



UNIVERSIDAD DE ARTES, CIENCIAS Y COMUNICACIÓN.

FACULTAD DE DERECHO.

PROGRAMA POSGRADOS.

“MATRIMONIO IGUALITARIO, DESARROLLO COMPARADO”

Tesis para optar al Grado Académico de Magister en Derecho de Familia e Intervención Familiar.

Profesor guía: : JORGE JUVENAL JOFRE ROJAS.

Metodólogo: : JORGE JUVENAL JOFRE ROJAS.

Alumnos : MARCOS ANTONIO CAROCA ADAOS.

Correos electrónicos: marcos.caroca@uniacc.edu

Santiago de Chile, Junio 2020.

TABLA DE CONTENIDOS:

<u>Introducción</u>	Pág. 3
<u>Resumen</u>	Pág. 5
<u>Capítulo I: Del matrimonio</u>	Pág. 6
1- Familia, importancia de la familia, conceptos doctrinarios y legales	Pág. 6
2.- Matrimonio en Chile, su regulación y requisitos jurídicos	Pág. 12
<u>Capítulo II: Del matrimonio igualitario</u>	Pág. 18
1.- Matrimonio igualitario, aspectos jurídicos y doctrinarios	Pág. 18
2.- Principios constitucionales y supra legales en los que se funda	Pág. 26
3.- Principales argumentos en contra y a favor matrimonio igualitario	Pág. 35
<u>Capitulo III: Las proyecciones de una regulación nacional</u>	Pág. 39
1.- Reconocimiento del matrimonio homoparental en Chile	Pág. 40
2.- Proyecto de ley de matrimonio igualitario en Chile	Pág. 43
3.- Evolución del matrimonio igualitario en el derecho comparado	Pág. 54
<u>Conclusiones</u>	Pág. 56
<u>Bibliografía</u>	Pág. 58

INTRODUCCIÓN:

Nos complace informar a la comunidad jurídica nacional e internacional que, por medio de este trabajo, analizaremos y desarrollaremos un tema jurídico interesante para nuestro país, que aún no tiene reconocimiento legal en nuestra legislación nacional, denominado “Matrimonio Igualitario, desarrollo comparado”.

Es sabido que el matrimonio igualitario, ya se reconoce constitucional y legalmente en varios países de Latinoamérica, desde hace un tiempo a la fecha. Sin embargo, en Chile existe un sensible vacío legal sobre la materia, que debe ser subsanado, a objeto de garantizar el derecho que tienen todas las personas a contraer matrimonio, sin distinción de sexo.

Luego, teniendo presente que el tema seleccionado por nosotros, “Matrimonio Igualitario, desarrollo comparado”, pertenece a las ciencias sociales, toda vez que se basa en principios teóricos como la fenomenología, la hermenéutica y la interacción social, y explora fenómenos en profundidad, etc., el método de investigación elegido para abordar el mismo, ha sido el método de investigación cualitativo.

En el presente trabajo, hemos propuesto 5 problemas de investigación respecto del tema elegido, los cuales fundamos en el hecho de que, en nuestra legislación nacional vigente hoy en día, a diferencia de otros países, como, por ejemplo, Argentina, Brasil, Colombia, etc., las personas del mismo sexo no pueden contraer matrimonio, puesto que uno de los requisitos de existencia del matrimonio en nuestra legislación nacional, es la diferencia de sexo que debe existir entre los contrayentes.

Asimismo, respecto del tema elegido, nosotros formulamos como objetivo general: “Comprender la importancia de regular legalmente el matrimonio igualitario en nuestra legislación nacional.”; y como objetivos específicos los siguientes: a) Señalar qué derechos tienen actualmente las parejas del mismo sexo en Chile; b) Identificar cuáles son las limitaciones por las cuales las parejas del mismo sexo no pueden contraer matrimonio en Chile; c) Señalar los principales argumentos que se invocan tanto a favor del matrimonio igualitario como por parte de los opositores, a su regulación y

reconocimiento en Chile; y d) Identificar los principales efectos que causará la incorporación del matrimonio igualitario en nuestra legislación nacional.

Si bien es cierto, a primera vista, en nuestra legislación nacional, no se ha regulado el matrimonio homoparental, aun así, en la actualidad ya existe un proyecto de ley sobre la materia en tramitación, que pretende salvar esta omisión legislativa, y que a primeras luces trae aparejados otros temas que pronto deberán ser discutidos en nuestra sociedad civil como, por ejemplo, la adopción de niños, niñas y adolescentes por parte de parejas del mismo sexo.

La iniciativa de este proyecto de ley sobre matrimonio igualitario, es el resultado de una lucha de años que han dado las parejas del mismo sexo, a través de organizaciones no gubernamentales, con los gobiernos de turno de nuestro país por sus derechos civiles, con el fin último que puedan acceder a contraer matrimonio civil, con iguales efectos civiles y patrimoniales, que el que actualmente se les reconoce a las personas de distinto sexo en el Código Civil, y en la Ley N°19.947 sobre Matrimonio Civil.

Por otra parte, no se debe olvidar, que nuestro país ha asumido compromisos internacionales sobre esta materia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por lo que en un futuro muy cercano el matrimonio homoparental, pasará a formar parte de nuestra legislación nacional, para eliminar una desigualdad que existe con las parejas de distinto sexo.

Esperamos que el presente trabajo, sea un gran aporte para nuestra comunidad jurídica nacional e internacional y, por otra parte, esperamos que el análisis y desarrollo del tema elegido, y la forma como será presentado sea del agrado e interés de nuestro profesor guía.

RESUMEN:

En nuestra legislación nacional, a diferencia de otros países, como, por ejemplo, Argentina, Brasil, Colombia, etc., las personas del mismo sexo, hoy en día, no pueden contraer matrimonio, puesto que uno de los requisitos de existencia del matrimonio en Chile, es la diferencia de sexo que debe existir entre los contrayentes. Sin embargo, esta discriminación que hoy existe en Chile, sobre el derecho de las personas del mismo sexo, para acceder a la institución del matrimonio, es un tema de gran relevancia jurídica y social que amerita ser investigado, tomando en consideración el reconocimiento e importancia que ha alcanzado el matrimonio igualitario a nivel de derecho comparado en las últimas décadas. Esta situación de desigualdad pronto desaparecerá en Chile, puesto que existe un proyecto de ley en trámite sobre la materia, que por medio de este trabajo amerita ser estudiado y analizado.

CAPÍTULO I: DEL MATRIMONIO:

En este capítulo primero, abordaremos primeramente la evolución que ha tenido el concepto de familia a nivel supranacional y nacional a través de los tiempos, su importancia como núcleo fundamental de la sociedad, y los distintos tipos de familia que se presentan en la actualidad en nuestra sociedad civil chilena.

Y, en segundo lugar, analizaremos el concepto de matrimonio civil en Chile, su regulación nacional y sus requisitos de existencia y de validez.

1.- Familia, importancia de la familia, conceptos doctrinarios y legales:

1.1.- El Derecho de familia es la rama del Derecho Civil que más transformaciones ha experimentado desde la promulgación del Código Civil en el año 1855, hecho que no debe resultarnos extraño, si consideramos los profundos cambios habidos en su objeto de regulación, la familia. En efecto, el modelo considerado digno de protección por el codificador de 1855, en el contexto de una sociedad tradicional, preferentemente agraria y religiosa como la Chilena, supuso la consagración de un ideal de familia que se había venido construyendo en el mundo occidental desde la edad media, donde ésta se encontraba fundada en la existencia de un matrimonio, celebrado según el rito religioso católico, y cuya regulación quedaba entregada íntegramente al Derecho Canónico; dada su naturaleza sacramental, el cual además de tener un carácter indisoluble, confería grandes poderes al marido, cabeza de la familia, tanto sobre la persona y los bienes de su mujer, como sobre la persona y los bienes de sus hijos, siendo una de sus misiones el asegurar un espacio de certeza para la procreación y la transmisión de la propiedad a través de la herencia. (Arancibia Obrador & Cornejo Aguilera, El Derecho de familia en Chile, 2014, págs. 279-280)

1.2.- La familia a lo largo de la historia ha sido reconocida como la célula fundamental de la sociedad, y asimismo como la que les da sustento y fundamento a todas las demás instituciones creadas por el ser humano, la cual sin duda es una de las más importantes.

Los orígenes de la familia se remontan a los orígenes mismos de la humanidad. Es así que las diferencias conceptuales que se han ido empleando en cada época a raíz de los factores socioculturales, demográficos, económicos, etc., han sido fundamentales para entender a los distintos tipos de familia y matrimonio.

1.3.- Para Cristina Alberdi, la familia es “la primera de las instituciones y en ella se prepara el sujeto para que interiorice, ame y desee las relaciones de dominación y jerarquía, adaptándose a las relaciones sociales dominantes basadas en las mismas estructuras de relación”.¹ En buenas cuentas, la familia se convierte en la principal entidad socializadora, que le permitirá posteriormente interactuar socialmente con el resto de la comunidad. (Hipp T., Orígenes del matrimonio y de la familia modernos, 2006, pág. 76)

La familia no es una institución inamovible, sino que, a lo largo de la historia, ha estado expuesta a numerosos cambios, los cuales han influido en la sociedad. Es por ello, que no existe un concepto específico de familia que pueda limitarse a todas las formas de familia existentes. Razón por la cual, la familia no ha sido conceptualizada expresamente en ninguna de las Constituciones Políticas de América Latina.

En nuestro país el concepto implícito de familia “tradicional” basado en el matrimonio entre un hombre y una mujer, por muchas décadas ha estado fuertemente arraigado en nuestra sociedad. De esta manera, el matrimonio entre un hombre y una mujer con la consecuente descendencia de hijos, fue la forma genérica más utilizada y aceptada como única familia. Pese a ello, existen otros tipos de familia distintos a la clásica, los cuales son dignos de igual protección y reconocimiento jurídico.

1.4.- La dificultad para establecer un concepto de familia que suscite aceptación general o mayoritaria, es ya una referencia común en la doctrina de las ciencias sociales y, particularmente, en las ciencias jurídicas. De igual modo, una pretensión de alcance más reducido, como establecer una concordancia en sus bases mínimas o en la selección de

¹Hipp T., Roswitha. 2006. “Orígenes del Matrimonio y de la familia modernos”. *Revista Austral de Ciencias Sociales* 11: pág. 76 citado en Goicovic, Igor. 1998. “Familia y Estrategias de Reproducción Social en Chile tradicional”. *Revista de Estudios Regionales* 4: págs. 9-35; citado por _____. 1999. “Mecanismos de Solidaridad y Retribución en la Familia Popular del Chile Tradicional”. *Revista de Historia Social y de las Mentalidades* 3: 61-88.

los criterios necesarios para la construcción conceptual, también parece lejana, reconociendo esta dificultad su origen en la radicación de la noción de familia en distintas esferas disciplinarias.²

Jurídicamente, nuestro derecho interno no ha contemplado una definición de familia, salvo ciertas referencias a ella, como lo hace en el artículo 815 del Código Civil, ello con referencia a la regulación de los derechos de uso y habitación.

A su vez el artículo 1°, inciso 1° de la Ley N°19.947 de Matrimonio Civil señala que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia”

Se sostiene que la indeterminación del concepto de familia, así como su relatividad y temporalidad busca proteger a los distintos tipos de familia existentes, ya que no existe una familia, sino muchas clases de familia.

Si bien en nuestra legislación nacional, como se ha señalado, no existe un concepto legal y único de familia, nuestra Constitución Política de 1980 en su artículo primero, inciso segundo señala también, que “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”. Frente a ello, el Estado se encuentra obligado a resguardar y dar protección a todas las familias, lo que incluye a las familias homoparentales.

Nuestra Excelentísima Corte Suprema, en un procedimiento de declaración de bien familiar, por sentencia de fecha 21 de Noviembre de 2018, luego de exponer en su Considerando tercero el significado etimológico de la voz “familia”, así como las nociones amplias y restringidas de la misma, y de las distintas definiciones doctrinarias de la familia fundadas en distintos factores como el matrimonio y parentesco, la existencia de una autoridad y los vínculos de afecto y solidaridad, nos ofrece en su Considerando cuarto una noción amplia o extendida del concepto de familia del siguiente tenor: “...En efecto, para esta Corte la concepción que de familia debe asumirse en la actualidad, dada las diversas formas en que las personas se relacionan para la concreción de las metas

²Picó Rubio, Jorge del. “Evolución y actualidad de la concepción de la familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno”. *Ius et Praxis*, vol. 17, núm. 1, 2011, pp. 31-55, Universidad de Talca, Talca, Chile.

propias de la convivencia, no es la tradicional restringida que se funda únicamente en el vínculo de parentesco, comprendiendo a las personas unidas por matrimonio y a sus hijos, sino aquella que incluye o considera también a las personas unidas por lazos de afecto, esto es, una noción extendida o amplia.”³

1.5.- La familia es reconocida en el derecho internacional de los derechos humanos como “el elemento natural y fundamental de la Sociedad” que debe ser protegido tanto por el Estado como por la sociedad.

Según el Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, no es posible dar una definición, pues ésta puede variar entre los Estados e incluso entre regiones de un mismo Estado. A juicio de dicho Comité corresponde a los Estados parte informar el concepto de familia que existe en sus ordenamientos jurídicos, así como la forma en que protegen los distintos tipos de familia. A su vez la Corte Interamericana de Derechos Humanos en opinión consultiva de 2014, destaca que no existe un modelo único de familia, y que su definición no debe restringirse a la pareja y los hijos, sino que también debe considerar otros parientes de la familia extensa con quienes se tengan lazos cercanos, los que pueden existir entre personas que no sean jurídicamente parientes.⁴

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 23 y la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 17.1, reconocen a la familia como “el elemento natural y fundamental de la sociedad” y establecen tanto al Estado como a la sociedad el deber de protegerla.⁵

1.6.- La familia, al margen de las visiones disciplinarias que se tengan de ella, cumple diversas funciones sociales, cuya valoración pública determina la tutela jurídicamente expresada en el Derecho de familia. En la visión tradicional, muy arraigada en la

³ Corte Suprema, Rol Ingreso N°3613, 21 de noviembre de 2018 caratulada “Zepeda López, Amalia con Zepeda Lavín, Eric”.

⁴ Trufello García, Paola. Concepto de familia Aproximación desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Constitución Política y la Legislación Nacional, disponible en: https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio%2F10221%2F25900%2F1%2FInforme_BCN_concepto_familia_vf.pdf

⁵ Ídem Trufello García, Paola n°4.

enseñanza histórica del Derecho de familia, se han distinguido las funciones afectiva, procreadora, cultural, económica y política, adquiriendo preeminencia las dos primeras, pues aseguran la existencia de la familia.

Sin embargo, al aplicar una visión más contemporánea, las funciones atribuidas a la familia adquieren mayor complejidad al ser analizadas multidisciplinariamente.⁶

Así pueden distinguirse otras funciones, tales como equidad, solidaridad, corresponsabilidad, etc. teniendo principalmente como razón de ser una funcionalidad social, que nos es otra cosa que el factor que hace que la sociedad funcione adecuadamente.

En ese orden de ideas, se ha señalado que la familia, cualquiera sea la forma que ésta adopte, constituye un espacio personalísimo de asociación, el cual fundado en la existencia de una especial afectividad entre sus miembros e inspirada en el mutuo respeto, solidaridad y consideración entre éstos, proporciona a cada uno de ellos un soporte moral y material, insustituible, hasta tal punto, que es posible afirmar que no existe otra institución en la cual podamos encontrar los bienes que nos proporciona. La familia constituye un espacio en el cual desarrollamos un parte principal de nuestro plan de vida, hecho que es reconocido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23.2) y por la Convención Americana de Derecho Humanos (artículo 17.2) que consagran el derecho fundamental de cada persona a contraer matrimonio y a fundar una familia. (Arancibia Obrador & Cornejo Aguilera, El Derecho de familia en Chile, 2014, pág. 288)

Como sea que se valore el cambio suscitado en la apreciación pública de la familia, tras el diseño de las políticas públicas, aplicada en las últimas dos décadas y que jurídicamente se manifiesta en el Derecho de familia, se debe reconocer una evolución desde una concepción predominantemente social y marcadamente institucional sobre la familia, hacia una mirada preponderantemente enfocada en el sujeto individual que la constituye y sus circunstancias afectivas. Esta evolución ha dejado atrás una imagen institucionalizada de la familia, erigida sobre la base del matrimonio, ordenada

⁶ Ídem Pico Rubio, Jorge del n°2.

jerárquicamente y dirigida a la consecución de fines propios de la comunidad familiar⁷, que tiende principalmente a la igualdad y libertad de sus integrantes, estando estos, individualmente considerados, por sobre la familia quien pasa a ocupar un rol secundario respecto de sus integrantes.

1.7.- Ahora bien, en Chile legalmente el origen de la familia se ha definido a partir del acto del matrimonio, entendido éste 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 auxiliarse mutuamente” (artículo 102 Código Civil). Con esto, de manera oficial la familia en Chile figura como heterosexual, monogámica, genera descendencia y habita bajo un mismo techo. Esta concepción, además, puede rastrearse en la historia al mirar los procesos de colonización, independencia y conformación de los Estados nacionales en Latinoamérica, contexto en el cual desempeñaron un rol fundamental las influencias religiosas de españoles criollos; en general, la familia cristiana que hemos heredado y reafirmado, se ha caracterizado por su monogamia y por la insistencia de la libre elección del compañero marital, además de una evaluación moral negativa de la sexualidad, en especial en su forma premarital.⁸

Es así, que la concepción de familia tiene mucho que ver con el modelo matrimonial, influenciado desde siempre por la Iglesia Católica y reafirmada por el Estado, basándose en un modelo monogámico y patriarcal que rechaza y persigue los comportamientos sexuales que se apartan del orden social establecido. (Hipp T., Orígenes del matrimonio y de la familia modernos, 2006, pág. 67)

Es importante señalar que el artículo 1, inciso 2° de nuestra Constitución Política de 1980, establece que es deber del Estado “dar protección a la familia y propender al fortalecimiento de ésta”.

⁷ Ídem Pico Rubio, Jorge del n°2.

⁸ Cienfuegos Illanes, Javiera. 2015. Diversidad familiar y derecho en Chile Revista de Estudios Sociales [en línea], N°52, pp. 159-171 disponible en <https://journals.openedition.org/revestudsoc/9138>

Tal protección y fortalecimiento, deben traducirse en políticas públicas que puedan dirigirse en beneficio directo e indirecto de la familia, especialmente en la aprobación de normas que permitan cumplir tales fines.

Expresa al respecto Cristián Lepin Molina: “En cuanto al deber del Estado de dar protección a la familia, podríamos decir que la norma constitucional obliga a todos los poderes del Estado. En este sentido, tanto el Poder Ejecutivo como el Legislativo deben dictar normas que integren el estatuto protector de la familia y al Poder Judicial concretar dicha protección al aplicar la normativa específica”.⁹

Es importante destacar, que tal principio de protección se encuentra consagrado en diversos instrumentos internacionales, tales como en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que señala en su artículo 16, N° 3: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Asimismo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948). Establece en su artículo 6: “Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”

2.- Matrimonio en Chile, su regulación y requisitos jurídicos:

2.1.- El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define al matrimonio como: “Unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales”. (Española, 2001 Volumen N°12, pág. 996)

La palabra matrimonio como denominación de la institución social y jurídica deriva de la práctica y el Derecho Romano. El origen etimológico del término es la expresión “*matri-monium*”, es decir, el derecho que adquiere la mujer que lo contrae para poder ser madre dentro de la legalidad. Otros sostienen que proviene de *matrem muniens* que se

⁹ Lepin Molina, Cristián. 2014 “Los nuevos principios del Derecho de Familia”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 23, p. 16., citado por Orrego Acuña, Juan Andrés. 2020. La familia y el matrimonio, Apuntes de clases de Derecho Civil, p.63 disponible en <https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/derecho-de-familia/>

define como defensa o protección de la madre. (Angulo Vivanco & Carvajal Vivanco, 2013, pág. 4)

El matrimonio clásicamente ha sido concebido como una de las instituciones más importantes de nuestra sociedad, cuyos elementos principales han sido, el de ser un contrato de carácter indisoluble y heterosexual; es decir, aquél celebrado entre un hombre y una mujer, con el objeto de vivir juntos para toda la vida.

Con los grandes cambios culturales, sociales, políticos y religiosos acaecidos en nuestra sociedad, el matrimonio ha experimentado variadas transformaciones, entre las cuales se destaca principalmente el haber perdido su carácter indisoluble.

2.2.- En Chile la institución del matrimonio, como ya se ha expresado, se encuentra definida en el artículo 102 del Código Civil que señala: “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y auxiliarse mutuamente”. Tal redacción en esos mismos términos, como se sabe, data del año 1855, época de la promulgación del Código Civil, la cual desde esa fecha no ha tenido ninguna modificación.

Pese a lo anterior, el derecho matrimonial chileno ha sido objeto de una reforma de gran magnitud, como consecuencia de la aprobación y entrada en vigor de la Ley de Matrimonio Civil de 2004, que introdujo modificaciones sustantivas en el sistema matrimonial chileno, establecido precedentemente en la Ley de Matrimonio Civil de 1884, la cual se enmarca precedentemente en el escenario emergente tras las disputas de competencia entre el Estado y la Iglesia Católica, hacia fines del siglo XIX, reivindicó para el Estado de Chile la regulación civil del matrimonio, negando validez al matrimonio religioso -particularmente en su expresión canónica- durante más de un siglo, penalizando incluso su precedente celebración al matrimonio civil. (Picó Rubio, 2009, pág. 51).

2.3.- De la definición de matrimonio del artículo 102 del Código Civil y de la Ley de Matrimonio Civil de 2004, se desprenden sus principales características; esto es:

- a) Es un contrato: A este respecto, los autores sostienen que tal expresión debe tomarse en su sentido amplio; es decir, como equivalente a un acto nacido de la voluntad de dos personas y reglamentado por la ley. Sin embargo, para muchos autores más que un contrato, se trata de una verdadera institución.
- b) Es un contrato solemne: Es solemne, ya que no se perfecciona por el solo consentimiento de los contrayentes, sino que requiere de una serie de formalidades para su perfeccionamiento.
- c) Diferencia de sexo entre los contrayentes: Es el único contrato que exige como requisito de existencia la diferencia de sexo de las partes. Requisito que es reiterado también por el artículo 80 de la Ley N°19.947.
- d) Objeto del matrimonio es vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.
- e) Es fundamento de la filiación matrimonial.

2.4.- En cuanto a los requisitos de validez para contraer matrimonio, se señala que para que un matrimonio sea válido, no sólo debe haber diferencia de sexo entre los contrayentes, voluntad manifestada, ceremonia efectuada ante el Oficial del Registro Civil o un ministro de culto, y ratificación ante un Oficial de Registro Civil e inscripción del acta otorgada por el ministro de culto, sino que además deben concurrir las condiciones o requisitos de validez del matrimonio, que son los siguientes:

- a) Capacidad de los contrayentes o ausencia de impedimentos dirimentes (Artículo 4 Ley N°19.947);
- b) Consentimiento libre y espontáneo; y
- c) Que se hayan cumplido las formalidades legales.

2.5.- Respecto de los requisitos de existencia del matrimonio, debemos expresar que la Ley de Matrimonio Civil N°19.947 del año 2004, establece una serie de requisitos para contraer matrimonio. En efecto, el inciso 2° de su artículo 1° señala que “la presente ley regula los requisitos para contraer matrimonio”, lo que vuelve a reiterar en el capítulo II, párrafo 1° de la misma, al titularla “De los requisitos de validez del matrimonio”, y en el inciso primero del artículo 20 vuelve a referirse a los requisitos del matrimonio. Por su parte en el artículo 80 recurre a la frase “los requisitos de forma y fondo del matrimonio”. Con lo cual, se sostiene que esta ley, a diferencia de la Ley de Matrimonio Civil del año

1884, ha innovado ampliamente respecto de los requisitos del matrimonio, y lo ha hecho no sólo en su terminología, sino también en su contenido.

La distinción entre los requisitos de existencia y validez del matrimonio, lleva a distinguir la inexistencia de la nulidad absoluta, la cual fue formulada a propósito de este contrato por Zachariae, y se encuentra incorporada en la jurisprudencia francesa, aun cuando no en el Código de Napoleón. Entre nosotros se acepta el mismo concepto, a fin de obviar ciertos inconvenientes y absurdos que resultarían de aplicar el estricto sentido de las disposiciones de la Ley de Matrimonio Civil. En efecto, sabemos que las causales de nulidad de matrimonio son taxativas; pues bien, entre las causales, no está sancionado el matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo o sin haber prestado consentimiento. Pero como se sabe, tales matrimonios no sólo no son válidos, sino que sencillamente no existen.¹⁰

De esta forma, se señala que los requisitos de existencia del matrimonio son los siguientes:

- a) Diferencia de sexo de los contrayentes;
- b) Consentimiento de los contrayentes;
- c) Presencia del Oficial del Registro Civil o del Ministro de culto; y
- d) Ratificación ante un oficial del Registro Civil de la celebración del matrimonio, si ella se realiza ante un ministro de culto de una entidad religiosa de derecho público e inscripción.

Con relación al primero de los requisitos de existencia del matrimonio, se sostiene, que de la definición de matrimonio contemplada en el artículo 102 del Código Civil, la esencia del matrimonio radica es sus tres fines imprescindibles: vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente. Siendo uno de éstos esencial para la preservación del género humano. Razón por la cual, es requisito esencial para contraer matrimonio la concurrencia de un hombre y una mujer.

¹⁰ Rossel Saavedra, Enrique. 1994. Manual de Derecho de Familia, 7ª edición actualizada, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, citado por Orrego Acuña, Juan Andrés. 2020. La familia y el matrimonio, Apuntes de clases de Derecho Civil, p.63 disponible en <https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/derecho-de-familia/>

Así lo confirman el artículo 18 de la Ley de Matrimonio Civil y los artículos 37 y 51 de la Ley de Registro Civil, requisito que también lo contempla el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española cuando define el matrimonio como “unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales”. Esta misma connotación esencial se advierte, al referirse al matrimonio en todas las Enciclopedias conocidas. (Española, 2001 Volumen N°12, pág. 996)

Por ende, conforme a los artículos 102 del Código Civil, artículo 18 y 80 de la Ley de Matrimonio Civil, y 37 y 51 de la Ley de Registro Civil, las personas del mismo sexo no pueden contraer matrimonio en Chile. Nuestra legislación nacional vigente hoy en día, establece como un requisito de existencia del matrimonio, la diferencia de sexo entre los contrayentes.

Es la diferencia de sexo entre los contrayentes, la que nos permite definir actualmente la institución del matrimonio civil en Chile. La doctrina y la jurisprudencia nacional sobre el matrimonio, consideran que la diferencia de sexo, es un elemento de la esencia de dicho contrato solemne, cuya ausencia implicaría la inexistencia del matrimonio; o en su caso, la nulidad del mismo.

Por tanto, el matrimonio igualitario no se encuentra regulado actualmente en nuestra legislación nacional. Y en definitiva las personas del mismo sexo, no pueden contraer matrimonio en Chile, pues uno de los requisitos de existencia del matrimonio, la diferencia de sexo entre los contrayentes, se los impide.

Y para que un matrimonio celebrado en el extranjero pueda producir efectos civiles y patrimoniales en Chile, necesariamente debe haber sido celebrado entre un hombre y una mujer. La diferencia de sexo entre los contrayentes, impide otorgarle valor en Chile a un matrimonio celebrado en el extranjero entre personas del mismo sexo.

2.6.- En el ámbito jurídico internacional, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, ratificada por Chile en 1990, dispone “se reconoce el derecho del **hombre y la mujer** a contraer matrimonio y a fundar una familia, etc.” (Artículo 17). El Artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, bajo el título “**Derecho a contraer matrimonio**”, prescribe que “A partir de la edad núbil, **el hombre y la mujer** tienen

derecho a casarse y a fundar una familia según leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, dice: “Artículo 23.2. Se reconoce el derecho del **hombre y de la mujer** a contraer matrimonio y a fundar una familia si se tienen edad para ello”.¹¹

2.7.- En síntesis, en este sub apartado del Capítulo I, podemos concluir: a) Que conforme a los artículos 102 del Código Civil chileno, 18 y 80 de la Ley N°19.947 sobre Matrimonio Civil, y 37 y 51 de la Ley de Registro Civil, se establece como un requisito de existencia del matrimonio en Chile, la diferencia de sexo entre los contrayentes. En consecuencia, el matrimonio igualitario no se encuentra regulado actualmente en nuestra legislación nacional. Las personas del mismo sexo no pueden contraer matrimonio en Chile; b) Esta exigencia de la diferencia de sexo de los contrayentes, se hace extensiva, y se aplica a aquellos matrimonios celebrados en el extranjero, para que puedan tener valor en Chile, en el evento de que sus contrayentes quisieren inscribirlo en Chile, en el Registro Civil de la sección de la primera comuna de Santiago, Recoleta, tal como lo exige el artículo 135 del Código Civil; c) Que la diferencia de sexo entre los contrayentes, permite definir actualmente la institución del matrimonio civil en Chile, en términos tales que la doctrina y la jurisprudencia nacional consideran que se trata de un elemento de la esencia de dicho contrato solemne, cuya ausencia implicaría la inexistencia del matrimonio; y d) Que a mayor abundamiento, se puede expresar que el Derecho de familia chileno, tiene como base principalmente dos instituciones, el matrimonio y la filiación, las cuales se encuentran reguladas desde una perspectiva heteronormativa; es decir, desde un modelo de pareja heterosexual., que no da cabida al matrimonio de parejas del mismo sexo.

¹¹ Ríos, Lautaro. 10 enero 2018. Matrimonio Igualitario. Diario Constitucional.cl, recuperado de <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/matrimonio-igualitario/>

CAPÍTULO II: DEL MATRIMONIO IGUALITARIO:

En este capítulo segundo, abordaremos primeramente la institución del matrimonio igualitario, sus aspectos jurídicos y doctrinarios.

Seguidamente, nos corresponderá analizar los principios constitucionales y supra legales en los cuales se funda el matrimonio igualitario, con el objeto de demostrar al lector, la necesidad imperiosa que existe de que en nuestro país se regule lo más pronto posible dicha institución, no sólo porque Chile se obligó internacionalmente ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a legislar sobre la materia, sino porque se debe terminar con una discriminación que existe desde hace años en Chile, en materia de legislación matrimonial, sobre todo teniendo en cuenta la evolución que ha tenido el concepto de familia a lo largo de los años tanto en nuestro país, como en el resto del mundo, lo que obliga a nuestra legislación nacional a terminar con una desigualdad, que en la actualidad no tiene sustento legal.

Finalmente, en este capítulo segundo también nos referiremos a los principales argumentos de algunos sectores de nuestro país, que están en contra de legislar sobre el matrimonio igualitario, así como también expondremos aquellos argumentos de algunos tratadistas que se encuentran a favor de esta institución.

1.- Matrimonio igualitario, aspectos jurídicos y doctrinarios:

1.1.- El matrimonio igualitario se relaciona estrechamente con el concepto de familia. En efecto, la institución de la familia es un concepto dinámico, que ha ido evolucionado en el tiempo, y que ha permitido incorporar nuevos tipos de familia, entre los cuales destaca la familia homoparental. Es por ello, que el Derecho de familia chileno, ha tenido que evolucionar con el transcurso de los años, y debe adaptarse a los nuevos tiempos, con la finalidad última de dar protección legal a la familia homoparental, en diversos aspectos, entre los cuales destaca el derecho que tienen las personas del mismo sexo que forman una familia, para contraer matrimonio, con idénticos efectos civiles, personales y patrimoniales, tal cual hoy en día tiene derecho las parejas de diferente sexo.

1.2.- Para los efectos de este trabajo, podemos definir la familia homoparental, como aquella constituida por una pareja formada por personas del mismo género, y vinculadas entre sí, mediante el matrimonio o una unión convivencial. (Esborraz, El concepto constitucional de familia en América Latina. Tendencias y proyecciones, 2015, págs. 36-37)

Asimismo, podemos aportar un concepto de matrimonio igualitario en términos amplios, tomando como base la definición de matrimonio del artículo 102 del Código Civil, y la que aporta el Proyecto de Ley de Matrimonio Igualitario, al siguiente tenor: La unión entre dos personas del mismo sexo, biológica o legal, o de diferente sexo, que es llevada a efecto mediante el cumplimiento de formalidades legales, con el objeto de vivir juntos, de procrear, de auxiliarse mutuamente, y de establecer y mantener una comunidad de vida, y de intereses.

Si esta institución se encuentra reconocida en un ordenamiento jurídico determinado, entonces las personas que contraigan matrimonio igualitario, de igual o distinto sexo, quedarán sujetas a derechos y deberes de tipo personal y patrimonial, tanto respecto de ellos mismos, como respecto de su prole.

1.3.- Tal como ya lo anunciáramos en el Capítulo I anterior de este trabajo, conforme a los artículos 102 del Código Civil chileno y 18 y 80 de la Ley N°19.947 sobre Matrimonio Civil, y 37 y 51 de la Ley de Registro Civil, se establece como un requisito de existencia del matrimonio en Chile, la diferencia de sexo entre los contrayentes.

Por tanto, podemos afirmar que el matrimonio igualitario no se encuentra regulado actualmente en nuestra legislación nacional. Las personas del mismo sexo no pueden contraer matrimonio en Chile. Esta exigencia de la diferencia de sexo de los contrayentes, se hace extensiva, y se aplica a aquellos matrimonios celebrados en el extranjero, para que puedan tener valor en Chile, en el evento de que sus contrayentes quisieren inscribirlo en Chile, en el Registro Civil de la sección de la primera comuna de Santiago, Recoleta, tal como lo exige el artículo 135 del Código Civil.

En efecto, el concepto de matrimonio que se contiene en el artículo 102 del Código Civil, corresponde muy cercanamente a la idea católica del matrimonio -con la lógica

exclusión de su carácter sacramental- lo que resulta natural si se recuerda que a la época de dictación de nuestro Código Civil (Año 1855), el matrimonio estaba entregado y siguió estándolo, a la tuición de la Iglesia Católica. (Velasco Letelier, 2016, pág. 194)

O sea, en la definición legal de matrimonio del artículo 102 del Código Civil, se contempla como requisito de existencia, la diversidad de sexo de los contrayentes, lo cual obedece en primer lugar a una construcción histórico social. “Sus elementos esenciales no son, necesariamente, los de ayer ni serán forzosamente los de mañana. Ha sido tradicionalmente una forma de institucionalizar la vida en común de una pareja heterosexual, pero nada impide -desde una visión secular- que acoja a parejas homosexuales o del mismo sexo (ambas cuestiones no son lo mismo; así, dentro de la actual legislación chilena no hay impedimento para que celebren el acto matrimonial uno o ambos contrayentes homosexuales.” (Silva Irrazabal, 2012, pág. 469)

No debemos olvidar que la Constitución Política de la República de Chile de 1925, estableció la separación entre el Estado de Chile, y la Iglesia Católica, por lo que esta última institución de derecho público, desde esa fecha ya no tiene poder de imperio en las decisiones que toman los tres poderes del Estado. Esta separación se mantuvo con la nueva Carta Fundamental de 1980 de la República de Chile. Y si bien, el reconocimiento de la familia homoparental, y sus efectos jurídicos y sociales, no se reconocen en la norma hipotética fundamental de 1925, y tampoco en la Constitución Política de 1980; ya a partir de la década de los años 90, y con la entrada en vigencia de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, la situación cambia a favor de la familia homoparental, que logra alcanzar reconocimiento constitución y legal, puesto que comienza hacerse una interpretación acertada de lo dispuesto en el artículo 1º inciso segundo de la Constitución Política de 1980.

Recordemos que, es con la reforma al artículo 5º de la Constitución Política de 1980 introducida por la Ley N°18.825, de fecha 17 de Agosto de 1989, que el catálogo de derechos humanos consagrados en el artículo 19 de la Carta Fundamental se amplía con la incorporación del catálogo de derechos humanos de los Tratados Internacionales, los cuales comienzan a gozar de la misma jerarquía constitucional que detentan los derechos humanos regulados en el artículo 19 de la Constitución Política de 1980. Con

ello, se da inicio a la existencia en nuestro ordenamiento jurídico, de dos sistemas normativos que consagran derechos humanos, uno interno y otro internacional, que son tutelados por tres mecanismos de protección, uno local (Chile), otro regional (Interamericano), y finalmente uno internacional (Naciones Unidas). Ambos sistemas jurídicos, hoy en día se comunican, retroalimentan, y se relacionan entre sí, lo cual antes del año 1989, era impensado que coexistieran entre sí, atendida la forma en que se encontraba redactado el antiguo artículo 5º de la Constitución Política de 1980.

Esta reforma constitucional del año 1989 al artículo 5º de la Constitución Política de 1980, y las consecuencias jurídicas que acarrea, marcan el inicio del reconocimiento constitucional y legal a la familia homoparental, puesto que el catálogo de derechos humanos que consagraban los Tratados Internacionales a esa fecha, era mucho más extenso que el que consagraba la Carta Fundamental de 1980, y la doctrina jurídica y jurisprudencia que emanaba de los Órganos Jurisdiccionales Internacionales, era más protectora en cuanto a reconocerle derechos a la familia homoparental, lo que permite que las minorías sexuales en Chile alcen la voz, y comiencen una lucha con los gobiernos de turno de Chile por la reivindicación de sus derechos, lo cual necesariamente seguirá extendiéndose en el tiempo, con el objeto de terminar con todas aquellas discriminaciones arbitrarias que se hacen en contra de las personas, basadas en su orientación sexual.

A mayor abundamiento, el Derecho de familia chileno, ha sufrido enormes y significativas modificaciones legales en los últimos años, con la finalidad de dar protección legal a las diversas formas de familia que hoy existen y coexisten en nuestra sociedad civil. Entre estas reformas legales destacan: la que eliminó la incapacidad relativa de la mujer casada en sociedad conyugal; la igualdad de derechos que debe existir entre las hijos matrimoniales y no matrimoniales en materia de filiación, tanto en cuanto al derecho al nombre, al derecho de alimentos, y a los derechos sucesorios; y la incorporación de la institución del divorcio vincular que permite poner término al matrimonio, sin afectar la situación jurídica de los hijos e hijos matrimoniales, y garantizando los derechos de ambos cónyuges. (Iguales, 2016)

Muchas de estas reformas legales reconocen la realidad de la vida en pareja y familiar; y por tanto, no pueden desconocer a las familias que se forman y construyen en función a la pareja de personas del mismo sexo. (Iguales, 2016)

Una característica presente en estas reformas legales, y que debe ser resaltada, es que reflejan la separación que debe existir entre el Estado de Chile, y las normas de la religión que profesan las personas. Estas últimas normas, en la mayoría de los casos imponen una concepción de la familia tradicional; esto es, aquella centrada únicamente en la pareja heterosexual y en la procreación. (Iguales, 2016)

1.4.- Somos de la opinión de que no sería adecuado definir en nuestro ordenamiento jurídico nacional, ni familia, ni matrimonio, puesto que el hacerlo, podría significar que, en el futuro, algunas personas que formen parte de una familia no encuadrada dentro de tales conceptos, puedan quedar sin protección constitucional y legal, quedando impedidas de acceder a algún beneficio legal, o a contraer matrimonio.

No podemos desconocer, que las familias homosexuales – homoparentales existen y forman parte de nuestra sociedad desde hace décadas. Por tanto, se hace necesario entonces, legislar sobre el matrimonio igualitario en Chile, y terminar con una discriminación por orientación sexual que afecta a las parejas del mismo sexo, y que es contraria a nuestra Carta Fundamental, así como los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. (Iguales, 2016)

En conclusión, debemos expresar que la institución del matrimonio debe siempre fundarse en presupuestos sociales que necesariamente deben irse adaptando a los tiempos, así como ocurre con la institución de la familia. De esta manera, se reconoce y garantiza a las parejas del mismo sexo su derecho para contraer matrimonio, a pesar de que hoy en día en Chile, esta institución se encuentre restringida para las parejas heterosexuales, excluyéndose a las homosexuales. (Iguales, 2016)

1.5.- El derecho a contraer matrimonio es un derecho humano inherente a toda persona, que se encuentra consagrado en distintos Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, que se detallan a continuación: a) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), artículo 6º; b) Declaración Universal de los Derechos

Humanos (1948), artículo 16 N°1, N°2 y N°3; c) Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), artículo 17 N°1, N°2, N°3, N°4 y N°5; d) Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), artículo 10 N°1; y e) Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966), artículo 23 N°1, N°2, N°3 y N°4.

Todos estos instrumentos internacionales, establecen el derecho de todas las personas a contraer matrimonio y a formar una familia, núcleo esencial de la sociedad. El Pacto San José de Costa Rica, exige en su artículo 17 “el libre y pleno consentimiento de los contrayentes”, y demanda que los mismos cumplan con las “condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida que éstas no afecten el principio de no discriminación establecido en esta Convención”.

En consecuencia, la ley civil interna chilena debe garantizar que las parejas contraigan matrimonio, no conteniendo en su articulado normas discriminatorias. En definitiva, la exigencia de la diversidad de sexos frente a todos los preceptos contenidos en los instrumentos internacionales, ya singularizados, vigentes y ratificados por Chile, los cuales detentan una jerarquía constitucional, es discriminatoria para las parejas del mismo sexo.

Por otra parte, nuestra Excelentísima Corte Suprema, en sentencia de fecha 26 de Noviembre de 2018, Rol Ingreso N°6.109-2018 caratulada “Rivera con Servicio de Registro Civil e Identificación”, reconoce que el derecho a contraer matrimonio es un derecho humano. En efecto, en su Considerando Tercero expresa: “Que ya esta Corte Suprema ha sostenido antes la existencia de derechos fundamentales que no necesariamente se encuentran expresamente declarados en el texto fundamental y, entre ellos, está el derecho a contraer matrimonio. Ello se deduce del texto del artículo 1º de la Constitución Política de la República y del reconocimiento expreso de la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 17.”¹²

El mismo fallo agrega en su Considerando Sexto párrafo segundo lo siguiente: “Las citadas normas constitucionales reconocen la posibilidad de contraer matrimonio

¹² Corte Suprema, Rol Ingreso N°6109, 26 de noviembre de 2018 caratulada “Rivera con Servicio de Registro Civil e Identificación”.

como un derecho que emana de la naturaleza humana, por lo tanto, que no puede estar sometido a exigencias formales previas.” Y en su párrafo cuarto expresa: “Las normas constitucionales y la convención internacional disponen que toda persona que habita el Estado de Chile es titular del derecho, a contraer matrimonio y fundar una familia, en lo cual la autoridad tiene el deber de ampararla, por lo mismo, no puede ser turbado en el ejercicio de ese derecho.”¹³

En este fallo de nuestra Excelentísima Corte Suprema, queda reconocido y consagrado, que el derecho a contraer matrimonio es un derecho humano, emanado de la naturaleza del ser humano, sin que pueda hacerse distinción, por la orientación sexual de las parejas, derecho que debe ser respetado y cautelado por el Estado de Chile.

Sin embargo, nuestra Excelentísima Corte Suprema, para este caso en particular, al expresar que el derecho a contraer matrimonio es un derecho humano, no expresa a qué tipo de matrimonio se refiere. No hace mención al matrimonio igualitario. Tampoco, está reconociendo el derecho que tiene las personas del mismo sexo a contraer matrimonio. Es más, el caso que resuelve, hace alusión a dos personas casadas de diferente sexo, de distintas nacionalidades (Una extranjera y un chileno).

Creemos que el máximo Tribunal de nuestro país, no se está refiriendo al derecho de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio, puesto que el hacerlo, sería contrario a todas las argumentaciones jurídicas y doctrinarias contenidas en sentencias que ha dictado, al conocer de la apelación en contra de recursos de protección que se interponen contra la negativa del Oficial del Registro Civil que impide que dos personas del mismo sexo contraigan matrimonio, cuando lo solicitan en su oficio, y que nuestra Excelentísima Corte Suprema, en todos los casos ha rechazado.

1.6.- Sin perjuicio de lo expuesto en el párrafo anterior, se hace necesario e indispensable que se incorpore a nuestra legislación nacional el matrimonio igualitario para las personas del mismo sexo, con idénticos efectos civiles y patrimoniales como el que se les reconoce

¹³ Ídem Corte Suprema n°12.

actualmente a las parejas de diferente sexo, en base a una serie de argumentos jurídicos y doctrinales que paso a exponer en los párrafos precedentes.

En primer lugar, el argumento más potente para proteger igualitariamente las relaciones entre personas del mismo sexo, en cuanto a convivencia y matrimonio, se relaciona con los derechos humanos de estas personas. No debe olvidarse que el contexto de debates como este es el estado democrático de derecho, por lo que la principal consideración, deben ser aquéllos. La regulación diferenciada de las relaciones entre personas de distinto y el mismo sexo, atenta contra variados derechos fundamentales. (Hernández Paulsen, Matrimonio Igualitario, 2017, pág. 89)

En segundo lugar, los derechos fundamentales que se pueden ver transgredidos, al no regular un Estado el matrimonio homoparental son los siguientes: a) Derecho al respeto de la diversidad; b) Derecho a formar una familia; c) Derecho a la igualdad y no discriminación; y e) Derecho a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad. (Hernández Paulsen, Matrimonio Igualitario, 2017, págs. 90-91)

En tercer lugar, una reforma en materia matrimonial que garantice un matrimonio civil igualitario, permitirá a las parejas del mismo sexo, alcanzar el bien común que define el artículo 1 inciso cuarto de la Constitución Política de la República de Chile de 1980. El Estado de Chile contribuirá a crear todas las condiciones que sean necesarias para garantizar el pleno desarrollo de todos sus habitantes, así como cada persona podrá alcanzar el bien común; permitiendo de esa manera que se respete y proteja el derecho a la igualdad y a la no discriminación de todas las personas.

En consecuencia, los argumentos expuestos llevan a concluir que las relaciones homosexuales deben regularse igual que las heterosexuales, en cuanto unión civil y matrimonio. Una regulación de este tipo implica sobre todo permitir a dichas parejas el acceso igualitario al matrimonio o a la paternidad/maternidad conjunta, debiéndoseles dar esta posibilidad a través de la adopción, las técnicas de reproducción asistida, el reconocimiento, la presunción de paternidad/maternidad y la paternidad/maternidad afectivo-social. (Hernández Paulsen, Matrimonio Igualitario, 2017, pág. 94)

1.7.- Por todo lo anteriormente expuesto, es que, en Chile, en la actualidad existe un proyecto de Ley sobre Matrimonio Igualitario presentado con fecha 5 de Septiembre de 2017 por el Gobierno de la Presidente Michelle Bachelet a la Cámara de Diputados.

Este proyecto de Ley de Matrimonio Civil Igualitario, tiene por objeto adecuar nuestra legislación nacional en materia de Familia, a nuestra Constitución Política de 1980, artículos 1 inciso segundo y quinto, y a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. Por otra parte, obligará al legislador nacional a adecuar un sinnúmero de cuerpos normativos sobre la materia, sin dejar de lado el esfuerzo que deberán desplegar varias instituciones públicas y privadas para poner en un plano de igualdad los derechos y deberes que corresponderán tanto a los matrimonios de personas de distinto sexo, como a los matrimonios de personas de igual sexo.

2.- Principios constitucionales y supra legales en que se funda el matrimonio igualitario:

2.1.- Los principios constitucionales y supra legales en que se funda el matrimonio igualitario, son los siguientes: a) Principio de igualdad y no discriminación; b) Derecho a la identidad; y c) Derecho a la vida privada.

2.2.- Tratándose de los principios de Igualdad y no discriminación de que son titulares todas las personas, debemos señalar que aquellos nacen de la propia dignidad de los seres humanos. Así lo expresa no sólo nuestra Constitución en su artículo primero inciso primero, y en otras disposiciones legales, sino todos los tratados internacionales sobre derechos humanos que han sido ratificados por Chile y la comunidad Internacional. Tales disposiciones internacionales establecen un estatuto legal mínimo para la protección de los derechos de todas las personas. Al Estado de Chile, sólo lo corresponde consagrar en su ordenamiento jurídico interno dichos derechos que le pertenecen a los seres humanos, tan sólo por el hecho de serlo. (Iguales, 2016)

El artículo 1º inciso primero de la Carta Fundamental de 1980 consagra el principio de igualdad ante la ley al expresar: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.” Por su parte, el artículo 19 N°2 del mismo cuerpo legal establece la garantía de igualdad ante la ley al señalar: “2º.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiado. En Chile no hay esclavos y que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.”

En el mismo sentido, el artículo 5º inciso segundo de la Constitución Política de 1980 expresa: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. O sea, por medio de lo dispuesto en este artículo, es aplicable lo prescrito por los tratados internacionales ratificados por Chile, y que se encuentren actualmente vigentes. Dicho de otro modo, los tratados internacionales tendrían rango constitucional, respecto de los derechos y obligaciones establecidos en ellos, que hayan sido ratificados por Chile, en toda su amplitud; es decir, comprende el catálogo de los derechos que consagra, junto a la jurisprudencia sobre la materia, las obligaciones generales, las normas de resolución de conflictos, de manera tal, que se haga efectivo el pleno goce y ejercicio de los mismos.

El derecho de igualdad ante la ley también se consagra en la Convención Americana de Derechos Humanos, en los artículos 1.1 y 24 que señalan respectivamente: Artículo 1ºNº1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social; Artículo 24: Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 3º y 26 establecen respectivamente que: Artículo 3º: Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los

derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto; Artículo 26: Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En definitiva, tanto en nuestro ordenamiento jurídico interno como en los tratados internacionales ratificados por nuestro país, se encuentra ampliamente reconocido y protegido el derecho de igualdad ante la ley.

Todas estas normas jurídicas nacionales e internacionales siguen el Principio Pro Persona, principio esencial que proviene de la categoría de los derechos humanos, que otorgan a toda persona que tenga la condición de tal con el fin de alcanzar su pleno desarrollo elemental en la sociedad. Por tanto, este principio debe ser reconocido por todas las personas sin distinción de ninguna naturaleza, de igual o distinto sexo, con la finalidad última de que se les garantice a todas ellas, el máximo grado de protección de sus derechos en igualdad de condiciones.

2.3.- Siguiendo con el análisis del Principio de la igualdad y la No Discriminación, la Corte Interamericana de Derechos de Humanos ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. Los estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que, en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico de orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico. (Derechos Humanos, 2017)

En el mismo sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que en el ámbito del derecho privado, estas personas típicamente sufren de discriminación en la forma de estigma social, exclusión y prejuicios que permean en el ámbito laboral, comunitario, educativo, y en las instituciones de salud. Generalmente, la estigmatización se aplica “al amparo de la cultura, la religión, y la tradición”. No obstante, las interpretaciones en que se basan esas prácticas “no son ni inmutables ni homogéneas”, y a juicio de esta Corte, es obligación de los Estados erradicarlas cultivando un sentido de empatía por la orientación sexual y la identidad de género como parte inherente de toda persona lo cual “invita a reevaluar el contenido educativo y los libros de texto, así como a elaborar herramientas y metodologías pedagógicas, para promover una mentalidad abierta y el respeto de la diversidad biológica de los seres humanos. (Derechos Humanos, 2017)

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido discriminación como “toda distinción, exclusión, restricción, o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento, o cualquier otra condición social, y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas. (Derechos Humanos, 2017)

Sin embargo, si analizamos nuestro ordenamiento jurídico interno, nos encontramos con que el artículo 102 del Código Civil chileno define el matrimonio, como un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer, se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente. Tal como lo expresamos en el Capítulo I de este trabajo, uno de los requisitos de existencia del matrimonio civil en Chile, es la diferencia de sexo entre los contrayentes. A raíz de tal requisito, las personas del mismo sexo, no pueden contraer válidamente matrimonio en nuestra legislación nacional. Lo mismo sucede respecto de aquellos matrimonios celebrados entre personas del mismo sexo en el extranjero, y que, con posterioridad, sus contrayentes quisieren inscribirlo en Chile. Tal matrimonio no

produce efectos civiles en Chile, dado los requisitos que exige el artículo 102 del Código Civil chileno, e incluso el Oficial del Registro Civil competente, no procederá a la inscripción del mismo, si se le requiriere.

No olvidemos que la definición de matrimonio que consagra el artículo 102 del Código Civil corresponde muy cercanamente a la idea católica del matrimonio -con la lógica exclusión de su carácter sacramental- lo que resulta natural si se recuerda que a la época de dictación de nuestro Código Civil (Año 1855), el matrimonio estaba entregado y siguió estándolo, a la tuición de la Iglesia Católica. (Velasco Letelier, 2016, pág. 194)

Pablo Marshall califica el argumento conceptual conforme al cual el matrimonio entre personas del mismo sexo no puede ser permitido, dado que el matrimonio es por definición la unión entre un hombre y una mujer, como un argumento irrazonable, que tiene una variante esencialista y una variante histórica. En la variante esencialista, sus partidarios sostienen que el matrimonio es esencialmente una unión entre dos personas de diferente sexo. Para justificar esta afirmación, la variante esencialista ofrece, normalmente un criterio funcional: solo mediante la unión entre un hombre y una mujer puede llegarse a la procreación. Los problemas de este criterio son numerosos: por un lado, implica asumir una visión teleológica de la función sexual y considerar que hay un orden normativo inherente a la constitución biológica de las personas. Por otro lado, se desentiende de la existencia de numerosas parejas heterosexuales que deciden no procrear o se ven imposibilitadas de hacerlo, sin que por esa razón le sea negada la posibilidad de contraer matrimonio. Y para la variante histórica del argumento conceptual, sus partidarios expresan que el matrimonio debe ser entre un hombre y una mujer, porque siempre ha sido así. Obviamente, este no es un argumento que pueda sostener la conclusión que defiende: muchas cosas terribles como la esclavitud o el apartheid fueron practicas aceptadas y obedecidas por largo tiempo. Ello no impidió que en algún punto de la historia las comunidades que las implementaron las abandonaran, porque entendieron que se trataba de prácticas aberrantes y dañinas. (Marshall, Matrimonio entre personas del mismo sexo: Una aproximación desde la política del reconocimiento, 2018, pág. 209)

Por tanto, debemos afirmar que el artículo 102 del Código Civil chileno infringe los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación consagrados en el artículo 1º de nuestra Carta Fundamental de 1980. Puesto que se les impide a las parejas del mismo sexo el ejercicio de ciertas garantías para hacer efectivo su derecho a la protección jurídica de la familia contemplado en el artículo 1º de la Constitución Política de 1980, y en los tratados internacionales sobre Derechos Humanos vigentes en Chile. (Iguales, 2016)

En consecuencia, no cabe más que adecuar nuestra legislación nacional matrimonial a los tiempos modernos, e instaurar el matrimonio igualitario. De esta manera, creamos una armonía en nuestro ordenamiento jurídico nacional.

Por otra parte, la protección jurídica a la familia también se encuentra establecida en varias disposiciones legales contenidas en Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, a saber: a) Artículo 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; b) Artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; c) Artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y d) Artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, todos ratificados por Chile. En ninguno de estos artículos se establece distinción alguna en cuanto a qué tipo de familia se está protegiendo. (Iguales, 2016)

Se debe interpretar el concepto de familia, tanto en nuestro ordenamiento jurídico nacional como en el Internacional, de la manera más extensa posible, tomando como base los principios de igualdad y no discriminación que rigen en nuestro país y en la comunidad internacional como un todo. Si analizamos el contenido de los artículos que forman parte de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos que hacemos mención en el párrafo anterior, ninguno de ellos establece que el matrimonio deba contraerse por un hombre y una mujer entre sí, sino que simplemente reconoce el derecho tanto de hombres como de mujeres a casarse y formar una familia. O sea, que dichos preceptos en su sentido literal, nos permiten concluir por la vía de la interpretación jurídica, que el derecho a contraer matrimonio no está limitado a parejas heterosexuales. (Iguales, 2016)

A mayor abundamiento, nuestra Carta Fundamental de 1980 establece un mandato amplio de protección a la familia en su artículo 1º, incisos 2º y 5º: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.” Con respecto a estas normas constitucionales, el Tribunal Constitucional en los considerandos N°15 y N°16 del voto particular concurrente a la sentencia de 3 de noviembre de 2011 ROL 1881-2010 del Tribunal Constitucional, de los Ministros señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino, establece: “Nº 15. (...) Ninguno de los dos preceptos se refiere a un solo tipo de familia de contornos bien determinados. No se establece una suerte de discriminación entre la familia fundada en un matrimonio legalmente celebrado y las diversas formas de familias de hecho. La Constitución protege todos los tipos de familia; Nº 16. Que lo mismo se concluye al analizar el artículo 19 N°4º de la Constitución, que consagra el derecho al respeto a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia. La protección de este derecho no está supeditada a la celebración legal de un matrimonio. Un criterio de tal naturaleza vulneraría la esencia del derecho al establecer un requisito que privaría de un derecho fundamental a una parte de la población. La honra familiar que se protege es amplia y sin fronteras.” (Iguales, 2016)

En consecuencia, la discriminación contra algunas personas por orientación sexual no está permitida conforme a la jurisprudencia internacional, como es el caso de la sentencia en el caso *Atala vs. Chile*, en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos específicamente señaló la orientación sexual y la identidad de género como condiciones sobre las cuales no podía fundarse un trato distinto por parte del Estado. En nuestra legislación nacional la Ley N° 20.609 recoge estas ideas al establecer medidas contra la discriminación, al contemplar dentro de las denominadas “categorías sospechosas” la orientación sexual y la identidad de género. (Iguales, 2016)

Como se desprende de lo señalado en los párrafos precedentes, la facultad de contraer matrimonio, es un derecho fundamental para todas las personas, sean de igual o distinto sexo. Y esta afirmación encuentra su fundamento en una interpretación que

puede hacerse de otros preceptos legales, tales como el artículo 1° de la Ley N°19.947 sobre Matrimonio Civil que expresa que: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base primordial de la familia.” Así como de lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley N°19.947 sobre Matrimonio Civil que señala que: “La facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, si se tiene edad para ello...”

En el mismo sentido, en nuestra jurisprudencia nacional, en un fallo sobre un recurso de protección Rol Ingreso 3335-2018, de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, en la redacción del voto disidente de la señora Ministra Silvana Donoso, Considerando 17° se expresa: “Que, sin embargo, en la actualidad, se ha producido una discriminación arbitraria y sin correlato con las normas internas, tampoco internacionales, desde que, aún con la existencia del AUC, no se ha propendido a un trato igualitario a las diversas familias, manteniéndose una posición hegemónica aquella compuesta por un hombre y una mujer, atentándose, de este modo, contra el artículo 1° de la Constitución Política de la República, puesto que si las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, resulta ininteligible el sustento normativo para mantener situaciones fácticas de desigualdad, vulnerando de este modo lo dispuesto en el artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República en tanto asegura “La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona, ni grupo privilegiados”.” (Sentencia, 2018)

2.4.- Con respecto al Derecho a la Identidad, la Convención sobre los Derechos del Niño, establece en su artículo 8, la obligación de los Estados de preservar la identidad de todo niño, niña y adolescente, lo cual comprende no sólo tener derecho a un nombre y nacionalidad, sino también a las relaciones familiares. Actualmente en Chile, las parejas homosexuales no cuentan con ningún mecanismo legal que reconozca, proteja y regule la relación de filiación que puedan tener con los hijos. En otras palabras, en Chile no existe comaternidad y copaternidad, y en este sentido, se está negando a un niño o niña, que nacen y/o crecen con dos madres o dos padres, su derecho a establecer relaciones familiares con ellos y con su familia extensa, y a que dicha relación esté amparada por el

ordenamiento jurídico, cometiéndose así otra violación a los derechos humanos, tanto de los padres y madres, como de sus hijos. (Iguales, 2016)

Es por ello, que urge, que pronto se incorpore el matrimonio igualitario en nuestra legislación. De esta manera, nuestra legislación nacional dejará de violar el derecho humano a la identidad, de todo niño, niña y adolescente consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 8.

2.5.- En cuanto a la vida privada, tanto nuestra Carta Fundamental de 1980 como los Tratados Internacionales reconocen la vida privada como derecho fundamental de todas las personas. Así el artículo 19 N°4 de la Constitución Política de la República de Chile de 1980, contempla el derecho a la vida privada, y expresa que la Constitución asegura a todas las personas: N°4 “El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia y, asimismo, la protección de sus datos personales. El tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley”. En el mismo sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 11 N°2 regula el derecho a la vida privada, señalando que: N°11: “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”.

Por lo que, ni al Estado ni a ninguna persona debiera importarle con quien se forme una familia, ya que esta decisión corresponde a la vida privada de cada persona. Lo que sí debe preocupar al Estado es que efectivamente se forme una familia, sea cual sea ésta, y preocuparse de otorgarle reconocimiento y protección de manera igualitaria. (Iguales, 2016)

El derecho a la vida privada, entonces, debe complementarse necesariamente con la protección a la familia, puesto que sin un Estado cualquiera impide que las parejas del mismo sexo no puedan contraer matrimonio, tal negativa en sí, constituye una injerencia arbitraria en la vida privada de tales personas, toda vez que influirá en su planificación familiar, desarrollo personal, y en definitiva afectará su honra. El Estado estará dando un tratamiento diferenciado y discriminatorio que, de ser validado, implicaría reconocer dos tipos de personas, las que sí pueden contraer matrimonio y las que no, lo que para las parejas del mismo sexo constituye un atentado a su dignidad y vida personal.

Por otra parte, el artículo 1 inciso cuarto de nuestra Constitución Política de 1980 establece que: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”. Conforme a esta norma, cabe preguntarse, si la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, cómo puede una persona con una orientación sexual distinta alcanzar su máxima realización espiritual y material si ni siquiera les es reconocido en nuestro ordenamiento su derecho humano a casarse y formar una familia, a que ésta tenga protección y efectos legales, y a que los hijos de estas parejas sean legalmente reconocidos como hijos de ellos. (Iguales, 2016)

Se puede evidenciar, asimismo, que las consecuencias de esta nueva regulación y cambio de paradigma, viene dado por los límites jurídicos impuestos por los derechos fundamentales en protección de las minorías, por cuanto, una sociedad democrática - caracterizada por el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura- supone el reconocimiento de una familia democrática y pluralista, y en consecuencia una reconsideración de la institución familiar. (Esborraz, El concepto constitucional de familia en América Latina. Tendencias y proyecciones, 2015, págs. 36-37)

3.- Principales argumentos en contra y a favor del matrimonio igualitario:

3.1.- La discusión central en torno a la familia homoparental, tiene como eje principal al matrimonio, y en especial, a la posibilidad de que personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio, tener y criar a sus propios hijos.

3.2.- Los opositores a la regulación y reconocimiento de la familia homoparental y a la institución del matrimonio igualitario, se sustentan tanto en argumentos jurídicos, como también, en fundamentos sociales, psicológicos y biológicos, que carecen de sentido, y cuyos postulados principales se centran en que este tipo de uniones, afectarían principalmente a sus hijos, en cuanto a su desarrollo psicológico y a su libre personalidad.

A mayor abundamiento, concluyen que, si el matrimonio igualitario no se encuentra regulado en Chile, las personas del mismo sexo, no pueden contraer matrimonio conforme a las normas de la Ley N°19.947 sobre Matrimonio Civil, invocando para ello preceptos supra legales contenidos en Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Chile, y que se encuentran vigentes.

3.3.- Algunos detractores del matrimonio entre personas del mismo sexo fundan sus ideas en una serie de argumentos que tiene por objeto quitarle legitimidad a esta institución, entre los cuales destacan: a) Que tales uniones son inmorales, contra la naturaleza o contra la palabra de Dios; b) Deben agregarse todos aquellos argumentos que se derivan de la devaluación de la diversidad sexual; y c) El argumento conceptual que sostiene que el matrimonio entre personas del mismo sexo, no puede ser permitido dado que el matrimonio es, por definición, la unión entre un hombre y una mujer. Sin embargo, Pablo Marshall califica todos estos argumentos de irrazonables. (Marshall, Matrimonio entre personas del mismo sexo: Una aproximación desde la política del reconocimiento, 2018, págs. 209-210)

Sin embargo, los valores y principios constitucionales, que ya fueron objeto de análisis, derriban por completo los argumentos de los grupos opositores.

3.4.- Por su parte, para aquel grupo de personas que está a favor de la institución del matrimonio igualitario, expresan: *“la psicología y sociología argumentan que no hay diferencia entre los hogares heteroparentales y los hogares homoparentales en cuanto al cumplimiento de las funciones psicosociales resumidas en la noción de crianza, entonces el deber de protección de la familia que constitucionalmente recae sobre los hombros del Estado exige una política activa de revalidación y reconocimiento de los hogares homoparentales.”* (Muñoz León, El núcleo fundamental de la sociedad: Los argumentos contra la crianza homoparental en los casos Atala y Peralta, 2013, págs. 8-9)

En efecto, y tal como señala el autor Pablo Marshall: *“Demandar un trato desigual para quienes tienen una orientación sexual diferente a la mayorista y dominante, sin ofrecer más argumentos, que el de dichas preferencias no son legítimas o son intrínsecamente perversas, no califica como una razón que pueda ser considerada en*

discusión pública, más que para ser descartada por estar fundada en una concepción intolerante acerca del cómo el mundo se configura.” (Marshall, Matrimonio entre personas del mismo sexo: Una aproximación desde la política del reconocimiento, 2018, pág. 209)

Es importante destacar, que los tribunales chilenos han servido como foro para la reclamación de un derecho constitucional al matrimonio entre personas del mismo sexo, la que ahora ha sido derivada al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Así los casos emblemáticos de Chile en esta materia, giran en torno a parejas que han debido luchar judicialmente por la posibilidad de criar a sus hijos y acceder a la institución del matrimonio.

El caso Atala adquirió un lamentable estatus paradigmático en la jurisprudencia nacional por su capacidad de reflejar la manera en que los prejuicios distorsionan la aplicación de las normas a casos concretos. La debilidad argumental de Atala transforma a esta sentencia en un caso que evidencia como la ignorancia y el prejuicio desplazan los valores jurídicos ya mencionados. (Muñoz León, El núcleo fundamental de la sociedad: Los argumentos contra la crianza homoparental en los casos Atala y Peralta, 2013, pág. 27)

Hasta el año 2015, la familia reconocida jurídicamente en Chile era la familia matrimonial, socialmente y políticamente. Todo otro tipo de familia no tenía valoración jurídica. Sin embargo, luego de la promulgación de la Ley N° 20.830, que crea el acuerdo de unión civil, se produce un cambio en nuestro país, lo cual, es considerado un avance en la materia que nos ocupa.

Una de las consecuencias de esta nueva regulación y cambio de paradigma, viene dada por los límites jurídicos impuestos por los derechos fundamentales en protección de las minorías, por cuanto, una sociedad democrática -caracterizada por el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura- supone el reconocimiento de una familia democrática y pluralista, y en consecuencia una reconsideración de la institución familiar. (Esborraz, El concepto constitucional de familia en América Latina. Tendencias y proyecciones, 2015, pág. 26)

Sobre el particular, son varios los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos que reconocen la protección de la familia, sin distinción de clases, por parte de la sociedad y del Estado.

Respecto de esta materia, es importante también destacar, que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas al interpretar el artículo 23 del Pacto de Derechos Civiles Políticos de 1966, exige que se incluya dentro del concepto de familia, no solo a aquellas organizada con base en el matrimonio, sino también a las conformadas por una pareja no casada e incluso a las familias monoparentales. (Esborraz, El concepto constitucional de familia en América Latina. Tendencias y proyecciones, 2015, pág. 32)

En consecuencia, conforme a lo expuesto en los párrafos precedentes, podemos inferir que, si bien el matrimonio igualitario no se encuentra regulado en Chile, las personas del mismo sexo, igual podrían contraerlo, pero no conforme a las normas del Código Civil chileno y de la Ley N°19.947 sobre Matrimonio Civil, sino invocando para ello preceptos supra legales contenidos en Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Chile, y que se encuentran vigentes.

Por ello, se hace necesario legislar sobre esta materia, para eliminar la contradicción existente entre las normas jurídicas nacionales del Código Civil chileno y de la Ley N°19.947 sobre Matrimonio Civil y las supralegales contenidas en Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Chile, y que se encuentran vigentes, a las cuales ya se ha hecho referencia en los párrafos precedentes.

3.5.- Claramente en nuestro país, hoy en día, no existe una igualdad entre las personas que han elegido formar una familia sujeta a la Ley de Matrimonio Civil N°19.947, que aquellos que han elegido formar una familia homoparental que solo tiene como legislación aplicable la Ley N°20.830. Por cuanto, las personas del mismo sexo no pueden contraer matrimonio civil y tampoco pueden adoptar, pues la Ley N°19.620, sólo permite que adopten matrimonios y personas solteras, divorciadas o viudas.

En razón de lo anterior, la Ley N°20.830, resulta ser insuficiente para cubrir los requerimientos y derechos de las minorías sexuales. Y, en consecuencia, se vuelve vital e indispensable que se incorpore a nuestra legislación nacional el matrimonio igualitario

tanto para personas del mismo sexo, como para las personas de distinto sexo, con idénticos efectos civiles y patrimoniales para ambos grupos de personas, a objeto de terminar con una discriminación basada en la orientación sexual de las personas.

CAPÍTULO III: LAS PROYECCIONES DE UNA REGULACIÓN NACIONAL:

En este último capítulo, nos corresponderá analizar en primer término el reconocimiento del matrimonio homoparental en Chile; esto es, si se encuentra regulado en nuestra legislación nacional; y en caso negativo, si existe algún proyecto de ley que se encuentre pendiente de tramitación en nuestro Congreso Nacional. Haremos mención igualmente, al rol que han tenido algunas organizaciones no gubernamentales en Chile sobre este tema, en su lucha con los gobiernos de turno de nuestro país por sus derechos civiles, con el fin último que puedan acceder a contraer matrimonio civil, con iguales efectos civiles y patrimoniales, que el que actualmente se les reconoce a las personas de distinto sexo en el Código Civil, y en la Ley N°19.947 sobre Matrimonio Civil. Y finalizaremos, haciendo mención a la importancia que tiene para nuestro país, contar prontamente con esta institución en nuestro ordenamiento jurídico.

En segundo término, nos referiremos al proyecto de ley de matrimonio igualitario en Chile, para lo cual analizaremos su contenido, y las modificaciones legales que propone tanto en materia de filiación, como de adopción y técnicas de reproducción asistida.

En último término, expondremos sobre el matrimonio igualitario en el Derecho Comparado; así como, la evolución que ha tenido este último tanto en Latinoamérica, como el resto del mundo.

1.- Reconocimiento del matrimonio homoparental en Chile.

1.1.- El matrimonio se define en el artículo 102 del Código Civil, al siguiente tenor: “Es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente”.

Entre sus características tenemos de que el matrimonio es un contrato; es un contrato solemne; entre un hombre y una mujer; la unión debe ser actual; y es indisoluble, por regla general, mientras dure el matrimonio. (UNIACC, 2018)

Tal como ya señalamos, en nuestra legislación nacional vigente hoy en día, las personas del mismo sexo no pueden contraer matrimonio, puesto que uno de los requisitos de existencia del matrimonio, es la diferencia de sexo que debe existir entre los contrayentes.

Esta exigencia de la diferencia de sexo de los contrayentes, se hace extensiva, y se aplica a aquellos matrimonios celebrados en el extranjero, para que puedan tener valor en Chile, en el evento de que sus contrayentes quisieren inscribirlo en Chile, en el Registro Civil de la sección de la primera comuna de Santiago, Recoleta, tal como lo exige el artículo 135 del Código Civil.

En consecuencia, debemos concluir que aún en nuestra legislación nacional, no se ha regulado el matrimonio homoparental.

Al respecto, Pablo Marshall señala que: *“El matrimonio tiene numerosos efectos sociales, económicos y legales que afectan positivamente a las personas que lo contraen. Por ejemplo, el matrimonio permite a los cónyuges tomar importantes decisiones cuando el otro está incapacitado de tomar dichas decisiones, habilitar a un cónyuge para emigrar a un país...una serie de beneficios públicos, laborales...”* (Marshall, 2018, pág. 209)

Sin embargo, y tal como ya se hemos señalado, las personas del mismo sexo no pueden acceder a la institución del matrimonio.

Las grandes trabas al matrimonio entre personas del mismo sexo, viene dada por una discriminación de tipo estructural, en razón de su orientación sexual. Lo cual ha derivado en una violación sistemática y reiterada de sus derechos fundamentales.

Es por ello que, las parejas del mismo sexo, a través de organizaciones no gubernamentales, continúan luchando con los gobiernos de turno de nuestro país por sus derechos civiles, con el fin último que puedan acceder a contraer matrimonio civil, con iguales efectos civiles y patrimoniales, que el que actualmente se les reconoce a las personas de distinto sexo en el Código Civil, y en la Ley N°19.947 sobre Matrimonio Civil.

Esta demanda por la regulación de las parejas del mismo sexo que han defendido las minorías sexuales más importantes en Chile, desde hace un tiempo a la fecha, en palabras del profesor Pablo Marshall, siempre se han fundado en una perspectiva igualitaria, y en una política de reconocimiento afirmativa, que el matrimonio igualitario les otorgaría, en contraposición a la política de reconocimiento de la diferencia que requiere evitar una asimilación y normalización de las minorías sexuales en un sistema de regulación familiar que por costumbre ha sido considerado excluyente y opresivo por las minorías sexuales, abriéndose a la posibilidad de pensar en otras formas para abordar la falta de reconocimiento que afecta a aquellas minorías sexuales. (Esborraz, 2015, págs. 214-220)

1.2.- La pelea que han protagonizado estas organizaciones no gubernamentales que defienden los derechos de las minorías sexuales con los gobiernos de turno de Chile, a través de los años, por el reconocimiento de sus derechos civiles, a través de una política de reconocimiento afirmativa, no ha sido en vano, puesto que en la actualidad el Estado de Chile está obligado internacionalmente a legislar sobre el Matrimonio igualitario.

En efecto, el día 15 de Mayo de 2012, el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual, junto con los señores César Peralta Wetzel, Han Arias Montero, Víctor Arce García, José Miguel Lillo, Stephane Abran y Jorge Monardes Godoy, en adelante “los peticionarios”, presentaron una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, señalando que el Estado Chileno habría vulnerado la Convención Americana sobre Derechos Humanos en sus artículos 1.1, 2, 12, 17 y 24. La violación consistía, a

juicio de los peticionarios, en la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo y la imposibilidad de éstas para acceder a un procedimiento de adopción en la ley chilena vigente. (Tapia Rodríguez, 2018, pág. 524)

Es por ello, que nuestro país con el objeto de evitar que este asunto fuere sometido al conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se obligó a legislar sobre el reconocimiento del matrimonio igualitario y de derechos para las familias homoparentales, al suscribir el Acuerdo de Solución Amistosa, en el Caso P-946-12, con fecha 11 de Junio de 2016, con miembros de Movilh Chile ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Este ASA envuelve compromisos jurídicos firmes y vinculantes para Chile, puesto que se ampara en un Tratado Internacional sobre Derechos Humanos ratificado por Chile y vigente, Convención Americana de Derechos Humanos, como por envolver un reconocimiento unilateral del Estado sobre violaciones de los derechos humanos de la comunidad gay y lesbianas. (Tapia Rodríguez, 2018, págs. 524-525)

Tal Acuerdo de Solución Amistosa para legislar sobre el reconocimiento del matrimonio igualitario y de derechos para las familias homoparentales, suscrito por Chile y miembros de Movilh Chile ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, constituye un avance histórico en nuestra sociedad chilena; y a la vez, un compromiso adquirido por nuestro país, puesto que constituye, una obligación internacional que debe ser cumplida en el más breve plazo posible.

1.3.- Con respecto al cumplimiento de los compromisos jurídicos asumidos por Chile en el Acuerdo de Solución Amistosa suscrito con miembros de Movilh Chile ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con fecha 11 de Junio de 2016, debemos expresar que tales compromisos jurídicos se deben llevar a cabo mediante reformas legislativas relativas al matrimonio igualitario, y derechos para las familias homoparentales, entre las cuales destacan: a) Proyecto de Ley de Matrimonio Igualitario; b) Reforma a la Ley Nº19.620 sobre Adopción que permita a las personas del mismo sexo, casadas o solteras, adoptar niños, niñas y adolescentes; y c) Reformas a la Ley Nº20.830 sobre Acuerdo de Unión Civil, que posibilite que las parejas que lo hayan suscrito, puedan ser consideradas como parejas susceptibles de poder adoptar; y además para que el

conviviente civil que cría al niño pueda ser considerado su padre o madre en los mismo términos que el otro conviviente. (Tapia Rodríguez, 2018, págs. 525-527)

Todas estas reformas legales causarán un impacto enorme en el sistema jurídico familiar chileno, que necesariamente traerán aparejada inclusión, igualdad y reconocimiento para las parejas homosexuales.

1.4.- Resulta de suma importancia, que en nuestro derecho interno se regule en el menor tiempo posible la institución del matrimonio igualitario. No solo porque debemos cumplir con una obligación internacional que asumimos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Si no, porque debemos poner fin a una discriminación arbitraria por razones de orientación sexual, que hoy en día afecta a las parejas del mismo sexo en Chile, que no pueden acceder a la institución del matrimonio.

De esa manera, también estaremos adecuando nuestra legislación nacional a los tiempos modernos de hoy, y haciendo cumplir los principios de igualdad y no discriminación en materia matrimonial, haciendo desaparecer de nuestro ordenamiento jurídico interno una infracción a los derechos humanos de las parejas del mismo sexo, fundada en razones de orientación sexual, y nos ajustaremos como nación a los estándares internacionales de otros países del mundo que ya cuenta con una regulación interna sobre la materia.

2.- Proyecto de Ley de Matrimonio Igualitario en Chile.

2.1.- Que hoy en día, tal como ya expresamos, las parejas del mismo sexo no puedan contraer matrimonio civil, constituye una discriminación en razón de la orientación sexual de estas personas, y una violación a sus derechos humanos, a disfrutar de una vida familiar.

Sin embargo, las parejas del mismo sexo y las de diferente sexo se encuentran en un plano de igualdad en dignidad y derechos, por lo que no se justifica que las primeras no puedan contraer matrimonio civil. El principio de igualdad y dignidad que las ampara fluye de lo dispuesto en el artículo 1 inciso segundo y cuarto de la Constitución Política

de 1980; y de los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

Es por esto que, que en la actualidad existe un proyecto de Ley sobre Matrimonio Igualitario presentado con fecha 5 de Septiembre de 2017 por el Gobierno de la Presidente Michelle Bachelet al Senado.

Con este proyecto de Ley sobre Matrimonio Igualitario, Chile ha comenzado a dar cumplimiento a sus compromisos jurídicos asumidos en el Acuerdo de Solución Amistosa suscrito con miembros de Movilh Chile con fecha 11 de Junio de 2016, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tal como ya lo explicitamos en el subapartado 1.1 anterior.

Tal iniciativa del ejecutivo para legislar sobre el tema, permitirá terminar con una discriminación que actualmente existe para las parejas del mismo sexo que no pueden contraer matrimonio civil, las cuales no tiene reconocimiento legal como familia, no cuentan con protección legal como las parejas heterosexuales, y se encuentran excluidas en razón de la orientación sexual de sus integrantes. Asimismo, tendrá por objeto adecuar nuestra legislación nacional en materia de Familia, a nuestra Constitución Política de 1980, artículos 1 inciso segundo y quinto, y a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, y obligará al legislador nacional a adecuar un sinnúmero de cuerpos normativos sobre la materia, sin dejar de lado el esfuerzo que deberán desplegar varias instituciones públicas y privadas para poner en un plano de igualdad los derechos y deberes que corresponderán tanto a los matrimonios de personas de distinto sexo, como a los matrimonios de personas de igual sexo.

2.2.- El proyecto de Ley sobre Matrimonio Igualitario consta de 10 artículos permanentes y 2 artículos transitorios. Modifica el Código Civil, la Ley N°19.947 sobre matrimonio civil, el Código del Trabajo, la Ley N°14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, la Ley N°20.830 sobre Acuerdo de Unión Civil, la ley N°4.808 sobre Registro Civil, la Ley N°19.620 sobre Adopción de menores de edad, la Ley N°16.744 sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, el Decreto con Fuerza de Ley

N°150 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social de 1982, y una serie de normativas que buscan adaptar la legislación nacional, a las disposiciones que permitirán el matrimonio de personas del mismo sexo. Con respecto a los 2 artículos transitorios, el primero de ellos establece que las parejas del mismo sexo podrán acceder al régimen patrimonial de sociedad conyugal, una vez efectuadas las adecuaciones a este régimen de bienes, y el segundo de ellos contiene un periodo de vacancia de esta ley.

El mensaje del proyecto de Ley sobre Matrimonio Igualitario reconoce que la normativa actual que regula el matrimonio civil ignora que esa unión pueda darse entre diversas personas, y condena a las personas homosexuales a un trato desigual, donde el Estado les enseña que ese amor y ese compromiso no son iguales al de las parejas heterosexuales. Igualmente, señala que el proyecto de Ley sobre Matrimonio Igualitario, busca reconocer la familia en su amplia diversidad, sin discriminaciones, propendiendo a su protección y fortalecimiento. Se busca terminar con la discriminación estructural que sufren las familias formadas por parejas del mismo sexo; y, por otra parte, se busca dar a las parejas del mismo sexo un acceso igualitario al estatuto del matrimonio civil, reconocimiento en materia filiativa a las familias homoparentales; y también, regular los regímenes patrimoniales que norman las relaciones económicas de las parejas del mismo sexo entre sí, y para con terceros.¹⁴

2.3.- En cuanto al contenido del proyecto de Ley sobre Matrimonio Igualitario, podemos expresar lo siguiente:

a) En primer lugar, modifica el derecho sustantivo de familia referido al matrimonio y la filiación contenidos en el Código Civil, Ley de Matrimonio Civil, Ley de Adopción, Ley de Menores, Ley de Pensiones de Alimentos, y Ley de Tribunales de Familia, con el objeto de incorporar de forma sistemática y completa la figura del matrimonio igualitario;

b) En segundo lugar, este proyecto de Ley, no solo regula la relación jurídica de las parejas del mismo sexo, sino que también aborda expresamente y de forma íntegra la

¹⁴Santiago, 05.09.17, Mensaje de su Excelencia la Presidenta de la República con la que da inicio a un Proyecto de Ley que modifica diversos cuerpos legales, para regular en igualdad de condiciones el matrimonio de las parejas del mismo sexo (11.422-07), N°130-365 recuperado de <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=11934&prmBoletin=11422-07>

situación de la filiación, lo cual no ocurre en la actual Ley de Acuerdo de Unión Civil. Da la posibilidad de que los contrayentes de matrimonio puedan acceder a la paternidad y/o maternidad en igualdad de condiciones, incluyendo la adopción;

c) En tercer lugar, este proyecto de Ley modifica la definición de matrimonio, establecido en el artículo 102 del Código Civil, conforme al cual el matrimonio es un contrato entre un hombre y una mujer, y opta por hacer referencia, simplemente, a la noción de persona; o sea, propone un cambio en la terminología usada por el Código Civil y leyes complementarias, consistente en reemplazar las expresiones “marido” y “mujer” por “cónyuge” o “cónyuges”. En lo que respecta a la filiación, incorpora el concepto de “progenitores”, “progenitor” o “progenitora”, en reemplazo de “padre”, “padre” o “madre”. En el mismo sentido, propone cambiar las expresiones “paternidad” y “maternidad” por “filiación”;

d) En cuarto lugar, en lo que dice relación con la filiación por adopción, este proyecto de Ley propone aplicar la misma regla a los cónyuges del mismo sexo;

e) En quinto lugar, en cuanto a los regímenes de bienes, este proyecto de Ley permite a los cónyuges puedan acceder, como mejor les parezca, al régimen patrimonial de separación de bienes o a la participación en los gananciales. Tratándose de la sociedad conyugal, el proyecto de Ley opta por no hacerla extensiva, por ahora, a los matrimonios entre personas del mismo sexo, hasta que no se lleve a cabo la reforma a dicho régimen patrimonial, que se encuentra actualmente en trámite, con el objeto de terminar con las discriminaciones de género que establece. (Tapia Rodríguez, 2018, págs. 526-527)

2.4.- Una de las modificaciones más importantes que dicho proyecto de Reforma acarrea, tal como expresamos en la c) del punto 2.3 anterior, son los cambios que propone introducir a la definición del artículo 102 del Código Civil. Con ello, en definitiva, se busca eliminar la diferencia de sexos entre los contrayentes, que constituye uno de los requisitos esenciales del matrimonio en la actualidad; así como también, busca eliminar uno de los fines principales del matrimonio, esto es, la “procreación”.

El objetivo primordial que se buscan con estas modificaciones, tanto al artículo 102 del Código Civil, como a las demás normas legales pertinentes, es cambiar el lenguaje

de esta institución, y darle un carácter igualitario, superando la distinción sexuada de los contrayentes de la unión matrimonial, reemplazando términos como “el marido” y “la mujer” por el “de cónyuge” y “la cónyuge”. A su turno, atendido a que por vía del matrimonio las parejas del mismo sexo, podrán acceder a los roles parentales, se busca modificar la referencia a los “padres”, utilizándose en su reemplazo la expresión “progenitores”.¹⁵

En ese mismo sentido, concordamos plenamente con lo señalado por algunos autores en comentarios al proyecto de Ley de Matrimonio igualitario, que señalan “La erradicación de las discriminaciones pasa, entre otras cuestiones, por la utilización de un lenguaje neutro en términos de género, que supere los márgenes restrictivos de los roles tradicionales consagrados en las leyes del siglo XIX, como ocurre con esta modificación que propone el proyecto. Sin embargo, es posible detectar que no han sido adecuados más de setenta artículos del Código Civil que no guardarían armonía con estas nuevas denominaciones. Además, será necesario reformar, en el mismo sentido, varias otras leyes como las de Matrimonio Civil, de Tribunales de Familia, de Menores, el Código de Procedimiento Civil, etc. Una adecuada técnica legislativa obliga al legislador a realizar estas adecuaciones formales de forma explícita, y que ellas no queden entregadas a interpretaciones que acarreen incertezas y eventuales conflictos.” (Lathrop Gómez, 2017)

2.5.- A mayor abundamiento, podemos efectuar las siguientes observaciones al proyecto de Ley sobre Matrimonio Igualitario:

a).- En primer término, la iniciativa del Gobierno de Michelle Bachelet al proponer este proyecto de reforma al Congreso Nacional, pretende, en principio, incorporar la figura del matrimonio igualitario de manera sistemática en nuestro ordenamiento jurídico, modificando normas relativas al matrimonio y a la filiación, tanto la biológica como por adopción;

b).- En segundo término, existe una crítica relativa a una ambigüedad que se presenta, de si esta reforma alterará las normas relativas a la filiación no matrimonial, de modo de

¹⁵ Ídem nº14.

permitir la homoparentalidad fuera del matrimonio, particularmente a través de un reconocimiento voluntario, las técnicas de reproducción humana asistidas y la adopción. Esperemos que no haya discriminación sobre este punto, y se permita la homoparentalidad fuera del matrimonio;

c).- En tercer término, con respecto a las técnicas de reproducción humana asistida, existen dudas sobre su aplicación para las parejas del mismo sexo. En el mismo sentido, existen las mismas dudas para la aplicación de la presunción de paternidad o maternidad, y la posesión notaria del estado civil, para las parejas del mismo sexo;

d).- En cuarto término, nos podemos hacer la siguiente pregunta ¿Cómo se regularán los regímenes patrimoniales respecto de las parejas del mismo sexo? Si bien es cierto, que la sociedad conyugal, conforme a su regulación actual, es inaplicable a las parejas del mismo sexo, aun así podemos afirmar que excluir aquel régimen de bienes para las parejas del mismo sexo las privará, en forma arbitraria, del único sistema de comunidad de bienes que existe en nuestro ordenamiento jurídico, lo cual podría generar críticas acerca de su constitucionalidad. (Tapia Rodríguez, 2018, págs. 527-528)

2.6.- Luego de haber explicitado en los párrafos precedentes el contenido del proyecto de Ley sobre Matrimonio Igualitario, nos corresponde a continuación señalar, cuáles serían las antinomias jurídicas que se presentan en nuestro de Derecho de Familia que nos rige actualmente, si se promulga el proyecto de Ley de Matrimonio Igualitario.

Al efecto, debemos partir haciendo referencia a lo que reza el actual artículo 102 del Código Civil, al definir el Matrimonio. Tal disposición legal expresa que el Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer, se unen actual e indisolublemente y para toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.

Resulta importante también, hacer mención a la definición legal que entrega el proyecto de Ley sobre Matrimonio Igualitario, y que modificará el actual artículo 102 del Código Civil. Expresa la norma que el Matrimonio es el contrato celebrado por dos personas que pretenden constituir una familia mediante una plena comunidad de vida, en

los términos y disposiciones de este Código. Luego agrega en su inciso segundo que el matrimonio puede ser contraído por dos personas de distinto o del mismo sexo.

De estas definiciones legales, encontramos una serie de antinomias jurídicas que se contraponen entre sí, y que son dignas de ser mencionadas.

En primer lugar, en lo que dice relación con la diferencia de sexo en el matrimonio que actualmente nos rige; toda vez que el Matrimonio Igualitario que se pretende incorporar al ordenamiento jurídico nacional, elimina este requisito de existencia del matrimonio, quedando tan solo vigentes como requisitos de existencia del Matrimonio Civil, el consentimiento de los contrayentes y la presencia del Oficial del Registro Civil.

En segundo lugar, en lo que dice relación con uno de los fines del matrimonio, la procreación, puesto que la naturaleza humana nos enseña que por regla general un hombre y una mujer que contraen matrimonio engendrarán hijos. Lo que no ocurrirá en el Matrimonio Igualitario de personas del mismo sexo; por naturaleza estas personas no podrán concebir hijos entre ellos.

En tercer lugar, en lo que dice relación con la adopción de niños, niñas y adolescentes. El Matrimonio Civil actual, solo permite adoptar niños, niñas y adolescentes tan solo a los cónyuges, no permitiéndosele a los convivientes de la Ley N°20.830 del año 2015. El matrimonio igualitario permite a las parejas del mismo sexo adoptar niños, niñas y adolescentes, y mantendría la discriminación respecto de los convivientes de la Ley N°20.830 del año 2015.

En cuarto lugar, en lo relativo a los regímenes patrimoniales del Matrimonio. En el Matrimonio actual existen los regímenes patrimoniales de sociedad conyugal, separación total de bienes, régimen de participación en los gananciales, y no debemos dejar de mencionar al patrimonio reservado de la mujer casada en sociedad conyugal, y la institución de los bienes familiares.

Tratándose del matrimonio igualitario, comparto la opinión del profesor Mauricio Tapia Rodríguez, en el sentido de no hacer extensiva por ahora la aplicación del régimen patrimonial de sociedad conyugal a los matrimonios de personas del mismo sexo, tal

como lo expresa el proyecto de Ley, mientras no se lleve a efecto la reforma a dicho régimen, pues adolece de varias discriminaciones de género; el hacerlo supondría avalar y justificar dichas discriminaciones. (Tapia Rodríguez, 2018, pág. 528)

Una vez hechas las reformas legales a la sociedad conyugal, se podrá aplicar aquel régimen a las parejas del mismo sexo, puesto que tal régimen de bienes no puede ser excluido, puesto que se privaría de forma extraordinaria, del único sistema de comunidad existente en Chile. (Tapia Rodríguez, 2018, pág. 528)

En quinto lugar, respecto de la filiación. En el matrimonio actual, todo el sistema de filiación descansa sobre la base del matrimonio celebrado entre personas de distinto sexo.

En el matrimonio igualitario, el proyecto de ley modificará el artículo 34 del Código Civil, eliminando las expresiones “padre”, “madre”, por el de progenitores de una persona. Se trata de erradicar estas discriminaciones, a través del uso de un lenguaje neutro en términos de género.

En sexto lugar, respecto de las técnicas de reproducción humana asistida. En el matrimonio actual, se hace extensiva a las personas de distinto sexo.

En el Matrimonio Igualitario se hará extensiva a las parejas del mismo sexo mujeres, pero no a las parejas del mismo sexo que sean varones. Y aquí se presenta una discriminación, que deberá ser objeto de revisión por parte de los legisladores.

En séptimo lugar, respecto de la presunción de paternidad. En el matrimonio actual se extiende a las parejas de distinto sexo.

En el Matrimonio Igualitario, se llamará presunción de filiación, y se hará extensiva a las parejas del mismo sexo.

En octavo lugar, en materia de reconocimiento tácito de hijos. En el matrimonio actual se extiende a las parejas de distinto sexo.

En el Matrimonio Igualitario, se extenderá a las parejas del mismo sexo.

Y la duda se presenta respecto del reconocimiento espontáneo y expreso, el cual en el matrimonio actual se extiende a las parejas de distinto sexo. En el Matrimonio Igualitario, no queda claro.

2.7.- Por otro lado, y además de los posibles conflictos normativos que se pueden generar con la implementación del Matrimonio Igualitario, existen otras antinomias que pueden presentarse, las cuales son de carácter social, educacional, religioso y psicológico. Como, por ejemplo: qué pasará con los matrimonios religiosos que pueden ser ratificados ante un Oficial de Registro Civil, qué ocurrirá con la enseñanza tradicional en los colegios, tales como aquella basada en la unión de un hombre y una mujer, etc.

En fin, claramente una Ley de Matrimonio Igualitario, traerá una serie de cambios estructurales de distinta índole en nuestro país, los cuales en su mayoría (normativos) deberán ser resueltos por los Tribunales de Justicia mediante una serie de criterios que deberán utilizar en un caso concreto, cuando se encuentren frente a un conflicto jurídico. A su vez todas nuestras instituciones, especialmente aquellas vinculadas al derecho de familia deberán especializarse y capacitarse adecuadamente ante esta nueva realidad.

Señalar que si bien en nuestro país, según una encuesta elaborada por MOVILH Chile, que refiere que el 64% de los chilenos y chilenas apoya el matrimonio entre personas del mismo sexo, y el 45% respalda la adopción homoparental, ello según cifras de la encuesta Cadem, lo cual sigue en aumento; todavía existe en Chile un sector social, político y religioso que se opone fuertemente a su aprobación, quienes harán uso de todos los medios legales que estén a su alcance para evitar que se apruebe el Matrimonio Igualitario. La tarea no será fácil. Pero, creemos y confiamos que al final de las discusiones parlamentarias, este proyecto de Ley de Matrimonio Igualitario, verá la luz y se aprobará.

2.8.- Una reforma de tal magnitud en materia de Matrimonio Igualitario, tal como ya dijimos, obligará a nuestros legisladores a modificar y adecuar un sinnúmero de leyes en materia de Familia, y en otras áreas.

Por ejemplo, en materia de violencia intrafamiliar, será necesaria adecuar el texto legal y establecer quiénes serán sujetos activos y víctimas en materia de violencia física, psicológica y económica.

Lo mismo deberá ocurrir en materia de alimentos, cuidado personal, relación directa y regular, en lo relativo a la compensación económica, y en materia sucesoria.

Merece un comentario especial lo relativo al rol que deberán asumir las instituciones públicas y privadas para garantizar la igualdad y no discriminación en la aplicación de sus normativas internas, a los matrimonios de personas de distinto e igual sexo, tanto en el reconocimiento de derechos, y obligaciones. Por ejemplo, tratándose de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, aquellas deberán adecuar sus normativas internas a objeto de reconocer y garantizar derechos y obligaciones a sus subordinados en el evento que contraigan matrimonio entre uniformados del mismo sexo, o un uniformado y civil del mismo sexo.

En definitiva, una reforma en materia matrimonial que garantice un matrimonio civil igualitario, permitirá a las parejas del mismo sexo, alcanzar el bien común que define el artículo 1 inciso cuarto de la Constitución Política de la República de Chile de 1980. El Estado de Chile contribuirá a crear todas las condiciones que sean necesarias para garantizar el pleno desarrollo de todos sus habitantes, así como cada persona podrá alcanzar el bien común; permitiendo de esa manera que se respete y proteja el derecho a la igualdad y a la no discriminación de todas las personas.

2.9.- Tratándose de reformas a la Ley N°19.620 sobre Adopción que permita a las personas del mismo sexo, casadas o solteras, adoptar niños, niñas y adolescentes; en la actualidad no existe ningún proyecto de ley en el Congreso Nacional que legisle sobre la materia. Sin embargo, se hace necesaria una reforma sobre esta materia, la cual supone que debe ir de la mano con la incorporación del Matrimonio Igualitario a nuestro ordenamiento jurídico. De esta manera, Chile estaría dando cumplimiento a otro de los compromisos jurídicos asumidos en el Acuerdo de Solución Amistosa suscrito con miembros de Movilh Chile ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con fecha 11 de Junio de 2016. (Tapia Rodríguez, 2018, pág. 528)

Para este punto, resulta necesario hacer mención a uno de los principios que informan la filiación adoptiva, tanto a nivel internacional como a nivel nacional; esto es, el Principio de preferencia de la familia matrimonial, por sobre la familia uniparental.

Respecto de este principio, somos de la opinión, que hoy en día, es necesario reformar la prioridad en materia de adopción, e igualar tanto a la familia matrimonial, como a las familias uniparentales, e incluso hacerla extensiva a las uniones civiles de personas del mismo sexo, para que puedan optar en un plano de igualdad para acceder a un proceso de adopción de niñas, niños y adolescentes; esto es necesario atendido a que el concepto de familia en la actualidad, no es el mismo de hace años atrás, ha variado, y se debe reconocer el derecho de las familias homoparentales para acceder a adopción de menores de edad.

2.10.- Ahora bien, no existe hasta la fecha ningún proyecto de ley que incorpore reformas a la Ley N°20.830 sobre Acuerdo de Unión Civil, que permita a las parejas que lo hayan suscrito, ser consideradas como personas susceptibles de poder adoptar; así como tampoco, respecto del conviviente civil que cría al niño para que pueda ser considerado su padre o madre en los mismos términos que el otro conviviente. Sin embargo, debemos señalar que se encuentra aún en elaboración, con la colaboración de algunas organizaciones civiles, a objeto de que Chile pueda cumplir igualmente, con otro de los compromisos jurídicos asumidos en el Acuerdo de Solución Amistosa suscrito con miembros de Movilh Chile ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con fecha 11 de Junio de 2016. (Tapia Rodríguez, 2018, págs. 528-529)

Si Chile cumple este Acuerdo de Solución Amistosa, nuestro ordenamiento jurídico familiar chileno será partícipe de una enorme transformación en inclusión, igualdad, y reconocimiento para las parejas del mismo sexo. (Tapia Rodríguez, 2018, pág. 529)

2.11.- Finalmente, resulta necesario informar el estado de tramitación parlamentaria en que se encuentra actualmente el proyecto de Ley sobre Matrimonio Igualitario. En efecto, el mismo se encuentra aún en la etapa de primer trámite constitucional ante el Senado. Cabe destacar que con fecha 15 de Enero de 2020, por 22 votos a favor, 16 en contra y una abstención, la sala del Senado aprobó la idea de legislar sobre el proyecto de

Matrimonio Igualitario, por lo que ahora esta iniciativa de ley debe discutirse en particular, para lo cual se abrió un plazo para presentar indicaciones, plazo que se fijó primeramente para el 12 de Marzo de 2020, el cual fue prorrogado en dos oportunidades, fijándose como última fecha el día 11 de Mayo de 2020. Debemos informar que con fecha 11 de Mayo de 2020, figura en la página web del Senado el boletín de indicaciones al mencionado proyecto de ley.¹⁶

3.- El matrimonio igualitario en el derecho comparado.

No debemos dejar de hacer mención al derecho comparado, en materia de Matrimonio Igualitario. Puesto que se debe reconocer que otros países de la región y del resto del mundo, han desarrollado aún más su legislación civil en materia de Matrimonio Igualitario para personas de distinto e igual sexo.

Ello ocurre con Colombia y México. Respecto del primero, en varias Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, a partir del año 2007 en adelante, se reconoce a la familia homoparental basado en la omisión legislativa, el déficit de protección, la falta de razonabilidad de las medidas adoptadas bajo el criterio de sexo y género, y la violación de la igualdad y de la dignidad humana, por lo que se fue extendiendo progresivamente el régimen de las uniones convivenciales heterosexuales a las integradas por las personas del mismo sexo. Respecto del segundo, la Suprema Corte de Justicia de México, en una sentencia del año 2010, al rechazar un reclamo de inconstitucionalidad reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo, señalando que con tal reconocimiento no se afectaba el núcleo esencial del matrimonio, ni el de la institucionalidad matrimonial. De manera similar se pronunció el Supremo Tribunal Federal de Brasil en una sentencia del 5 de Mayo de 2011, por la que unánimemente se decidió aplicar la técnica de la interpretación conforme a la Constitución, respecto del artículo 1723 del Código Civil de Brasil de 2002, con el objeto de excluir toda

¹⁶Disponible en https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=11422-07

interpretación que impida el reconocimiento de las uniones de personas del mismo sexo. (Esborraz, 2015, págs. 40-43)

Las mismas razones han conducido a relevantes ordenamientos a la regulación en términos igualitarios de las convivencias y el matrimonio homosexual, como España, Holanda, Canadá, Uruguay, Argentina, México y Estados Unidos. Se trata de una tendencia que se consolida día a día y que, más temprano que tarde, se instalará en Chile. (Hernández Paulsen, 2017, pág. 94)

No debemos olvidar que Holanda fue el primer país en aprobar el Matrimonio Igualitario en el año 2001. Hoy en día, el total de países que cuenta en su ordenamiento jurídico interno con esta institución asciende a la suma de 27, los cuales detallamos a continuación: Holanda (2001), Bélgica (2003), España (2005), Canadá (2005), Sudáfrica (2006), Noruega (2009), Suecia (2009), Portugal (2010), Islandia (2010), Argentina (2010), Dinamarca (2012), Nueva Zelanda (2013), Brasil (2013), Uruguay (2013), Francia (2013), Luxemburgo (2015), Irlanda (2015), Estados Unidos (2015), Colombia (2016), Finlandia (2017), Alemania (2017), Malta (2017), Australia (2017) Austria (2019), República de China (Taiwán, 2019), Ecuador (2019) y Reino Unido (2020).¹⁷

México merece un comentario especial, puesto que el matrimonio entre personas del mismo sexo es legal, tan sólo en 19 estados a nivel estatal, y en algunos estados a nivel municipal. México es el único país del América del Norte en no reconocer las uniones de personas del mismo sexo, a través de la institución del matrimonio, a nivel nacional.¹⁸

¹⁷ Wikipedia, la enciclopedia libre, 25 de mayo de 2020, disponible en: https://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_entre_personas_del_mismosexo

¹⁸ Ídem n°17, disponible en: https://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_entre_personas_del_mismosexo_en_M%C3%A9xico

CONCLUSIONES:

La familia, núcleo fundamental de la sociedad, es una institución que ha evolucionado a través de los siglos, por lo que hoy en día, es deber del Estado de Chile, reconocer y proteger a los distintos tipos de familia que coexisten en la actualidad, sean ellas heterosexuales u homoparentales.

Lo que permite dar fortalecimiento, reconocimiento y protección a una familia, es el matrimonio, unas de las instituciones jurídicas más relevantes en una sociedad civil, que se define en el artículo 102 del Código Civil. Uno de sus requisitos de existencia, es la diferencia de sexo entre los contrayentes, por lo que, en nuestra legislación nacional vigente hoy en día, las personas del mismo sexo no pueden contraer matrimonio.

La circunstancia de que las parejas del mismo sexo no puedan contraer matrimonio civil en Chile, constituye una discriminación en razón de la orientación sexual de estas personas, y una violación a sus derechos humanos a disfrutar de una vida familiar, lo cual es contrario a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos vigentes en Chile, discriminación que necesariamente debe desaparecer, conforme a los principios de igualdad y no discriminación de que son titulares todos los seres humanos. El derecho a contraer matrimonio, es un derecho humano inherente a toda persona.

La familia homoparental forma parte de la realidad actual de nuestro país y del mundo entero. Por consiguiente, las familias homoparentales, al igual que las heteroparentales, deben tener los mismos derechos, pues se encuentran plenamente capacitadas para contraer matrimonio, cuidar y educar a sus hijos, y su orientación sexual no puede ser obstáculo para el pleno desarrollo de sus integrantes.

Las parejas del mismo sexo y las de diferente sexo se encuentran en un plano de igualdad en dignidad y derechos, por lo que no se justifica que las primeras no puedan contraer matrimonio civil. El principio de igualdad y dignidad que las ampara fluye de lo dispuesto en el artículo 1 inciso segundo y cuarto de la Constitución Política de 1980; y de los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

Es por ello, que nuestro país ya comenzó a legislar sobre el reconocimiento del matrimonio igualitario y de derechos para las familias homoparentales, puesto que así se obligó internacionalmente, al suscribir el Acuerdo de Solución Amistosa, en el Caso P-946-12, con fecha 15 de Mayo de 2012, con miembros de Movilh Chile ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con el objeto de poner fin y erradicar una discriminación fundada en la identidad sexual de las personas.

El proyecto de Ley sobre Matrimonio Igualitario fue presentado con fecha 5 de Septiembre de 2017 por el Gobierno de la Presidente Michelle Bachelet al Senado, y se encuentra en la etapa de primer trámite constitucional ante el Congreso Nacional

Es el resultado de una ardua lucha de varias organizaciones no gubernamentales con los gobiernos de turno de Chile, a partir de la década de los años 90, fundada en una perspectiva igualitaria, y en una política de reconocimiento afirmativo sobre el matrimonio igualitario.

La necesidad de regulación del matrimonio igualitario en nuestro ordenamiento jurídico, para las parejas del mismo sexo, se hace indispensable, no solo porque debemos cumplir con una obligación internacional que asumimos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Si no, porque debemos poner fin a una discriminación arbitraria por razones de orientación sexual, que hoy en día afecta a las parejas del mismo sexo en Chile, que no pueden acceder a la institución del matrimonio.

El proyecto de Ley sobre la materia, traerá una serie de cambios sociales, políticos, religiosos, psicológicos y normativos, los cuales en su mayoría (jurídicos) deberán ser resueltos por los Tribunales de Justicia mediante una serie de criterios que deberán utilizar en un caso concreto, cuando se encuentren frente a un conflicto jurídico. A su vez todas nuestras instituciones, especialmente aquellas vinculadas al derecho de familia deberán especializarse y capacitarse adecuadamente a esta nueva realidad.

BIBLIOGRAFIA:

- Angulo Vivanco, L. P., & Carvajal Vivanco, A. K. (2013). Análisis de la evolución del matrimonio a través del tiempo, memoria presentada a la Facultad de Derecho para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile.
- Arancibia Obrador, M. J., & Cornejo Aguilera, P. (2014). El Derecho de familia en Chile. *Revista Ius et Praxis Año 20 N°1*, 279-318.
- Bachelet Jeria, M. S. (5 de Septiembre de 2017). Proyecto de Ley que regula en igualdad de condiciones el matrimonio de las parejas del mismo sexo. *Boletín N°11.422-07*. Santiago.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*. (Septiembre de 2018). Obtenido de Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
- Cienfuegos Illanes, J. (2015). Diversidad familiar y derecho en Chile. *Revista de Estudios Sociales [en línea]*, 52, 159-171.
- Derechos Humanos, C. I. (24 de Noviembre de 2017). *Opinión consultiva OC-24/17 solicitada por la República de Costa Rica, Identidad de Género, e Igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Párr 62*. Costa Rica.
- Esborraz, D. P. (2015). El concepto constitucional de familia en América Latina. Tendencias y proyecciones. *Revista de Derecho Privado N°29*, 15-55.
- Española, R. A. (2001 Volumen N°12). *Diccionario de la Real Academia Española*. Madrid: Epasa.
- Hernández Paulsen, G. (2017). Matrimonio Igualitario. En M. A. (Editores), *Estudios de Derecho Familiar* (págs. 81-97). Talca: Universidad de Talca.
- Hipp T., R. (2006). Orígenes del matrimonio y de la familia modernos. *Revista Austral de Ciencias Sociales N°11*, 59-78.

Igualdes, F. (14 de Diciembre de 2016). *Proyecto de Ley Matrimonio Igualitario Fundación Igualdes*. Obtenido de <http://new.igualdes.cl>: <http://new.igualdes.cl/wp-content/uploads/2014/12/Proyecto-de-ley-Matrimonio-Igualitario-Fundacion-Igualdes.pdf>

Lathrop Gómez, F. -H.-T. (2017). *Comentarios al proyecto de ley de matrimonio igualitario: ¿familia para todos?* Santiago: Thomson Reuters.

Lepin Molina, C. 2014 “Los nuevos principios del Derecho de Familia”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 23, p. 16., citado por Orrego Acuña, Juan Andrés. 2020. La familia y el matrimonio, Apuntes de clases de Derecho Civil, p.63 disponible en <https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/derecho-de-familia/>

Marshall, P. (2018). Matrimonio entre personas del mismo sexo: Una aproximación desde la política del reconocimiento. *Polis*, N°49, 201-230.

Muñoz León, F. (2013). El núcleo fundamental de la sociedad: Los argumentos contra la crianza homoparental en los casos Atala y Peralta. *Ius et Praxis*, Año 19, N°1, 7-34.

Orrego Acuña, J. A. (27 de Enero de 2020). La Familia y el matrimonio. *Apuntes de clases de Derecho Civil*.

Picó Rubio, J. d. (2009). El matrimonio religioso en el régimen jurídico chileno: el sistema matrimonial consagrado por el artículo 20 de la Ley 19.947. *Revista Ius et Praxis Volumen 15 N°2. Talca*, 51-77.

Picó Rubio, J. d. (2011). Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno. *Ius et Praxis Año 17 N°1*, 31-56.

Ríos, L. (10 de Enero de 2018). *Diario Constitucional.cl*. recuperado de <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/matrimonio-igualitario/>

Rossel Saavedra, E. (1994). Manual de Derecho de Familia, 7ª edición actualizada, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, citado por Orrego Acuña, J. A. 2020.

La familia y el matrimonio, Apuntes de clases de Derecho Civil, p.63 disponible en <https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/derecho-de-familia/>

Sentencia, Rol Ingreso N°3335-2018 caratulada "Mayra Opazo Méndez con Servicio de Registro Civil e Identificación (Corte de Apelaciones de Valparaíso 15 de Junio de 2018).

Silva Irrarázabal, L. (2012). La constitucionalidad del artículo 102 del Código Civil ante el Tribunal Constitucional. Análisis crítico del requerimiento de inaplicabilidad fallado en la sentencia Rol N°1.881 de 3 de noviembre de 2011. *Ius et Praxis Año 18 N°1*, 457-482.

Tapia Rodríguez, M. (2018). El reconocimiento del matrimonio igualitario y de derechos para las familias homoparentales. Compromisos jurídicos asumidos por Chile en el Acuerdo de Solución Amistosa. En C. (. Domínguez Hidalgo, *Estudios de Derecho de Familia III* (págs. 521-529). Santiago: Thomson Reuters.

Trufello García, P. (2018) Concepto de familia Aproximación desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Constitución Política y la Legislación Nacional, disponible en: https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio%2F10221%2F25900%2F1%2FInforme_BCN_concepto_familia_vf.pdf

UNIACC, U. (2018). Apuntes de clases, Unidad 1, Video Clase 2, El Matrimonio y sus Requisitos.

Velasco Letelier, E. (2016). De la disolución del matrimonio. En C. López Díaz, *Tratado de Derecho de Familia* (pág. 194). Santiago: Digesto.

Wikipedia, la enciclopedia libre, 25 de mayo de 2020, disponible en: https://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_entre_personas_del_mismosexo