Noviembre de 2017

**Proyecto de Ley sobre Matrimonio Igualitario, Boletín 11422-07**Primer trámite constitucional. Discusión General, Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.

1. **¿Por qué es necesario que haya una ley sobre matrimonio igualitario en Chile?**

* **Derecho a la protección de la familia**

La Constitución Política señala que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, y que es deber del Estado dar protección a esta y propender a su fortalecimiento. Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) como los tribunales nacionales han señalado que “no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma”[[1]](#footnote-1). Por ende, es deber del Estado proteger todos los tipos de familia, independientemente de la orientación sexual de quienes la conforman.

El Derecho a la protección a la familia está consagrado en el artículo 19 N°4 de la Constitución, como también en diversos instrumentos internacionales[[2]](#footnote-2) ratificados por Chile. En todos estos no solo se señala que la familia es el elemento fundamental de la sociedad y que debe ser protegida por el Estado, sino que además consagran expresamente el derecho a contraer matrimonio, por tanto el derecho a contraer matrimonio es un derecho humano. Igualmente, la ley 19.947 que estable la nueva ley de matrimonio civil, señala en el artículo 2° que la facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana.

* **Derecho a la Igualdad y no discriminación**

La Constitución Política en el artículo 1° señala que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y en el artículo 19 N°2 consagra el derecho fundamental de igualdad ante la ley.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos al respecto ha señalado que “la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación.”[[3]](#footnote-3) Esto es justamente lo que pasa con las personas de la diversidad sexual, ya que se les niega del goce de derechos que sí se reconocen al resto de la población, como lo es el acceso al matrimonio.

**¿Por qué no es suficiente el Acuerdo de Unión Civil para las parejas del mismo sexo?**

Si bien el Acuerdo de Unión Civil fue un avance en materia de protección de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, esta contiene algunas deficiencias, como por ejemplo no permite que los convivientes civiles sean carga familiar. No obstante, el principal problema es que no contempla derechos filiativos, por tanto, los hijos de las parejas del mismo sexo quedan en una situación de vulnerabilidad, ya que no pueden tener la filiación determinada respecto a ambos padres o madres.

Por otra parte, en una sociedad democrática y en virtud del derecho a la igualdad y no discriminación, es inaceptable que existan instituciones a las que no pueden acceder ciertas personas en razón de su orientación sexual. El matrimonio es el único contrato en Chile que impide celebrarlo a ciertas personas en razón de su orientación sexual y en este sentido cabe señalar que el Estado ya fue condenado internacionalmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Atala Riffo el año 2012, por discriminar en razón de la orientación sexual.

En rigor, aunque el Acuerdo de Unión Civil consagrara los mismos derechos que el matrimonio, e impidiera el acceso a este a las parejas del mismo sexo, el Estado seguiría perpetuando la discriminación estructural que hay hacia las personas de la diversidad sexual, ya que el matrimonio no solo tiene efectos jurídicos, sino que además, tiene un valor simbólico. Por tanto, el Estado debe permitir que todas las personas accedan a esta institución, en igualdad de condiciones, independientemente de su orientación sexual.

1. **Aspectos fundamentales que debe contener una lee de matrimonio igualitario:**

Cabe señalar que el matrimonio igualitario debe contemplar los mismos derechos que se consagran para las parejas de distinto sexo.

1. **Derechos filiativos:**

La filiación es el vínculo jurídico entre los padres y/o madres e hijos. Actualmente, no existe reconocimiento expreso de la filiación por parte de parejas del mismo sexo respecto de sus hijos, a pesar de que ambos hayan tenido la voluntad procreacional o que ambos los críen. Esta situación deja a niños, niñas y adolescentes en una situación de total desprotección, privándolos del derecho a la protección a su familia, de la certeza jurídica en sus relaciones familiares, del derecho a la igualdad de todos los hijos, lo que fue zanjado en el año 1.999, de su derecho a la identidad y de otros derechos que se desprenden de la filiación, tales como el derecho al cuidado personal, derecho de alimentos, derechos hereditarios, entre otros.

Es por esto, que el proyecto de matrimonio igualitario debe establecer expresamente la filiación respecto a ambas madres o padres, de los hijos ya existentes y de los que nacerán. De lo contrario, el Estado va en contra de su deber de protección especial de niños, niñas y adolescentes, discriminándolos y dejándolos en una situación de suma vulnerabilidad, simplemente por la orientación sexual de sus padres o madres.  
  
2. **Adopción:**

El proyecto de matrimonio igualitario debe garantizar que las parejas del mismo sexo puedan adoptar en las mismas condiciones que las parejas de distinto sexo, centrándose en las habilidades parentales de los padres/madres y no en la orientación sexual de estos, ya que tal como han señalado los tribunales nacionales “la orientación sexual de los padres no es una consideración relevante en nuestro ordenamiento jurídico.” [[4]](#footnote-4)

3. **Técnicas de Reproducción Asistida**

El artículo 182 del Código Civil establece que el padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a estas y en el segundo inciso establece que no podrá impugnarse ni reclamarse una filiación distinta. El proyecto de ley agrega un inciso final el cual señala que “sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, tratándose de una pareja de mujeres, la filiación del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida se determinará conforme a lo dispuesto en los artículos 183, 187 y 188”. Agregar este inciso al final del artículo en vez de incluirlo antes del segundo inciso o haber establecido que la filiación queda determinada respecto a las personas que se someten a la técnica de reproducción asistida, podría generar un problema, ya que no queda claro si la filiación de los niños y niñas que nacen a través de la mencionada técnica a la cual se sometieron dos mujeres se podrá impugnar o reclamar una filiación distinta. Si solo en estos casos se pudiera reclamar o impugnar la filiación, sería discriminatorio, debido a que el artículo 182 es claro en establecer que no se podrá impugnar ni reclamar una filiación distinta, ya que el legislador entendió que la voluntad procreacional o el ánimo de acogida están por sobre el aporte genético[[5]](#footnote-5), y que además debe garantizar la certeza jurídica en las relaciones familiares, especialmente cuando se trata de niños y niñas.

**III.** **Derecho Comparado**

Desde el año 2001 Holanda es el primer país que cuenta con matrimonio igualitario. Desde entonces, cada vez son más los países que se han sumado, siendo 25 en total: Argentina, Bélgica, Brasil, Canadá, Colombia, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Irlanda, Islandia, Luxemburgo, México, Noruega, Nueva Zelanda, Portugal, Reino Unido, Suecia, Sudáfrica, Uruguay, Groenlandia, Bermudas y Taiwán.

1. Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Párr.136. [↑](#footnote-ref-1)
2. Tales como: Convención Americana sobre Derechos Humanos, Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Párr.79. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia Rol: Nº 1889-2016, de 22 de noviembre de 2016. Considerando segundo. [↑](#footnote-ref-4)
5. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley, Código Civil, DFL N° 1, Artículo 182, Filiación determinada mediante aplicación de técnicas de reproducción humana asistida.Págs. 13, 24, 25, 26, 27. [↑](#footnote-ref-5)