



**UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO**  
**ESCUELA DE DERECHO**



**Tesina de Derecho**

**MATRIMONIO PARA TODOS**

**“Orientación sexual como rasgo irrelevante”**

Marcia Soto Fernández

Carolina Vergara Fuenzalida

Profesora Guía: Alejandra Zuñiga Fajuri

Diciembre, 2013.

## RESUMEN

El matrimonio concebido únicamente como la unión entre un hombre y una mujer, presenta serias dificultades, al colisionar con los principios de igualdad, libertad, dignidad, entre otros, y derechos fundamentales inherentes a la persona humana, todos ellos consagrados en la Constitución y en Tratados Internacionales. Por tanto, el Estado tiene el deber de modificar todo aquello que contraviene dichos principios y derechos, con el objeto de asegurar el cumplimiento de ellos. Se niega a los homosexuales el acceso a la institución matrimonial definida en los términos del Art. 102 de nuestro Código Civil, otorgándole un carácter estático y restringido, conforme a la interpretación originalista que se le ha dado. La orientación sexual no es un rasgo relevante para acceder a dicha institución, al no serlo, no se justifica la exclusión de las parejas homosexuales a una institución considerada indispensable en la sociedad.

### **Palabras Clave:**

Matrimonio igualitario. Principios. Rasgos relevantes. Interpretación constitucional. Derechos fundamentales.

# Índice

|   |    |
|---|----|
| <b>INTRODUCCIÓN</b> .....                                 | 1  |
| <b>CAPÍTULO PRIMERO: Una cuestión de principios</b> ..... | 3  |
| 1. Los principios como mandatos de optimización .....     | 3  |
| 2. La igualdad como principio.....                        | 4  |
| 3. La libertad como principio .....                       | 8  |
| 4. Normas de Derecho Internacional.....                   | 11 |
| 5. ¿Una constitución de principios? .....                 | 13 |
| <b>SEGUNDO CAPÍTULO: Normativa comparada</b> .....        | 18 |
| España: .....   | 18 |
| 1. Contexto histórico social.....                         | 18 |
| 2. Análisis de la reforma .....                           | 19 |
| Argentina:.....   | 22 |
| 1. Contexto histórico social.....                         | 22 |
| 2. Análisis de la reforma .....                           | 24 |
| Francia:.....   | 25 |
| 1. Contexto histórico social.....                         | 25 |
| 2. Análisis de la reforma .....                           | 28 |
| Estados Unidos:.....                                      | 29 |
| 1. Contexto histórico social.....                         | 30 |
| 2. Análisis de la sentencia .....                         | 31 |
| <b>CONCLUSIÓN</b> .....                                   | 34 |
| <b>REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA</b> .....                     | 36 |

## INTRODUCCIÓN

El matrimonio concebido únicamente como la unión entre un hombre y una mujer colisiona con los derechos fundamentales inherentes a la persona humana, consagrados en la Constitución y en los Tratados internacionales. En Chile se le niega a las personas de orientación homosexual el acceso a la institución del matrimonio, por tanto se les niega la libertad fundamental que caracteriza a la persona humana y que le confiere su particular dignidad, esto es, el reconocimiento de la autonomía de cada ser humano para construir su propio plan de vida y actuar conforme a este, referido a la imposibilidad de que un sujeto esté subordinado a la voluntad de otro, destacando el hecho de que las personas deben ser tratadas como fines y no como medios.

La orientación sexual no es una razón legítima para privarles del derecho a contraer matrimonio, ya que del ejercicio de este derecho no se deriva ningún perjuicio hacia el resto de la sociedad, esta es una decisión que interesa solo a los individuos que conformarán este vínculo. En este sentido, el artículo 1 de la Constitución Política de la República establece que: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (...) “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”.

Además, el art 19 n°2 determina que en Chile no hay persona ni grupo privilegiados, hombres y mujeres son iguales ante la ley, y que ni la ley ni autoridad alguna pueden establecer diferencias arbitrarias. Por otro lado, el art 102 del Código Civil le da un trato privilegiado a las personas heterosexuales al definir el matrimonio como “un contrato solemne por el cual *un hombre y una mujer* se unen (...)”, siendo inconstitucional al imponer como requisito para acceder a esta institución el carácter heterosexual de la pareja. *¿Y no deberíamos ser todos iguales ante la ley? La orientación sexual, ¿es un rasgo relevante que justifique esta discriminación?*

No es de nuestro interés analizar las características de la institución del matrimonio ni establecer un concepto de familia, demostraremos que el poder legislativo debe aplicar el principio de igualdad, el de dignidad y el de libertad, los cuales se ven vulnerados por la actual legislación chilena al mantener las puertas cerradas del matrimonio para aquellas parejas del mismo sexo.

Con el fin de lograr lo anteriormente dicho analizaremos:

**Capítulo primero:** Un análisis del principio de igualdad, dignidad y libertad, junto a un estudio de los métodos de interpretación constitucionales.

**Capítulo segundo:** Esbozo de la legislación en aquellos países en que ya se encuentra aprobado el matrimonio igualitario. La selección de dichos países fue hecha de acuerdo a su nivel de importancia, así analizaremos

- España: Presenta la característica de ser el primer país en legislar sobre el matrimonio igualitario sin pasar anteriormente por un proceso gradual de aprobación de derechos para las parejas homosexuales.
- Argentina: Fue el primer país latinoamericano en aprobarlo
- Francia: Último país en aprobar el matrimonio igualitario en Europa, el 17 de mayo de 2013
- Estados Unidos: En este país se ha reconocido tal derecho en 12 de sus estados, y actualmente se encuentra en discusión en la Corte Suprema la aprobación del matrimonio igualitario a nivel federal.

## CAPÍTULO PRIMERO

### Una cuestión de principios

#### 1. Los principios como mandatos de optimización

La doctrina comparada<sup>1</sup> muestra que las normas jurídicas pueden catalogarse como reglas o bien como principios. Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, son mandatos de optimización, no se puede pretender que los posibles casos de aplicación sean concebidos a priori, su cumplimiento o eficacia admite una gradación (más o menos intensa). Las reglas son normas que ordenan que algo debe ser cumplido de manera definitiva o cerrada, solo caben dos posibilidades en torno a su eficacia, o se cumplen o bien son inobservadas.

Tal distinción entre principios y reglas apunta a la orientación que unos y otros dan frente a algún caso en que deba resolverse respecto de una obligación jurídica, así las diferencias son primero que las reglas se aplican binariamente y los principios se aplican de manera gradual, y segundo, en el modo en que se solucionan las posibles contradicciones entre unas y otras, y ya que cuando las reglas entran en conflicto una de ellas desplazará a la otra, esto viene determinado por su condición bivalente (si una se cumple la otra se elimina), en cambio los principios resultan más complejos, ya que frente a una situación de antinomia reconocen una aplicación gradual, esto porque dos principios opuestos pueden llegar a coexistir, su verificación puede ser en grados distintos, uno de ellos prevalecerá, será digno de mayor protección por tener mayor peso o mayor importancia que el otro (la diferencia en cuanto a la importancia de los principios está condicionada por las circunstancias que exigen su aplicación, esto es el llamado *mandato de optimización*), sin embargo el otro principio no desaparece completamente, sino que se aplica en una gradación menor (Contesse; año: pp. 1-5).

---

<sup>1</sup> Siguiendo a Alexy y Dworkin.

Así nuestra Carta Fundamental contiene principios en su primera parte, entre ellos el artículo 19 n°2 que asegura a todas las personas la igualdad ante la ley, por otro lado el artículo 102 del Código Civil (que define al matrimonio en nuestra legislación) es una regla jurídica, por tanto no estamos frente a una colisión de principios y por ende no se permite una gradación entre estas dos normas, no corresponde preguntarse cuál de estas prima frente al principio de igualdad la norma que define al matrimonio debe ceder. Nuestro primer argumento, entonces, para defender el matrimonio entre personas del mismo sexo es que *no estamos frente a una colisión de principios*.

## **2. La igualdad como principio**

Uno de los pilares fundamentales para defender que las personas homosexuales tienen derecho a contraer matrimonio se encuentra en el principio de igualdad. Siguiendo a Dworkin, el principio de igualdad implica “tratar a todas las personas con igual consideración y respeto, esto es, como seres humanos capaces de sufrimiento y de frustración y como individuos facultados para llegar a concepciones racionales de cómo han de vivir su vida y de actuar en conformidad a ellas” (Dworkin, 1999: pp. 388 a 389). Por otro lado, Isaiah Berlin “al sujeto (una persona o un grupo de personas) se le debería permitir hacer o ser lo que fuera de capaz de hacer o de ser, sin que interfirieran otras personas (...) Manipular a los hombres, impelerlos a metas que uno-el reformador social- ve, pero que ellos no pueden ver, es negarles su esencia humana, tratarlos como objetos desprovistos de voluntad propia y, en consecuencia, degradarlos” (Dupré, 2011: pp. 182 y 183).

Por otro lado, según Kymlicka, la idea de igualdad consiste en la aceptación de que “los intereses de cada miembro de la comunidad importan, e importan de un modo igual” y que “cada ciudadano tiene derecho a una igual consideración y respeto” por parte del Estado; para este autor la idea de igualdad es el valor último y fundante común, al menos, a todas las teorías políticas modernas (Kymlicka, 1990: pg. 321) La igualdad es un principio normativo, y no una afirmación de hecho, no es un juicio descriptivo, esto por cuanto es indiscutible que las personas difieren unas de otras y que sus diferencias se aprecian en

tantas características que la búsqueda de una base fáctica sobre la cual erigir el principio de igualdad resulta imposible (Singer, 1993: pg. 21).

La noción de igualdad y dignidad es intrínseco a la naturaleza de la persona humana frente a lo cual es incompatible toda situación que signifique un trato privilegiado sin justificación respecto de cierto grupo dentro de la sociedad, lo cual implica que a ese otro grupo excluido se le mire con inferioridad tratándolo de manera discriminatoria (Dworkin, 1999: pp. 388-389). En este caso las personas que deseen contraer el vínculo del matrimonio del mismo sexo, están siendo marginadas del goce de derechos que sí se les reconocen a otras parejas por el solo hecho de ser heterosexuales, cabe destacar que este trato privilegiado hacia los heterosexuales está normalmente fundado en que *así debe ser y siempre ha sido así, y siempre ha sido así porque así debe ser*, lo cual no es una justificación racional, es solo una falacia circular, ya que a pesar de ser psicológicamente persuasiva, es un razonamiento incorrecto ya que no hay una relación lógica entre la premisas y la conclusión; este modo de proceder no demuestra ni la veracidad ni la falsedad de la proposición, pero la presenta como el resultado lógico de un razonamiento correcto y por tanto como una conclusión cierta. Por ejemplo, el matrimonio tiene que ser entre heterosexuales porque siempre ha sido así, y siempre ha sido así porque el matrimonio tiene que ser entre heterosexuales, conclusión el matrimonio tiene que ser entre heterosexuales.

¿Es la orientación sexual un rasgo relevante para marginarlos de esta institución? O por el contrario, ¿es este rasgo insuficiente y por tanto se presenta un caso de discriminación arbitraria? En principio la igualdad impone que todas las personas deben ser tratadas en forma igual, esto sin importar si en la realidad lo somos o no. Es de perogrullo que todos fácticamente somos distintos, que tenemos diferentes intereses, concepciones políticas, opiniones, etc., por lo tanto este principio no se puede plantear desde la perspectiva de igualdades reales, ya que ésta no existe. Debemos ser tratados como iguales, sin importar si fácticamente lo somos o no.

A mayor abundamiento, de acuerdo a Francisco J. Laporta “la igualdad es, de modo inmediato, no discriminación, y no discriminación es simplemente la cancelación de diferencias como razones relevantes para la diferenciación normativa. No debe haber diferencias normativas que tomen como base rasgos irrelevantes” (Laporta, 1985: pg. 14). Por tanto, eliminando estos rasgos irrelevantes los individuos se podrán mirar como semejantes, homogeneizándolos frente a la aplicación de una norma.

Una característica relevante del principio de igualdad es que esta es necesariamente abierta históricamente, ya que rasgos que solían ser considerados importantes -como la raza, la religión y el sexo- hoy los consideramos irrelevantes, lo que denota que la igualdad encuentra su realización normativa en el seno de las comunidades históricas, por tanto paulatinamente en el futuro, los rasgos hoy considerados relevantes o importantes dejarán de serlo. Por ejemplo, en un primer momento la procreación era considerada la finalidad más relevante dentro del matrimonio, sin embargo hoy en día es considerada irrelevante, ya que la nueva ley de matrimonio civil 19.947 elimina la impotencia perpetua e incurable como impedimento para contraer matrimonio, y entre los motivos que se tuvo en consideración para eliminarla es el permitir el matrimonio entre ancianos, en artículo de muerte y respecto de personas minusválidas (Ramos, 2010: p. 45). La procreación dejó de ser una finalidad relevante para contraer matrimonio, y esta fue la única finalidad incompatible para que las parejas homosexuales contrajeran matrimonio, respecto de las finalidades restantes, es decir, “vivir juntos” y “auxiliarse mutuamente”, estas podrían ser cumplidas a la perfección por una pareja del mismo sexo, ya que en estas finalidades la orientación sexual no influye en la capacidad para satisfacer las necesidades de la pareja.

Lo fundamental del principio de igualdad, entonces, es que establece el límite entre la relevancia y la irrelevancia de los rasgos, ya que ordena que no se debe establecer diferencias en la aplicación de las normas frente a la presencia de rasgos irrelevantes, pero sí se deben establecer diferencias ante rasgos relevantes, llegar a una conclusión distinta sería incurrir en un trato discriminatorio. Por tanto, *a diferencias irrelevantes tratamiento igualitario, a diferencias relevantes tratamiento desigualitario*. (Laporta, 1985: pg. 15). El principio de igualdad, al momento de aplicar la ley, cancela los rasgos irrelevantes, sin

embargo no cancela los rasgos relevantes ¿Es la orientación sexual un rasgo relevante para negar el acceso al matrimonio? Siguiendo a Laporta, “si el principio de igualdad afirma que cuando no hay diferencias relevantes el tratamiento debe ser igual y cuando hay diferencias relevantes el tratamiento ha de ser diferenciado” (Laporta et al., 1985: p. 15), entonces es clave determinar qué es un rasgo relevante. Lo determinante para establecerlo es que exista un nexo causal entre los rasgos que se consideran similares y la circunstancia que se predice en la norma. Por tanto cuando no existe dicha relación causal no se consideran como tales.

Un rasgo es relevante cuando, para una norma, es causa necesaria para las consecuencias normativas. Para ilustrar la idea de relevancia causal nos situaremos en el escenario de que un estado de cosas A es relevante causalmente respecto de otro estado de cosas B, cuando el estado de cosas A es una condición necesaria o suficiente para que se produzca el estado de cosas B. ¿Qué es lo que se predice en el matrimonio? Que una pareja oficialice su unión ¿Es condición necesaria para lograr esta predicción que sea entre un hombre y una mujer? No, no lo es. Por lo tanto, la orientación sexual no es un rasgo relevante para contraer matrimonio, *el único rasgo relevante sería la capacidad legal, junto a un interés en acceder a esta institución*. El hecho de que se les niegue el derecho a contraer matrimonio obstaculiza la posibilidad de desarrollar el plan de vida que cada persona escoge en virtud de sus opciones, y al no permitírseles un libre plan de vida se les estaría considerando incapaces de auto determinarse, incapacidad que trae como consecuencia no poder participar con igualdad de condiciones en la vida en comunidad.

Sin embargo, en la legislación chilena no se sigue el razonamiento anterior. El artículo 102 del Código Civil, que define el matrimonio, genera un tratamiento diferenciador que decanta en un trato discriminatorio, ya que es la norma la que produce la desigualdad, es la norma la que excluye a las parejas del mismo sexo. La norma no debe hacer juicios descriptivos en base a la semejanza o desemejanza que se presenta en la realidad entre las personas, porque es normativa y como tal debe regirse por el principio de igualdad, el cual es un principio de normas sociales de deber ser, esto porque los juicios de deber ser, son directivos y respecto de éstos no tiene sentido predicar verdad o falsedad (Nino, 1980; p.

79). El ideal es que la norma haga coexistir la igualdad normativa, dada por el artículo 19 n°2 de la Constitución<sup>2</sup>, junto con la desigualdad real, referido en el problema que nos convoca, la orientación sexual de las personas, situación que no se da en el derecho común. En consecuencia, el hecho de que la Constitución establezca la igualdad ante la ley no quiere decir que seamos realmente iguales, lo que pretende decir es que la ley debe tratarnos *como* iguales frente a rasgos irrelevantes.

### **3. La libertad como principio**

La libertad es otro de los pilares fundamentales para defender la idea del matrimonio igualitario. Lo único que autoriza a los hombres a coartar la libertad de acción es que de esta acción se persiga un perjuicio. Así, John Stuart Mill se refiere a este principio de la siguiente manera: “No hay sociedad que pueda llamarse libre, si no se respetan generalmente esas libertades, cualquiera que sea su forma de gobierno, y ninguna lo será completamente si no existen en ella esas libertades en forma absoluta y sin restricciones. La única libertad que merece ese nombre es la de buscar nuestro propio bien de nuestro propio modo, mientras no intentemos privar a otros de ese mismo bien o estorbar sus esfuerzos para alcanzarlo. Cada uno de nosotros es el guardián de su propia salud, ya sea corporal o mental y espiritual. Los hombres se benefician más si dejan que cada quien viva como le parezca mejor, que si se obliga a todos a vivir como los demás creen que es mejor” (Mill, 1965: p. 49).

El Estado, y junto a él sus órganos y autoridades, solo pueden actuar cuando un sujeto realice una actuación u omisión que cause daño a otros o a terceros, de lo contrario el Estado debiera abstenerse de producir regulaciones que conlleven a efectos discriminatorios respecto de las personas al ejercer sus derechos. Por ende la única razón que justificaría la intervención legítima del Estado para coartar la libertad de las personas de orientación homosexual sería que el matrimonio igualitario provocara un perjuicio a otros. “Un derecho puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o

---

<sup>2</sup> Artículo 19 número 2 de la Constitución Política de Chile “La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados (...) Hombres y mujeres son iguales antes la ley”

arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley en sentido formal y material, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad (...) el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012: p. 86 y 90). Ergo, el Estado solo puede intervenir cuando alguien cause daños a otros sin motivo justificado, “la libertad del individuo debe limitarse hasta ese punto” (Mill et. al: pg. 102) “(...) la propia defensa es el único fin que autoriza a la humanidad, ya sea individual o colectivamente, a intervenir en la libertad de acción de cualquiera de sus miembros; que el poder solo puede ejercerse con todo derecho contra la voluntad de cualquier miembro de una comunidad civilizada, cuando se trata de evitar daños a otros. Ni siquiera es razón suficiente el propio bien físico o moral del individuo. No hay derecho alguno para obligarlo a actuar o a dejar de hacerlo, porque sea para su propio bien, porque con ello pueda ser más feliz, o porque, en opinión de los demás, hacerlo sería recomendable o aun justo. Todas las razones son buenas para tratar de convencerlo, para razonar con él, para persuadirlo o aun para suplicarle, pero no para obligarlo a causarle algún mal en caso de que se oponga. Para justificar esto, sería necesario que la conducta de la que trata de apartársele pudiera causar daños a otras personas. La única parte de la conducta de todo hombre de que es responsable ante la sociedad, es aquella que se relaciona con los demás. En lo que solo concierne a él mismo, su independencia debe ser absoluta (...) Todo individuo es soberano sobre sí mismo, así como sobre su cuerpo y su mente” (Mill et. al: p. 45).

En definitiva, y citando a John Rawls “las personas se encuentran en libertad de hacer algo cuando están libres de ciertas restricciones para hacerlo o no hacerlo y cuando su hacerlo o no, está protegido frente a la interferencia de otras personas” (Rawls, 1995: p. 193). Así, el matrimonio igualitario interesa solo a los contrayentes, siendo por tanto su libertad absoluta, en tanto no dañe a un tercero. No establece limitaciones al derecho al matrimonio, simplemente plantea un estatuto jurídico más inclusivo. Entonces habría que determinar si la incorporación de las parejas homosexuales a la institución matrimonial obstruye el

ejercicio del derecho por parte de las parejas heterosexuales, ¿afecta la esencia del derecho a contraer matrimonio? No, el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo no desnaturaliza ni degenera este derecho en otro. Históricamente la institucionalización del matrimonio en nuestro ordenamiento data del año 1855, el cual al introducirse en nuestro Código Civil fue influenciado drásticamente por el Código de Derecho Canónico, debido a esto se exige como requisito de existencia del matrimonio la diferencia de sexo entre los contrayentes, y si consideramos que el argumento principal que se esgrime hoy en día para negar el matrimonio homosexual es en base al Código Civil, podemos señalar la Iglesia Católica es, finalmente, la causa por la cual se declara inconstitucional. A su turno debemos señalar que el contexto histórico y social en el que fue dictado el Art. 102 condicionó su contenido, y esto se ve claramente en las finalidades del matrimonio, entre las cuales se encontraba la de procrear, esto cambia con la nueva Ley de Matrimonio Civil 19.947 la cual eliminó la impotencia perpetua e incurable como impedimento para contraer matrimonio, y entre los motivos para eliminarla se encuentra el permitir el matrimonio entre ancianos y minusválidos. El Código Civil establece también como finalidades el vivir juntos y auxiliarse mutuamente (dentro de éstas se entienden incorporadas la protección, el cuidado, la solidaridad, asistencia recíproca, auxilio mutuo, etc.). Eliminada la procreación como finalidad del matrimonio, nos quedan sólo las de vivir juntos y auxiliarse mutuamente, las cuales pueden ser satisfechas íntegramente tanto en relaciones heterosexuales como en relaciones homosexuales, por lo cual no vemos impedimento alguno para que el matrimonio no pueda ser celebrado entre parejas del mismo sexo.

Por tanto, la posibilidad de que parejas del mismo sexo puedan ejercer el derecho a contraer matrimonio no lo desnaturaliza ni lo degenera en otro tipo de derecho. Las parejas heterosexuales continuarían gozando del derecho a contraer matrimonio en todas sus aristas, su libertad no se ve restringida, el “ius connubis” en su dimensión positiva como negativa se mantiene intacto; las parejas heterosexuales seguirían gozando de los deberes y obligaciones que se derivan del matrimonio tal cual como lo han hecho desde tiempos inmemoriales hasta hoy. No apuntamos a argumentos restrictivos sino más bien inclusivos, ya que las parejas homosexuales podrían gozar de la opción de contraer o no este vínculo

de acuerdo a su plan de vida, situación en la que hoy en día no se encuentran. El objetivo es lograr una plena efectividad de los derechos fundamentales.

Entonces, no habiendo daños a terceros y por ende no existiendo razón legítima para excluir a parejas del mismo sexo de esta institución, se debe invertir la carga de la prueba. Así que, son aquellos que coartan la libertad de las personas quienes debieron responder a la interrogante ¿por qué una pareja del mismo sexo no puede contraer matrimonio? “El principio de igual consideración de intereses prohíbe hacer que nuestra disposición a tomar en cuenta los intereses de los demás dependa de las actitudes o de otras características de esto, aparte de la característica de poseer intereses” (Singer, et. al: p. 27) Siguiendo el razonamiento recientemente planteado perteneciente a Singer, no se debe tomar en consideración de quién son los intereses que se pesan; por tanto el interés en contraer matrimonio de una persona heterosexual es igual de relevante que el de una persona homosexual. Ergo, establecer que las parejas de distinto sexo tienen per se un interés exclusivo en acceder a la institución del matrimonio, es incurrir en una discriminación arbitraria.

En definitiva, y citando a John Rawls “las personas se encuentran en libertad de hacer algo cuando están libres de ciertas restricciones para hacerlo o no hacerlo y cuando su hacerlo o no, está protegido frente a la interferencia de otras personas”

#### **4. Normas de Derecho Internacional**

Los tratados de Derechos Humanos, a diferencia de otros tratados internacionales, otorgan derechos a los individuos frente al Estado, el que a su vez tiene obligaciones para con ellos. Este tipo de tratados no tiene como único fin establecer derechos y obligaciones recíprocas entre sus Estados parte, sino además establecer un sistema para proteger la dignidad humana, por tanto la interpretación de ellos debe ser siempre en favor de individuo, si tomamos en consideración que uno de los métodos para interpretar la norma internacional es la consideración del objeto y fin del tratado. Una de las obligaciones que tiene un Estado que es parte de varios tratados internacionales de derechos humanos y/o que tiene un

catálogo de derecho en su propio ordenamiento jurídico, por lo tanto, es siempre la que más favorece al individuo. La interpretación pro hominis es una característica importante de la interpretación sobre derechos humanos (Albar; 2008: p. 28). Por tanto la interpretación debe ser siempre en favor del individuo.

Respecto a la defensa del matrimonio igualitario, nos respalda una amplia gama de normas en el derecho internacional, así el artículo 16.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos del año 1948 establece que hombres y mujeres tienen derecho, sin restricción alguna, a casarse y fundar una familia; y el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe este derecho en los mismos términos de la Declaración Universal, señalando como único límite el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. El artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos también consagra el matrimonio como un derecho, siempre que sea acorde con las condiciones establecidas en las leyes internas, esto *en la medida que éstas no afecten el principio de no discriminación*. Por lo tanto nuestra legislación incurre en una discriminación arbitraria al negarles a las parejas del mismo sexo el acceso a la institución matrimonial. A mayor abundamiento, todos estos tratados internacionales fueron ratificados por Chile y se encuentran vigentes, formando parte de la legislación a través del artículo 5 inciso segundo de la Constitución, el que además establece como límite del ejercicio de la soberanía el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Sostenemos, que los tratados internacionales tienen una categoría legal como mínimo constitucional, a pesar de que en Chile no hay una disposición expresa que así lo señale<sup>3</sup>. Incluso el Presidente de la Comisión de Estudio que discutió los primeros artículos de la Constitución, señaló que “se ha evidenciado por el debate anterior, [que] se ha producido consenso en la comisión acerca de que una ley no puede modificar un tratado –porque el tratado es superior a ella-, e indica que otra cosa es la conveniencia de expresarlo o no en la carta” (Actas oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República).

Esto lleva a la conclusión inmediata de que el artículo 102 del Código Civil, al ser norma inferior y contravenir lo establecido por tratados internacionales, que tienen como mínimo

---

<sup>3</sup> Nos adherimos a la doctrina minoritaria defendida por Cecilia Medina y Claudia Nash.

un rango supra legal es derechamente contrario a la Constitución. El derecho a contraer matrimonio forma parte del catálogo de derechos reconocidos en tratados internacionales, los cuales están ratificados por Chile, por tanto, el sujeto que invoque el derecho a contraer matrimonio no debe probar este derecho. Quienes excluyen a ciertas personas del derecho a contraer matrimonio, no reconocen el rango constitucional que la enmienda al inciso 2 del artículo 5 buscó reafirmar, por tanto, son éstos los que deben probar que este no es un derecho fundamental.

## **5. ¿Una constitución de principios?**

Una Constitución puede ser *de principios* o *de detalles*, es de principios cuando su interpretación se realiza de manera abstracta, de acuerdo a principios generales considerados como básicos y obligatorios, por otro lado la de detalles se interpreta de una manera histórica, es decir, la Constitución significa lo que los políticos que la redactaron quisieron decir originariamente (Dworkin, et. al.: pp. 174 y190). En cambio, “adscribir[se] a una Constitución de Principios importa un compromiso con la responsabilidad que las comunidades políticas les cabe en las decisiones referentes a como estiman que es valioso vivir, y cuando es posible jurídica y moralmente que el Estado o alguna persona desarrolle ciertas políticas públicas o ciertas conductas, respectivamente” (Contesse; et al: pp. 26-27). La carta fundamental chilena es mixta debido a que abarca ambos tipos de constituciones, es de principios en su primera parte, por ejemplo el artículo 1, el cual expresa los valores jurídicos fundamentales (libertad, igualdad y dignidad) o el artículo 19 (igualdad ante la ley y derecho a la vida), por otro lado es de detalles, entre otros en su capítulo IV “Del gobierno” o capítulo VIII “Tribunal Constitucional”.

En nuestro país se niega el derecho a contraer matrimonio a parejas del mismo sexo, lo que implica otorgar un trato privilegiado al colectivo heterosexual por sobre el colectivo homosexual, esto se ve reflejado en que nuestro poder constituyente crea normas –o se niega a modificar las existentes- debido a que siguen bajo el influjo de la interpretación originalista. En efecto, los principales sistemas de interpretación son el originalismo y el evolutivo o dinámico. El originalismo como método de interpretación es una visión que le da relevancia al momento en que el constituyente dictó una norma, quedando el espíritu de

los constituyentes plasmada en el texto, es una visión restrictiva, porque hace considerar al ordenamiento jurídico desde una perspectiva estática. Esto debido a que limita la Constitución a solo aquello que los constituyentes quisieron incluir, petrificando el derecho, y restringiendo los derechos humanos, lo que es más grave, la declaración de los derechos humanos no habría sobrevivido de haberse apegado a este tipo de restricción. Ningún teórico constitucionalista serio adoptaría esta posición. Para quienes creen en el originalismo, la Constitución debe interpretarse de tal modo que signifique solo lo que sus autores esperaban que sería el resultado de haber escrito lo que escribieron, “los promotores del originalismo sugieren que su efecto consiste en reducir bruscamente el alcance de los derechos constitucionales individuales protegidos por las cláusulas abstractas, y que sustituye a la concepción de la Constitución basada en principios por la visión detallista” (Dworkin; 1994: pp. 174-175) El matrimonio concebido únicamente como la unión entre un hombre y una mujer, presenta serias dificultades constitucionales, al colisionar con los derechos fundamentales inherentes a la persona humana, consagrados en la Constitución y en Tratados Internacionales. A su vez, se limita a la familia a la institución matrimonial definida en el Art. 102 de nuestro Código Civil, dándole un carácter estático y restringido. Este tipo de interpretación basado en el originalismo es el que consagra a la familia como una institución fundada en el matrimonio, tal como se hace en el Art. 102 del Código Civil.

Al ser la Constitución de principios, y por tanto su contenido de cláusulas abiertas que contienen normas de Derecho Fundamental, la manera correcta de entender dichas cláusulas es conforme al lenguaje natural en que ellas están formuladas, esto es, un lenguaje moral sumamente abstracto, ergo la interpretación de estas cláusulas no puede alejarse del sentir de la comunidad (Contesse; et. al.: p. 13), y así, el método más adecuado es el evolutivo. Una Constitución pluralista debiera propender a abarcar a toda la sociedad, impidiendo que una corriente de opinión en un determinado momento llegue a imponer modelos políticos y culturas totalizantes que excluyan las opiniones de la minoría. Tomando en cuenta lo ya planteado, que nuestra Constitución es de principios, su interpretación debe tender a la organización de una sociedad abierta, en la que puedan acceder todos los individuos sin discriminación ni privilegios, es por esta misma razón que

la labor de interpretación no se encuentra cerrada a un solo método sino que se puede utilizar cualquiera de ellos en la medida que la aplicación de un método resulte acorde con lo que la carta establece. La Constitución expresa el sistema de valores de cada época; y el intérprete debe, escoger o preferir la conclusión que concuerda con los principios esenciales protegidos por aquélla, tal cual éstos se perciben en el momento en que se debe realizar dicha interpretación. En aplicación del principio de interpretación más favorable, la protección en el ámbito interno no puede permitir, ni justificar, la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en las Convenciones Internacionales o limitarlos en mayor medida que la prevista en ellas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012: p. 81).

Se ha ido asentando en la sociedad que el matrimonio es una unión entre dos personas, independientemente de su orientación sexual. Esta evolución se manifiesta en el Derecho comparado que refleja una nueva imagen del matrimonio cada vez más extendida, a pesar de no ser absolutamente uniforme. Esto da cuenta de que la evolución de la institución matrimonial se dirige hacia una concepción más inclusiva del matrimonio. La Constitución expresa el sistema de valores de cada época; y el intérprete debe, escoger o preferir la conclusión que concuerda con los principios esenciales protegidos por aquélla, tal cual éstos se perciben en el momento en que se debe realizar dicha interpretación. El legislador debe realizar un ejercicio de interpretación evolutivo, el que debe ser llevado a cabo tomando las particularidades fácticas y jurídicas de cada caso, el contexto histórico y cultural de la aplicación de la norma y no realizar un examen exegético de la historia fidedigna del establecimiento de la ley. Con lo cual hacemos nuestras las palabras de Thomas Paine “cada edad y cada generación deben tener tanta libertad para actuar por sí mismas en todos los casos como las edades y las generaciones que las precedieron. La vanidad y la presunción de gobernar más allá de la tumba es la más ridícula e insolente de todas las tiranías. El hombre no tiene derecho de propiedad sobre el hombre, y tampoco tiene ninguna generación derecho de propiedad sobre las generaciones que la sucederán” (Paine, 1984: pg. 36) Así la imposición de otro en las propias decisiones constituye un atentado contra la libertad humana.

La generación actual tiene pleno poder para auto determinar los valores que la rigen, sin verse detenida por la moral existente al momento de la creación de la Ley de Leyes, ni de ningún otro cuerpo normativo, ya que este actuar produce un efecto esterilizante porque “paralizan la imprescindible deliberación colectiva que permite generar identidades y actitudes sociales responsables” (Contesse; et. al.: p. 27). Por tanto los legisladores tienen el deber de seguir la interpretación que fortalezca los principios de igualdad, dignidad y libertad; sin embargo, solo se limitan a hacer un examen exegético de la historia fidedigna del establecimiento de la ley con respecto a las normas abiertas, provocando un estancamiento de los derechos humanos. El artículo 19 de nuestra Carta Fundamental no puede ser interpretado como si se tratase de reglas jurídicas, las normas contenidas en dicho artículo no pueden contemplar con detalle todas las situaciones en que los derechos se cumplen o aquellas situaciones en que estos no se observen, cuando nos enfrentamos a una norma de derecho fundamental, como la igualdad, se está justamente en presencia de un principio jurídico y no frente a una regla (Contesse; et. al.: p. 9), entonces el artículo 102 del Código Civil chileno es inconstitucional toda vez que contraviene el principio de igualdad consagrado en el artículo 19 número 2 de la Carta Fundamental, ergo la definición de matrimonio restringe el principio jurídico protegido<sup>4</sup>.

El Estado tiene el deber de promover y proteger distintas opciones de vida, compatibles con el bien común. Sin embargo el Estado, al establecer este tratamiento desigualitario frente al matrimonio, está transgrediendo el principio de servicialidad establecido en el artículo 1 de nuestra Constitución, está impidiendo el acceso a una institución considerada socialmente indispensable negando así la realización de un plan de vida. Siendo que éste tiene el deber de 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.

Al restringir el matrimonio en los términos ya planteados, lejos de promover distintas opciones de vida se ampara solo una, a saber, el vínculo heterosexual, excluyendo otro tipo de vínculo, siendo que el Estado tiene el deber de amparar a todas las personas sin

---

<sup>4</sup> En este caso no se puede aplicar la máxima de proporcionalidad propuesta por Alexy debido a que no estamos frente a una colisión entre dos principios, en dicho caso, ante tal tensión correspondería analizar cuál exhibiría un mayor peso relativo frente al otro; sin embargo en el caso del artículo 102 no hay presencia de algún otro principio que deba ser considerado para graduar el de igualdad.

establecer discriminaciones arbitrarias. En definitiva, el intérprete debe preferir aquella interpretación que recoja las instituciones sociales tal cual se perciben en este momento y que concuerde con los principios esenciales expresados en nuestra Constitución, la cual reconoce una serie de derechos que exigen otorgar un tratamiento igualitario a todas las personas. Consideramos que es un deber de los legisladores modificar la ley para que exista el matrimonio igualitario; este es un llamado para saldar la deuda que tenemos como sociedad frente a todas las personas que se han visto discriminadas y por ende excluidas del reconocimiento legal de su unión.

## SEGUNDO CAPÍTULO

### Normativa comparada

A continuación un análisis de la legislación sobre algunos países en los que ya se encuentra aprobado el matrimonio igualitario. La selección de dichos países no fue hecha al azar, la elección se hizo de acuerdo a su nivel de importancia, así analizaremos la legislación de España, Argentina, Francia y Estados Unidos. Exponiendo respecto de cada uno de estos países el acápite del contexto histórico social que se encargará de mostrar al lector la evolución que evidencian la evolución de los países de un matrimonio de carácter exclusivamente heterosexual a la aceptación del matrimonio igualitario; y luego se expone la reforma dentro de su legislación, que consistirá en un análisis de las modificaciones y la presentación de la nueva norma que finalmente introduce el matrimonio igualitario.

#### España:

##### 1. Contexto histórico social

Las leyes autonómicas de parejas de hecho junto con los Registros Municipales se constituyeron como única vía de reconocimiento para determinadas situaciones de parejas, entre las que cabe mencionar las parejas homosexuales, los Registros Municipales supusieron el primer reconocimiento hacia dichas parejas; la primera inscripción oficial se hizo en 1994, tras la creación del Registro Municipal de Vitoria. Por otro lado, el año 1998 en Cataluña el legislador autonómico abre una vía hacia el reconocimiento de derechos para situaciones convivenciales de pareja, es decir, se comienzan a reconocer legalmente situaciones familiares no matrimoniales que hasta ese entonces se encontraban desregularizadas. Estas leyes comenzaron a reconocer la situación familiar de las parejas homosexuales, otorgando derechos propios del matrimonio a parejas de hecho, con independencia del sexo de estas (Martín, 2008: p.1 - 2), sin embargo esto es insuficiente

porque se les sigue negando el derecho a contraer matrimonio, ya que solo se les otorga a las parejas homosexuales determinados derechos.

El 1 de julio se produjo en España un acontecimiento histórico, se aprueba la ley 13/2005 por la que se da una nueva redacción al párrafo segundo del artículo 44 del Código civil, relativo a los requisitos del matrimonio, estableciendo en su párrafo primero que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este código”. Estableciendo el nuevo párrafo segundo que “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando *ambos contrayentes* sean del mismo o de diferente sexo”. Al reconocer el derecho al matrimonio a personas del mismo sexo, se ha producido una revolución en el Derecho de familia español. A pesar de no ser el primer país en reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo –ya reconocido en Holanda (aprobado por la cámara alta el 19 de diciembre del 2000), o Bélgica (aprobado el 30 de enero del 2003 por parte de su parlamento) - sí es el primero en reconocerlo integralmente, en contraposición al resto de los países que le dio un reconocimiento gradual, en el sentido que pasaron por distintas fases, cada cual más inclusiva del contenido propio del matrimonio heterosexual para parejas homosexuales.

## **2. Análisis de la reforma**

¿Es lo modificado en el artículo 44 del Código Civil español es contrario a la garantía constitucional del matrimonio establecida en el artículo 32 de la Constitución española? No. El derecho a contraer matrimonio en España se considera una garantía constitucional, ya que el artículo 32 de la Constitución española dice “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”. Se desprende del artículo precedente que el matrimonio se configura como una institución garantizada por la Constitución, y a su vez contraer matrimonio es un derecho constitucional, esto por su ubicación en la norma fundamental española. Por el efecto material a nivel infra constitucional de los mecanismos nacionales de tutela, el ordenamiento jurídico le debe respeto al contenido esencial de dicha norma. Dicho en otras palabras, las actuaciones respecto de las normas infra constitucionales que se realicen dentro del sistema jurídico deben ser coherentes con el contenido de la norma fundamental. Siendo el matrimonio una garantía constitucional, no cabe realizar reproches de inconstitucionalidad a la opción escogida por el legislador en

este caso, dentro del margen de apreciación que la constitución le reconoce, ya que no es una opción no excluida por el constituyente, interpretando de acuerdo a una noción más abierta o dinámica, conforme con el método de interpretación evolutivo ya explicado en el capítulo primero, esta podría tener cabida en el artículo 32. Haciendo uso de una interpretación dinámica no se introduce ninguna modificación material en las disposiciones legales que rigen los requisitos y efectos del matrimonio civil, respecto de parejas heterosexuales. La norma constitucional es estructuralmente distinta de la norma legal, la mayor diferencia entre estas radica en el mayor grado de generalidad y abstracción que caracteriza a la norma constitucional.

No solo el enunciado normativo es más amplio, sino que también, con esta amplitud, al legislador se le da una mayor libertad de actuación dentro de los márgenes que establece la Constitución, este debe someter su acción a la constitución, el problema que se presenta es que no existe una sola propuesta, y así debe interpretar cuál de estas en el enunciado normativo es la correcta; las palabras son equívocas y el intérprete debe desentrañar el significado de estas. Además de la cuestión de la interpretación del artículo 32, está la cuestión de la realidad social jurídica relevante, con esto nos referimos a que el derecho no existe aisladamente de la realidad, de hecho está inserto en una realidad mayor, en la cual intervienen tanto aspectos personales, como también factores sociales, de tipo cultural, etc., por tanto la realidad jurídica es multidimensional, las leyes se remiten a lo que ocurre en la vida social. Hacemos nuestras las palabras del magistrado de la Corte española De la Vega quien dijo “el hombre más la normas más el hecho, eso es lo que entiendo por Derecho” (Vega, 1970: p. 49). Y a nuestro juicio en este caso lo jurídicamente relevante es el respeto a la igualdad, el cual es un principio de deber ser, y como tal impone que toda persona, sin importar su orientación sexual, tiene derecho a contraer matrimonio con quien desee.

A mayor abundamiento, la interpretación dinámica facilita la respuesta a si el matrimonio sigue siendo reconocible en el contexto socio jurídico actual, luego de las reformas introducidas por la Ley 13/2005 la institución matrimonial se mantiene, tras una evidente evolución, perfectamente reconocible respecto de la imagen que tiene la sociedad acerca del matrimonio, esto es una comunidad de afecto que genera un vínculo o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución,

y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución, manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento. Las notas esenciales del matrimonio son la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio y manifestación de esa voluntad, las cuales ya se encontraban presentes antes de la reforma y continúan estándolo después de esta.

Los heterosexuales no ven su derecho al matrimonio conculcado con la modificación al Código Civil. La aprobación de la ley 13/2005 no supone negación ni limitación del derecho al matrimonio para las parejas heterosexuales, no modifica las condiciones del ejercicio del matrimonio, estas se mantienen intactas. Se entiende que no afecta el contenido esencial del derecho a contraer matrimonio, porque la libertad para contraerlo o no -el ius connubi en su esfera positiva y negativa- se mantiene incólume. Al incluir a parejas del mismo sexo en el matrimonio, este no desnaturaliza ni se convierte en otro derecho. La libertad de contraer matrimonio para las parejas heterosexuales no se ve alterada con la dictación de la ley 13/2005; el hecho de que hoy las personas de orientación homosexual tengan la opción de contraer matrimonio refuerza el principio de igualdad al permitir que decidan si quieren o no casarse, con esta ley hoy en día en España no se discrimina en base a la orientación sexual. De este modo, el reconocimiento de este derecho refuerza principios como el de dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, ambos establecidos en el artículo 10.1 de la Constitución española.

Adicionalmente, el artículo 9.2 de la Constitución española dice “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Por tanto, con la dictación de la Ley 13/2005 se reafirma el mandato constitucional sobre proteger a los individuos y promover las condiciones para que la libertad y la igualdad tengan su máxima expresión en la sociedad española.

Finalmente, los fundamentos constitucionales de los que se valió el legislador, dados por el Consejo de Estado<sup>5</sup>, para la dictación de esta ley son:

“(…) la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (artículo 9.2 y 10.1 Constitución española), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (artículo 1.1 Constitución española) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (artículo 14 Constitución española) son valores consagrados constitucionalmente cuya plasmación debe reflejarse en la regulación de las normas que delimitan el status del ciudadano, en una sociedad libre, pluralista y abierta”. A pesar de que la argumentación constitucional es escueta, se sustenta en una base contundente de principios de deber ser, tales como la igualdad, la dignidad y la libertad.

## **Argentina:**

### **1. Contexto histórico social**

El 12 de diciembre de 2002 se aprueba en Buenos Aires el proyecto de ley de unión civil a través de la ley 1004 presentado por la CHA (Comunidad Homosexual Argentina), convirtiéndose así en la primera jurisdicción de América Latina en legalizar la unión civil entre personas del mismo sexo. Esto sirvió de apoyo a las distintas organizaciones locales que demandaban el reconocimiento a nivel nacional de derechos para las parejas del mismo sexo. Con posterioridad se aprobaron leyes de unión civil en la provincia de Río Negro, Carlos Paz y Río IV, estas últimas dos de la provincia de Córdoba<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> El consejo de Estado español es el supremo órgano consultivo del Gobierno, una de las instituciones más antiguas (se regula por primera vez en las Ordenanzas de Toledo en 1480). El año 2005 el gobierno de Jose Luis Rodríguez Zapatero realizó una consulta al Consejo de Estado para que emitiera un dictamen respecto del anteproyecto de la modificación del Código Civil. Revisar en <http://www.consejo-estado.es/>

<sup>6</sup> Documento “Historia del matrimonio LGTB en Argentina”. Visto en <http://www.cha.org.ar/historia-del-matrimonio-lgtb-en-argentina/>

A partir del año 2007 se presentaron acciones de amparo en la justicia argentina, la primera de estas fue presentada por María Rachid, presidenta de la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT), junto con su pareja Claudia Castro, alegando la inconstitucionalidad de los artículos 172 y 188 del Código Civil argentino, los cuales se refieren a los contrayentes como “hombre y mujer” y como “marido mujer” respectivamente, estableciendo así la heterosexualidad como requisito de existencia del matrimonio. Este recurso fue elevado el año 2007 a la Corte Suprema, la cual no tuvo necesidad de pronunciamiento debido a que en julio del año 2010 se aprobó la modificación al Código Civil, sin embargo la Corte Suprema había declarado que de no sancionarse por el Senado la ley de matrimonio entre personas del mismo sexo, iba a declarar inconstitucional los artículos 172 y 188 del Código Civil argentino, por tanto el Registro Civil se vería obligado a celebrar el matrimonio de María Rachid y Claudia Castro, sentando una jurisprudencia que se tornaría obligatoria para los recursos que se tramiten en Juzgados del país respecto de esta materia<sup>7</sup>.

Sin embargo, con anterioridad a la promulgación de la Ley 26.618, el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario n°15, en Buenos Aires, la jueza Gabriela Seijas dicta el 10 de noviembre de 2009 la sentencia caratulada Freyre Alejandro contra GCBA sobre amparo, de gran relevancia por cuanto decretó la inconstitucionalidad respecto de los artículos 172 y 188 del Código Civil argentino. Así, el 28 de diciembre en la ciudad de Ushuaia en Tierra del Fuego, Alejandro Freyre y José María Di Bello se convirtieron en la primera pareja homosexual en contraer matrimonio en Argentina, debido a que el Registro Civil de esa ciudad dictó el decreto 2996/09 acatando el fallo de inconstitucionalidad de los artículos anteriormente mencionados, emitido por la jueza Gabriela Seijas. Siguiendo el mismo razonamiento que dio origen al decreto del Registro Civil de Ushuaia, 9 parejas más contrajeron matrimonio. Todas ellas antes de la dictación de la Ley 26.618 que modifica el Código Civil a nivel nacional<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> “La corte fallará a favor del matrimonio igualitario”, Diario Infonews, 5 de julio de 2010. Visto en: <http://www.infonews.com/nota.php?id=97263&bienvenido=1>

<sup>8</sup> Federación argentina de lesbianas, gays, bisexuales y trans, en el blog “Otra vez justicia”. Visto en <http://www.lgbt.org.ar/blog/Matrimonio/4.html>

Sin embargo, el hecho de que una pareja homosexual sólo pueda contraer matrimonio porque haya interpuesto un recurso de amparo no es la solución correcta, ya que no tiene la calidad de universal, debido a que solo aquellas parejas que presentaron dicho recurso pudieron contraer matrimonio. Lógicamente esto es insuficiente porque el ejercicio de este derecho no puede estar reservado a unos pocos dentro de una sociedad. Todos tienen la misma calidad de persona por tanto deben tener los mismos derechos y el mismo acceso a las instituciones.

## **2. Análisis de la reforma**

La ley 26.618, sancionada el 15 de julio de 2010 y promulgada el 21 de julio de 2010 introduce un sinnúmero de reformas a la legislación argentina a lo largo de sus 43 artículos, dando lugar al matrimonio igualitario junto a la posibilidad de la adopción para estas parejas. El artículo 172 del Código Civil, el cual define el matrimonio, previo a la modificación establecía: “Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por *hombre y mujer* ante la autoridad competente para celebrarlo (...)”

La reforma modificó su texto de la siguiente manera: “Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por *ambos contrayentes* ante la autoridad competente para celebrarlo. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. Junto con la modificación a este artículo, la Ley 26.618 transversalmente modifica tanto el Código Civil como otras leyes, cambiando las expresiones “hombre y mujer” o “marido y mujer” por “contrayentes” o “parejas del mismo sexo” en 42 artículos.

La dictación de esta ley es un acontecimiento histórico en la legislación argentina y latinoamericana, ya que incluye a las parejas del mismo sexo en la institución matrimonial. Con el objetivo de reforzar un tratamiento igualitario en la aplicación de esta ley, el legislador garantiza el ejercicio de este derecho, a través del artículo 42 de la Ley 26.618, el cual dictamina:

“Aplicación. Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo como al constituido por dos personas de distinto sexo.

Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones.

Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por dos personas de distinto sexo”

Este artículo reconoce que estamos frente a un derecho, y como tal este éste debe ir acompañado de una presencia de normas para que el Estado y las personas se abstengan de interferir en la aplicación de este derecho, la norma actúa como vehículo de protección, garantizando así su pleno ejercicio (Laporta; 1987: p. 24 y 28). Refuerza esta idea el hecho de que Argentina sea Estado parte en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la cual en su artículo 16.1 reconoce el derecho a contraer matrimonio sin restricción alguna tanto para hombres como para mujeres.

## **Francia:**

### **1. Contexto histórico social**

El matrimonio entre personas del mismo sexo fue una de las grandes promesas en la candidatura a la presidencia francesa de François Hollande, asumiendo dicho cargo el día 6 de mayo de 2012. Cumpliendo con dicha promesa presentó el Proyecto de Ley Matrimonio Para Todos el día 29 de enero de 2013<sup>9</sup> ante la Cámara de Diputados, desde ese momento la derecha muestra rechazo a dicho proyecto. Se aprueba en primera lectura por la

---

<sup>9</sup> “Comienza en Francia discusión de ley de matrimonios homosexuales”, diario Excelsior especiales, México, 29 de enero de 2013. Disponible en <http://www.excelsior.com.mx/2013/01/29/881643>. Fecha de consulta: 10 de agosto de 2013

Asamblea Nacional<sup>10</sup> el 12 de febrero de 2013, siendo presentado ante el Senado el 4 de abril del mismo año, momento en el cual el relator del proyecto en dicha cámara Jean-Pierre Michel rechaza una propuesta de la derecha (oposición) de crear una *unión civil* para las parejas del mismo sexo, argumentando que la propuesta contradice el espíritu de la reforma al perpetuar la desigualdad<sup>11</sup>, siendo aprobado el proyecto por el Senado el 12 de abril, luego nuevamente por la Asamblea Nacional el 23 de abril con 331 votos a favor y 225 en contra<sup>12</sup>.

Finalmente los diputados y senadores entablaron una demanda por cuestiones de inconstitucionalidad, por tanto la ley debió ser estudiada por el Consejo Constitucional<sup>13</sup>, el cual diseccionó uno a uno los artículos del proyecto considerando todas las peticiones desestimadas<sup>14</sup>, validando la Ley el 17 de mayo de 2013, siendo publicada por tanto en el Diario Oficial el 18 de mayo de 2013 después de haber sido firmado por el presidente de la República<sup>15</sup>. Convirtiéndose así en el décimo cuarto país en el mundo que aprueba el matrimonio igualitario.

La discusión, promulgación y aplicación de esta ley se vio envuelta en un ambiente hostil, debido a que la Iglesia Católica (llegando al extremo de que el Papa hace un llamado a

---

<sup>10</sup> En Francia la Asamblea Nacional es una de las 2 cámaras que componen el Parlamento, la otra cámara es el Senado.

<sup>11</sup> "Matrimonio gay: aun en discusión en el senado", revista digital Fahrenheit, Mexico, 4 de abril de 2013. Disponible en <http://www.fahrenheitmagazine.com/matrimonio-gay-aun-en-discusion-en-el-senado/>. Fecha de consulta: 28 de agosto de 2013

<sup>12</sup> "Francia aprueba el matrimonio gay", diario El País edición América, 23 de abril de 2013. Disponible en [http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/04/23/actualidad/1366713674\\_990979.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/04/23/actualidad/1366713674_990979.html) Fecha de consulta: 28 de agosto de 2013

<sup>13</sup> Fue instituido por la Constitución de la V República de 4 de octubre de 1958. Al ser una institución reciente, no puede relacionarse con ningún precedente institucional. Es una jurisdicción dotada de diversas competencias, especialmente de control de conformidad de la ley con la Constitución. Véase en <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/espanol/consejo-constitucional/presentation-general/presentation-general.25785.html>

<sup>14</sup> "El Consejo Constitucional francés valida la ley de matrimonio igualitario y el Presidente de la república la promulga", blog Dos manzanas, 18 de mayo de 2013. Disponible en <http://www.dosmanzanas.com/2013/05/el-consejo-constitucional-frances-valida-la-ley-de-matrimonio-igualitario.html>. Fecha de consulta: 25 de agosto 2013

<sup>15</sup> "François Hollande promulga la ley sobre el matrimonio homosexual en Francia", diario 20 minutos, España. Disponible en <http://www.20minutos.es/noticia/1817847/0/francia/ley/matrimonio-homosexual/>. Fecha de consulta: 24 de agosto de 2013

diputados franceses a abolir leyes contrarias a los principios de la Iglesia<sup>16</sup>) y la derecha, principalmente la Unión Por un Movimiento Popular, principal partido de oposición, presionan al gobierno de centro izquierda con el objeto de revertir el movimiento igualitario por medio de la fuerza, convocando a protestas y manifestaciones de diverso tipo, reuniendo incluso unas 150.000<sup>17</sup> personas en la marcha realizada el día 26 de mayo de 2013, todas ellas contra el matrimonio homosexual. Frente a estas manifestaciones el Jefe de Estado declaró luego de los debates y violentas protestas que “si, Francia puede confiar en la igualdad, incluida la igualdad de derechos, eso es válido para el matrimonio de parejas del mismo sexo”<sup>18</sup>, en adhesión la ministra de justicia ha declarado “sabemos que no hemos quitado nada a nadie, hemos dado un derecho a gente que no lo tenía. Es un texto generoso”<sup>19</sup>.

A pesar de las masivas manifestaciones contrarias al matrimonio igualitario, de carácter violentas, el gobierno francés aprobó la Ley 2013-404 “Matrimonio para todos”, afirmando que la igualdad es un principio normativo, las personas pueden diferir unas de otras, lo cual no incide en la aplicación de dicho principio; por otro lado demuestran que no existe justificación para excluir a las personas homosexuales del matrimonio, por consiguiente afirmando que el matrimonio es un derecho humano, y como tal contiene la característica de ser contramayoritario, incluso si gran parte de la sociedad reaccione en contra de dicho derecho. Podemos desprender de los dichos del gobierno francés que la orientación sexual no es un rasgo relevante que justificara por tanto la negación a tal derecho, sostener lo contrario implicaría incurrir en una discriminación arbitraria. El Estado en este caso, presidido por Hollande, actúa frente a una omisión que causaba daño a las parejas homosexuales que deseaban contraer matrimonio, el Estado no puede mostrarse indiferente

---

<sup>16</sup> “Matrimonio gay: el Papa invitó a diputados franceses a abolir la ley”, diario TN, Argentina, 15 de junio de 2013. Disponible en [http://tn.com.ar/internacional/matrimonio-gay-el-papa-invito-a-diputados-franceses-a-abolir-la-ley\\_394962](http://tn.com.ar/internacional/matrimonio-gay-el-papa-invito-a-diputados-franceses-a-abolir-la-ley_394962). Fecha de consulta: 24 de agosto.

<sup>17</sup> “La oposición al matrimonio gay saca músculo en París”, diario Vasco, España, 27 de mayo de 2013. Disponible en <http://www.diariovasco.com/rc/20130526/mas-actualidad/internacional/oposicion-matrimonio-saca-musculo-201305262150.html>. Fecha de consulta: 24 de agosto

<sup>18</sup> “Hollande se mantiene firme respecto al matrimonio igualitario”, blog Cáscara Amarga, España, 18 de mayo de 2013. Disponible en <http://www.cascaraamarga.es/politica-lgtb/lgtb-internacional/5359-hollande-se-mantiene-firme-respecto-al-matrimonio-igualitario.html#.UdzSKPnrwb1>. Fecha de consulta: 24 de agosto

<sup>19</sup> “Parlamento francés aprobó matrimonio igualitario”, blog Telesur, Venezuela, 23 de abril de 2013. Disponible en <http://www.telesur.net/articulos/2013/04/23/parlamento-frances-aprobo-matrimonio-igualitario-9292.html>. Fecha de consulta: 20 de agosto de 2013

frente a normas que atentes gravemente en contra de la igualdad jurídica, por tanto actuó modificando la ley y subsanando el daño al crear una normativa más inclusiva.

## **2. Análisis de la reforma**

Antes de aprobarse la Ley 2013-404 “Matrimonio para Todos”, se establecía la diferencia de sexo como requisito para contraer matrimonio. Posteriormente a dicha aprobación, el capítulo primero del título V del libro I del Código Civil se modificó, reconociendo el derecho al matrimonio para parejas del mismo sexo. Así, el artículo 143 dispone “El matrimonio puede ser contraído por dos personas de sexo diferente o del mismo sexo”. En consecuencia, las parejas del mismo sexo pueden participar con igualdad de condiciones en la vida en comunidad al poder acceder a la institución matrimonial, cuestión que con anterioridad les estaba vetado, negándoseles un derecho que sí se les reconoce a otras personas por el solo hecho de tener una orientación heterosexual, es decir, se les otorgaba un trato privilegiado a dichas parejas heterosexuales, discriminándose arbitrariamente a parejas del mismo sexo, negando así la realización de un plan de vida. Todo lo anterior da cuenta de que la evolución de la institución matrimonial se dirige a una perspectiva más genérica de dicha institución.

Otro de los aspectos relevantes respecto a esta ley, es que en su artículo 61 bis d) se permite a aquellas parejas del mismo sexo, en que al menos uno de ellos tenga la nacionalidad francesa, estando domiciliados en un país donde no se autorice el matrimonio igualitario y en que las autoridades francesas diplomáticas y consulares no pueden proceder a su celebración, contraer matrimonio siendo celebrado públicamente por un oficial del estado civil del municipio escogido. Así el Estado de Francia a través de esta ley cumple con una de las obligaciones esenciales de los tratados internacionales de los cuales forma parte, cual es siempre favorecer al individuo, en este caso favoreciendo a aquellas parejas homosexuales dándoles la posibilidad de contraer matrimonio fuera del territorio de Francia pero bajo la Ley 2013-404 “Matrimonio Para Todos”, permitiéndoles el acceso fuera de su territorio nacional a una institución considerada socialmente indispensable para la realización del plan de vida de los individuos pertenecientes a una pareja, garantizándoles por tanto la plena igualdad. La primera unión matrimonial fuera de Francia fue realizada en

Brasil, en el consulado francés en Brasilia, realizada por Gilles Barral y Didier Ounnas el 12 de junio de 2013<sup>20</sup>.

Los demás artículos introducidos por esta ley no son atingentes al presente trabajo ya que en su mayoría se refieren a materias de filiación, debido a que esta ley además aprueba la adopción para los matrimonios homosexuales.

### **Estados Unidos:**

La ley de defensa del matrimonio (defense of marriage act o DOMA) es una ley federal de los Estados Unidos promulgada por el presidente Bill Clinton en 1996, la cual establece en su tercera disposición la definición del matrimonio a nivel federal como una unión legal entre un hombre y una mujer, por tanto se desprende la naturaleza heterosexual del vínculo matrimonial, es decir, reconoce obligatoriamente la relación entre personas del mismo sexo. Adicionalmente, la segunda disposición de esta ley establece que ningún estado está obligado a reconocer una relación entre personas del mismo sexo como válida, aunque la pareja se case en otra jurisdicción donde sea legal el matrimonio entre personas del mismo sexo.

La ley DOMA, y en especial las dos disposiciones recientemente mencionadas transgreden la quinta enmienda de la Constitución Política de Estados Unidos, la cual asegura que todas las personas son igualmente libres. La ley DOMA al negar el acceso a la institución matrimonial transgrede el principio de libertad que se traduce en dos vertientes, por un lado niega el acceso al no permitir que las parejas del mismo sexo contraigan matrimonio dentro del país, y por otro al negar el reconocimiento a aquellas parejas que en otra jurisdicción contrajeron matrimonio, privándolos de los efectos de esta institución.

---

<sup>20</sup> Diario Milenio, México, Véase en: <http://www.milenio.com/cdb/doc/noticias2011/ddc5710b35b2a60bc85b2962b8d46757>. Fecha de consulta: 25 de septiembre 2013

Dicha ley vulnera los principios que han sido eje en el presente trabajo, ya que respecto a la igualdad, esta ley aplica dos estatutos jurídicos distintos según si la pareja es homosexual o heterosexual, lo cual es una diferenciación injustificada –nos remitimos al capítulo primero respecto al tema de los “rasgos relevantes” de Laporta- ya que respecto de las parejas del mismo sexo se les aplica el estatuto propio de las personas solteras, dejándolos desprotegidos de los efectos de contraer matrimonio, tales como previsión social, en materia de sucesión hereditaria, o sistemas de separación y comunidad de bienes, pensiones, seguros y en general todos aquellos aspectos patrimoniales. Por tanto esta ley impone desigualdades, al discriminar injustificadamente solo en razón de la orientación sexual de las personas que componen las parejas, tratándoseles con menos dignidad y respecto que a los demás.

### **1. Contexto histórico social**

Edith Windsor contrajo matrimonio con Thea Spyer en Toronto, Canadá el año 2007. Luego de 2 años de matrimonio y de llevar una vida en común de 40 años (comenzando en el año 1967 su relación), la señora Thea fallece en el año 2009 dejando su patrimonio a la viuda, sin embargo debido a la ley DOMA el gobierno no reconoce los beneficios fiscales de un matrimonio, por tanto tuvo que pagar por concepto de impuestos de US\$363.000<sup>21</sup>. Al considerar que estaba siendo discriminada y que la ley DOMA debía declararse inconstitucional inició una acción en los tribunales, una corte de Nueva York dictaminó la devolución de los impuestos por concepto de sucesión, reconociendo su matrimonio, y más adelante, el 26 de junio de 2013 la Corte Suprema declaró inconstitucional la ley DOMA.

---

<sup>21</sup> Diario The guardian, Estados Unidos, 26 de junio de 2013. Disponible en <http://www.theguardian.com/world/2013/jun/26/edith-windsor-thea-spyer-doma>, fecha de consulta: 11 de septiembre de 2013

## **2. Análisis de la sentencia**

La Sentencia “Corte Suprema de Estados Unidos versus Windsor” dictamina que la ley DOMA viola los principios del debido proceso y en particular la garantía de igualdad de la Constitución:

Para comenzar, en la sección 3 la ley DOMA dice: “En determinación del significado de cualquier acto del congreso, o cualquier sentencia, regulación o interpretación de diferentes oficinas administrativas y agencias de Estados Unidos, la palabra “matrimonio” solo significa una unión legal entre un hombre y una mujer como marido y mujer, y la palabra “esposo” se refiere solo a una persona que es del sexo opuesto de quien es un marido o una mujer”. Por tanto establece el carácter heterosexual del matrimonio, excluyendo a las parejas homosexuales.

DOMA viola los principios básicos del debido proceso y la igual protección aplicable por el Gobierno Federal. La garantía de igualdad de la Constitución “debe al menos significar que el deseo del Congreso de herir un grupo políticamente impopular no puede” no justificar trato desigual de ese grupo. DOMA no puede sobrevivir para esos principios. La libertad protegida por la Quinta Enmienda en la cláusula del debido proceso contiene una prohibición contra la denegación a cualquier persona de la igual protección de las leyes. DOMA es inconstitucional como una depravación de la igual libertad de las personas que está protegida por la Quinta Enmienda.

En este caso se entiende que no se le puede conferir un tratamiento especial al grupo de personas heterosexuales, por cuanto el matrimonio es considerado una institución indispensable para el desarrollo de las personas. En esta sentencia se reafirma la característica de universalidad de los derechos humanos, ya que estos se adscriben a todos los seres humanos, basta al parecer que se cumpla con el requisito mínimo de ser “ser humano” para que tales derechos le sean adscritos, cualquiera que sea su contexto, circunstancia, condición del sujeto y características del contexto, precisamente es un rasgo propio de los derechos humanos que se haga caso omiso de tales circunstancias, condiciones y contextos, porque tales derechos tienen vocación de ser adscritos a todos al margen de ellas (Laporta, 1987: p.32) Lo relevante de este párrafo consiste en que la Corte

Suprema deja en claro que el poder político no puede discriminar a un grupo de personas solo porque sus tendencias sean impopulares para sus integrantes, debido a que la Constitución protege a dicho grupo a través de la garantía de igualdad.

DOMA rechaza este precepto de larga data. La decisión del Estado para dar a esta clase de personas el derecho de casarse que les confiere una dignidad y un estado de inmensa importancia. Pero el Gobierno Federal utiliza la definición de clase del Estado para el propósito opuesto, para imponer restricciones y discapacidad

El significado de las responsabilidades estatales para la definición y regulación del matrimonio data desde el origen de la Nación, “cuando la Constitución fue adoptada, el entendimiento común fue que las relaciones domésticas de marido y mujer y padres e hijos era materia reservada para el Estado. (3) El Estado, al momento de adoptar la Constitución, poseía el poder completo sobre el tema de matrimonio y divorcio... y la Constitución no delega autoridad al Gobierno de los Estados Unidos en el tema del matrimonio y divorcio. (“Todo el tema de las relaciones domésticas de marido y mujer, padres e hijos, pertenece a las leyes del Estado y no a las leyes de Estados Unidos”) La clase de personas a la cual DOMA dirige sus restricciones y contenciones es a aquellas personas que están unidas en un matrimonio del mismo sexo realizado legalmente por el Estado. DOMA singulariza a una clase de personas considerada por el Estado investidas con el derecho de reconocer, proteger y mejorar su propia libertad. Impone una discapacidad al negarse a reconocer una condición que el Estado encuentra digna y adecuada. DOMA instruye a todos los oficiales federales, y verdaderamente a todas las personas que interactúan con parejas del mismo sexo, incluyendo sus propios hijos, que sus matrimonios son menos meritorios que los matrimonios de otros. El estatuto federal es inválido, al no legitimar que el propósito supera el propósito y efecto de menospreciar y dañar aquellos quien el Estado, a través de sus leyes de matrimonio, busca proteger en personalidad y dignidad. Al buscar desplazar esta protección y tratando a aquellas personas como matrimonios menos estimado que otros, el estatuto federal está en violación con la quinta enmienda. Esta opinión y su tenencia están reducidas a aquellos matrimonios legales.

El Estado cuando niega a parejas del mismo sexo la posibilidad de acceder a la institución matrimonial incurre en una exclusión antagónica a los principios de dignidad humana,

autonomía individual, igualdad ante la ley y libertad. Lo que exigen las parejas del mismo sexo, es que se les trate de manera igualitaria, ellos no persiguen un tratamiento diferenciado especial, por tanto lo que buscan es poder acceder en términos de igualdad a una institución considerada indispensable para el desarrollo en una comunidad.

El propósito demostrado del Acta es asegurar que si cualquier Estado decide reconocer matrimonios del mismo sexo, esas uniones serán tratadas como matrimonios de segunda clase respecto a leyes federales. Esto plantea una cuestión más seria bajo la Quinta Enmienda de la Constitución. Su propósito es desalentar la promulgación en el estado de leyes sobre el matrimonio del mismo sexo y restringir la libertad y elección de parejas casadas bajo esas leyes si están promulgadas. Las leyes estatales que defienden y regulan el matrimonio, por supuesto, deben respetar los derechos constitucionales de las personas. DOMA trata a las parejas homosexuales como ciudadanos de segunda categoría, establecer que las parejas de distinto sexo tienen un interés exclusivo en acceder a la institución matrimonial es una expresión de discriminación arbitraria, ya que hemos establecido a lo largo de este trabajo que no existen razones relevantes para hacerlo. Así, el interés en contraer matrimonio respecto de una persona heterosexual tiene el mismo peso que el interés en contraer matrimonio de una persona homosexual.

## CONCLUSIÓN

A lo largo de este trabajo hemos dado razones suficientes que evidencian la necesidad de una reforma en nuestro ordenamiento jurídico, en orden a modificar aquellas normas que colisionan con los derechos establecidos en nuestra Carta Fundamental, por cuanto en consideración al artículo 1 de la misma el Estado debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todo ser humano su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta misma garantiza. Para garantizar dichos derechos, el legislador tiene el deber de adecuar las normas para que así éstas estén conformes a los principios contenidos en la Constitución. Del precepto recién mencionado, se desprende que es deber del Estado sujetarse a lo que ésta dispone, así, nuestra Constitución al establecer principios como la igualdad, la libertad, la dignidad, entre otros ya abordados en el desarrollo de la presente investigación, deben ser respetados por todos los órganos del estado.

Actualmente en Chile el concepto de familia se limita a la institución matrimonial tal como la define el artículo 102 del Código Civil, es decir, actualmente, año 2013 se le impone a esta generación la visión de una institución que fue construida hace un siglo y medio, una visión que regía al momento de la dictación del Código Civil, constituyéndose por tanto una restricción.

Nuestra Carta Fundamental señala en el Art. 1 “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. En el inciso tercero se 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 ésta Constitución establece”. De este precepto podemos concluir que el Estado debe brindarle amparo a todas las personas, sin importar su orientación sexual, sin establecer discriminaciones arbitrarias. Este artículo pone énfasis en el bienestar de las personas consideradas individualmente, por ende, la discriminación en virtud de la orientación sexual sería contraria a los principios emanados tanto de nuestra

Constitución como de tratados internacionales. Además este tipo de tratamiento atenta contra el principio de servicialidad del Estado, de igualdad, libertad y dignidad, todos ellos base de la institucionalidad, que consiste en proteger y promover las distintas opciones de vida que sean compatibles con el bien común. Al restringirse el matrimonio en los términos ya planteados, lejos de promover diferentes opciones de vida se ampara sólo una excluyendo las otras, en este caso, negando protección a las parejas homosexuales.

El Estado debe tender a una orientación más inclusiva, atingente a la realidad, un claro ejemplo de esto sería la declaración de la Corte Constitucional de Sudáfrica (en sentencia de uno de diciembre de dos mil cinco) al invalidar la cláusula heterosexual del régimen matrimonial, ocasión en que dicha Corte pudo afirmar que *“conforme cambian las condiciones de la humanidad y las ideas de la justicia y la igualdad evolucionan, los conceptos de los derechos también adquieren una nueva textura y significado. El horizonte de los derechos es ilimitado como lo son los deseos y las expectativas de la humanidad. Lo que ayer era considerado como justo por el derecho, hoy es condenado como injusto”*.

Hoy en día estamos frente a un escenario en que los principios son reconocidos por nuestra Carta Fundamental, Chile ha suscrito a tratados que consagran dichos principios, entre ellos la Convención Americana de Derechos Humanos, que reconoce el derecho a contraer matrimonio sin tomar en consideración el sexo de los contrayentes. Finalmente, a lo largo del desarrollo y análisis de la presente investigación hemos arribado a la conclusión de que si por un lado la orientación sexual no es un rasgo relevante para ser considerado al contraer el matrimonio, y por otro lado el Estado tiene el deber de respetar los principios contenidos en la Carta Fundamental y en los diversos tratados, entonces ¿Por qué el matrimonio sigue siendo una institución excluyentemente heterosexual?

## REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- Kymlicka, Will (1990): *Contemporary Political Philosophy. An introduction*. Oxford, Clarendon Press.
- Dworkin, Ronald (1999): *Los derecho en serio*, Ariel, Barcelona
- Nino, Carlos (1980): *Introducción al análisis del derecho*, segunda edición, Astrea, Buenos Aires
- Paine, Thomas (1984): *Los derechos del hombre*, Alianza, Madrid
- Mill, John (1965): *Sobre la libertad*, primera edición, Diana, México (traducción de José Meza Nieto)
- *Singer, Peter* (1993): *Ética práctica*, segunda edición, Cambridge University Press (traducción de Rafael Herrera Bonet)
- Laporta, Francisco (1985): “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, en *Sistema, revista de ciencias sociales*, julio, n°67, fundación sistema, Madrid (traducción de Josefa Sainz Pulido)
- Dupré, Ben (2011): *50 cosas que hay que saber sobre filosofía*, segunda edición, Ariel, Buenos Aires (traducción de Elisenda Julibert)
- Rawls, John (1995): *Teoría de la justicia*, segunda edición, Fondo de cultura económica, México (traducción de María Dolores González)
- Ramos, René (2010): *Derecho de familia*, Jurídica, séptima edición, Santiago.
- República de Chile. Actas oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, vol 11, sesión 371 de 16 de mayo de 1978, pag 2584-2588
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012): caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica.
- Martín, María (2008): *El derecho constitucional al matrimonio homosexual en España*. Disponible en <http://www.galanet.eu/dossier/fichiers/marco%20jur%EDdico%20Espa%F1a.pdf>. Fecha última consulta: 4 de junio de 2013
- Comisión permanente del Consejo de Estado (16 de diciembre de 2004): expediente de anteproyecto de ley por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho

a contraer matrimonio, expediente número 2628/2004. Disponible en [www.unav.es/civil/nsd/nosindebate/mhconsejodeestado.doc](http://www.unav.es/civil/nsd/nosindebate/mhconsejodeestado.doc). Fecha última consulta: 4 de junio de 2013

- De la Vega, Carlos (1970): *introducción al derecho judicial*, Montecarvo, Madrid
- McCormick, Neil (1976): *Children's rights: a test case for the theory of rights*, Archiv für rechts und sozial philosophie, Oxford.
- Laporta, Francisco (1987): "Sobre el concepto de derechos humanos" en *Doxa* n°4
- Dworkin, Ronald (1994): "El dominio de la vida", Ariel, Barcelona.
- Contesse, Jorge (2002): "Reglas y principios: ¿jerarquía entre los derechos fundamentales? En *Anuario de filosofía jurídica y social/Sociedad chilena de filosofía jurídica y social*, n° 20, Valparaíso, pp. 53 a 93
- Albar, Juan (2008): "El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario", LegalPublishing, Santiago.