



### **Hernán Corral Talciani**

Abogado. Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Navarra, España. Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de los Andes.  
hcorral@uandes.cl



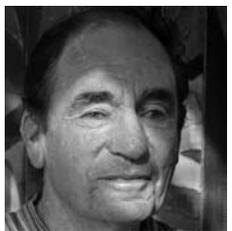
### **Rolando Jiménez**

Fundador y desde el 2005 presidente del Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH), colectivo nacido en 1991. También ocupa cargos en diversas redes y asociaciones nacionales e internacionales de derechos humanos. Su trabajo a favor de la igualdad para lesbianas gays, bisexuales y transexuales ha recibido variados reconocimientos, siendo el más reciente el del 2010 cuando Naciones Unidas lo destacó por su lucha contra la discriminación junto a otros 22 líderes sociales de América Latina. Su trabajo se ha caracterizado por el desarrollo periódico de campañas, estudios y acciones de incidencia política y social para prevenir y enfrentar todo tipo de discriminación y/o violación a los derechos humanos en los tres poderes del Estado, en las Fuerzas Armadas y de Orden y en la ciudadanía. Durante la dictadura, el dirigente desarrolló una activa labor política de base cuyo fin era la recuperación de la democracia, lo que le valió diversas detenciones y torturas.  
movilh@gmail.com



### **Marcela Virginia Rodríguez**

Abogada, Universidad de Buenos Aires. Maestría en Derecho, Yale University (EE.UU.). Diputada Nacional, Argentina, 2001-2013. Vicepresidenta III Cámara de Diputados de la Nación 2008 y 2009. Autora de numerosas iniciativas legislativas y publicaciones sobre derechos humanos, derecho constitucional, derechos humanos, justicia y género. Consejera del Consejo de la Magistratura de la Nación 2002-2006. Asesora Convención Nacional Constituyente. Co-Dirección de la Mujer, Municipalidad de Vicente López 1993-2001. Capacitadora Judicial de entrenadoras/es judiciales para América Latina: Proyecto Hacia una Jurisprudencia de la Igualdad, Asociación Internacional de Mujeres Jueces. Directora del Grupo Justicia y Género del Centro Interdisciplinario para el Estudio de Políticas Públicas.  
mrodriguez@diputados.gov.ar



### **Albie Sachs**

Ex Juez del Tribunal Constitucional de Sudáfrica, se desempeñaba como defensor en casos de derechos humanos cuando se vio obligado a partir al exilio luego de pasar largos períodos detenido o proscrito. Durante los siguientes 20 años se dedicó a enseñar derecho en el Reino Unido y en Mozambique. En 1988 perdió un brazo a raíz de un coche bomba activado en Maputo por agentes de seguridad del régimen del apartheid. Regresó a Sudáfrica en 1990 y participó en las negociaciones que llevaron a la recuperación de la democracia. Sachs es un prolífico escritor y 11 de sus libros están muy bien considerados.  
albie@albiesachs.com



### **Macarena Sáez**

Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, y LL.M. de la Universidad de Yale en Estados Unidos. Profesora de Derecho de American University Washington College of Law en Estados Unidos, donde enseña Derecho de Familia y Derecho Comparado. Desde 2008 coordina la Red de Académicos Latinoamericanos en Género, Sexualidad y Derecho ALAS, cuyo objetivo es visibilizar en la enseñanza tradicional del derecho los casos y problemas que sufren principalmente las mujeres y las minorías sexuales. A propuesta de la Academia Internacional de Derecho Comparado, en julio de 2010 fue la relatora general para el tema de matrimonio de parejas del mismo sexo en el XVIII Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado en Washington D.C. En 2008 coeditó el primer libro de casos sobre mujeres y sexualidades diversas de la región, "La Mirada de los Jueces: Decisiones sobre Género y Sexualidad en Latinoamérica". Su publicación más reciente es *Same-sex marriage, same-sex cohabitation, and same-sex families around the world: Why "same" is so different*, en AM. U. Journal of Gender, Social Policy & the Law, Vol. 19:1. Spring 2011.  
msaez@wcl.american.edu

La institución legal del matrimonio secular ha experimentado importantes modificaciones en muchos países. Entre estos cambios se cuentan la posibilidad del divorcio por acuerdo mutuo o decisión unilateral de uno de los cónyuges, la flexibilización de los roles tradicionales de hombres y mujeres en asuntos públicos y privados, y un mayor rango de regímenes patrimoniales a los que pueden optar los contrayentes. Estos y otros aspectos han hecho que algunas características históricas del matrimonio, tales como la naturaleza indisoluble del vínculo, su condición de único marco institucional para la procreación legítima y la división tradicional de los roles de los cónyuges, ya no sean consideradas elementos indispensables del matrimonio legal.

Estas transformaciones han sido, en parte, el corolario de campañas y debates sobre la institución del matrimonio, que se han promovido desde distintos sectores de la sociedad y que han puesto en cuestión si diversos aspectos de esta institución se hallan o no en consonancia con el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación consagradas en las constituciones políticas y los tratados internacionales de derechos humanos. Como resultado de este proceso, muchas normas de la legislación civil como la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, la potestad marital en la sociedad conyugal o la imposibilidad de establecer judicialmente la paternidad, han sido derogadas en la región.

La discusión sobre el contenido y alcance del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación también ha incluido la posibilidad de uniones entre parejas del mismo sexo. Esta discusión se lleva a cabo actualmente en muchos países de América Latina. De ellos, Argentina y México han modificado sus legislaciones, permitiendo los matrimonios entre personas del mismo sexo y la adopción de niños y niñas por estas parejas. Tanto para detractores como para promotores de estas reformas, en el fondo se trata de un debate sobre qué tipos de familia debe reconocer y amparar el Estado<sup>1</sup>.

1. **Definición de la familia.** Considerando la diversidad de formas que pueden asumir las relaciones afectivas y filiales, ¿qué elementos son definitorios para decidir qué debe ser considerado como una familia? ¿Qué tipos de familia deben ser amparadas por el Estado?
2. **Matrimonio.** A partir de los cambios que la institución del matrimonio ha experimentado, ¿cuál es la importancia que todavía tiene el matrimonio en nuestra sociedad? A su juicio, ¿por qué muchas parejas –heterosexuales o del mismo sexo– consideran significativo poder contraer matrimonio?
3. **Causales para distinguir.** Las constituciones políticas y los tratados internacionales de derechos humanos consagran el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación. A su juicio, ¿existen situaciones en el ámbito de la regulación del derecho de familia en que proceda distinguir legalmente entre personas homosexuales y heterosexuales? ¿Cuándo y por qué procederían?
4. **Hijos e hijas.** Uno de los puntos de mayor controversia en el debate sobre matrimonio entre parejas del mismo sexo tiene que ver con la filiación y con la posibilidad de que puedan adoptar. Quienes se oponen a esta posibilidad han dicho que las niñas y niños tendrían derecho a crecer en una familia heterosexual pues éstas serían el estándar de “normalidad”. Esto puede aplicarse a la tuición de los hijos(as) si los padres se separan y uno de ellos convive con una pareja del mismo sexo o bien a la posibilidad de adopción por parte de parejas del mismo sexo, cualquiera sea la formalización jurídica de su unión. ¿Existe un derecho a crecer

<sup>1</sup> Lamentablemente por razones laborales, la profesora Carmen Domínguez no pudo presentar sus respuestas a las preguntas del simposio.

en una familia heterosexual compuesta por padre y madre? ¿Cuáles son los principios que, en el ámbito familiar, es deseable proteger y promover para el desarrollo pleno de niños y niñas? ¿Cree usted que la preferencia sexual de los padres tienen alguna incidencia a la hora de garantizar dichos principios? ¿Estima legítimo privar a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de ser padres o madres reconocidos como tal por el derecho?

## 1. Definición de la familia.

**Considerando la diversidad de formas que pueden asumir las relaciones afectivas y filiales, ¿qué elementos son definitorios para decidir qué debe ser considerado como una familia? ¿Qué tipos de familia deben ser amparadas por el Estado?**

### 1. Definición de la familia

#### HERNÁN CORRAL TALCIANI

Es menester evitar que la polisemia de la palabra familia produzca las confusiones habituales entre los que entienden que están hablando de familia en un determinado contexto y otros que intentan usarlo en un contexto diferente. Así se cae en un diálogo de sordos. No es lo mismo definir la familia para efectos de un censo estadístico que para determinar el contenido del derecho de uso y habitación (artículo 815 del Código Civil) o para interpretar el deber del Estado de proteger y fortalecerla (artículo 1º de la Constitución). La pregunta se refiere a un contexto específico y en ella debe buscarse la respuesta: dicho contexto se refiere a qué debe entenderse por familia cuando deseamos otorgar una protección especial y diferenciada a una asociación de personas desde un punto de vista jurídico. Así lo que debiera procurarse es delimitar qué se entenderá por familia para determinar que ella merece un tratamiento especial por el Derecho como una realidad social que produce bienes que son de interés no sólo individual sino público y de modo que se pueda constituir a su alrededor todo un Derecho especial de tutela, al que puede darse el nombre de “Derecho de Familia”. En este contexto, la palabra familia asume un contenido preponderantemente axiológico y normativo (del deber ser), no meramente sociológico o fáctico ni tampoco meramente psicológico o afectivo. Si se esclarece así el contexto de significado, pienso que podría haber bastante consenso en que la familia que puede calificarse de “núcleo fundamental de la sociedad” (artículo 1º de la Constitución) o el “elemento natural y fundamental de la sociedad” (artículo 17.1 Convención Americana de Derechos Humanos) es aquella comunidad de personas que se funda en la unión entre hombre y mujer que se comprometen pública y jurídicamente a compartir la plenitud de sus vidas y establecer así un hogar adecuado para recibir, criar y educar a los hijos.

Otras relaciones de parentesco o de convivencia podrán merecer efectos jurídicos, para evitar abusos o para fines asistenciales, pero eso no significa que sean equiparables al modelo sobre el cual el sistema jurídico incentiva y propone la constitución y desarrollo de la familia, como realidad social fundamental para el bien personal y para el bienestar público.

### 1. Definición de la familia

#### ROLANDO JIMÉNEZ

En sociedades conservadoras –ya sea que exista o no una separación legal y/o real entre iglesias y Estados– fuertemente influenciadas por las religiones en el desarrollo y mantención de sus tradiciones, históricamente predominó, tanto en las reglas sociales, en la aplicación de las políticas públicas y como en las legislaciones, la idea de que la familia es una sola, constituida por madre, padre e hijos/as. Para algunos, además, esto implica un entendimiento del matrimonio como exclusivamente heterosexual y destinado a la procreación.

La concepción de la familia determinada por un diseño único y no una multiplicidad de éstos produce instantáneamente discriminaciones y exclusiones respecto de otro tipo de estructuras, como las que agrupan sólo a madres y sus hijos/as, a abuelo/as y sus nietos/as, a las parejas que han adoptado o que deciden no procrear, o a quienes se han separado, por mencionar sólo algunas.

Constando que las composiciones son distintas, es fácil comprender que, en consecuencia, existan múltiples formas de crear y hacer familia y en un país donde cada persona es igual en derechos y deberes, el Estado tiene la obligación de ampararlas a todas.

No obstante, si bien los Estados de una u otra forma han ido comprendiendo y asumiendo estos cambios y realidades, sólo se ha avanzado en reconocer la diversidad en la composición como un factor relevante al momento de determinar qué constituye una familia y poco se ha cuestionado si éste es *el* factor que debe definirlos. Y es que la pluralidad de familias no se explica sólo por su composición, elemento que también es restrictivo. Cuando dos o más personas se unen para amarse y ayudarse, estamos en presencia de familias, por tanto el afecto y el cuidado son factores determinantes que explican de mejor manera pluralidad familiar existente.

La Declaración Universal de Derechos Humanos define a la familia en su artículo 16 sólo como “el elemento natural y fundamental de la sociedad que tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. “Natural y fundamental” porque es en el seno de sus propias familias que las personas a lo largo de su vida crecen, estrechan lazos afectivos, maduran y conocen de herramientas para desenvolverse en sus respectivos contextos y así contribuir desde sus particulares intereses y experticias al desarrollo de su entorno más cercano, lo cual tiene impacto directo en la sociedad como conjunto. Luego, los elementos centrales que deben definir una familia son sin duda los sentimientos que unen a dos o más personas y donde cada una tiene por deseo natural o fin el bienestar o la felicidad de la(s) otra(s) otro.

Esto no sólo es teoría, sino parte de la realidad: el 45% de los chilenos y chilenas dice conocer a una “familia atípica o distinta”, mientras que para el 84,6% la unidad familiar pasa por los sentimientos involucrados y sólo para el 10,8% por el parentesco<sup>1</sup>.

Mientras el Estado no asuma esta realidad y limite el reconocimiento y protección de las familias sólo cómo éstas se componen y no a las relaciones afectivas y de cuidado que las personas libremente construyen, continuará excluyendo y discriminando a un porcentaje importante de la población que merece igual respeto y garantía de sus derechos.

### 1. Definición de la familia

#### MARCELA VIRGINIA RODRÍGUEZ

Simplificando de manera extrema cualquier abordaje posible<sup>2</sup>, históricamente el concepto de familia ha tenido un fuerte sesgo patriarcal y discriminatorio<sup>3</sup>. Sus notas definitorias requieren ser objeto de deconstrucción y reconstrucción desde distintas perspectivas<sup>4</sup>. El reducto mínimo de la categoría de “familia” refiere a la idea de

<sup>1</sup> Adimark GFK y Te Club, “Encuesta La Familia del Bicentenario”, Santiago, Chile, 2003.

<sup>2</sup> Aclaración preliminar: Este espacio acotado torna complejo responder esas cuestiones –o al menos intentarlo–, de una forma realmente exhaustiva, tal como ameritan.

<sup>3</sup> Acoto que originalmente fue un mero esquema de regulación de transmisión de bienes y de administración de relaciones de poder signadas por sistemas de dominación y subordinación por razón de género, entre diversos factores de opresión. En el origen de la modernidad se produjo la amalgama dominante en los países de tradición católica entre la familia romana, puramente patrimonialista y la familia católica, cuyo sentido era la reproducción –fundada sobre el matrimonio– como única organización lícita de los lazos afectivos. Véase entre otros/as: FOUCAULT, M. Historia de la sexualidad T.1 La voluntad de saber. Argentina. Siglo XXI; MOLLER OKIN, S. John Rawls: Justice as Fairness - For Whom? En: SHANLEY, M. L. y PATEMAN, C. (Eds.) Feminist Interpretations and Political Theory. United States. The Pennsylvania State University Press. 1991; EICHLER, M. Cambios familiares, familias políticas e igualdad de género. En: FACIO, A. y FRIES, L. (Eds.) Género y Derecho. Chile. LOM. 1999.

<sup>4</sup> Considero inadecuado arrogarme la posibilidad de establecer notas definitorias de esta noción, que pueden ser interpretadas no sólo como una cuestión convencional, sino –erróneamente– como una dimensión ontológica e implicar

relaciones afectivas que eligen las personas para compartir su vida, independientemente de la identidad de género u orientación sexual.

Trasciende a los diversos modelos de familia y representa aspectos fundamentales de nuestros derechos humanos fundamentales y de la ciudadanía plena, incluyendo la “ciudadanía sexual”<sup>5</sup>. Necesariamente hay que partir de los principios que fundamentan los derechos humanos para considerar qué modelos de familia deben ser amparados por el Estado.

Carlos Nino elaboró un marco sobre tres principios básicos que dan sustento y, a la vez, contenido a los derechos humanos: el de inviolabilidad de la persona, que proscribiera sacrificar a una persona para alcanzar fines ajenos a los suyos; el de dignidad de la persona, que establece que las personas deben ser tratadas según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento; y el de autonomía personal, que importa la libertad de elegir y materializar planes de vida y de contar con los medios necesarios para ello<sup>6</sup>. La sexualidad es un componente central de la experiencia humana para el desarrollo pleno de la personalidad.

Desde los orígenes de los tratados internacionales de derechos humanos, los Estados se comprometen a proteger a la familia, sin definir claramente el contenido de la categoría y la instrumentación jurídica de esta protección. En ningún momento habilitan la inteligencia de la primacía de la heteronormatividad como modelo familiar, ni atan la familia a la reproducción.

La obligación del Estado de proteger la familia implica asegurar material y jurídicamente la posibilidad de que las personas realicen su vida afectiva, libres de toda forma de discriminación, de acuerdo con sus propias preferencias, sin recaer en formas compulsivas de organización social y jurídica e interferencias contrarias a las exigencias de una sociedad democrática.

### 1. Definición de la familia

#### ALBIE SACHS

Me gustaría empezar por referirme a los intereses que el Estado debe promover y proteger en una sociedad abierta y democrática basada en la dignidad humana, la igualdad y la libertad. Tratándose de acuerdos de convivencia, dichos intereses incluyen la intimidad, la interdependencia y la equidad, los cuales están interrelacionados entre sí y son complementarios. Para la mayoría de las personas, la intimidad constituye un espacio fundamental para expresar su identidad, ya sea individual o colectivamente. La interdependencia implica el mutuo apoyo en términos morales y materiales, mientras que la equidad requiere que exista justicia e igualdad entre las partes que forman la relación. La ley interviene para reconocer públicamente las relaciones especiales que se han formado e integrarlas a un marco de protección. En principio, los intereses que deben protegerse son los mismos, ya sea que las personas involucradas en una relación sean de distinto sexo o del mismo sexo.

la exclusión de otros modelos de familias. “Nombrar” es fundamental para la visibilidad del concepto. La atribución de significado requiere un robusto debate.

<sup>5</sup> La idea de “ciudadanía sexual” está todavía en construcción y requiere mayor debate. Sin embargo, respecto de este concepto, podemos señalar que Weeks identificó tres procesos en el desarrollo de la ciudadanía sexual: 1- la democratización de las relaciones; 2- la emergencia de nuevas subjetividades sexuales que interpelan la construcción tradicional del yo y enfatiza –y politiza– temas que eran invisibles en contextos de desigualdad estructural; y 3- el desarrollo de nuevos “relatos” sexuales. Véase WEEKS, J. The sexual citizen. *Revista Theory, culture and society* 15 (3-4) pp. 35-52. 1998.

<sup>6</sup> NINO, Carlos. Ética y derechos humanos. Primera edición. Argentina. Editorial Paidós. 1984.

**1. Definición  
de la familia**

**MACARENA SÁEZ**

El derecho ha idealizado el modelo contemporáneo de familia occidental a través de regulaciones que asumen la participación de dos adultos de distinto sexo unidos en matrimonio e hijos pertenecientes a ambos esposos.

La realidad nos indica que en la mayoría de los países de Europa y las Américas este modelo de familia no es predominante y está siendo reemplazado por núcleos que se forman en torno a una sola figura parental, generalmente femenina, hijos que pueden o no pertenecer a un mismo padre, y otros adultos y niños que pueden o no tener una relación sanguínea con la figura parental central<sup>7</sup>. Además, cada día son más comunes los núcleos que se forman entre dos adultos del mismo sexo que tienen o no hijos.

Como vemos, no hay una única organización familiar y es necesario entonces identificar qué distingue a una familia de otros tipos de asociaciones. Hay dos elementos que tienden a repetirse en el tiempo: sexo y protección. Históricamente, el derecho ha regulado el sexo por diversas razones, entre ellas, como mecanismo para garantizar la legitimidad de los hijos al asegurar el derecho exclusivo de un solo hombre sobre el cuerpo de la mujer. Este control, sin embargo, ha perdido sentido legal desde que las distinciones entre hijos legítimos e ilegítimos han disminuido o se han eliminado, las mujeres han ganado espacios de control sobre su cuerpo y las pruebas de ADN han permitido determinar la identidad de los progenitores.

La función más permanente de la familia es la de protección y ayuda mutua. Aún cuando los roles de cada miembro de la familia hayan cambiado, el deber de protección sigue siendo una tarea fundamental de la familia, especialmente de los individuos que no podrían desarrollarse sin el apoyo de personas que sacrifican su propia autonomía para cuidar a quienes no son autónomos. Esta es la esencia de la familia y el Estado tiene un interés económico y una responsabilidad social en mantener un marco legal que permita el florecimiento de las familias como unidades de protección de sus miembros. Esta característica no necesita de un certificado de matrimonio, ni de personas de sexo opuesto. El estado debe amparar a las familias como unidades donde un grupo de dos o más individuos, en igualdad de condiciones, unidos por un vínculo de sangre o no, han formado una unidad de apoyo a los dependientes, ya sea que la dependencia sea permanente o temporal. El derecho sería mucho más eficiente y tendría un costo de litigio mucho menor si en vez de actuar de policía de ciertas concepciones personales del bien, se dedicara exclusivamente a proteger a las partes más débiles de las diversas relaciones sociales que cumplen la función de familia.

Una de las críticas a esta idea funcional de familia en contraposición a la idea formal de familia, es que sería muy difícil para el derecho determinar cuáles son las unidades familiares que se deben proteger. Este, sin embargo, es un modelo ya probado en países tan diversos como Canadá, Israel, Reino Unido o Australia y es el modelo al que tiende hoy Colombia.

<sup>7</sup> En Chile, al 2009, 2.253.846 de un total de 4.685.490 hogares estaban formados por personas no casadas. Ver Encuesta CASEN 2009, Cuadros Demografía 2009, Hogares por Sexo del Jefe de Hogar según Región y Estado Civil. Disponible en <http://www.mideplan.gob.cl/casen/Estadisticas/demografia.html>. [citado el 1 de marzo de 2011].

## 2. Matrimonio.

**A partir de los cambios que la institución del matrimonio ha experimentado, ¿cuál es la importancia que todavía tiene el matrimonio en nuestra sociedad? A su juicio, ¿por qué muchas parejas –heterosexuales o del mismo sexo– consideran significativo poder contraer matrimonio?**

### 2. Matrimonio

#### HERNÁN CORRAL TALCIANI

A pesar de que las reformas legislativas en Chile de las últimas dos décadas en general han debilitado la imagen jurídica del matrimonio como base de la familia, este sigue siendo considerado como la forma ideal o paradigmática para organizar una familia estable y de mejor funcionamiento. La mayoría de las personas que conviven no rechazan el matrimonio por razones ideológicas, sino que muchas veces retardan la decisión de casarse hasta que se sienten preparados psicológica, afectiva o incluso económicamente.

Distinta es la cuestión desde el punto de vista del movimiento de promoción de la homosexualidad. Aquí me gustaría no confundir lo que es el activismo homosexual y sus organizaciones, de lo que son las aspiraciones reales de las personas de tendencia y práctica homosexual: no hay evidencia de que los grupos pro derechos de homosexuales sean realmente representativos de las personas cuyos intereses dicen defender. Para los activistas del movimiento pro-homosexualidad el que se otorgue el estatuto jurídico de la unión matrimonial a las personas del mismo sexo no es más que una forma de obtener una legitimación de las conductas homosexuales en el medio social. No les importa si realmente las personas con inclinaciones homosexuales están interesadas en contraer matrimonio, lo que les interesa es que jurídicamente la relación homosexual sea considerada indiferenciable jurídicamente de la relación heterosexual y así utilizar el poder simbólico de la ley como mecanismo idóneo para cambiar las concepciones éticas o valóricas presentes en la sociedad actual.

### 2. Matrimonio

#### ROLANDO JIMÉNEZ

Para los sectores ultraconservadores el matrimonio es sinónimo de familia o, al menos, el fin al cual debe aspirar toda pareja que desee convertirse en una “verdadera familia”. Pero el matrimonio es simplemente una institución civil a la cual las parejas echan mano para formalizar la unión de una familia ya constituida, ya sea como rito romántico de entrega o amor y/o por interés en los beneficios legales que una unión de este tipo acarrea (pensiones, salud, derechos hereditarios y patrimoniales, etc.).

Algunas definiciones del matrimonio, recogiendo las absolutistas e impuestas visiones del amor que promueven algunas religiones en alianza con una parte del Poder Político, han agregado otros requisitos a este vínculo, hasta transformar los ritos en algo poco creíble, irreal o derechamente hipócrita.

En este sentido, la idea de ser fiel y de permanecer unidos de por vida frente a los ojos de Dios, esté escrito o no en las leyes, es parte del simbolismo que ha acompañado la tradición del matrimonio que la mayoría de las veces, y no sólo en la actualidad, ha demostrado ser irreal. Este hecho hoy en día se constata en forma más clara, pues felizmente las sanciones sociales frente al incumplimiento de ciertos parámetros de “moralidad” han perdido fuerza y validez.

Adscribir el matrimonio es para muchos aceptar aquellos simbolismos irreales, que de paso discriminan las diversas formas de hacer familia. Esto ha derivado en un desprestigio de la institución, al que se han sumado otras interpretaciones que son usadas socialmente como argumentos para

rechazar el matrimonio, sea que se basen o no en mitos. Ejemplos de esta percepción son las ideas de que el matrimonio termina, se quiera o no, por matar el amor, la pasión y la felicidad de las parejas.

De ahí que, en buena medida, cientos de miles de parejas heterosexuales convivan o deseen formalizar su unión a través de otras vías, sin simbolismos o ritos definidos e impuestos por una minoría, siendo una alternativa las uniones civiles, institución legal que aún no se consagra en Chile.

Igualmente, es cierto que muchas parejas respetan y desean estos simbolismos para su unión, mientras otras que los rechazan contraen de igual manera el matrimonio por los beneficios legales que acarrea, pero le dan su propio significado, al margen de las visiones predominantes.

La aceptación o rechazo del matrimonio puede provenir de parejas heterosexuales y homosexuales. La diferencia que estas últimas bajo el actual Código Civil chileno no pueden contraer dicho vínculo, hecho en el que han incidido, nuevamente, las visiones religiosas que consideran como “familia natural” sólo la unión entre personas de distinto sexo.

Lo concreto es, sin embargo, que mientras el matrimonio siga siendo relevante para muchas parejas, éste debe existir y ser una opción para todas ellas, sin importar su orientación sexual.

## 2. Matrimonio

### MARCELA VIRGINIA RODRÍGUEZ

En sistemas legales de tradición romana con fuerte influencia católica, el matrimonio implica un régimen patrimonial indisponible para los cónyuges.

En ocasiones, permite ejercer derechos inaccesibles de otra forma (cobertura médica, alimentos, ciudadanía, etc.)<sup>8</sup>. Pero, reducir la vigencia de la tradición del matrimonio a un interés mediado por estos motivos importa una errada prescindencia de los incentivos sociales tradicionales.

En los estados modernizadores, el matrimonio y la reproducción institúan el contexto legal y social determinante de la conducta sexual aceptable. La construcción política y pública de la sexualidad ha asignado significado y juzgado las conductas sexuales en un esquema binario de legalidad/ clandestinidad. Dentro del matrimonio, el sexo es lícito; fuera de él, es clandestino. El matrimonio supone acreditar el cumplimiento de las precondiciones exigidas social y legalmente. El varón casado responde al paradigma de un varón heterosexual responsable. La mujer casada no es promiscua y está en condiciones de reproducirse, sin censuras.

Obviamente, esta construcción binaria no se despliega en términos absolutos ni resiste indemne los avatares del feminismo, entre otras formas de resistencia. Empero, el matrimonio representa una instancia de publicidad de la vida familiar aceptada socialmente según estos patrones de socialización, ausente en otras formas de vínculos afectivos.

En Argentina, la **Ley N° 26.618 –que habilita a contraer matrimonio a personas del mismo sexo–**, implica la legitimación para ejercer los mismos derechos que garantiza esta institución –independientemente de la persistencia de lagunas. Pero, la estructura institucional del matrimonio no fue reformada ni implicó un cambio de paradigma<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> La regulación de la sexualidad mediante la normativa instituyente del matrimonio perpetuó y reforzó jerarquías y segregaciones, como mecanismo del privilegio de clase, racial, étnico y religioso, y de subordinación y opresión de género.

<sup>9</sup> Dada la reciente sanción de la ley, es prematuro realizar consideraciones sobre los cambios que podría implicar. Véase más en ALDAO, M. y CLÉRICO, L. (coordinadores), *Matrimonio Igualitario*. Argentina. EUDEBA. 2010.

El avance sustantivo en términos de la dimensión simbólica, empero, no puede dejar de ser valiosamente reconocido; así como los esfuerzos y el activismo de la mayoría de defensores/as de los derechos de LGBTTI<sup>10</sup>, y la participación de organizaciones de la sociedad civil, académicos/as, políticos/as, entre otros actores, con la consiguiente instalación del tema en la agenda y su debate público.

Para otras personas alejadas de la heteronormatividad, el matrimonio puede tener otro recorte y responder a diversas motivaciones. Entre ellas, no sólo acceder a iguales derechos sino, además, importa la posibilidad de ser menos “otros”, aunque la otredad no desaparezca. Por medio del matrimonio, refutan los prejuicios por los que se los excluía. No son seres abyectos, antinaturales ni promiscuos; pueden ser padres y madres responsables, casarse, y al hacerlo, confirmar estas características<sup>11</sup>. Este dispositivo inclusivo tiene su faz excluyente, pues perpetúa la valoración social negativa sobre la clandestinidad, la promiscuidad o el goce del cuerpo desvinculado de la reproducción.

Más allá del avance de la legislación, debe mantenerse una perspectiva crítica y atender los desafíos pendientes. Especialmente pues no responde satisfactoriamente a los reparos que amerita la institución matrimonial, ni agota, mínimamente, las demandas por el pleno goce y ejercicio de los derechos de las personas LGBTTI, en el marco de los principios de igualdad y no discriminación.

El acceso a derechos no debiera quedar restringido a relaciones de pareja –o a su formalización.

## 2. Matrimonio

### ALBIE SACHS

En nuestra sociedad el matrimonio tiene un significado tangible y otro intangible. Los efectos tangibles se pueden lograr mediante otras formas de regulación legal, incluida la inscripción de las parejas de hecho. No obstante, por razones históricas y culturales, el matrimonio ha adquirido una naturaleza simbólica de gran trascendencia pública. Las ceremonias de celebración de bodas y aniversarios le imprimen al matrimonio un sello público especial. Las parejas del mismo sexo debieran tener el mismo derecho a participar en este tipo de actividades públicas. Debieran poder lograr el mismo estatus, los mismos derechos y las mismas responsabilidades que los que la ley de matrimonio otorga a las parejas heterosexuales.

## 2. Matrimonio

### MACARENA SÁEZ

Existe una confusión entre el significado social del matrimonio y su importancia como institución legal. Sociológicamente, el matrimonio es un rito de pasaje<sup>12</sup>, un signo social de compromiso entre las partes y de éstas hacia la comunidad en virtud del cual manifiestan públicamente que no están disponibles sexualmente para otras personas<sup>13</sup>. Legalmente, el matrimonio cumplió en el pasado la función de controlar la legitimidad

<sup>10</sup> Sobre el uso de esta sigla véase FERNÁNDEZ VALLE, M. Después del matrimonio igualitario. Nota al pie 2, p. 179. En: ALDAO, M. y CLÉRICO, L. (coordinadores) *Matrimonio Igualitario*. Argentina. EUDEBA. 2010.

<sup>11</sup> Sobre esta cuestión, BUTLER, J. *Deshacer el género*. Barcelona. Paidós Ibérica, 2006.

<sup>12</sup> VAN GENNEP, Arnold. *The Rites of Passage*. Primera Edición. Nueva York. Routledge Editions, 2004, p. 116.

<sup>13</sup> ROWTHORN, Robert. *Marriage as a signal. The Law and Economics of Marriage and Divorce*. DNES, Anthony W. y ROWTHORN Robert (eds.). Primera Edición. Cambridge University Press, 2002, p. 141.

de los hijos y el acceso al cuerpo de la mujer. Ha sido también una entidad económica de gran relevancia<sup>14</sup>. En el mundo occidental el matrimonio ya no cumple las dos primeras funciones y con la industrialización ha perdido importancia en relación a la circulación de la riqueza. En Chile el matrimonio solo comenzó a generalizarse a partir de los años 1930, cuando el Estado comenzó a conectar el acceso a beneficios sociales a la existencia de la *Libreta de Familia*, la que solo se conseguía a través del matrimonio legal<sup>15</sup>. El matrimonio, por lo tanto, puede analizarse como una construcción legal que genera matrimonios legales a través de la distribución de beneficios sociales y que deja sin ellos a las familias formadas fuera del matrimonio.

La conexión entre certificado de matrimonio y obligaciones sustantivas no facilita, sino que complica el proceso de adjudicación. A menudo somos testigos de decisiones judiciales que al momento de determinar a los herederos han privilegiado a la mujer casada, alejada por años del marido, por sobre la conviviente del fallecido con la que éste formó su familia. Vemos decisiones que niegan el vínculo entre dos personas del mismo sexo adjudicando la propiedad acumulada por la pareja a los legitimarios del fallecido, dejando en la indefensión a la pareja sobreviviente. Mantener incentivos legales que privilegian a las personas casadas sobre las no casadas constituye una diferencia arbitraria contraria a los derechos fundamentales de igualdad, privacidad y acceso a la familia.

Para algunos, el matrimonio constituye un bien en sí mismo que el Estado debe proteger. Esta postura se encuentra tanto entre grupos que defienden la exclusividad del matrimonio heterosexual, como entre algunos defensores del matrimonio gay. Para la mayoría del movimiento LGBT, sin embargo, la apertura del matrimonio a parejas del mismo sexo se relaciona, por un lado, con la necesidad de acceder a los beneficios que el derecho otorga a las parejas casadas, incluyendo el reconocimiento en otros países de dicha unión, y por otro, con la obligación de tratar con igual dignidad a las relaciones emocionales entre personas de igual o diferente sexo.

### 3. Causales para distinguir.

**Las constituciones políticas y los tratados internacionales de derechos humanos consagran el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación. A su juicio, ¿existen situaciones en el ámbito de la regulación del derecho de familia en que proceda distinguir legalmente entre personas homosexuales y heterosexuales? ¿Cuándo y por qué procederían?**

#### 3. Causales para distinguir

#### HERNÁN CORRAL TALCIANI

Me parece que es necesario no caer en el vicio lógico de la petición de principio. Si se asume como premisa implícita del razonamiento que el comportamiento homosexual no tiene diferencias relevantes desde el punto de vista ético y jurídico con la cópula entre hombre y mujer, entonces la respuesta viene exigida ya en la misma pregunta: cualquier diferencia que haga la ley en todo plano (política, trabajo, educación, familia, filiación, adopción, etc.) vulneraría el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación. Sólo si se parte de la idea de que en realidad no es lo mismo una relación entre personas del mismo sexo

<sup>14</sup> Ver, por ejemplo, YALOM, Marilyn. *A History of the Wife*. Primera Edición. Nueva York. Harper Collins, 2001, p. 47.

<sup>15</sup> VALDÉS, Ximena. *Familias en Chile: Rasgos Históricos y Significados Actuales de los Cambios*. Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Reunión de Expertos: Cambio de las Familias en el Marco de las Transformaciones Globales: Necesidad de Políticas Públicas Eficaces, Santiago, Chile, Oct. 28-29, 2004 [en línea] Disponible en <http://www.eclac.org/dds/noticias/paginas/9/19679/XValdes.pdf>. [citado el 1 de marzo de 2011].

que la que pueden mantener personas de sexos complementarios, se hace plausible interrogarse cuándo esa diferencia es relevante para proporcionar un tratamiento jurídico diferenciado y cuándo no lo es y se corre el riesgo de incurrir en una vulneración al principio de igualdad ante la ley.

Como individuos y ciudadanos las personas con orientación y comportamiento homosexual tienen la misma dignidad y derechos. Deben ser respetadas y apoyadas si requieren ayuda necesaria para que puedan realizarse del mejor modo posible. Pero en lo que se refiere a la regulación jurídica del ejercicio de la sexualidad, y sobre todo de los modos de constituir y desarrollar una familia, es razonable que existan diferencias en el trato jurídico porque este modo de ejercer la sexualidad no es el que corresponde, no sólo a la mayoría numérica de la población, sino a las necesidades de mantener la especie humana y a las mismas formas anatómicas de los órganos de la generación. Más allá de si sea o no aceptada como una enfermedad actualmente por la mayoría de los miembros de las sociedades médicas, los actos propios de las relaciones homosexuales son anómalos en comparación con la cópula entre varón y mujer, tanto por su forma de realización como por sus posibles resultados en cuanto a la reproducción. Negar esta diferencia o decir que ella no es relevante en ámbitos jurídicos que regulan justamente el ejercicio de la sexualidad, es violar negativamente el principio de igualdad que también ordena tratar de distinto modo casos que son diferentes. De este modo, por ejemplo, hay que cuidar que los menores no sean abusados por parte de personas adultas al ser inducidos a consentir tempranamente en prácticas sodomíticas cuando aun no definen su propia personalidad, y se justifica, como ha dicho el Tribunal Constitucional, una diferencia de penalización por edad de la víctima (sentencia de 4 de enero de 2011, Rol 1683-10). Asimismo, también resulta justificado que no se otorgue a las personas del mismo sexo el estatuto protector del matrimonio como base de la familia, ya que las uniones homosexuales no son capaces por sí mismas de proporcionar los bienes públicos que se esperan y que efectivamente resultan de las uniones matrimoniales. Menos plausible es otorgarles un estatuto cuasi-matrimonial, como se auspicia en los llamados contratos de “unión civil” o “acuerdos de vida en común”, porque con ello se discrimina a otras personas que también quisieran vivir juntos, por las razones que sean y cualquiera sea su número, que quedarían fuera de esta nueva institución a medio camino entre la unión de hecho y el matrimonio. Se dice que las uniones homosexuales deben gozar de este estatuto porque se asemejan a la familia matrimonial a diferencia de las restantes convivencias, pero si fuera así –lo que como hemos dicho no compartimos– entonces no se entiende por qué se les otorga un estatuto de menor densidad jurídica que el matrimonio, incurriendo en una discriminación más visible que la que se pretende remediar. Ni el matrimonio ni la unión civil son justificables para convivencias, como son las constituidas por personas del mismo sexo, que no pueden cumplir las funciones de bien público que se espera de la familia, a la cual atribuimos el carácter de núcleo fundamental de toda sociedad.

Las uniones homosexuales, al igual que cualquier tipo de relaciones del resto de los ciudadanos adultos que no tienen la capacidad o no desean constituir matrimonios, pueden acogerse al estatuto civil del que gozan todas las personas para regular sus intereses en común: contratos, derechos reales, alimentos voluntarios, donaciones, testamentos, etc. Este es el plano de la igualdad donde no hay discriminación, ni por sexo ni por orientación, pero tampoco por número ni por la naturaleza de los afectos (sexuales o amicales) o del interés de vivir en comunidad (que puede ser de la más variada índole: moral, económico, religioso, anárquico, etc.).

Hay varios pronunciamientos de Tribunales Constitucionales que han juzgado que no se vulnera el principio de igualdad y de no discriminación por el hecho de considerar incapaces de contraer matrimonio entre sí a las personas del mismo sexo. El pronunciamiento más reciente es el del Consejo Constitucional francés que sostuvo que “el principio de igualdad no se opone ni a que el legislador regule de manera diferente situaciones diferentes ni a que haga excepción a la igualdad

por razones de interés general”, siendo legítimo que estime que “la diferencia de situación entre parejas del mismo sexo y parejas compuestas por un hombre y una mujer puede justificar una diferencia de tratamiento en cuanto a las reglas del derecho de la familia” (sentencia de 28 de enero de 2011). En similar sentido, señalando que no vulnera ni el principio de no discriminación ni el derecho al respeto de la vida privada la decisión de los Estados de no abrir el estatuto matrimonial a las personas del mismo sexo, se pronunció la Corte Europea de Derechos Humanos en sentencia de 24 de junio de 2010 (Kopf y Schalk vs. Austria).

Finalmente, debe considerarse que la Convención Americana de Derechos Humanos, recepcionada en nuestro orden jurídico en virtud del artículo 5 inc. 2° de la Constitución, caracteriza el matrimonio como una unión entre personas de sexo diferente. El artículo 17 reconoce el derecho “del hombre y de la mujer” a contraer matrimonio. Intentar desvirtuar una norma tan clara pretextando que no dice que el matrimonio deba contraerse “entre” un hombre y una mujer, no tiene mayor destino. La misma sentencia de la Corte Europea deja en claro que la norma del artículo 12 de la Convención Europea, de texto equivalente al artículo 17 de la Convención Americana, deja en evidencia que sólo para este derecho se distingue el sexo de los titulares, de modo que la interpretación de su auténtico sentido no puede ser otra que la diferencia de sexos es constitutiva del derecho a casarse que se garantiza en ella.

### 3. Causales para distinguir

#### ROLANDO JIMÉNEZ

En ningún caso procede hacer distinciones entre homosexuales y heterosexuales para construir o ser familia, pues este es un derecho humano, y por tanto, universal, inalienable, indivisible e interdependiente.

La regulación del derecho de familia no hace distinciones al respecto, pues la definición legal que se tiene del concepto es amplia, aún cuando arbitrariamente su aplicación sea restrictiva y discriminatoria.

La Constitución consagra el derecho a la igualdad ante la ley y define a la(s) familia(s) como “el núcleo fundamental de la sociedad”. El Estado tiene el deber de reconocer y amparar a estos “grupos intermedios” sin discriminación de ningún tipo.

Al estar definido el matrimonio en el Código Civil chileno como la unión entre un hombre y una mujer, automáticamente algunos grupos realizan extrapolaciones restrictivas que circunscriben la concepción de familia a una unión heterosexual y colocan el énfasis en la *composición* y no en los sentimientos.

Con todo, al margen de las interpretaciones de las leyes y de la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo contenida en el Código Civil, las familias compuestas por personas homosexuales o transexuales existen en Chile y muchas de ellas tienen hijos/as. Por tanto, es un deber del Estado otorgarles la misma protección que a las familias formadas por parejas heterosexuales. Su sola existencia, sumado a los principios constitucionales, lo justifica.

Todas las argumentaciones sobre la regulación del derecho de familia que hagan distinciones entre homosexuales, heterosexuales o transexuales implican trasladar al quehacer jurídico la discriminación, la homofobia y la transfobia. Esta situación es similar a lo que en muchos lugares del mundo sucedió respecto de los matrimonios interraciales, o con la población indígena, cuyas tradiciones, incluidas las familiares, fueron consideradas como contrarias a un orden que algunos/as han llamado “natural”, pero que no es sino una invención de unos pocos. Por lo demás, las distinciones legales basadas en la orientación sexual de las parejas solo introducen la idea de que existen familias de primera y de segunda categoría.

Más allá de esta discusión, la legalidad no podrá alterar nunca el amor o los afectos de familias que ya existen. Jamás podrá destruirlas o hacerlas desaparecer; tampoco sancionarlas con cárcel o con multas, como ocurría en el pasado. Por tanto, y si se trata de igualdad y de fortalecimiento de la(s) familia, el único camino humano y ético es amparar a todas personas unidas por diversas formas de amar.

### 3. Causales para distinguir

#### MARCELA VIRGINIA RODRÍGUEZ

En materia de distinciones entre personas heterosexuales y homosexuales en derecho de familia debería receptarse la noción de “categoría sospechosa”.

Conforme el desarrollo jurisprudencial –inicialmente de la Corte de Estados Unidos respecto de clasificaciones raciales y de género, posteriormente extendido a otros países y clasificaciones–, la identificación y calificación de ciertas categorías o distinciones, se hallan afectadas por una presunción de inconstitucionalidad. Para sostener la legitimidad de tales categorías debe acreditarse la existencia de un “interés estatal urgente” para justificarla, no es suficiente, a tal efecto, la mera “razonabilidad”<sup>16</sup>.

Independientemente del desarrollo jurisprudencial de las categorías sospechosas, se destaca que la mayoría de los tratados de derechos humanos de los sistemas internacional y regionales –así como los órganos que los integran– establecen el principio de igualdad como regla general para la protección y promoción de los derechos que reconocen, y especialmente prohíben la discriminación en función de las citadas clasificaciones: “raza, color, sexo idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”<sup>17</sup>. Respecto de “cualquier otra condición social” o fórmulas equivalentes, diversos organismos del sistema internacional o regionales, encargados de la aplicación y monitoreo de los tratados de derechos humanos han interpretado que esta noción incluye la categoría de “inclinación sexual” u “orientación sexual”<sup>18</sup>. Esto, sin un esfuerzo hermenéutico desmedido, permite considerar que estas clasificaciones suponen una prohibición especial, y que gozan *ab initio* de una presunción de inconstitucionalidad. Desde luego, podría haber casos en los que se puedan justificar adecuadamente estas distinciones, cuando exista un “interés estatal urgente”. Pero no se evidencia ni parece posible que surja una justificación suficiente para distinguir en el derecho de familia el igual tratamiento y reconocimiento estatal de los lazos afectivos y de los mismos derechos entre personas heterosexuales y personas LGBTTI.

<sup>16</sup> Respecto del concepto y jurisprudencia sobre “categorías sospechosas”, véase GULLO, Hernán. El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino. En: ALEGRE, M. y GARGARELLA, R. El derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo moderno. Argentina. LexisNexis. 2007. También; RODRÍGUEZ, M. Proyecto de reforma de la Ley 23.592 sobre actos discriminatorios y el Código Penal, aprobado por la Cámara de Diputados de la Nación Argentina el 11/8/2010. [en línea] <<http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=0254-D-2009>> [consulta: 27 febrero 2011]. Ley 26.618. Argentina. Matrimonio Civil. CIVIL. INSERCIÓN RODRIGUEZ, M. Período 128º - Reunión 7º - 4º Sesión Ordinaria [Especial] - 4 de mayo de 2010. [en línea] <<http://www.hcdn.gov.ar>> [consulta: 27 febrero 2011].

<sup>17</sup> Esta enumeración tiene origen en el texto del artículo 2º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, luego fue reproducido por el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos con una sola modificación, donde la Declaración decía “cualquier otra condición”, el Pacto dispone, “cualquier otra condición social”. La redacción del Pacto fue reproducida en el artículo 1º de la Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>18</sup> Véase respecto de casos y decisiones internacionales, –si bien no son pacíficas respecto a las cuestiones en consideración–, MILLER, A. Sexualidad y Derechos Humanos. Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos. Suiza. 2010. [en línea] <<http://www.ichrp.org>> [consulta: 27 febrero 2011].

### 3. Causales para distinguir

#### ALBIE SACHS

La exclusión de las parejas del mismo sexo, por ley, del matrimonio públicamente reconocido, ya sea mediante texto expreso o simplemente porque se les invisibiliza, es una grave forma de marginación y discriminación en su contra. Por tanto, el monopolio heterosexual de la institución del matrimonio constituye una negación injustificada de la importancia que tiene la intimidad y el apoyo mutuo para las parejas del mismo sexo. Es una ofensa a su dignidad y es incompatible con las concepciones contemporáneas sobre la igualdad.

### 3. Causales para distinguir

#### MACARENA SÁEZ

No hay ninguna razón para distinguir en razón de la orientación sexual. Hace 30 años se podía justificar la diferenciación en la falta de estudios empíricos sobre la estabilidad de las parejas del mismo sexo o en el efecto que tendría en la vida de los niños/as haber sido educados por padres gays o madres lesbianas. Después de años de avances en el derecho comparado, los países que recién se incorporan a la discusión sobre la regulación de las familias diversas no pueden escudarse en estudios empíricos o en la observación de una realidad aterradora. En países tan distintos como España, Sudáfrica, Suecia o Bélgica, el matrimonio y la formación de familias a partir de parejas del mismo sexo no ha significado un incremento en los índices de delincuencia, abandono de menores, violencia doméstica, etc<sup>19</sup>.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha resuelto varios casos a favor del reconocimiento de derechos en la esfera familiar a personas de sexualidad diversa. Así, los países bajo la jurisdicción de dicha Corte no pueden definir la custodia de los hijos/as<sup>20</sup>, ni prohibir la adopción de niños/as<sup>21</sup> basándose en la orientación sexual de los padres. Dado el uso de la doctrina del “margen de apreciación”<sup>22</sup>, la Corte aún no ha reconocido que el matrimonio exclusivamente heterosexual constituye una violación de la Convención Europea de Derechos Humanos. Sin embargo ha indicado que las parejas del mismo sexo gozan del derecho a la familia reconocido por dicha Convención<sup>23</sup>.

## 4. Hijos e hijas.

**Uno de los puntos de mayor controversia en el debate sobre matrimonio entre parejas del mismo sexo tiene que ver con la filiación y con la posibilidad de que puedan adoptar. Quienes se oponen a esta posibilidad han dicho que las niñas y niños tendrían derecho a crecer en una familia heterosexual pues éstas serían el estándar de “normalidad”. Esto puede aplicarse a la tuición de los hijos(as) si los padres se separan y uno de ellos convive con una pareja del mismo sexo o bien a la posibilidad de adopción por parte de parejas del mismo sexo, cualquiera sea la formalización jurídica de su unión. ¿Existe un derecho a crecer en una familia heterosexual**

<sup>19</sup> Ver, por ejemplo, PATTERSON, Charlotte. Children of Lesbian and Gay Parents, *Child Development*, (63, No. 5) pp. 1025-1042, Octubre, 1992. Ver también ARRANZ, Enrique, OLIVA, Alfredo, OLABARRIETA, Fernando y ANTONIN, Lucía. Infancia y Aprendizaje (33, No 4) pp. 503-513. 2010.

<sup>20</sup> Corte EDH, Salgueiro da Silva Moutta v. Portugal, 21.12.99.

<sup>21</sup> Corte EDH, E.B. v. France, 22.01.08.

<sup>22</sup> Doctrina por la cual la CEDH le entrega un margen de discrecionalidad a los países sobre los que ejerce su jurisdicción para cumplir con la Convención Europea de Derechos Humanos.

<sup>23</sup> Schalk and Kopf v. Austria, 24.06.10.

**compuesta por padre y madre? ¿Cuáles son los principios que, en el ámbito familiar, es deseable proteger y promover para el desarrollo pleno de niños y niñas? ¿Cree usted que la preferencia sexual de los padres tienen alguna incidencia a la hora de garantizar dichos principios? ¿Estima legítimo privar a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de ser padres o madres reconocidos como tal por el derecho?**

#### 4. Hijos e hijas

#### HERNÁN CORRAL TALCIANI

En el tema de la paternidad/maternidad hay que hacer una distinción entre los casos de las parejas de personas del mismo sexo que desean que el Derecho les provea y garantice un niño que sea legalmente su hijo, y los casos en que ese hijo ha sido engendrado por una relación heterosexual que luego se rompe y uno de los progenitores comienza una convivencia con otra persona ahora del mismo sexo.

En el primer caso, hay que partir de la base de que no existe ni puede existir un “derecho al hijo”, de modo que no cabe exigir jurídicamente que se produzca una relación de paternidad/maternidad que biológica y naturalmente no es posible. Este derecho no lo tienen ni los heterosexuales ni los homosexuales. Ocupar el instituto de la adopción para lograr esta finalidad es desvirtuar la naturaleza y función de esta delicada figura jurídica. Tanto el Derecho interno como la Convención Internacional de La Haya ponen el acento en que la adopción no puede tener por objeto “dar un hijo a quienes lo desean”, sino “brindar una familia al hijo que carece de ella”. Ni siquiera las parejas heterosexuales tienen “derecho” a devenir en adoptantes, porque siempre debe cautelarse si esa medida es lo mejor para el menor que será adoptado y por ello se establecen mecanismos para acreditar la idoneidad de los postulantes. Además, siendo el Estado el que intenta remediar la situación de abandono o vulnerabilidad en que se encuentra el hijo en relación con sus padres biológicos, es lógico que sólo constituya una filiación adoptiva cuando se garantice que exista una familia que puede brindarle una crianza lo más semejante a la filiación natural o biológica. Esto no se cumpliría si se otorga la adopción a parejas en las cuales no pueden diferenciarse los roles de paternidad y maternidad, como son las compuestas por personas de un mismo sexo.

En cuanto a los casos de hijos biológicos de una persona que posteriormente instaura una relación homosexual, el Derecho debe considerar a quién atribuir el cuidado personal del menor: si al progenitor que vive solo o tiene un hogar heterosexual o al que en la actualidad mantiene una convivencia con persona del mismo sexo. El conflicto debe ser resuelto conforme a las reglas del Derecho de Familia, y sobre todo viendo caso a caso lo que conviene más al interés superior del menor. No es posible señalar que el progenitor que ha instaurado una convivencia homosexual tenga *per se* una inhabilidad para tener el cuidado del que realmente es hijo suyo. Pero tampoco, en aras de un mal entendido principio de no discriminación por razón de homosexualidad, debe ser considerado de manera preferente y excluyente para gozar de la tuición, porque ello significaría incurrir ahora en una discriminación en contra del progenitor heterosexual. El juez deberá tener como consideración primordial el interés superior del menor y en cuál de los hogares formados por cada uno de sus padres separados encontrará el mejor ámbito afectivo y educativo. Entre estos elementos deberá considerar que la filiación biológica se plasma bajo el rol binario de la paternidad/maternidad y que, dependiendo de la madurez y edad del niño así como el ambiente social que lo rodea, su ubicación en un hogar que carece de esa función binaria puede causarle perjuicios psicológicos y amenazar el desarrollo armónico de su misma personalidad. En suma, más que al interés de los progenitores o de la igualdad de trato entre ellos, lo que debe tenerse en cuenta es el interés superior del hijo.

#### 4. Hijos e hijas

### ROLANDO JIMÉNEZ

Todo/a niño/a tiene derecho a ser amparado/a por una familia. También tiene derecho a decidir con cuál de todas sus familias quiere vivir, siendo necesario establecer garantías de que no verá alterado o dañado de ninguna manera su desarrollo personal en el contexto donde, sin presión alguna, desee vivir.

Suponer que existe un único y exclusivo derecho a crecer en una familia sólo porque ésta es heterosexual, es igual a vulnerar los derechos más fundamentales del menor si es que éste es maltratado por esa pareja o desea vivir con personas homosexuales que identifica como padres o madres, en el caso de hijos/as biológicos, o que quiere que sean sus tutores/as, en el caso de quienes son adoptados/as. En otras palabras, no es una orientación sexual determinada de los integrantes de familia lo que garantiza que en su seno no se producirá violencia o atropellos, por ejemplo, contra los/as hijos/as. Es la capacidad de amar o de entregar afecto, al margen de la orientación sexual, lo que erradica la vulneración de derechos.

Según todos los estudios que gozan de validez científica y que no han sido elaborados o encomendados por grupos ultra-conservadores y religiosos, la homosexualidad y la transexualidad no son transmisibles, no son sinónimo de abusos de menores, ni tampoco inhabilitan para la crianza. En este sentido, el Consejo de Representantes de la Asociación Americana de Psicología en su "Resolución sobre Orientación Sexual Padres y Niños (2004)" tras analizar todos los estudios en la materia, sostuvo que "[...] las identidades (incluyendo la identidad de género, el comportamiento o rol de género y la orientación sexual) se desarrolla igual entre los hijos de madres lesbianas y los padres heterosexuales. Igualmente, los estudios de los otros aspectos del desarrollo personal (incluyendo la personalidad, el autoconcepto y la conducta) revelan pocas diferencias entre los hijos de madres lesbianas y de padres heterosexuales. La evidencia también sugiere que los hijos de padres lesbianas y gay tienen relaciones sociales normales con pares y adultos"<sup>24</sup>.

Debido a que las evidencias sobre el supuesto daño que ocasionaría a las/los menores el hecho de ser criados por parejas homosexuales es cada vez menos creíble, últimamente se ha usado como argumento la idea de que los/as hijos/as de todas formas tendrían problemas, pues serían discriminados por sus amigos/as o compañeros al conocerse que su familia es homoparental.

Sin embargo, la discriminación no se combate con más discriminación, sólo la potencia, en especial al recordar que los hijos/as criados/as por parejas homosexuales existen, con independencia de lo que al respecto establezca la ley.

Al respecto la APA, en la misma resolución nombrada antes, señaló que "los miedos sobre hijos de padres lesbianas y gays siendo abusados por adultos, condenados al ostracismo por sus pares o aislados en comunidades homosexuales no han recibido ningún apoyo científico". Lejos de considerar que tal problema se resuelve despojando a los menores de sus familias homoparentales, la APA animó "a los psicólogos a actuar para eliminar, en su práctica, su investigación, su educación y su formación, toda discriminación basada en la orientación sexual en asuntos de adopción, custodia de los hijos, régimen de visitas, familias acogedoras y servicios de salud reproductiva"<sup>25</sup>.

Por tanto, toda negación a que un/a niño/a sea criado por un núcleo homoparental se basa en el prejuicio, la ignorancia y la discriminación. Bajo ninguna circunstancia será legítimo despojar a

<sup>24</sup> Resolución sobre orientación sexual, padres y niños. Adoptada por el Consejo de Representantes de la Asociación Americana de Psicología (American Psychological Association APsA), Julio 2004.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

padres o madres homosexuales de sus hijos/as con motivo de su orientación sexual y provocar mediante dicha acción problemas psicológicos a los niños/niñas y a sus familias.

#### 4. Hijos e hijas

#### MARCELA VIRGINIA RODRÍGUEZ

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir con su familia –incluida la ampliada– y que sus relaciones familiares sean preservadas, como un aspecto de su identidad<sup>26</sup>. La única excepción responde a situaciones de maltrato o descuido. No existe una norma específica que regule un derecho a crecer en una familia heterosexual compuesta por padre y madre. Esto implicaría negar realidades de familias monoparentales o conformadas por tías, por madre y abuelas, o por cualquier otra composición que no sea aquella que responde a un modelo heteronormativo alejado de la realidad de innumerables personas y contrario a los principios de igualdad y no discriminación<sup>27</sup>.

El criterio fundamental es el del interés superior del niño –Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 18–, entendido como la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos, respecto de los cuales el Estado y la familia son corresponsables. La sexualidad de las personas adultas responsables de cumplir con el rol parental, es irrelevante a los fines de garantizar los derechos a la salud, la educación, la libertad, a ser oído, la recreación, la identidad y la libertad de expresión de los niños<sup>28</sup>.

Gran parte del debate de la cuestión de la filiación y adopción por parejas homosexuales se focaliza en la construcción binaria normalidad/anormalidad, que tiene en su horizonte la categoría regulativa de “monstruosidad humana”<sup>29</sup>. Este binomio es el nudo central del problema. Es un argumento invocado en todo el mundo –más veladamente– en ocasión de los debates sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, al afirmar que dichas parejas tienen más probabilidades de criar hijos e hijas homosexuales.

Con abstracción de los estudios que acreditan lo contrario<sup>30</sup>, propongo invertir esta presunción. Supongamos que las parejas heterosexuales tienen más probabilidades de criar hijos e hijas heterosexuales ¿cuál es el problema de esta proposición? O mejor, ¿dónde gravita la ausencia de entidad problemática en esta proposición? La respuesta, evidentemente, está en el signo de anormalidad adjudicado a personas alejadas de la heteronormatividad, mediante dispositivos discriminatorios y autoritarios, repugnantes a la democracia y a los principios de igualdad y no discriminación.

<sup>26</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 5, 8 y 9.

<sup>27</sup> Ver Demanda de la CIDH ante la Corte IDH contra el Estado de Chile, Caso 12.502 Karen Atala e hijas contra el Estado de Chile por “El trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que sufrió la señora Karen Atala debido a su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas. El caso también se relaciona con la inobservancia del interés superior de las niñas M., V., y R., cuya custodia y cuidado fueron determinados en incumplimiento de sus derechos y sobre la base de prejuicios discriminatorios e incompatibles con las obligaciones de Chile en materia de derechos humanos”. [en línea] < <http://www.cidh.oas.org/demandas/12.502SP.pdf> > [consulta: 27 febrero 2011].

<sup>28</sup> Véase Consideraciones de científicos/as del CONICET e investigadores/as de Argentina acerca de la ley de matrimonio universal y los derechos de las familias de lesbianas gays, bisexuales y trans. Per scientiam ad justitiam! FIGARI, C. (redactor). En: Federación Argentina LGBT. Matrimonio para todas y todos. Ley de igualdad. [en línea] < [http://www.ddhhrosario.gob.ar/wp-content/uploads/2010/pdf/lbro\\_senadores.pdf](http://www.ddhhrosario.gob.ar/wp-content/uploads/2010/pdf/lbro_senadores.pdf) > [consulta: 27 febrero 2011]. Informe de los Comités y Grupos de la Sociedad Argentina de Pediatría elevado al Senado de la Nación Argentina [en línea] < <http://www.sap.org.ar/docs/mmsexo.pdf> > [consulta: 27 febrero 2011].

<sup>29</sup> FOUCAULT, M. Los anormales. Primera edición, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007.

<sup>30</sup> Ver supra.

#### 4. Hijos e hijas

### ALBIE SACHS

¿Qué es mejor ante los ojos de la ley: que un niño sea criado por un matrimonio heterosexual que lo maltrata o por una pareja del mismo sexo que lo trata con cariño y amor? Evidentemente, el elemento clave es la naturaleza de la relación padre/hijo o madre/ hija y no la orientación sexual de los padres. Definitivamente, la ley debería respetar el deseo de las parejas del mismo sexo de participar en la gran experiencia de vital de ser padres, de encargarse de la crianza de los niños/niñas y de poder disfrutar de los beneficios adicionales que aportan los niños/niñas a la vida familiar. La adopción será un medio importante para lograrlo. No obstante, se deberá aplicar la misma evaluación cuidadosa y la supervisión necesaria para asegurar que el niño/niña llegue a una situación adecuada, igual a la que se aplica en el caso de parejas heterosexuales. El respeto de la diversidad se ha convertido en una norma importante para la sociedad moderna. La diversidad ayuda a definir qué es lo “normal” y coloca el énfasis donde corresponde: en la capacidad de atención y cuidado de las/los aspirantes a padres/madres, no en sus preferencias sexuales. Lo que debe normalizarse es el cuidado y el afecto.

#### 4. Hijos e hijas

### MACARENA SÁEZ

Los hijos/as de padres/madres pertenecientes a minorías generalmente se encuentran en situaciones de mayor vulnerabilidad. Contribuir a la segregación de las minorías avalando la discriminación por parte de las mayorías es inconstitucional y moralmente reprochable. Significa castigar a quien es objeto del daño injustificado y premiar la conducta social que produce la segregación. No existe un derecho a vivir en una familia heterosexual, así como no existe un derecho a vivir en una familia racialmente pura.

Hasta los sesenta en Estados Unidos se usaron los mismos argumentos que hoy escuchamos en contra de las parejas del mismo sexo, para rechazar los matrimonios interracial<sup>31</sup>. Afortunadamente, las sociedades occidentales evolucionan hacia estándares de respeto a ciertos derechos mínimos que se aplican a todos los individuos, independiente de las creencias religiosas o concepciones del bien de la mayoría.

Recientemente, la Suprema Corte de Justicia de México ha señalado que “la dinámica social nos demuestra que existe una gran diversidad de formas como puede integrarse una familia –nuclear, monoparental, extensa e, incluso, homoparental–, así como que no siempre derivan del matrimonio; familias, todas, que innegablemente tienen la misma protección constitucional, pues no puede suscribirse por este Tribunal, [...] que se reste valor a la estructura u organización de familias sólo porque no se corresponden con concepciones tradicionales. Así, la labor del legislador debe buscar siempre arropar o acoger a todos los tipos de familia, sin excepción alguna”<sup>32</sup>.

El derecho debe preocuparse especialmente por los más débiles en las relaciones familiares. En este sentido, hemos evolucionado desde un derecho que trataba a los niños/as como propiedad de los adultos y del Estado, hacia un derecho que los reconoce como sujetos de derecho. El derecho internacional ha contribuido a este cambio desarrollando, entre otros, el principio del interés superior del niño. Éste se construye a través del cumplimiento de una serie de derechos que no dicen relación con la orientación sexual de los padres: vivir en un ambiente de amor y respeto, que no se les separe de sus padres; y que se les entregue la mayor cantidad de oportunidades para desarrollarse plenamente como ciudadanos, son algunos de los contenidos que se deben tomar

<sup>31</sup> Ver Corte Suprema de USA. *Loving. Vs. Virginia*, Sentencia de 12 de junio de 1967. 388 U.S. 1 (1967).

<sup>32</sup> Corte Suprema de México, *Acción de inconstitucionalidad 2/2010*. Sentencia de 16 de agosto de 2010.

en cuenta al momento de tomar decisiones que afectan a los niños<sup>33</sup>. La normalidad no es un estándar legal y las relaciones parentales no pueden condicionarse a que la elección de pareja de quienes ejercen el cuidado de los niños corresponda con la heterosexualidad de la mayoría.

La Corte Constitucional Sudafricana lo ha indicado claramente:

“La esclavitud duró en este país por un siglo y medio, el colonialismo duró el doble, la prohibición de matrimonios interraciales incluso más, y la abierta dominación masculina por milenios. Todos se basaron en supuestos hechos sociales y biológicos autoevidentes; todos ellos fueron avalados por la religión e impuestos por el derecho; (...) [Q]ue el Derecho hoy exprese los puntos de vista convencionales de la mayoría no mitiga de manera alguna su impacto discriminatorio”<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Para un desarrollo de este principio, ver CILLERO, Miguel. El interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño. En: GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (comps.), Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998), Editorial Temis/Depalma, Colombia, 1998.

<sup>34</sup> Corte Constitucional Sudafricana, Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another. Sentencia de 1 de diciembre de 2005 (CCT 60/04) [2005] ZACC 19; 2006 (3) BCLR 355 (CC); 2006 (1) SA 524 (CC).