

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

(Boletín 11.422-07, Mensaje, primer trámite constitucional, Senado, sin urgencia)

I. Introducción

Agradezco —por su intermedio, presidente— la posibilidad de que se nos haya invitado, como Comunidad y Justicia, a exponer ante esta honorable comisión.

Dado que hace ya dos años Cristóbal Aguilera, en nombre de Comunidad y Justicia, expuso ante esta Comisión acerca de este proyecto, optamos por no repetir el mismo argumento. Les entregamos, en todo caso, tanto la exposición de aquella vez como la presente. La perspectiva expuesta la vez anterior era relativa a las ideas que le dan sentido a este proyecto, haciendo un desarrollo acabado, especialmente, de la insuficiencia del argumento relativo a la no discriminación respecto de parejas homosexuales como fundamento para apoyar esta iniciativa. En esta ocasión, expondré, desde una perspectiva jurídico-positiva, una interpretación del concepto de familia en la Constitución, para poder, desde allí, hacer algunos breves comentarios relativos al llamado “matrimonio igualitario”.

II. Hermenéutica originalista

Primero, creo necesario explicar el método de interpretación que sugiero que debe usarse (y que, por lo demás, se ha usado también, aunque no con este nombre, en nuestra jurisprudencia constitucional¹). Una proposición ha de interpretarse teniendo presente su contexto dentro de la obra, pero también el pensamiento global de su autor

* Exposición de Vicente Hargous, Coordinador del Área Legislativa, Comunidad y Justicia, septiembre de 2019.

¹ Vid., por ejemplo, TC, Rol N° 19, 27-10-1983, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 80, 1983, 2.6 79, considerando 9°, donde señala que la filosofía que inspira nuestra Constitución debe servir de guía a su intérprete.

y el momento histórico en que se gestó, de modo que *lo que se debe entender* al leer la Constitución es el significado que *habrían entendido* los lectores de la época en que el texto se redactó. Esta tesis ha adquirido cada vez más importancia en la doctrina y la jurisprudencia estadounidense. Entre otros, lo han sostenido de esta manera Oliver Wendell Holmes, padre del realismo jurídico americano, y Antonin Scalia.

Ahora bien, las normas son actos producidos mediante la acción humana, y como tales surgen desde y para un fin. Solamente en ese fin se puede comprender el significado de una proposición normativa. En este sentido es, a juicio nuestro, como se debe comprender el artículo 19 inciso 1° del Código Civil: la interpretación de las normas se realiza cuando su *sentido* es claro, a través de su tenor literal, que es justamente la manifestación más clara de dicho sentido y que es coherente con los demás criterios propuestos en las reglas de interpretación de las leyes del Código Civil. Así lo sostienen Raúl Lecaros y Cristián Boetsch². En consecuencia, el texto mismo no debiese ‘evolucionar’, salvo que se modifique su formulación o se dicte una norma interpretativa. De otro modo, la norma deja de tener sentido, puesto que se dictó en su origen con un fin, que es el que funda precisamente su existencia y su aplicación como norma. A falta de fin, la norma pasaría a ser pura fuerza, una disposición arbitraria de la voluntad del poder político, sin ninguna justificación. Pero en una democracia precisamente lo que vemos es que el contenido de las leyes se discute mediante argumentos, expuestos aquí, porque así se expresa la racionalidad de las disposiciones que se crean —racionalidad que se identifica con el orden creado por la norma, es decir, por su fin.

III. Aplicación de la doctrina originalista al artículo 1°, inciso 2° de la Constitución

A diferencia de lo que ocurría anteriormente en nuestra tradición constitucional, la Constitución vigente hoy en Chile se ocupó expresamente de la familia; más aún, se le dio una especial protección jurídica. La Constitución establece en su artículo 1° inciso 2° que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”. Se suele usar hoy el

² Vid. sus respectivos apuntes de clases, dentro de la teoría de la ley.

argumento de que la familia ‘evoluciona’, que ‘experimenta cambios’, que el ‘mundo avanza’, y que eso sería suficiente para justificar un cambio respecto de la interpretación jurídica del concepto de familia. Sin embargo, tales argumentos no son sólidos, como mostraremos.

En primer lugar, como sostiene el profesor Hernán Corral, “el que el texto del art. 1° no haya precisado que se refería a la familia fundada en el matrimonio, parece ser indicio de que para el constituyente esto era algo obvio, que no requería explicitación”³, de modo que se buscó referirse al modelo “paradigmático, tradicional y clásico de familia”⁴. Vale decir, se quiso referir al sentido natural y obvio de lo que se entendía en aquella época por familia, que era además el concepto vigente en nuestro ordenamiento jurídico entonces. Por lo demás, habría carecido de sentido referirse a la protección de la familia y al establecimiento de ésta como núcleo de la sociedad, si por ella se entiende un concepto fáctico abierto, en lugar de un concepto normativo estricto (la norma tendría un carácter puramente decorativo, sin ninguna aplicabilidad real a la vida del derecho)⁵.

En segundo lugar, y este es el punto central del argumento, es manifiesto que lo que los redactores de la Constitución se propusieron al incluir a la familia entre las bases de la institucionalidad, era proteger la institución del matrimonio tal y como lo define el artículo 102 del Código Civil, es decir, la unión entre un hombre y una mujer realizada con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente. Tal interpretación se desprende fácilmente de las actas de la Comisión redactora⁶, lo han

³ Corral, Hernán: *Familia y Derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la familia*, Ediciones Universidad de los Andes, Santiago, 1994, pp. 28-29.

⁴ *Ibíd.*, p. 29.

⁵ En el mismo sentido, *Ibíd.*, pp. 29-30.

⁶ Cfr. Acta Constitucional, N°2, considerando 4°, letra a. Si bien no se sostiene la doctrina aquí expuesta, simplemente se asume.

sostenido posteriormente algunos de sus miembros⁷ y, hasta hace poco tiempo, una abrumadora mayoría de la doctrina⁸.

IV. El fin de la norma

A juicio nuestro, la pregunta fundamental que debemos hacernos relativa a este proyecto es la siguiente: ¿por qué el Estado debe inmiscuirse, mediante normas jurídicas, en un asunto tan propio de la vida privada de las personas? ¿Cuál es la nota distintiva que haría al matrimonio un caso especial, distinto de las ‘relaciones afectivas’ de amistad? “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* (...). 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 unión civil]”⁹. En el fondo, solamente de este modo se podrá responder a la cuestión de si *deben ser* plenamente equiparables legalmente las uniones entre personas homosexuales a los matrimonios capaces de procrear, que son los que están dotados de especial protección en nuestro ordenamiento jurídico.

El constituyente regula a la familia precisamente *porque* cumple con *funciones sociales* que no pueden ser sustituidas por otra institución o grupo¹⁰. La primera de ellas

⁷ V.gr. Diez Urzúa, Sergio: *Personas y valores. Su protección constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, pp. 48-49.

⁸ Creemos pertinente citar, especialmente, en general, Soto Kloss, Eduardo: “La familia en la Constitución Política”, en *El Derecho Natural en la realidad social y jurídica* (S. Castaño y E. Soto Kloss, ed.), Universidad Santo Tomás, Santiago, 2005, p. Incluso era así en profesores que no tienen un marcado ‘estigma de conservadurismo’; v.gr. Verdugo Marinovic, Mario, Pfeffer Urquiaga, Emilio y Noguera Alcalá, Humberto: *Derecho Constitucional, Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 111.

⁹ Aguilera, Cristóbal: “Exposición sobre proyecto de ley que modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio de parejas del mismo sexo”, Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Senado, 27-11-2017. Texto disponible en https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=11422-07 (consultado el 10-09-2019, a las 00:28 hrs.).

¹⁰ *Constitución Política de la República de Chile. Doctrina y Jurisprudencia, Tomo I* (Eduardo Aldunate, director; Rosa Muñoz, Daniela Collao y César Retamar, coordinadores y editores), Thomson Reuters-Puntolex, Santiago, 2009, p. 6. Toda la doctrina citada en esta parte de la obra es partidaria de la tesis según la cual la familia se entiende a la luz del fin de procreación del matrimonio, lo que explica su protección constitucional. La obra también considera que de esta norma se desprenden los derechos garantizados en los números 4, 9 y 10 del artículo 19.

es la procreación, que es el principal fundamento para la protección de la familia. Además, cumple una función social también relativa a la educación de los hijos y, por ende, de las personas que en el futuro serán actores de la realidad política y social. Es *socialmente deseable* que se proteja especialmente y se regule la realidad social de la que nacen los individuos, que además es el entorno natural en el cual se va a desenvolver su crecimiento. Por eso, la familia se entiende como un bien jurídico que el Estado está obligado a proteger, en virtud de los artículos 6° y 7° de la Constitución, en relación con el artículo 1°, inciso final.

V. Comentarios finales y conclusión

Antes de seguir con la conclusión de nuestro argumento, quería aprovechar — por su intermedio, presidente— de agregar un breve comentario relativo al Derecho Internacional, dado que es un argumento que suele exponerse como pretexto para que se apruebe esta iniciativa. En primer lugar, creo pertinente mencionar que en los *textos* de los tratados internacionales no se menciona en modo alguno que debe legalizarse el llamado ‘matrimonio igualitario’, muy por el contrario: se establece en abstracto el derecho a fundar una familia, u otras formulaciones análogas (y en ciertos casos se explicita que el derecho a contraer matrimonio lo tienen un hombre y una mujer, como en el artículo 23 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos), pero de ello no se sigue que deba darse reconocimiento público a una relación afectiva de parejas del mismo sexo. Además, muchos tratados no se refieren a la familia como un hecho social de carácter meramente descriptivo, sino como un concepto normativo que funda la convivencia en sociedad, al igual que nuestra Constitución¹¹. Por ende, no creemos que sea adecuado interpretar tales textos como si estableciesen una obligación internacional para los Estados de legalizar el ‘matrimonio de parejas del mismo sexo’. En segundo lugar, ni siquiera cabe afirmar que la universalidad de la jurisprudencia internacional interpreta en este sentido los tratados internacionales de derechos humanos (que, como dijimos, consideramos errado); así, la Corte Europea de Derechos Humanos ha reiterado que

¹¹ En el mismo sentido, cfr. Corral, Hernán: *Familia y Derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la familia*, Ediciones Universidad de los Andes, Santiago, 1994, p. 29.

este asunto es una decisión soberana de cada Estado, sobre la cual no cabe una imposición externa¹². No es pertinente, a juicio mío, legalizar esta iniciativa con el pretexto de una supuesta ‘adecuación a los estándares internacionales’.

Consideramos también que el proyecto no es necesario, puesto que el acuerdo de unión civil ya regula relaciones afectivas distintas del matrimonio (y agrega precisamente la flexibilidad que en el matrimonio no parece deseable, por el bien superior de los hijos). Por otro lado, respecto de los hijos nacidos mediante técnicas de fertilización asistida, ya existe un proyecto en tramitación; no obstante, de todos modos nos parece innecesario regular estos casos, ya que la ley vigente sí ampara a los niños, niñas y adolescentes que quedarían desamparados en caso de que sus madres biológicas falleciesen, pues el artículo 226 del Código Civil permite que el juez confíe el cuidado personal a personas distintas de los padres, velando por el interés superior del niño y dando preferencia, entre otros, al conviviente civil.

Por último, nuestra principal conclusión de esta exposición: consideramos que este proyecto es inconstitucional. Si aceptamos que un texto debe leerse de modo razonable, es decir, según el modo en que sus autores querían que fuese entendido en su tiempo, entonces necesariamente la institución familiar a que se refiere la Constitución es la que se funda en el matrimonio, entre un hombre y una mujer. En consecuencia, el proyecto sería contrario al artículo 1° de la Constitución, por lo que tendría que reformarse dicha norma para poder aprobar esta iniciativa.

Muchas gracias.

¹² Caso Chapin y Charpentier, mayo 2016.