ello sea estrictamente necesario para satisfacer esta última pretensión”<sup>367</sup>.

Podría uno preguntarse entonces: ¿La consagración del matrimonio igualitario ha impedido el ejercicio de algún derecho fundamental o legal en materia familiar (o cualquier otra) por parte de las personas y parejas heterosexuales? ¿Se ha visto lesionada la institución familiar como núcleo social primitivo en aquellos países donde la desigualdad mayoritariamente imperante a nivel global se ha corregido? La respuesta negativa al primer cuestionamiento es evidente. Para la segunda interrogante hay una respuesta aún más tranquilizadora, pues las naciones cuyas legislaciones contemplan la posibilidad de que dos personas del mismo sexo contraigan matrimonio han ampliado a la y las familias y a su esfera de protección, fortaleciéndolas en lugar de desnaturalizarlas.

---

<sup>366</sup> *Ibíd.*

<sup>367</sup> *Ibíd.*



## **4.4 TELEOLOGÍA DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS FRENTE A LA DEMANDA DE MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO**

### **4.4.1 POSICIONES CERCANAS AL TRADICIONALISMO**

#### **4.4.1.1 RAZONAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**

Comenzamos esta revisión y estudio finalista de los preceptos de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, aplicado a la demanda de apertura del matrimonio a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, con el parecer del ministro Raúl Bertelsen.

En el considerando 7° de su voto, el cual ya habíamos revisado en el capítulo 2, nos dice que la legislación chilena relativa a la definición de matrimonio se encuentra completamente conforme con lo dispuesto por los tratados internacionales de DD.HH., pues estos reservaban el derecho a contraer matrimonio al hombre y la mujer, entendiéndolo como al “hombre con la mujer”. A juicio del ministro, si el legislador internacional hubiese querido dejar completamente claro que este derecho abarcaba a parejas tanto hetero como

homosexuales, hubiese ocupado otra fórmula, similar a la usada en otras secciones de los tratados, como “toda persona” o “todo ser humano”<sup>368</sup>.

Más allá del análisis gramatical que ya efectuamos, y en el cual quedó demostrado que “hombres y mujeres” no puede entenderse como sinónimo de “hombres con mujeres”, lo que interesa es ver más allá, descubrir cuál es la trascendencia de este razonamiento, qué es lo que subyace a esta comprensión conceptual.

Los tratados internacionales de DD.HH. son demasiado importantes para las condiciones de vida y los derechos individuales y sociales de las personas alrededor del mundo como para tratarlos a la ligera. Dejarse guiar por una sinonimia pésimamente construida y por una interpretación originalista es precisamente eso, tomárselo a la ligera. Más aún cuando se le dedican tan pocas palabras a este tema en el voto.

Una interpretación originalista intenta indagar en la intención de las personas que configuraron el texto constitucional en el contexto en que lo hicieron. No obstante, esta interpretación se sustenta en la falta de debate, asumiendo que tal ausencia de discusión implicaría una aceptación de la regulación exclusivamente heterosexual del contrato matrimonial, por ser quizá la opinión preponderante en la doctrina y entre los miembros del poder político de la época. O algo más básico aún, por ser lo que la tradición dictaba.

---

<sup>368</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Op. cit. Voto particular concurrente de Raúl Bertelsen R. Considerando 7°.

Parece una falacia extraer conclusiones de donde no hubo discusiones. Puede que en la mente del legislador internacional haya estado presente la intención de restringir el matrimonio a su dimensión heterosexual, pero lo cierto es que jamás lo sabremos con precisión. Así las cosas, es poco riguroso extraer conclusiones de algo que no está planteado explícitamente como reglas a ser aplicadas en un contexto completamente distinto al que existía a la hora de consagrar el derecho.

El sentido de la norma es uno solo, y es justamente el que se expresa en la letra de los tratados: el derecho de hombres y mujeres, a fin de incluir a todos los miembros de la gran familia humana en este derecho, independientemente de la forma que adopte la institución matrimonial en la práctica, lo cual estará determinado fundamentalmente por la condición sexual de quienes contraen el vínculo. Esta sí es una sinonimia real, pues difícil sería decir que “hombres y mujeres” no es lo mismo que “toda persona” o “todo ser humano”, lo cual salta a la vista hasta de la observación menos docta.

¿Cuáles eran los fines, entonces, del legislador internacional? Básicamente dos: primero, declarar el derecho de contraer matrimonio como perteneciente a todas las personas (a partir de cierta edad); y segundo, conceptualizar de manera lo suficientemente abierta a la institución para que justamente no fuera presa de una interpretación deliberadamente limitada o excluyente. Los DD.HH. son precisamente eso: derechos “humanos”, o sea, inherentes a toda persona.

La ministra Marisol Peña nos plantea una línea alternativa, relativa a la “complementariedad sexual” existente entre hombre y mujer. Así lo indica en el considerando 5° de su voto: “...el carácter de derecho esencial del matrimonio no puede ser discutido, ni sociológica ni jurídicamente. Desde el primero de estos puntos de vista, porque el matrimonio permite al hombre y a la mujer la natural complementariedad de dos naturalezas diferentes en pro de la proyección del vínculo afectivo que lo genera, como también del logro de las funciones de la familia a que dicho matrimonio dará lugar”<sup>369</sup>.

Acto seguido<sup>370</sup>, Peña alude a la fórmula “el hombre y la mujer” u “hombres y mujeres”, existente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos. Claramente, para la ministra Peña, la finalidad de estos tratados, conforme con la interpretación gramatical de don Raúl Bertelsen, era consagrar esta complementariedad sexual, especialmente dada su aptitud procreativa, como condición esencial de un matrimonio, el cual a su vez es la matriz fundante de una familia. Se justifica en el hecho de que los tres tratados hablan de un derecho “a casarse y a fundar una familia” o de uno “a contraer matrimonio y a fundar una familia”, de manera casi consecencial en su redacción.

Pero merece cuestionamiento esta interpretación, puesto que jamás se consagra en dichos instrumentos a la procreación como un elemento fundamental del matrimonio. Asimismo, no puede entenderse, desde el momento en que

---

<sup>369</sup> *Ibíd.* Voto particular concurrente de Marisol Peña T. Considerando 5°.

<sup>370</sup> *Ibíd.*

existen tratados internacionales (como la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>371</sup>) que reconocen una pluralidad de modelos familiares, que el matrimonio sea condición para constituir una familia (aunque sí es una consecuencia lógica). De este modo, los derechos humanos de contraer matrimonio y fundar una familia constituyen garantías distintas, más allá de que el matrimonio efectivamente sea una de las varias formas de constituir familia.

Expresa Peña en el considerando 6° algo inquietante. Nos dice: “...el matrimonio entre un hombre y una mujer, además de ser una institución, constituye un derecho humano esencial, su configuración o regulación debe realizarse atendiendo a los valores o fines constitucionales...”<sup>372</sup>. Uno podría interpretar que la forma en que la ministra Peña entiende los valores y garantías consagradas en la CPR constituye un condicionante a la aplicación del contenido de los TIDH en nuestro país. Esta es una pretensión de dudosa rigurosidad, puesto que los TIDH, en virtud del artículo 5° de nuestra Constitución, forman parte material de la misma. Por ello, no puede pretenderse “acomodar” los preceptos internacionales de DD.HH. a una interpretación parcial de las disposiciones constitucionales.

Algunas posiciones ligadas a una comprensión tradicionalista de este asunto suelen sustentarse en la existencia de una pluralidad de formas de familia para argumentar que el impedimento de contraer matrimonio del que son objeto las parejas formadas por personas del mismo sexo no constituye un acto de

---

<sup>371</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Asamblea General. 1989. Convención sobre los Derechos del Niño. 20 de noviembre de 1989.

<sup>372</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Op. cit. Voto particular concurrente de Marisol Peña T. Considerando 6°.

discriminación arbitraria, pues no se les estaría privando de la posibilidad de formar una familia.

Pues bien, en esta línea se inscriben, como se observa en el considerando 3° de su voto, los ministros Fernández, Carmona, Viera-Gallo y García, valiéndose de resoluciones judiciales en el Derecho Comparado: “...este razonamiento coincide con lo resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Schalk and Kopf contra Austria, de junio de 2010; y con lo establecido por la Corte Constitucional de Colombia en julio del 2011. En ambos casos se señaló que el derecho a formar una familia es independiente del derecho a contraer matrimonio, y que la vida familiar se puede desarrollar fuera del ámbito matrimonial, por lo que el impedimento de contraer matrimonio para personas de igual sexo en sí mismo no vulnera el derecho a formar una familia”<sup>373</sup>.

Lo que plantean los ministros, al menos en parte, es muy cierto, y ya se ha dicho: el derecho humano a contraer matrimonio es una garantía distinta del derecho humano a formar una familia. En esto coincidimos plenamente. Sin embargo, no se puede desconocer que un matrimonio da lugar siempre a una familia, pues es el engranaje principal de una de sus modalidades (la familia matrimonial tradicional). No suena razonable ni conforme a la finalidad de las garantías estatuidas por los TIDH en orden a proteger a la familia, la igualdad, la no discriminación y el derecho a contraer matrimonio, impedir a las parejas homosexuales casarse por el solo hecho de que existan otras formas de familia.

---

<sup>373</sup> *Ibíd.* Voto particular concurrente de Francisco Fernández F., Carlos Carmona S., José Antonio Viera-Gallo Q. y Gonzalo García P. Considerando 3°.

Una interpretación humanista de los TIDH indicaría claramente que es la persona la que debe tener la opción de elegir el modelo familiar bajo el cual se sienta más cómoda, y no al revés. No puede la institución matrimonial marginar infundadamente a las parejas conformadas producto de una determinada condición sexual de su seno. Esto constituiría un flagrante acto de discriminación arbitraria, más aún si consideramos que ambos derechos en cuestión (casarse y fundar una familia) son en esencia distintos.

Es dudoso que, al consagrar la protección de la conformación de una familia, los TIDH deliberadamente reserven una forma específica de familia (la matrimonial) solamente para un determinado conjunto de parejas (las heterosexuales). Sería la antípoda misma de un derecho que por definición es universal.



#### 4.4.1.2 DOCTRINA

Fernando Jiménez Larraín (“El concepto de familia en la Constitución Política de Chile”), junto con esgrimir una defensa del concepto tradicional que supuestamente estaría contenido en la Constitución, plantea –sin proponérselo, desde luego– respecto a la familia, una situación que tendría sin duda consecuencias alarmantes en cuanto a la vulneración de los derechos de las personas homosexuales: “De las disposiciones constitucionales (refiriéndose a los TIDH como parte de la CPR) señaladas, resulta evidente la preocupación que el constituyente otorga a la familia. Al señalar que es el núcleo fundamental de la sociedad, nos está precisando que es el elemento primordial en una comunidad y en torno a ella van convergiendo los elementos sociales constitutivos para formar un todo social. Significa que la familia es la parte o punto central de la vida social y que como tal sólo podemos concebir a la sociedad como producto y consecuencia de ella”<sup>374</sup>.

¿Qué es lo alarmante?, podría alguien legítimamente preguntarse. Lo alarmante es que si consideramos que el matrimonio da lugar a una de las formas familiares más simbólicas, y prestamos atención a que sólo desde el núcleo básico familiar se podría participar adecuadamente de la vida social, tendríamos que a las personas homosexuales se les estaría privando de la posibilidad de formar parte “correctamente” de una vida social sana, lo cual sin duda no podría

---

<sup>374</sup> JIMÉNEZ L., FERNANDO. Op. cit. P. 148.

ser jamás el espíritu de un TIDH que forme parte de la Constitución de una república democrática.

Si hay algo que los distintos defensores –en la doctrina o la jurisprudencia– de la posición conservadora o tradicionalista tienen en común, es que asumen la preocupación de proteger a la familia, la igualdad y el derecho a contraer matrimonio. Sin embargo, postulan que los TIDH se han comprometido con un matrimonio únicamente heterosexual, a partir de interpretaciones llamadas “originalistas”, e incluso en algunos casos, que los mismos tratados reconocerían solamente al matrimonio como el motor generador de familia, excluyendo otras formas familiares. Desde luego, el matrimonio les estaría vedado a las parejas homosexuales. A partir de ahí, surge el cuestionamiento de cómo, genuinamente, se defenderían la igualdad, la no discriminación y la protección de la familia que las disposiciones de los TIDH tanto pregonan, y que desde luego –contrariamente a lo que piensa parte importante de la doctrina– ostentan un margen de comprensión y aplicación amplio (pues esa es la intención de los DD.HH.), erigirse como garantías universales independientemente de las características específicas de las personas, como por ejemplo la condición sexual, la cual no debiera ser obstáculo para acceder a derechos por definición universales: el matrimonio y la familia.

## 4.4.2 POSICIONES CERCANAS AL REFORMISMO

### 4.4.2.1 RAZONAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE

Pese a que los ministros Francisco Fernández, Carlos Carmona, José Antonio Viera-Gallo y Gonzalo García finalmente votaron en contra de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, generalmente sus razonamientos, como hemos visto a largo de este estudio, han adquirido diversos matices, no mostrándose tan absolutos como los de Bertelsen o Peña. Por ello, se pueden extraer varias observaciones relevantes a la hora de postular la sostenibilidad de la inaplicabilidad.

Así se muestra en el considerando 19° de su voto, cuando se refieren a los TIDH: “Los tratados internacionales sobre derechos humanos tampoco consagran un modelo único de familia. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha señalado que ‘...el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto...’...”<sup>375</sup>.

---

<sup>375</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Op. cit. Voto particular concurrente de Francisco Fernández F., Carlos Carmona S., José Antonio Viera-Gallo Q. y Gonzalo García P. Considerando 19°.

Si nos basamos en esto, llegaríamos a dos conclusiones: la primera es que la concepción de familia que exponen los TIDH es deliberadamente abierta, a fin de que sean la evolución social y el razonamiento humano los encargados de dotarla de contenido. La segunda sería preguntarse si la posibilidad de que dos personas homosexuales conformen una familia entre sí es aceptada por la sociedad chilena, al margen de la opinión de la doctrina jurídica.

Durante los últimos años, dada la concienciación respecto al tema desde un prisma de respeto por los DD.HH. y la igualdad en la dignidad de todas las personas, el cambio de actitud de una importante cantidad de actores públicos, el respaldo al germen del reconocimiento pleno desde la institucionalidad política y la activa manifestación social y ciudadana, se observa una tendencia de cada vez mayor aceptación no sólo de la homosexualidad como condición natural del ser humano, sino además de la posibilidad de que dos personas del mismo sexo contraigan matrimonio civil. Así lo reflejan diversas encuestas en el último tiempo<sup>376 377 378 379 380 381 382 383 384 385 386</sup>.

---

<sup>376</sup> EDITOR MOVILH. 2016. Encuesta: 59% respalda en Chile el matrimonio entre personas del mismo sexo. [En línea] <<http://www.movilh.cl/encuesta-59-respalda-en-chile-el-matrimonio-entre-personas-del-mismo-sexo/>> [Consulta: 1 de diciembre de 2016].

<sup>377</sup> ÁLVAREZ, R. 2015. Cadem: 60% está de acuerdo con el matrimonio homosexual. [En línea] La Tercera. 7 de septiembre de 2015. <<http://www.latercera.com/noticia/cadem-60-esta-de-acuerdo-con-el-matrimonio-homosexual/>> [Consulta: 1 de diciembre de 2016].

<sup>378</sup> LA NACIÓN. 2016. Cadem: 61% está de acuerdo con matrimonio homosexual, pero 55% rechaza adopción. [En línea] La Nación. 1 de febrero de 2016. <<http://www.lanacion.cl/noticias/pais/nacional/cadem-61-esta-de-acuerdo-con-matrimonio-homosexual-pero-55-rechaza/2016-02-01/102226.html>> [Consulta: 2 de diciembre de 2016].

<sup>379</sup> EMOL. 2014. Encuesta Injuv sobre Diversidad Sexual: 7 de cada 10 jóvenes está a favor del matrimonio igualitario. [En línea] Emol. 5 de septiembre de 2014. <<http://www.emol.com/noticias/nacional/2014/09/05/678776/encuesta-injuv-sobre-diversidad-sexual-7-de-cada-10-jovenes-esta-a-favor-del-matrimonio-igualitario.html>> [Consulta: 2 de diciembre de 2016].

<sup>380</sup> IGUALES. 2015. Aumenta aprobación de los/as chilenos/as al matrimonio igualitario. [En línea] <<https://www.iguales.cl/aumenta-aprobacion-de-losas-chilenos-al-matrimonio-igualitario/>> [Consulta: 2 de diciembre de 2016].

<sup>381</sup> ADPrensa. 2016. Movilh valora resultados encuesta bicentenario sobre (sic) matrimonio igualitario y anuncia Gay Parade para este sábado. [En línea] Adprensa. 18 de noviembre de 2016.

Siguiendo en la línea de la experiencia comparada –y criticando de paso el razonamiento de la jurisprudencia pertinente– se muestra el ministro Vodanovic en el considerando 6° de su voto, donde nos dice: “Los criterios limitados que se han expresado en sentencias del Consejo de Estado francés, Tribunal Europeo de Derechos Humanos o Tribunal Supremo de Alemania, que no han trascendido las posibilidades del reconocimiento jurídico de las uniones de hecho, se citan fuera del contexto cultural que los cobija, en sociedades donde la orientación sexual es un atributo, condición y bien reconocidos por la comunidad. Lo cierto es que el acceso de las parejas del mismo sexo a la institución matrimonial es una tendencia creciente en sociedades de alto desarrollo cultural, habiéndose consagrado ya en Bélgica, Holanda<sup>387</sup>, Canadá, España y Argentina y en diversos estados de Norteamérica<sup>388 389 390</sup>, así como en el Distrito Federal de México<sup>391</sup>

---

<<https://www.adprensa.cl/cronica/movilh-valora-resultados-encuesta-bicentenario-sobe-matrimonio-igualitario-y-anuncia-gay-parade-para-este-sabado/>> [Consulta: 2 de diciembre de 2016].

<sup>382</sup> ZAPATA, PABLO. 2013. Matrimonio Igualitario: Un tema de Derechos Humanos, no de mayorías ni de minorías. [En línea] El Dínamo. 27 de abril de 2013. <<http://www.eldinamo.cl/blog/matrimonio-igualitario-un-tema-de-derechos-humanos-no-de-mayorias-ni-de-minorias/#>> [Consulta: 20 de diciembre de 2012].

<sup>383</sup> UPI. 2012. Movilh aplaude mayoritaria aceptación del matrimonio homosexual según encuesta. [En línea] Terra. 29 de agosto de 2012. <<http://noticias.terra.cl/chile/movilh-aplaude-mayoritaria-aceptacion-del-matrimonio-homosexual-segun-encuesta,2fa39852b9479310VgnVCM3000009acceb0aRCRD.html>> [Consulta: 20 de diciembre de 2014].

<sup>384</sup> EDITOR MOVILH. 2013. Tres encuestas arrojan que el respaldo al matrimonio igualitario va en aumento en Chile. [En línea] <<http://www.movilh.cl/dos-encuestas-arrojan-que-el-respaldo-al-matrimonio-igualitario-va-en-aumento-en-chile/>> [Consulta: 20 de diciembre de 2014].

<sup>385</sup> COMUNICACIONES IGUALES. 2012. 54% de las personas encuestadas por Cooperativa – Imaginación apoyan el Matrimonio Igualitario. [En línea] <<http://www.iguales.cl/54-de-los-encuestads-por-cooperativa-imaginacion-apoyan-el-matrimonio-igualitario/>> [Consulta: 21 de diciembre de 2014].

<sup>386</sup> IMAGINACIÓN, COOPERATIVA y UNIVERSIDAD CENTRAL DE CHILE. 2013. Encuesta Cooperativa, Imaginación y Universidad Central. [En línea] Santiago. <<http://www.imaginacion.cl/wp-content/uploads/ENCUESTA16042013.pdf>> [Consulta: 21 de diciembre de 2014].

<sup>387</sup> Entiéndase hecha la referencia al Reino de los Países Bajos, salvo Aruba, Curaçao y Sint Maarten.

<sup>388</sup> Entiéndase hecha la referencia a los Estados Unidos de América.

<sup>389</sup> Actualmente, el matrimonio igualitario es reconocido en todo el territorio estadounidense.

<sup>390</sup> BASSETS, MARC. 2015. El Tribunal Supremo de EE.UU. legaliza el matrimonio gay. [En línea] El País. 27 de junio de 2015. <[http://internacional.elpais.com/internacional/2015/06/26/actualidad/1435327649\\_177772.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2015/06/26/actualidad/1435327649_177772.html)> [Consulta: 2 de diciembre de 2016].

<sup>391</sup> La referencia hecha al Distrito Federal debe entenderse realizada a la Ciudad de México.

<sup>392</sup>. Anteriormente el Tribunal Supremo de EE.UU. sentó las bases para legitimar el matrimonio entre parejas del mismo sexo cuando, en 1967 (en el caso Loving v. Virginia), anuló la prohibición de matrimonios interraciales, estimando el matrimonio como un derecho fundamental, y en 2003 (en el caso de Lawrence v. Texas), declaró la inconstitucionalidad de la calificación delictual de las relaciones homosexuales consentidas<sup>393</sup>.

A las palabras de Vodanovic, agregamos los casos de Sudáfrica<sup>394</sup>, Noruega<sup>395</sup>, Suecia<sup>396</sup>, Portugal<sup>397</sup>, Islandia<sup>398</sup>, Dinamarca (salvo las Islas Feroe)<sup>399</sup>, Francia<sup>400</sup>, Nueva Zelanda (salvo Tokelau, Niue y las Islas Cook)<sup>401</sup>,

---

<sup>392</sup> En México, además de la Ciudad de México, actualmente está legalizado el matrimonio igualitario en los estados de Campeche, Chihuahua, Coahuila, Colima, Jalisco, Michoacán, Morelos, Nayarit, Quintana Roo; y en algunos municipios de los estados de Guerrero, Querétaro y Puebla.

<sup>393</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Op. cit. Voto particular disidente de Hernán Vodanovic S. Considerando 6°.

<sup>394</sup> UNIVERSITY OF PRETORIA y SOUTH AFRICAN LEGAL INFORMATION INSTITUTE. 2006. Civil Union Act 17 of 2006. [En línea] Pretoria. <[http://www.saflii.org/za/legis/consol\\_act/cua2006139.pdf](http://www.saflii.org/za/legis/consol_act/cua2006139.pdf)> [Consulta: 21 de diciembre de 2014].

<sup>395</sup> TERRA ACTUALIDAD y EFE. 2008. Noruega, sexto país que aprueba los matrimonios homosexuales. [En línea] Terra. 17 de junio de 2008. <<https://archive.today/8JRr#selection-757.0-757.60>> [Consulta: 21 de diciembre de 2014].

<sup>396</sup> MORENO, RICARDO. 1994. Suecia legaliza el matrimonio homosexual. [En línea] El País. 9 de Junio de 1994. <[http://elpais.com/diario/1994/06/09/sociedad/771112807\\_850215.html](http://elpais.com/diario/1994/06/09/sociedad/771112807_850215.html)> [Consulta: 21 de diciembre de 2014].

<sup>397</sup> EFE. 2010. El Tribunal Constitucional portugués aprueba la ley del matrimonio homosexual. [En línea] 20 Minutos. 8 de abril de 2010. <<http://www.20minutos.es/noticia/672451/0/ley/matrimonio/homosexual/>> [Consulta: 21 de diciembre de 2014].

<sup>398</sup> EFE. 2010. Islandia aprueba el matrimonio homosexual. [En línea] El País. 11 de junio de 2010. <[http://sociedad.elpais.com/sociedad/2010/06/11/actualidad/1276207208\\_850215.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2010/06/11/actualidad/1276207208_850215.html)> [Consulta: 21 de diciembre de 2014].

<sup>399</sup> DINAMARCA. Ministerio de Asuntos Eclesiásticos. 2012. Udkast. [En línea] Copenhague. <[http://www.km.dk/fileadmin/share/Lovudkast\\_2011-2012/Udkast\\_til\\_aendring\\_af\\_medlemskabsloven.pdf](http://www.km.dk/fileadmin/share/Lovudkast_2011-2012/Udkast_til_aendring_af_medlemskabsloven.pdf)> [Consulta: 21 de diciembre de 2014].

<sup>400</sup> FRANCIA. 2013. LOI n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. 18 de mayo de 2013.

<sup>401</sup> AGENCIAS. 2013. Nueva Zelanda decidió legalizar el matrimonio homosexual. [En línea] La Tercera. 17 de abril de 2013. <<http://www.latercera.com/noticia/mundo/2013/04/678-519140-9-nueva-zelanda-decidio-legalizar-el-matrimonio-homosexual.shtml>> [Consulta: 21 de diciembre de 2014].

Reino Unido (salvo Irlanda del Norte)<sup>402 403</sup>, Uruguay<sup>404</sup>, Brasil<sup>405</sup>, Colombia<sup>406</sup>, Irlanda<sup>407</sup>, Luxemburgo<sup>408</sup> y Finlandia<sup>409</sup>. Junto con ello, es menester destacar que los dos países con las culturas jurídica, social y política más similar a la nuestra también cuentan con esta figura, como son España<sup>410</sup> y Argentina<sup>411</sup>.

¿Cómo entender la finalidad de la apertura conceptual del matrimonio concebido y garantizado en los tratados internacionales de Derechos Humanos, a la luz del progreso de las sociedades, si no como un acto deliberado de entrega a la evolución y a la mayor civilidad y democracia del razonamiento humano y su organización comunitaria?

---

<sup>402</sup> EFE. 2013. La ley del matrimonio homosexual recibe la sanción de la reina Isabel II. [En línea] El Mundo. 17 de julio de 2013. <<http://www.elmundo.es/elmundo/2013/07/17/internacional/1374048766.html>> [Consulta: 21 de diciembre de 2014].

<sup>403</sup> EUROPA PRESS. 2014. El Parlamento escocés legaliza el matrimonio homosexual. [En línea] Europa Press. 4 de febrero de 2014. <<http://www.europapress.es/internacional/noticia-parlamento-escoces-legaliza-matrimonio-homosexual-20140204210155.html>> [Consulta: 21 de diciembre de 2014].

<sup>404</sup> PEREGIL, FRANCISCO. 2013. Uruguay valida la ley del matrimonio entre personas del mismo sexo. [En línea] El País. 11 de abril de 2013. <[http://internacional.elpais.com/internacional/2013/04/11/actualidad/1365633649\\_404726.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2013/04/11/actualidad/1365633649_404726.html)> [Consulta: 21 de diciembre de 2014].

<sup>405</sup> BIMBI, BRUNO. 2013. Urgente: la justicia brasileña legalizó el matrimonio igualitario en todo el país. [En línea] TN. 14 de mayo de 2013. <<http://blogs.tn.com.ar/todxs/2013/05/14/brasil/>> [Consulta: 21 de diciembre de 2014].

<sup>406</sup> JUSTICIA EL TIEMPO. 2016. Histórico: Colombia tiene matrimonio homosexual. [En línea] El Tiempo. 7 de abril de 2016. <<http://www.eltiempo.com/politica/justicia/corte-aprueba-matrimonio-homosexual/16557410>> [Consulta: 2 de diciembre de 2016].

<sup>407</sup> GUIMÓN, PABLO. 2015. Irlanda aprueba el matrimonio gay por una amplia mayoría. [En línea] El País. 23 de mayo de 2015. <[http://internacional.elpais.com/internacional/2015/05/23/actualidad/1432372207\\_623361.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2015/05/23/actualidad/1432372207_623361.html)> [Consulta: 2 de diciembre de 2016].

<sup>408</sup> RTVE Y AGENCIAS. 2014. Luxemburgo legaliza el matrimonio y la adopción de homosexuales. [En línea] RTVE. 18 de junio de 2014. <<http://www.rtve.es/noticias/20140618/luxemburgo-legaliza-matrimonio-adopcion-homosexuales/957940.shtml>> [Consulta: 2 de diciembre de 2016].

<sup>409</sup> EFE. 2014. Finlandia legaliza el matrimonio homosexual. [En línea] El Mundo. 28 de noviembre de 2014. <<http://www.elmundo.es/internacional/2014/11/28/5478704322601d7c378b4581.html>> [Consulta: 2 de diciembre de 2016].

<sup>410</sup> 20MINUTOS.ES. 2005. El Congreso aprueba el matrimonio homosexual con mayoría absoluta. [En línea] 20 Minutos. 30 de junio de 2005. <<http://www.20minutos.es/noticia/35179/0/matrimonio/homosexual/gay/>> [Consulta: 21 de diciembre de 2014].

<sup>411</sup> VALLEJOS, SOLEDAD. 2010. El derecho a la igualdad llegó al matrimonio. [En línea] Página 12. 15 de julio de 2010. <<http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-149544-2010-07-15.html>> [Consulta: 21 de diciembre de 2014].

Honestamente, no parece cuestionable que la finalidad de la apertura conceptual matrimonial y familiar de los TIDH sea la de proteger un matrimonio plural y una familia con modelos diversos. Los hechos, la sociedad y la historia están escribiendo un capítulo por sí mismos.

#### 4.4.2.2 DOCTRINA

¿Cuál es la finalidad de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos al contemplar en un mismo cuerpo normativo las garantías de igualdad y no discriminación, el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia? Todos ellos son derechos humanos distintos unos de otros, pero obviamente ligados entre sí, en una lógica de condicionamiento *pro-homine* y *pro-libertatis*. Los Derechos Humanos deben entenderse, por ello, siempre tendientes a una concepción profundamente humanista, arraigada con la evolución de las sociedades, y orientados a la generación de los mayores espacios de libertad posibles de las personas.

Esto adquiere sentido a partir de las palabras de Susan Turner (“Derecho, matrimonio y familia. El derecho a contraer matrimonio”): “La regla general en cuanto a la identificación de los titulares del Derecho tiene...una explicación histórica. Los instrumentos internacionales referidos al hombre y la mujer son todos anteriores a 1970 y se podría presumir, entonces, que recogían la práctica social del matrimonio homosexual. En cambio, la Carta de Niza...recoge la doctrina de los Derechos Humanos como derechos inherentes a toda persona, sin distinción de sexo. Pero cualquiera sea la forma de identificación de los titulares del Derecho, ninguna de las fuentes mencionadas limita la ‘contraparte’ del

derecho a contraer matrimonio, en el sentido de que un hombre sólo lo tenga respecto de una mujer y una mujer sólo respecto de un hombre”<sup>412</sup>.

Turner nos muestra que los TIDH, por referirse a conceptos naturalmente susceptibles de mutación evolutiva, no pueden entenderse cerrados en su finalidad ni en los sujetos a quienes está dirigido, mucho menos cuando su literalidad es completamente abierta. La Carta de Niza no innova, sólo recoge el producto de una necesaria clarificación a partir del intento de petrificar los DD.HH. Es evidente que si la Carta de Niza hubiese entrado en contradicción con el entendimiento de los demás TIDH, los países de la Unión Europea no habrían podido suscribirla.

Prosigue la autora: “...en la Convención Americana de Derechos Humanos se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y ‘las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten el principio de no discriminación establecido en esta Convención”<sup>413</sup>.

A partir de esto, puede colegirse que si bien el derecho a la igualdad y a la no discriminación y el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia son ontológicamente distintos, teleológicamente están ligados. La no discriminación es un condicionante para las leyes internas, y ese condicionante es el que

---

<sup>412</sup> TURNER S, SUSAN. Op. cit. Pp. 32-33.

<sup>413</sup> *Ibíd.* P. 33.

precisamente vulnera el art. 102 del CC<sup>414</sup>. La finalidad de los TIDH es consagrar el derecho universal al matrimonio y a la fundación de una familia, además de la garantía universal de no discriminación. Ante la apertura de los conceptos, la legislación civil interna debe sin más adaptarse a ello como quien se subordina a la más digna jerarquía normativa.

Culmina Turner expresando que “el derecho a contraer matrimonio determina que el legislador chileno conciba un estatuto matrimonial que garantice el libre acceso al matrimonio, con las menos limitantes posibles. La controversia subsiste, sin embargo, en lo relativo a la persona del otro contrayente, en el sentido de si es válido que el legislador restrinja a la contraparte del matrimonio a una persona de distinto sexo”<sup>415</sup>. A partir de lo estudiado, la respuesta parece evidente: hoy por hoy, negar el matrimonio a dos personas del mismo sexo entre sí es tan vulnerador del principio de no discriminación como lo sería la prohibición del matrimonio entre personas de dos razas distintas, ambas condiciones absolutamente naturales de un ser humano, indiferentes al concepto plural y abierto que los TIDH manejan de “familia”.

La condición sexual (atracción hacia individuos de distinto, el mismo o ambos sexos) de una persona obviamente forma parte del universo que podemos denominar “sexo”. Por eso, una discriminación que se sustenta en la consecuencia lógica de una condición sexual determinada implica una discriminación en razón de sexo. Algo totalmente opuesto al espíritu explícito de las disposiciones internacionales de DD.HH.

---

<sup>414</sup> *Ibíd.* P. 34.

<sup>415</sup> *Ibíd.* P. 39.

Gonzalo Villar establece una importante conexión lógica en la manera en que se entiende la finalidad de los DD.HH. y su trato en los instrumentos internacionales. Tras referirse al contenido literal del artículo 102 del Código Civil, del artículo 1° del mismo cuerpo y del artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de la República, nos lo dice con claridad: “Es deber de los órganos legislativos del Estado adecuar las normas legales a los preceptos sobre derechos humanos y es deber de los órganos jurisdiccionales del Estado, interpretar los preceptos legales bajo la guía del sistema universal de derechos humanos.

El Sistema Universal de Derechos Humanos se fundamenta en el valor del ser humano, sin distinciones de sexo...está construido sobre la fe en el ser humano y su libertad, está concebido para extender los espacios de libertad... Históricamente, el florecimiento de los Derechos Humanos reconoce avances en distintos países que paulatinamente se van incorporando al resto de los Estados”<sup>416</sup>.

Tras aludir a las normas constitucionales e internacionales que protegen la igualdad, el derecho a contraer matrimonio y la protección de la familia, leemos: “La norma internacional no restringe el derecho al matrimonio únicamente a los heterosexuales, sino que, imitando la redacción de 1948, se limita a declarar que es un derecho que corresponde a toda la especie humana, tanto hombres como mujeres...

---

<sup>416</sup> VILLAR B., GONZALO. Op. cit. P. 27.

La norma reconoce el derecho de cada Estado a definir los requisitos que deben cumplir los contrayentes del matrimonio pero coloca como limitación el principio de no discriminación...

El artículo 29 del Pacto de San José de Costa Rica impide interpretar las disposiciones de la referida Convención en el sentido de limitar, entre otros, el principio de igualdad ante la ley y el principio de no discriminación.

En consecuencia, la legislación del país debe ser adecuada para que la regulación de la vida en pareja no implique privilegio alguno, ni segregue a las personas en base a su orientación sexual; y la labor jurisdiccional debe orientarse a la declaración de inaplicabilidad de las leyes matrimoniales que excluyen a las parejas del mismo sexo y a incorporar los preceptos constitucionales en la tarea interpretativa del derecho”<sup>417</sup>.

Intentando conectar aún más con la esencia y las finalidades de los TIDH, Carolina Flores y Virginia Vega –en su Memoria titulada “Discriminación por orientación sexual”<sup>418</sup> –, citan una recomendación del Parlamento Europeo que consta en acta del 17/9/1998 que instaba a los países a trabajar con el objeto de “poner fin a toda forma de discriminación legislativa o de facto que aún sufren las personas homosexuales, en particular en el derecho de contraer matrimonio y adoptar niños”<sup>419</sup>.

---

<sup>417</sup> *Ibíd.* P. 28.

<sup>418</sup> FLORES M., CAROLINA y VEGA D., VIRGINIA. 2004. Discriminación por orientación sexual. Memoria para optar al grado de licenciadas en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 264 p.

<sup>419</sup> *Ibíd.* Pp. 155-156.

Si bien estamos hablando de la esfera europea, carente de competencia en nuestro caso, se trata básicamente de los mismos derechos, habiendo un reconocimiento explícito de que las personas homosexuales, en los ámbitos matrimonial y de filiación adoptiva, son discriminadas. La discriminación no es otra que el impedir el matrimonio entre personas del mismo sexo y la imposición de mayores trabas o condiciones (vulneradoras del principio de igualdad) en los procedimientos de adopción.

## 4.5 CONCLUSIONES

Tras el extenso estudio de este cuarto capítulo, se exponen las distintas conclusiones a las que se ha arribado:

**a) La procreación es una eventualidad del matrimonio, no un fin de su esencia.**

Si la procreación fuera un fin esencial del matrimonio, no podría subsistir éste sin ella. Si así fuera, en todas las uniones matrimoniales debiera darse, todas las parejas *ad portas* de casarse debieran pretenderlo y en los casos donde no se produce, el vínculo debiera ser anulado o disuelto. Asimismo, los matrimonios respecto de los cuales se infiere claramente que no habrá procreación no debieran permitirse.

La procreación puede ser un aspecto deseable del matrimonio, pero en ningún caso constituye un fin absoluto o una condición excluyente que pertenezca a su esencia como institución. Por ello, no puede, con ese argumento, impedirse el matrimonio entre personas de un mismo sexo. Además, se estaría minusvalorando a la institución de la filiación adoptiva y se estaría menospreciando a las familias ensambladas (o reconstituidas), ambas en el marco de una familia homoparental.

**b) El matrimonio igualitario es el siguiente eslabón en la historia de transformaciones del Derecho de Familias.**

La historia reciente de transformaciones en el Derecho de Familias no solamente constituye un hecho innegable, sino una deliberada concatenación lógica de sucesos y cambios institucionales orientados por un principio rector común: el respeto a los preceptos constitucionales de igualdad ante la ley, no discriminación arbitraria, y protección y fortalecimiento de la familia.

El matrimonio igualitario es el siguiente eslabón de esta cadena de evolución y progreso institucional, y de respeto y protección de los derechos fundamentales de las personas. El Derecho de Familias siempre seguirá progresando, pues la sociedad continuará evolucionando.

Éste sería, hasta ahora, el punto cúspide de la consagración de una pluralidad de modelos familiares. Además, hemos de saber que, hasta ahora y en virtud de las transformaciones del Derecho de Familias, la familia no se ha desnaturalizado, ni destruido, ni ha caído en decadencia. Sencillamente ha cambiado, como cambia todo en la vida...y en el Derecho.

**c) Chile es una república democrática y, como tal, debe regirse conforme a la Teoría del Estado Democrático de Derecho.**

La Constitución Política de una república democrática, como la nuestra, debe siempre estar acorde con la teoría del Estado Democrático de Derecho. Esto implica necesariamente que tanto la organización del Estado como el entendimiento de los derechos fundamentales y la regulación de la vida social deben siempre regirse por una ética pluralista, consagrando el pluralismo jurídico. Esta ética determina la finalidad, contenido e interpretación de las normas constitucionales.

**d) La interpretación de la Constitución debe atender siempre a sus fines, no a la voluntad subjetiva del Constituyente.**

La Constitución es una norma que se basta a sí misma, independientemente de la voluntad subjetiva que ostentaren las personas que encarnaron el Poder Constituyente de una época determinada. La interpretación de su contenido debe siempre hacerse mirando a su finalidad como Carta Magna, no a la voluntad subjetiva del grupo de personas que conformaron el Constituyente, más aún si se trata de un grupo que lo hizo hace más de tres décadas y bajo un régimen político autoritario, no democrático.

**e) El impedimento del matrimonio entre personas del mismo sexo vulnera las garantías constitucionales de igualdad ante la ley y no discriminación arbitraria.**

Esto es así al no permitírseles a las parejas homosexuales acceder, en igualdad de condiciones, a la que es, junto con la filiación, probablemente la institución más importante del Derecho de Familias: el matrimonio. Por ello, estamos ante la presencia de un trato diferenciado para situaciones de igual naturaleza, constituyendo una discriminación arbitraria en razón de la condición sexual de un grupo de personas, por ende, en razón de su sexo.

**f) El impedimento del matrimonio igualitario vulnera el deber del Estado de protección y fortalecimiento de la familia.**

Esto es así, ya que ante los avances en la comprensión social de la realidad familiar, el legislador sigue limitando su configuración jurídica, dejando en desmedro no sólo a las parejas homosexuales, sino también a la estructura familiar que se forja en torno a las mismas.

**g) El impedimento del matrimonio igualitario vulnera las garantías constitucionales de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad, además del deber del Estado contenido en el principio de servicialidad.**

Esto, pues impide que la condición homosexual de una persona y de una pareja resulte indiferente a la hora de acceder libremente a las instituciones del Derecho de Familias. Establece una diferenciación en la valoración moral de las parejas, lo cual constituye un atentado contra la dignidad humana, eludiendo el Estado su deber de posibilitar el mayor desarrollo material y espiritual posible de las personas.

**h) El impedimento del matrimonio igualitario vulnera las garantías contenidas en los TIDH (igualdad, no discriminación, protección de la familia, dignidad humana y derecho a contraer matrimonio).**

Si bien son los mismos instrumentos los que conceden a la legislación de cada país la posibilidad de configurar y regular a la familia, sí se establece la obligación de actuar conforme a los principios rectores de dichos tratados, en especial en lo que respecta a la garantía de igualdad y no discriminación. Además, al imponer una limitación arbitraria (la heterosexualidad) a una garantía universal (el matrimonio), obstáculo no contemplado por la legislación internacional, se vulnera este derecho destinado a todos los seres humanos, no

solamente a las parejas heterosexuales. De hecho, los mismos TIDH imponen limitantes, relacionadas con la voluntad libre y la edad de los contrayentes, pero jamás respecto de su identidad de género o condición sexual.

Por estas razones es que el Tribunal Constitucional de la República de Chile debió haber declarado la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 102 del Código Civil, al impedir éste la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo.

## **CONCLUSIONES GENERALES, REFLEXIONES FINALES Y RECOMENDACIONES**

A lo largo de esta investigación, se ha intentado indagar en las razones en virtud de las cuales el Tribunal Constitucional adoptó una decisión equivocada al no declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 102 del Código Civil, que impide contraer matrimonio legalmente a las parejas constituidas por personas de un mismo sexo.

Instituciones como el Tribunal Constitucional no nacieron para defender un concepto inmutable del Derecho ni para eludir los conflictos de constitucionalidad más sensibles que la sociedad atraviesa en los distintos momentos de su historia. Todo lo contrario, nacieron para salvaguardar la total sujeción de las distintas normas del Derecho chileno a las finalidades que inspiran las garantías y deberes del Estado contenidos en la Constitución, que exceden a cualquier otra limitante normativa, y por cierto que exceden a la comprensión que de la Carta Magna se haya podido tener en un determinado momento.

Sólo una sociedad que no imponga cadenas, que no discrimine a las personas que merecen, dada su dignidad intrínseca, espacios cada vez más amplios de libertad y de igualdad, será una sociedad que progresivamente pueda calificarse a sí misma de civilizada, democrática y desarrollada.

Muchos grupos han atravesado penosas historias de discriminación, teñidas de sangre incluso. Aquí sólo nos hacemos cargo de una faceta específica (pero importantísima) que adquiere la discriminación en contra de un grupo específico, cuales son las minorías sexuales, fundamentalmente la comunidad homosexual.

Como se dijo antes, una sociedad desarrollada es una en la cual no se imponen limitaciones que tornan dramática la vida de las personas como efecto de defender espacios de poder, tradición o dominio ideológico que de todas maneras serán siempre superados. Existe la opción, en virtud de la república democrática que somos, de tomar conciencia de esto y obrar en pos de la eliminación de estas limitaciones, del enaltecimiento de la dignidad, la comprensión, la igualdad, la libertad, la fraternidad y la solidaridad propias del ser humano. De la felicidad, a fin de cuentas.

Se ha tratado de demostrar, con apoyo en razonamientos del mismo Tribunal Constitucional, de la doctrina nacional y extranjera e incluso con los razonamientos de un TC situado al otro lado del Atlántico, que la familia es, hoy por hoy y desde hace bastante tiempo, una realidad plural, que es debido respetar, proteger y fortalecer en todas sus dimensiones.

Se ha intentado comprobar jurídicamente que el matrimonio es una institución de carácter eminentemente civil, cuyas transformaciones deben responder únicamente a la voluntad soberana del pueblo del país en el que ejercerá sus efectos, sin más limitante que el debate democrático, abierto y plural.

Finalmente, se ha intentado exponer fehacientemente que el impedimento del matrimonio igualitario constituye una violación flagrante de múltiples garantías constitucionales y de los Tratados Internacionales de DD.HH., como la igualdad, la dignidad, la no discriminación, la protección de la familia y el derecho a contraer matrimonio.

También existen personas y organizaciones con otras visiones, no necesariamente con la intención de discriminar, marginar o invisibilizar a las personas homosexuales, sino con el fin de defender íntimas convicciones que les asisten tanto como a quienes bregan por el matrimonio igualitario. Sin embargo, por muy valiosas que sean esas convicciones, no pueden traducirse en el cercenamiento de los derechos de tan importante parte de la población, menos en aspectos tan sensibles como éstos.

Estamos ante un Chile que mira desde atrás el avance cultural que han logrado otras sociedades en estas materias, incluso aquellas que nos son jurídica, política y culturalmente más cercanas, como la argentina y la española. Estamos ante una sociedad civil que ya no tolera el aplastamiento de sus derechos o las discriminaciones escandalosas, y que está dispuesta a organizarse en pos de contar con un país más justo.

Es justo reconocer la lucha de entidades como el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH), la Fundación Iguales y el Movimiento por la Diversidad Sexual (MUMS); especialmente el primero, que desde hace

más de dos décadas viene instando a la ciudadanía y al Estado a actuar conforme a Derecho y a subirse al barco del progreso, la democracia y el respeto irrestricto a los DD.HH.

Es paradójico que una problemática tan amplia pueda verse subsanada (al menos en el plano institucional matrimonial) sólo en unas líneas. Así es, pues apenas cambiando algunas palabras del Código Civil, de la Ley de Matrimonio Civil y de otras normas relacionadas (como la que regula el procedimiento de adopción<sup>420</sup>), se podría cambiar esta oprobiosa realidad. Es tan sencillo como reemplazar la redacción de “un hombre y una mujer” por una donde diga “dos personas”, garantizando además, como en España<sup>421</sup>, que el matrimonio tendrá iguales efectos si la unión se produce entre dos personas de igual o distinto sexo.

Lo que parece tan simple de escribir, no lo es cuando está por delante toda una estructura de poder dispuesta a defender hasta donde más le sea posible un concepto únicamente heterosexual de matrimonio. Ante ello, solamente la presión social, la efectiva organización ciudadana, el apoyo de los académicos de Derecho, de actores políticos y en general de la sociedad civil logrará penetrar las barreras que aún existen, convirtiendo a Chile en un país donde haya una razón más para sentirse orgullosos del grado de avance de nuestra sociedad y nuestra democracia.

---

<sup>420</sup> CHILE. Ministerio de Justicia. 1999. Ley 19.620: Dicta normas sobre adopción de menores. 5 de agosto de 1999.

<sup>421</sup> ESPAÑA. Ministerio de Gracia y Justicia. 1889. Código Civil. 25 de julio de 1889. Artículo 44, inciso 2°.

Pero nuestra nación ya ha dado señales de que esta situación no se sostendrá en su estado actual por mucho tiempo más. Hacemos referencia fundamentalmente al Acuerdo de Unión Civil (AUC) que recientemente ha entrado en vigencia<sup>422 423 424</sup>, reconociéndosele expresamente el carácter de institución del Derecho de Familias chileno. Como consecuencia, en la actualidad las parejas –de distinto o del mismo sexo– que suscriban este pacto serán tratadas jurídicamente como familia. Esto significa que por vez primera existe en Chile una norma general que posibilita a las parejas homosexuales concebirse a sí mismas como realidad familiar, con el respaldo y el sustento de la institucionalidad jurídica y política estatal, estableciéndose además un nuevo estado civil: el de “conviviente civil”. Aquél comúnmente ha sido el paso anterior al matrimonio igualitario, por lo cual cabe tener grandes expectativas para el futuro cercano.

Es de esperar que en el corto o mediano plazo contemos con una legislación que reconozca el matrimonio entre personas del mismo sexo, dotada además de la posibilidad de adopción de niños y adolescentes, a fin de perfeccionar el reconocimiento del modelo familiar homoparental, lo cual constituirá un avance histórico para el país no sólo a nivel jurídico-familiar, sino fundamentalmente a escala cultural, social y moral, elevando nuestro estándar de desarrollo democrático y de respeto por los DD.HH.

---

<sup>422</sup> COOPERATIVA.CL. 2015. Gobierno promulgó la ley de Acuerdo de Unión Civil. [En línea] Cooperativa. 13 de abril de 2015. <<http://www.cooperativa.cl/noticias/sociedad/homosexualidad/union-civil/gobierno-promulgo-la-ley-de-acuerdo-de-union-civil/2015-04-13/113745.html>> [Consulta: 2 de diciembre de 2016].

<sup>423</sup> BACHELET J., MICHELLE y PRENSA PRESIDENCIA. 2015. Promulga Ley N° 20.830 de Acuerdo de Unión Civil. [En línea] Santiago. <<https://prensa.presidencia.cl/discurso.aspx?id=14535>> [Consulta: 2 de diciembre de 2016].

<sup>424</sup> CHILE. Ministerio Secretaría General de Gobierno. 2015. Ley 20.830: Crea el Acuerdo de Unión Civil. 21 de abril de 2015.



## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS:

1. CEA E., JOSÉ LUIS. 1988. Tratado de la Constitución de 1980. Santiago, Jurídica de Chile. 402 p.
2. CEA E., JOSÉ LUIS. 2008. Derecho Constitucional Chileno. 2ª ed. Santiago, Universidad Católica de Chile. 4 v.
3. COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. 1973. Metas u objetivos fundamentales para la nueva Constitución Política de la República. Santiago. S/núm.
4. CUMPLIDO C., FRANCISCO y NOGUEIRA A., HUMBERTO. 1994. Teoría de la Constitución. 3ª ed. Santiago, Universidad Nacional Andrés Bello. 315 p.
5. DEL PICÓ R., JORGE. 2010. Derecho matrimonial chileno: antecedentes, principios informadores e instituciones fundamentales. Santiago, Abeledo Perrot y Legal Publishing. 459 p.
6. FERRAJOLI, LUIGI. 2004. Derechos y garantías. La ley del más débil. 4ª ed. Madrid, Trotta. 180 p.

7. FIGUEROA Y., GONZALO. 1995. Persona, pareja y familia: persona natural y sujeto de derechos: persona, biología y ética: estatuto civil de la pareja: estatuto regulatorio de filiación. Santiago, Jurídica de Chile-Alfabeta. 130 p.
8. HERNÁNDEZ P., GABRIEL. 2009. Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo: análisis a partir de la teoría del estado democrático de derecho. Santiago, Arcis. 217 p.
9. JUSTINIANO I. 1972. El Digesto de Justiniano (versión castellana por D'ORS, A., HERNÁNDEZ-TEJERO, F., FUENTESECA, P., GARCÍA-GARRIDO, M. y BURILLO, J.). Pamplona, Aranzadi. Vv. 1 y 2.
10. MOLINA G., HERNÁN. 1998. Derecho Constitucional. 4ª ed. Concepción, Universidad de Concepción. 472 p.
11. ORTOLAN, JOSEPH L.E. 1964. Instituciones de Justiniano (traducción de PÉREZ DE ANAYA, F. y PÉREZ RIVAS, M.). Buenos Aires, Omeba. 369 p.
12. RAMOS P., RENÉ. 2007. Derecho de Familia. 6ª ed. Santiago, Jurídica de Chile. V. 1.
13. ROSSEL S., ENRIQUE. 1993. Manual de Derecho de Familia. 7ª ed. Santiago, Jurídica de Chile. 424 p.
14. SILVA B., ALEJANDRO. 1997. Tratado de Derecho Constitucional. 2ª ed. Santiago, Jurídica de Chile. V. 4.
15. TAPIA R., MAURICIO. 2005. Código Civil 1855-2005: evolución y perspectivas. Santiago, Jurídica de Chile. 471 p.

**16.**VERDUGO M., MARIO; PFEFFER U., EMILIO y NOGUEIRA A.,  
HUMBERTO. 1994. Derecho Constitucional. Santiago, Jurídica de Chile.  
2 v.

## **CAPÍTULOS DE LIBROS:**

1. CORRAL T., HERNÁN. 2007. Regulación legal de las uniones homosexuales: un contrasentido para el Derecho de Familia. En: UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO, FACULTAD DE DERECHO. Estudios Jurídicos en homenaje a los profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla y Hugo Rosende Subiabre. Santiago, Universidad del Desarrollo. Pp. 249-264.
2. JIMÉNEZ L., FERNANDO. 1995. El concepto de familia en la Constitución Política de Chile. En: UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO, FACULTAD DE DERECHO. XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público: 17 y 19 de Noviembre de 1995. Valparaíso, EDEVAL. Pp. 145-160.
3. TURNER S., SUSAN. 2012. Familia, matrimonio y derechos. El derecho a contraer matrimonio. En: ELORRIAGA DE BONIS, FABIÁN (coord.). Estudios de derecho civil VII: jornadas nacionales de derecho civil: Viña del Mar, 2011. Santiago, Abeledo Perrot, Legal Publishing y Thomson Reuters. Pp. 29-39.

## **TESIS:**

1. FLORES M., CAROLINA y VEGA D., VIRGINIA. 2004. Discriminación por orientación sexual. Memoria para optar al grado de licenciadas en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 264 p.
2. TORRES H., MARÍA ESTER. 2008. Uniones de hecho entre personas del mismo sexo. Regulación jurídica. Memoria para optar al grado de licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 186 p.
3. VARAS V., MARÍA ELENA. 2000. Reconocimiento jurídico de las uniones entre personas del mismo sexo. Memoria para optar al grado de licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 99 p.

## **ARTÍCULOS DE REVISTAS:**

1. **ÁLVAREZ G., ARIEL.** 1980. La naturaleza del matrimonio y de la familia. *Revista Chilena de Derecho* 7: 306-309.
2. **CORRAL T., HERNÁN.** 2002. Claves para entender el Derecho de Familia contemporáneo. *Revista Chilena de Derecho* 29(1): 25-34.
3. **CORRAL T., HERNÁN.** 2005. La familia en los 150 años del Código Civil chileno. *Revista Chilena de Derecho* 32(3): 429-438.
4. **CORRAL T., HERNÁN.** 2010. El debilitamiento del matrimonio y su función social en la legislación chilena de entre siglos (XX-XXI). *Revista Chilena de Derecho de Familia* 3: 3-14.
5. **CORRAL T., HERNÁN.** 2011. Matrimonio y familia. *Societas, Revista de la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales* 3: 123-129.
6. **CORRAL T., HERNÁN et. al.** 2011. Matrimonio entre parejas de un mismo sexo. *Anuario de Derechos Humanos* 7: 65-83.
7. **CORRAL T., HERNÁN.** 2012. Acuerdo de vida en pareja: ¿De la unión civil al matrimonio homosexual? *La Semana Jurídica* 0: 9-11.
8. **CUMPLIDO C., FRANCISCO.** 1995. Los valores en la Constitución de 1980 y su eficacia jurídica. *Revista Chilena de Derecho Público* 57/58: 131-146.

9. DANSEY, CARLOS A. 1980. Naturaleza del matrimonio y la familia. Revista Chilena de Derecho 7: 96-97.
10. DOMÍNGUEZ H., CARMEN. 2005. Los principios que informan el Derecho de Familia chileno: su formulación clásica y su revisión moderna. Revista Chilena de Derecho 32(2): 205-218.
11. ERRÁZURIZ T., CRISTINA. 1994. Sobre la protección internacional de la familia. Revista Chilena de Derecho 21(2): 365-370.
12. ESKRIDGE, WILLIAM. 2000. La discusión del matrimonio entre personas del mismo sexo y tres conceptos de igualdad. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 2000: 203-229.
13. QUINTANA B., AUGUSTO. 2012. Hacia una sociedad basada en los afectos. Mensaje, Junio de 2012: 34-36.
14. SOTO K., EDUARDO. 1994. La familia en la Constitución Política. Revista Chilena de Derecho 21(2): 217-225.
15. TAPIA R., MAURICIO. 2007. Constitucionalización del Derecho de Familia(s). El caso chileno: las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social. Revista Chilena de Derecho Privado 8: 155-190.
16. UGARTE G., JOSÉ J. 1989. El matrimonio: notas sobre su concepto, naturaleza y régimen. Revista Chilena de Derecho 16: 753-761.
17. VARELA DEL SOLAR, JORGE. 1984. Estudio sobre el artículo 1º de la Constitución de 1980. Revista Chilena de Derecho 11: 385-402.

**18.**VILLAR B., GONZALO. 2004. El matrimonio de personas del mismo sexo en el ordenamiento jurídico de Chile. Gaceta Jurídica 293: 21-30.

## **NORMAS JURÍDICAS:**

1. CHILE. 1855. Código Civil. 14 de diciembre de 1855.
2. CHILE. 1874. Código Penal. 12 de noviembre de 1874.
3. CHILE. Ministerio de Justicia. 1998. Ley 19.585: Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. 26 de octubre de 1998.
4. CHILE. Ministerio de Justicia. 1999. Ley 19.620: Dicta normas sobre adopción de menores. 5 de agosto de 1999.
5. CHILE. Ministerio de Justicia. 2004. Ley 19.947: Establece nueva Ley de Matrimonio Civil. 17 de mayo de 2004.
6. CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2005. Constitución Política de la República de Chile. 22 de septiembre de 2005.
7. CHILE. Ministerio Secretaría General de Gobierno. 2012. Ley 20.609: Establece medidas contra la discriminación. 24 de julio de 2012.
8. CHILE. Ministerio Secretaría General de Gobierno. 2015. Ley 20.830: Crea el Acuerdo de Unión Civil. 21 de abril de 2015.
9. DINAMARCA. Ministerio de Asuntos Eclesiásticos. 2012. Udkast. [En línea] Copenhague. <[http://www.km.dk/fileadmin/share/Lovudkast\\_2011-2012/Udkast\\_til\\_aendring\\_af\\_medlemskabsloven.pdf](http://www.km.dk/fileadmin/share/Lovudkast_2011-2012/Udkast_til_aendring_af_medlemskabsloven.pdf)> [Consulta: 21 de diciembre de 2014].

- 10.ESPAÑA.** Ministerio de Gracia y Justicia. 1889. Código Civil. 25 de julio de 1889.
- 11.FRANCIA.** 2013. LOI n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. 18 de mayo de 2013.
- 12.ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS.** Asamblea General. 1948. Declaración Universal de los Derechos Humanos. 10 de diciembre de 1948.
- 13.ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS.** Asamblea General. 1966. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 16 de diciembre de 1966.
- 14.ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS.** Asamblea General. 1966. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 19 de diciembre de 1966.
- 15.ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS.** Asamblea General. 1989. Convención sobre los Derechos del Niño. 20 de noviembre de 1989.
- 16.ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS.** 1948. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- 17.ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS.** 1969. Convención Americana sobre Derechos Humanos. 22 de noviembre de 1969.
- 18.UNIÓN EUROPEA.** Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea y Comisión Europea. 2000. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. 7 de diciembre de 2000.

## **JURISPRUDENCIA:**

1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. 2011. Rol N° 1881-2010. 3 de noviembre de 2011. [En línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2213>> [Consulta: 6 de diciembre de 2016].
2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. 2012. Recurso de Inconstitucionalidad N° 6864-2005. Sentencia 198/2012. 6 de noviembre de 2012. [En línea] <<http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-A-2012-14602.pdf>> [Consulta: 7 de diciembre de 2016].

## **INFORMES:**

1. LIBERTADES PÚBLICAS. 2011. Informe sobre la constitucionalidad del artículo 102 del Código Civil. Amicus Curiae ante el Excmo. Tribunal Constitucional de Chile. [En línea] <<http://www.libertadespublicas.org/wp-content/uploads/2011/08/Amicus-Curiae-art-102.pdf>> [Consulta: 19 de diciembre de 2014].

## **ARTÍCULOS DE PRENSA:**

1. 20MINUTOS.ES. 2005. El Congreso aprueba el matrimonio homosexual con mayoría absoluta. [En línea] 20 Minutos. 30 de junio de 2005. <<http://www.20minutos.es/noticia/35179/0/matrimonio/homosexual/gay/>> [Consulta: 21 de diciembre de 2014].
2. ADPRENSA. 2016. Movilh valora resultados encuesta bicentenario sobre (sic) matrimonio igualitario y anuncia Gay Parade para este sábado. [En línea] Adprensa. 18 de noviembre de 2016. <<https://www.adprensa.cl/cronica/movilh-valora-resultados-encuesta-bicentenario-sobe-matrimonio-igualitario-y-anuncia-gay-parade-para-este-sabado/>> [Consulta: 2 de diciembre de 2016].
3. AGENCIAS. 2013. Nueva Zelanda decidió legalizar el matrimonio homosexual. [En línea] La Tercera. 17 de abril de 2013. <<http://www.latercera.com/noticia/mundo/2013/04/678-519140-9-nueva-zelanda-decidio-legalizar-el-matrimonio-homosexual.shtml>> [Consulta: 21 de diciembre de 2014].
4. ÁLVAREZ, R. 2015. Cadem: 60% está de acuerdo con el matrimonio homosexual. [En línea] La Tercera. 7 de septiembre de 2015. <<http://www.latercera.com/noticia/cadem-60-esta-de-acuerdo-con-el-matrimonio-homosexual/>> [Consulta: 1 de diciembre de 2016].
5. BASSETS, MARC. 2015. El Tribunal Supremo de EE.UU. legaliza el matrimonio gay. [En línea] El País. 27 de junio de 2015. <

[http://internacional.elpais.com/internacional/2015/06/26/actualidad/1435327649\\_177772.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2015/06/26/actualidad/1435327649_177772.html)> [Consulta: 2 de diciembre de 2016].

6. BIMBI, BRUNO. 2013. Urgente: la justicia brasileña legalizó el matrimonio igualitario en todo el país. [En línea] TN. 14 de mayo de 2013. <<http://blogs.tn.com.ar/todxs/2013/05/14/brasil/>> [Consulta: 21 de diciembre de 2014].
7. COOPERATIVA.CL. 2015. Gobierno promulgó la ley de Acuerdo de Unión Civil. [En línea] Cooperativa. 13 de abril de 2015. <<http://www.cooperativa.cl/noticias/sociedad/homosexualidad/union-civil/gobierno-promulgo-la-ley-de-acuerdo-de-union-civil/2015-04-13/113745.html>> [Consulta: 2 de diciembre de 2016].
8. EFE y TERRA ACTUALIDAD. 2008. Noruega, sexto país que aprueba los matrimonios homosexuales. [En línea] Terra. 17 de junio de 2008. <<https://archive.today/8JRr#selection-757.0-757.60>> [Consulta: 21 de diciembre de 2014].
9. EFE. 2010. El Tribunal Constitucional portugués aprueba la ley del matrimonio homosexual. [En línea] 20 Minutos. 8 de abril de 2010. <<http://www.20minutos.es/noticia/672451/0/ley/matrimonio/homosexual/>> [Consulta: 21 de diciembre de 2014].
10. EFE. 2010. Islandia aprueba el matrimonio homosexual. [En línea] El País. 11 de junio de 2010. <[http://sociedad.elpais.com/sociedad/2010/06/11/actualidad/1276207208\\_850215.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2010/06/11/actualidad/1276207208_850215.html)> [Consulta: 21 de diciembre de 2014].

- 11.** EFE. 2013. La ley del matrimonio homosexual recibe la sanción de la reina Isabel II. [En línea] El Mundo. 17 de julio de 2013. <<http://www.elmundo.es/elmundo/2013/07/17/internacional/1374048766.html>> [Consulta: 21 de diciembre de 2014].
- 12.** EFE. 2014. Finlandia legaliza el matrimonio homosexual. [En línea] El Mundo. 28 de noviembre de 2014. <<http://www.elmundo.es/internacional/2014/11/28/5478704322601d7c378b4581.html>> [Consulta: 2 de diciembre de 2016].
- 13.** EMOL. 2014. Encuesta Injuv sobre Diversidad Sexual: 7 de cada 10 jóvenes está a favor del matrimonio igualitario. [En línea] Emol. 5 de septiembre de 2014. <<http://www.emol.com/noticias/nacional/2014/09/05/678776/encuesta-injuv-sobre-diversidad-sexual-7-de-cada-10-jovenes-esta-a-favor-del-matrimonio-igualitario.html>> [Consulta: 2 de diciembre de 2016].
- 14.** EMOL. 2014. Diputados presentan proyecto para permitir el matrimonio igualitario en el país. [En línea] Emol. 6 de diciembre de 2014. <<http://www.emol.com/noticias/nacional/2014/12/06/693397/presentan-proyecto-de-matrimonio-igualitario.html>> [Consulta: 29 de noviembre de 2016].
- 15.** EUROPA PRESS. 2014. El Parlamento escocés legaliza el matrimonio homosexual. [En línea] Europa Press. 4 de febrero de 2014. <<http://www.europapress.es/internacional/noticia-parlamento-escoces-legaliza-matrimonio-homosexual-20140204210155.html>> [Consulta: 21 de diciembre de 2014].

- 16.FERRARO, LORENA.** 2016. PS y PPD proponen “comaternidad” homosexual y presionan al gobierno por matrimonio gay. [En línea] T13. 17 de abril de 2016. <<http://www.t13.cl/noticia/politica/ps-y-ppd-proponen-comaternidad-homosexual-y-presionan-al-gobierno-matrimonio-gay>> [Consulta: 29 de noviembre de 2016].
- 17.GUIMÓN, PABLO.** 2015. Irlanda aprueba el matrimonio gay por una amplia mayoría. [En línea] El País. 23 de mayo de 2015. <[http://internacional.elpais.com/internacional/2015/05/23/actualidad/1432372207\\_623361.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2015/05/23/actualidad/1432372207_623361.html)> [Consulta: 2 de diciembre de 2016].
- 18.JUSTICIA EL TIEMPO.** 2016. Histórico: Colombia tiene matrimonio homosexual. [En línea] El Tiempo. 7 de abril de 2016. <<http://www.eltiempo.com/politica/justicia/corte-aprueba-matrimonio-homosexual/16557410>> [Consulta: 2 de diciembre de 2016].
- 19.LA NACIÓN.** 2016. Cadem: 61% está de acuerdo con matrimonio homosexual, pero 55% rechaza adopción. [En línea] La Nación. 1 de febrero de 2016. <<http://www.lanacion.cl/noticias/pais/nacional/cadem-61-esta-de-acuerdo-con-matrimonio-homosexual-pero-55-rechaza/2016-02-01/102226.html>> [Consulta: 2 de diciembre de 2016].
- 20.MALIG, EMILIA.** 2014. Enríquez-Ominami llama a Bachelet a avanzar en matrimonio igualitario y ampliar el concepto de familia. [En línea] La Tercera. 12 de febrero de 2014. <<http://www.latercera.com/noticia/enriquez-ominami-llama-a-bachelet-a-avanzar-en-matrimonio-igualitario-y-ampliar-el-concepto-de-familia/>> [Consulta: 29 de noviembre de 2016].

- 21.MEDIABANCO.** 2015. Partido Progresista valora aprobación del Pacto de Unión Civil en tercer trámite. [En línea] Mediabanco. 21 de enero de 2015. <<http://www.mediabanco.com/2015/01/21/partido-progresista-valora-aprobacion-del-pacto-de-union-civil-en-tercer-tramite/>> [Consulta: 29 de noviembre de 2016].
- 22.MORENO, RICARDO.** 1994. Suecia legaliza el matrimonio homosexual. [En línea] El País. 9 de Junio de 1994. <[http://elpais.com/diario/1994/06/09/sociedad/771112807\\_850215.html](http://elpais.com/diario/1994/06/09/sociedad/771112807_850215.html)> [Consulta: 21 de diciembre de 2014].
- 23.PEÑA G., CARLOS.** 2011. Matrimonio de homosexuales. El Mercurio, Santiago, Chile, 29 de mayo. Reportajes, D11.
- 24.PEREGIL, FRANCISCO.** 2013. Uruguay valida la ley del matrimonio entre personas del mismo sexo. [En línea] El País. 11 de abril de 2013. <[http://internacional.elpais.com/internacional/2013/04/11/actualidad/1365633649\\_404726.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2013/04/11/actualidad/1365633649_404726.html)> [Consulta: 21 de diciembre de 2014].
- 25.RTVE Y AGENCIAS.** 2014. Luxemburgo legaliza el matrimonio y la adopción de homosexuales. [En línea] RTVE. 18 de junio de 2014. <<http://www.rtve.es/noticias/20140618/luxemburgo-legaliza-matrimonio-adopcion-homosexuales/957940.shtml>> [Consulta: 2 de diciembre de 2016].
- 26.SAURÉ G., GISELLE.** 2015. Gobierno “alienta” debate sobre adopción para parejas gay: DC aún no fija posición. [En línea] La Nación. 6 de julio de 2015. <<http://www.lanacion.cl/noticias/pais/politica/gobierno-alienta-debate-sobre-adopcion-para-parejas-gay-dc-aun-no-fija-posicion/2015-07-06/145615.html>> [Consulta: 29 de noviembre de 2016].

- 27.**UPI. 2012. Movilh aplaude mayoritaria aceptación del matrimonio homosexual según encuesta. [En línea] Terra. 29 de agosto de 2012. <<http://noticias.terra.cl/chile/movilh-aplaude-mayoritaria-aceptacion-del-matrimonio-homosexual-segun-encuesta,2fa39852b9479310VgnVCM3000009acceb0aRCRD.html>> [Consulta: 20 de diciembre de 2014].
- 28.**VALLEJOS, SOLEDAD. 2010. El derecho a la igualdad llegó al matrimonio. [En línea] Página 12. 15 de julio de 2010. <<http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-149544-2010-07-15.html>> [Consulta: 21 de diciembre de 2014].
- 29.**ZAPATA, PABLO. 2013. Matrimonio Igualitario: Un tema de Derechos Humanos, no de mayorías ni de minorías. [En línea] El Dínamo. 27 de abril de 2013. <<http://www.eldinamo.cl/blog/matrimonio-igualitario-un-tema-de-derechos-humanos-no-de-mayorias-ni-de-minorias/#>> [Consulta: 20 de diciembre de 2012].

## **PÁGINAS WEB:**

1. BACHELET J., MICHELLE y PRENSA PRESIDENCIA. 2015. Promulga Ley N° 20.830 de Acuerdo de Unión Civil. [En línea] Santiago. <<https://prensa.presidencia.cl/discurso.aspx?id=14535>> [Consulta: 2 de diciembre de 2016].
2. COMUNICACIONES IGUALES. 2012. 54% de las personas encuestadas por Cooperativa – Imaginación apoyan el Matrimonio Igualitario. [En línea] <<http://www.iguales.cl/54-de-los-encuestads-por-cooperativa-imaginacion-apoyan-el-matrimonio-igualitario/>> [Consulta: 21 de diciembre de 2014].
3. EDITOR MOVILH. 2013. Tres encuestas arrojan que el respaldo al matrimonio igualitario va en aumento en Chile. [En línea] <<http://www.movilh.cl/dos-encuestas-arrojan-que-el-respaldo-al-matrimonio-igualitario-va-en-aumento-en-chile/>> [Consulta: 20 de diciembre de 2014].
4. EDITOR MOVILH. 2016. 26 parlamentarios piden al Gobierno acelerar ley de matrimonio igualitario. [En línea] <<http://www.movilh.cl/26-parlamentarios-piden-al-gobierno-acelerar-la-ley-de-matrimonio-igualitario/>> [Consulta: 29 de noviembre de 2016].
5. EDITOR MOVILH. 2016. Encuesta: 59% respalda en Chile el matrimonio entre personas del mismo sexo. [En línea]

<<http://www.movilh.cl/encuesta-59-respalda-en-chile-el-matrimonio-entre-personas-del-mismo-sexo/>> [Consulta: 1 de diciembre de 2016].

6. IGUALES. 2015. Aumenta aprobación de los/as chilenos/as al matrimonio igualitario. [En línea] <<https://www.iguales.cl/aumenta-aprobacion-de-las-chilenas-al-matrimonio-igualitario/>> [Consulta: 2 de diciembre de 2016].
7. IMAGINACIÓN, COOPERATIVA y UNIVERSIDAD CENTRAL DE CHILE. 2013. Encuesta Cooperativa, Imaginación y Universidad Central. [En línea] Santiago. <<http://www.imaginacion.cl/wp-content/uploads/ENCUESTA16042013.pdf>> [Consulta: 21 de diciembre de 2014].
8. PRENSA CONFERENCIA EPISCOPAL DE CHILE. 2011. Inédito documento conjunto de las Iglesias cristianas en Chile. [En línea] <<http://noticias.iglesia.cl/noticia.php?id=15860>> [Consulta: 7 de diciembre de 2016].
9. UNIVERSITY OF PRETORIA y SOUTH AFRICAN LEGAL INFORMATION INSTITUTE. 2006. Civil Union Act 17 of 2006. [En línea] Pretoria. <[http://www.saflii.org/za/legis/consol\\_act/cua2006139.pdf](http://www.saflii.org/za/legis/consol_act/cua2006139.pdf)> [Consulta: 21 de diciembre de 2014].