

A la Honorable Cámara de Diputados, a propósito del debate del proyecto de ley de Matrimonio Igualitario, unas palabras de una madre lesbiana.

Karen Atala Riffo

Directora Fundación Iguales

Estimadas y estimados Honorables, tienen ante sí el proyecto de ley que amplía el matrimonio a las parejas del mismo sexo, además regula los derechos de su descendencia, dándole a los hijos e hijas de dichas parejas los mismos derechos que aquellos nacidos en el seno de una pareja heterosexual.

La Constitución Política de la República señala que la familia es la base fundamental de la sociedad, a su turno la ley de matrimonio civil señala que el matrimonio es la base principal de la familia y el Código Civil dice que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer.

Como podrán apreciar Honorables, esta legislación vigente es a esta altura arcaica, y no da respuestas a las uniones afectivas y con proyección en las parejas del mismo sexo, ni a las familias diversas del S. XXI. La definición de matrimonio actual presenta una concepción estrecha limitada que no se adecúa con el carácter evolutivo de los Derechos Humanos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana.

Permítanme explicarles por qué se trata de una concepción arcaica y contraria a los DDHH.

El Art. 102 del Código Civil dice: El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente.

¿La diferencia de sexos para suscribir este contrato es necesaria?

¿Es esta norma discriminatoria? Para estar en posición de justificar esta afirmación, se examina la medida impugnada a la luz del principio de igualdad y no discriminación.

En este sentido, para desentrañar si estamos ante una ley discriminatoria debemos pensar en si la exigencia de ser de sexos diferentes para contraer el contrato de matrimonio se apoya en una “categoría sospechosa”, es decir cuando se utiliza alguno de los criterios enunciados en el último párrafo del artículo 1º de la convención Americana de DDHH: 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. La utilización de estas categorías debe examinarse con mayor rigor precisamente porque sobre ellas pesa la sospecha de ser inconstitucionales.

En estos casos, se debe realizar un escrutinio estricto para examinar su constitucionalidad a la luz del principio de igualdad y no discriminación.

Las personas homosexuales sabemos que, con base al artículo 102 del Código Civil, no nos es reconocido el derecho y la posibilidad de acceder a la figura del matrimonio, contrario a lo que sucede con las personas heterosexuales. El Pacto de Unión Civil solo otorga un piso básico y mínimo de derechos básicos para la pareja del mismo sexo y ninguno para su descendencia.

Aunque se concede el poder normativo para casarse a cualquier persona, ese poder únicamente puede ejercitarse para casarse con alguien del sexo opuesto, por ende, efectúa una distinción basada en la orientación sexual.

Es importante recordar, en primer lugar, que no toda diferencia en el trato hacia una persona o grupo de personas es discriminatoria, puesto que efectuar distinciones, estas constituyen “diferencias que deben ser razonables y objetivas, (y) las discriminaciones constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos. Luego, para saber si una norma es discriminatoria, corresponde hacer un escrutinio estricto de las distinciones basadas en categorías sospechosas (sexo) de tal manera que se garantice que sólo serán constitucionales aquellas que tengan una justificación muy robusta.

Entonces, corresponde realizar un escrutinio estricto del artículo 102 del Código Civil “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente” y para ello se debe analizar si esta norma persigue una finalidad imperiosa.

Una luz nos la da el artículo 1º de nuestra Constitución Política, que impone al Estado estar al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común”. La protección de la familia no sólo es una finalidad legítima para el legislador, sino una finalidad constitucionalmente ordenada.

Luego, ¿por qué se prohíbe a las parejas del mismo sexo acceder a la institución matrimonial? La razón por la cual las parejas del mismo sexo no han gozado de la misma protección que las parejas heterosexuales es producto del legado de severos prejuicios que han existido tradicionalmente en su contra. En efecto, es una consecuencia directa de la discriminación histórica que ha existido hacia las parejas homosexuales por razón solamente de su orientación sexual.

Históricamente, no solo han sufrido la discriminación las parejas homosexuales cuando se les niega el acceso al matrimonio, sino que se produce una analogía con la discriminación que en otro momento sufrieron las parejas interraciales. Traigo a colación el caso *Loving v.*

Virginia en 1967, la Corte Suprema estadounidense argumentó que “[r]estringir el derecho al matrimonio sólo por pertenecer a una o a otra raza es incompatible con la cláusula de protección equitativa” prevista en la Constitución norteamericana. Hoy nos parece aberrante prohibir el matrimonio interracial, que fue justificada en su momento por razones morales y religiosas.

Es más, puede decirse que el poder normativo para contraer matrimonio sirve de poco si no otorga la posibilidad de casarse con la persona que uno elige.

Citaré los argumentos de la Suprema Corte de la Nación Mexicana a propósito de recursos de amparo por negarse el matrimonio a las personas del mismo sexo:

“Pero el derecho a casarse no sólo comporta el derecho a tener acceso a los beneficios expresivos asociados al matrimonio, sino también el derecho a los beneficios materiales que las leyes adscriben a la institución.”

En este sentido, acceder al matrimonio comporta en realidad “un derecho a otros derechos”.

En el orden jurídico mexicano existen una gran cantidad de beneficios económicos y no económicos asociados al matrimonio. Entre éstos destacan los siguientes: (1) beneficios fiscales; (2) beneficios de solidaridad; (3) beneficios por causa de muerte de uno de los cónyuges; (4) beneficios de propiedad; (5) beneficios en la toma subrogada de decisiones médicas; y (6) beneficios migratorios para los cónyuges extranjeros y acceso a la nacionalidad (7)”. Estos mismos beneficios son lo que se dan en Chile.¹

¹ AMPARO EN REVISIÓN 581/2012 de fecha 5 de diciembre de 2012.
Y AMPARO EN REVISIÓN 152/2013 (DERIVADO DE LA SOLICITUD DE EJERCICIO DE LA FACULTAD DE ATRACCIÓN 387/2012) QUEJOSOS, sentencia de fecha 23 de abril de 2014.

Además, uno de los fines del matrimonio es el auxilio mutuo, es decir, los deberes de solidaridad en el matrimonio, en este aspecto la desprotección de los miembros de la pareja del mismo sexo queda de manifiesto en muchos aspectos jurídicos (a modo meramente enunciativo); la Ley de accidentes laborales, derechos derivados de la seguridad social, los beneficios que se conceden al cónyuge de funcionarios de las FFAA y del Orden y Seguridad; demandar alimentos mayores; el ser curador ante la incapacidad de uno de los cónyuges; la toma de varias decisiones médicas, el destino del cuerpo del cónyuge fallecido, etc.

Estos ejemplos nos demuestran en qué medida la privación de beneficios materiales afecta la calidad de vida de las parejas homosexuales.

Vemos como efectivamente el matrimonio otorga a los cónyuges una gran cantidad de derechos. En este sentido, negar a las parejas homosexuales los beneficios tangibles e intangibles que son accesibles a las personas heterosexuales a través del matrimonio implica tratar a los homosexuales como si fuéramos “ciudadanos de segunda clase”.

No existe ninguna justificación racional **-solo religiosas-** para reconocer a los homosexuales todos los derechos fundamentales que les corresponden como individuos en el acceso al matrimonio. Solo se nos concede un mínimo de derechos para nuestra vida en pareja a través de un acuerdo de unión civil, que sólo otorga un piso mínimo de derechos. Los convivientes civiles heterosexuales puedan subir un peldaño más y casarse, pero solo por nuestra orientación sexual se nos impide.

La exclusión de las lesbianas y gays de la institución matrimonial perpetúa la noción de que las parejas del mismo sexo son menos merecedoras de reconocimiento que las heterosexuales, ofendiendo con ello su dignidad como personas y su integridad.

En este orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Atala Riffo y niñas v. Chile*, destacó la “discriminación histórica y estructural” que las minorías sexuales han sufrido y señaló que:

“[...] los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*, además de estar obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.”

De La Familia a Las Familias:

El artículo 1º de nuestra Constitución al señalar que la familia es la base fundamental de la sociedad, puede interpretarse *prima facie* aludiendo a un “modelo de familia ideal” que tenga como presupuesto al matrimonio heterosexual con padre, madre e hijos biológicos. Sin embargo, la jurisprudencia se ha encargado de darle una interpretación amplia. Y acorde a ser la familia una realidad social que se debe a su época, la Ley 20.530 del año 2019 abre el concepto de familia para adecuarla a estos tiempos: “es el núcleo fundamental de la sociedad compuesto por personas unidas por vínculos afectivos, de parentesco o de pareja, en que existen relaciones de apoyo mutuo, que generalmente comparten un mismo hogar y tienen lazos de protección, cuidado y sustento entre ellos.”

La protección estatal traduce en que esa protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones existentes en la sociedad: familias nucleares compuestas por padres e hijos (biológicos o adoptivos) que se constituyan a través del matrimonio o uniones de hecho; familias monoparentales; familias extensas o consanguíneas que se extienden a varias generaciones, y también familias lesbomaternales y gay parentales con hijos (biológicos o adoptivos) o sin ellos. En virtud de dicha realidad y dado que la diversidad

sustenta el principio de igualdad y no discriminación, que es básico para el derecho internacional de los derechos humanos, se establece que el término familia debe entenderse en plural: —las Familias.

Sobre la procreación como fin del matrimonio, en este Siglo XXI, queda de manifiesto la desvinculación entre matrimonio y procreación. Quedarían fuera de los fines del matrimonio todas aquellas parejas heterosexuales que no pueden serlo por su edad, infertilidad o el deseo de no serlo y una serie de eventos.

Evidentemente estas parejas pueden suscribir el contrato matrimonial aunque no cumplan con la finalidad de procrear.

Por otro lado, se procrean hijos fuera del matrimonio y en Chile ello no es ajeno; más del 70% de los hijos nacidos en Chile lo hacen fuera del matrimonio.

Luego, no es un fin esencial del matrimonio la procreación.

Y a medida de los avances de la ciencia y la medicina, la procreación no necesita del coito como vía biológica “natural” para ser padres. Desde el desarrollo de las técnicas de fertilización humana asistida se cambió el paradigma de la concepción “natural” para concebir la descendencia.

Mientras la ciencia médica que permite acceder a la fertilización a parejas de lesbianas, nuestra ley de filiación permanece anclada en paradigmas ajenos a los avances tecnológicos y culturales. En esta lógica histórica pre científica tecnológica, se excluyen a los niños que han nacido por deseo de sus madres de formar una familia. Las madres lesbianas conscientes de su voluntad procreacional se someten a las técnicas de fertilización humana asistida o recurren a la adopción monoparental, dado que su vínculo matrimonial no es reconocido legalmente. Por otro parte, las parejas homosexuales, si

recurren a la adopción, solo puede hacerlo un miembro de la pareja como soltero. En ambos casos, tratándose de madres lesbianas o padres gays, los hijos quedan absolutamente desprotegidos de sus derechos filiativos respecto de aquel progenitor al cual la ley vigente invisibiliza absolutamente. Es duro decirlo, pero el concepto social tan arraigado en nuestro país de ser un hijo “huacho”, a pesar de haberse equiparado los derechos de los hijos nacidos fuera del matrimonio con los matrimoniales, aún persiste; son estos niños, nuestros hijos.

A modo enunciativo, para que vuestros Honorables vean la absoluta desprotección de estos hijos de familias lesbomaternales:

Respecto de su madre no gestante ese hijo o hija no tiene derechos a de:

- ser heredero de su madre y de la familia de ella;
- a ser beneficiario en el sistema de salud privada o pública;
- a ser carga de su madre en el sistema de previsión social;
- a la sala cuna financiada por el empleador;
- a ser beneficiario del sistema de bienestar social del estado como carga;
- a ser cuidado por su madre no gestante en caso de discapacidad o muerte de su madre biológica;
- a ser considerado alimentario en los casos establecidos en la ley n°20.680;
- a mantener contacto directo y frecuente en los casos establecidos en la ley 20.680;
- a ser reconocido como hijo en los servicios de urgencia hospitalaria, con el riesgo de ser separado de ella;
- a ser reconocido como hijo en el sistema escolar;
- a que su madre no biológica autorice – o no - sus viajes de estudio, o cualquier actividad extra programática en el colegio;
- a que sus tíos y/o abuelos de parte de su madre no gestante puedan tener su cuidado personal en caso de fallecimiento de ambas madres, aun siendo este el deseo registrado de las madres;

- a ser represente ante la justicia siendo menor de edad; a que su madre autorice – o no – tratamientos médicos;
- a que su madre no gestante autorice – o no – su ingreso a una organización juvenil como scout, club deportivo u otras de índole religiosa y/o comunitaria

Se han logrado reconocimientos filiativos para ambas madres; la gestante como la no gestante de la filiación de sus hijos por sentencias judiciales. Esto evidencia una doble discriminación hacia esos niños. En primer lugar, hay una discriminación económica ya que solo quienes tienen recursos para iniciar un proceso pueden eventualmente gozar del reconocimiento filiativo. Luego, están los avatares que este proceso conlleva, pudiéndose obtener una sentencia desfavorable que les niegue ese derecho a reconocimiento legal y por extensión prive a ese niño a su identidad.

Los padres tienen el derecho preferente a educar a sus hijos y escuchamos la consigna “Con mis hijos no te metas”. Estas consignas están dejando fuera a todos los hijos/as nacidos en parejas de lesbianas y de gays.

Entonces me pregunto ¿Dónde quedan esos derechos a los cientos de niños y niñas que han nacido y viven en el seno de una pareja del mismo sexo?

No hablamos de ficción, hablamos de Maximiliano, Laura, Alma, Isidora, Ignacio, Héctor, Lourdes, Pedro y su hermano José Miguel, los mellizos Diego y Lucas y así tantos cientos de niños más que ya viven y los que vendrán a este mundo. La primacía de la realidad está presente en cada uno de ellos.

En conclusiones:

1. Es un hecho innegable que la secularización de la sociedad y del propio matrimonio, así como la transformación de las relaciones humanas, han llevado paulatinamente a diversas formas de relación afectiva, sexual y de solidaridad mutua y, de ahí, a modificaciones legales en cuanto a la institución del matrimonio. Esto ha derivado en

la redefinición del concepto tradicional que del mismo se ha tenido en cada época y a su desvinculación de una función procreativa, como fin de este.

2. En la actualidad la institución matrimonial se sostiene primordialmente “en los lazos afectivos, sexuales, de identidad, solidaridad y de compromiso mutuos de quienes desean tener una vida en común.
3. No hacer extensivo el matrimonio a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas que sí están comprendidas en la definición del artículo 102 del Código Civil, constituye una distinción en razón de “sexo” que a estas alturas de la evolución humana es discriminatoria, porque las orientación sexual no constituyen un aspecto relevante para auxiliarse en todas las circunstancias de la vida en pareja y fundar una familia. Y en último evento, la vida de dos personas homosexuales no se limita sólo a la vida en pareja, sino que, como cualquier pareja heterosexual, se puede extender, de así desearlo, a la procreación y la crianza de niños y niñas.
4. En esta línea, el Artículo 102 del Código Civil se traduce también en un trato discriminatorio por parte de la ley hacia las hijas e hijos de las parejas homosexuales, que los colocan en un plano de desventaja respecto de las hijas e hijos de parejas heterosexuales.

Palabras finales:

Nuestros legisladores deben entender que no están en el Congreso para perpetuar sus creencias personales o religiosas, como tampoco para reforzar los intereses o privilegios de la mayoría, ni perpetuar las discriminaciones históricas que sufren una importante población de nacionales, sino que su obligación, según el art.1 de la Constitución Política de la República, es concurrir a la dictación de las leyes de la nación, teniendo como Norte estar al servicio de la persona humana y promover el bien común.

No puedo no citar las palabras del ex presidente de España, José Luis Rodríguez Zapatero, allá en el 2005, hace 16 años ya, ante la Cámara a propósito del matrimonio igualitario:

“Reconocemos hoy en España el derecho de las personas a contraer matrimonio con otras de su mismo sexo. (...) Se trata de un pequeño cambio en el texto legal: se agrega apenas un escueto párrafo en el que se establece que el matrimonio tendrá los mismos requisitos y los mismos efectos cuando los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo; un pequeño cambio en la letra que acarrea un cambio inmenso en las vidas de miles de compatriotas.

No estamos legislando, Señorías, para gentes remotas y extrañas. Estamos ampliando las oportunidades de felicidad para nuestros vecinos, para nuestros compañeros de trabajo, para nuestros amigos y para nuestros familiares, y a la vez estamos construyendo un país más decente, porque una sociedad decente es aquella que no humilla a sus miembros.”

De haberse aprobado el matrimonio igualitario y los derechos filiativos hace 10 años atrás, ni mis hijas ni yo habríamos sufrido la discriminación del Estado que alteró nuestra familia ¡Cuánto dolor sufrido que pudo haberse evitado! Ese es el daño que causa a las familias LGTBI actuales y futuras y eso es algo que no se lo deseo a nadie. Impedirnos el derecho al matrimonio, no darnos reconocimiento legal a nuestros hijos es negar nuestra humanidad y dignidad.

Muchas gracias.

Santiago, 2 de septiembre de 2021