



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

# **FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL MATRIMONIO IGUALITARIO EN COLOMBIA, MÉXICO Y ESTADOS UNIDOS**

## **Aportes para la discusión en Chile**

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

**CAMILA FRANCISCA AROCA MUÑOZ**

Profesora guía: Liliana Galdámez Zelada

Santiago

2019



# ÍNDICE

|   |    |
|---|----|
| INTRODUCCIÓN.....   | 2  |
| CAPÍTULO I: Criterios para el reconocimiento del matrimonio igualitario en Colombia, México y Estados Unidos..... |    |
| 1. El caso de Colombia .....  | 8  |
| 1.1. Reconocimiento de derechos a personas homosexuales .....   | 9  |
| 1.2. Reconocimiento de derechos a parejas homosexuales .....  | 13 |
| 1.3. La sentencia C-577/11.....   | 15 |
| 1.3.1. La familia y su protección en la Constitución .....  | 15 |
| 1.3.2. Principio de igualdad .....  | 16 |
| 1.3.3. Concepto de matrimonio .....   | 17 |
| 1.4. Sentencia de Unificación SU-214/16.....  | 18 |
| 1.4.1. La familia y su protección en la Constitución .....  | 19 |
| 1.4.2. Concepto de matrimonio.....  | 20 |
| 1.4.3. Principio de igualdad .....  | 21 |
| 2. El caso de México .....  | 22 |
| 2.1. Primeros derechos reconocidos a parejas del mismo sexo .....   | 22 |
| 2.2. Reforma del año 2009 al Código Federal: un nuevo concepto de matrimonio.....                                 | 23 |
| 2.3. Acción de inconstitucionalidad 02/2010.....  | 24 |
| 2.3.1. La familia y su protección en la Constitución .....  | 25 |
| 2.3.2. Concepto de matrimonio .....   | 25 |
| 2.3.3. Principio de igualdad .....  | 26 |
| 2.4. Amparo en revisión 704/2014 .....  | 27 |
| 2.4.1. La familia y su protección en la Constitución .....  | 28 |
| 2.4.2. Concepto de matrimonio.....  | 28 |
| 2.4.3. Principio de igualdad .....  | 29 |
| 3. El caso de Estados Unidos.....   | 30 |
| 3.1. Contexto previo a Obergefell v. Hodges .....   | 31 |
| 3.2. Obergefell v. Hodges.....  | 33 |
| 3.2.1. Concepto de matrimonio .....   | 33 |
| 3.2.2. Principio de igual protección de la ley.....   | 34 |

|  |    |
|--|----|
| 3.2.3. La familia y su relación con el matrimonio .....  | 35 |
| 3.3. Consecuencias de Obergefell v. Hodges....   | 36 |
| CAPÍTULO II: Matrimonio igualitario en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....                   | 40 |
| 1. Matrimonio en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos .....  | 40 |
| 1.1. Matrimonio en instrumentos de Derecho Internacional de los Derechos humanos, ¿Derecho o institución?..... | 42 |
| 1.2. Extensión del derecho al matrimonio en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....              | 43 |
| 2. El matrimonio igualitario en el Sistema Europeo de Derechos Humanos .....                                   | 46 |
| 2.1. Schalk y Kopf vs. Austria .....   | 47 |
| 2.2. Chapin y Charpentier vs. Francia .....  | 50 |
| 2.3. Críticas a las sentencias.....  | 52 |
| 3. El matrimonio igualitario ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos .....                          | 55 |
| 3.1. La Opinión Consultiva 24/17 .....   | 56 |
| 3.2. Acuerdo de Solución Amistosa P-946-12 .....   | 59 |
| CAPÍTULO III: La situación del matrimonio igualitario en Chile .....   | 64 |
| 1. Análisis de la Sentencia Rol N° 1881-2010 del Tribunal Constitucional .....                                 | 64 |
| 1.1. Análisis de la decisión del Tribunal.....   | 66 |
| 1.2. Análisis de los votos particulares.....   | 67 |
| 1.2.1. Posición conservadora.....  | 67 |
| 1.2.2. Posición intermedia.....  | 68 |
| 1.2.3. Posición garantista .....   | 69 |
| 1.3. Críticas a la sentencia.....  | 70 |
| 1.3.1. Protección de la familia como fundamento del matrimonio heterosexual .....                              | 70 |
| 1.3.2. Tratamiento del matrimonio en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....                     | 71 |
| 1.3.3. Inaptitud del recurso interpuesto por las partes.....   | 72 |
| 2. Acuerdo de Unión Civil ¿Es suficiente? .....  | 73 |
| 2.1. Antecedentes previos al Acuerdo de Unión Civil.....   | 73 |
| 2.2. Matrimonio y Acuerdo de Unión Civil: análisis comparado .....   | 74 |

|   |     |
|---|-----|
| 2.2.1. Derechos sucesorios.....                                   | 76  |
| 2.2.3. Obligaciones o deberes de los contrayentes .....           | 76  |
| 2.3.3. Adopción.....  | 77  |
| 2.3.4. Técnicas de reproducción humana asistida .....             | 78  |
| 2.3.5. Formas de terminación.....                                 | 78  |
| 2.3.¿Es el Acuerdo de Unión Civil suficiente protección? .....    | 80  |
| 3. Proyecto de Ley de Matrimonio Igualitario .....                | 82  |
| 3.1. Iniciativas anteriores .....                                 | 83  |
| 3.2. Análisis del Proyecto de Ley de Matrimonio Igualitario ..... | 85  |
| 3.3. Críticas al proyecto.....                                    | 87  |
| CONCLUSIONES .....  | 90  |
| BIBLIOGRAFÍA .....  | 94  |
| ANEXOS .....  | 104 |
| ANEXO I: TABLA DE JURISPRUDENCIA .....                            | 104 |
| ANEXO II: TABLA DE LEGISLACIÓN .....                              | 106 |



## **RESUMEN**

Este trabajo se divide en tres capítulos. El primero consiste en un estudio de jurisprudencia y derecho comparado que busca analizar el proceso que conduce a la incorporación del matrimonio igualitario en los ordenamientos jurídicos de Colombia, México y Estados Unidos.

El segundo capítulo estudia el matrimonio en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y particularmente, si el mismo se regula como derecho o institución. Asimismo, se analizan decisiones tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a fin de determinar los criterios que en cada caso se tienen en cuenta para decidir a favor o en contra del matrimonio igualitario en el caso del Tribunal Europeo, y de los derechos de personas homosexuales, en el caso de la Corte Interamericana.

Un tercer capítulo analiza la discusión en torno al matrimonio igualitario en Chile. En primer lugar, se analiza la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional el 3 de noviembre de 2011, en la que se decide sobre un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 102 del Código Civil, que define matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer. Posteriormente, se analiza la regulación del Acuerdo de Unión Civil en paralelo a la del matrimonio, identificando diferencias y semejanzas entre ambos estatutos. Por último, nos referimos al proyecto de matrimonio igualitario presentado recientemente por el gobierno anterior, determinando sus principales diferencias con la regulación actual.

En un apartado de conclusiones, se presentarán argumentos a favor del matrimonio igualitario planteados desde una perspectiva personal, pero teniendo en cuenta lo aprendido a lo largo de este trabajo, además de una proyección respecto a la eventual incorporación del matrimonio igualitario a nuestra legislación.



# INTRODUCCIÓN

El matrimonio no solo es una de las figuras más importantes en el derecho. Es también, una de las instituciones fundamentales de nuestra sociedad. Por lo mismo, ha sido objeto de extensa discusión a nivel mundial, particularmente respecto a la procedencia de su celebración por parejas del mismo sexo.

En nuestro país existe actualmente un proyecto de matrimonio igualitario en discusión. Chile ya contempla una forma de reconocimiento y protección legal que comprende a parejas del mismo sexo, a través del Acuerdo de Unión Civil. Sin embargo, el matrimonio sigue siendo, para muchos, el siguiente paso lógico.

Tomando como referencia la Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional del año 2015, se estima que poco más de un 2% de la población mayor de 18 años se identifica con una orientación sexual distinta de la heterosexualidad.<sup>1</sup> Este porcentaje aumenta a un 3% cuando consideramos solo la población entre los 18 y los 29 años.<sup>2</sup> Por lo tanto, pese a que se trata de un segmento minoritario, es indudable que las sexualidades diversas son una realidad existente en Chile.

Respecto al porcentaje de apoyo ciudadano al matrimonio igualitario en nuestro país, alrededor de un 65% estaría de acuerdo con la iniciativa.<sup>3</sup> Por lo mismo, es evidente que esta realidad demanda que en nuestro país se discuta en torno al estatus que nuestra legislación otorga a parejas no heterosexuales.

Lo anteriormente mencionado son algunas de las razones que motivan este trabajo, cuya hipótesis es que nuestro país mantiene una deuda con la comunidad LGBTI respecto a la incorporación del matrimonio igualitario a nuestro ordenamiento jurídico.

---

<sup>1</sup> Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional. Diversidad Sexual, Síntesis de resultados. [En línea]. 18 de octubre de 2016. [Fecha de consulta: 20 de octubre de 2017]. Disponible en: <[http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen-multidimensional/casen/docs/CASEN\\_2015\\_Resultados\\_Diversidad\\_Sexual\\_18102016.pdf](http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen-multidimensional/casen/docs/CASEN_2015_Resultados_Diversidad_Sexual_18102016.pdf)>, p. 13.

<sup>2</sup> *Ibíd.*, p. 14.

<sup>3</sup> Apoyo a matrimonio igualitario y a adopción homoparental marcan su cifra más alta desde febrero de 2014. [En línea]. La Tercera, 8 de mayo de 2018. [Fecha de consulta: 20 de agosto de 2018]. Disponible en: <<https://www.latercera.com/nacional/noticia/apoyo-matrimonio-igualitario-adopcion-homoparental-marcen-cifra-mas-alta-desde-febrero-2014/157163/#>>.

En efecto, si bien se han presentado con anterioridad proyectos de ley de matrimonio igualitario, y además, el tema ha sido objeto de discusión a propósito del Acuerdo de Unión Civil, hasta el momento no se ha legislado al respecto. Con más países de la región incorporando esta figura a sus ordenamientos en forma reciente (tres de los cuales analizaremos en detalle más adelante) nos parece que es necesario dejar de posponer el debate.

Este trabajo se basa en un análisis de derecho y jurisprudencia comparada, tanto de legislaciones y sentencias extranjeras, como de instrumentos de derecho internacional y decisiones de tribunales internacionales en torno al matrimonio igualitario.

Al inicio de esta investigación, partimos por determinar cuáles serían los países que se analizarían en detalle en el primer capítulo. Algunos de los criterios que influyeron en esta decisión fueron lo reciente de sus decisiones y la similitud de sus contextos al de Chile. Para este último, se tuvo en cuenta, por ejemplo, si previo a la incorporación del matrimonio igualitario existía ya alguna figura que permitiera la unión de parejas del mismo sexo en condiciones similares.

Determinados los países que serían objeto de este trabajo, se recopilaron sentencias e iniciativas legales, partiendo desde aquellas que dicen relación con los derechos de personas gays y lesbianas individualmente consideradas, hasta las que tratan directamente el matrimonio igualitario.

A través de la lectura de las mismas, además del trabajo de académicos en torno a ellas, pudimos establecer los tres principales de argumentos a favor del matrimonio igualitario, que se replican para el caso de cada país. Estos argumentos dicen relación con el concepto de matrimonio que cada uno defiende, la protección de la familia y el principio de igualdad ante la ley.

En el segundo capítulo, partimos por analizar la forma en que instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos regulan el matrimonio, a fin de determinar si el mismo es tratado como un derecho o como una institución. Luego de ello, pasamos a exponer decisiones que dan luces sobre la postura que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen sobre el matrimonio igualitario.

En el capítulo final, abrimos analizando los argumentos de los votos particulares de los ministros de nuestro Tribunal Constitucional en la decisión Rol N° 1881 de 2010, estableciendo una clasificación

entre aquellos que adoptan una posición conservadora, intermedia o garantista. Continuamos el capítulo estudiando la regulación del Acuerdo de Unión Civil, estableciendo sus diferencias y similitudes con el matrimonio, y cuáles son los efectos prácticos de estas diferencias. Finalmente, hacemos un breve paso por las distintas iniciativas legales de matrimonio igualitario que se han presentado en nuestro país, deteniéndonos, de forma más detallada, en la iniciativa que actualmente se encuentra en discusión.

El objetivo perseguido por este trabajo es ser un aporte a la discusión del matrimonio igualitario en nuestro país, a través de determinar cuáles son los puntos comunes en la discusión respecto al tema en cada uno de los casos en estudio y cómo, a su vez, se abordan en cada caso los argumentos en contra. También se busca, a través del análisis tanto de la experiencia internacional como el de nuestro propio país, dar luces respecto a cuál será el futuro del proyecto que se encuentra actualmente en discusión.



# **CAPÍTULO I: Criterios para el reconocimiento del matrimonio igualitario en Colombia, México y Estados Unidos**

En este apartado, se procederá al análisis de derecho comparado de tres países de la región, dando a conocer las razones por las cuáles se seleccionan estas experiencias específicas como objeto de estudio y la relevancia que cada una reviste para nuestro país.

Un aspecto de este análisis con el que es necesario familiarizarse es la distinción entre las motivaciones de legislar respecto al matrimonio igualitario cuando la iniciativa es legislativa, en contraste a aquellos casos en que la iniciativa es judicial. Respecto a esto, consideramos lo planteado por Luis María Díez-Picazo, en el artículo “En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo.”

Según el autor, “Cuando la iniciativa se ha llevado a cabo directamente en el Parlamento, como ocurrió en los Países Bajos o en Bélgica, el debate se ha planteado principalmente en términos de oportunidad de política y, en alguna medida, también de técnica legislativa. [En cambio] en los países donde el impulso inicial ha sido judicial, el debate, como era de esperar, se ha planteado en términos constitucionales y, más en particular, de alcance de los derechos fundamentales.”<sup>4</sup>

En este último caso, señala, hay dos problemas a los que nos debemos enfrentar: “primero, si la tradicional exigencia de diversidad de sexos para el matrimonio es discriminatoria; segundo, si la decisión legislativa de ampliar el matrimonio a las parejas del mismo sexo sería constitucionalmente legítima, especialmente desde el punto de vista del derecho fundamental al matrimonio reconocido en muchos textos constitucionales y en varios tratados internacionales.”<sup>5</sup>

Este aspecto de la iniciativa judicial, su énfasis en los derechos fundamentales, tiene consecuencias cruciales no sólo en el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, sino que en la forma en que el mismo debe regularse. Así, señala el autor, “Al declararse inconstitucional la exigencia de diversidad de sexos, el matrimonio entre personas del mismo sexo no sólo debe considerarse como un imperativo constitucional sino que, en principio, ha de quedar asimilado al

---

<sup>4</sup>DÍEZ-PICAZO Giménez, Luis María. En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo. Revista para el análisis del Derecho. [En línea]. Abril 2007, N°2. [Fecha de consulta: 5 de julio de 2016]. Disponible en: <[http://www.indret.com/pdf/420\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/420_es.pdf)>. P.7.

<sup>5</sup>Ibíd. p. 7.

mismo régimen jurídico que el matrimonio tradicional. De lo contrario, no tendría mucho sentido una declaración de inconstitucionalidad basada en el argumento de la discriminación.”<sup>6</sup>

El debate planteado en términos de alcance de derechos fundamentales tiene lugar en cada uno de los países en estudio. Así, en los siguientes casos veremos que aun cuando la iniciativa es de orden legislativo, los tribunales de cada país cumplen un importante rol en la incorporación del matrimonio igualitario a sus respectivos ordenamientos jurídicos.

Otra diferenciación importante que debemos establecer desde un principio es entre el matrimonio visto como un derecho y el matrimonio visto como una institución.

En las legislaciones nacionales, particularmente en el caso de Chile, la discusión respecto de la naturaleza jurídica del matrimonio se tiende a dar respecto de si el mismo es una institución, un contrato o un acto del Estado<sup>7</sup>. Dentro de estas tres posibilidades, el matrimonio como institución es particularmente relevante a efectos de la discusión sobre matrimonio igualitario. Así, el matrimonio mirado como institución tiene ciertas características específicas en las que cabe reparar: “En el matrimonio existen dos personas [...] También existen restricciones en cuanto al número y condiciones de las partes contratantes. Sólo, pueden contraer la unión conyugal un hombre y una mujer y están sometidos a un ordenamiento dado con antelación a la manifestación misma de voluntad de unirse en matrimonio.”<sup>8</sup>

Refiriéndose a la diferencia entre matrimonio-institución y matrimonio-derecho, la profesora Liliana Galdámez señala “es posible una aproximación al menos desde dos perspectivas. La primera responde al análisis de la institución del matrimonio, de su definición histórica, fines y sentido en tanto institución. La segunda obedecería a su estudio desde la lógica de los derechos y si acaso la definición del matrimonio limitada a las parejas heterosexuales vulnera o no el principio de igualdad.”<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> *Ibíd.* pp. 7 y 8.

<sup>7</sup> RAMOS PAZOS, René. Derecho de familia. Tomo I. Tercera Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, 387 pp. Pp. 30-32.

<sup>8</sup> LARRAÍN RÍOS, Hernán. Naturaleza Jurídica del Matrimonio. [En línea]. Anales de la Facultad de Derecho Vol. XIV - Enero de 1950 a Diciembre de 1951 - N° 60 al 67. [Fecha de consulta: 4 de diciembre de 2016] Disponible en: <[http://web.uchile.cl/vignette/analesderecho/CDA/an\\_der\\_simple/0,1362,SCID%253D2594%2526ISID%253D211%2526PRT%253D2588,00.html](http://web.uchile.cl/vignette/analesderecho/CDA/an_der_simple/0,1362,SCID%253D2594%2526ISID%253D211%2526PRT%253D2588,00.html)>.

<sup>9</sup> GÁLDAMEZ ZELADA, Liliana. Exhortaciones del Tribunal Constitucional al legislador: matrimonio entre personas del mismo sexo y derecho a la consulta de los pueblos indígenas. En: ALCALÁ NOGUEIRA, Humberto. Reflexiones acerca del Tribunal Constitucional y sus competencias a ocho años de la reforma de 2005. Santiago, Librotecnia, 2013, pp. 211-213., p. 220.

A lo largo de este trabajo explicaremos porqué esta segunda perspectiva, la del matrimonio como derecho, es la que nos parece que debería adoptarse en este debate. Y tal como se evidenciará al entrar en el análisis de cada uno de los países, esta es precisamente la perspectiva desde la que se suele argumentar que es necesaria la figura del matrimonio igualitario.

Además de las distinciones ya establecidas, al analizar los países mencionados, nos detendremos en cómo cada uno aborda el concepto de matrimonio, la protección de la familia y el principio de igualdad. Respecto a este último, el mismo se consagra en los tres países en estudio de forma relativamente similar y es un aspecto fundamental de la discusión respecto al matrimonio igualitario, especialmente desde la perspectiva de los derechos. Por lo mismo, para efectos de este análisis consideraremos el principio de igualdad como una norma común, en los términos en que se regula en la Constitución Política de Colombia, por ser, dentro de los tres, el país que desarrolla este principio en forma más extensa:

“Artículo 13 de la Constitución Política de Colombia. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica

.  
El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”<sup>10</sup>

## **1. El caso de Colombia**

La jurisprudencia colombiana ha realizado una labor destacable en cuanto al reconocimiento de derechos de diversidades sexuales, siendo capaz de construir un estatuto protector respecto de ellas sin que la Constitución las mencione. Esta misma omisión de la Carta Fundamental se da en nuestro

---

<sup>10</sup>Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional No. 120. Colombia, 10 de octubre de 1991.

país. Por ello, reviste especial interés analizar cómo es posible construir un sistema de protección para un grupo que ha sido históricamente discriminado dentro de un ordenamiento jurídico que omite siquiera el reconocimiento de dicho grupo.

En el caso de Colombia, la iniciativa respecto al matrimonio igualitario es de orden judicial. La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia reconoce de forma progresiva derechos a personas homosexuales y parejas del mismo sexo, dando cuenta en sus fallos de situaciones de discriminación que las afectan en razón de su orientación sexual. Eventualmente, este camino lleva a la Corte a pronunciarse respecto del matrimonio, decidiendo que la exclusión de parejas del mismo sexo constituye una situación de discriminación que cabe corregir.

La Corte mantiene en torno a esta temática una perspectiva de derechos, en que la situación de desmedro que afecta a parejas del mismo sexo carece de toda justificación y por lo mismo, procede que la misma se rectifique. La experiencia de Colombia nos parece relevante para la discusión en Chile en tanto la Corte rebate todos los argumentos más frecuentes en contra del matrimonio igualitario y da cuenta de cómo la perspectiva que se adopte, de matrimonio como derecho o matrimonio como institución, influye de manera determinante en la decisión final.

La fundamentación de la Corte a este respecto se basa en derechos fundamentales y la forma en que la desprotección que afecta a parejas del mismo sexo conlleva una vulneración de estos derechos. Para este estudio se analizarán ocho sentencias pronunciadas por la Corte Constitucional, que dan cuenta de la evolución de su criterio respecto a los derechos reconocidos, primero a personas homosexuales individualmente consideradas, y luego a parejas compuestas por personas del mismo sexo.

### **1.1. Reconocimiento de derechos a personas homosexuales**

Si bien la jurisprudencia de la Corte ha evolucionado hacia el reconocimiento y protección de personas homosexuales, sus criterios no siempre fueron tan garantistas como lo son en la actualidad. En este sentido, podemos mencionar como un primer antecedente relevante la sentencia de tutela No.

539 del año 1994<sup>11-12</sup>. El fallo rechaza expresamente la discriminación fundada en la orientación sexual. Más aún, el mismo fundamenta este rechazo en la propia Constitución, abogando por el respeto, la tolerancia y la igualdad de derechos de las personas, sin importar su orientación sexual.<sup>13</sup>

Sin embargo, en el mismo fallo, la Corte procede a estipular un amplio y confuso límite a la expresión de dicha orientación, al señalar: “Los homosexuales tienen su interés jurídicamente protegido, siempre y cuando en la exteriorización de su conducta no lesionen los intereses de otras personas ni se conviertan en piedra de escándalo, principalmente de la niñez y la adolescencia.”<sup>14</sup>

Parece contradictorio afirmar de forma clara la igualdad de cierto grupo y consecuentemente, el derecho a expresar libremente su sexualidad, para posteriormente limitar dicha expresión a los ‘intereses de otras personas.’ Es evidente que, pese a ciertos puntos claramente rescatables, a la fecha de este fallo seguía existiendo una relegación de la homosexualidad a un segundo plano, en que la supuesta igualdad reivindicada por la Corte no es absoluta, cediendo a favor de valores sociales no definidos a los que les otorga mayor relevancia.

En relación a lo anterior, la profesora Julieta Lemaitre señala “estas primeras tutelas fueron rechazadas por la Corte con sentencias que reprodujeron estereotipos homofóbicos, por ejemplo, diciendo que la homosexualidad era anormal, e insistiendo en que su expresión está limitada por ‘los derechos de los otros’, derechos que parecían incluir la repugnancia como derecho.”<sup>15</sup>

Posteriormente, en la sentencia número C-098/96, la Corte se pronuncia a propósito de una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° y el literal a) del artículo 2° de la Ley 54 de 1990, los cuales definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes.<sup>16</sup>

---

<sup>11</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-539/94. [En línea]. 30 de noviembre de 1994. [Fecha de consulta: 30 de agosto de 2016]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-539-94.htm>>.

<sup>12</sup> En esta oportunidad, la Corte se pronuncia respecto de una demanda en contra de la Comisión Nacional de Televisión, a raíz de la censura de un comercial para la prevención del Sida en que se muestra una pareja de hombres besándose.

<sup>13</sup> “De ahí que, como se ha dicho, los homosexuales son titulares de todos los derechos fundamentales de la persona humana, y no hay título jurídico para excluirlos de las actitudes de respeto, justicia y solidaridad. Se recuerda que en Colombia ninguna persona puede ser marginada por razones de sexo y que el derecho a la intimidad esté protegido y tutelado por nuestro Estado social de derecho.” *Ibíd.*, Conclusión.

<sup>14</sup> *Ibíd.*, considerando 2.2. (Lo subrayado es nuestro).

<sup>15</sup> LEMAITRE RIPOLL, Julieta. El amor en tiempos de cólera: Derechos LGBT en Colombia. SUR-Revista Internacional de Derechos Humanos. Sao Paulo. Volumen (11): 79-97. Diciembre, 2009, p. 81.

<sup>16</sup> Los preceptos impugnados señalan:

En esta oportunidad, quienes interponen la acción lo hacen alegando que los preceptos impugnados, al limitarse a la unión entre un hombre y una mujer, no se condicen con el principio de igualdad real y efectiva, ni el libre desarrollo de la personalidad, además de contrariar el pluralismo consagrado en la Constitución.

La Corte, al pronunciarse en este caso, reconoce de forma explícita el derecho a la libertad de opción en cuanto a la orientación sexual, señalando que “La ley no impide, en modo alguno, que se constituyan parejas homosexuales y no obliga a las personas a abjurar de su condición u orientación sexual.”<sup>17</sup>

Por su parte, respecto a la alegación de una supuesta omisión legislativa, al excluirse a parejas del mismo sexo, señala “La omisión del Legislador que le endilga el demandante, podría ser objeto de un más detenido y riguroso examen de constitucionalidad, si se advirtiera en ella un propósito de lesionar a los homosexuales o si de la aplicación de la ley pudiera esperarse un impacto negativo en su contra. Sin embargo, el fin de la ley se circunscribió a proteger las uniones maritales heterosexuales sin perjudicar las restantes y sin que estas últimas sufrieran detrimento o quebranto alguno, como en efecto no ha ocurrido.”<sup>18</sup>

Otro pronunciamiento relevante es el que se produce en la sentencia número C-507/99. En esta oportunidad, la Corte conoce una acción pública de inconstitucionalidad presentada por el abogado Rafael Barrios Mendevil respecto de algunos de los artículos que reforman el Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares. De particular interés resulta el artículo 184, que dispone:

---

“Artículo 1.- A partir de la vigencia de la presente ley y para todos los efectos civiles, se denomina unión marital de hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho.

Artículo 2.- Se presumen sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio.” Ley 54 de 1990, Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes. Diario Oficial de la República de Colombia. Bogotá, 31 de diciembre de 1990.

<sup>17</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-098/96. [En línea]. 7 de marzo de 1996. [Fecha de consulta: 4 de septiembre de 2016]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-098-96.htm>>. Considerando 4.

<sup>18</sup> *Ibíd.*, considerando 4.2.

“Artículo 184.- Cometén falta contra el honor militar, los oficiales y suboficiales en servicio activo que incurran en hechos o situaciones que afecten el honor del cuerpo de oficiales o suboficiales o la dignidad de la institución castrense, tanto en actividades del servicio como fuera de ellas.

Son faltas contra el Honor Militar las siguientes:

[...]

d) Ejecutar actos de homosexualismo o practicar o propiciar la prostitución”<sup>19</sup>

La Corte toma esta oportunidad para reafirmar su rechazo a la discriminación por razón de orientación sexual, al señalar “si la autodeterminación sexual del individuo constituye una manifestación de su libertad fundamental y de su autonomía, como en efecto lo es, ni el Estado ni la sociedad se encuentran habilitados para obstruir el libre proceso de formación de una específica identidad sexual, pues ello conduciría a aceptar como válido el extrañamiento y la negación de las personas respecto de ellas mismas por razones asociadas a una política estatal contingente.”<sup>20</sup>

De esta manera, la Corte no se limita, como lo había hecho en ocasiones anteriores, a señalar que no existe fundamento constitucional que justifique la discriminación en base de la orientación sexual, sino que va más allá, encontrando fundamentos constitucionales que justifican y protegen la autodeterminación.

Con estos y otros fallos similares, la Corte comienza a instalar un criterio que reconoce la autodeterminación sexual como un derecho constitucionalmente protegido. Conjuntamente con ello, se rechaza cualquier discriminación en base de la orientación sexual, por ser la misma contraria a la Constitución. En relación a estos criterios, Lemaitre señala. “Así, cualquier diferenciación por orientación sexual, como por raza, etnia y sexo, debía cumplir los requisitos de ser necesaria para cumplir fines constitucionales, proporcional en la consideración del perjuicio causado para cumplir dichos fines, y no lesionar ningún derecho fundamental de rango superior.”<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup>Decreto 85. Por el cual se reforma el Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares. Diario Oficial de la República de Colombia. Bogotá, 10 de enero de 1989.

<sup>20</sup>CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-507/99. [En línea]. 14 de julio de 1999. [Fecha de consulta: 30 de septiembre de 2016]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/c-507-99.htm>>. Considerando 5.3.

<sup>21</sup>Lemaitre, Op. cit. p. 83.

La tendencia general en los fallos de la Corte en esta época es hacia proteger la orientación sexual como parte de la autonomía individual y el libre desarrollo de la personalidad, y por lo tanto rechazar instancias de discriminación explícita. Sin embargo, persiste la situación de total desprotección de las parejas homosexuales por parte de la ley.

## 1.2. Reconocimiento de derechos a parejas homosexuales

No es sino hasta el 2007 que la Corte se pronuncia de manera favorable respecto de los derechos de parejas homosexuales, conociendo de una demanda de inconstitucionalidad respecto de los artículos 1 y 2 de la Ley 54 de 1990, que regulan la unión marital de hecho. Los preceptos impugnados disponen:

“Artículo 1o. A partir de la vigencia de la presente Ley y para todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho.

Artículo 2o. Modificado por el art. 1, Ley 979 de 2005. Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:

- a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio;<sup>22</sup>

Así, la Corte señala “el régimen de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificado por la Ley 979 de 2005, en la medida en que se aplica exclusivamente a las parejas heterosexuales y excluye de su ámbito a las parejas homosexuales, resulta discriminatorio.”<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Ley 54 de 1990. Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes. Diario Oficial de la República de Colombia. Bogotá, 31 de diciembre de 1990. (El subrayado es nuestro).

<sup>23</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-075/07. [En línea]. 7 de febrero de 2007. [Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2016]. Disponible en: < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-075-07.htm>>. Considerando 6.2.4.

Esta sentencia genera un cambio significativo, al permitir que parejas del mismo sexo puedan acceder al régimen patrimonial otorgado por la unión marital de hecho en igualdad de condiciones a las parejas heterosexuales, y estableciendo por primera vez un estatuto protector para las parejas homosexuales.

Con posterioridad a este fallo, la Corte extendió la protección a parejas homosexuales en seguridad social. En esta oportunidad, se pronuncia a propósito de una demanda de inconstitucionalidad respecto del artículo 163 de la ley 100 de 1993. Este precepto señala quienes son beneficiarios del plan obligatorio de salud, utilizando el término “familiar” para describir la cobertura del mismo.<sup>24</sup> Dado que la ley contempla como familia aquella conformada por cónyuges o compañeros permanentes, solo aplicaría a la unión entre un hombre y una mujer, excluyéndose de la cobertura a las parejas homosexuales. Dentro de la sentencia, la Procuraduría señala que en base al principio de no discriminación por la libre opción sexual “se requiere que el Estado adopte acciones afirmativas de protección para grupos sociales tradicionalmente discriminados, en aras de garantizar la plena aplicación del principio de igualdad.”<sup>25</sup>

La Corte opta por no declarar inconstitucional el precepto impugnado, en cuanto ello derivaría en la desprotección de quienes están señalados como beneficiarios en la ley. En lugar de ello, su decisión extiende la aplicación del precepto a parejas homosexuales, y declara que los mecanismos para acreditar la vocación de permanencia de dichas parejas serían los mismos que aquellos aplicables a parejas heterosexuales.

El año 2009, se produce uno de los avances más importantes en la jurisprudencia de la Corte previo a pronunciarse directamente sobre el matrimonio. Esta decisión se da a propósito de una acción pública de inconstitucionalidad interpuesta por la ONG Colombia Diversa, respecto de numerosas normas del ordenamiento colombiano que emplean términos como “familia”, “unión singular”, “compañero o compañera permanente” y otros similares. La acción se basa en que estos términos derivarían en la exclusión de las parejas homosexuales, la cual sería contraria a la Constitución.

La Corte reconoce en esta oportunidad que un trato diferenciado por parte del ordenamiento jurídico entre parejas homosexuales y heterosexuales puede originar un déficit de protección. En este sentido,

---

<sup>24</sup> Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial de la República de Colombia. Bogotá, 23 de diciembre de 1993.

<sup>25</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-811/07. [En línea]. 3 de octubre de 2007. [Fecha de consulta: 5 de noviembre de 2016]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-811-07.htm>>., Concepto del Procurador General de la Nación.

señala “la pareja, como proyecto de vida en común, que tiene vocación de permanencia e implica asistencia recíproca y solidaridad entre sus integrantes, goza de protección constitucional, independientemente de si se trata de parejas heterosexuales o parejas homosexuales, y que, en ese contexto, la diferencia de trato para parejas que se encuentren en situaciones asimilables puede plantear problemas de igualdad”<sup>26</sup> Así, la Corte determina que en diversas normas en que se utilizan los términos impugnados, se encontraría incluida la pareja homosexual.<sup>27</sup>

Esta decisión contribuye a equiparar en parte la protección que el estatuto jurídico da a parejas homosexuales a aquel otorgado a parejas heterosexuales, sentando con ello un precedente para el posterior pronunciamiento de la Corte sobre el matrimonio.

### **1.3. La sentencia C-577/11**

Como señala Manuel Páez Ramírez “Los aspectos más relevantes de la sentencia C-577 de 2011 consisten, por un lado, en el reconocimiento explícito de las parejas del mismo sexo como un tipo de familia amparado por el ordenamiento jurídico colombiano y, por otro, en la identificación de un déficit de protección jurídica en su contra.”<sup>28</sup> Desde esta base es que la Corte considera que es procedente extender el matrimonio a parejas del mismo sexo. Como se había adelantado, el estudio de la sentencia se hará analizando tres aspectos fundamentales. Estos son: la noción de familia que se considera constitucionalmente protegida, el concepto de matrimonio y el principio de igualdad.

#### **1.3.1. La familia y su protección en la Constitución**

La pregunta en torno a qué constituye familia y la protección de la familia en la Constitución se ha presentado igualmente en otros países de la región, incluyendo Chile. Por esto, resulta de suma relevancia analizar la decisión de la Corte para este caso, en tanto es uno de los puntos cruciales de la discusión sobre matrimonio igualitario.

<sup>26</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-029/09. [En línea]. 28 de enero de 2009. [Fecha de consulta: 6 de octubre de 2016]. Disponible en: < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-029-09.htm>>. Considerando 3. (Lo subrayado es nuestro).

<sup>27</sup> Como consecuencias de esta decisión, se aclara que la pareja homosexual, al igual que la heterosexual, no está obligada a incriminar a su pareja en un proceso penal, que las parejas homosexuales pueden crear un patrimonio de familia inembargable, que pueden afectar un inmueble como vivienda familiar, entre otros.

<sup>28</sup> PAÉZ RAMÍREZ, Manuel. La sentencia C-577 de 2011 y el matrimonio igualitario en Colombia. Revista Derecho del Estado. Bogotá (13):231-257. 2013, p. 233.

Respecto del reconocimiento de las parejas homosexuales como una forma de familia protegida por la Constitución, la Corte lo considera una realidad, señalando “los vínculos que dan lugar a la constitución de la familia son naturales o jurídicos y que el cambio ahora prohijado ya no avala la comprensión según la cual el vínculo jurídico es exclusivamente el matrimonio entre heterosexuales, mientras que el vínculo natural sólo se concreta en la unión marital de hecho de dos personas de distinto sexo, ya que la ‘voluntad responsable de conformarla’ también puede dar origen a familias surgidas de vínculos jurídicos o de vínculos naturales.”<sup>29</sup>

Sumado a ello, la Corte se pronuncia sobre el carácter flexible del concepto de familia, el que ha sido reconocido anteriormente en su jurisprudencia. Así, indica que “El ‘carácter maleable de la familia’ se corresponde con un Estado multicultural y pluriétnico que justifica el derecho de las personas a establecer una familia ‘de acuerdo a sus propias opciones de vida, siempre y cuando respeten los derechos fundamentales’”, pues, en razón de la variedad, ‘la familia puede tomar diversas formas según los grupos culturalmente diferenciados’, por lo que ‘no es constitucionalmente admisible el reproche y mucho menos el rechazo de las opciones que libremente configuren las personas para establecer una familia’”<sup>30</sup>

Respecto de la extensión de la unión marital de hecho a parejas homosexuales, la Corte explica como la protección otorgada resulta insuficiente, ya que el reconocimiento de las parejas no puede quedar circunscrito a lo meramente patrimonial. En este sentido, “hay un componente afectivo y emocional que alimenta su convivencia, y que se traduce en solidaridad, manifestaciones de afecto, socorro y ayuda mutua, componente personal que se encuentra en las uniones heterosexuales o en cualquier otra unión que, pese a no estar caracterizada por la heterosexualidad de quienes la conforman, constituye familia.”<sup>31</sup>

### **1.3.2. Principio de igualdad**

La sentencia también hace referencia al principio de igualdad, específicamente al considerar que la discriminación en base de la orientación sexual es contraria al mismo: “En esta dirección se ha concluido que el principio democrático no puede avalar ‘un consenso mayoritario que relegue a los

---

<sup>29</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-577/11. [En línea]. 26 de julio de 2011. [Fecha de consulta: 14 de octubre de 2016]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2011/C-577-11.rtf>>., considerando 4.4.3.2.

<sup>30</sup> *Ibíd.*, considerando 4.4.3.

<sup>31</sup> *Ibíd.*, considerando 4.4.3.2.

homosexuales al nivel de ciudadanos de segunda categoría' y que el principio de igualdad se opone, de manera radical, a que a través de la ley, por razones de orden sexual, se subyugue a una minoría que no comparta los gustos, hábitos y prácticas sexuales de la mayoría".<sup>32</sup>

### **1.3.3. Concepto de matrimonio**

Respecto a la noción de matrimonio, la Corte considera que la forma en que Colombia lo regula (entre un hombre y una mujer) no es per se inconstitucional. Esto ya que el precepto sólo reconoce una forma de familia entre muchas existentes. Sin embargo, lo que sí genera problemas es que mientras las parejas heterosexuales pueden optar entre formalizar su vínculo mediante el matrimonio o la unión marital de hecho, las parejas homosexuales sólo pueden optar por la protección meramente patrimonial que otorga este segundo estatuto. Es aquí donde se presenta el déficit de protección.

Es claro que la posibilidad de acceder a la unión marital de hecho es una alternativa mejor que una total desprotección, pero a la vez, el que ésta sea la única opción para parejas del mismo sexo resulta, en opinión de la Corte, manifiestamente insuficiente.

Así, la Corte da cuenta de que, si bien el matrimonio se regula como un contrato, comprende también aspectos extra patrimoniales que lo diferencian de otras figuras contractuales. Estos aspectos, que son finalmente los que caracterizan el matrimonio, no se consideran en la regulación de las uniones de hecho. Ello a pesar de que sin duda entre parejas del mismo sexo pueden generarse vínculos de afectividad característicos de una familia. Sin embargo, para el caso de estas parejas, tales vínculos son ignorados por la ley.

La Corte en este caso no deja el tema zanjado, ya que considera que, dada la relevancia social de la discusión, la misma debe darse de manera democrática. Así, encomienda al legislador que para el año 2013, debe haberse legislado eliminando el déficit de protección que afecta a parejas del mismo sexo. De no cumplir el mandato, existiría la posibilidad de que parejas del mismo sexo pudieran acudir a un notario o juez competente a formalizar y solemnizar su unión por medio de un vínculo contractual. A este respecto, según Manuel Páez Ramírez, se abren dos posibilidades de cumplimiento de lo ordenado por la Corte: La primera es autorizar la suscripción de acuerdos innominados y atípicos

---

<sup>32</sup> *Ibíd.*, considerando 4.4.2. (Lo subrayado es nuestro).

entre parejas del mismo sexo, mientras que la segunda es autorizar entre ellas la celebración de matrimonios.<sup>33</sup>

En este sentido, el autor señala “resulta pertinente cuestionarse si es válido que los derechos y las obligaciones presentes en la institución familiar de las parejas del mismo sexo dependan de la ‘imaginación de las partes’ y que estas puedan añadir o excluir del régimen aplicable a la familia cualquier cláusula ‘a la medida’”<sup>34</sup>

Estamos de acuerdo con el autor, ya que teniendo en cuenta el razonamiento de la Corte respecto a la familia, la noción de matrimonio y el principio de igualdad, la única forma de satisfacer el mandato es extendiendo el matrimonio hacia las parejas del mismo sexo. Además, tal como señala Páez, dada la importancia que la protección de la familia tiene dentro del ordenamiento jurídico colombiano, resultaría contradictorio que se permitiera la celebración de contratos innominados por parte de parejas del mismo sexo, cuyo contenido quedara a completo arbitrio de las partes.

#### **1.4. Sentencia de Unificación SU-214/16**

Pese a lo ordenado por la Corte, llegado el año 2013 el Congreso no cumple con lo encomendado. Al momento de pronunciarse respecto al proyecto de ley que contempla el matrimonio entre personas del mismo sexo, el órgano legislativo decide en contra del mismo por una amplia mayoría. Como consecuencia, comienza a darse marcha a lo preceptuado en el fallo del año 2011, dando la posibilidad a parejas del mismo sexo de acudir ante jueces y notarios para formalizar sus vínculos.

Ante este escenario, si bien como se señaló parece más que claro que la única forma de cumplir lo decidido por la Corte es mediante la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo, ciertos sectores no comparten dicho parecer. Así, pese al avance que constituye el pronunciamiento hecho por la Corte en el año 2011, dos años después las parejas del mismo sexo permanecen en una situación de incertidumbre respecto al reconocimiento y formalización de sus relaciones afectivas.

Producto de ello es que el año 2016, la Corte Constitucional se pronuncia nuevamente, esta vez para zanjar el tema, en la sentencia de unificación número 214/2016. La Corte en este caso resuelve

---

<sup>33</sup> PAÉZ, Op. Cit. p. 242.

<sup>34</sup> *Ibíd.*, p. 248.

respecto de varios expedientes de tutela de personas a las que se les anuló o negó la celebración o inscripción de su matrimonio, evidenciando con ello que la cuestión que había motivado el fallo de la Corte el año 2011 seguía sin resolverse de manera definitiva.

En esta oportunidad, con un voto de mayoría de 6 a 3, la Corte señala que los matrimonios civiles celebrados entre parejas del mismo sexo en Colombia con posterioridad al 20 de junio de 2013 son plenamente válidos, por ajustarse a la interpretación constitucional de la sentencia C-577/11.

La Corte examina de manera exhaustiva su anterior jurisprudencia, referenciando fallos previos en los que progresivamente, se reconocen derechos, primero a personas homosexuales individualmente consideradas y con posterioridad, a parejas, llegando el año 2011 a ordenar que se subsane el déficit de protección que hasta aquel momento existía respecto de las parejas heterosexuales.

Así, distingue 4 etapas en su propia jurisprudencia en relación a los derechos otorgados a las parejas del mismo sexo:

- I. Se niega el reconocimiento de los derechos de familia, sobre la base de una diferencia fundamental entre parejas del mismo y de distinto sexo.
- II. Reconocimiento, junto con la extensión de la Unión Marital de Hecho, de ciertos derechos patrimoniales a estas parejas.
- III. Marcada por la sentencia C-577/11, se reconoce a parejas homosexuales el derecho a formar familias.
- IV. Se establece por primera vez de la posibilidad de adopción por parte de parejas homosexuales.

Al igual que en el apartado anterior, respecto de esta sentencia se analizará la forma en que se trata la familia y su protección en la constitución, el concepto de matrimonio y el principio de igualdad.

#### **1.4.1. La familia y su protección en la Constitución**

La distinción entre las cuatro etapas se vincula íntimamente al concepto de familia. Al avanzar en la jurisprudencia de la Corte es posible observar como el concepto de familia construido se hace progresivamente más amplio, hasta entender que no existe razón para excluir del mismo a las parejas homosexuales.

En referencia a la tercera etapa que la Corte reconoce en su propia jurisprudencia, es en la sentencia C-577/11 que por primera vez se reconoce explícitamente a la pareja homosexual como una forma de familia constitucionalmente protegida.

Más ampliamente, en la cuarta etapa, la jurisprudencia se dirige a extender el concepto de familia mediante la posibilidad de adopción por parte de parejas homosexuales, cuando el niño o niña sea hijo biológico de alguno de los integrantes de la misma.

Mediante este análisis queda claro que la posibilidad de constituir familia ya es un derecho reconocido a las parejas homosexuales, el cual según la jurisprudencia de la Corte encuentra su asidero en la Constitución.

A lo largo de la sentencia, este derecho aparece vinculado en numerosos considerandos a la posibilidad de contraer matrimonio. En este sentido, considera que “las normas constitucionales atinentes a la conformación de una familia y a la celebración de un matrimonio, deben interpretarse armónicamente con los estándares internacionales existentes en la materia.”<sup>35</sup>

#### **1.4.2. Concepto de matrimonio**

Específicamente en referencia al concepto de matrimonio, la Corte considera que no es contrario a la Constitución entender que el mismo resulta también aplicable a personas del mismo sexo. Así, “La Sala Plena estima que celebrar un contrato civil de matrimonio entre parejas del mismo sexo es una manera legítima y válida de materializar los principios y valores constitucionales y una forma de asegurar el goce efectivo del derecho a la dignidad humana y a conformar una familia, sin importar cuál sea su orientación sexual o identidad de género.”<sup>36</sup>

Respecto a la noción de matrimonio, la Corte es enfática en afirmar que ésta no es estática, sino que tiene un carácter evolutivo y responde a los valores y el contexto de cada sociedad. De esta forma “la configuración de un concepto jurídico, como es aquel del matrimonio, responde no sólo a la representación de un hecho social, sino que envuelve un conjunto de valores, cargas afectivas y

---

<sup>35</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia de unificación SU-214/16. [En línea]. 28 de abril de 2016. [Fecha de consulta: 14 de octubre de 2016]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/SU214-16.htm>>. Considerando 10.

<sup>36</sup> *Ibíd.*, considerando 12.

relaciones de poder existentes en una determinada sociedad. Se trata, en consecuencia, de un concepto evolutivo, cuya comprensión ha variado a lo largo de los siglos.”<sup>37</sup>

Es precisamente este carácter evolutivo de la institución lo que permite a la Corte considerar que, no teniendo asidero constitucional la exclusión de las parejas del mismo sexo, no hay fundamentos que la justifiquen, sobre todo considerando que la tendencia clara de la jurisprudencia ha sido a su equiparación con las parejas heterosexuales en todos los ámbitos posibles.

Así, entendiendo el matrimonio como institución evolutiva, es evidente que ciertas características del mismo se modifican de acuerdo al contexto en que se sitúa. De esta forma, considerando sus anteriores precedentes, el matrimonio sin duda debe entenderse desde la óptica de los derechos, afirmando “en la actualidad, en un Estado Social de Derecho, en un paradigma de separación entre la Iglesia y el Estado, la regulación del matrimonio desborda los clásicos cánones del derecho legislado (contrato civil), para ser comprendido desde la perspectiva de los derechos fundamentales.”<sup>38</sup>

### **1.4.3. Principio de igualdad**

En relación al principio de igualdad, el Tribunal considera una interpretación que se condiga con el mismo no puede comprender dos estatutos diferenciados que coloquen en desmedro a un grupo determinado, al contar con una menor protección. Al respecto “Una interpretación sistemática basada en el ‘derecho viviente’, y en procura de los derechos de las minorías, no admite la existencia de dos clases de matrimonio, enviando un mensaje de inferioridad a algunas personas, pues ello comporta un trato diferenciado y desproporcionado fundado en la orientación sexual que quebranta los derechos a la libertad, a la dignidad humana y a la igualdad.”<sup>39</sup>

De esta forma, para la Corte, la discriminación en base de la orientación sexual resultaría atentatoria al principio de igualdad. Esto en tanto si ya se ha determinado que las parejas del mismo sexo pueden conformar una familia, al igual que las parejas heterosexuales, resulta contradictorio ordenar que para formalizar sus vínculos deban acceder a un estatuto distinto al que les es otorgado a estas últimas, estatuto que por cierto otorga menor protección y no implica el mismo nivel de reconocimiento social.

---

<sup>37</sup> *Ibíd.*, considerando 12.

<sup>38</sup> *Ibíd.*, considerando 10.

<sup>39</sup> *Ibíd.*, considerando 1.

## **2. El caso de México**

México es uno de los países de la región que resulta de mayor interés analizar, en tanto muchos aspectos de su legislación son similares a nuestro ordenamiento jurídico. Asimismo, se diferencia de los otros países que son objeto de este estudio ya que la iniciativa respecto al matrimonio igualitario es legislativa y no judicial. Esto, sin perjuicio de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación cumple un rol fundamental en la incorporación del matrimonio igualitario a su ordenamiento jurídico. De forma similar, en Chile, las iniciativas respecto al matrimonio igualitario han sido de orden legislativo. Otro de los aspectos que acerca el caso de México a la realidad de nuestro país es que antes de decidirse respecto del matrimonio entre parejas del mismo sexo, existía una figura que regulaba las relaciones entre parejas del mismo sexo y les otorgaba ciertos derechos, constituyendo un estatuto similar a nuestro Acuerdo de Unión Civil.

Para el caso de este país se analizarán primero ciertas modificaciones introducidas a la legislación que reconocen derechos a parejas del mismo sexo con anterioridad al matrimonio igualitario. Luego, se estudiarán dos sentencias; la primera, una acción de inconstitucionalidad contra la reforma del año 2009 del Código Civil para el Distrito Federal, que incorpora el matrimonio entre personas del mismo sexo, y la segunda, una revisión de amparo de la definición de matrimonio contenida en el Código Civil del estado de Colima, que lo define como la unión entre un hombre y una mujer. Respecto al análisis de la jurisprudencia y replicando la estructura seguida con anterioridad, analizaremos como se trata la familia y su protección constitucional, el concepto de matrimonio y el principio de igualdad.

### **2.1. Primeros derechos reconocidos a parejas del mismo sexo**

De forma similar al caso de Colombia, aun antes de discutirse respecto del matrimonio, se reconocen de forma progresiva derechos a parejas del mismo sexo.

Los primeros avances notorios hacia el matrimonio igualitario se materializaron en la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal a fines del año 2006.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup>El artículo 2º de esta ley define a la sociedad de convivencia como “un acto jurídico bilateral que se constituye, cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar

La regulación establece para las parejas del mismo sexo derechos sucesorios, alimentarios, y deberes de convivencia entre las partes, por mencionar algunos de sus efectos. La protección otorgada por el estatuto es similar a aquella otorgada por el concubinato, aunque como ventaja, la sociedad de convivencia otorga una mayor seguridad jurídica, al tener una exigencia de registro.<sup>41</sup>

## **2.2. Reforma del año 2009 al Código Federal: un nuevo concepto de matrimonio**

La iniciativa respecto del matrimonio igualitario en este país, a diferencia de lo analizado en el caso anterior, fue de orden legislativo. Sin embargo, en este caso, la reforma no afectó a toda la nación, sino que tuvo su génesis en el Distrito Federal. La reforma del año 2009 tiene origen en la Asamblea Legislativa del Distrito. Como era de esperarse, se genera una férrea oposición por parte de algunos sectores, pese a lo cual, el 29 de diciembre de 2009, se aprueba.

El nuevo concepto de matrimonio introducido por la reforma en el año 2009 elimina la referencia al sexo de los contrayentes, abriendo con ello la posibilidad de acceder a la institución a parejas del mismo sexo.

Luego de la reforma, el matrimonio se define como la unión libre de dos personas, omitiendo mención al género de los contrayentes. Además, se suprime una de las que anteriormente estuviera estipulada como finalidad del matrimonio: la procreación. De esta forma, la modificación responde a una de las objeciones más comunes al matrimonio entre parejas del mismo sexo, referida a la imposibilidad de procrear y, por ende, en la concepción más tradicional, la imposibilidad de conformar una familia. Con ello se elimina de raíz este argumento y se responde a la realidad actual en que matrimonio y procreación no son situaciones necesariamente vinculadas.

Una consecuencia relevante de la reforma se da respecto de la adopción. El precepto que la regula señala, con anterioridad a la reforma, que pueden adoptar los cónyuges o concubinos. Así, pese a que no se realiza ninguna modificación al artículo que regula la adopción, el mismo se incluye en la reforma, dándose a entender que, en conjunto con el matrimonio, se incluye el derecho de las parejas del mismo sexo, cónyuges o concubinos, a la adopción.

---

común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua.” Decreto de Ley de Sociedad de Convivencia Civil para el Distrito Federal. Gaceta Oficial del Distrito Federal. México D.F, 16 de noviembre del 2006.

<sup>41</sup> Cabe mencionar que este registro no equivale a un nuevo estado civil, en cuanto el trámite no se lleva a cabo en el Registro Civil correspondiente, sino que en la Dirección General Jurídica y de Gobierno.

### 2.3. Acción de inconstitucionalidad 02/2010

No mucho después de la reforma del Código Civil, el año 2010 se interpone una acción de inconstitucionalidad por parte de la Procuraduría General de la República, cuyo propósito es la impugnación de la constitucionalidad de los nuevos preceptos del Código del Distrito Federal. Parte de la argumentación de la Procuraduría se basa en el matrimonio como una figura jurídica cuyo propósito es la protección de la familia, y una noción de familia vinculada al concepto de procreación. Así, señala “Por ello, si el matrimonio, según los derechos y obligaciones establecidos en el Código Civil para el Distrito Federal, tutela, además, los relativos a la descendencia de la pareja, entonces se colige que dicha institución jurídica es jurídicamente incompatible para personas del mismo sexo que deseen fundar una familia, lo cual no implica, de modo alguno, estigma, discriminación, negación del ejercicio del derecho fundamental de fundar una familia, ni mucho menos, violencia.”<sup>42</sup>

Para entender el contexto en el que se interpone la acción, debe analizarse la forma en que la Constitución regula el matrimonio.

En el caso mexicano, la regulación constitucional se limita simplemente a establecer la autoridad ante la que debe celebrarse el matrimonio. Se omite, así, toda mención respecto del sexo de los contrayentes. Para Arán García Sánchez “Ahora es factible concluir que la Constitución no cuenta con concepto alguno de matrimonio.”<sup>43</sup>

La acción de inconstitucionalidad interpuesta se fundamenta en la invalidez del proceder de la Asamblea Legislativa, por faltar a la legalidad en el actuar legislativo. Así, se considera haberse violado el artículo 16 de la Constitución,<sup>44</sup> ya que habría un concepto de familia constitucionalmente protegido, a saber, en el artículo 4<sup>o</sup><sup>45</sup>, concepto que se vería contrariado por el matrimonio y la adopción por parte de parejas del mismo sexo.

---

<sup>42</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO. Acción de inconstitucionalidad N° 02/2010. [En línea] 16 de agosto de 2010. [Fecha de consulta: 15 de octubre de 2016]. Disponible en: <[https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf\\_sentenciarelevante/MATRIMONIO%20MISMO%20SEXO%20AI%202-2010\\_0.pdf](https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf_sentenciarelevante/MATRIMONIO%20MISMO%20SEXO%20AI%202-2010_0.pdf)>., párrafo 48.

<sup>43</sup> GARCÍA SÁNCHEZ, Arán. El matrimonio a la luz de la interpretación constitucional en México. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México. Puebla (37): 213-236. Enero-junio, 2016, p. 218.

<sup>44</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial de la Federación. México D.F., 5 de febrero de 1917. (El subrayado es nuestro).

<sup>45</sup> El artículo 4° de la Constitución dispone: “El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.”

La Suprema Corte de Justicia de la Nación<sup>46</sup> rechaza el recurso. Mediante su pronunciamiento se establece una interpretación constitucional del matrimonio que admite que el mismo sea celebrado entre parejas del mismo sexo, ante la vaguedad de su regulación en el texto constitucional.

### **2.3.1. La familia y su protección en la Constitución**

En cuanto a la interpretación de familia que la Procuraduría defiende, la Corte la rechaza, optando en cambio por un concepto más amplio, al señalar que “lo que debe entenderse protegido constitucionalmente es la familia como realidad social y que por tanto tal protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones en cuanto la realidad existente, alcanzando a dar cobertura a aquellas familias que se constituyen por matrimonio, por uniones de hecho, por un padre o una madre e hijos (familia monoparental), o bien, por cualquier otra forma que denote un vínculo similar.”<sup>47</sup>

En relación a este concepto amplio de familia, la SCJN también refuta el argumento frecuentemente esgrimido por sectores opositores en torno a que el fin del matrimonio esté constituido por la procreación, en tanto no se estipula en el texto constitucional. Asimismo, discute la vinculación entre procreación y matrimonio alegada por el recurrente al afirmar “la relación jurídica matrimonial ha dejado de vincularse al fin de la procreación, sosteniéndose principalmente en lazos afectivos, sexuales, de identidad, solidaridad y de compromiso mutuo de quienes desean una vida en común.”<sup>48</sup>

No nos parece que la supresión de la procreación como finalidad del matrimonio sea un ataque a la familia tradicional. Al contrario, lo que se persigue es la configuración de un concepto más amplio de matrimonio, pero también de familia. Esto en tanto, si bien no es necesario que exista matrimonio para que exista una familia, es indiscutible que, hasta el día de hoy, ambos conceptos están entrelazados, al menos por su connotación social. La supresión de la procreación da paso a que una variedad más amplia de modelos de familia puedan optar por acceder al estatuto protector que deriva del matrimonio.

### **2.3.2. Concepto de matrimonio**

---

<sup>46</sup> En adelante, también se referirá a la misma como SCJN o la Corte.

<sup>47</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO. Acción de inconstitucionalidad N° 02/2010. [En línea] 16 de agosto de 2010 [Fecha de consulta: 15 de octubre de 2016] Disponible en: <[https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosetpdf\\_sentenciarelevante/MATRIMONIO%20MISMO%20SEXO%20AI%202-2010\\_0.pdf](https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosetpdf_sentenciarelevante/MATRIMONIO%20MISMO%20SEXO%20AI%202-2010_0.pdf)>. Párrafo 235.

<sup>48</sup> *Ibíd.*, párrafo 250.

La Corte admite que, con la reforma, el legislador redefine el concepto de matrimonio, pasando de la unión libre entre un hombre y una mujer, a la unión entre dos personas. Sin embargo, estima que ello no resultaría atentatorio a la Constitución.

Así, examina lo señalado por la Procuraduría en cuanto al artículo 4° de la Constitución y si el mismo consagra o no específicamente el matrimonio entre un hombre y una mujer. La Corte rechaza esta afirmación señalando que el artículo en cuestión, además de consagrar la igualdad entre el hombre y la mujer y la protección de la familia, consagra otros principios, que no están vinculados entre sí. Concluye por señalar “Lo anterior sirve para demostrar que la vinculación que hace el accionante entre lo preceptuado acerca de la igualdad del hombre y la mujer ante la ley, y en lo relativo a la protección de la familia, para de ahí concluir que el matrimonio de acuerdo con este precepto constitucional, es sólo entre un hombre y una mujer, no es sostenible.”<sup>49</sup>

En referencia a la concepción histórica del matrimonio como institución, la Corte admite que tradicionalmente se ha entendido como la unión entre un hombre y una mujer. Así, se lo ha considerado base principal de la familia, y dado este carácter, ha gozado de una especial protección por parte de la ley. Sin embargo, dicha protección no implica que el matrimonio pueda quedar petrificado en el tiempo, en tanto “la realidad social exige que el legislador responda a ella, como ya ha acontecido, pues es un hecho innegable que la secularización de la sociedad y del propio matrimonio, así como la transformación de las relaciones humanas, han llevado paulatinamente a diversas formas de relación afectiva, sexual y de solidaridad mutua, y de ahí, a modificaciones legales en cuanto a la institución del matrimonio, que han derivado en la redefinición del concepto tradicional que del mismo se ha tenido en cada época y a su desvinculación de una función procreativa, como fin del mismo.”<sup>50</sup>

### **2.3.3. Principio de igualdad**

Respecto al principio de igualdad, para la Corte la reforma impugnada responde a los estándares presentados por el mismo. Así, se pronuncia respecto a la alegación de la Procuraduría de que las diferencias entre las parejas de distinto y del mismo sexo justificarían su exclusión de la institución del matrimonio, no siendo la misma contraria al principio de igualdad ante la ley. La Corte rechaza esta argumentación, reconociendo que si bien existen diferencias entre las parejas del mismo sexo y

---

<sup>49</sup> *Ibíd.*, párrafo 232.

<sup>50</sup> *Ibíd.*, párrafo 242.

parejas de distinto sexo, “ello no se traduce en una diferencia o desigualdad entre ambas relaciones que, en forma relevante, incida en la decisión del legislador de extender la institución del matrimonio civil de forma tal que comprenda a ambas, puesto que, como hemos detallado, la ‘potencialidad’ de la reproducción no es una finalidad esencial de aquél tratándose de las parejas heterosexuales que, como señalamos, dentro de su derecho de autodeterminación, deciden tener hijos o no, o bien, se encuentran, en ocasiones, ante la imposibilidad de tenerlos, lo que, en modo alguno, les impide contraerlo, ni es una causa para anularlo si no se ha cumplido con una función reproductiva.”<sup>51</sup>

Rechazando lo indicado por el recurrente, en cuanto a que las parejas del mismo sexo contaban con protección suficiente a través de la Ley de Sociedad de Convivencia, la Corte considera que existe un déficit de protección respecto de las parejas del mismo sexo. De este modo, señala que la reforma implica equiparar derechos para las parejas del mismo sexo.

A su parecer, la norma impugnada no hace más que colocar en un plano de igualdad a todas las personas respecto del matrimonio, en pleno respeto del principio de igualdad, siendo conforme además a la prohibición de discriminación con base en la orientación sexual consagrada en la Constitución.

#### **2.4. Amparo en revisión 704/2014**

Aunque pasan varios años desde que el Distrito Federal incorpora a su ordenamiento el matrimonio igualitario y posteriormente, la Suprema Corte afirma la constitucionalidad de la disposición, el matrimonio entre parejas del mismo sexo sigue sin consagrarse a nivel nacional en México.

Uno de los estados en que aun después de la decisión de la Corte, se seguía negando el matrimonio a parejas del mismo sexo era Colima. A raíz de esto, se interpone un recurso de amparo, el cual es sobreseído por el Juzgado del Distrito, y con posterioridad revisado por la SCJN<sup>52</sup>. Se argumenta que

---

<sup>51</sup> *Ibíd.*, párrafo 270.

<sup>52</sup> El quejoso alega que, al ser homosexual, los preceptos le afectan directamente. Fundamenta dicha afectación señalando que la reforma a la regulación de Colima, al hacer una distinción de relaciones conyugales entre matrimonio (sólo entre un hombre y una mujer) y enlace conyugal (entre parejas del mismo sexo) resulta discriminatorio contra él y contra todos los homosexuales con motivo de su orientación sexual.

la exclusión de las parejas homosexuales atentaría contra el principio de igualdad y no discriminación contenido en el artículo 1° de la Constitución.<sup>53</sup>

Además, el quejoso alega que existiría una omisión legislativa en el artículo 391 del Código Civil<sup>54</sup>, al no contemplar la posibilidad de adopción para parejas unidas por un enlace conyugal.

La SCJN falla a favor del quejoso, considerando inconstitucionales los preceptos impugnados.

#### **2.4.1. La familia y su protección en la Constitución**

En torno al concepto de familia, se mantiene el razonamiento previamente sostenido por la Corte, afirmándose que “En la acción de inconstitucionalidad 2/2010, el Pleno de esta Suprema Corte sostuvo, a partir de una interpretación evolutiva del artículo 4o. constitucional, que este precepto no alude a un ‘modelo de familia ideal’ que tenga como presupuesto al matrimonio heterosexual y cuya finalidad sea la procreación. Además, esta Corte aclaró que la protección de la familia que ordena la Constitución no se refiere exclusivamente a la familia nuclear que tradicionalmente ha sido vinculada al matrimonio: padre, madre e hijos biológicos.”<sup>55</sup>

#### **2.4.2. Concepto de matrimonio**

Respecto al concepto de matrimonio, el que se consagra en el artículo impugnado lo contempla precisamente como la unión entre un hombre y una mujer, y con la finalidad de procrear. Al respecto, la Corte considera que la exclusión de las parejas homosexuales resulta discriminatoria.

Más aún, al establecerse el estatuto diferenciado del enlace conyugal para parejas del mismo sexo, los artículos que regulan el matrimonio en el estado de Colima “excluyen expresamente a las parejas homosexuales del acceso a la institución del matrimonio, pues la intención clara del Poder Legislativo

---

<sup>53</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial de la Federación. México D.F., 5 de febrero de 1917.

<sup>54</sup> Código Civil Federal. Diario Oficial de la Federación. México D.F., 31 de agosto de 1928.

<sup>55</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO. Amparo en revisión N° 704/2014. [En línea]. 18 de marzo de 2015. [Fecha de consulta: 23 de septiembre de 2016]. Disponible en: <<http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=25680&Clase=DetalleTesisEjecutorias>>. Párrafo 152.

fue limitar dicha figura a parejas heterosexuales y crear otra distinta (el enlace conyugal) -en un régimen de separados pero iguales-.”<sup>56</sup>

Por tanto, el Tribunal estima que en este caso es imposible hacer una interpretación de la definición de matrimonio que no vulnere la Carta Fundamental.

### **2.4.3. Principio de igualdad**

En referencia al principio de igualdad, la Corte considera que para determinar si el mismo ha sido o no vulnerado por las disposiciones impugnadas, debe analizarse el criterio en base al cual el legislador efectúa la distinción.

Al determinarse que la distinción en este caso se efectúa en razón de la orientación sexual, la misma se basaría en una “categoría sospechosa”, de las mencionadas en el artículo 1° de la Constitución.<sup>57</sup> Por esta razón, el escrutinio debe ser estricto, en tanto se presume que la discriminación efectuada en estos casos es inconstitucional, y esta presunción sólo se desvirtúa si la justificación de la distinción es, en palabras de la Corte, “muy robusta.”

Con base en su jurisprudencia anterior la Corte afirma que la distinción efectuada no tiene como fundamento un mandato constitucional de protección a la familia, careciendo de justificación y resultando, por ende, contraria al principio de igualdad y no discriminación.

---

<sup>56</sup> *Ibíd.*, párrafo 198.

<sup>57</sup> El artículo 1° de la Constitución dispone: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.” Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial de la Federación. México D.F., 5 de febrero de 1917. (Lo subrayado es nuestro).

Cerrando este argumento, la Corte concluye que aun en el supuesto de que el enlace conyugal conllevara los mismos derechos que conlleva el matrimonio, la sola diferencia en su denominación resultaría discriminatoria. Para formular este argumento, se sustenta en el histórico precedente sentado por la Corte Suprema estadounidense en *Brown v. Board of Education*: “los modelos para el reconocimiento de las parejas del mismo sexo, sin importar que su única diferencia con el matrimonio sea la denominación que se da a ambos tipos de instituciones, son inherentemente discriminatorios, porque constituyen un régimen de ‘separados pero iguales’”<sup>58</sup>

Si bien, por la extensión de esta decisión, no puede decirse que la Corte haya incorporado expresamente el matrimonio igualitario a su legislación nacional, se abren las puertas a la extensión del matrimonio. Con esta sentencia, se sienta un precedente que en el futuro y hasta que se legisle al respecto, será de utilidad a parejas del mismo sexo. Esto en tanto, a aquellas parejas que les sea negada la posibilidad de contraer matrimonio, a raíz de que su estado restringe la institución sólo a parejas de distinto sexo, podrán recurrir de amparo, instancia en la cual el juez correspondiente deberá ceñirse al criterio establecido por la Corte.

Sin embargo, el aspecto más relevante de la decisión es que esta clarificación y afirmación de los criterios ya establecidos por la Corte en jurisprudencia anterior sin duda contribuye a acelerar el debate para la modificación legislativa que reconozca el matrimonio igualitario en todos los estados.

### **3. El caso de Estados Unidos**

Si bien en el caso de Estados Unidos habían existido con anterioridad iniciativas legislativas de carácter estatal que incorporan el matrimonio igualitario, la iniciativa a nivel nacional es de orden judicial. La experiencia de Estados Unidos se recoge como objeto de este estudio teniendo en consideración, por una parte, la relevancia del país y su nivel de influencia a nivel internacional, lo reciente de la decisión y la calidad de la sentencia de la Corte Suprema norteamericana.

Así, si bien la decisión de la Corte Suprema da cuenta del contexto en que concurre, los argumentos a favor del matrimonio igualitario son similares a aquellos que se analizaron en relación a las otras

---

<sup>58</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO. Amparo en revisión N° 704/2014. [En línea]. 18 de marzo de 2015. [Fecha de consulta: 23 de septiembre de 2016]. Disponible en: <<http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=25680&Clase=DetalleTesisEjecutorias>>. Párrafo 169.

dos naciones en estudio: un entendimiento evolutivo del matrimonio, un concepto amplio de familia y una interpretación del principio de igualdad que impide hacer diferencias en base de la orientación sexual. Por lo mismo, está será la estructura sobre la cual se analizará la sentencia.

Este fallo sienta un precedente y tiene una relevancia comparable sólo a decisiones como *Brown v. Board of Education* o *Loving v. Virginia*, en cuanto a lo que el mismo representa para la reivindicación de derechos de grupos históricamente discriminados. Además, la relación con estas decisiones es clara, en tanto los precedentes sentados por la misma son parte importante de la argumentación de la Corte.

### **3.1. Contexto previo a *Obergefell v. Hodges***

Previo a la decisión de la Corte Suprema norteamericana, las legislaciones estatales se hallaban divididas entre aquellas que aceptaban el matrimonio entre parejas del mismo sexo, las que les daban reconocimiento solo a través de uniones civiles y las que solo reconocían las uniones entre parejas heterosexuales. Este escenario fragmentado es el producto de una prolongada historia de reivindicación de los derechos de personas LGBT y, conjuntamente, la oposición a la misma por parte de sectores más conservadores.

La jurisprudencia norteamericana, como ocurre en el caso de Colombia, reconoce derechos de manera progresiva, primero a personas, y eventualmente a parejas homosexuales.

Un primer paso en este ámbito es la descriminalización de las relaciones entre personas del mismo sexo. Si bien, hay decisiones anteriores a este respecto a nivel estatal; a nivel nacional, no es sino hasta el año 2003 que la Corte Suprema Federal declara en *Lawrence v. Texas* que las leyes que prohíben la sodomía son inconstitucionales. La Corte considera que la defensa de la moral de la mayoría no constituye un interés estatal legítimo y, por ende, no procede protegerlo por medio de preceptos penales. Su razonamiento gira al torno al hecho de que, no habiendo menores involucrados, ni coerción de por medio, ni indecencia pública o prostitución, no procede la intervención del Estado en la vida privada de los involucrados.<sup>59</sup>

---

<sup>59</sup> CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. *Lawrence v. Texas*. [En línea]. 26 de junio del 2003. [Fecha de consulta: 4 de octubre de 2016]. Disponible en: <[https://www.supremecourt.gov/oral\\_arguments/argument\\_transcripts/2002/02-102.pdf](https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2002/02-102.pdf)>.

El año 2000 se reconocen por primera vez las uniones civiles entre parejas del mismo sexo en el estado de Vermont, reservándose aún el matrimonio sólo a parejas de distinto sexo. Este estatuto es extendido a las parejas del mismo sexo en respuesta a la decisión de la Corte Suprema de Vermont en *Baker v. State of Vermont* de 1999.<sup>60</sup> Con posterioridad, otros estados seguirían este camino, siendo los primeros Connecticut, Nueva Jersey y Oregon.

Hasta el momento, previo a la inclusión del matrimonio igualitario por cualquiera de los Estados, podemos observar dos tendencias generales en las decisiones jurisprudenciales y modificaciones legislativas que se han dado hasta el momento. Por una parte, existe una tendencia clara a la descriminalización de la homosexualidad. Una segunda tendencia es hacia el reconocimiento y protección mediante figuras distintas del matrimonio.

El mismo año en que se decide *Lawrence v. Texas*, la Corte Suprema de Massachusetts decide que impedir a las parejas del mismo sexo contraer matrimonio es contrario a la Constitución estatal.<sup>61</sup> En base a esta decisión, el año siguiente se legalizan los matrimonios entre personas del mismo sexo, con lo cual Massachusetts se convierte en el primer estado en incorporar el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Con posterioridad, el año 2013, en *Estados Unidos Vs. Windsor*<sup>62</sup>, la Corte Suprema federal se pronuncia considerando inconstitucional la sección 3 de DOMA,<sup>63</sup> que limitaba el matrimonio sólo a la unión entre un hombre y una mujer, y como consecuencia, determinando que los derechos derivados del mismo sólo se limitaban a estas parejas. La Corte considera que la sección es contraria a la igual protección de la ley, argumentando “El principal efecto de DOMA es identificar y volver desiguales a un grupo de matrimonios celebrados según las leyes de sus estados. Excluye a ciertas

---

<sup>60</sup> CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DEL ESTADO DE VERMONT. *Baker v. State of Vermont*. [En línea]. 20 de diciembre de 1999. [Fecha de consulta: 16 de octubre de 2016]. Disponible en: <[https://web.stanford.edu/~mrosenfe/Baker\\_v\\_State\\_Vermont\\_2000.pdf](https://web.stanford.edu/~mrosenfe/Baker_v_State_Vermont_2000.pdf)>.

<sup>61</sup> CORTE SUPREMA DEL ESTADO DE MASSACHUSETTS. *Goodridge v. Department of Public Health*. [En línea]. 18 de noviembre de 2002. [Fecha de consulta: 16 de octubre de 2016]. Disponible en: <<http://news.findlaw.com/cnn/docs/conlaw/goodridge111803opn.pdf>>.

<sup>62</sup> En este caso, Thea Spyer y Edith Windsor habían contraído matrimonio en Canadá, y residían en el estado de Nueva York, que reconoce los matrimonios de sus residentes aun siendo éstos entre personas del mismo sexo. Al fallecer Spyer, dejó todo su patrimonio a Windsor. Windsor pagó \$363,053 dólares en impuestos estatales. Al solicitar la devolución, la misma le fue negada, sobre la base de que, por la definición de matrimonio estipulada en DOMA, los derechos del cónyuge no eran extensibles a su situación particular. En base a ello, Windsor alega ante la Corte que DOMA viola el principio de igual protección contenido en la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América.

<sup>63</sup> Defense Of Marriage Act, o Acta de Defensa del Matrimonio, fue una ley promulgada durante el gobierno de Bill Clinton en 1993, cuya vigencia determinó que la mayoría de los Estados restringieran el matrimonio a parejas de sexo opuesto, en virtud de la definición de matrimonio que en ella se contenía.

parejas casadas bajo la ley de su estado, pero no a otras, de derechos y responsabilidades, creando dos regímenes de matrimonio contradictorios dentro del mismo estado.”<sup>64</sup>

La relevancia de esta decisión es innegable: antes de la misma, eran sólo 12 estados los que contemplaban el matrimonio igualitario. Con posterioridad a ella, y luego de la decisión de la Corte Suprema el 26 de junio del 2015, 36 estados eran los que extendían el matrimonio a parejas del mismo sexo.<sup>65</sup>

### **3.2. Obergefell v. Hodges**

En este caso, el matrimonio igualitario se materializa a nivel nacional en *Obergefell v. Hodges*<sup>66</sup>. Pese a que la sentencia parece ser la conclusión lógica del rumbo que hacía tiempo estaba siguiendo una parte significativa de la jurisprudencia y legislación norteamericana, aun así, cabe reparar en lo reciente de este desarrollo, y cómo el mismo sólo se posibilita por los avances a nivel estatal.

#### **3.2.1. Concepto de matrimonio**

Al referirse al matrimonio, la Corte enfatiza que la institución ha evolucionado desde sus concepciones más primitivas, y que, pese a su relevancia hasta hoy en la sociedad, debe reconocerse su naturaleza dinámica. En este sentido “Los antiguos orígenes del matrimonio confirman su centralidad, pero no se ha sostenido aislado de desarrollos en el derecho y la sociedad. La historia del matrimonio es una de continuidad y de cambio. La institución -incluso confinada a parejas de distinto sexo- ha evolucionado en el tiempo.”<sup>67</sup>

---

<sup>64</sup> CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. *United States v. Windsor*. [En línea]. 27 de junio del 2013. [Fecha de consulta: 25 de septiembre de 2016]. Disponible en: <[https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307\\_6j37.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307_6j37.pdf)>. Opinión de la Corte redactada por el juez Anthony Kennedy. (El texto ha sido traducido al español para facilitar su comprensión por el lector).

<sup>65</sup> A timeline of same sex-marriage in the US. [En línea]. *The Boston Globe*, 9 de enero de 2016. [Fecha de consulta: 28 de octubre de 2016]. Disponible en: < <https://www.bostonglobe.com/2016/01/09/same-sex-marriage-over-time/mbVFMOPyxZCpM2eSQMUsZK/story.html>>. (El texto ha sido traducido al español para facilitar la comprensión del lector).

<sup>66</sup> En *Obergefell v. Hodges*, la Corte Suprema se pronuncia respecto de seis casos de Cortes inferiores. En ellos, 14 parejas del mismo sexo y dos hombres cuyas parejas han fallecido presentan demandas en Cortes del Distrito Federal de sus respectivos estados, alegando que los oficiales estatales violan la Decimocuarta Enmienda (Cláusula de Igual Protección), al negarles el derecho de casarse y negar reconocimiento a matrimonios legalmente celebrados fuera de estados que contemplan el matrimonio igualitario.

<sup>67</sup> CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. *Obergefell v. Hodges*. [En línea]. 26 de junio de 2015 [Fecha de consulta: 21 de septiembre de 2016]. Disponible en: < <https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14->

A continuación, analiza algunas de las modificaciones que la institución ha experimentado a lo largo de su existencia, y repasa en que varias de éstas no son cambios superficiales, sino que representan profundas transformaciones a su estructura y a las dinámicas que se generan dentro del mismo.

Con posterioridad, señala que los cambios que el matrimonio ha visto a lo largo de su vida no han venido a debilitarlo, sino que a fortalecerlo: “Así, entendimientos modificados del matrimonio son característicos de una nación donde nuevas dimensiones de libertad se vuelven aparentes a nuevas generaciones, frecuentemente a través de perspectivas que comienzan como peticiones o protestas y que luego son consideradas en la esfera política y el proceso judicial.”<sup>68</sup>

### **3.2.2. Principio de igual protección de la ley**

El principio de igualdad tiene su manifestación en la Constitución de los Estados Unidos a través de la Cláusula de Igual Protección. A este respecto, la Corte relaciona la ya mencionada evolución del concepto de matrimonio a este principio, al señalar que “las nuevas perspectivas y la comprensión de la sociedad pueden revelar desigualdades injustificadas dentro de las instituciones fundamentales que una vez pasaron desapercibidas.”<sup>69</sup>

En su razonamiento, la Corte vincula fuertemente la Cláusula de Igual Protección a la libertad resguardada por la Decimocuarta Enmienda. A su vez, se relaciona con la Cláusula del Debido Proceso: la Corte considera que el derecho a contraer matrimonio es un derecho fundamental, inherente a la libertad, el debido proceso y la igual protección. Para ilustrar la forma en que operan los principios considerados de forma conjunta, se refiere a decisiones anteriores. Así, “Los casos de la Corte que abarcan el derecho a contraer matrimonio reflejan esta dinámica. En *Loving* la Corte invalidó la prohibición del matrimonio interracial bajo la Cláusula de Igual Protección y la Cláusula del Debido Proceso. Primero, la Corte declara la prohibición inválida por su tratamiento desigual de parejas interraciales. [...] Con esta conexión a la igual protección la Corte procede a sostener que la prohibición transgrede preceptos centrales de libertad.”<sup>70</sup>

---

556\_3204.pdf >. Opinión de la Corte redactada por el juez Anthony Kennedy. (El texto ha sido traducido al español para facilitar la comprensión del lector).

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 2. (El texto ha sido traducido al español para facilitar la comprensión del lector).

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 4. (El texto ha sido traducido al español para facilitar la comprensión del lector).

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 19. (El texto ha sido traducido al español para facilitar la comprensión del lector).

Respecto de la garantía del debido proceso, este desarrollo, aunque menos frecuente en la discusión a nivel internacional, reviste un argumento sumamente familiar en casos similares tratados por la jurisprudencia estadounidense. Su invocación por parte de la Corte reviste suma importancia en relación a los efectos prácticos que se derivarían de la decisión en torno al matrimonio basada en el principio de igualdad.

Basándose en la igualdad, la Corte ordena a todos los estados equiparar la situación de las parejas del mismo sexo a la de las parejas del sexo opuesto. Como plantea Kenji Yoshino en su análisis del fallo, la invocación del debido proceso, por su parte, implica un mandato dirigido hacia igualar derechos a través de su concesión a un grupo que antes carecía de ellos, en lugar de lograrlo despojando a un grupo que con anterioridad a la decisión tenía la posibilidad de ejercerlos.<sup>71</sup> Los efectos prácticos de un fallo basado únicamente en la cláusula de igualdad hubieran permitido que los estados tuvieran la libertad, como forma de equiparar la protección de parejas del mismo sexo y parejas de distinto sexo, de simplemente negarse a entregar licencias de matrimonio a todas por igual.

Incorporándose el debido proceso como uno de los fundamentos del fallo, la consecuencia a nivel de derechos es clara: “Un individuo podría sostener la visión de que el estado no debería estar involucrado en la cuestión del matrimonio. Sin embargo, aun ese individuo debería tener reparos si la razón detrás de prohibir el matrimonio civil es la amenaza de que parejas del mismo sexo ingresen a la institución.”<sup>72</sup>

### **3.2.3. La familia y su relación con el matrimonio**

Respecto a la noción de familia, la Corte ha considerado en esta oportunidad que la conformación de la misma no debe considerarse una realidad ajena a las parejas del mismo sexo, sino que, al contrario, son realidades vinculadas. En este sentido “muchas parejas del mismo sexo proveen hogares amorosos y apropiados a sus hijos. Y cientos de miles de niños están siendo actualmente criados por estas parejas [...] La mayoría de los estados han permitido a gays y lesbianas adoptar, sea como individuos o parejas, y muchos niños adoptados y de acogida tienen padres del mismo sexo [...] Esto

---

<sup>71</sup> YOSHINO, Kenji. A new birth of freedom?: Obergefell v. Hodges. Harvard Law Review, Massachusetts. Volumen 129 (1):147-179, pp. 173-174. (El texto ha sido traducido al español para facilitar la comprensión del lector).

<sup>72</sup> Ibíd, p. 174. (El texto ha sido traducido al español para facilitar la comprensión del lector).

provee una fuerte confirmación de la misma ley de que gays y lesbianas pueden formar familias afectuosas y fuertes.”<sup>73</sup>

La Corte considera que si bien, las familias no constituidas por el matrimonio no deben quedar desprovistas de protección, el reconocimiento y los derechos que de por sí el matrimonio le otorga a la familia son más profundos, y el hecho de formar parte de la institución genera vínculos con la comunidad, que juegan un rol fundamental en la forma en que los niños se perciben a sí mismos y a sus propias familias dentro de la sociedad. Así, refutando uno de los más frecuentes argumentos en contra del matrimonio homosexual, como es la protección de la familia, la Corte estima que las leyes que excluyen a las parejas del mismo sexo perjudican y humillan a los hijos de estas parejas.

A continuación, excluye otro de los más comunes argumentos contra el matrimonio entre personas del mismo sexo: la imposibilidad de procrear. A este respecto, la Corte argumenta que no cabe, de lo anteriormente reflexionado, concluir que el matrimonio es de alguna forma menos significativo para parejas que no pueden o no desean tener hijos. Así, afirma que, a lo largo de su historia, la procreación no ha sido presupuesto necesario del matrimonio en ningún estado.

### **3.3. Consecuencias de Obergefell v. Hodges**

Pese a que parecería claro que, con posterioridad al pronunciamiento de la Corte, la legalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo es manifiesta en todos los Estados Unidos, la respuesta que ha seguido a la decisión no ha sido del todo uniforme.

Como una forma de enfatizar la relevancia de que la decisión de la Corte se fundamentara tanto en la Cláusula de Igual Protección como la del Debido Proceso, cabe mencionar que, con posterioridad al fallo, algunos estados se han negado por completo a entregar licencias de matrimonio, sea a parejas del mismo sexo o de distinto sexo, como una forma de protesta a lo ordenado por la Corte Suprema.<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Obergefell v. Hodges. [En línea]. 26 de junio de 2015. [Fecha de consulta: 21 de septiembre de 2016]. Disponible en: < [https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556\\_3204.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf) >. Opinión de la Corte redactada por el juez Anthony Kennedy, p. 15. (El texto ha sido traducido al español para facilitar la comprensión del lector).

<sup>74</sup> Kentucky Clerk Defies Court on Marriage Licences for Gay Couples. [En línea]. New York Times, 13 de agosto de 2015. [Fecha de consulta: 23 de octubre de 2016]. Disponible en: < <https://www.nytimes.com/2015/08/14/us/kentucky-rowan-county-same-sex-marriage-licenses-kim-davis.html?mcubz=1> >. (El texto ha sido traducido al español para facilitar la comprensión del lector).

A pesar de situaciones como la anteriormente mencionada, luego del pronunciamiento de la Corte y tal como era de esperarse, el porcentaje de matrimonios entre parejas del mismo sexo ha aumentado de forma significativa. Durante la primera mitad del 2015, previo a la decisión de la Corte, los matrimonios de parejas del mismo sexo constituían un 6.4% de todos los matrimonios celebrados en Estados Unidos. En los meses siguientes a Obergefell, la cifra casi se duplica, alcanzando un 11.2% de todos los matrimonios celebrados entre julio y octubre del 2015.<sup>75</sup>

Uno de los temas no resueltos por la Corte y que ha dado lugar a mayores dudas ha sido la extensión de la presunción de paternidad existente entre parejas heterosexuales a parejas homosexuales. Esto ya que ha sido un tema controvertido a lo largo de la jurisprudencia si la paternidad se atribuye en función de aspectos meramente biológicos o si cabe más bien entenderla vinculada al comportarse como padre o madre de un hijo.<sup>76</sup>

Pese a la oposición que la decisión ha generado, la gran mayoría de los estados se han acogido a lo ordenado por la Corte, con lo cual hoy es posible para las parejas del mismo sexo contraer matrimonio y que éste sea válidamente reconocido en prácticamente cualquier estado.

Aun siendo reciente, es posible apreciar el impacto que Obergefell ha tenido no sólo en Estados Unidos, sino a nivel mundial, constituyendo uno de los precedentes más valiosos a considerar a la hora de debatir en torno al matrimonio igualitario en cualquier otro país.

La decisión de la Corte es un paso importante para avanzar hacia el fin de la discriminación en razón de la orientación sexual, aun si la misma no hace referencia a la orientación sexual como un criterio sospechoso. En este sentido, parece apropiado lo señalado por Karin Castro al afirmar que “En todo caso, hay que señalar que el camino elegido por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de

---

<sup>75</sup> GATES, Gary; BROWN, Taylor NT. Marriage and Same-sex Couples after Obergefell. [En línea] The Williams Institute, UCLA School of Law, noviembre de 2015. [Fecha de consulta: 23 de octubre de 2016]. Disponible de: <<https://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/Marriage-and-Same-sex-Couples-after-Obergefell-November-2015.pdf>>. P. 3. (El texto ha sido traducido al español para facilitar la comprensión del lector).

<sup>76</sup> After Obergefell: How the Supreme Court ruling on same-sex marriage has affected other areas of law. [En línea]. ABA Journal, Junio de 2016. [Fecha de Consulta: 28 de octubre de 2016]. Disponible en: <[http://www.abajournal.com/magazine/article/after\\_obergefell\\_how\\_the\\_supreme\\_court\\_ruling\\_on\\_same\\_sex\\_marriage\\_has\\_affe/](http://www.abajournal.com/magazine/article/after_obergefell_how_the_supreme_court_ruling_on_same_sex_marriage_has_affe/)>. (El texto ha sido traducido al español para facilitar la comprensión del lector).

América no ha impedido que dicte una decisión trascendental y que sin duda alguna tendrá impacto dentro y fuera de las fronteras de dicho ordenamiento jurídico.”<sup>77</sup>

---

<sup>77</sup> CASTRO CRUZATT, Karin. El matrimonio entre personas del mismo sexo en los Estados Unidos de América. Revista Pensamiento Constitucional Lima. Volumen 20 (20):47-64. Octubre de 2015, p. 62.



## **CAPÍTULO II: Matrimonio igualitario en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos**

La regulación del matrimonio no se ha limitado a legislaciones nacionales. Por lo mismo, no puede dejarse de lado en este estudio un breve análisis de su tratamiento en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.<sup>78</sup>

En términos generales, podemos adelantar que su regulación en instrumentos internacionales es más bien escueta y carece del nivel de profundidad con el que se regula en las legislaciones internas. Por lo mismo, las disposiciones que lo tratan han sido objeto de discusión, en tanto no hay claridad en el alcance de las mismas.

Por su parte, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>79</sup> como la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>80</sup> se han referido a los derechos de personas homosexuales. Aunque en este ámbito, en términos generales, ambos han realizado lecturas progresivamente más garantistas, sus determinaciones respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo han sido muy diferentes entre sí.

En este capítulo, además de hacer un breve análisis de la regulación del matrimonio en el DIDH, estudiaremos los criterios que informaron las decisiones tanto del Tribunal Europeo como de la Corte Interamericana respecto al matrimonio igualitario, y respecto a esta última, el rol que la misma podría jugar en el debate respecto al matrimonio igualitario en nuestro país.

### **1. Matrimonio en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos**

Como ya adelantamos, en la discusión respecto al matrimonio igualitario pueden distinguirse dos perspectivas. Por una parte, quienes están a favor del mismo suelen argumentar desde la perspectiva del matrimonio como un derecho, mientras quienes están en contra suelen hacerlo desde la del matrimonio como una institución.

---

<sup>78</sup> En adelante, también se referirá al mismo como DIDH.

<sup>79</sup> En adelante, también se referirá al mismo como el TEDH o “el Tribunal”.

<sup>80</sup> En adelante, en adelante, también se referirá a la misma como CIDH o “la Corte”.

Pero, ¿de qué estamos hablando cuando nos referimos a estas distintas perspectivas de matrimonio? El trabajo del profesor Cass R. Sustein puede ayudarnos a aclarar esta interrogante. Para él, “El derecho a contraer matrimonio es, entonces, un derecho al acceso a los beneficios expresivos y materiales que el Estado le otorga a la institución del matrimonio. A menos que pueda encontrarse una justificación convincente, a nadie se le puede negar el acceso a tales beneficios.”<sup>81</sup>

El autor hace énfasis en que ambos tipos de beneficios, tanto los expresivos como los materiales, son partes esenciales del derecho al matrimonio. Los primeros son más tangibles, en cuanto suelen consagrarse de manera explícita en la ley, como los derechos hereditarios entre cónyuges. Por su parte los beneficios expresivos dicen relación con la percepción y el estatus que genera el estar casados. Así, “el matrimonio tiene una importante función señalizadora, y fuera de beneficios materiales, la institución oficial del matrimonio conlleva cierta legitimación y aprobación pública.”<sup>82</sup>

Por su parte, el profesor Hernán Larraín al referirse a la institución del matrimonio señala “La institución del matrimonio no es más que la unión natural disciplinada y consagrada en el estado social como unión legítima, pero consagrada y disciplinada por vía de autoridad, no por vía de contrato.”<sup>83</sup> Así, al hablar del matrimonio institución estamos esencialmente hablando del matrimonio en los términos en los que está regulado y autorizado por el Estado. Esta incidencia del Estado es especialmente relevante para su calidad de institución, en tanto le otorga un carácter de permanencia y estabilidad que lo diferencia de la mayoría de los contratos de orden eminentemente privado que pueden encontrarse dentro del tráfico jurídico.

Ambas perspectivas no son mutuamente excluyentes, sino que, como señala Sustein al referirse al derecho al matrimonio, están relacionadas entre sí, y se explican una en función de la otra. Mientras la institución del matrimonio es una unión sancionada por el Estado en términos específicos, el derecho al matrimonio dice relación con el acceso a tal institución. Y mirando este derecho desde la luz del principio de igualdad, no corresponde que el Estado establezca diferencias en relación con este acceso, a menos que tales diferencias estén fuertemente justificadas.

---

<sup>81</sup> SUNSTEIN, Cass R. The right to marry. [En línea]. University of Chicago, 11 de octubre de 2004. Public Law Working Paper No. 76. [Fecha de consulta: 25 de julio de 2018]. Disponible en: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=612471](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=612471)>. Pp. 4 y 5. (El texto ha sido traducido al español para facilitar su comprensión por el lector).

<sup>82</sup> *Ibíd.*, p. 14. (El texto ha sido traducido al español para facilitar su comprensión por el lector).

<sup>83</sup> LARRAÍN RIOS, Hernán. MATRIMONIO, ¿CONTRATO O INSTITUCION? Revista de Derecho, Valdivia. Volumen 9.(1): 153-160. Diciembre, 1998.

Pero pese a que estas perspectivas están relacionadas, en general se observa que, según se esté argumentando a favor o en contra del matrimonio igualitario, se enfatizará en tal discusión una por sobre la otra. A continuación, determinaremos cuál es la perspectiva que favorece el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

### **1.1. Matrimonio en instrumentos de Derecho Internacional de los Derechos humanos, ¿Derecho o institución?**

En los instrumentos internacionales que se refieren al matrimonio el énfasis está en su calidad de derecho y en la proscripción de toda restricción para su libre ejercicio. No existe un concepto de matrimonio estipulado en el sistema internacional, ni se especifican finalidades. La referencia a los requisitos para contraerlo es mínima, generalmente limitándose a la edad, y haciendo un alcance a aquellos requerimientos establecidos por la legislación interna de cada país.

| <b>Instrumento Internacional</b>                 | <b>Regulación del matrimonio</b>   |
|--|--|
| <b>Pacto de Derechos Civiles y Políticos</b>     | <p><b>Artículo 23</b><br/>(...)</p> <p>2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello.</p>  |
| <b>Convención Americana de Derechos Humanos</b>  | <p><b>Artículo 17. Protección a la Familia</b><br/>(...)</p> <p>2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.</p> |
| <b>Declaración Universal de Derechos Humanos</b> | <p><b>Artículo 16</b><br/>(...)</p>  |

|  |   |
|--|---|
|  | <p>1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.</p> |
| <p><b>Convenio Europeo de Derechos Humanos</b></p> | <p><b>Artículo 12</b><br/> <b>Derecho a contraer matrimonio</b><br/> A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.</p>   |

Así, se ha entendido respecto de las disposiciones precedentes que las mismas consagran un verdadero derecho al matrimonio. En este sentido el TEDH ha interpretado el Artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, señalando que “una prohibición exhaustiva, sin ningún intento de investigar la veracidad de los matrimonios propuestos, restringe el derecho al matrimonio a tal extensión que la misma esencia del derecho se veía alterada.”<sup>84</sup>

## **1.2. Extensión del derecho al matrimonio en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos**

Aun habiéndose determinado el reconocimiento del matrimonio como derecho a nivel de instrumentos internacionales, persisten dudas respecto al sentido y alcance del mismo.

Una característica particular de los preceptos arriba transcritos y que los diferencia del resto de las disposiciones presentes en los respectivos instrumentos es evidente: mientras los demás preceptos tienden a hablar en términos genéricamente neutros de “toda persona” o “todo ser humano”, sólo al

<sup>84</sup> TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. O'Donoghue v. United Kingdom. [En línea]. 14 diciembre de 2010. [Fecha de consulta: 23 de noviembre de 2016]. Disponible en: <<http://adsdatabase.ohchr.org/IssueLibrary/CASE%20OF%20ODONOGHUE%20AND%20OTHERS%20v.docx>>. Párrafo 28 (Lo subrayado es nuestro).

referirse al matrimonio, estos instrumentos han optado por señalar que el mismo es un derecho “del hombre y la mujer.”

La interpretación mayoritaria de tribunales, órganos internacionales y la doctrina es hacia reconocer que la elección de los términos en estos artículos no es accidental. Así lo ha entendido el TEDH respecto del Artículo 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos, al señalar “en contraste, todos los otros Artículos sustantivos de la Convención otorgan derechos y libertades a ‘todos’ o establecen que ‘nadie’ será sometido a ciertos tipos de tratamiento que prohíbe. La elección de terminología del Artículo 12 debe tenerse por deliberada.”<sup>85</sup> Aunque no hay mayor discusión a este respecto, donde sí hay desacuerdo, es en cuanto a que significa la redacción elegida.

Una visión más tradicional ha tendido a entender que estos preceptos limitan al derecho a contraer matrimonio a parejas de distinto sexo. Así lo interpretó por ejemplo el Ministro del Tribunal Constitucional de Chile, Raúl Bertelsen, pronunciándose a favor de la constitucionalidad del artículo 102 del Código Civil, el cual define al matrimonio como un contrato solemne entre un hombre y una mujer. En tal sentido, señala en su voto particular “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>86</sup>

En favor de esta interpretación, considerando el contexto histórico de varios de estos preceptos, sin duda en el momento de su redacción la noción de matrimonio que se tuvo en cuenta fue sólo aquella que se conforma por el vínculo entre un hombre y una mujer.

Sin embargo, nos parece que lo que se consagra en estos instrumentos, más que el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio entre sí, es el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio libremente. Esta fue una consideración necesaria ya que, según el momento histórico o

---

<sup>85</sup> TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Schalk and Kopf v. Austria. [En línea]. 24 de junio de 2010. [Fecha de consulta: 20 de noviembre de 2016]. Disponible en: <<https://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2017/06/001-99605.pdf>>. Párrafo 55 (El texto ha sido traducido para facilitar su comprensión por el lector).

<sup>86</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia Rol N° 1881-2010. [En línea]. 3 de noviembre de 2011. [Fecha de consulta: 27 de septiembre de 2016]. Disponible en: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2213>>. Voto particular concurrente del Ministro Raúl Bertelsen Repetto, párrafo 7.

la cultura en la que nos situemos, no siempre el consentimiento de los cónyuges se ha considerado como un elemento esencial para constituir el matrimonio.

Analizando estos preceptos como parte integrante de un sistema de derecho internacional de los derechos humanos, la interpretación más tradicional se debilita, en tanto el sistema internacional prohíbe la existencia de diferencias discriminatorias en el reconocimiento y aplicación de derechos y, además, obliga a los Estados a establecer soluciones activas frente a vulneraciones cometidas por omisión.<sup>87</sup>

En este sentido; “Los redactores sí especificaron género en el Artículo 12, una marcada diferencia respecto de otros derechos de la Convención que señalan ‘toda persona’. Sin embargo, esta especificación de género fue para asegurar que las mujeres tuvieran iguales derechos en el matrimonio. Para Johnson, la interpretación de la Corte tiene un obvio favoritismo hacia la heteronormatividad y, más relevante, no toma en cuenta el verdadero razonamiento – protección de la mujer – en que el Artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), la fuente del Artículo 12, está basado.”<sup>88</sup>

Cabe señalar, además, que resulta difícil sostener que los redactores de estos preceptos tomaron la decisión consciente de excluir a parejas del mismo sexo, en un contexto en que este tipo de relaciones estaban penalizadas por la ley. Así “Estoy de acuerdo en que los redactores no escogieron los términos del Artículo 12 para excluir a las parejas del mismo sexo, ¿para que se molestarían, cuando la homosexualidad en sí misma estaba criminalizada en ese momento?”<sup>89</sup>

Consideramos que la redacción de estos preceptos no es argumento suficiente para señalar que los mismos consagran el matrimonio sólo entre parejas de distinto sexo. Parece mucho más lógico entender, atendido el contexto histórico y las fuentes normativas de estos instrumentos, que la

---

<sup>87</sup> VIDAL BEROS, Christian. Inexistencia del Matrimonio Homosexual: Incumplimiento de la obligación del Estado-Legislator, Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su relación con la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1881-10, de 3 de noviembre de 2011. En: GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz y LEPÍN MOLINA, Cristian. Parejas homosexuales ¿Unión civil o Matrimonio? Santiago, Legal Publishing Chile, 2013, pp. 267-294, p. 276.

<sup>88</sup> POPPELWELL-SCEVAK, Claire. The European Court of Human Rights and Same-Sex Marriage. The Consensus Approach. [En línea]. Pluricourts 31 de agosto de 2016. [Fecha de consulta: 12 de noviembre de 2016]. Disponible en: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2832756](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2832756)>. Pp. 28 y 29. (El texto ha sido traducido para facilitar su comprensión por el lector).

<sup>89</sup> *Ibíd.*, p. 29.

finalidad perseguida era garantizar que el hombre y particularmente, la mujer, pudieran contraer matrimonio libremente.

Más aun, nos parece que una interpretación evolutiva de estos instrumentos, que se ajuste al resto de los derechos consagrados, debe entender las disposiciones que consagran el derecho al matrimonio no consagran exclusivamente el matrimonio entre un hombre y una mujer. En este sentido, compartimos lo señalado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, al señalar “conforme a los citados principios (pro homine o pro libertis), no puede establecerse que vía tratado internacional se impida a los Estados, vía labor legislativa, tomar la decisión de ampliar o extender ciertos derechos civiles, políticos, sociales o cualquier otro, a favor de determinadas personas o colectivos.”<sup>90</sup>

## **2. El matrimonio igualitario en el Sistema Europeo de Derechos Humanos**

A lo largo de su jurisprudencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido diversos derechos tanto a personas LGBT individualmente consideradas, como a parejas LGBT. Dos de los hitos más importantes han sido la descriminalización de las relaciones entre personas del mismo sexo, en *Dudgeon vs. Reino Unido*<sup>91</sup>, y la obligación de los estados de establecer alguna forma de reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo, en *Oliari y otros vs. Italia*<sup>92</sup>. En ambos casos, el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que establece el derecho al respeto por la vida privada y familiar, es un pilar fundamental de la decisión.

Pese a los avances en estas y otras materias relativas a derechos LGBT, hasta el momento, el Tribunal no se ha pronunciado en favor del matrimonio igualitario.

---

<sup>90</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO. Acción de inconstitucionalidad N° 02/2010. [En línea]. 16 de agosto de 2010. [Fecha de consulta: 15 de octubre de 2016]. Disponible en: <[https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf\\_sentenciarelevante/MATRIMONIO%20MISMO%20SEXO%20AI%202-2010\\_0.pdf](https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf_sentenciarelevante/MATRIMONIO%20MISMO%20SEXO%20AI%202-2010_0.pdf)>. Párrafo 255.

<sup>91</sup> TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Dudgeon v. United Kingdom*. [En línea]. 22 de octubre de 1981. [Fecha de consulta: 16 de septiembre de 2018]. Disponible en: <<http://ceere.eu/wp-content/uploads/2016/03/CASE-OF-DUDGEON-v.-THE-UNITED-KINGDOM.pdf>>.

<sup>92</sup> TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Oliari and others v. Italy*. [En línea]. 21 de julio de 2015. [Fecha de consulta: 16 de agosto de 2018]. Disponible en: <<http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2015/07/CASE-OF-OLIARI-AND-OTHERS-v.-ITALY.pdf>>.

A continuación, procederemos a analizar dos sentencias en que el Tribunal se ha referido al derecho de parejas del mismo sexo de contraer matrimonio. Daremos cuenta de las circunstancias y los fundamentos en que el Tribunal sustenta su decisión. Por último, presentaremos críticas que, dada su similitud, aplican a ambas decisiones.

## **2.1. Schalk y Kopf vs. Austria<sup>93</sup>**

Este caso se origina cuando una pareja de hombres de Austria intenta formalizar su relación a través de la celebración de un matrimonio, el año 2002. Dicha solicitud es rechazada sobre la base de que en el país, el matrimonio solo puede celebrarse entre un hombre y una mujer.

Luego de acudir ante el Tribunal Constitucional de Austria, donde al igual que en las instancias anteriores a las que concurren su solicitud es negada, el año 2004, la pareja lleva su caso hasta el TEDH.

En su aplicación ante el Tribunal, los demandantes alegan que la imposibilidad para contraer matrimonio que afecta a las parejas del mismo sexo viola el artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>94</sup>, que contiene el derecho al matrimonio y a formar una familia. Además, alegan que se infringe el artículo 14 tomado en conjunción con el artículo 8 en cuanto la imposibilidad de contraer matrimonio implica una forma de discriminación en base a su orientación sexual. En este ámbito, mencionan que al momento en que presentan su solicitud, el año 2004, no solo no podían contraer matrimonio, sino que, además, no contaban con ninguna otra forma de reconocimiento de su relación.

Los demandantes argumentan que, en la actualidad, ni la procreación ni la crianza de los hijos son elementos esenciales para la existencia del matrimonio. “A través del tiempo, se ha transformado en una unión entre dos personas que comprende todos los aspectos de sus vidas.”<sup>95</sup> Por lo mismo,

---

<sup>93</sup> TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Schalk and Kopf v. Austria. [En línea]. 24 de junio de 2010. [Fecha de consulta: 10 de marzo de 2017]. Disponible en: <<https://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2017/06/001-99605.pdf>>.

<sup>94</sup> Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Consejo de Europa. Roma, 4 de noviembre de 1950.

<sup>95</sup> TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Schalk and Kopf v. Austria. [En línea]. 24 de junio de 2010. [Fecha de consulta: 10 de marzo de 2017]. Disponible en: <<https://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2017/06/001-99605.pdf>>. Párrafo 44.

considerando los cambios en la concepción del matrimonio en la sociedad, ya no existiría un argumento para excluir del mismo a las parejas formadas por personas del mismo sexo.

En este respecto, el Tribunal da cuenta de que si bien, considerado por sí mismo, el artículo 12 podría interpretarse en el sentido de permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, es imposible ignorar que, a diferencia de los demás artículos de la Convención, es el único que hace referencia específicamente al hombre y la mujer. Esto, sumado al contexto histórico en el que mismo fue redactado serían claros indicadores de que no puede sino referirse al matrimonio heterosexual.

El Tribunal reconoce que, tal como alegan los demandantes, no considera que la imposibilidad de concebir o criar hijos sean motivos suficientes para impedir el acceso al matrimonio (así lo había sostenido en *Goodwin v. Reino Unido*). Sin embargo, las circunstancias de *Goodwin*, a diferencia del presente caso, se ajustan a la concepción tradicional del matrimonio en cuanto el mismo es la unión entre un hombre y una mujer, habiéndose considerado una idea de género que no se limita únicamente a criterios biológicos.<sup>96</sup> El Tribunal alega que además el caso de *Goodwin* se distingue del de los demandantes en cuanto en el primero, se trataba de un tema en el que existía consenso (el matrimonio de personas transgénero siempre que se tratara de la unión entre personas de distinto sexo estaba permitido en la mayoría de los estados miembros al momento en el que se tomó la decisión).

Respecto al artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Tribunal reconoce que la redacción del mismo, al omitir la referencia al hombre y la mujer, da lugar a una interpretación más amplia del concepto de matrimonio que el artículo 12. Sin embargo, de cuenta de que el artículo también señala que el derecho al matrimonio se garantiza “según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”<sup>97</sup>. Por ende, el Tribunal concluye que queda entregado al margen de apreciación de los estados la decisión de abrir o no el matrimonio a parejas homosexuales. Así, no existiendo un mandato al respecto, el hecho de que Austria no permita el matrimonio homosexual no infringiría el artículo 12.<sup>98</sup>

---

<sup>96</sup> *Ibíd.*, párrafo 60.

<sup>97</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Niza, 7 de diciembre del 2000. Artículo 9.

<sup>98</sup> TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Schalk and Kopf contra Austria*. [En línea]. 24 de junio de 2010. [Fecha de consulta: 10 de marzo de 2017]. Disponible en: < <https://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2017/06/001-99605.pdf> >., párrafo 61.

Los demandantes alegan que la imposibilidad de contraer matrimonio, además de la inexistencia de cualquier forma de reconocimiento y protección de las parejas del mismo sexo antes del año 2010, es una forma de discriminación por su orientación sexual. Con ello, afirman que este tipo de discriminación requiere razones particularmente serias para justificarse. Así, señalan que, aunque se había creado una figura que protegía a las parejas del mismo sexo, la misma presentaba varias diferencias en comparación con el matrimonio y que el Estado no habría proveído razones que justificaran tales diferencias. El Tribunal determina que considerando los cambios socioculturales que han concurrido, constituiría una diferenciación artificial el distinguir entre parejas que cohabitan y mantienen una relación estable solo porque unas están conformadas por dos personas de distinto sexo y las otras, por dos personas del mismo sexo. Así, estima que la relación de los demandantes no solo se encuentra comprendida dentro del ámbito de vida privada del artículo 8, sino también dentro del ámbito de vida familiar.<sup>99</sup>

A mayor abundamiento, el Tribunal señala que las parejas del mismo sexo son tan capaces como parejas de distinto sexo de entrar en relaciones estables, y por ende, están en una posición análoga en cuanto a su necesidad de reconocimiento y protección legal.<sup>100</sup>

Sin embargo, niega que del artículo 14 en conjunción con el artículo 8 derive un derecho al matrimonio. A su vez, considera que como el consenso europeo aun no era mayoritario en cuanto a la existencia de figuras legales que reconocieran uniones entre personas del mismo sexo, no puede reprochar al legislador austriaco el no haber legislado al respecto antes del 2010.<sup>101</sup>

Como ya se señaló, los demandantes alegaron que las diferencias entre el matrimonio y las uniones civiles entre personas del mismo sexo conllevarían una forma de discriminación. Al respecto, el Tribunal considera que la determinación del estatus específico que se le otorga a las parejas del mismo sexo está entregado al margen de apreciación de los estados, dada la falta de consenso en el tema, y que no tienen una obligación de crear una situación análoga al matrimonio. Por lo mismo, concluye que no ha habido una violación del artículo 14 en conjunción con el artículo 8.

---

<sup>99</sup> *Ibíd.*, párrafo 96.

<sup>100</sup> *Ibíd.*, párrafo 99.

<sup>101</sup> *Ibíd.*, párrafo 106.

## 2.2. Chapin y Charpentier vs. Francia<sup>102</sup>

A diferencia del caso anterior, en este, los solicitantes sí lograron contraer matrimonio el año 2004, pese a que la ley de su país no contemplaba el matrimonio entre personas del mismo sexo. Esto se posibilitó luego de que el alcalde de Bégles en su calidad de oficial del estado civil los casó con el objetivo de afectar la legislación existente a favor del matrimonio igualitario.

Sin embargo, un mes después, ese mismo año, su matrimonio fue anulado por sentencia del Tribunal Superior de Burdeos.

Cabe mencionar como otros antecedentes relevantes que desde 1999 existía en Francia una ley de uniones civiles abierta a parejas del mismo sexo y el año 2013, Francia abre las puertas del matrimonio a parejas del mismo sexo.

Desestimado el recurso por el Tribunal de Casación, la pareja concurre ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, argumentando que excluir a las parejas del mismo sexo de la institución del matrimonio implicaría una discriminación arbitraria en su contra, en razón de su orientación sexual, en atención a lo dispuesto en los artículos 8, 12 y 14 de la Convención.

El Tribunal, además de estimar admisible la solicitud, señaló que al igual que en Schalk y Kopf, consideraba que el artículo 12 de la Convención resultaba aplicable al caso de los demandantes.

Los demandantes alegan que sufren de discriminación en razón de su orientación sexual en tanto no pueden gozar del derecho a contraer matrimonio que consagra el artículo 12, y están, por ende, en una situación de desventaja respecto de las parejas heterosexuales, que pueden elegir entre tres formas de reconocimiento y protección legal de su relación (Pacto Civil de Solidaridad, concubinato y matrimonio). Señalan además que, aunque las parejas homosexuales puedan acceder a algún nivel de protección, la discriminación persiste, en tanto dicho nivel de protección es inferior al que otorga el matrimonio.<sup>103</sup>

---

<sup>102</sup> TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Chapin y Charpentier vs. Francia [En línea]. 9 de junio de 2016. [Fecha de consulta: 20 de agosto de 2018]. Disponible en: <[http://www.cusur.udg.mx/es/sites/default/files/chapin\\_y\\_charpentier\\_sentencia\\_estrasburgo.pdf](http://www.cusur.udg.mx/es/sites/default/files/chapin_y_charpentier_sentencia_estrasburgo.pdf)>.

<sup>103</sup> *Ibíd.*, párrafo 33.

El Tribunal hace referencia a algunos de sus argumentos en *Schalk y Kopf*, señalando que, aunque el artículo 12 es aplicable al caso de los demandantes, la decisión respecto de extender o no el matrimonio a parejas del mismo sexo está entregada a los estados.

Concluye, que, por lo tanto, no hay motivo para decidir de forma distinta de la que lo había hecho en *Schalk y Kopf*. Además, dado el cambio en la legislación francesa al momento en que se toma esta decisión, los demandantes podrían contraer matrimonio si así lo quisieran. Por ende, no hubo violación del artículo 12 en conjunción con el artículo 14 del convenio.

Los demandantes alegan haber sido víctimas de discriminación por su orientación sexual en el ejercicio del derecho a que se respete su vida privada y familiar.<sup>104</sup> El Tribunal, tal como en casos similares decididos con anterioridad, estima que ambos artículos son aplicables al caso.

Los demandantes alegan que el impedimento de acceder al matrimonio es en sí mismo una forma de discriminación, pero, además, el régimen al que sí pueden acceder (Pacto Civil de Solidaridad) otorga un nivel de protección considerablemente menor. Para ilustrar este punto, dan cuenta de las diferencias entre ambos. Finalmente, alegan al respecto que esta diferenciación carece de toda finalidad y proporcionalidad.<sup>105</sup>

Al igual que en su jurisprudencia anterior, el Tribunal señala que los Estados son libres de incorporar o no el matrimonio igualitario u otras formas de reconocimiento legal a parejas del mismo sexo en su legislación. Además, en caso de que opten por esto último, cuentan con un margen de apreciación en cuanto al nivel de protección que dichas figuras otorguen, por lo que las mismas no necesariamente deben ser análogas al matrimonio.

Así, aunque existan diferencias entre el Pacto Civil de Solidaridad y el matrimonio, estas diferencias se encuentran dentro del margen de apreciación del Estado.<sup>106</sup>

Además, reitera que desde el año 2013 las parejas del mismo sexo podían acceder igualmente al matrimonio.<sup>107</sup>

---

<sup>104</sup> *Ibíd.*, párrafo 41.

<sup>105</sup> *Ibíd.*, párrafo 45.

<sup>106</sup> *Ibíd.*, párrafo 51.

<sup>107</sup> *Ibíd.*, párrafo 52.

Por ende, concluye que no ha habido violación del artículo 8 en conjunción con el artículo 14 de la CEDH.

### **2.3. Críticas a las sentencias**

En ambos casos, el Tribunal basa su decisión en dos elementos fundamentales, que, a su vez, están relacionados entre sí. El primero de estos elementos es la falta de consenso entre los estados europeos respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo. El segundo, es la existencia de un margen de apreciación del que gozan los estados a la hora de determinar las leyes que rigen internamente el matrimonio.

El Tribunal señala a lo largo de su razonamiento que la carencia de consenso entre los estados respecto a este tema determina que el margen de apreciación sea particularmente amplio.

En cierta medida, la consideración del consenso europeo dentro de su decisión parece prudente e incluso, apropiada, teniendo en cuenta que el matrimonio “tiene connotaciones sociales y culturales profundamente enraizadas que pueden diferir ampliamente entre una sociedad y otra.”<sup>108</sup> En otras palabras, la diversidad de posturas respecto del derecho de las personas LGBT a contraer matrimonio que persiste dentro de los estados europeos hace comprensible que el Tribunal proceda con precaución.

Sin embargo, nos parece que esto no es suficiente para que haya optado por mantener la diferenciación en el tratamiento de parejas en base de su orientación sexual. Esto ya que el propio Tribunal señala durante su razonamiento que pese a no estar explícitamente enumerada en el artículo 14, ha considerado que la orientación sexual es una categoría sospechosa de discriminación y que, por lo mismo, requiere de razones especialmente serias para su justificación.<sup>109</sup> Sin embargo, en este caso no hace un verdadero examen de las razones que se encuentran detrás del trato diferenciado entre parejas homosexuales y heterosexuales. Por ello, se ha señalado que “la realidad es que el TEDH no toma la orientación sexual como un criterio sospechoso en serio y, en cambio, sobre la base de

<sup>108</sup> TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Schalk and Kopf v Austria. [En línea]. 24 de junio de 2010. [Fecha de consulta: 20 de agosto de 2018]. Disponible en: <<https://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2017/06/001-99605.pdf>>. Párrafo 62.

que no existe un consenso europeo sobre este tema, otorga a los estados un amplio margen de apreciación.”<sup>110</sup>

En lugar de hacer este examen y poner la carga de justificar la diferenciación en el Estado, el Tribunal evita entrar en esta discusión al referirse a la falta de consenso entre los estados europeos (y consecuentemente, la existencia de un margen de apreciación especialmente amplio). Así, “utiliza el margen de apreciación para eludir la revisión de razones serias, lo que podría justificar la diferencia de trato.”<sup>111</sup>

Esta crítica se refleja incluso en el voto disidente de tres de los jueces de Schalk y Kopf, que estuvieron por estimar que sí existía violación del artículo 14 en conjunción con el artículo 8 de la Convención, señalando “en ausencia de razones convincentes ofrecidas por el gobierno demandado para justificar la diferencia de trato, no debería haber espacio para aplicar el margen de apreciación. En consecuencia, la ‘existencia o inexistencia de un terreno común entre las leyes de los estados contratantes’ (véase el párrafo 98) es irrelevante ya que tales consideraciones son solo una base subordinada para la aplicación del concepto de margen de apreciación.”<sup>112</sup>

Y como señalamos anteriormente, si bien es apropiado que el Tribunal tenga en cuenta la existencia o falta de consenso europeo y por ende, de un margen de apreciación a la hora de tomar sus decisiones, el que se le dé tanto peso a esta consideración puede llevar a consecuencias lamentables. De esta forma, dejar un ámbito de discreción a los estados sin utilizar los derechos humanos como el límite que deberían ser, implica dejar en una situación de enorme desprotección precisamente a quienes más necesitan de esos límites para su bienestar y supervivencia. Así, “Primero, los grupos minoritarios a menudo están peor situados para defender sus derechos a través de canales parlamentarios clásicos donde prevalece la mayoría. En segundo lugar, los debates parlamentarios a menudo están plagados de estereotipos sobre la orientación sexual, como lo demuestran los recientes debates en las asambleas nacionales de Francia, Gran Bretaña, Polonia y Rusia.”<sup>113</sup>

---

<sup>110</sup> BRIBOSIA, Emmanuelle y RORIVE, Isabelle y Van den Eynde, Laura Same-Sex Marriage: Building an Argument before the European Court of Human Rights in Light of the US Experience. Berkeley Journal of International Law, California. Volumen 32 (1):1-43, 2014, p. 42.

<sup>111</sup> *Ibíd.*, p. 24.

<sup>112</sup> TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Schalk and Kopf v. Austria. [En línea]. 24 de junio de 2010. [Fecha de consulta: 20 de agosto de 2018]. Disponible en: <<https://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2017/06/001-99605.pdf>>. Opinión disidente de los jueces Rozakis, Spielmann y Jebens, párrafo 8.

<sup>113</sup> BRIBOSIA, Op. Cit. p. 20.

Pese a todo lo anterior hay dos elementos presentes en ambas sentencias que dejan la puerta entreabierta a un eventual pronunciamiento a favor del matrimonio igualitario. Primero, el Tribunal señala de forma explícita que derecho al matrimonio en los términos del artículo 12 de la Convención no se considera restringido exclusivamente a parejas de distinto sexo. El segundo aspecto, es que el Tribunal considera que las parejas del mismo sexo no solo están comprendidas como una forma de vida privada en el artículo 8 de la Convención, sino que son también una forma de vida familiar. Y aunque sin duda son precedentes valiosos, es desalentador que estas conclusiones no lleven al Tribunal a actuar de una forma que sea coherente con las mismas. Así, “este juicio parece ser una especie de procesión de Echternach: dos pasos adelante, un paso atrás (o incluso un paso adelante y dos pasos atrás, dependiendo de la perspectiva de uno). Hace algunos avances importantes al reconocer la igualdad al menos objetiva y simbólica de las parejas del mismo sexo y otras parejas, pero no conlleva consecuencias legales claras y de largo alcance.”<sup>114</sup>

Uno de los argumentos del Tribunal para no fallar en favor de los demandantes es que las autoridades nacionales están mejor situadas para valorar las necesidades de la sociedad y responder ante ellas. Pero cabe preguntarse, ¿a qué necesidades precisamente está respondiendo el Estado al mantener la discriminación a un grupo de personas en razón de su orientación sexual? Varios de los argumentos frecuentemente utilizados para justificar esta discriminación, como son la protección de la familia y la crianza de los hijos, así como la forma más tradicional del matrimonio son desechadas por el propio Tribunal Europeo, en tanto señala explícitamente que el artículo de la Convención que consagra el derecho al matrimonio es aplicable a parejas del mismo sexo y además que las mismas pueden llegar a constituir vida familiar.

Sin embargo, aunque el Tribunal establece la igualdad material de las parejas del mismo sexo, sigue resguardando las visiones basadas en prejuicios que informan las leyes nacionales de los estados miembros. Esto conlleva que el reconocimiento de estas parejas como una forma de vida familiar carezca de todo efecto práctico, en cuanto “Si ese es el entendimiento correcto de lo que está diciendo el Tribunal aquí, la mayoría de las parejas del mismo sexo en Europa -así como cualquier hijo que estén criando juntos- continuarán viviendo discriminación del tipo más fundamental durante el futuro visible.”<sup>115</sup>

---

<sup>114</sup>Strasbourg court rules that states are not obliged to allow gay marriage. [En línea]. The Guardian, 24 de junio de 2010. [Fecha de consulta: 21 de agosto de 2018]. Disponible en: <<https://www.theguardian.com/law/2010/jun/24/european-court-of-human-rights-civil-partnerships>>.

<sup>115</sup>HODSON, Loveday, A marriage by any other name? Schalk and Kopf v Austria. Human Rights Law Review. 11(1):170-179, 3 de febrero de 2011, p. 176. (El texto ha sido traducido para facilitar su comprensión por el lector).

Si bien el TEDH es un órgano cuyo propósito es resguardar el respeto por los derechos humanos dentro de sus estados miembros, en ambos casos, la visión de matrimonio que informa su decisión final parece ser más una del matrimonio como institución que del matrimonio como derecho. Sin embargo, la segunda no está del todo ausente. Como se señaló, considera que el artículo 12 de la Convención que consagra el derecho al matrimonio es aplicable a las parejas del mismo sexo. Sin embargo, prevalece por sobre el reconocimiento de tal derecho, la noción de que las profundas raíces históricas de la institución del matrimonio determinan que su regulación sea una materia dejada en manos de la legislación interna de cada Estado.

### **3. El matrimonio igualitario ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**

Pese a que históricamente los precedentes del TEDH han jugado un rol importante en las decisiones de la Corte, respecto a este tema en particular, el órgano interamericano ha tomado un curso propio.

Así, en enero del 2018, en una histórica decisión, la Corte determinó que los matrimonios entre personas del mismo sexo debían ser reconocidos, entre otros derechos a favor de la igualdad de la comunidad LGBT.

Esta decisión es determinante para varios de los estados sobre los que el órgano tiene jurisdicción, en tanto 29 aun no reconocen el matrimonio igualitario, y dentro de los mismos, 25 ni siquiera comprenden alguna forma de unión civil que incluya a parejas homosexuales.

Además de lo ya mencionado, el rol que podría tener la Corte Interamericana respecto al matrimonio igualitario es especialmente relevante para Chile, considerando que nuestro país firmó ante este organismo un acuerdo de solución amistosa con el Movilh, que pretendía dejar sin efecto una demanda presentada por este último, luego de que la Corte Suprema fallara en contra del matrimonio igualitario. En otras palabras, el Estado de Chile se ha comprometido directamente con la Corte para incorporar a su legislación el matrimonio igualitario.

Iniciaremos este apartado analizando la decisión tomada por la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva OC-24/17, para luego, estudiar el Acuerdo de Solución Amistosa comprometido por el

Estado de Chile ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cómo, la decisión tomada en la Opinión Consultiva podría influir en el desarrollo de dicho Acuerdo.

### 3.1. La Opinión Consultiva 24/17

El año 2013, la académica María Cecilia Ibáñez se preguntó si, al verse enfrentada a una decisión respecto al matrimonio igualitario, la Corte Interamericana seguiría el mismo curso que había tomado el Tribunal Europeo.<sup>116</sup> Así, argumentó que, aunque la jurisprudencia del TEDH sin duda tiene influencia sobre los criterios de la Corte Interamericana, en esta materia, la Corte tomaría un camino distinto.

Al respecto, se refirió a la doctrina del margen de apreciación, cual fuera uno de los elementos fundamentales que el Tribunal Europeo ha tenido en cuenta para considerar que los Estados no están obligados a extender el matrimonio a parejas del mismo sexo. Así, señala “El número de veces que la Corte Interamericana se ha referido a la doctrina del margen nacional de apreciación es notoriamente reducido en comparación con el uso que le ha dado el Tribunal Europeo. Sumado a esto, las veces que la Corte efectivamente ha aplicado esta doctrina explícitamente además de solo referirse a ella, son casi nulas.”<sup>117</sup>

En cambio, la Corte ha acudido mucho más a la doctrina de la interpretación evolutiva, cuya aplicación tiene efectos diametralmente distintos. Así, respecto a la interpretación evolutiva, señala que “no se requiere la existencia de consenso entre los Estados o que la sociedad específica de cada uno de ellos esté de acuerdo, ya que puede suceder que estas concepciones sean las que están generando la vulneración de los derechos.”<sup>118</sup>

Esto, sumado que en *Atala Riffo y niñas vs. Chile*<sup>119</sup>, la Corte había determinado que la orientación sexual era una de las categorías protegidas respecto de las cuales está prohibido discriminar, serían,

---

<sup>116</sup> IBÁÑEZ GARCÍA, María Cecilia. El matrimonio entre parejas del mismo sexo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Bogotá* (32):1-36, enero-junio de 2014, pp. 7 y 8.

<sup>117</sup> *Ibíd.*, p. 22.

<sup>118</sup> *Ibíd.*, p. 25.

<sup>119</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. [En línea]. 24 de febrero de 2012. [Fecha de consulta: 6 de agosto de 2018]. Disponible en: <[http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf)>.

según la autora, aspectos decisivos por los que, al pronunciarse respecto al matrimonio igualitario, la Corte decidiría de forma distinta a como lo había hecho el Tribunal Europeo.<sup>120</sup>

Esta proyección probó ser correcta el año 2017, cuando la Corte Interamericana emitió la Opinión Consultiva OC-24/17, sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.

En este caso, Costa Rica solicitó a la Corte pronunciarse sobre una serie de preguntas relativas a los derechos de personas y parejas LGBT, entre las cuales se encontraba si el Estado debía reconocer los derechos patrimoniales emanados de los vínculos de estas parejas, y en caso de que sí, si es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule sus vínculos.

En la consulta, los recurrentes hacen referencia a la protección otorgada por el artículo 11.2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, el cual dispone “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.”<sup>121</sup> Por ello, la Corte procede a analizar los términos en los que la Convención protege a la familia. Así, y tal como ha determinado en decisiones anteriores, da cuenta de que la Convención no protege un modelo específico de familia de forma exclusiva. Ni siquiera los términos del artículo 17.2, referente al derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y formar una familia, delimitarían la protección de la Convención a una forma específica de esta, en tanto “únicamente estaría estableciendo de forma expresa la protección convencional de una modalidad particular de matrimonio [...] tampoco implica necesariamente que esa sea la única forma de familia protegida por la Convención Americana.”<sup>122</sup>

Debido a lo anterior, consideran que no hay motivo para desconocer el vínculo familiar que pueden establecer parejas del mismo sexo. Al contrario, “esta Corte estima que sí es obligación de los Estados reconocer estos vínculos familiares y protegerlos de acuerdo a la Convención.”<sup>123</sup>

---

<sup>120</sup> IBÁÑEZ, Op. cit. p. 13.

<sup>121</sup> Pacto de San José de Costa Rica. Organización de Estados Americanos. San José, 22 de noviembre de 1969. Art. 11.2.

<sup>122</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. [En línea]. Opinión Consultiva OC-24/17. 24 de noviembre de 2017, Serie A No. 24. [Fecha de consulta: 2 de agosto de 2018]. Disponible en: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf)>. Párrafo 182.

<sup>123</sup> *Ibíd.*, párrafo 191

Así, la Corte contesta la primera de estas preguntas señalando que los Estados, además de proteger los derechos patrimoniales emanados del vínculo familiar formado entre personas del mismo sexo, debe proteger tanto los derechos humanos internacionalmente reconocidos como aquellos reconocidos en el derecho interno de cada Estado.<sup>124</sup>

En su razonamiento, rechaza explícitamente el uso de la doctrina del margen de apreciación como un fundamento para negar a parejas homosexuales el acceso al matrimonio, señalando “la presunta falta de un consenso al interior de algunos países respecto del respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido.”<sup>125</sup>

Estima, además, que no hay una finalidad aceptable para que se establezca una diferencia entre el reconocimiento de parejas heterosexuales y homosexuales, y que aquellas finalidades que se suelen citar como argumento para perpetuar la distinción (que el fin del matrimonio es la procreación o que el término debería conservar el significado que ha tenido desde sus orígenes, entre otras) no son razones de peso suficiente para mantener una situación de discriminación que pone en desmedro a las parejas del mismo sexo.<sup>126</sup>

Crear una figura que otorgara los mismos derechos pero tuviera una denominación distinta tampoco sería una solución satisfactoria para la Corte, en tanto no haría más que perpetuar la diferencia existente entre parejas homosexuales y heterosexuales, siendo una medida discriminatoria y por ende, contraria a la Convención.<sup>127</sup>

Así, termina por concluir que es deber de los Estados garantizar a las parejas del mismo sexo el acceso a todas las figuras jurídicas existentes, incluyendo el matrimonio.<sup>128</sup>

Dentro del razonamiento de la Corte, parece ser claro que prima una visión del matrimonio como derecho, por sobre una del matrimonio como institución. Se referencia la forma en que el matrimonio está mencionado en la Convención Americana, pero los términos que se emplean, que el mismo es

---

<sup>124</sup> *Ibíd.*, párrafo 199.

<sup>125</sup> *Ibíd.*, párrafo 219.

<sup>126</sup> *Ibíd.*, párrafos 220, 221 y 222.

<sup>127</sup> *Ibíd.*, párrafo 224.

<sup>128</sup> *Ibíd.*, XI Opinión, número 8.

un derecho “del hombre y de la mujer”, no se utiliza como un argumento para considerar que la Convención excluye matrimonio entre personas del mismo sexo. En cambio, se habla en términos de los beneficios asociados al matrimonio, y el acceso a los mismos, y la discusión se enmarca desde la perspectiva de si es o no legítimo el restringir este acceso a ciertas personas en razón de su orientación sexual.

Así, tal como había proyectado Ibáñez, y pese a la importancia que los criterios del Tribunal Europeo han tenido en otras decisiones de la Corte, al pronunciarse respecto al matrimonio igualitario, la Corte optó por un camino propio.

### **3.2. Acuerdo de Solución Amistosa P-946-12**

El Acuerdo de Solución Amistosa<sup>129</sup> tiene su origen en hechos ocurridos el año 2010. Luego de que una funcionaria del Registro Civil se negara a la celebración e inscripción de matrimonios entre personas del mismo sexo, las parejas afectadas presentan un recurso de protección en su contra. Conociendo del recurso, la Corte de Apelaciones solicita como medida para mejor resolver un pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto a la aplicabilidad o inaplicabilidad del artículo 102 del Código Civil. Luego de que el Tribunal rechazara el requerimiento de inaplicabilidad presentado, la Corte falla en contra de los recurrentes. Posteriormente, la Corte Suprema, conociendo de la apelación al fallo del recurso de protección presentado ante la Corte de Apelaciones, confirma la sentencia.

Respecto de la decisión de la Corte Suprema, las parejas afectadas, asesoradas por el Movilh, presentan una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que indican que, dado los hechos ocurridos, el Estado de Chile estaría vulnerando los artículos 1.1, 2, 12, 17 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

A raíz de esta petición, el Estado y el Movilh llegan a un Acuerdo de Solución Amistosa, celebrado ante la Comisión. En el mismo, el Estado reconoce los hechos que dan origen a la petición presentada, y, en concordancia con ello, da cuenta de que es necesario mejorar las políticas públicas y la legislación interna con la finalidad de mejorar la situación de discriminación que afecta a las personas LGBTI.

---

<sup>129</sup> En adelante, también se referirá al mismo como “el Acuerdo” o “ASA”.

En el acuerdo, el Estado se compromete a la consecución de diversas medidas en favor de la población LGBTI en el país, entre las cuales se encuentra impulsar el matrimonio igualitario. Respecto a esta materia en particular, el acuerdo señala:

“1. Impulsar en conjunto con los peticionarios un proceso de discusión pública, que se inicia con la suscripción del presente acuerdo, en torno al matrimonio igualitario, y que involucre a la sociedad civil y a representantes del Gobierno, y se invite a participar al Congreso Nacional, entre otros.

Este proceso se iniciará con un acto público, a realizarse dentro de los sesenta días siguientes a la firma del Acuerdo de Solución Amistosa por parte del Estado de Chile, que empezarán a contar a partir de los veinte días siguientes a la fecha de hoy, al que se invitará a representantes de los tres Poderes del Estado, y el Tribunal Constitucional.

2. Ingresar a tramitación legislativa, dentro del primer semestre del año 2017, un proyecto de matrimonio igualitario.

3. Adoptar las medidas necesarias, incluidas acciones de promoción, para impulsar la iniciativa de matrimonio igualitario como un asunto que constituye un interés legítimo en una sociedad democrática e inclusiva.”<sup>130</sup>

Como era de esperarse, la celebración del acuerdo generó oposición por parte de ciertos sectores. Así, el 22 de noviembre de ese mismo año, los diputados José Antonio Kast, Arturo Squella Ovalle y Juan Antonio Coloma Álamos, solicitaron que la Contraloría General de la República pronunciarse respecto de la legalidad del Acuerdo.

En su presentación, argumentaron que quienes suscriben el Acuerdo carecen de las competencias necesarias para así hacerlo, y que, además, el mismo vulnera el principio de legalidad, ya que el Estado al suscribirlo estaría transigiendo sobre una materia respecto a la cual ya se han pronunciado los nuestros tribunales.

---

<sup>130</sup> Acuerdo de Solución Amistosa caso P-946-12. [En línea]. Movilh. [Fecha de consulta: 20 de octubre de 2018]. Disponible en: <<http://www.movilh.cl/documentacion/2016/Acuerdo-MOVILH-Estado.pdf>>. P. 1.

La Contraloría advierte que, dado que las medidas a las que se compromete Chile en el Acuerdo se enmarcan dentro de los derechos consagrados por la Convención, y dado que la Convención fue promulgada por nuestro país, la suscripción del mismo no habría sido ilegal. A su vez, en cuanto a las competencias de quienes lo suscriben, la Contraloría señala que quienes firman actúan dentro del ejercicio de sus funciones, por lo cual tampoco tiene reparos a este respecto.

Pese a lo anterior, en la actualidad, el cumplimiento del Acuerdo es incierto. Si bien en un principio el actual Gobierno manifestó que daría cumplimiento al ASA<sup>131</sup>, esta no parece ser una postura unificada dentro del oficialismo. Diputados de la UDI han cuestionado su carácter vinculante<sup>132</sup>, pese a lo señalado por la Contraloría. Por su parte el ministro del Interior señaló no sólo que el presidente es contrario al matrimonio igualitario, sino que "ejercerá todas las atribuciones que la Constitución le otorga, como lo ha señalado, para impedir que eso sea ley."<sup>133</sup> El Movilh, por su parte, señaló que el compromiso adquirido ante la CIDH era con el Estado de Chile y no con el Gobierno de turno, y por ende, correspondía que el actual Gobierno tomara las medidas para impulsar el matrimonio igualitario, aún si no fueron ellos quienes personalmente suscribieron el Acuerdo.

En la reciente reunión entre representantes del Gobierno y del Movilh ante la CIDH, el primero señaló que la parte del ASA referente a matrimonio igualitario ya se había cumplido, en tanto existe actualmente un proyecto en trámite legislativo. Con ello, el Gobierno estaría "impulsando" el matrimonio igualitario, ya que no puede obligarse a que el mismo sea ley, en cuanto ello depende del poder legislativo.<sup>134</sup>

Si bien esta última afirmación es cierta, es cuestionable que el Gobierno esté cumpliendo con los términos del acuerdo en la actualidad. En lo referente a matrimonio igualitario, el ASA señala que el Estado se compromete a "Adoptar las medidas necesarias, incluidas acciones de promoción, para

---

<sup>131</sup> Gobierno mantendrá acuerdo pro derechos LGBTI que el Estado firmó con Movilh ante la CIDH. [En línea]. El Mostrador, 30 de abril de 2018. [Fecha de consulta: 3 de mayo de 2018]. Disponible en: <<http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2018/04/30/gobierno-mantendra-acuerdo-pro-derechos-lgbti-que-el-estado-firmo-con-movilh-ante-la-cidh/>>.

<sup>132</sup> UDI rechaza compromiso de La Moneda con el Movilh. [En línea]. La Tercera, 18 de mayo de 2018. [Fecha de consulta: 1 de agosto de 2018]. Disponible en: <<https://www.latercera.com/politica/noticia/udi-rechaza-compromiso-la-moneda-movilh/171344/>>.

<sup>133</sup> Denunciarán a un ministro chileno ante la CIDH por matrimonio igualitario. [En línea]. Agencia EFE, 31 de julio de 2018. [Fecha de consulta: 6 de agosto de 2018]. Disponible en: <<https://www.efe.com/efe/america/sociedad/denunciaran-a-un-ministro-chileno-ante-la-cidh-por-matrimonio-igualitario/20000013-3707483>>.

<sup>134</sup> Gobierno: el Estado nunca se obligó a aprobar el matrimonio igualitario. [En línea]. Cooperativa, 16 de octubre de 2018. [Fecha de consulta: 16 de octubre de 2018]. Disponible en: <<https://www.cooperativa.cl/noticias/sociedad/minorias-sexuales/gobierno-el-estado-nunca-se-obligo-a-aprobar-el-matrimonio-igualitario/2018-10-16/074225.html>>.

impulsar la iniciativa del matrimonio igualitario como un asunto que constituye un interés legítimo en una sociedad democrática e inclusiva.” Es cierto, tal como el mismo ha señalado, que el actual Gobierno no ha obstaculizado la tramitación legislativa del proyecto de matrimonio igualitario. Sin embargo, cabe preguntarse, ¿es esto suficiente para considerar que se están adoptando “las medidas necesarias, incluidas acciones de promoción, para impulsar la iniciativa del matrimonio igualitario”? Ciertamente, existen facultades con las que cuenta el ejecutivo que, sin invadir las facultades del poder legislativo, contribuyen al avance de un proyecto que el Estado se comprometió a promover.

En este sentido, el ex vocero de Gobierno, Marcelo Díaz, señaló “Lo que nosotros comprometimos con la Comisión Interamericana es impulsar y promover el matrimonio igualitario. Para eso, el Ejecutivo puede ponerle urgencia, puede presentar indicaciones, es decir, tiene que usar sus herramientas. Ese compromiso sí lo adquirió Chile en tanto Estado, no un gobierno en particular.”<sup>135</sup>

La determinación actual del Gobierno respecto a no cumplir con el Acuerdo en los términos en que el mismo se adoptó obviamente afecta en forma negativa a la población LGBTI, al seguir postergando el acceso a un derecho y perpetuar su situación de desigualdad respecto de las parejas heterosexuales. Sin embargo, esta determinación también tiene efectos negativos para el país, y, particularmente, para la imagen que el mismo ostenta dentro de la comunidad internacional. En este sentido, el profesor Claudio Nash ha señalado “Incumplir un acuerdo internacional o ponerlo en duda significa un retroceso en la política general de Chile, no solo en materia de derechos humanos, sino que, en toda la posición del país ante la comunidad internacional, de ser respetado, porque es un país que acata los acuerdos. No hay que separar los temas, Chile, precisamente, en el caso con Bolivia, se presentó es como un Estado que cumple sus compromisos y espera que las otras naciones los cumplan. Bueno, esto es perfectamente aplicable en materia de derechos humanos.”<sup>136</sup>

El acuerdo estipula que el eventual incumplimiento de cualquiera de las partes del puede llevar a que se ponga término al mismo y se informe a la Comisión, a la que se le entrega la facultad de actuar en

---

<sup>135</sup> Exministros de Bachelet contradicen al Gobierno por matrimonio igualitario. [En línea]. La Tercera, 16 de octubre de 2018. [Fecha de consulta: 18 de octubre de 2018]. Disponible en: < <https://www.latercera.com/politica/noticia/exministros-bachelet-contradicen-al-gobierno-matrimonio-igualitario/363503/#>>.

<sup>136</sup> Matrimonio igualitario: expertos señalan que Chile no cumple tratados internacionales. [En línea]. Diario Uchile, 17 de octubre de 2018. [Fecha de consulta: 18 de octubre de 2018]. Disponible en: < <https://radio.uchile.cl/2018/10/17/matrimonio-igualitario-expertos-senalan-que-chile-no-cumple-tratados-internacionales/>>.

los términos del artículo 40.6 del Reglamento, el cual determina que “De no llegarse a una solución amistosa, la Comisión proseguirá con el trámite de la petición o caso.”<sup>137</sup>

Esto implicaría que, de no cumplirse el Acuerdo por parte del Estado, el Movilh puede poner término al mismo, luego de lo cual correspondería a la Comisión deliberar sobre el fondo del caso para tomar una decisión.<sup>138</sup> A partir de esta deliberación, se elaboraría un informe que establezca si Chile incurrió o no en una violación de alguno de los derechos consagrados en la Convención. Si se determina que sí existió violación, el informe también incluiría recomendaciones para el Estado y un plazo en el que debe informar respecto de las medidas que adoptará para el cumplimiento de tales recomendaciones.<sup>139</sup> Si Chile no cumpliera con estas recomendaciones, y siendo un Estado que ha aceptado la jurisdicción de la Corte, el caso se sometería al conocimiento de esta última.<sup>140</sup>

Es de esperar que dado el criterio adoptado por la Corte en la OC- 24/17, en la que terminó por señalar que “es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio”<sup>141</sup>, la Corte termine por sentenciar que Chile debe incorporar el matrimonio igualitario a su legislación.

---

<sup>137</sup> Pacto de San José de Costa Rica. Organización de Estados Americanos. San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969. Artículo 40.6.

<sup>138</sup> *Ibíd.*, artículo 43.1.

<sup>139</sup> *Ibíd.*, artículos 44.1 y 44.2.

<sup>140</sup> *Ibíd.*, artículo 45.

<sup>141</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. [En línea]. Opinión Consultiva OC-24/17. 24 de noviembre de 2017, Serie A No. 24. [Fecha de consulta: 2 de agosto de 2018]. Disponible en: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf)>. XI Opinión, número 8.

## **CAPÍTULO III: La situación del matrimonio igualitario en Chile**

Respecto de la discusión en torno al matrimonio igualitario, nuestro país se encuentra actualmente en un punto crítico. Para muchos, el actual estado de la cuestión es uno de transición, que podría anteceder a un inminente cambio.

Es posible llegar a esta conclusión a través del análisis de los países examinados: es un patrón común que antes de pasar a la regulación del matrimonio igualitario, se cree una figura de reconocimiento y protección abierta, pero no exclusiva, a parejas homosexuales, que sea una especie de punto intermedio entre una unión de hecho, y un matrimonio. Así ocurre en Colombia, cuando en el fallo de la Corte Constitucional de Colombia C-075/07, se concluye que la exclusión de las parejas homosexuales de la protección otorgada por la unión marital de hecho es discriminatoria. De manera similar, en México, la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal otorga reconocimiento y protección a parejas del mismo o de distinto sexo.

Por lo mismo, el actual contexto de Chile, en que, a pocos años del Acuerdo de Unión Civil se ingresa un proyecto de matrimonio igualitario, parece replicar el camino que otros países han recorrido antes de incorporarlo a su legislación.

Pero aun antes de la incorporación del Acuerdo de Unión Civil a nuestra legislación, una sentencia del Tribunal Constitucional daría cuenta de la diversidad de posturas sobre matrimonio igualitario. Si bien la decisión tomada no tuvo efectos sustanciales, su análisis resulta de interés en cuanto refleja la variedad de argumentos en que se sostienen las distintas posiciones de este debate, y deja abiertas las puertas a una eventual modificación legislativa del matrimonio. Por ello, este capítulo se iniciará con el análisis de dicha sentencia.

### **1. Análisis de la Sentencia Rol N° 1881-2010 del Tribunal Constitucional**

Este fallo, pronunciado por nuestro Tribunal Constitucional el año 2011, es uno de los puntos más relevantes de la discusión en nuestro país. Pese a que la decisión tomada en el caso ha sido sumamente criticada por no referirse al fondo del asunto (en tanto el Tribunal argumenta su incompetencia para pronunciarse al respecto) el análisis de los votos particulares de los ministros logra ilustrar la variedad de posturas presentes en la discusión y que no se limitan al contexto nacional.

Además de ello, la sentencia no niega la posibilidad de que pueda extenderse el matrimonio a parejas del mismo sexo, sino que simplemente determina que tal decisión está fuera de la competencia del Tribunal y de los fines del recurso interpuesto. Así, señala que “En otras palabras, lo que pretenden los recurrentes es que se les reconozca la aplicación del mencionado estatuto (el relativo al matrimonio), cuestión que no es de competencia de este Tribunal, pues éste no se encuentra facultado para modificar y regular las instituciones que contempla el ordenamiento jurídico mediante un pronunciamiento de inaplicabilidad.”<sup>142</sup> El fallo considera que la eventual incorporación del matrimonio igualitario en nuestro ordenamiento jurídico debe ser de conocimiento del legislador, en razón de que la regulación del matrimonio es materia de ley y en virtud del principio de separación de poderes.

La sentencia se origina a raíz de la negativa de una funcionaria del Registro Civil a celebrar el matrimonio de una pareja del mismo sexo. Esta decisión se fundamenta en la definición de matrimonio contenida en el artículo 102 del Código Civil, precepto que se refiere al mismo como un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.

En base al mismo fundamento, la funcionaria también se niega a la inscripción del matrimonio de dos parejas del mismo sexo que celebraron sus uniones en el extranjero, de forma válida y en conformidad a la ley local; una de ellas en Argentina y la otra en Canadá.

Ante esta situación, las tres parejas interponen de forma conjunta un recurso de protección en contra de la funcionaria<sup>143</sup>, alegando que negar a parejas del mismo sexo la posibilidad de celebrar e inscribir matrimonios en Chile es contraria al principio de igualdad consagrado en el artículo 19 n°2 de la Constitución.

Conociendo de este recurso, el entonces Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago, como medida para mejor resolver, presenta un requerimiento ante el Tribunal Constitucional para que el

---

<sup>142</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia Rol N° 1881-2010. [En línea]. 3 de noviembre de 2011. [Fecha de consulta: 27 de septiembre de 2016]. Disponible en: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2213>>. Considerando noveno.

<sup>143</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Sentencia rol N° 6787-2010. [En línea]. 9 de diciembre de 2011. [Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2016]. Disponible en: <[http://www.pcontreras.net/uploads/9/6/2/1/9621245/sca\\_stgo\\_rol\\_6787-2010.pdf](http://www.pcontreras.net/uploads/9/6/2/1/9621245/sca_stgo_rol_6787-2010.pdf)>.

mismo se pronuncie a propósito de la aplicabilidad o inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 102 del Código Civil al caso en concreto.

Establecidos los antecedentes que llevaron al pronunciamiento del Tribunal en este caso, a continuación, se procederá a analizar tanto la decisión final como los votos particulares de cada uno de los Ministros.

### **1.1. Análisis de la decisión del Tribunal**

Pronunciándose al respecto, el Tribunal Constitucional esencialmente resuelve en base a criterios de forma que el recurso interpuesto no resulta idóneo para el objeto que los solicitantes persiguen. Esto en tanto el artículo 102 forma parte de un sistema normativo que regula el matrimonio, por lo cual en este caso lo que los recurrentes realmente estarían buscando sería la modificación del sistema en forma integral.

Así, el juzgador encuentra fundamentos en la Constitución para argumentar que tal acción excedería los límites de su competencia, al ser el matrimonio materia de reserva legal. Uno de ellos es el artículo 63 N°3 de la Constitución, que señala que son materia de ley aquellas que son objeto de codificación civil. El segundo argumento es el N° 20, también del artículo 63, que establece como materia de ley “toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico.”<sup>144</sup>

La decisión del Tribunal de no referirse al fondo ha sido objeto de diversas críticas. Una de ellas, que compartimos, es que su razonamiento deja vacía de contenido a la acción de inaplicabilidad. La forma en que el Tribunal elabora su argumento parece insinuar que la reserva legal fuera un ámbito inmune de control constitucional. Esta interpretación despoja de todo propósito a la acción interpuesta. En este sentido, Nash señala “la magistratura constitucional omite el ejercicio de básico de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que es controlar la constitucionalidad de una norma cuya aplicación no está permitiendo el trato de las personas en condiciones de igualdad y no discriminación [...] No puede aceptarse una interpretación de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad que no dé efectividad a los derechos constitucionales que son base de legitimidad de las normas legales; la

---

<sup>144</sup> Decreto 100. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial de la República de Chile. Santiago, 22 de septiembre de 2005. Artículo 60, N° 3 y 20.

reserva de ley no es un espacio que quede al margen del control de la Constitución y de los derechos fundamentales en ella consagrados.”<sup>145</sup>

Esta interpretación del tribunal revela que el enfoque aplicado al matrimonio al momento de decidir fue el del matrimonio-institución y no un enfoque de derechos. Así, el énfasis en este caso está en que la regulación del mismo es materia de ley, y no hay un mayor análisis de los derechos que se alegan como infringidos. Como el matrimonio en este caso no es considerado un derecho, el examen del Tribunal no se detiene a analizar si existen restricciones al mismo y si tales restricciones son o no inconstitucionales. La perspectiva que se adopta es la del matrimonio como una institución regulada por el legislador, cuya modificación es de su exclusiva competencia.

## **1.2. Análisis de los votos particulares**

Teniendo en consideración la extensión de los votos particulares, para efectos de sistematizar los argumentos invocados, se propone a continuación una clasificación de acuerdo a las nociones de matrimonio y familia expresados en cada uno. Así, los votos particulares se han dividido en una posición conservadora, una intermedia, y una garantista, siendo esta última la que compartimos.

### **1.2.1. Posición conservadora**

La primera posición se caracteriza por defender el concepto de matrimonio del artículo 102 y considerar apropiada la diferencia de sexos atendidos los fines del matrimonio. Además de ello, estima que la forma de regulación de la institución sirve una finalidad de protección de la familia, cumpliéndose con ello lo ordenado por la Constitución. Finalmente, en relación al principio de igualdad, se estima que el mismo no se ve vulnerado con el requisito de la diferencia de sexos de los contrayentes, en tanto siendo distinta la situación de parejas del mismo y de distinto sexo, se justifica un trato diferenciado entre ambas por parte de la ley.

Para el Presidente del Tribunal, el ministro Raúl Bertelsen, el matrimonio debe entenderse como la unión entre un hombre y una mujer. Para reforzar esta posición, recurre a la concepción de la

---

<sup>145</sup> NASH ROJAS, Claudio. Matrimonio entre personas del mismo sexo. Una mirada desde los Derechos Humanos. En M. GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz y LEPÍN MOLINA, Cristian. En: GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz y LEPÍN MOLINA, Cristian. Parejas homosexuales ¿Unión civil o Matrimonio? Santiago, Legal Publishing Chile, 2013, pp. 197-244. Pp. 221 y 222.

institución a lo largo de la historia y opiniones doctrinales que concuerdan con este entendimiento.<sup>146</sup> El requisito de diferencia de sexos estaría justificado en tanto sólo uniones heterosexuales darían lugar a la procreación, legitimándose así la exclusión de parejas del mismo sexo.<sup>147</sup>

La ministra Marisol Peña, por su parte, inicia su voto particular refiriéndose al fundamento constitucional de la regulación del matrimonio. Así, está de acuerdo con la parte resolutive en cuanto la misma considera que los numerales 3 y 20 del artículo 63 determinan que la materia en discusión es de prerrogativa del legislador. Sin embargo, además de ello existirían otros dos fundamentos constitucionales: El primero de ellos es la consagración de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, y en conjunto con ello, del matrimonio como base principal de la familia protegida por la Constitución. Estos dos ámbitos, a su vez, estarían conectados, al establecerse la procreación como finalidad de la unión marital en el Código Civil. Así, considera que el matrimonio, en los términos en los que está regulado, es un presupuesto fundamental para la consagración de la familia como núcleo fundamental de la sociedad.<sup>148</sup> El énfasis, nuevamente, está en el matrimonio como institución social, en oposición al matrimonio como derecho.

En su voto particular, los ministros Marcelo Venegas, Enrique Navarro e Iván Aróstica están por pronunciarse respecto del fondo del recurso, afirmando la constitucionalidad de la aplicación del artículo 102. Consideran relevante reparar en que, si bien la exigencia de diferencia de sexo entre los contrayentes es una excepción a las reglas generales de los contratos, no es la única excepción, ya que el matrimonio estipula en su regulación que sólo puede celebrarse entre dos personas, siendo la regla general en los contratos que cada parte pueda estar constituida por una o más personas. Para los ministros, teniendo en cuenta las finalidades del contrato de matrimonio, la diferencia de sexo entre los contrayentes es un criterio perfectamente legítimo.<sup>149</sup> El supuesto rol que el matrimonio cumple como institución en nuestra sociedad justificaría, por tanto, la exclusión de parejas del mismo sexo.

### **1.2.2. Posición intermedia**

---

<sup>146</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia Rol N° 1881-2010. [En línea]. 3 de noviembre de 2011. [Fecha de consulta: 27 de septiembre de 2016]. Disponible en: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2213>>. Voto particular concurrente del Ministro Raúl Bertelsen Repetto, párrafo 4.

<sup>147</sup> *Ibíd.*, voto particular concurrente del Ministro Raúl Bertelsen Repetto, párrafo 6.

<sup>148</sup> *Ibíd.*, voto particular concurrente de la Ministra Marisol Peña Torres, párrafos 2 y 3.

<sup>149</sup> *Ibíd.*, voto particular concurrente de los Ministros Marcelo Venegas Palacios, Enrique Navarro Beltrán e Iván Aróstica Maldonado, párrafo 7.

Esta postura considera que, si bien es necesaria la existencia de alguna forma de reconocimiento y protección a las parejas del mismo sexo, tal decisión escapa de la competencia del Tribunal, y no constituye una materia que proceda resolver mediante un recurso como el que se conoce. A su vez, omite pronunciarse directamente sobre si dicha forma de protección debería ser el matrimonio o una figura equivalente con una denominación distinta.

En este ámbito se sitúa el voto particular de los ministros Francisco Fernández, Carlos Carmona, José Antonio Viera-Gallo y Gonzalo García. Los ministros afirman que nuestra Constitución no vincula el matrimonio a la protección de la familia<sup>150</sup> y que el concepto ha tenido una importante evolución en nuestro ordenamiento jurídico, no sólo a nivel legal, sino que también a nivel constitucional. Sin embargo, es una materia que debe ser regulada por la ley, y que desde la perspectiva de quienes concurren al voto, no cabe “constitucionalizar”, así como tampoco les es posible “desnaturalizar” el recurso de inaplicabilidad. Consideran sin embargo que es claro del análisis de la Constitución que la limitación del matrimonio a parejas de distinto sexo no es una restricción que pueda hallarse en la Carta Fundamental. De esta forma “Si el matrimonio hoy es entre un hombre y una mujer, no es porque lo diga o lo establezca la Constitución, sino la ley.”<sup>151</sup>

Reconocen, a su vez, que la inexistencia de un estatuto de protección que fuera aplicable a las uniones homosexuales conlleva una situación de vulnerabilidad para todo un grupo de personas, pero que es facultad del legislador salvar esta situación y determinar la extensión de la protección que deba otorgarse.

Pese a su clara diferencia con la postura anterior, en este caso nuevamente se da un enfoque de matrimonio-institución, en tanto el mismo se considera como un entramado de normas jurídicas cuya modificación está fuera del alcance del Tribunal, en oposición a decidir sobre la base del recurso interpuesto, que señala que el artículo 102 vulnera el principio de igualdad.

### **1.2.3. Posición garantista**

La tercera postura, que hemos denominado garantista, considera que atendida la consagración constitucional de la igualdad y la dignidad humana como principios que deben permear la ley, es

---

<sup>150</sup> *Ibíd.*, voto particular concurrente de los Ministros Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gónzalo García Pino, párrafo 7.

<sup>151</sup> *Ibíd.*, voto particular concurrente de los Ministros Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gónzalo García Pino, párrafo 10.

procedente extender el matrimonio a parejas del mismo sexo y, por tanto, conceder la inaplicabilidad en este caso.

En un razonamiento similar al de la Corte Suprema estadounidense al decidir sobre matrimonio igualitario, el ministro Hernán Vodanovic argumenta que el matrimonio no puede entenderse como una institución estática. En cambio, el mismo debe observarse a la luz de la sociedad actual, no del contexto en el que el precepto en discusión fue redactado. De esta forma, señala “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>152</sup> A lo largo de su argumentación señala que las personas homosexuales son, hasta el día de hoy, víctimas de tratos vejatorios en razón de su orientación sexual y que la imposibilidad de contraer matrimonio contribuye a acentuar esta discriminación. La perspectiva adoptada en este caso es del matrimonio como derecho; y respecto de este derecho, se considera que, en base al principio de igualdad, no hay un fundamento legítimo para excluir a las parejas del mismo sexo.

### **1.3. Críticas a la sentencia**

#### **1.3.1. Protección de la familia como fundamento del matrimonio heterosexual**

En relación a la posición conservadora, la protección de la familia como fundamento para la diferencia de sexo de los contrayentes es un argumento que ha sido desechado con anterioridad. En este caso, al referirse a familia como objeto de protección constitucional, se está haciendo referencia a un tipo de familia específico: nuclear y matrimonial; es decir, el concepto más tradicional. El peligro de tal interpretación es que insinúa que todo modelo de familia que no se ajuste al tradicional no se encuentra protegido por la Constitución.

Procede rechazar tal argumentación, en tanto es evidente que el constituyente no limita su protección a la familia matrimonial. Por ende, al señalar la ministra Peña “que la regulación del matrimonio fue remitida por el Constituyente al legislador, teniendo presente no sólo su dualidad de derecho-institución, sino en base a los valores y principios constitucionales que llevan a considerar la estrecha

---

<sup>152</sup> *Ibíd.*, voto disidente del Ministro Hernán Vodanovic Schnake, II. Sobre el fondo, número 1.

unión entre el matrimonio entre un hombre y una mujer y las funciones de la familia concebida como ‘núcleo fundamental de la sociedad’.<sup>153</sup> lo que está diciendo en realidad es que considera excluido de la posible protección del constituyente otras formas de familia distintas de la conformada por el matrimonio entre un hombre y una mujer, y que considera excluida, particularmente, la posibilidad de la constitución de una familia por una pareja del mismo sexo. Como vimos, este argumento ha sido desmantelado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, al señalar “lo que debe entenderse protegido constitucionalmente es la familia como realidad social, y que, por tanto, tal protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones.”<sup>154</sup>

### **1.3.2. Tratamiento del matrimonio en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos**

En el voto particular de la Ministra Marisol Peña se señala de manera expresa que el derecho a contraer matrimonio es un derecho fundamental, en atención a los instrumentos internacionales que le reconocen este carácter. Así, y en razón del artículo 5° inciso 2° de la Constitución, tal carácter de derecho fundamental se entendería incorporado en nuestro ordenamiento jurídico.

En cuanto a esto, cabe hacer dos alcances: respecto al matrimonio como derecho fundamental, estamos de acuerdo con esta apreciación. Si bien no se consagra en la Constitución de manera explícita un derecho fundamental a contraer matrimonio, éste sí ha recibido consagración en instrumentos internacionales ratificados por nuestro país.

En relación a este punto, es apropiado referirse conjuntamente a uno de los argumentos del Ministro Raúl Bertelsen para estar en contra de la inaplicabilidad, en cuanto a la forma en que el matrimonio se consagra en el DIDH. Su argumento se funda en un punto ya analizado en el capítulo anterior, que dice relación con que los preceptos referidos al matrimonio son los únicos que hacen referencia al hombre y la mujer, en contraste con los demás que tienden a hacer alusión a todas las personas. Sin embargo, ¿es esto suficiente para considerar que deberían excluirse de la institución del matrimonio a parejas del mismo sexo?

<sup>153</sup> *Ibíd.*, voto particular concurrente de la Ministra Marisol Peña Torres, párrafo 6.

<sup>154</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO. Acción de inconstitucionalidad N° 02/2010. [En línea]. 16 de agosto de 2010. [Fecha de consulta: 15 de octubre de 2016]. Disponible en: <[https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf\\_sentenciarelevante/MATRIMONIO%20MISMO%20SEXO%20AI%202-2010\\_0.pdf](https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf_sentenciarelevante/MATRIMONIO%20MISMO%20SEXO%20AI%202-2010_0.pdf)>. Párrafo 235.

De ser así, en esta oportunidad, no se proporcionó la argumentación necesaria para sustentar dicho criterio. No se hace referencia al contexto histórico de estos preceptos, ni a las interpretaciones hechas recientemente por diversos organismos internacionales.

### **1.3.3. Inaptitud del recurso interpuesto por las partes**

Por su parte, tanto la posición intermedia como la parte resolutive merece igualmente críticas, en cuanto alegan la incompetencia del Tribunal para pronunciarse sobre el asunto sometido a su conocimiento. En relación con esta apreciación, nos parecen pertinentes las palabras del ministro Hernán Vodanovic, quien estuviera por pronunciarse respecto del fondo del recurso: “Desde luego, el primer efecto (la reformulación integral de un sistema normativo) se produce usualmente al excluir la aplicación de una norma –al constatar que provoca consecuencias inconstitucionales-, si la misma es el núcleo de una institución [...] Siempre que es declarada inaplicable una disposición base de un ordenamiento hay una reformulación del sistema de normas, en relación a la situación jurídica específica a que el caso se refiere. Por la naturaleza de la inaplicabilidad, cuya declaración sólo atañe a las partes del juicio, esa reformulación se da respecto de una relación jurídica particular, subsistiendo el estatuto jurídico impugnado en el régimen general.”<sup>155</sup>

Es más, el ministro considera que, dado el carácter consultivo del recurso, resultaba pertinente que el Tribunal se pronunciara respecto del fondo. A este respecto señala “Por último, el carácter consultivo que a menudo asume el requerimiento del juez –en este caso de la I. Corte de Apelaciones de Santiago- y que doctrinariamente se prefiere, invita entrar a resolver la materia de fondo propuesta, prescindiendo del rigorismo formal, máxime si se atiende a la trascendencia social mayúscula del asunto.”<sup>156</sup>

En síntesis, nos parece que en términos generales el Tribunal no desarrolló esta discusión desde la perspectiva correcta. Como señalamos en un principio, la discusión en torno al matrimonio igualitario debería darse desde el punto de vista de los derechos, pero en este caso, el argumento esgrimido por la mayoría de los ministros se enfoca en el matrimonio como institución. En este sentido “en el caso que nos ocupa, interpretamos que la respuesta mayoritaria al requerimiento de inaplicabilidad es la de aproximarse al matrimonio desde la perspectiva de la institución, donde el matrimonio sería por

<sup>155</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia Rol N° 1881-2010. [En línea]. 3 de noviembre de 2011. [Fecha de consulta: 27 de septiembre de 2016]. Disponible en: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2213>>, Voto disidente del Ministro Hernán Vodanovic Schnake, I. Sobre la forma.

<sup>156</sup> *Ibíd.*, Voto disidente del Ministro Hernán Vodanovic Schnake, I. Sobre la forma.

definición la unión entre un hombre y una mujer [...] el Tribunal no analiza si se vulnera o no el principio de igualdad cuando el matrimonio está limitado a parejas heterosexuales; de lo que se ocupa es de destacar que esta materia es de dominio del legislador y que sólo él está autorizado democráticamente a regular la institución. Con ello el tribunal descarta una aproximación a la cuestión desde la perspectiva de los derechos que podrían estar en juego.”<sup>157</sup>

## **2. Acuerdo de Unión Civil<sup>158</sup> ¿Es suficiente?**

En el apartado anterior, al analizar los votos particulares de los ministros, se hizo notar que en la postura que se denominó intermedia, se reconocía una situación de vulnerabilidad de parejas del mismo sexo, al no existir ningún estatuto jurídico que formalizara sus relaciones y regulara los efectos de las mismas. Así, se da cuenta de la desprotección en que dicha omisión legislativa deja a estas parejas, siendo deber del legislador otorgar alguna forma de reconocimiento en el ordenamiento jurídico, que contribuya a salvar la situación desmejorada en que se encuentran.

Actualmente, con la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la figura del AUC, existe un estatuto al que pueden acceder tanto parejas de distinto sexo como parejas del mismo sexo. Sin embargo, ante este nuevo escenario, cabe preguntarse ¿es el reconocimiento otorgado por el AUC protección suficiente?

### **2.1. Antecedentes previos al Acuerdo de Unión Civil**

La Ley N° 20.830, que crea el AUC<sup>159</sup>, entra en vigencia en nuestro país el día 22 de octubre del año 2015. Sin embargo, esta figura no nace como un proyecto original, sino que es más bien heredera de iniciativas anteriores, entre estos el Acuerdo de Vida en Común, iniciado por moción del Senador Andrés Allamand el año 2010. Este contemplaba como uno de sus objetivos “mantener como institución base de la sociedad el matrimonio, reservándolo exclusivamente a personas de distinto sexo.”<sup>160</sup>

---

<sup>157</sup> GÁLDAMEZ, Op. Cit., p. 10.

<sup>158</sup> En adelante, también se referirá al mismo como AUC.

<sup>159</sup> Ley 20830. Crea el Acuerdo de Unión Civil. Diario Oficial de la República de Chile. Santiago, 22 de octubre de 2015.

<sup>160</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N° 20830. [En línea]. BCN, 21 de abril de 2015. [Fecha de consulta: 22 de diciembre de 2016]. Disponible en <<https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/45283/1/HL20830.pdf>>. P. 5.

El año 2011, el nombre de este proyecto se modificaría al de Acuerdo de Vida en Pareja<sup>161</sup>. En esta ocasión, la iniciativa cuenta con el apoyo del poder ejecutivo, lo que contribuye a situarlo en el centro del debate nacional. Sin embargo, su tramitación legislativa pasó por períodos intermitentes de estancamiento (particularmente en el año 2012<sup>162</sup>) y diversas modificaciones. Finalmente, el día 20 de enero del año 2015<sup>163</sup>, el nombre del proyecto pasa a ser el de Acuerdo de Unión Civil, y en octubre del mismo año, entraría en vigencia.

## 2.2. Matrimonio y Acuerdo de Unión Civil: análisis comparado

Al promulgarse la ley que crea el AUC, la Presidenta Michelle Bachelet señaló al respecto “Que este es un avance concreto en el camino de terminar con la diferencia entre parejas homosexuales y heterosexuales; que aquellos que no cristalizan su unión a través del matrimonio, que no queremos que esto vaya en desmedro de su bienestar, de su pareja o de sus hijos. Que no queremos espacio para la desprotección, y saldamos una deuda con aquellos que por no querer o no poder casarse, han estado privados de prestaciones básicas.”<sup>164</sup>

Con esta declaración, queda clara la diferencia entre esta iniciativa y la que en su momento hubiera patrocinado el entonces Presidente Sebastián Piñera, en tanto uno de los fines de aquel proyecto era

---

<sup>161</sup> En adelante, también se referirá al mismo como AVP.

<sup>162</sup> “El Acuerdo de Vida en Pareja registró una completa parálisis legislativa el 2012, luego de haberse ingresado a tramitación parlamentaria el 17 de agosto del 2011. El estancamiento en el Congreso sólo comenzó a revertirse con especial fuerza en noviembre, logrando ser reactivado el debate parlamentario al mes siguiente. La parálisis se explicó principalmente porque todos los esfuerzos legislativos, gubernamentales y de movilización social estuvieron dedicados durante el primer semestre a la tramitación de otra norma que venía siendo demandada desde el 2002 por la diversidad sexual, la Ley Antidiscriminación, promulgada el 12 de julio del 2012.” La historia de la Unión Civil en Chile: 12 años de lucha para el reconocimiento de la diversidad familiar. [En línea]. Movilh. [Fecha de consulta: 23 de diciembre de 2016]. Disponible en: <<http://www.movilh.cl/documentacion/2015/auc/Historia-del-Acuerdo-de-Union-Civil-2003-2014.pdf>>. P. 97.

<sup>163</sup> “En la votación general, la iniciativa fue aprobada por 86 votos contra 23 y 2 abstenciones. Votaron en contra los UDI Ramón Barros, Javier Hernández, David Sandoval, Arturo Squella, Enrique Van Rysselberghe, José Antonio Kast, Iván Norambuena, Jorge Ulloa, Felipe Ward, Romilio Gutierrez, Patricio Melero, Ernesto Silva e Ignacio Urrutia; los RN Nicolás Monckeberg, Leopoldo Pérez, Germán Becker, René Manuel García, Alejandro Santana, Bernardo Berger, Gonzalo Fuenzalida, Jorge Rathgeb, Diego Paulsen y el DC Jorge Sabag. En esta votación se cometió un error, pues fue aprobada una indicación para que la unión fuese indisoluble, lo cual obligó a que el 26 de enero la Sala del Senado rechazara la propuesta del la Cámara y se pasara el proyecto a una Comisión Mixta, integrada por los diputados, Guillermo Ceroni, Rincón, Monckeberg y Squella, y por los senadores Harboe, De Urresti, Araya, Espina, y Larraín. Ese mismo día la Comisión aprobó la unión civil pero por presiones de la Iglesia Católica volvió a cambiarle el nombre. Dejó de ser Pacto de Unión Civil (PUC), pues la sigla era la misma que la de la Pontificia Universidad Católica, y pasó a llamarse Acuerdo de Unión Civil.” *Ibíd.*, p. 125.

<sup>164</sup> Bachelet promulga Acuerdo de Unión Civil: “No queremos espacio para la desprotección”. [En línea]. La Tercera, 13 de abril de 2015. [Fecha de consulta: 24 de diciembre de 2016]. Disponible en: <<http://www.latercera.com/noticia/bachelet-promulga-acuerdo-de-union-civil-no-queremos-espacio-para-la-desproteccion/>>.

la protección de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, pero reconociendo explícitamente el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer. La figura del AUC, en cambio, no tiene la misma intención detrás, y de hecho se especuló desde un principio que la misma no era sino un paso previo al matrimonio entre personas del mismo sexo.

Sin perjuicio de lo anterior, ambas figuras tienen diferencias fundamentales. A continuación, se presentan en paralelo algunos de sus aspectos más relevantes, a fin de comparar como los mismos son tratados en cada una.

|   | <b>Matrimonio</b>  | <b>Acuerdo de Unión Civil</b>   |
|---|--|---|
| <b>Definición</b>   | Se regula como un contrato solemne, que se celebra ante un oficial del Registro Civil, entre dos personas de distinto sexo, que genera respecto de ellos el estado civil de casados.                                     | Se regula como un contrato, que se celebra ante un oficial del Registro Civil, entre dos personas de distinto sexo o del mismo sexo, que genera respecto de ellos el estado civil de conviviente civil. |
| <b>Derecho sucesorio</b>                                    | El cónyuge sobreviviente es heredero abintestato, legitimario y asignatario de la cuarta de mejoras.   | Concurre a la sucesión en la misma forma y con los mismos derechos que corresponden al cónyuge sobreviviente.   |
| <b>Fines</b>  | Procrear, vivir juntos y auxiliarse mutuamente.  | Regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente.   |
| <b>Obligaciones o deberes de las cónyuges/ convivientes</b> | Guardarse fe, socorrerse, ayudarse mutuamente, respeto y protección recíprocos, fidelidad, deber (y derecho) de vivir en el hogar común, proveer a las necesidades de la familia de acuerdo a sus facultades económicas. | Vida en común y ayuda mutua.  |
| <b>Filiación</b>  | Los cónyuges pueden adoptar, cumpliendo los demás requisitos que la ley respectiva estipula.   | Los convivientes civiles no pueden adoptar.<br><br>Los convivientes pueden acceder a técnicas de reproducción humana  |

|                              |   |   |
|------------------------------|---|---|
|                              | Los cónyuges pueden acceder a técnicas de reproducción humana asistida.                                   | asistida, tratándose de una pareja de distinto sexo.  |
| <b>Formas de terminación</b> | Muerte de uno de los cónyuges, muerte presunta, sentencia firme de nulidad y sentencia firme de divorcio. | Muerte de uno de los convivientes, muerte presunta, comprobación judicial de la muerte, matrimonio de los convivientes civiles de distinto sexo, terminación de común acuerdo y terminación unilateral. |

### 2.2.1. Derechos sucesorios

Las similitudes entre ambos estatutos evidencian que el AUC va mucho más allá de un mero reconocimiento de las parejas del mismo sexo, al regular los efectos de la relación entre convivientes en diversos ámbitos. Esta regulación ha tenido particular relevancia en cuanto a la sucesión, ya que con anterioridad las parejas del mismo sexo se hallaban en una situación sumamente vulnerable. Previo a la regulación del AUC, no existiendo figura alguna que regulara las relaciones entre parejas del mismo sexo, quien sobreviviera a su pareja podía aspirar, en el mejor de los casos y tratándose de sucesión testada, a ser beneficiado por la cuarta de libre disposición y en el peor de los casos, tratándose de sucesión intestada (que constituye la gran mayoría de las sucesiones en Chile), no tener derecho alguno sobre la sucesión de su pareja.<sup>165</sup>

### 2.2.2. Obligaciones o deberes de los contrayentes

<sup>165</sup> Cabe mencionar que esta situación de desprotección es en la que hasta hoy se encuentran todas aquellas parejas, del mismo o de distinto sexo, que, aun conviviendo por un período de tiempo considerable, no opten ni por un AUC ni por un matrimonio. Esta ha sido una crítica al Acuerdo de Unión Civil, ya que el mismo no cumpliría realmente con la finalidad de regular las convivencias, sino que más bien conformaría una suerte de matrimonio de segunda clase. En este sentido, “Las familias conformadas por parejas que no contraen ni matrimonio ni AUC no están consideradas en la ley: permanecen en la actual situación de incertidumbre que la jurisprudencia hace décadas viene subsanando, al echar mano a instituciones y principios fundados en el rechazo al enriquecimiento sin causa y la equidad, entre otros.” ESPEJO YAKSIC, Nicolás; LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Salir del clóset: La necesidad del matrimonio homosexual y los límites del Acuerdo de Unión Civil. 2016. En: HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel y TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Estudios sobre la nueva Ley de Acuerdo de Unión Civil. Santiago, Thomson Reuters, 2016, pp. 9-15, p. 11.

Analizando las obligaciones que estipula cada estatuto, es claro que el AUC, pese a proclamarse como un reconocimiento de las relaciones afectivas, se inclina más hacia el componente patrimonial de la unión. Demostración de ello es la escueta regulación de los deberes de los convivientes en el AUC, en oposición a una regulación mucho más extensa de los mismos en el matrimonio, siendo la mayoría de éstos de orden extrapatrimonial.

Esta diferencia en la regulación de ambas instituciones podría explicarse en razón de que las normas que regulan estos fines y deberes matrimoniales responden a la época de dictación del Código, y a la idea de matrimonio que en ese momento imperaba. Sin embargo, es posible argumentar que estas obligaciones no están ligadas tanto a la época de dictación del Código como a la idea de matrimonio que el legislador busca proteger, cuando notamos que varios de estos deberes tienen su correlato en las causales de divorcio por culpa del artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil, que entró en vigencia el año 2004. Si los mismos son de tal entidad que dejar de cumplirlos es una causal de terminación del vínculo conyugal, su relevancia en la institución del matrimonio es innegable.

La existencia de esos deberes en el matrimonio y su ausencia en el Acuerdo de Unión Civil no hace sino acrecentar la marcada diferencia entre dos instituciones que si bien, generan efectos similares, tienen una connotación social completamente distinta.

### **2.2.3. Adopción**

En cuando a esta materia, las diferencias más que darse entre parejas unidas mediante matrimonio y parejas unidas mediante AUC, se dan entre parejas de distinto sexo, estén unidas por matrimonio o AUC, y parejas del mismo sexo unidas por AUC.

En cuanto a la adopción, el tema fue objeto de intenso debate a lo largo de la tramitación legislativa del AUC. Durante la época de discusión en que el proyecto seguía bajo la denominación de Acuerdo de Vida en Pareja, el Senador Moreira justificó su voto en contra señalando que la incorporación del AVP a nuestro ordenamiento jurídico contribuiría al matrimonio entre parejas del mismo sexo y eventualmente, derivaría en la adopción por parejas homoparentales, lo cual no sería compatible con la obligación del Estado de actuar de acuerdo al interés superior del niño.<sup>166</sup>

<sup>166</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N° 20830. [En línea] BCN, 21 de abril de 2015. [Fecha de consulta: 22 de diciembre de 2016]. Disponible en <<https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/45283/1/HL20830.pdf>>. P. 644.

Por otra parte, algunos intervinientes consideraron que no sólo era procedente, sino que necesario abrir la adopción a parejas del mismo sexo. Sin embargo, lo que eventualmente resultó de la discusión fue la no regulación de este aspecto por parte de la ley 20.830, con lo cual la misma sigue restringida sólo a matrimonios y personas solteras, divorciadas o viudas. Bajo esta última modalidad, sería posible que antes de celebrarse el AUC, uno de los convivientes civiles adoptara como persona soltera, viuda o divorciada, para luego celebrar el Acuerdo y dedicarse a la crianza del hijo o hija de forma conjunta. Sin embargo, respecto del conviviente que no fue partícipe del proceso de adopción, no existiría vínculo de filiación alguno con el niño o niña. Esto significaría sin duda una situación riesgosa ante la eventualidad de muerte del conviviente que sí adoptó, ya que como se señaló anteriormente, no se contempla el conviviente civil para efectos del cuidado personal en caso de muerte del padre o madre.

#### **2.2.4. Técnicas de reproducción humana asistida<sup>167</sup>**

Una situación similar se da respecto a las TRHA, cuya única regulación en nuestra legislación puede encontrarse en el artículo 182 del Código Civil, y que restringe el acceso a las mismas a parejas de distinto sexo. A lo largo de la discusión de la ley 20.380, hubo intentos de incorporar modificaciones que permitieran a parejas del mismo sexo acceder a TRHA, los que sin embargo no rindieron mayores frutos. Así, al igual que con el caso de la adopción, la regulación del AUC no hace referencia a la posibilidad de que las parejas del mismo sexo que lo contraigan accedan a TRHA. Sin embargo, de los términos utilizados por el artículo 182, se entiende que sí sería posible para parejas de distinto sexo que celebren un AUC.

Aunque nos parece que este es un tema que, sin duda, debe ir de la mano con la regulación de las relaciones entre parejas del mismo sexo; dado su escaso tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico, parece ser que lo más apropiado es que el mismo sea objeto de una discusión acabada previo a regularse en su propia ley.

#### **2.2.5. Formas de terminación**

Fuera de la muerte, la muerte presunta, y la nulidad que se contemplan igualmente para el matrimonio, nos referiremos a tres causales de terminación que son específicas del AUC.

---

<sup>167</sup> En adelante, también se referirá a las mismas como “TRHA”.

Primero, el matrimonio de los convivientes, cuando proceda, es decir, al tratarse de una pareja de distinto sexo. Luego, por mutuo acuerdo de los convivientes. Por último, por voluntad unilateral de uno de los convivientes. A continuación, se analizará cómo estas tres causales de terminación dejan en claro la diferencia de naturaleza entre matrimonio y AUC.

La primera de estas, en tanto es sólo posible para parejas de distinto sexo, pero, además, en cuanto contribuye a la idea de que el AUC es una suerte de matrimonio menos formalizado. Así, si una pareja casada quisiera, en lugar de ello, optar por un AUC, previamente deberían pasar por un proceso de divorcio o nulidad para lograrlo. En cambio, en el caso inverso, una pareja de distinto sexo que hubiera contraído un AUC puede luego contraer matrimonio sin requerir previamente pasar por un proceso de terminación de su AUC.

En el caso de la terminación por mutuo acuerdo de los convivientes, hay una vía análoga (pero no idéntica) en el matrimonio: el divorcio de común acuerdo por cese de convivencia<sup>168</sup>. Pero mientras para el caso del divorcio debe acreditarse al menos un año de cese de convivencia y, además, es materia de conocimiento del juez de familia; para la terminación del AUC, no se estipula plazo alguno y el mismo debe constar por escritura pública o acta otorgada ante el Oficial del Registro Civil.

De forma similar, en el caso de la terminación por voluntad unilateral de uno de los convivientes, dicha causal tiene su correlato en el matrimonio en el divorcio unilateral por cese de convivencia. En este último caso, la ley requiere que se acredite un período de cese de al menos tres años para dar lugar a esta forma de terminación, y al igual que en el caso anterior, es materia de conocimiento del juez de familia. En cambio, en el AUC, la terminación por voluntad unilateral de uno de los cónyuges no requiere el transcurso de plazo alguno y nuevamente, se efectúa por escritura pública o acta otorgada ante un Oficial del Registro Civil.<sup>169-170</sup>

---

<sup>168</sup> “Artículo 55 inc. 1° de la Ley de Matrimonio Civil. - Sin perjuicio de lo anterior, el divorcio será decretado por el juez si ambos cónyuges lo solicitan de común acuerdo y acreditan que ha cesado su convivencia durante un lapso mayor de un año.” Ley N° 19947. Establece nueva ley de Matrimonio Civil. Diario Oficial de la República de Chile. Santiago, 17 de mayo de 2004.

<sup>169</sup> Si bien la regulación de esta causal estipula que debe notificarse al otro conviviente mediante gestión voluntaria por un receptor judicial, la falta de notificación no afecta la terminación del AUC, sino que simplemente hace al conviviente que no cumpla con ella, responsable por los perjuicios que la falta de conocimiento genere al otro conviviente.

<sup>170</sup> Esta forma de terminación ha sido objeto de críticas en tanto la misma no requiere poner en conocimiento al otro conviviente. Así, “Existe una impropiedad en la norma, pues se utiliza el término deberá respecto de la notificación, no obstante, a continuación se expresa que la falta de ella no afectará el término del acuerdo. Se sanciona, sí, al conviviente negligente haciéndolo responsable de los perjuicios irrogados al otro conviviente por la ignorancia del término. Pero la

Es notorio que la terminación de común acuerdo y por voluntad unilateral, si bien tienen su correlato en la Ley de Matrimonio Civil, permiten poner término al vínculo de manera sumamente (y para algunos críticos, excesivamente) simple. Sin embargo, este contraste entre AUC y matrimonio es coherente con nuestro ordenamiento jurídico, en que el legislador claramente manifiesta un deseo de permanencia del vínculo conyugal que no se replica para el caso del AUC. Quizás la prueba más concreta de ello es que el divorcio vincular no viene a incorporarse como forma de terminación del matrimonio sino con la Ley N° 19.947 el año 2004, y con férrea oposición de ciertos sectores. No sólo eso, sino que aún con posterioridad a su incorporación, se establecen causales específicas, en el caso del divorcio por culpa, y un plazo considerable, en el caso del divorcio por cese de convivencia, para que el mismo tenga lugar. Las formas de terminación recién mencionadas del AUC no requieren especificar causal, ni que se cumpla plazo alguno.

Esta facilidad de poner término al vínculo, en contraste con el matrimonio, sumado a la falta de regulación de los deberes de los convivientes, la no posibilidad de adopción ni acceso a TRHA, entre otras diferencias que no fueron analizadas en esta oportunidad, demuestra que no estamos ante estatutos equivalentes.

### **2.3. ¿Es el Acuerdo de Unión Civil suficiente protección?**

Sin duda la incorporación del AUC a nuestro ordenamiento jurídico ha generado un cambio significativo. Pese a las críticas realizadas, es necesario reconocer que la entrada en vigencia de la ley 20.830 es un hito histórico para nuestro país, al ser la primera figura que reconoce y regula los efectos de las relaciones entre parejas del mismo sexo. Con ello, por primera vez el legislador chileno reconoce explícitamente que estas relaciones son no sólo aceptables, sino que merecedoras de protección.

Pese a estos aspectos positivos, cabe volver a la pregunta inicial de este apartado; ¿es el AUC suficiente para considerar subsanada la situación de desprotección y vulnerabilidad en que se encontraban las parejas del mismo sexo en Chile antes de su incorporación?

---

sanción no es a todo evento, por cuanto se da un plazo muy breve, tres meses desde la subinscripción, para que se pueda alegar ignorancia, pasado el cual no podrá demandarse indemnización de perjuicios.” QUINTANA VILLAR, María Soledad. El Acuerdo de unión civil. Su regulación. Semejanzas y diferencias con el matrimonio en el ordenamiento jurídico chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso (44):121-140. Primer semestre de 2015.

Es evidente de las críticas realizadas a esta regulación, que no nos parece que el AUC sea una solución definitiva. Como se señaló a lo largo de este apartado, existen numerosas diferencias que permiten argumentar que el AUC otorga un estatuto menos privilegiado que el entregado por el matrimonio.

Además de lo ya mencionado a propósito del paralelo entre el matrimonio y el AUC, algunas de las falencias de este último ya se han hecho evidentes para quienes lo han celebrado. Ejemplo de ello es el caso de Daniel Durán, a quien se le impide inscribir a su conviviente civil como carga familiar en su caja de compensación. Al revisarse su caso tanto en la Corte de Apelaciones de Concepción (a raíz del recurso de protección interpuesto por considerar vulnerado el artículo 19 numeral 2° de la Constitución) como en la Corte Suprema (conociendo de la apelación del recién mencionado recurso) se concluye que como la regulación del AUC no modifica la legislación correspondiente incorporando al conviviente civil, el actuar de la caja de compensación se ajusta a la ley.<sup>171-172</sup>

Casos como este sirven para dejar en claro que, desde la perspectiva de los derechos, el conviviente civil goza de un nivel de protección menor que el que es otorgado al cónyuge. Considerando que las parejas del mismo sexo sólo pueden acceder al nivel de protección otorgado por el AUC, siguen en una situación de desmedro respecto de parejas de distinto sexo, que tienen la opción de acceder al nivel de protección otorgado por el AUC, o bien, al matrimonio.

Situaciones como la recién descrita también demuestran que el proceso legislativo detrás del AUC, sea en razón de que quería legislarse rápidamente o por el nivel de oposición que tuvo el proyecto, no fue todo lo exhaustivo que debió ser. En este sentido, compartimos lo señalado por el profesor Espejo y la profesora Lathrop: “En suma, la experiencia de estos últimos años demuestra que legislar apresurada, contingente y reactivamente en materia de familia termina confundiendo instituciones y obviando la regulación de otras que resulta imprescindible ampliar o introducir.”<sup>173</sup>

Más allá de todo lo expuesto, consideramos que aún si el AUC otorgara un nivel de protección equivalente al del matrimonio, dicha regulación no sería suficiente. Esto en tanto la sola necesidad de

---

<sup>171</sup> CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. Sentencia Rol N° 9448-2015. [En línea]. 28 de enero de 2016. [Fecha de consulta: 26 de diciembre de 2016]. Disponible en: <<http://static.elmercurio.com/Documentos/Legal/2016/03/18/2016031818397.pdf>>.

<sup>172</sup> CORTE SUPREMA DE CHILE. Sentencia Rol N° 9485-2016. [En línea]. 14 de marzo de 2016. [Fecha de consulta: 26 de diciembre de 2016]. Disponible en: <<http://static.elmercurio.com/Documentos/Legal/2016/03/18/20160318183828.pdf>>.

<sup>173</sup> ESPEJO YAKSIC y LATHROP GÓMEZ, Op. cit. p. 15.

generar un estatuto diferenciado de protección constituye un acto discriminatorio, al crear situaciones jurídicas distintas para relaciones entre las cuales la ley no debería hacer diferencia. Ninguna institución, por más protección que otorgue, lograría compararse en cuanto a su relevancia histórica y social al matrimonio. Por lo tanto, excluir a determinadas parejas de la posibilidad de unirse bajo una de las instituciones más antiguas y significativas de nuestro ordenamiento jurídico demuestra que, aunque son aceptadas e incluso protegidas, no se encuentran en un plano de igualdad. En este sentido, “El AUC presenta una paradoja. Las personas de orientación sexual homosexual pueden gozar de los derechos que otorga el matrimonio heterosexual sólo a través de una figura especial, hecha a la medida para homosexuales. Esta situación se conoce como ‘separados pero iguales’ y es reprochable desde el punto de vista de los derechos fundamentales.”<sup>174</sup>

### **3. Proyecto de Ley de Matrimonio Igualitario**

Anteriormente, a propósito del análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional, se hizo referencia al recurso de protección interpuesto por tres parejas del mismo sexo en contra de una funcionaria del Registro Civil que se negó a casar a una de ellas, y a inscribir los matrimonios válidamente celebrados en el extranjero de las otras dos. Esta sentencia fue posteriormente apelada, siendo este recurso rechazado de forma unánime por la Corte Suprema.

En respuesta a esta última sentencia, el año 2012, el Movilh presentó una demanda ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado de Chile. Esto ya que, a su parecer, el caso de las tres parejas “constituye una infracción a variados artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos, por tanto en la demanda se apela a que el Estado corrija las vulneraciones mediante la aprobación del matrimonio y las uniones civiles entre personas del mismo sexo.”<sup>175</sup>

Con ocasión de lo anterior, la Comisión Interamericana citó a las partes el 11 de junio del 2016, para buscar una solución amistosa entre ambas. Así, se acordó que el Movilh retiraría la demanda

---

<sup>174</sup> *Ibíd.*, pp. 14 y 15.

<sup>175</sup> Movilh demanda a Chile ante la Comisión Interamericana por prohibición de matrimonio igualitario. [En línea]. Movilh, 3 de septiembre de 2012. [Fecha de consulta: 2 de mayo de 2018]. Disponible en <<http://www.movilh.cl/movilh-demanda-a-chile-ante-la-comision-interamericana-por-prohibicion-del-matrimonio-igualitario/>>.

presentada, y el Estado por su parte, impulsaría una serie de iniciativas legales en pro de los derechos de personas LGBTI, entre las que se encuentra el matrimonio igualitario.<sup>176</sup>

En cumplimiento con el compromiso adquirido, el día 28 de agosto del 2017, se firmó el proyecto de matrimonio igualitario. Durante la ceremonia en el Patio de las Camelias, la entonces Presidenta Michelle Bachelet señaló “No puede ser que los prejuicios antiguos sean más fuertes que el amor. Por eso, hoy Chile da un paso histórico al firmar proyecto de Matrimonio Igualitario.”<sup>177</sup>

Unos meses después de la firma del proyecto, ministros de la Corte Suprema, a propósito de un informe sobre un proyecto de ley de adopción de menores por parejas del mismo sexo, se pronuncian respecto al proyecto de matrimonio igualitario, señalando que “es un paso más en el camino hacia la consecución de la igualdad al interior de las familias, ya que lo que pretende es permitir el acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo, terminando con las discriminaciones odiosas que, sustentadas en prejuicios y arbitrariedades, actualmente impiden que estas personas adquieran el vínculo matrimonial.”<sup>178</sup>

El día 27 de noviembre del mismo año, se dio inicio a la discusión del proyecto, con la reunión de la Comisión de Constitución del Senado. En esa oportunidad, la entonces vocera de Gobierno, Paula Narváez, señaló “seguimos insistiendo en este principio de igualdad que estamos queriendo resguardar, y es por qué no resulta justo hacer una discriminación arbitraria y discriminatoria a las personas del mismo sexo para acceder al matrimonio”<sup>179</sup>

### 3.1. Iniciativas anteriores

---

<sup>176</sup> CIDH busca solución amistosa entre Gobierno y Movilh por demanda de matrimonio homosexual. [En línea]. T13, 5 de junio de 2016. [Fecha de consulta: 3 de mayo de 2018]. Disponible en: <<http://www.t13.cl/noticia/politica/cidh-busca-solucion-amistosa-gobierno-y-movilh-demanda-matrimonio-homosexual>>.

<sup>177</sup> Bachelet firma proyecto de matrimonio igualitario citando a Lemebel: “Estamos derribando discriminaciones odiosas”. [En línea]. El Desconcierto, 28 de agosto de 2017. [Fecha de consulta: 3 de mayo de 2015]. Disponible en: <<http://www.eldesconcierto.cl/2017/08/28/bachelet-firma-proyecto-de-matrimonio-igualitario-citando-a-lemebel-estamos-derribando-discriminaciones-odiosas/>>.

<sup>178</sup> CORTE SUPREMA DE CHILE. Informe proyecto de ley 32-17. [En línea]. Oficio N° 173-2017, 4 de octubre de 2017. [Fecha de consulta: 3 de mayo de 2018]. Disponible en: <<http://www.pjud.cl/documents/396729/0/INFORME+PROYECTO+DE+LEY+ADOPCION+PAREJAS+DEL+MISMO+SEXO.PDF/ac331389-d41f-4cb6-9d82-13460a68a469>>.

<sup>179</sup> Matrimonio igualitario: Senado inicia discusión del proyecto. [En línea]. T13, 27 de noviembre de 2017. [Fecha de consulta: 3 de mayo de 2018]. Disponible en: <<http://www.t13.cl/noticia/politica/este-lunes-empieza-discusion-del-proyecto-matrimonio-igualitario>>.

De forma similar a lo que ocurría con el AUC, la discusión en torno al matrimonio igualitario en nuestro país es de larga data. Así, existieron intentos anteriores por legislar respecto a esta materia.

El primer proyecto de ley que busca introducir el matrimonio igualitario en nuestro ordenamiento jurídico es del año 2008. En él, se contempla una única disposición, la cual modifica el artículo 102 del Código Civil, suprimiendo la expresión “un hombre y una mujer” e introduciendo en su lugar “dos personas”, y eliminando la frase “de procrear”, que se contempla como uno de los fines del matrimonio. El proyecto fue archivado en junio del 2010, paralizándose su discusión.<sup>180</sup>

El año 2010 se presentaría un segundo proyecto. Esta vez, además de las modificaciones introducidas en el proyecto original, se agrega un segundo artículo que contempla modificaciones a la ley de matrimonio civil. Primero, en el artículo 54 número 4, que establece la conducta homosexual como causal de divorcio por culpa, agrega al numeral respectivo la expresión “en el caso del matrimonio entre un hombre y una mujer”. Luego, en el artículo 80 de la misma ley, que reconoce como válidos en Chile los matrimonios celebrados de acuerdo a la ley extranjera sólo cuando se trate de la unión entre un hombre y una mujer, el proyecto suprime esta restricción. Esta segunda iniciativa llegó a primer trámite Constitucional, archivándose con posterioridad y siendo desarchivada en abril del 2015.<sup>181</sup>

Un tercer proyecto fue presentado el año 2014. En esta ocasión, además de las disposiciones ya incluidas en los dos proyectos anteriores, se contempla la modificación y la eliminación de diversos preceptos legales. A diferencia del proyecto anterior, en esta ocasión se elimina el numeral 4° del artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil, el cual contemplaba la conducta homosexual como causal de divorcio por culpa. Además de esto, dentro de los artículos que se alteran, la mayoría dice relación con cambiar expresiones como “el hombre y la mujer”, “el marido” o “la mujer”, por expresiones genéricamente neutras como “los cónyuges” o “el cónyuge administrador/no administrador.”<sup>182</sup> Por su parte, los preceptos suprimidos son los que versan respecto de la restricción de la mujer para contraer segundas nupcias antes de cumplirse el plazo que la ley dispone luego de la disolución de su

---

<sup>180</sup> Modifica el Código Civil en relación al concepto de matrimonio. [En línea]. Fundación Iguales. [Fecha de consulta: 21 de diciembre de 2016]. Disponible en: <<https://www.iguales.cl/archivos/matrimonio-igualitario/boletin-5780-18.pdf>>.

<sup>181</sup> Proyecto de ley, iniciado en Moción de los Honorables Senadores señor Rossi, señora Allende y señores Girardi, Lagos y Navarro, sobre el contrato de matrimonio entre personas del mismo sexo. [En línea]. Fundación Iguales. [Fecha de consulta: 21 de diciembre de 2016]. Disponible en: <<https://www.iguales.cl/archivos/matrimonio-igualitario/boletin-7099-07.pdf>>.

<sup>182</sup> Estas expresiones se utilizan al tratarse la administración de la sociedad conyugal, en la cual, por disposición de la ley, la administración ordinaria corresponde al marido.

anterior matrimonio. Este último proyecto quedó en primer trámite Constitucional, pasando a la Comisión de Familia y Adulto Mayor, sin avances posteriores.<sup>183</sup>

### **3.2. Análisis del Proyecto de Ley de Matrimonio Igualitario**

Uno de los principales cambios introducidos por el actual proyecto es que se modifica la definición de matrimonio del artículo 102 del Código Civil, cambiando los términos “un hombre y una mujer” por la expresión “dos personas”. Llama la atención que, en este proyecto, a diferencia de lo que ocurría en los casos anteriores, no se suprime la referencia a la procreación como fin del matrimonio.<sup>184</sup>

Otro aspecto regulado por el Código Civil que fue objeto de cambios significativos son los regímenes de administración de bienes que operan dentro del matrimonio. Respecto a estos, el proyecto establece como supletorio para los cónyuges del mismo sexo el régimen de separación de bienes y les permite optar, en reemplazo del mismo, por el régimen de participación en los gananciales. Al mismo tiempo, se distancia de la regulación actual en tanto señala expresamente en un artículo transitorio que no se hará extensiva la sociedad conyugal (régimen supletorio en el matrimonio entre personas de distinto sexo) a parejas del mismo sexo mientras la misma no se reforme.

El resto de las modificaciones al Código son, en su mayoría, de terminología. Así, se reemplazan los términos “marido” y “mujer” por las expresiones “cónyuge” o “cónyuges”. De manera similar, en la regulación de la filiación y sus efectos, se cambian los términos “padre”, “madre” o “padres”, por los de “progenitor” o “progenitores”, según sea el caso.

Modificaciones de terminología similares a las del Código Civil se introducen a la ley N°14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias; al decreto con fuerza de ley N°1 del año 2002, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo; a la ley N°16.744, que establece normas sobre Accidentes del

<sup>183</sup> Modifica el Código Civil y la ley de Matrimonio Civil, con el propósito de posibilitar el matrimonio igualitario. Boletín N° 9778-18. [En línea]. Fundación Iguales. [Fecha de consulta: 25 de diciembre de 2016]. Disponible en: <<https://www.iguales.cl/archivos/matrimonio-igualitario/boletin-9778-18.pdf>>.

<sup>184</sup> MENSAJE DE S.E. LA PRESIDENTA DE LA REPUBLICA CON EL QUE INICIA UN PROYECTO DE LEY QUE REGULA EN IGUALDAD DE CONDICIONES EL MATRIMONIO DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO. Boletín N° 11422-07. [En línea]. Portal web de la Cámara de Diputados de Chile. [Fecha de consulta: 13 de septiembre de 2017]. Disponible en: <<https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=11729&prmTIPO=INICIATIVA>>. Artículo 1°, número 7.

Trabajo y Enfermedades Profesionales, al decreto con fuerza de ley N°150, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1982, y a la ley N°19.947 de Matrimonio Civil.

En la ley N° 19.947, al igual que en el proyecto de matrimonio igualitario introducido el año 2014, se suprime la “conducta homosexual” como causal de divorcio por culpa y se elimina la parte final del artículo 80, que indica que se reconocerán como válidos en Chile los matrimonios celebrados en conformidad a la ley extranjera “siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer.”

Otro de los avances más significativos que presenta este proyecto dice relación con el acceso a las TRHA. Así, se incorpora un tercer inciso al actual artículo 182 del Código Civil, en donde se contempla la determinación de la filiación en el caso de que una pareja de mujeres se someta a TRHA. Un debate que posiblemente se suscitará en este ámbito, en relación al matrimonio igualitario y específicamente, para el caso de parejas del mismo sexo compuestas por hombres, es la legalidad de los denominados “vientres de alquiler” como TRHA, dado que bajo nuestra legislación, al no contemplarse esta posibilidad, las TRHA serían una opción viable solo para parejas de mujeres o parejas compuestas por un hombre y una mujer.

En materia de adopción, la única modificación incluida en el proyecto dice relación con la incorporación de un artículo cuyo propósito es regular el orden de los apellidos de los hijos de parejas del mismo sexo que no tengan hijos comunes inscritos con anterioridad. Así, no se introducen mayores cambios a la ley ya que “esta iniciativa no pretende modificar las normas que regulan la adopción en Chile, ello por cuanto, existe una iniciativa en discusión parlamentaria en la actualidad.”<sup>185</sup> Sin embargo, la nueva definición de matrimonio abre la posibilidad a que parejas del mismo sexo que estén casadas puedan adoptar. Esto en virtud del artículo 20 de la ley 19.620 de Adopción de Menores, que no sufrió modificación alguna, pero señala que podrá otorgarse la adopción a los cónyuges chilenos o extranjeros con residencia permanente en el país, sin diferenciar entre cónyuges del mismo o de distinto sexo.<sup>186</sup>

Sin duda este será uno de los puntos del proyecto que generará mayor debate dentro de su discusión. Tal como se hizo manifiesto a lo largo del proceso legislativo del AUC, el motivo de fondo que llevaba a varios parlamentarios a estar en contra de la iniciativa era la consideración de que el AUC

---

<sup>185</sup> *Ibíd.*, II. Fundamentos y objetivos del proyecto.

<sup>186</sup> Ley N° 19620. Dicta normas sobre adopción de menores. Diario Oficial de la República de Chile. Santiago, 5 de agosto de 1999. Artículo 20.

abriría la puerta al matrimonio entre personas del mismo sexo y eventualmente, a que estas parejas adoptaran. Así lo manifestó en su momento el diputado Iván Norambuena, quien señaló “Las señales que se dieron en la discusión que se ha llevado a cabo en esta Sala son preocupantes, por cuanto se mencionó que este es el primer paso, la antesala, para el matrimonio homosexual. Por supuesto, vendrá una verdadera promoción y legislación para la adopción de los hijos de parejas del mismo sexo. ¡No queremos esto, señor Presidente!”<sup>187</sup>

Además de lo ya mencionado, se introducen modificaciones a la ley N° 20.830, que crea el Acuerdo de Unión Civil, con lo que se deroga el inciso final de su artículo 12, el cual señala que, en nuestro país, los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados válidamente en el extranjero podrán reconocerse como AUC si cumplen con los requisitos que la ley establece. Eso ya que, de aprobarse esta legislación, no habría razón para no reconocerlos como matrimonios.

### **3.3. Críticas al proyecto**

El proyecto representa el intento de regulación más completo en esta materia hasta el momento. Así, se evidencia que detrás del mismo hubo un estudio exhaustivo de la legislación nacional que busca la armonía entre esta nueva concepción de matrimonio y el resto de las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico. Sin duda, la experiencia luego de la implementación del AUC ha sido una valiosa lección respecto a que cambios de esta magnitud deben ser precedidos por un análisis acucioso de cada uno de los aspectos que pudieran verse afectados.

Nos parece positivo que, pese a ser exhaustivo, el proyecto haya tenido claro su objetivo principal, el cual es incorporar el matrimonio igualitario a nuestro ordenamiento jurídico, y que haya legislado en conformidad a cumplir tal objetivo. Así, se reconoce que sin duda hay otros aspectos que en un futuro deberán analizarse a la luz de este “nuevo matrimonio”, pero se ha optado por dejar su modificación para otra oportunidad, siendo uno de estos las TRHA: “No se aborda en este proyecto la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, pues su complejidad técnica y los problemas bioéticos que plantean, requieren de una regulación especial y exhaustiva.”<sup>188</sup>

---

<sup>187</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N° 20830. [En línea] BCN, 21 de abril de 2015. [Fecha de consulta: 22 de diciembre de 2016]. Disponible en <<https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/45283/1/HL20830.pdf>>. P. 985.

<sup>188</sup> MENSAJE DE S.E. LA PRESIDENTA DE LA REPUBLICA CON EL QUE INICIA UN PROYECTO DE LEY QUE REGULA EN IGUALDAD DE CONDICIONES EL MATRIMONIO DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO. Boletín N° 11422-07. [En línea] Portal web de la Cámara de Diputados de Chile [Fecha de consulta: 13 de septiembre de 2017]

Un aspecto que nos parece criticable es que se mantenga la procreación como finalidad del matrimonio. Como señalamos con anterioridad, actualmente hablar de la procreación como finalidad del matrimonio resulta cuestionable, en tanto un número significativo de las parejas que lo celebran no lo hacen teniendo en cuenta este propósito, y la mayoría de los hijos en nuestro país nacen fuera del matrimonio. El matrimonio, en la sociedad actual, es fundamentalmente una forma de reconocimiento y formalización de la vida afectiva de una pareja, y ello puede, pero no necesariamente debe, acompañarse por la procreación y la crianza conjunta de los hijos. En este ámbito, reiteramos lo señalado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México: “la relación jurídica matrimonial ha dejado de vincularse al fin de la procreación, sosteniéndose principalmente en lazos afectivos, sexuales, de identidad, solidaridad y de compromiso mutuo de quienes desean una vida en común.”<sup>189</sup>

Disponible en: <<https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=11729&prmTIPO=INICIATIVA>>. III. Contenido del proyecto.

<sup>189</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO. Acción de inconstitucionalidad N° 02/2010. [En línea]. 16 de agosto de 2010. [Fecha de consulta: 15 de octubre de 2016]. Disponible en: <[https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf\\_sentenciarelevante/MATRIMONIO%20MISMO%20SEXO%20AI%202-2010\\_0.pdf](https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf_sentenciarelevante/MATRIMONIO%20MISMO%20SEXO%20AI%202-2010_0.pdf)>. Párrafo 250.



## CONCLUSIONES

Pocas discusiones en materia de derecho generan tanto interés público, y polarizan tanto a las masas, como lo hace la discusión en torno al matrimonio igualitario. Y es que pocas figuras tienen la misma relevancia en la sociedad que el matrimonio. Pese a que podría argumentarse que su rol ha disminuido, sigue siendo, para muchas parejas, la vía elegida para manifestarse tanto mutuamente como al resto de su comunidad, su deseo de permanecer juntos y de formar una familia.

Tanto quienes están a favor como en contra del matrimonio igualitario están de acuerdo en la relevancia del matrimonio en la sociedad. Para quienes están a favor, esta relevancia deriva en considerar que dejar a un grupo de personas sin la posibilidad de acceder, más que a los derechos, al reconocimiento que el mismo otorga, es una forma de discriminación inaceptable. Para quienes están en contra, la importancia del matrimonio se traduce en que el mismo debe mantenerse entre un hombre y una mujer, ya que sin esta característica se estaría ignorando un elemento que es de su esencia, quitándole valor a la institución.

Como vimos con anterioridad, uno de los aspectos que explica esta relevancia es que el matrimonio cumple una suerte de doble función. Otorga, a quienes acceden a él, ciertos derechos y obligaciones, pero también existe un elemento simbólico del mismo que va más allá de la forma en que está regulado. En la mayoría de los casos, quienes deciden unirse por esta vía, no lo hacen simplemente porque quieren acceder a las protecciones que la ley les otorga, sino que buscan, a falta de un mejor término, el ‘prestigio’, que viene con ello. Así, aun cuando se crean formas de unión que otorgan derechos similares al matrimonio, es difícil que las mismas sean percibidas por la mayoría como algo más que ‘matrimonios de segunda categoría.’

Consideramos que las parejas del mismo sexo tienen derecho a acceder no solo a las protecciones legales que otorga el matrimonio, a través de una figura con una denominación distinta, sino que también al valor intangible que solo viene asociado al estatus de estar unidos en matrimonio. Esto ya que es imposible ignorar la realidad: el matrimonio ha cambiado a lo largo de su historia para adaptarse a los tiempos. Lo que procedería preguntarse, a continuación, es si la realidad de las parejas del mismo sexo (su creciente aceptación en la sociedad a lo largo de los años, en conjunto con el rechazo generalizado a su discriminación) justificaría un cambio en la legislación que les permita celebrar su unión en igualdad de condiciones a las parejas heterosexuales.

Nosotros, de la misma forma que lo han hecho los países en estudio y la Corte Interamericana, consideramos que sí, ya que para mantener la situación de discriminación actual se requeriría una justificación particularmente fuerte, y tal justificación es inexistente. Los argumentos a favor del matrimonio igualitario no responden a un afán de corrección política, o de complacer a minorías, responden a la realidad actual, y a la noción de que el derecho, siendo una herramienta creada para permitir y facilitar la vida en sociedad, debería responder a esa realidad.

La perspectiva que adoptan respecto al matrimonio Colombia, México, Estados Unidos y la Corte Interamericana, lo reconocen como una institución que evoluciona y se adapta a los nuevos tiempos, que admite (y ha admitido) cambios en su regulación a través de la historia, sin que por ello deje de existir. Como señala la Corte Suprema de Estados Unidos en *Obergefell v. Hodges*, “La historia del matrimonio es una de continuidad y de cambio [...] Estas nuevas visiones han fortalecido, no debilitado, la institución. Nuevos entendimientos de matrimonio son características de una Nación en que nuevas dimensiones de libertad se vuelven aparentes para nuevas generaciones.”<sup>190</sup>

El matrimonio como lo entendemos hoy en día sin duda no es el mismo que hace veinte, cincuenta o cien años, pero esto no debe ser un motivo de angustia por la pérdida de su forma tradicional, sino que debe celebrarse, como reflejo de sociedades más inclusivas, más respetuosas de las diferencias y más protectoras de los derechos.

Uno de los objetivos centrales de este trabajo fue analizar la discusión de este tema particularmente en nuestro país, tomando lecciones de las experiencias de otras naciones. En este sentido, consideramos que el Estado de Chile mantiene una deuda con la comunidad LGBT, y uno de los aspectos al que se debería apuntar para comenzar a saldar esta deuda es la incorporación del matrimonio igualitario a nuestra legislación. Esto ya fue reconocido, a través del Acuerdo de Solución Amistosa ante la CIDH, en que el Estado reconoció “la necesidad de seguir perfeccionando las bases institucionales para evitar discriminación en contra de la población LGBTI”.<sup>191</sup>

---

<sup>190</sup> CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. *Obergefell v. Hodges*. [En línea]. 26 de junio de 2015 [Fecha de consulta: 21 de septiembre de 2016]. Disponible en: < [https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556\\_3204.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf) >. Opinión de la Corte redactada por Kennedy. (El texto ha sido traducido al español para facilitar su comprensión por el lector).

<sup>191</sup> Acuerdo de Solución Amistosa caso P-946-12. [En línea]. Movilh. [Fecha de consulta: 20 de octubre de 2018]. Disponible en: <<http://www.movilh.cl/documentacion/2016/Acuerdo-MOVILH-Estado.pdf>>. Pp. 1 y 2.

Esto viene precedido por otros avances hechos en nuestro país. Con la incorporación de la Ley de Acuerdo de Unión Civil, Chile admitió a las parejas del mismo sexo como dignas de reconocimiento y protección a través de la ley. Cabe preguntarse, entonces, por qué este reconocimiento y protección es de un nivel menor al otorgado a parejas del mismo sexo. Mientras las parejas heterosexuales pueden acceder al matrimonio o a un Acuerdo de Unión Civil, las parejas homosexuales sólo pueden optar por este último. A su vez, el AUC no sólo otorga un estado civil distinto al del matrimonio, sino que además otorga menos derechos. Así, las parejas homosexuales se ven en una clara situación de desmedro, que el Estado de Chile no ha podido justificar de manera satisfactoria.

Este es un punto importante, ya que proyectamos que uno de los argumentos en contra del matrimonio igualitario en nuestro país será que el Acuerdo de Unión Civil otorga suficiente protección a parejas del mismo sexo. Por ello consideramos relevante reafirmar que, tal como se evidenció en el estudio de su regulación, si bien el AUC representa un avance hacia la igualdad de derechos, el mismo es insuficiente. Los derechos otorgados por él no se igualan a aquellos otorgados por el matrimonio, y resulta imposible considerar que su regulación deja a las parejas del mismo sexo en un plano de igualdad respecto de parejas de distinto sexo. Fuera de esto, el AUC no cumple el rol simbólico que cumple el matrimonio en nuestra sociedad, manteniendo a las parejas del mismo sexo en un estatus diferenciado.

Pese a que la tendencia en nuestro país parece asemejarse a aquella seguida por otros que han terminado por incorporar el matrimonio igualitario a sus legislaciones, resulta arriesgado hacer predicciones muy específicas sobre el destino del proyecto que se encuentra actualmente en discusión.

El Congreso está dividido respecto al tema, con una leve tendencia a favor en la Cámara de Diputados.<sup>192</sup> Otro aspecto relevante a considerar es que el eventual avance del proyecto podría verse obstaculizado si sus opositores recurren al Tribunal Constitucional, creando otro escenario difícil predecir, dada su actual composición. Finalmente, cabe recordar que el rol de la CIDH podría ser crucial. En la eventualidad de que se incumpliera el Acuerdo y el caso pasara a conocerse por la Corte, es claro que la misma terminaría por condenar a Chile, considerando sus criterios en la Opinión Consultiva OC-24/17. Lo anterior sin duda es una eventualidad que nuestro país querría evitar,

---

<sup>192</sup> Así piensa el nuevo Congreso: Empate en matrimonio igualitario. [En línea]. La Tercera, 26 de noviembre de 2017. [Fecha de Consulta: 21 de octubre de 2018]. Disponible en: <<https://www.latercera.com/noticia/asi-piensa-el-nuevo-congreso-empate-en-matrimonio-igualitario/>>.

teniendo en cuenta que no sería la primera condena en materias de discriminación contra personas LGBTI, al existir el precedente del caso Atala.

A nuestro parecer, Chile terminará por incorporar el matrimonio igualitario a su legislación. Este sería el único desenlace lógico para la discusión, ya que se hace evidente que el Estado no ha otorgado una justificación de peso para mantener la situación de discriminación en la que se encuentran las parejas de mismo sexo, y por lo mismo, debe ponerle fin a la misma. Pero más allá de lo anterior, ha de reconocerse que problemáticas sociales profundamente arraigadas como la homofobia son imposibles de solucionar con un cambio legislativo. Las situaciones de discriminación que la mayoría de las personas de la comunidad LGBTI enfrentan se dan en contextos mucho menos visibles y de formas tan variadas, que van desde bromas basadas en prejuicios y estereotipos, hasta agresiones físicas que pueden resultar fatales.

Sin embargo, aunque el Estado no puede garantizar el cambio de mentalidad de cada individuo, un cambio como el matrimonio igualitario puede tener un impacto en la sociedad que va más allá de lo meramente legislativo. Un estudio reciente sugiere que la opinión pública respecto de parejas gays y lesbianas en varios países de Europa se vio afectada de forma positiva luego de que estos países incorporaron el matrimonio igualitario.<sup>193</sup> Esta tendencia no hace más que reafirmar la importancia del rol simbólico que el matrimonio cumple en la sociedad. Por lo mismo, aunque debe reconocerse que el Acuerdo de Unión Civil fue un enorme avance en esta materia, queda mucho camino por recorrer para que las personas LGBTI se encuentren en una posición de verdadera igualdad. En este sentido, el único camino a seguir, desde una perspectiva de derechos, es hacia el matrimonio igualitario.

<sup>193</sup> OK to be gay: Marriage equality and tolerance towards LGBT. [En línea]. VOX, CEPR Policy Portal, 14 de octubre de 2018. [Fecha de consulta: 21 de octubre de 2018]. Disponible en: <<https://voxeu.org/article/marriage-equality-and-tolerance-towards-lgbt>>. (El texto ha sido traducido al español para facilitar la comprensión del lector).

# BIBLIOGRAFÍA

## LIBROS:

- i. ESPEJO YAKSIC, Nicolás; LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Salir del clóset: La necesidad del matrimonio homosexual y los límites del Acuerdo de Unión Civil. 2016. En: HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel y TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Estudios sobre la nueva Ley de Acuerdo de Unión Civil. Santiago, Thomson Reuters, 2016, pp. 9-15.
- ii. GÁLDAMEZ ZELADA, Liliana. Exhortaciones del Tribunal Constitucional al legislador: matrimonio entre personas del mismo sexo y derecho a la consulta de los pueblos indígenas. En: ALCALÁ NOGUEIRA, Humberto. Reflexiones acerca del Tribunal Constitucional y sus competencias a ocho años de la reforma de 2005. Santiago, Librotecnia, 2013, pp. 211-236.
- iii. NASH ROJAS, Claudio. Matrimonio entre personas del mismo sexo. Una mirada desde los Derechos Humanos. En M. GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz y LEPÍN MOLINA, Cristian. En: GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz y LEPÍN MOLINA, Cristian. Parejas homosexuales ¿Unión civil o Matrimonio? Santiago, Legal Publishing Chile, 2013, pp. 197-244.
- iv. RAMOS PAZOS, René. Derecho de familia. Tomo I. Tercera Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, 387 pp.
- v. VIDAL BEROS, Christian. Inexistencia del Matrimonio Homosexual: Incumplimiento de la obligación del Estado-Legislador, Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su relación con la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1881-10, de 3 de noviembre de 2011. En: GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz y LEPÍN MOLINA, Cristian. Parejas homosexuales ¿Unión civil o Matrimonio? Santiago, Legal Publishing Chile, 2013, pp. 267-294.

## ARTÍCULOS DE REVISTAS:

- i. BRIBOSIA, Emmanuelle y RORIVE, Isabelle y Van den Eynde, Laura Same-Sex Marriage: Building an Argument before the European Court of Human Rights in Light of the US Experience. Berkeley Journal of International Law, California. Volumen 32 (1):1-43, 2014.
- ii. CASTRO CRUZATT, Karin. El matrimonio entre personas del mismo sexo en los Estados Unidos de América. Revista Pensamiento Constitucional Lima. Volumen 20 (20):47-64. Octubre de 2015.

- iii. DÍEZ-PICAZO Giménez, Luis María. En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo. *Revista para el análisis del Derecho*. [En línea]. Abril 2007, N°2. [Fecha de consulta: 5 de julio de 2016]. Disponible en: <[http://www.indret.com/pdf/420\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/420_es.pdf)>.
- iv. GARCÍA SÁNCHEZ, Arán. El matrimonio a la luz de la interpretación constitucional en México. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México*. Puebla (37): 213-236. Enero-junio, 2016.
- v. GATES, Gary; BROWN, Taylor NT. Marriage and Same-sex Couples after Obergefell. [En línea] The Williams Institute, UCLA School of Law, noviembre de 2015. [Fecha de consulta: 23 de octubre de 2016]. Disponible de: <<https://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/Marriage-and-Same-sex-Couples-after-Obergefell-November-2015.pdf>>.
- vi. HODSON, Loveday, A marriage by any other name? *Schalk and Kopf v Austria*. *Human Rights Law Review*. 11(1):170-179, 3 de febrero de 2011.
- vii. IBÁÑEZ GARCÍA, María Cecilia. El matrimonio entre parejas del mismo sexo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Bogotá* (32):1-36, enero-junio de 2014.
- viii. LARRAIN RÍOS, Hernán. MATRIMONIO, ¿CONTRATO O INSTITUCION?.
- ix. LARRAÍN RÍOS, Hernán. Naturaleza Jurídica del Matrimonio. [En línea]. *Anales de la Facultad de Derecho Vol. XIV - Enero de 1950 a Diciembre de 1951 - N° 60 al 67*. [Fecha de consulta: 4 de diciembre de 2016] Disponible en: <[http://web.uchile.cl/vignette/analesderecho/CDA/an\\_der\\_simple/0,1362,SCID%253D2594%2526ISID%253D211%2526PRT%253D2588,00.html](http://web.uchile.cl/vignette/analesderecho/CDA/an_der_simple/0,1362,SCID%253D2594%2526ISID%253D211%2526PRT%253D2588,00.html)>.
- x. LEMAITRE RIPOLL, Julieta. El amor en tiempos de cólera: Derechos LGBT en Colombia. *SUR-Revista Internacional de Derechos Humanos*. Sao Paulo. Volumen (11): 79-97. Diciembre, 2009.
- xi. PAÉZ RAMÍREZ, Manuel. La sentencia C-577 de 2011 y el matrimonio igualitario en Colombia. *Revista Derecho del Estado*. Bogotá. (13):231-257. 2013.
- xii. POPPELWELL-SCEVAK, Claire. The European Court of Human Rights and Same-Sex Marriage. The Consensus Approach. *Pluricourts* [en línea]. 31 de agosto de 2016. [Fecha de consulta: 12 de noviembre de 2016]. Disponible en: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2832756](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2832756)>.
- xiii. QUINTANA VILLAR, María Soledad. El Acuerdo de unión civil. Su regulación. Semejanzas y diferencias con el matrimonio en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Valparaíso (44):121-140.

Primer semestre de 2015. Revista de Derecho, Valdivia. Volumen 9(1): 153-160.

Diciembre, 1998.

- xiv. SUNSTEIN, Cass R. The right to marry. [En línea]. Public Law Working Paper No. 76. University of Chicago, 11 de octubre de 2004. [Fecha de consulta: 25 de julio de 2018]. Disponible en: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=612471](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=612471)>.
- xv. YOSHINO, Kenji. A new birth of freedom?: Obergefell v. Hodges. Harvard Law Review, Massachusetts. Volumen 129 (1):147-179.

#### **ARTÍCULOS DE NOTICIAS:**

- i. A timeline of same sex-marriage in the US. [En línea]. The Boston Globe, 9 de enero de 2016. [Fecha de consulta: 28 de octubre de 2016]. Disponible en: <<https://www.bostonglobe.com/2016/01/09/same-sex-marriage-over-time/mbVFMQPyxZCpM2eSQMUsZK/story.html>>.
- ii. Acuerdo de el Movilh y Estado tras demanda. [En línea]. CNN Chile, 11 de septiembre de 2016. [Fecha de consulta: 3 de mayo de 2018]. Disponible en: <<http://www.cnnchile.com/noticia/2016/07/08/acuerdo-de-el-movilh-y-el-estado-tras-demanda>>.
- iii. After Obergefell: How the Supreme Court ruling on same-sex marriage has affected other areas of law. [En línea]. ABA Journal, Junio de 2016. [Fecha de Consulta: 28 de octubre de 2016]. Disponible en: <[http://www.abajournal.com/magazine/article/after\\_obergefell\\_how\\_the\\_supreme\\_court\\_ruling\\_on\\_same\\_sex\\_marriage\\_has\\_affe/](http://www.abajournal.com/magazine/article/after_obergefell_how_the_supreme_court_ruling_on_same_sex_marriage_has_affe/)>.
- iv. Apoyo a matrimonio igualitario y a adopción homoparental marcan su cifra más alta desde febrero de 2014. [En línea]. La Tercera, 8 de mayo de 2018. [Fecha de consulta: 20 de agosto de 2018]. Disponible en: <<https://www.latercera.com/nacional/noticia/apoyo-matrimonio-igualitario-adopcion-homoparental-marcan-cifra-mas-alta-desde-febrero-2014/157163/#>>.
- v. Así piensa el nuevo Congreso: Empate en matrimonio igualitario. [En línea]. La Tercera, 26 de noviembre de 2017. [Fecha de Consulta: 21 de octubre de 2018]. Disponible en: <<https://www.latercera.com/noticia/asi-piensa-el-nuevo-congreso-empate-en-matrimonio-igualitario/>>.
- vi. Bachelet firma proyecto de matrimonio igualitario citando a Lemebel: “Estamos derribando discriminaciones odiosas”. [En línea]. El Desconcierto, 28 de agosto de 2017. [Fecha de consulta: 3 de mayo de 2015]. Disponible en:

<<http://www.eldesconcierto.cl/2017/08/28/bachelet-firma-proyecto-de-matrimonio-igualitario-citando-a-lemebel-estamos-derribando-discriminaciones-odiosas/>>.

- vii.** Bachelet promulga Acuerdo de Unión Civil: “No queremos espacio para la desprotección”. [En línea]. La Tercera, 13 de abril de 2015. [Fecha de consulta: 24 de diciembre de 2016]. Disponible en: <<http://www.latercera.com/noticia/bachelet-promulga-acuerdo-de-union-civil-no-queremos-espacio-para-la-desproteccion/>>.
- viii.** CIDH busca solución amistosa entre Gobierno y Movilh por demanda de matrimonio homosexual. [En línea]. T13, 5 de junio de 2016. [Fecha de consulta: 3 de mayo de 2018]. Disponible en: <<http://www.t13.cl/noticia/politica/cidh-busca-solucion-amistosa-gobierno-y-movilh-demanda-matrimonio-homosexual>>.
- ix.** Contraloría: acuerdo entre el Estado y el Movilh para avance de leyes pro-LGBTI es legal y vinculante. [En línea]. MOVILH, 21 de marzo de 2018. [Fecha de consulta: 3 de mayo de 2018]. Disponible en <<http://www.movilh.cl/contraloria-acuerdo-firmado-por-el-estado-y-el-movilh-para-avance-de-matrimonio-igualitario-y-ley-de-identidad-de-genero-es-legal-y-vinculante/>>.
- x.** Denunciarán a un ministro chileno ante la CIDH por matrimonio igualitario. [En línea]. Agencia EFE, 31 de julio de 2018. [Fecha de consulta: 6 de agosto de 2018]. Disponible en: <<https://www.efe.com/efe/america/sociedad/denunciaran-a-un-ministro-chileno-ante-la-cidh-por-matrimonio-igualitario/20000013-3707483>>.
- xi.** Exministros de Bachelet contradicen al Gobierno por matrimonio igualitario. [En línea]. La Tercera, 16 de octubre de 2018. [Fecha de consulta: 18 de octubre de 2018]. Disponible en: <<https://www.latercera.com/politica/noticia/exministros-bachelet-contradicen-al-gobierno-matrimonio-igualitario/363503/#>>.
- xii.** Gobierno mantendrá acuerdo pro derechos LGBTI que el Estado firmó con Movilh ante la CIDH. [En línea]. El Mostrador, 30 de abril de 2018. [Fecha de consulta: 3 de mayo de 2018]. Disponible en: <<http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2018/04/30/gobierno-mantendra-acuerdo-pro-derechos-lgbti-que-el-estado-firmo-con-movilh-ante-la-cidh/>>.
- xiii.** Gobierno: el Estado nunca se obligó a aprobar el matrimonio igualitario. [En línea]. Cooperativa, 16 de octubre de 2018. [Fecha de consulta: 16 de octubre de 2018]. Disponible en: <<https://www.cooperativa.cl/noticias/sociedad/minorias-sexuales/gobierno-el-estado-nunca-se-obligo-a-aprobar-el-matrimonio-igualitario/2018-10-16/074225.html>>.
- xiv.** Kentucky Clerk Defies Court on Marriage Licences for Gay Couples. [En línea]. New York Times, 13 de agosto de 2015. [Fecha de consulta: 23 de octubre de 2016]. Disponible en: <

<https://www.nytimes.com/2015/08/14/us/kentucky-rowan-county-same-sex-marriage-licenses-kim-davis.html?mcubz=1>>.

- xv.** Matrimonio igualitario: expertos señalan que Chile no cumple tratados internacionales. [En línea]. Diario Uchile, 17 de octubre de 2018. [Fecha de consulta: 18 de octubre de 2018]. Disponible en: < <https://radio.uchile.cl/2018/10/17/matrimonio-igualitario-expertos-senalan-que-chile-no-cumple-tratados-internacionales/>>.
- xvi.** Matrimonio igualitario: Senado inicia discusión del proyecto. [En línea]. T13, 27 de noviembre de 2017. [Fecha de consulta: 3 de mayo de 2018]. Disponible en: <<http://www.t13.cl/noticia/politica/este-lunes-empieza-discusion-del-proyecto-matrimonio-igualitario>>.
- xvii.** Movilh demanda a Chile ante la Comisión Interamericana por prohibición de matrimonio igualitario. [En línea]. MOVILH, 3 de septiembre de 2012. [Fecha de consulta: 2 de mayo de 2018] .Disponible en <<http://www.movilh.cl/movilh-demanda-a-chile-ante-la-comision-interamericana-por-prohibicion-del-matrimonio-igualitario/>>.
- xviii.** Rolando Jiménez: La Corte Interamericana puede obligar al Estado a elaborar un proyecto de ley. [En línea]. CNN Chile, 29 de mayo de 2018. [Fecha de consulta: 1 de agosto de 2018]. Disponible en: <[https://www.cnnchile.com/lodijeronencnn/rolando-jimenez-la-corte-interamericana-puede-obligar-al-estado-a-elaborar-un-proyecto-de-ley\\_20180529/](https://www.cnnchile.com/lodijeronencnn/rolando-jimenez-la-corte-interamericana-puede-obligar-al-estado-a-elaborar-un-proyecto-de-ley_20180529/)>.
- xix.** Strasbourg court rules that states are not obliged to allow gay marriage. [En línea]. The Guardian, 24 de junio de 2010. [Fecha de consulta: 21 de agosto de 2018]. Disponible en: <<https://www.theguardian.com/law/2010/jun/24/european-court-of-human-rights-civil-partnerships>>.
- xx.** UDI rechaza compromiso de La Moneda con el Movilh. [En línea]. La Tercera, 18 de mayo de 2018. [Fecha de consulta: 1 de agosto de 2018]. Disponible en: <<https://www.latercera.com/politica/noticia/udi-rechaza-compromiso-la-moneda-movilh/171344/>>.

## **JURISPRUDENCIA:**

- i.** CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-539/94. [En línea]. 30 de noviembre de 1994. [Fecha de consulta: 30 de agosto de 2016]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-539-94.htm>>.

- ii. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-098/96. [En línea]. 7 de marzo de 1996. [Fecha de consulta: 4 de septiembre de 2016]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-098-96.htm>>.
- iii. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-507/99. [En línea]. 14 de julio de 1999. [Fecha de consulta: 30 de septiembre de 2016]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/c-507-99.htm>>.
- iv. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-075/07. [En línea]. 7 de febrero de 2007. [Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2016]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-075-07.htm>>.
- v. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-811/07. [En línea]. 3 de octubre de 2007. [Fecha de consulta: 5 de noviembre de 2016]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-811-07.htm>>.
- vi. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-029/09. [En línea]. 28 de enero de 2009. [Fecha de consulta: 6 de octubre de 2016]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-029-09.htm>>.
- vii. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-577/11. [En línea]. 26 de julio de 2011. [Fecha de consulta: 14 de octubre de 2016]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2011/C-577-11.rtf>>.
- viii. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia de unificación SU-214/16. [En línea]. 28 de abril de 2016. [Fecha de consulta: 14 de octubre de 2016]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/SU214-16.htm>>.
- ix. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO. Acción de inconstitucionalidad N° 02/2010. [En línea]. 16 de agosto de 2010. [Fecha de consulta: 15 de octubre de 2016]. Disponible en: <[https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf\\_sentenciarelevant e/MATRIMONIO%20MISMO%20SEXO%20AI%202-2010\\_0.pdf](https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf_sentenciarelevant e/MATRIMONIO%20MISMO%20SEXO%20AI%202-2010_0.pdf)>.
- x. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO. Amparo en revisión N° 704/2014. [En línea]. 18 de marzo de 2015. [Fecha de consulta: 23 de septiembre de 2016]. Disponible en: <<http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=25680&Clase=DetalleTesisEjecutorias>>.
- xi. CORTE SUPREMA DEL ESTADO DE VERMONT. Baker v. State of Vermont. [En línea]. 20 de diciembre de 1999. [Fecha de consulta: 16 de octubre de 2016]. Disponible en: <[https://web.stanford.edu/~mrosenfe/Baker\\_v\\_State\\_Vermont\\_2000.pdf](https://web.stanford.edu/~mrosenfe/Baker_v_State_Vermont_2000.pdf)>.

- xii.** CORTE SUPREMA DEL ESTADO DE MASSACHUSETTS. *Goodridge v. Department of Public Health*. [En línea]. 18 de noviembre de 2002. [Fecha de consulta: 16 de octubre de 2016]. Disponible en: <<http://news.findlaw.com/cnn/docs/conlaw/goodridge111803opn.pdf>>.
- xiii.** CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. *Lawrence v. Texas*. [En línea]. 26 de junio del 2003. [Fecha de consulta: 4 de octubre de 2016]. Disponible en: <[https://www.supremecourt.gov/oral\\_arguments/argument\\_transcripts/2002/02-102.pdf](https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2002/02-102.pdf)>.
- xiv.** CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. *United States v. Windsor*. [En línea]. 27 de junio del 2013. [Fecha de consulta: 25 de septiembre de 2016]. Disponible en: <[https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307\\_6j37.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307_6j37.pdf)>.
- xv.** CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. *Obergefell v. Hodges*. [En línea]. 26 de junio de 2015 [Fecha de consulta: 21 de septiembre de 2016]. Disponible en: <[https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556\\_3204.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf)>.
- xvi.** TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Dudgeon v. United Kingdom*. [En línea]. 22 de octubre de 1981. [Fecha de consulta: 16 de septiembre de 2018]. Disponible en: <<http://ceere.eu/wp-content/uploads/2016/03/CASE-OF-DUDGEON-v.-THE-UNITED-KINGDOM.pdf>>.
- xvii.** TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Schalk and Kopf v. Austria*. [En línea]. 24 de junio de 2010. [Fecha de consulta: 20 de agosto de 2018]. Disponible en: <<https://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2017/06/001-99605.pdf>>.
- xviii.** TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *O'Donoghue v. United Kingdom*. [En línea]. 14 diciembre de 2010. [Fecha de consulta: 23 de noviembre de 2016]. Disponible en: <<http://adsdatabase.ohchr.org/IssueLibrary/CASE%20OF%20ODONOGHUE%20AND%20OTHERS%20v.docx>>.
- xix.** TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Oliari and others v. Italy*. [En línea]. 21 de julio de 2015. [Fecha de consulta: 16 de agosto de 2018]. Disponible en: <<http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2015/07/CASE-OF-OLIARI-AND-OTHERS-v.-ITALY.pdf>>.
- xx.** TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Chapin y Charpentier vs. Francia* [En línea]. 9 de junio de 2016. [Fecha de consulta: 22 de agosto de 2018]. Disponible en: <

[http://www.cusur.udg.mx/es/sites/default/files/chapin\\_y\\_charpentier\\_sentencia\\_estraburgo.pdf](http://www.cusur.udg.mx/es/sites/default/files/chapin_y_charpentier_sentencia_estraburgo.pdf)>.

- xxi.** CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. [En línea]. 24 de febrero de 2012. [Fecha de consulta: 6 de agosto de 2018]. Disponible en: <[http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf)>.
- xxii.** TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia Rol N° 1881-2010. [En línea]. 3 de noviembre de 2011. [Fecha de consulta: 27 de septiembre de 2016]. Disponible en: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2213>>.
- xxiii.** CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Sentencia rol N° 6787-2010. [En línea]. 9 de diciembre de 2011. [Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2016]. Disponible en: <[http://www.pcontreras.net/uploads/9/6/2/1/9621245/sca\\_stgo\\_rol\\_6787-2010.pdf](http://www.pcontreras.net/uploads/9/6/2/1/9621245/sca_stgo_rol_6787-2010.pdf)>.
- xxiv.** CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. Sentencia Rol N° 9448-2015. [En línea]. 28 de enero de 2016. [Fecha de consulta: 26 de diciembre de 2016]. Disponible en: <<http://static.elmercurio.com/Documentos/Legal/2016/03/18/2016031818397.pdf>>.
- xxv.** CORTE SUPREMA DE CHILE. Sentencia Rol N° 9485-2016. [En línea]. 14 de marzo de 2016. [Fecha de consulta: 26 de diciembre de 2016]. Disponible en: <<http://static.elmercurio.com/Documentos/Legal/2016/03/18/20160318183828.pdf>>.

## LEGISLACIÓN

- i.** Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Niza, 7 de diciembre del 2000.
- ii.** Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial de la Federación. México D.F., 5 de febrero de 1917.
- iii.** Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional No. 120. Colombia, 10 de octubre de 1991.
- iv.** Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial de la Federación. México D.F., 5 de febrero de 1917.
- v.** Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Consejo de Europa. Roma, 4 de noviembre de 1950.
- vi.** Decreto 100. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial de la República de Chile. Santiago, 22 de septiembre de 2005.

- vii.** Decreto 85. Por el cual se reforma el Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares. Diario Oficial de la República de Colombia. Bogotá, 10 de enero de 1989.
- viii.** Decreto de Ley de Sociedad de Convivencia Civil. Gaceta Oficial del Distrito Federal, México D.F., 16 de noviembre del 2006.
- ix.** Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial de la República de Colombia. Bogotá, 23 de diciembre de 1993.
- x.** Ley 54 de 1990. Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes. Diario Oficial de la República de Colombia. Bogotá, 31 de diciembre de 1990.
- xi.** Ley 19620. Dicta normas sobre adopción de menores. Diario Oficial de la República de Chile. Santiago, 5 de agosto de 1999.
- xii.** Ley 19947. Establece nueva ley de Matrimonio Civil. Diario Oficial de la República de Chile. Santiago, 17 de mayo de 2004.
- xiii.** Ley 20830. Crea el Acuerdo de Unión Civil. Diario Oficial de la República de Chile. Santiago, 22 de octubre de 2015.
- xiv.** Pacto de San José de Costa Rica. Organización de Estados Americanos. San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969.

#### **OTROS DOCUMENTOS:**

- i.** Acuerdo de Solución Amistosa caso P-946-12. [En línea]. Movilh. [Fecha de consulta: 20 de octubre de 2018]. Disponible en: <<http://www.movilh.cl/documentacion/2016/Acuerdo-MOVILH-Estado.pdf>>.
- ii.** BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N° 20830. [En línea] BCN, 21 de abril de 2015. [Fecha de consulta: 22 de diciembre de 2016]. Disponible en <<https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/45283/1/HL20830.pdf>>.
- iii.** CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. [En línea]. Opinión Consultiva OC-24/17. 24 de noviembre de 2017, Serie A No. 24. [Fecha de consulta: 2 de agosto de 2018]. Disponible en: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf)>.
- iv.** CORTE SUPREMA DE CHILE. Informe proyecto de ley 32-17. [En línea]. Oficio N° 173-2017, 4 de octubre de 2017. [Fecha de consulta: 3 de mayo de 2018]. Disponible en:

<<http://www.pjud.cl/documents/396729/0/INFORME+PROYECTO+DE+LEY+ADOPCION+PAREJAS+DEL+MISMO+SEXO.PDF/ac331389-d41f-4cb6-9d82-13460a68a469>>.

- v. Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional. Diversidad Sexual, Síntesis de resultados. [En línea]. 18 de octubre de 2016. [Fecha de consulta: 20 de octubre de 2017]. Disponible en: <[http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen-multidimensional/casen/docs/CASEN\\_2015\\_Resultados\\_Diversidad\\_Sexual\\_18102016.pdf](http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen-multidimensional/casen/docs/CASEN_2015_Resultados_Diversidad_Sexual_18102016.pdf)>.
- vi. La historia de la Unión Civil en Chile: 12 años de lucha para el reconocimiento de la diversidad familiar. [En línea]. Movilh. [Fecha de consulta: 23 de diciembre de 2016]. Disponible en: <<http://www.movilh.cl/documentacion/2015/auc/Historia-del-Acuerdo-de-Union-Civil-2003-2014.pdf>>.
- vii. MENSAJE DE S.E. LA PRESIDENTA DE LA REPUBLICA CON EL QUE INICIA UN PROYECTO DE LEY QUE REGULA EN IGUALDAD DE CONDICIONES EL MATRIMONIO DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO. Boletín N° 11422-07. [En línea] Portal web de la Cámara de Diputados de Chile [Fecha de consulta: 13 de septiembre de 2017] Disponible en: <<https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=11729&prmTIPO=INICIATIVA>>.
- viii. Modifica el Código Civil en relación al concepto de matrimonio. Boletín N° 5780-18. [En línea]. Fundación Iguales. [Fecha de consulta: 21 de diciembre de 2016]. Disponible en: <<https://www.iguales.cl/archivos/matrimonio-igualitario/boletin-5780-18.pdf>>.
- ix. Modifica el Código Civil y la ley de Matrimonio Civil, con el propósito de posibilitar el matrimonio igualitario. Boletín N° 9778-18. [En línea]. Fundación Iguales. [Fecha de consulta: 25 de diciembre de 2016]. Disponible en: <<https://www.iguales.cl/archivos/matrimonio-igualitario/boletin-9778-18.pdf>>.
- x. OK to be gay: Marriage equality and tolerance towards LGBT. [En línea]. VOX, CEPR Policy Portal, 14 de octubre de 2018. [Fecha de consulta: 21 de octubre de 2018]. Disponible en: <<https://voxeu.org/article/marriage-equality-and-tolerance-towards-lgbt>>.
- xi. Proyecto de ley, iniciado en Moción de los Honorables Senadores señor Rossi, señora Allende y señores Girardi, Lagos y Navarro, sobre el contrato de matrimonio entre personas del mismo sexo. Boletín N° 7099-07. [En línea]. Fundación Iguales. [Fecha de consulta: 21 de diciembre de 2016]. Disponible en: <<https://www.iguales.cl/archivos/matrimonio-igualitario/boletin-7099-07.pdf>>.

# ANEXOS

## ANEXO I: TABLA DE JURISPRUDENCIA

| <b>COLOMBIA</b>                               |            |                         |  |                             |
|---|------------|-------------------------|--|-----------------------------|
| <b>Corte Constitucional de Colombia</b>       |            |                         |  |                             |
|   | Rol/Caso   | Fecha                   | Acción/Recurso                         | Página(s) en que se cita    |
| 1.  | T-539/94   | 30 de noviembre de 1994 | Acción de tutela                       | 10                          |
| 2.  | C-098/96   | 7 de marzo de 1996      | Acción pública de inconstitucionalidad | 10 y 11                     |
| 3.  | C-507/99   | 14 de julio de 1999     | Acción pública de inconstitucionalidad | 11 y 12                     |
| 4.  | C-075/07   | 7 de febrero de 2007    | Acción pública de inconstitucionalidad | 13                          |
| 5.  | C-811/07   | 3 de octubre de 2007    | Acción pública de inconstitucionalidad | 14                          |
| 6.  | C-029/09   | 28 de enero de 2009     | Acción pública de inconstitucionalidad | 15                          |
| 7.  | C-577/11   | 26 de julio de 2011     | Acción pública de inconstitucionalidad | 16 y 17                     |
| 8.  | SU-214/16. | 28 de abril de 2016     | Sentencia de unificación               | 20 y 21                     |
| <b>MÉXICO</b>                                 |            |                         |  |                             |
| <b>Suprema Corte de Justicia de la Nación</b> |            |                         |  |                             |
|   | Rol/Caso   | Fecha                   | Acción/Recurso                         | Página(s) en la que se cita |
| 1.  | 02/2010    | 16 de agosto de 2010    | Acción de inconstitucionalidad         | 24, 25, 46, 71 y 88         |
| 2.  | 704/2014   | 18 de marzo de 2015     | Amparo en revisión                     | 28 y 30                     |
| <b>ESTADOS UNIDOS</b>                         |            |                         |  |                             |
| <b>Corte Suprema de los Estados Unidos</b>    |            |                         |  |                             |
|   | Rol/Caso   | Fecha                   | Página(s) en la que se cita            |                             |

|  |  |                         |                             |
|--|--|-------------------------|-----------------------------|
| 1.   | Lawrence v. Texas                        | 26 de junio del 2003    | 31                          |
| 2.   | United States v. Windsor                 | 27 de junio del 2013    | 33                          |
| 3.   | Obergefell v. Hodges                     | 26 de junio de 2015     | 33, 36 y 91                 |
| <b>Corte Suprema del Estado de Massachusetts</b> |  |                         |                             |
|  | Rol/Causa                                | Fecha                   | Página(s) en la que se cita |
| 4.   | Goodridge v. Department of Public Health | 18 de noviembre de 2002 | 32                          |
| <b>Corte Suprema del Estado de Vermont</b>       |  |                         |                             |
|  | Rol/Causa                                | Fecha                   | Página(s) en la que se cita |
| 5.   | Baker v. State of Vermont                | 20 de diciembre de 1999 | 32                          |
| <b>Corte Interamericana de Derechos Humanos</b>  |  |                         |                             |
|  | Rol/Causa                                | Fecha                   | Página(s) en la que se cita |
| 1.   | Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile       | 24 de febrero de 2012   | 56                          |
| <b>Tribunal Europeo de Derechos Humanos</b>      |  |                         |                             |
|  | Rol/Causa                                | Fecha                   | Página(s) en la que se cita |
| 1.   | Dudgeon v. United Kingdom                | 22 de octubre de 1981   | 46                          |
| 2.   | Schalk and Kopf v. Austria               | 24 de junio de 2010     | 47 y 53                     |
| 3.   | O'Donoghue v. United Kingdom             | 14 diciembre de 2010    | 43                          |
| 4.   | Oliari and others v. Italy               | 21 de julio de 2015     | 43                          |
| 5.   | Chapin y Charpentier vs. Francia         | 9 de junio de 2016      | 50                          |
| <b>CHILE</b>                                     |  |                         |                             |

| <b>Tribunal Constitucional</b>            |           |                        |   |                             |
|---|-----------|------------------------|---|-----------------------------|
|   | Rol/Caso  | Fecha                  | Acción/Recurso                                      | Página(s) en la que se cita |
| 1.  | 1881-2010 | 3 de noviembre de 2011 | Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad | 44, 65, 68 y 72             |
| <b>Corte Suprema</b>                      |           |                        |   |                             |
|   | Rol/Caso  | Fecha                  | Acción/Recurso                                      | Página(s) en la que se cita |
| 2.  | 9485-2016 | 14 de marzo de 2016    | Recurso de apelación de acción de protección        | 81                          |
| <b>Corte de Apelaciones de Santiago</b>   |           |                        |   |                             |
|   | Rol/Caso  | Fecha                  | Acción/Recurso                                      | Página(s) en la que se cita |
| 3.  | 6787-2010 | 9 de diciembre de 2011 | Acción de protección                                | 65                          |
| <b>Corte de Apelaciones de Concepción</b> |           |                        |   |                             |
|   | Rol/Caso  | Fecha                  | Acción/Recurso                                      | Página(s) en la que se cita |
| 4.  | 9448-2015 | 28 de enero de 2016    | Acción de protección                                | 81                          |

## **ANEXO II: TABLA DE LEGISLACIÓN**

|    | Norma   | Tipo                  | Fecha                   | Página(s) en la que se cita |
|----|---|-----------------------|-------------------------|-----------------------------|
| 1. | Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea | Internacional         | 7 de diciembre del 2000 | 48                          |
| 2. | Constitución Política de Colombia                       | Extranjera (Colombia) | 10 de octubre de 1991   | 8                           |

|     |   |                       |                          |             |
|-----|---|-----------------------|--------------------------|-------------|
| 3.  | Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos   | Extranjera (México)   | 5 de febrero de 1917     | 24, 28 y 29 |
| 4.  | Constitución Política de la República de Chile  | Nacional              | 22 de septiembre de 2005 | 66          |
| 5.  | Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales                               | Internacional         | 4 de noviembre de 1950   | 47          |
| 6.  | Código Civil Federal  | Extranjera (México)   | 31 de agosto de 1928     | 28          |
| 7.  | Decreto 85. Por el cual se reforma el Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares                        | Extranjera (Colombia) | 10 de enero de 1989      | 12          |
| 8.  | Decreto de Ley de Sociedad de Convivencia Civil   | Extranjera (México)   | 16 de noviembre del 2006 | 23          |
| 9.  | Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones                | Extranjera (Colombia) | 23 de diciembre de 1993  | 14          |
| 10. | Ley 54 de 1990. Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes | Extranjera (Colombia) | 31 de diciembre de 1990  | 11 y 13     |

|     |   |               |                         |         |
|-----|---|---------------|-------------------------|---------|
| 11. | Ley 19620. Dicta normas sobre adopción de menores                   | Nacional      | 5 de agosto de 1999     | 86      |
| 12. | Ley 19947. Establece nueva ley de Matrimonio Civil                  | Nacional      | 17 de mayo de 2004      | 79      |
| 13. | Ley 20830. Crea el Acuerdo de Unión Civil                           | Nacional      | 22 de octubre de 2015   | 73      |
| 14. | Pacto de San José de Costa Rica. Organización de Estados Americanos | Internacional | 22 de noviembre de 1969 | 57 y 63 |