

**EXPOSICIÓN SOBRE PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA DIVERSOS CUERPOS
LEGALES PARA REGULAR, EN IGUALDAD DE CONDICIONES, EL MATRIMONIO DE
PAREJAS DEL MISMO SEXO¹.**

(Boletín N° 11.422-07)

Introducción.

A la hora de emitir un juicio sobre cualquier proyecto de ley, se puede optar por abordarlo de dos maneras: (1) la primera es de índole técnico-jurídica; (2) la segunda es analizar las ideas que subyacen bajo él, y las que le dan sentido. Lamentablemente, la iniciativa que comentamos es objeto de críticas en estos dos sentidos. Es decir, no sólo está sustentada en ideas que son sumamente cuestionables, sino que la técnica-jurídica empleada es deficiente.

Dado que nos encontramos en el contexto de la discusión en general, pondré el énfasis en la crítica a los fundamentos teóricos del proyecto, que se encuentran debidamente expresados en el Mensaje ingresado por la Presidenta de la República. Así, lo primero que analizaré será el principal argumento para argumentar a favor del matrimonio homosexual: *la igualdad ante la ley*. Luego, esbozaré algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica del matrimonio. Terminaré mi presentación comentando brevemente algunas cuestiones políticas y culturales que están en juego en un debate de esta envergadura.

Fundamentos teóricos de la iniciativa.

1. La insuficiencia del reclamo de la igualdad.

¹ Exposición del abogado Cristóbal Aguilera, coordinador legislativo de Comunidad y Justicia. Comisión de constitución, legislación y justicia del Senado, 27 de noviembre de 2017.

A nadie podría extrañarle que, entre los argumentos que entrega el Mensaje para justificar la presentación de la iniciativa, el énfasis esté puesto en la *igualdad* y la *no discriminación*, que es, por así decir, la cara negativa de la igualdad. El argumento podría enunciarse de la siguiente manera: debido a que el principio jurídico de la igualdad dispone que se debe tratar de *manera igual a todos los iguales*, y dado que tanto los heterosexuales como los homosexuales son iguales ante la ley y tienen los mismos derechos y libertades, no existe razón alguna para impedir que estos últimos puedan acceder al matrimonio. Al contrario, su exclusión constituye una grave e injusta discriminación. En este sentido, dice el Mensaje, el proyecto que analizamos “permite terminar con discriminaciones odiosas que, sustentadas en prejuicios y arbitrariedades, actualmente impiden a personas del mismo sexo adquirir el vínculo matrimonial”².

El argumento, no cabe duda, es políticamente persuasivo. A decir verdad, hoy día cualquier tesis, pretensión o reclamo justificado en el principio de la igualdad, tiene una carga moral difícil de negar. Con todo, ello no implica que necesariamente sea un argumento correcto y que, por el contrario, presente una serie de deficiencias difíciles de obviar.

Lo primero que cabe decir, es que la tesis según la cual la definición actual del matrimonio constituye una discriminación injusta es, al menos, una tesis superficial. En efecto, no es posible concluir que *prohibir que dos personas homosexuales puedan contraer matrimonio es injusto* cuando no nos pronunciamos acerca de qué es el matrimonio. La pregunta, entonces, por la naturaleza jurídica de la institución es ineludible si se quiere concluir lo dicho.

Un ejemplo quizá puede ilustrar lo que acabamos de decir. El argumento de la igualdad por sí solo, como se esboza en este debate, es tan insuficiente, que si uno lo traslada a

² Mensaje N° 130-365, p. 3.

otros ámbitos puede llegar a concluir cosas francamente absurdas. Por ejemplo, no cabe duda que una persona de dos años tiene la misma dignidad que una persona de 40 años. Bajo esa premisa, y ocupando la lógica empleada, se podría concluir que, *dado que son iguales en dignidad y derecho*, sería injusto y discriminatorio permitirle a uno y prohibirle a otro la posibilidad de entrar al jardín. La conclusión, como cualquiera podría advertir, carece de sentido. Pero no carece de sentido por la consideración de la igual dignidad del niño y el adulto, que lógicamente tienen en cuanto a que ambos son persona. La conclusión carece de sentido, porque omite pronunciarse sobre lo que es un jardín, y deja de lado un dato que es obvio: que esta institución, por los fines que persigue, está dirigida a niños y no a adultos.

Lo que queremos explicar, es que el argumento de la igualdad en abstracto, sin las consideraciones necesarias en concreto, puede terminar siendo una falacia.

2. Consideraciones sobre el matrimonio.

Ahora, bien, cabe preguntarse: ¿Cuál es la consideración, en concreto, que debe hacerse en este debate? ¿Qué es aquello que hace falta tener presente para que el argumento de la igualdad no quede en el aire?

Ya lo habíamos adelantado: la consideración que en concreto debe tenerse presente, es sobre la naturaleza jurídica del matrimonio: cuáles son los fines jurídicos que persigue la regulación de esta institución y, por tanto, cuáles son sus características que la identifican y diferencian de otras relaciones familiares. Dicho de otro modo, la pregunta clave es *qué es el matrimonio*.

Nuestro país ha decidido, como muchos otros, regular el matrimonio. Es decir, ha propuesto una regulación jurídica específica, que tiene significativos efectos jurídicos, para una relación familiar específica. ¿Por qué ha hecho esto? La respuesta es sencilla, y la diré con una sola palabra: por los hijos. La razón que explica que el Estado se haya,

por así decir, inmiscuido hasta el punto de regular algo tan aparentemente *privado* como es una relación entre dos personas, es porque ha pensado en dos fines que son socialmente indispensables: (1) la transmisión de la vida y (2) la transmisión de la cultura. Y, consecuentemente, ha definido una serie de características que constituyen los elementos esenciales del matrimonio, entre los cuales se encuentra la *diferencia sexual de los cónyuges*. Porque tiene los fines que tiene, el matrimonio tiene las características que tiene. Explicado así, es imposible concluir que el requisito de la *diferencia sexual* es una discriminación arbitraria. Al contrario, y bajo el lenguaje de la Ley N° 20.609 (ley Zamudio), no lo es porque tiene *justificación razonable*. La consideración de que sólo un hombre y una mujer pueden procrear, no es arbitraria si uno de los fines que se persigue es precisamente la procreación. De ahí que la Corte Suprema haya declarado, por ejemplo, que la actual definición de matrimonio “no puede estimarse que constituye una diferencia arbitraria o caprichosa, sino fundamentada en las diferencias entre varón y mujer, que la ley legítimamente ha considerado relevante” (CS, rol 12.635-2011).

Alguien podría argumentar que se debe cambiar el fin del matrimonio y, por tanto, que también deben mutar sus características y elementos fundamentales. Se podría responder que cambiar las características y elementos fundamentales de una institución equivale, no a *modificarla*, sino a *crear otra distinta*. En palabras del Código Civil, la diferencia sexual es un elemento de la esencia del matrimonio al punto que, sin este elemento, el contrato no existe o degenera en otro diferente. ¿Sería sensato, por ejemplo, seguir llamado *compraventa* a aquel acto jurídico si el comprador, aunque sea por acuerdo de las partes, no se compromete a pagar el precio de la cosa? Por tanto, si se es riguroso jurídicamente, lo que en realidad debe hacer es proponer una institución distinta con un nombre distinto.

Con todo, igualmente cabe hacer otras preguntas ante la propuesta de modificar la definición de matrimonio, entre las cuales la primera es la siguiente: ¿Cuál sería el fin que debería perseguir el matrimonio?

Aquí vale la pena volver la mirada al Mensaje. En él se explica que, para quienes proponen regular el matrimonio homosexual, el fin del matrimonio es regular “relaciones afectivas plenas” ya que esto “justifica que se reconozca al matrimonio como un estatuto especial, preferente y de protección”³. Pero esta razón no parece ser suficiente para justificar todo el entramado jurídico a favor del matrimonio. Más todavía, cabe preguntarse por qué al Estado debería importarle la vida afectiva de sus ciudadanos, y por qué esa relación afectiva específica y no otras, como la amistad, que es igualmente importante para la vida *plena* de las personas. Más aún: ¿Tiene sentido, si es por regular *los afectos de dos personas*, contemplar derechos y obligaciones familiares? ¿Por qué obligaríamos a quienes contraen matrimonio a vivir en el hogar común? ¿Acaso no pueden tenerse *afectos* a la distancia? Qué decir de la obligación de *cohabitar*. Claramente todos los efectos jurídicos del matrimonio pierden absoluto sentido cuando renunciamos a contemplar el fin de la *procreación* y pasamos a entender el matrimonio como una unión *meramente afectiva* que, por muy valiosa que sea, no es socialmente relevante como para proponer una regulación jurídica especial. Bastaría contemplar una unión civil para satisfacer esa pretensión de regular los afectos, lo cual ya está incorporado en nuestro ordenamiento jurídico a través del acuerdo de vida en común.

3. Cambios culturales.

Como último punto, quisiera poner sobre la mesa algunas consideraciones que me parece relevante tener presente en un debate político de esta magnitud. Al final, este debate nos pone frente a dos visiones de la familia y el matrimonio que se contraponen y que políticamente nos tenemos que decidir por una u otra. Ya sabemos que ninguna es, en principio, discriminatoria. La Corte Europea de Derechos Humanos, en este sentido, hace un tiempo volvió a reiterar que no existe violación a los derechos a la no

³ Mensaje N° 130-365, p. 3.

discriminación y a contraer matrimonio cuando un Estado opta por definir el matrimonio como históricamente se ha entendido (caso Chapin y Charpentier, mayo 2016). Aquí cada Estado puede autónomamente tomar la decisión política y legislativa que crea correcta.

Ahora bien, esta disyuntiva nos remonta a algunas preguntas políticas que quiero formular, para evidenciar lo que en realidad está en juego, que no se reduce, por supuesto, a modificar un artículo del Código Civil.

Respecto al matrimonio y la familia. Si pretendemos modificar su naturaleza, y asumir que de ahora en adelante el matrimonio ya no será una unión orientada a la procreación, sino constituida y regulada para satisfacer los afectos de quienes lo contraen, cabe preguntarse lo siguiente: ¿estamos dispuestos a renunciar a lo que hasta ahora hemos entendido por el *matrimonio*, como fundamento de la familia, para comenzar a entenderlo como una *unión afectiva*? ¿En realidad queremos que sean los *afectos* aquello que ligue a la familia? ¿Puede ser una *relación fundada simplemente en los afectos* el sustento de la familia?

Respecto a la posibilidad de adopción o que dos mujeres sean madres de un niño concebido por técnicas de reproducción humana asistida. **¿Estamos dispuestos como sociedad a privar a un niño, aunque sea en casos puntuales, de la experiencia de tener un padre y una madre?** ¿En realidad consideramos la diferencia sexual como algo irrelevante para la educación de un niño en circunstancias de que es indispensable para su procreación? Todo el impulso cultural para que las mujeres y los hombres participen en igualdad de condiciones en todos los ámbitos de la sociedad, desde la política hasta las empresas, **porque consideramos que ambos tienen algo que entregar que es diferente**, ¿lo negamos radical y absolutamente en el aspecto posiblemente más importante que es la educación de los niños?

Todas las preguntas anteriores son complejas y no tienen respuestas inmediatas. Sin embargo, no podemos evitar abordarlas de manera seria y con calma. Puede que ni siquiera hayamos comprendido los efectos y consecuencias de los cambios que se proponen, ¿o alguien ha pensado en el impacto cultural de borrar la voz padre y madre para reemplazarla por la de progenitores?

La carga de la prueba, la responsabilidad de responder estas preguntas, la tienen quienes están a favor del proyecto, y que reforma la situación actual. Y, espero haberlo dejado claro, el argumento de la *igualdad antes la ley* o de la *no discriminación* es, por supuesto, insuficiente.

Muchas gracias.