

“EL NÚCLEO FUNDAMENTAL DE LA SOCIEDAD”: LOS ARGUMENTOS CONTRA LA CRIANZA HOMOPARENTAL EN LOS CASOS *ATALA* Y *PERALTA**

“THE FUNDAMENTAL NUCLEUS OF SOCIETY”:
ARGUMENTS AGAINST SAME-SEX PARENTING IN
CASES *ATALA* AND *PERALTA*

FERNANDO MUÑOZ LEÓN**

RESUMEN

Este trabajo sostiene que la crianza homoparental de niños constituye uno de los aspectos más significativos de la discusión sobre el estatuto jurídico de las parejas del mismo sexo. Lo hace examinando los argumentos ofrecidos a este respecto por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional chilenos en los casos Atala y Peralta. Se sostiene aquí que los argumentos de dichos órganos jurisdiccionales fracasan en formular objeciones persuasivas a la crianza homoparental.

ABSTRACT

This work argues that same-sex parenting constitutes one of the most significant aspects of the discussion on the legal statute of same-sex couples. It does so by examining the arguments offered in this respect by the Chilean Supreme Court and Constitutional Tribunal in the cases Atala and Peralta. It is held here that the arguments advanced by these adjudicative bodies fail to put forward persuasive objections to same-sex parenting.

PALABRAS CLAVE

Crianza Homoparental, Judicatura y Conflicto Social, Ciencias Sociales y Derecho

KEYWORDS

Same-Sex Parenting, Judiciary and Social Conflict, Social Sciences and Law

* Trabajo recibido el 11 de octubre de 2012 y aprobado el 21 de noviembre de 2012.

** Doctor en Derecho, Universidad de Yale; Profesor Auxiliar, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. Dirección postal: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral, Campus Isla Teja, Valdivia, Chile. Correo electrónico: fernando.munoz@uach.cl.

Este trabajo forma parte del Proyecto Fondecyt de Iniciación N° 11121191, titulado “El concepto de ‘grupos desaventajados’ como complemento a la dogmática constitucional chilena sobre igualdad”, del cual el autor es investigador responsable.

I. INTRODUCCIÓN: LA DISCUSIÓN SOBRE MATRIMONIO IGUALITARIO COMO UNA DISCUSIÓN SOBRE LA CRIANZA HOMOPARENTAL

Los últimos dos años han sido particularmente intensos en relación a uno de los temas centrales de la *Kulturkampf* contemporánea: el estatuto jurídico de las parejas compuestas por personas del mismo sexo. Esto fue así incluso en el conservador suelo chileno¹. Al tiempo que ha sido finalmente promulgada la Ley N° 20.609, de Medidas Contra la Discriminación, un proyecto de unión civil avanza resueltamente su camino a través del proceso legislativo². Asimismo, los tribunales chilenos han servido como foro para la reclamación de un derecho constitucional al matrimonio entre personas del mismo sexo³, la que ahora ha sido derivada al sistema interamericano de protección de derechos humanos⁴; mismo que, también recientemente, canalizó las críticas hacia el tratamiento que el Estado chileno le da a estas parejas⁵.

¹ La evolución en esta materia ha sido mucho más marcada en suelo europeo, proceso en el cual la jurisprudencia regional de los derechos humanos emanada desde Estrasburgo ha jugado un papel fundamental. Véase MARTÍN SÁNCHEZ, María, "Aproximación histórica al tratamiento jurídico y social dado a la homosexualidad en Europa", *Estudios Constitucionales*, Vol. 9, 2011, pp. 245-276.

² Boletín 7873-07, *Proyecto de ley que crea el Acuerdo de Vida en Pareja*, presentado a tramitación el 17 de agosto de 2011 por el Ejecutivo (en primer trámite constitucional a la fecha de redacción de este trabajo).

³ El 28 de julio de 2011, el Tribunal Constitucional escuchó alegatos en la Causa Rol N° 1881, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Corte de Apelaciones de Santiago respecto del artículo 102 del Código Civil* (en adelante *Peralta*). La sentencia, que aquí será comentada, data del 3 de noviembre del mismo año.

⁴ Véase http://www.movilh.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=1427&Itemid=1.

⁵ El 24 de febrero de 2012, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos resolvió la Causa Rol N° 12502, *Karen Atala e Hijas contra el Estado de Chile* (en adelante *Atala con Estado de Chile*). Este proceso tiene como antecedente directo la sentencia pronunciada por la Corte Suprema en la Causa Rol N° 1193-2004, recurso de queja caratulado *López Atala M. y otros* (en adelante *Atala*). Dicha sentencia, que será aquí comentada, data del 31 de mayo de 2004.

Para un análisis de la sentencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que condena al Estado chileno por haber incurrido en discriminación arbitraria contra Karen Atala en la sentencia de la Corte Suprema aquí analizada, véase SZMULEWICZ, Esteban, "Igualdad, orientación sexual y juicio estricto de proporcionalidad: Comentario a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, de 24 de febrero de 2012", *Revista de Derecho* (Coquimbo), Vol. 19, 2012, pp. 433-449; y ZÚÑIGA, Francisco, "Comentario a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso '*Atala Riffo y niñas vs. Chile*', de 24 de febrero de 2012", *Estudios Constitucionales*, Vol.10, 2012, pp. 429-468. Cabe destacar que el primer autor señala que, a la luz del análisis de proporcionalidad introducido en Chile por el Tribunal Constitucional, "no se puede sino concordar con el fallo de la Corte IDH", por cuanto "la invocación de la condición homosexual de la jueza involucra una categoría sospechosa, sobre todo en consideración de que se discrimina a una persona sobre la base de su integración en un determinado grupo social, grupo que ha sufrido una intensa historia de discriminación y respecto del cual existen prejuicios sociales capaces de cercenar la posibilidad de defensa de sus intereses

La discusión sobre el estatuto jurídico de las parejas del mismo sexo tiene una característica bastante peculiar. Si bien la idea de crear una unión civil que regule las relaciones patrimoniales de dichas parejas pareciera generar cada vez más consenso⁶, la mera mención de la palabra *matrimonio* sigue generando apasionadas divisiones. ¿A qué se debe esta actitud tan dispar ante propuestas a primera vista tan similares? En este artículo sostengo que el discurso público sobre el matrimonio entre parejas del mismo sexo está determinado por discursos implícitos sobre la *crianza homoparental de niños*: esto es, sobre la posibilidad de que parejas del mismo sexo puedan criar hijos, abiertamente y de cara a la sociedad y al derecho. De hecho, y en una coincidencia llena de simbolismo, los dos casos previamente mencionados giran en torno a parejas del mismo sexo que han debido luchar judicialmente por la posibilidad de criar a sus hijos: la pareja conformada por Karen Atala y Emma de Ramón, y la pareja formada por César Peralta y Hans Arias. Mientras el caso *Atala* versa precisamente sobre la pérdida de la tuición de sus hijos que Karen Atala experimentó a manos de la Corte Suprema, la historia previa del caso *Peralta* incluye la obtención de la tuición de sus hijos por parte de César Peralta mediante una decisión del Primer Juzgado de Familia de Puente Alto⁷.

Si aceptamos que la crianza homoparental tiene la centralidad y relevancia que le imputo, entonces la evaluación de los argumentos que las instituciones

en el proceso político”. SZMULEWICZ, “Igualdad, orientación sexual”, cit. nota n. 5, p. 446. Por su parte, el segundo autor expresa que la sentencia de la Corte Interamericana “está llamada a incidir poderosamente en nuestra cultura de los derechos humanos y perspectiva garantista”, pues “asume un patrón hermenéutico progresivo-evolutivo de los derechos humanos y sus garantías”, orientación jurisprudencial que “no sólo es prometedora para minorías sexuales, o minorías culturales, sino en general es un paso en la consolidación de una cultura garantista”. ZÚÑIGA, Francisco, “Comentario a la sentencia de”, cit. nota n. 5, p. 466.

⁶ Sobre el panorama internacional y particularmente latinoamericano dentro del cual se ha producido dicho consenso, véase RODRÍGUEZ, Eli, “El reconocimiento de las uniones homosexuales. Una perspectiva de derecho comparado en América Latina”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año 44, N° 130, 2011, pp. 207-235. Rodríguez observa que si bien “ya en varios países se ha reconocido el matrimonio homosexual, en América Latina no se ha aceptado dicha institución; sino que se han establecido instituciones análogas que asemejan las uniones homosexuales al matrimonio o al concubinato”. RODRÍGUEZ, “El reconocimiento”, cit. nota n. 6, p. 234. Cabe suponer que las resistencias contra el matrimonio igualitario son el resultado de la influencia del catolicismo, la cual se expresa tanto en los valores culturales predominantes como en iniciativas de cabildeo más específicas.

⁷ Véase MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL, Informe Anual sobre Derechos Humanos de la Diversidad Sexual Chilena, Santiago, 2010, p. 150 y ss. Véase también CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile, Santiago, 2009, p. 307. El hecho de que Peralta fuera homosexual fue discutido explícitamente en la resolución, y a diferencia del caso *Atala* no fue obstáculo para que obtuviera la tuición. La comparación entre ambos casos espera todavía ser escrita.

públicas han provisto en esta materia es de la mayor importancia⁸. Bajo tal presupuesto, este trabajo tiene por propósito identificar aquellos argumentos contenidos en las sentencias de los casos *Atala* y *Peralta* mediante los cuales los tribunales en cuestión –la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, respectivamente– han tomado parte en esta discusión⁹ proporcionando argumentos contra la crianza homoparental. Asimismo, este artículo busca someter dichos argumentos al escrutinio racional al que todo acto público invita en cuanto tal¹⁰. La manera en que evaluaré estos casos no responderá a un criterio secuencialmente cronológico, sino a la complementariedad lógica de los argumentos en ellos contenidos. Si bien *Peralta* fue decidido después de *Atala*, la discusión de los argumentos que *Atala* entrega requiere resolver previamente algunos puntos de conflicto planteados en *Peralta*.

Además de la importancia cívica que reviste la revisión de tales argumentos, la discusión en torno al estatuto de las parejas del mismo sexo es de gran interés para una comprensión socio-cultural del derecho constitucional¹¹; para una comprensión del derecho constitucional en acción, si se quiere. Esto se debe a que, en el presente, tal discusión se ha constitucionalizado de dos formas: en primer lugar, mediante la invocación por parte de quienes han participado en este debate de diversos “conceptos de moralidad política” que constituyen al mismo tiempo principios constitucionales, tales como la igualdad, la no discriminación, o la libertad¹² y, en segundo lugar, mediante

⁸ “¿No deberá saber el público si un poder que pesa sobre todos los hombres, que se extiende a todos los actos de la vida, se administra con inteligencia y pureza? ¿Y no es la exposición de los fundamentos de las sentencias el único medio de impartir este conocimiento?”, BELLO, Andrés, *Escritos Jurídicos, Políticos y Universitarios*, LexisNexis, Santiago, 2005, pp. 90-91. Para Bello “la práctica de fundar las sentencias “está íntimamente ligada con la naturaleza de las instituciones republicanas”, afirmación de sentido profundamente *ilustrado*.

⁹ Desde luego, porque les fueron planteados casos concretos para su resolución. Es conveniente distinguir conceptualmente la *judicialización* de conflictos del *activismo judicial*. Mientras el primer fenómeno depende de la decisión de personas que deciden actuar como partes en un litigio, el segundo dice relación con la intensidad y extensión con que los jueces resuelven dichos litigios. En *Peralta*, por ejemplo, podría hablarse de judicialización pero difícilmente de activismo. La valoración tanto de la judicialización como del activismo judicial, desde luego, es un asunto ampliamente discutido cuya consideración escapa del propósito del presente trabajo.

¹⁰ Este trabajo prosigue el análisis de los contenidos del debate sobre matrimonio igualitario iniciado en un trabajo anterior. Véase MUÑOZ LEÓN, Fernando, “Que hable ahora o calle para siempre”: La ética comunicativa de nuestra deliberación en torno al matrimonio igualitario”, *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. 24, 2011, pp. 9-30.

¹¹ Para una reivindicación de este enfoque, véase MUÑOZ LEÓN, Fernando, “Autonomía y Responsividad: sobre la relación entre Derecho y Sociedad”, *Anuario de Derecho Público* Universidad Diego Portales, Vol. 2, 2011, pp. 502-524.

¹² Véase DWORKIN, Ronald, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996. Dworkin, desde luego, no cree que la “lectura moral de la Constitución”

el recurso por parte de los defensores del matrimonio igualitario al sistema de justicia constitucional integrado por la acción de protección y el requerimiento de inaplicabilidad. Una tercera posible vía de constitucionalización de la discusión, la realización de reformas constitucionales para consagrar la heterosexualidad del matrimonio, se ve por el momento distante¹³. En definitiva, esta discusión ha adoptado el tono de aquellos debates que, involucrando dimensiones jurídicas y políticas, intentan replantear o reformular aspectos fundamentales del pacto social chileno; y analizar la forma en que los tribunales se han involucrado en ella nos permitirá visualizar la interacción entre conflicto social y el contexto de justificación provisto por el punto de vista interno de las normas.

Lo curioso de la constitucionalización de este debate es que la Constitución chilena, en estricto sentido, no dice nada sobre las relaciones de pareja, sean éstas homo o heterosexuales¹⁴. Desde luego, hay una referencia implícita a ellas en la afirmación constitucional según la cual la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, recogida del artículo 16 N° 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁵ y cuyo contenido será discutido en este trabajo. Así y todo, en la actualidad la ley constitucional chilena dice mucho menos sobre la familia que aquello que establecieron las reformas constitucionales de 1967 y 1971, las cuales delinearón con claridad principios constitucionales en materia

sea indeterminada y que, en consecuencia, signifique un cheque en blanco para el intérprete judicial. Los conceptos de “principio” e “integridad del derecho” desarrollados en su obra previa son imprescindibles para entender adecuadamente su propuesta.

¹³ Un primer proyecto fue presentado el 17 de mayo de 2011 por los senadores Andrés Chadwick y Pablo Longueira, y retirado de tramitación por los propios autores el 19 de mayo de 2011. Véase Boletín 7656-07, *Proyecto de reforma constitucional en materia de matrimonio*. Un segundo proyecto, presentado el 16 de agosto de 2011 por los diputados Gonzalo Arenas, Romilio Gutiérrez, Gustavo Hasbún, Patricio Melero, Claudia Nogueira, Iván Norambuena, Enrique Van Rysselberghe, Felipe Ward, Mónica Zalaquett (UDI) y Jorge Sabag, se encuentra actualmente en primer trámite constitucional. Dicho proyecto se limita a reingresar el mismo proyecto presentado anteriormente por los senadores Chadwick y Longueira. Para el análisis de estos proyectos véase MUÑOZ LEÓN, Fernando, “Que hable ahora o calle para siempre”: La ética comunicativa de nuestra deliberación en torno al matrimonio igualitario”, *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. 24, 2011, pp. 9-30.

¹⁴ Esto no ha sido siempre así en la historia constitucional chilena. Véase el análisis de los Ministros Carmona, Fernández, García y Viera-Gallo, en *Peralta*, fs. 33 y 34.

¹⁵ La inserción de dicha afirmación es fruto de la insistencia de Enrique Ortúzar, presidente de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, quien habiendo hecho referencia al texto de la Declaración utilizó en la misma sesión de ese organismo las expresiones “célula básica”, “célula primaria”, “célula fundamental”, “célula o núcleo primario”. La expresión “núcleo fundamental” es de autoría de Alejandro Silva, recogida por Ortúzar. Véase Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, Sesión 191, jueves 18 de marzo de 1976.

del acceso de las familias a la propiedad¹⁶, el ingreso¹⁷ y la seguridad social¹⁸. Nada de ello figura en el texto impuesto en 1980¹⁹. Este cambio es, a primera vista, contradictorio con la importancia que los sectores que estuvieron a cargo de la redacción del anteproyecto constitucional asignaban discursivamente a la familia. Sin embargo, al fin y al cabo, dicho cambio es reflejo de las profundas transformaciones llevadas a cabo durante el Gobierno Militar, mediante las cuales se reemplazó tanto a nivel de texto constitucional como de estructura institucional el Estado Interventor centrado en la justicia social por el Estado Subsidiario enfocado en la autonomía social²⁰. En definitiva, en materia de familia la ley constitucional chilena no establece ni los contenidos ni el contorno de ella, limitándose a afirmar que será deber del Estado tender al fortalecimiento de ésta. Tal *textura abierta* constituye el sustento de la afirmación del Tribunal Constitucional, en cuanto a que “los efectos y la regulación de las proyecciones del matrimonio son propios de la reserva legal y no constitucional”²¹.

¹⁶ Según el artículo 10 N° 10 de la Constitución Política del Estado de 1925, reformada mediante ley N° 16.615 de 1967, la ley propenderá “a la conveniente distribución de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar”.

¹⁷ Según el artículo 16 N° 14 de la Constitución de 1925, reformada mediante ley N° 17.398 de 1971, toda persona tiene derecho al trabajo y “a una remuneración suficiente que asegure a ella y su familia un bienestar acorde con la dignidad humana y a una justa participación en los beneficios que de su actividad provengan”.

¹⁸ Según el artículo 16 N° 16 de la Constitución de 1925, reformada mediante ley N° 17.398 de 1971, la ley deberá cubrir especialmente, entre otros riesgos, el de la “muerte del jefe de familia o de cesantía involuntaria”, así como el “derecho a prestaciones familiares a los jefes de hogares”.

¹⁹ El articulado constitucional previo a la reforma de 1989 también reflejaba la victoria subrepticia de Jaime Guzmán, quien al no lograr establecer la “defensa de la integridad de la familia” como un “deber básico para todos los miembros de la comunidad nacional”, logró generar consenso en torno a la idea de “excluir de la vida cívica a los movimientos cuya doctrina atente contra esta institución que es base de la vida cívica”. Véase Actas, cit. nota n. 15. Dicha exclusión, expresada originalmente en el artículo 8° de la Constitución Política de la República, fue eliminada junto con dicho precepto mediante la reforma constitucional contenida en la ley N° 18.825 de 1989.

²⁰ Sobre el Estado Interventor y la justicia social, véase ACKERMAN, Bruce, *Social Justice in the Liberal State*, Yale University Press, New Haven, 1981. Sobre el Estado Subsidiario y la autonomía social, véase FERMANDOIS, Arturo, *Derecho Constitucional Económico*, 2ª edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2006, pp. 85-101.

²¹ *Peralta*, fs. 365. Por supuesto, lo que olvida aquí el Tribunal es que los artículos 1° y 19 N° 2° de la Ley Fundamental chilena establecen un principio de igualdad que tanto el legislador como el adjudicador constitucional han de cautelar, y el cual exige, a lo menos, la realización del ejercicio de analizar si la regulación en discusión satisface los estándares asociados al principio constitucional de igualdad tales como la imparcialidad o la proporcionalidad. Lo paradójico de la sentencia *Peralta* es que si bien la sentencia misma no hace este ejercicio, todos los votos concurrentes sí lo hacen. El voto disidente del Ministro Hernán Vodanovic va incluso más allá, asumiendo la lucha contra la discriminación en razón de la orientación sexual como un principio constitucionalmente requerido por la dignidad de la persona humana. Véase particularmente el punto II.3 de su voto de minoría, a fs. 422.

La legalización del matrimonio igualitario en otras partes del mundo, tanto mediante legislación (New York) como pronunciamientos judiciales (Argentina²²), junto a la figuración que el tema ha tenido en Chile desde la última elección presidencial, sugieren que el debate sobre el estatuto jurídico de las parejas compuestas por personas del mismo sexo está aquí para quedarse. En esas circunstancias es que los pronunciamientos judiciales ya existentes en la materia pueden convertirse en un recurso retórico valiosísimo para la discusión que todavía sigue. Desde luego, para adquirir tal calidad los argumentos allí proporcionados han de resistir el escrutinio crítico, pues de lo contrario amenazan con convertirse en un presente griego para quienes deseen utilizarlos. A tal análisis, pues, se dedicarán los siguientes acápite de este trabajo.

II. EL CASO *PERALTA*: EL ARGUMENTO BIOLÓGICO CONTRA LA CRIANZA HOMOPARENTAL

El caso *Peralta* tiene un significado que va más allá de la sentencia del Tribunal Constitucional que lo resolvió. Pese a que en términos estrictamente institucionales este caso no reportó ningún cambio en el tratamiento que reciben las parejas del mismo sexo, en términos simbólicos éste ha marcado un antes y un después al constituirse en un acto de reconocimiento²³ a la validez misma de la demanda por matrimonio igualitario.

¿Cómo se refleja tal reconocimiento en el caso *Peralta*? Pequeños grandes hechos que hace algunos años hubieran sido impensables, dadas las fronteras delineadas históricamente por el imaginario social en materia de diversidad sexual. El recurso de protección que dio origen a este caso no fue declarado inadmisibles por la Sala Tramitadora de la Corte de Apelaciones; la acción de inaplicabilidad *no fue declarada inadmisibles ni su tramitación rechazada* por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional²⁴; los votos concurrentes a la sentencia *Peralta* trataron la demanda por matrimonio igualitario con consideración, dialogando con ella en términos jurídicos, varios de ellos admitiendo, incluso, la posibilidad de que dicha

²² Con fecha 13 de noviembre de 2009, una jueza de la Ciudad de Buenos Aires declaró inconstitucionales los artículos 172 y 188 del Código Civil, que limitaban el matrimonio a personas de distinto sexo. Si bien su fallo fue apelado y sus efectos suspendidos en la Capital Federal, el 28 de diciembre de 2009 se realizó un matrimonio entre personas del mismo sexo en la ciudad de Ushuaia debido al Decreto 2996/09 emitido por la Gobernación de la Provincia de Tierra del Fuego ordenando acatar dicho fallo de inconstitucionalidad. Con posterioridad, el Código Civil fue reformado para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, reforma que entró en vigencia el 15 de julio de 2010.

²³ El tema del reconocimiento es uno de los ejes centrales de la teoría política y comunicativa contemporánea. Véase, por ejemplo, TAYLOR, Charles, *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

²⁴ Pese a que hubo dos Ministros que votaron en tal sentido. Véase *Peralta*, fs. 4 y 55.

petición se materialice por otras vías²⁵ y, por último, *un voto de minoría validó plenamente la demanda contenida en el recurso de protección y canalizada mediante el procedimiento de inaplicabilidad.*

Si se tiene presente el cambio que ha habido en materia de aceptación social de la diversidad sexual durante las últimas dos décadas²⁶, se entenderá que todo lo que se indica habría sido inimaginable hasta hace poco. Por todo ello, el auténtico significado de *Peralta* se proyecta en el plano político-cultural antes que en el ordenamiento institucional. *Peralta* ayudó a confirmar que la demanda por matrimonio igualitario es hoy parte de la agenda pública chilena, y que diversos actores sociales e institucionales la respaldan.

El caso *Peralta* se inició con la solicitud de inscripción matrimonial que, en septiembre del año pasado, presentaron tres parejas del mismo sexo ante el Registro Civil. Las parejas, conformadas por Víctor Manuel Arce y José Miguel Lillo, y Stephane Abran y Jorge Manuel Mardones, buscaban inscribir sus matrimonios ya realizados en Argentina y Canadá, respectivamente. César Peralta y Hans Arias, por su parte, solicitaban contraer matrimonio civil ante la legislación chilena. En todos estos casos, los funcionarios del Registro Civil se negaron a la realización de dicho trámite arguyendo que el artículo 102 del Código Civil define al matrimonio como un “contrato solemne” entre “un hombre y una mujer”. En estas circunstancias, y con el respaldo del Movimiento de Integración y Liberación Homosexual, los afectados presentaron un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 20 de octubre de 2010²⁷. En vista a los diversos asuntos de constitucionalidad involucrados en este recurso de protección, con fecha 27 de diciembre, la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió remitir el expediente al Tribunal Constitucional a fin de que éste resolviera sobre la constitucionalidad de la aplicación del artículo 102 del Código Civil ya referido. Tras haber admitido a tramitación este requerimiento el 4 de enero de 2010 y declarado su admisibilidad el 26 del mismo mes, el Tribunal escuchó los alegatos de los abogados patrocinantes en esta causa el 28 de julio de 2011 y emitió su resolución el 3 de noviembre del mismo año²⁸.

²⁵ Así, por ejemplo, aunque con diferentes énfasis, los votos concurrentes de los Ministros Aróstica, Navarro y Venegas, y de los Ministros Carmona, Fernández, García y Viera-Gallo.

²⁶ Las relaciones sexuales consentidas entre varones adultos, por ejemplo, fueron despenalizadas recién en 1999, mediante la L. 19.617. Así y todo, las relaciones sexuales consentidas entre varones menores adultos y varones adultos, sin embargo, están todavía penadas por la ley. Véase art. 365 CP, y sentencia del 4 de enero de 2011 del Tribunal Constitucional en Causa Rol N° 1683, *Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal*.

²⁷ Recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago, Causa Rol N° 6787-2010, *Peralta Weltzel, César con Soto Silva, Juana*.

²⁸ Corresponde aquí señalar que participé como abogado patrocinante de dicho recurso.

La sentencia *Peralta* es, sin duda, un objeto complejo, cuyo análisis debe encargarse primero de diseccionar la heterogeneidad de temas allí discutidos. Una importante veta argumentativa allí contenida es la discusión sobre la idoneidad del recurso de inaplicabilidad para resolver este asunto²⁹ y, correlativamente, la competencia del órgano jurisdiccional constitucional para acceder a la solicitud de los requirentes³⁰. Otro frente discursivo, más enfatizado en algunos votos que en otros, es la conveniencia de elaborar una solución a la situación de desprotección en que se encuentran las uniones de hecho en Chile³¹. Finalmente, otro eje de la discusión, menos explícito quizás, es *la posibilidad de la paternidad homoparental*.

²⁹ Al discutir sobre la idoneidad del recurso de inaplicabilidad, ningún Ministro se hizo cargo de lo obvio: que, en términos jurídicos, la inaplicabilidad discutida en autos era simplemente la antesala de una *declaración de inconstitucionalidad* del artículo 102 del Código Civil y sus disposiciones complementarias, tales como los artículos 18 y 80 de la Ley de Matrimonio Civil. Como afirma Kelsen, “la norma superior es un marco abierto a varias posibilidades”, y la forma en que se escoge entre tales varias posibilidades –esto es, la interpretación de las normas –es un asunto que “no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica”. KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2005, pp. 131-133. En este caso, si bien la declaración de inaplicabilidad del artículo 102 era una interpretación jurídicamente válida del mandato de igualdad y no discriminación arbitraria contenido en la Constitución, y abría paso a la declaración de oficio de la inconstitucionalidad de dicho precepto legal en los términos del art. 93 N° 7 del mismo cuerpo legal, nada de ello ocurrió ni habría ocurrido sencillamente porque *no había ocho miembros del Tribunal que interpretaran la ley en tal sentido y que estuviesen dispuestos a ejercer tal atribución*. Como afirmara Schmitt, “en la realidad de la vida jurídica importa quién decide”. SCHMITT, Carl, *Political Theology*, The University of Chicago Press, Chicago, 2005, p. 34.

³⁰ La sentencia misma afirma que el Tribunal Constitucional “no se encuentra facultado para modificar y regular las instituciones que contempla el ordenamiento jurídico mediante un pronunciamiento de inaplicabilidad”. *Peralta*, fs. 367. Coinciden los Ministros Carmona, García, Viera-Gallo, sosteniendo que “compete al Parlamento –y no a esta Magistratura– dictar las normas legales correspondientes, regulando alguna forma de unión civil entre dos personas, independientemente de su orientación sexual, e *incluso abriendo la institución matrimonial a personas del mismo sexo, si así lo estima conveniente*”. *Peralta*, fs. 416 (énfasis agregado). Con sutiles matices argumentativos, coinciden los Ministros Aróstica, Navarro y Venegas, afirmando que “corresponde el Legislador, y no a esta Magistratura Constitucional, dar forma a las nuevas instituciones legales que vengan a dar satisfacción a las necesidades de la marcha de la sociedad, teniendo en cuenta las mutaciones que ella experimenta en su constante evolución”. *Peralta*, fs. 380. Discrepa de todos ellos el Ministro Vodanovic haciendo ver que “[s]iempre que es declarada inaplicable una disposición base de un ordenamiento hay una reformulación del sistema de normas”, por lo cual estima “que el requerimiento debe ser acogido y declararse inaplicable el artículo 102 del Código Civil en la gestión *sublite*”. *Peralta*, fs. 417-418.

³¹ Los Ministros Carmona, García, Viera-Gallo expresan que “legislar sobre la materia resulta aún más imperioso en nuestro país frente al vacío normativo que hoy existe”, el cual “deja en una incertidumbre a las parejas del mismo sexo”. *Peralta*, fs. 416. El Ministro Vodanovic, por su parte, manifiesta que “la regulación legal de las parejas del mismo sexo –ciertamente, una mejoría en el maltrato social que les concierne– no borra la discriminación denunciada”, la cual “se produce por la exclusión del matrimonio”. *Peralta*, fs. 428. Por su parte, los Ministros Aróstica, Navarro y Venegas se cuidan “de adelantar opinión” sobre “la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las opciones legislativas que los Poderes Colegiadores eventualmente escojan en dicho propósito”. *Peralta*, fs. 380.

La elaboración más clara que de este tema se hace, como es de esperar, proviene de quienes ven objeciones a ella; específicamente, de los votos concurrentes del Ministro Bertelsen, de los Ministros Aróstica, Navarro y Venegas, y de la Ministra Peña.

El Ministro Bertelsen, por ejemplo, afirma que “la importancia social del matrimonio” se expresa en “los fines que el artículo 102 del Código Civil le reconoce, entre los cuales incluye la procreación”, por lo que “es congruente que la ley reserve su celebración únicamente a personas de distinto sexo ya que *sólo la unión carnal entre ellas es la que, naturalmente, puede producir la procreación*, y excluya de su celebración a personas del mismo sexo”³². La Ministra Peña, por su parte, afirma que “la familia constituida por la unión matrimonial estable entre un hombre y una mujer... resulta decisiva para la supervivencia y proyección de la sociedad a través del tiempo”³³.

A su vez, los Ministros Aróstica, Navarro y Venegas encuentran el fundamento mismo del matrimonio “en las diferencias naturales entre varón y mujer”³⁴. Para ellos el matrimonio, “si bien puede mutar en sus efectos” –expresión cuyo efecto pragmático en cuanto acto del habla es minimizar los cambios experimentados por el matrimonio durante las últimas décadas en materia regímenes patrimoniales, filiación y divorcio– en definitiva “viene a regular la unión afectiva estable entre hombre y mujer”³⁵. Desde esta perspectiva, el matrimonio “es, por su concepción misma, por su origen histórico social, por su fisonomía y por sus finalidades propias, una institución aplicable únicamente a las relaciones de parejas formadas por un hombre y una mujer”³⁶.

Los Ministros aquí señalados, en conclusión, encuentran en la finalidad de la procreación el rasgo distintivo que justifica el acceso de las parejas heterosexuales a la institución matrimonial y que, correlativamente, justifica también la denegación de acceso de las parejas homosexuales a la misma. Quien pueda procrear, puede acceder al matrimonio; quien no pueda procrear, no puede acceder al matrimonio. Las parejas heterosexuales pueden procrear, *ergo* pueden acceder al matrimonio; las parejas homosexuales no pueden procrear, *ergo* no pueden acceder al matrimonio³⁷.

³² Peralta, fs. 371.

³³ Peralta, fs. 382.

³⁴ Peralta, fs. 377.

³⁵ Peralta, fs. 377.

³⁶ Peralta, fs. 377.

³⁷ El Ministro Navarro ya había apoyado anteriormente esta tesis; interesadamente, en un brevísimo comentario a la sentencia *Atala* analizada en este mismo trabajo. Expresó el Ministro Navarro en aquel entonces que “la decisión judicial que sustrae la tuición a la madre que ha hecho pública su

Como se puede apreciar, estos Ministros hacen depender de la sostenida imposibilidad de procrear de las parejas del mismo sexo la proporcionalidad de su exclusión de la institución familiar: dado que dichas parejas no pueden procrear, entonces no es arbitrario excluirlas del matrimonio. Así, afirma el Ministro Bertelsen en su voto concurrente y los Ministros Aróstica, Navarro y Venegas en el propio, que “la igualdad ante la ley no exige un trato uniforme a todas las personas, sino que permite a la ley dar un trato diverso a las mismas cuando existe un hecho diferenciador relevante”, que sea “apto y proporcionado para la diferencia jurídica que se extraiga”³⁸. La imposibilidad de las parejas del mismo sexo de procrear es, pues, el fundamento imprescindible de la conclusión de estos Ministros: que la exclusiva heterosexualidad del matrimonio en la legislación chilena respeta el mandato constitucional de igualdad y no discriminación arbitraria. Es precisamente la capacidad de procrear, que tales Ministros presumen exclusiva de las parejas de distinto sexo, lo que constituye el “hecho diferenciador relevante” en cuestión. Así, por ejemplo, el Ministro Bertelsen concluye su análisis respecto a si la ley en cuestión “incurre en una diferencia arbitraria que en su aplicación resulta contraria a la garantía constitucional de igualdad ante la ley”³⁹, afirmando que tal decisión legislativa “no puede estimarse que constituye una diferencia arbitraria o caprichosa, sino fundamentada en las diferencias entre varón y mujer”, razón por lo que “se conforma con la garantía constitucional de igualdad ante la ley”⁴⁰.

Los demás Ministros del Tribunal no se refieren a la proposición aquí analizada, esto es, la *posibilidad* de la paternidad homoparental; aunque sí se refieren a la valoración social de ella, asunto del que me ocuparé en el próximo acápite y que, por lo tanto, dejaré de lado por ahora. Más relevante es, entonces, plantear aquí una pregunta que los Ministros cuyos argumentos he reseñado parecieran tener ya resuelta: ¿pueden las parejas del mismo sexo *procrear*?

condición homosexual, que incluso convive con otra persona de igual sexo en el mismo hogar en que habitan sus hijas, se encuadra correctamente en la protección que la Constitución otorga a la familia matrimonial” pues “la libertad de uno de los padres de explicitar su opción sexual no puede arrastrar a los hijos generados en un matrimonio a tener que convivir con un modelo de familia que se aparta del que cautela nuestro ordenamiento jurídico”. NAVARRO, Enrique, “Un caso de tuición a la luz del Derecho Constitucional”, *Revista de Derecho Público*, N° 66, 2004, p. 428. El argumento aquí transcrito es, evidentemente, absurdo: de seguir su razonamiento, entonces un juez podría ordenar a los padres de un menor a permanecer casados en lugar de divorciarse pues la libertad de ambos de disolver su vínculo “no puede arrastrar a los hijos generados en un matrimonio a tener que convivir con un modelo de familia que se aparta del que cautela nuestro ordenamiento jurídico”.

³⁸ *Peralta*, fs. 369 y 376.

³⁹ *Peralta*, fs. 369.

⁴⁰ *Peralta*, fs. 372.

La pregunta es, desde luego, innecesaria pues el supuesto según el cual obran los Ministros en cuestión –esto es, que para el derecho chileno la procreación es un fin del matrimonio, y que en consecuencia quien pueda procrear, puede acceder al matrimonio pero que quien no pueda procrear, no puede acceder al matrimonio– es erróneo a la luz del derecho chileno vigente. Para entender esto hay que dar un breve vistazo a las transformaciones históricas de la legislación matrimonial chilena.

Al ser promulgada en 1884, la Ley de Matrimonio Civil establecía una regulación coherente y autocontenida que consistía en “una lectura del matrimonio canónico en clave laica”⁴¹. En el contexto de tal regulación coherente y autocontenida, cada uno de los elementos gramaticales de la definición del matrimonio establecida en el artículo 102 del Código Civil tenía un correlato en la regulación institucional de la materia⁴². Así, por ejemplo, si el Código decía que mediante el matrimonio un hombre y una mujer “*se unen actual e indisolublemente, i por toda la vida*”, esto era porque según el artículo 19 de la ley el divorcio “*no disuelve el matrimonio, sino que suspende la vida común de los cónyuges*”. Asimismo, si el Código decía que el matrimonio tenía como fin la procreación, entendida como una *unión carnal fértil*, esto era porque a su vez el artículo 4° de la ley establecía que no podía contraer matrimonio los que “sufrieren de impotencia perpetua e incurable”.

Ambos institutos regulatorios, ambos contornos de la institución matrimonial han desaparecido de la legislación vigente a partir de la entrada en vigencia el 2004 de la ley N° 19.947, la cual estableció el divorcio vincular y eliminó la infertilidad de entre los impedimentos al matrimonio. La afirmación del artículo 102 del Código según la cual el matrimonio es una unión indisoluble que tiene como fin la procreación constituye un *flatus vocis*, una expresión sin correlato en la regulación jurídica chilena del matrimonio⁴³. En otras palabras, *en el derecho chileno ni el matrimonio es indisoluble ni la procreación constituye un fin del matrimonio*. Los Ministros del Tribunal Constitucional en cuestión

⁴¹ SALINAS, Carlos, “Una primera lectura de las nuevas causas de nulidad del Matrimonio Civil a la luz del Derecho Canónico”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. 25, 2004, p. 363.

⁴² La coherencia entre el texto del Código y la regulación de la ley era posible porque la contigüidad entre la legislación civil y la legislación canónica a la que se refiere la cita anterior tiene su antecedente en los antiguos arts. 103, 117, 118, 123, 126, 129 y 169 del CC., los cuales delegaban en las autoridades eclesiásticas la regulación del matrimonio. En consecuencia, era ya el Código el que establecía originalmente, mediante una remisión normativa al derecho canónico, el correlato entre la definición de su art. 102 y los elementos centrales de la regulación del matrimonio en materia, por ejemplo, de divorcio y de impedimentos.

⁴³ A menos, claro, que entendamos que el concepto jurídico ‘procrear’ es distinto del acto biológico ‘procrear’. Tal es la solución dogmática propuesta *infra*.

debieron haber dado cuenta de este hecho y, a lo menos, hacerse cargo de las obvias objeciones que surgen contra su argumentación de las transformaciones de la legislación matrimonial. Al no haberlo hecho, dan la impresión de haber construido su argumentos sobre un error de derecho.

Aun imaginando que en el derecho chileno la procreación fuera un fin del matrimonio y que, por lo tanto, sólo pudieran acceder a él el tipo de parejas que pudieran procrear, aun así estarían dichos Ministros en un error. Sólo se puede creer que las parejas del mismo sexo no pueden reproducir teniendo en mente una concepción premoderna o precientífica de la procreación. Desde esta perspectiva, la procreación sólo se produciría mediante la cópula, la “unión carnal” entre “personas de distinto sexo”, en palabras del Ministro Bertelsen⁴⁴. Tal planteamiento olvida el desarrollo durante la segunda mitad del siglo XX de diversas técnicas de reproducción asistida⁴⁵, incluyendo la *inseminación artificial* y la *maternidad subrogada*. Mediante estas técnicas, por ejemplo, una mujer en una relación lésbica puede ser inseminada con el semen de un donante; y un hombre en una relación gay puede fertilizar *in vitro* a una donante⁴⁶. En definitiva, las parejas del mismo sexo también pueden, mediante el concurso de las técnicas de reproducción asistida, ser parte de aquello que la Ministra Peña describe como el “proceso completo por el que se trae un nuevo individuo al mundo”⁴⁷. Adicionalmente, y como ocurre precisamente en las dos parejas cuyos casos este artículo examina (Karen Atala y Emma de Ramón, César Peralta y Hans Arias), los individuos que inician una relación con otra persona de su mismo sexo *pueden ya haber procreado* y ser, por lo tanto, padres biológicos de un niño ya nacido.

Afirmar que las parejas del mismo sexo *no pueden procrear* es un camino poco promisorio para la discusión, pues las parejas del mismo sexo *sí pueden procrear* y la capacidad de procrear no es, por lo demás, un elemento que forme

⁴⁴ *Peralta*, fs. 371.

⁴⁵ Hay quienes objetan la reproducción asistida considerándola como “algo antinatural y contrario a la voluntad del Creador”. GAFO, Javier, *Nuevas técnicas de reproducción humana*, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1986, p. 62. Tal aseveración sólo es válida dentro de los parámetros del discurso religioso y, por tanto, se dirige únicamente a quienes compartan la fe de quienes la emiten. Fuera de ese contexto, es una afirmación *incomunicable* (pues tiene como premisa necesaria una experiencia de la que carece su receptor, la fe) y carece así de toda fuerza persuasiva y vinculante.

⁴⁶ Por si esto fuera poco, la posibilidad de “transformar células genéticamente masculinas en óvulos, y células femeninas en semen”, lo cual permitiría a parejas del mismo sexo tener hijos cuyo material genético esté relacionado con ambos cónyuges, está siendo desarrollada por laboratorios de todo el mundo y puede transformarse en una realidad en cualquier momento. ALDHOUS, Peter, “Are male eggs and female sperm on the horizon?”, *New Scientist*, N° 2641, 2008, p. 6.

⁴⁷ *Peralta*, fs. 383.

parte de la regulación matrimonial chilena. Y con todo, procreen o no procreen, las parejas compuestas por personas del mismo sexo pueden en la actualidad adoptar, no existiendo ningún impedimento legal para ello⁴⁸. Llegados a este punto se vuelve necesario discutir los propios términos en los cuales ha venido dándose la discusión. ¿Por qué recurren tan insistentemente los Ministros del Tribunal Constitucional a la palabra ‘procrear’? La respuesta es obvia: porque está en el artículo 102 del Código Civil, contra el cual se ha recurrido en este caso. Pero, como queda dicho, si bien en la ley de 1884 este vocablo tenía un significado bien preciso, a partir de la reforma de 2004 éste se ha perdido. Dado que tal término sigue estando presente en la legislación chilena, parece sensato *reconceptualizarlo* de tal manera que siga cumpliendo una función útil dentro del sistema jurídico⁴⁹.

Lo que hace posible e incluso necesaria la reconceptualización del término ‘procrear’ es que existen importantes actividades sociales que, eliminada la conexión del matrimonio con la procreación como función biológica, siguen constituyendo intereses cuya protección pareciera ser una responsabilidad del sistema jurídico en virtud del artículo 1º de la ley constitucional chilena. ¿A qué intereses sociales me refiero? La Ministra Peña los identifica citando un trabajo que detecta diversas “funciones que han llevado a concebir [la familia] como ‘núcleo fundamental de la sociedad’ y a imponer al Estado el deber de darle

⁴⁸ La moción presentada a tramitación el 27 de septiembre de 2011 por los diputados de la Unión Demócrata Independiente Pedro Álvarez-Salamanca, Giovanni Calderón, María Cristi, Romilio Gutiérrez, Gustavo Hasbún, Cristian Letelier, Celso Morales, Jorge Ulloa y Mónica Zalaquett, contenida en el Boletín 7943-18, *Modifica el artículo 20 de la ley N° 19.620 sobre Adopción de Menores*, busca precisamente –como lo indica el texto de dicha moción– evitar la adopción homoparental, sobre la base de supuestos “problemas de socialización” de los niños criados por parejas del mismo sexo respecto del resto de su pares, quienes “mayoritariamente tienen padres y madres de distinto sexo, por ello todo hace prever que los niños adoptados en esas condiciones, tendrán importantes problemas de conducta, adaptación, y rebeldía”. La comprobación de esta aseveración mediante información recabada a través del estudio de casos, como es de esperarse, no existe.

⁴⁹ Uno de los presupuestos de la ciencia jurídica es que la totalidad de las normas vigentes en una unidad política territorial y temporalmente delimitada constituyen un *sistema*: un sistema jurídico. Para que tal sistema pueda operar debe contar con elementos que velen por su coherencia interna, y elementos que lo conecten con su entorno y con los otros sistemas que existen en él. Así, como señala Luhmann, el sistema jurídico debe combinar referencias internas y externas, las cuales él asocia respectivamente con *conceptos e intereses*. “Los conceptos articulan los aspectos autorreferenciales de las decisiones jurídicas; los intereses, por otro lado, son hechos del entorno que han de ser tomados como dados. La labor del sistema tal como el propio sistema se lo representa consiste en distinguir los intereses protegidos por el derecho de los intereses que deben ser suprimidos y combatidos. Esta distinción no puede ser derivada del entorno del sistema, ni puede ser ‘vista’ como una cualidad inherente de los sistemas. La distinción debe ser construida mediante operaciones internas”. LUHMANN, Niklas, “Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system”, *Cardozo Law Review*, Vol. 13, 1992, pp. 1430-1431.

protección y de propender a su fortalecimiento”⁵⁰. Entre tales funciones identifica la equidad intergeneracional, la transmisión cultural, la socialización, el control social y la afirmación de la persona por sí misma⁵¹. Ahora bien, obsérvese con atención que *ninguna de dichas funciones es biológica*; en cambio, son todas de carácter *psicosocial*, y podrían ser resumidas en la noción de *crianza*. Así, y a diferencia de lo que concluye la propia Ministra Peña, no es “el matrimonio entre hombre y mujer” lo que “resulta fundamental para que la familia se consolide como verdadero núcleo fundamental en una sociedad que aspira a seguir existiendo”. Lo que es fundamental para tales efectos es que haya adultos que cumplan tales funciones psicosociales respecto de los nuevos integrantes de la sociedad.

Esta reconceptualización nos lleva también a reconsiderar la objeción contra el matrimonio entre personas del mismo sexo: no es que las parejas del mismo sexo *no puedan procrear*, es que *no deben criar niños*, puesto que no desempeñan adecuadamente las funciones psicosociales que caracterizan a la familia constitucionalmente protegida. Este es, en efecto, el argumento central planteado por la sentencia del caso *Atala* y que a continuación examinaré.

III. EL CASO ATALA: EL ARGUMENTO PSICOSOCIAL CONTRA LA CRIANZA HOMOPARENTAL

Las circunstancias fácticas que rodean al caso *Atala* podrían reflejar la experiencia de miles de chilenas y chilenos: Karen Atala contrajo matrimonio en 1993, tuvo tres hijas nacidas, respectivamente, en 1994, 1998 y 1999, disolvió su matrimonio en 2002, y obtuvo la tuición de sus hijas por mutuo acuerdo con su pareja. Es aquí donde la historia diverge del promedio.

El 15 de enero de 2003, el padre biológico de las hijas de Karen Atala interpuso una demanda de tuición ante el Juzgado de Menores de Villarrica aduciendo que su anterior pareja “no se encuentra capacitada para velar y cuidar” de sus hijas, pues “su nueva opción de vida sexual sumada a una convivencia lésbica con otra mujer, están produciendo y producirán necesariamente consecuencias dañinas al desarrollo de estas menores”⁵². Entre otros argumentos, el demandante argumentó que las prácticas sexuales de la madre exponían a sus

⁵⁰ *Peralta*, fs. 381. Véase DEL PICÓ, Jorge, “Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno”, *Ius et Praxis*, Vol. 17, 2011, p. 38.

⁵¹ Véase *Peralta*, fs. 381-382.

⁵² Demanda de Tuición interpuesta ante el Juzgado de Letras de Menores de Villarrica, Causa Rol N° 9485-2003 (énfasis agregado). En: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Atala con Estado de Chile*, p. 11.

hijas a contraer enfermedades de transmisión sexual tales como herpes y sida (¡!). Si bien el Juez Titular de Letras concedió la tuición provisional de las niñas al padre, el contenido de la resolución que otorgó dicha tuición llevó a Atala a solicitar la inhibición de la autoridad que la emitió por haberse pronunciado sobre el fondo de la cuestión debatida. De esta forma, la causa quedó radicada en la Jueza Subrogante del mismo Juzgado, quien denegó la solicitud de tuición, mediante una sentencia cuya calidad argumentativa ha sido alabada⁵³, afirmando que no se había acreditado en el proceso “la existencia de hechos concretos que perjudiquen el bienestar de las menores derivado de la presencia de la pareja de la madre en el hogar”⁵⁴.

Dicha decisión fue apelada el 11 de noviembre de 2003 ante la Corte de Apelaciones de Temuco, la cual confirmó el 30 de marzo de 2004 la sentencia recurrida⁵⁵. Esto llevó a la contraparte de Atala a presentar el 5 de abril de 2004 un recurso de queja ante la Corte Suprema contra los Ministros de la Corte de Apelaciones en cuestión, argumentando, entre otras cosas, que el comportamiento de la madre había producido en las hijas “una confusión en los roles sexuales que interfirió y va a interferir posteriormente en el desarrollo de una identidad sexual clara y definida”⁵⁶. El recurso fue acogido con fecha 7 de abril de 2004; se realizaron alegatos con fecha 14 de mayo del mismo año y, finalmente, se emitió sentencia favorable el día 31 del mismo mes.

La sentencia, de autoría de los Ministros José Luis Pérez, Jorge Medina y Urbano Marín⁵⁷, concentra su argumentación en los peligros psicosociales que representa para las menores en cuestión la estructura familiar provista por la

⁵³ “Es de justicia reconocer que la sentencia de la jueza subrogante de Villarrica, doña Viviana Cárdenas Beltrán, es una de las resoluciones judiciales mejor fundadas y argumentadas de la jurisprudencia chilena. Por eso resulta especialmente inquietante que haya sido revocada en la Corte Suprema por la vía del recurso de queja, cuando en verdad no parece haber en ella ninguna falta o abuso grave”. RUIZ-TAGLE, Pablo, “El mismo caso de tuición a la luz de otro derecho constitucional”, *Revista de Derecho Público*, N° 66, 2004, p. 432.

⁵⁴ Sentencia de fecha 29 de octubre de 2003 en Causa Rol N° 9485-2003 seguida ante el Juzgado de Letras de Menores de Villarrica. En: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cit. nota n. 52, p. 14.

⁵⁵ Causa Rol N° 2158-2003.

⁵⁶ Recurso de Queja interpuesto ante la Corte Suprema, Caso Atala. En: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cit. nota n. 52, p. 17

⁵⁷ Un artículo de prensa afirma que el Ministro Urbano Marín, “defendió la opción minoritaria, que era contraria a quitarles la tuición a sus hijas, reflejando un cierto progresismo en comparación con la postura que finalmente ganó y separó a la madre de las niñas”. Véase http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20071221/pags/20071221194325.html. Sin embargo, ello contrasta con la rúbrica de la sentencia, que indica como disidentes del voto de mayoría únicamente a José Benquis y Orlando Álvarez. De haberse inclinado por esta postura, Marín hubiera alterado el resultado de este juicio, y la historia sería muy distinta.

madre y su pareja. En ella, los jueces de la mayoría evidencian que “el padre de las menores dedujo su demanda dirigida a obtener la tuición de sus hijas, sobre la base de argumentar que la decisión adoptada por la madre siguiendo su tendencia homosexual, provoca daños en el desarrollo integral psíquico y en el ambiente social de las tres menores”⁵⁸. Es precisamente esa línea argumentativa la que sigue la sentencia: esto es, contrapone el interés de las menores con la estructura familiar provista por la pareja homoparental compuesta por Karen Atala y Emma de Ramón. Así, los sentenciadores fundamentan su decisión de privar de la tuición de sus hijas a Karen Atala en su apreciación de que, “aparte de los efectos que esa convivencia puede causar en el *bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas*, atendida sus edades, la eventual *confusión de roles sexuales* que puede producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de *riesgo para el desarrollo integral* de las menores respecto de la cual deben ser protegidas”⁵⁹.

¿Están en lo cierto los Ministros de la Corte Suprema al afirmar que la crianza homoparental puede afectar “el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas”? Veamos qué nos dice la ciencia social al respecto. Timothy Biblarz y Judith Stacey, profesores de Sociología de la Universidad de California del Sur y de la Universidad de Nueva York, respectivamente, plantean que la revisión de los estudios psicológicos sobre paternidad “reportan que no hay diferencias notorias entre niños criados por parejas heterosexuales y aquellos criados por parejas gay o lesbianas, y que los padres homosexuales son tan competentes y efectivos como los padres heterosexuales”⁶⁰. Biblarz y Stacey explican que “ninguna relación ha sido encontrada entre la orientación sexual de los padres y los indicadores de las habilidades cognitivas de los niños”⁶¹. Estos puntos son reforzados por Gregory Herek, profesor de Psicología de la Universidad de California en Davis. Herek se hace la siguiente pregunta en su artículo: “¿Perjudica a los niños el tener padres gay, lesbianas o bisexuales, en comparación a los hijos de padres heterosexuales, de tal forma que el negarle a las parejas del mismo sexo el derecho a contraer matrimonio sea beneficioso para los niños?”⁶². Su conclusión es que “los estudios empíricos que comparan a los niños criados por

⁵⁸ *Atala*, Considerando 5º.

⁵⁹ *Atala*, Considerando 17º (énfasis agregado).

⁶⁰ STACEY, Judith & BIBLARZ, Timothy, “(How) Does the Sexual Orientation of Parents Matter?”, *American Sociological Review*, Vol. 66, 2001, p. 160.

⁶¹ STACEY & BIBLARZ, “(How) Does the Sexual”, cit. nota n. 60, p. 172.

⁶² HEREK, Gregory, “Legal recognition of same-sex relationships in the United States: a social science perspective”, *American Psychologist*, Vol. 61, 2006, p. 607.

padres pertenecientes a minorías sexuales con aquellos criados por padres heterosexuales comparables en todo otro respecto no han encontrado disparidades confiables en su salud mental o su ajuste social”⁶³. La Sociedad Canadiense de Psicología coincide, afirmando que “la revisión de la investigación psicológica sobre el bienestar de los niños criados por parejas del mismo sexo y por parejas heterosexuales indica que no hay diferencias significativas en su salud mental o su adecuación social y que las madres lesbianas y los padres gay no son menos capaces como padres que sus contrapartes heterosexuales”⁶⁴.

¿Estarán al menos en lo cierto los Ministros de la Corte en preocuparse por la “confusión de roles sexuales que puede producirseles por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino”? Aquí hay que señalar, para despejar dudas y asumiendo que esto es lo que sugiere la Corte, que los niños criados por padres homosexuales no tienen una mayor tendencia a definirse como homosexuales en la adultez. Los hijos de parejas del mismo sexo están más abiertos a considerar la posibilidad de tener relaciones eróticas con personas de su mismo sexo⁶⁵; no obstante, así y todo, “la mayoría de todos los niños se identifican a sí mismos como heterosexuales”⁶⁶, hayan sido criados por parejas del mismo sexo o de distinto sexo. Los hijos de padres homosexuales, así las cosas, tienen claro que la orientación sexual de sus padres es una posibilidad, pero estadísticamente no son más propensos a ser homosexuales que sus pares criados por padres heterosexuales. Aun así, hay un cierto efecto, que de hecho cabe calificar de positivo. Biblarz y Stacey explican que “en algunos indicadores, como agresividad o preferencias lúdicas, los hijos de madres lesbianas se comportan de maneras menos tradicionalmente masculinas que aquellos criados por madres solteras heterosexuales”⁶⁷.

¿Pero no es acaso necesario tener un *padre* y una *madre* –es decir, un padre de cada género– para tener una crianza completa e integral? Biblarz y Stacey, nuevamente, abordan este asunto en su estudio *How Does the Gender of Parents Matter*. En éste, parten citando la afirmación de un anterior estudio que sostuvo que “la paternidad exitosa no es específica de ningún género, y que los niños no necesitan *padres* ni *madres*, para estos efectos. Más bien, cualquier configuración de adultos en términos de género puede criar adecuadamente”⁶⁸. Tras

⁶³ HEREK, Gregory, “Legal recognition of”, cit. nota n. 62, p. 613.

⁶⁴ CANADIAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION, *Marriage of Same-Sex Couples*, 2006.

⁶⁵ STACEY & BIBLARZ, “(How) Does the Sexual”, cit. nota n. 60, p. 170.

⁶⁶ STACEY & BIBLARZ, “(How) Does the Sexual”, cit. nota n. 60, p. 178.

⁶⁷ STACEY & BIBLARZ, “(How) Does the Sexual”, cit. nota n. 60, p. 168.

⁶⁸ STACEY, Judith & BIBLARZ, Timothy, “How Does the Sexual Orientation of Parents Matter?”, *Journal of Marriage and Family*, Vol. 72, 2010, p. 3.

analizar la investigación disponible, Blibarz y Stacey concluyen que tan sólo es posible verificar una cierta superioridad de los hogares biparentales sobre los monoparentales, pero no extrapolar esta superioridad a los hogares heteroparentales sobre los hogares homoparentales: “dos padres compatibles proveen ventajas para los niños frente a padres solteros”, lo cual “parece ser cierto sin importar el género de los padres, su estado marital, su identidad sexual, o su estatus biogenético”⁶⁹.

Pareciera ser que toda la diferencia la hace la calidad de las relaciones dentro de la familia, antes que la orientación sexual de quienes la integran. El profesor de Psiquiatría Infantil de la Universidad de Yale, Kyle Pruett, afirma que en sus 25 años de trabajo clínico con familias y niños ha observado, “con creciente sorpresa, una variedad infinita de estilos, acuerdos y estructuras de crianza utilizadas por las familias para criar a sus niños” y ha llegado a la conclusión de que “la mayoría de las habilidades parentales duraderas, al final, probablemente no dependen del género”⁷⁰. La Sociedad Australiana de Psicología coincide con Pruett, sosteniendo que “son los procesos familiares (tales como la calidad del cuidado y las relaciones dentro de la familia) lo que contribuye a determinar el bienestar y los ‘resultados’ de los niños, más que las estructuras familiares en sí mismas, tales como el número, género, sexualidad y estatus cohabitacional de los padres”⁷¹.

¿En definitiva, qué dicen las ciencias sociales respecto a la crianza homoparental? Nos dicen que la dupla padre/madre no tiene ventajas funcionales respecto de la dupla padre/padre o madre/madre en el cumplimiento de las funciones psicosociales que he asociado a la familia. La crianza homoparental no constituye una desventaja para el desarrollo pleno de los niños; tal como la crianza heteroparental tampoco lo es.

Ciertamente, uno podría pensar que este tipo de argumentos no son valederos contra la Corte Suprema, pues no formaron parte del proceso. El problema es que esto no es así. Señalan los Ministros que “en el juicio de tuición de las menores López Atala se hizo valer la opinión de diferentes psicólogos y asistentes sociales acerca de que la condición de homosexual de la madre no vulneraría los derechos de sus hijas, ni la privaría de ejercer sus derechos de madre, pues se trata de una persona normal desde el punto de vista psico-

⁶⁹ STACEY & BLIBLARZ, “How Does the Sexual”, cit. nota n. 68, p. 17.

⁷⁰ PRUETT, Kyle, *FatherNeed: Why Father Care Is as Essential as Mother Care for Your Child*, Broadway Books, New York, 2001, p.18.

⁷¹ SHORT, Elizabeth et al., “Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender (LGBT) Parented Families: A Literature Review prepared for the Australian Psychological Society”, *The Australian Psychological Society*, Melbourne, 2007, p. 4.

lógico y psiquiátrico”⁷². ¿Y qué pasó con los informes de dichos psicólogos y asistentes sociales? La Corte estimó que “en el campo de los asuntos de familia o que afectan a menores, las decisiones que la ley comete al tribunal también son y deben ser de resorte y responsabilidad propia e indelegable de los jueces respectivos, de suerte que los informes o dictámenes de psicólogos o asistentes sociales u otros profesionales que se alleguen por las partes a la causa o que ordene el tribunal, son sólo elementos de la convicción que deben formarse personalmente los jueces, al ponderar en su conjunto los medios de prueba”⁷³. ¿Y a qué medios probatorios recurrió la Corte en lugar de los informes de estos psicólogos y asistentes sociales? Al “testimonio de personas cercanas a las menores, como son las empleadas de la casa, [que] hacen referencia a juegos y actitudes de las niñas demostrativas de confusión ante la sexualidad materna que no han podido menos que percibir en la convivencia en el hogar con su nueva pareja”⁷⁴. Curiosa valoración de la prueba la de la Corte, que le asigna más peso probatorio a los chismes de las empleadas domésticas que a los informes evacuados por profesionales⁷⁵.

Ahora bien, a sus infundadas preocupaciones sobre el peligro psicosocial representado por la crianza homoparental, agregan los Ministros que formaron mayoría que el carácter homoparental del hogar provisto por Karen Atala “situará a las menores López Atala a un estado de vulnerabilidad en su medio social, pues es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal”⁷⁶. Una vez más, los jueces parecieran haber sido particularmente poco cuidadosos en verificar que sus afirmaciones estuvieran sustentadas fácticamente; en este caso, ya no mediante *experticia profesional* sino, más problemáticamente aún, mediante *medios probatorios*. Así, contrasta dicho considerando con la

⁷² Atala, Considerando 15°.

⁷³ Atala, Considerando 14°.

⁷⁴ Atala, Considerando 15°.

⁷⁵ Otra perspectiva aporta Lovera; quien, citando la opinión de Mauricio Duce en cuanto a que el excesivo uso de la prueba pericial alienta la sustitución del trabajo judicial por el de los expertos, y agregando que en asuntos de familia los jueces pueden fallar de acuerdo a las reglas de la sana crítica, observa que de todo ello “no se sigue que los jueces puedan resolver como quieran y, por lo mismo, les exigimos argumentar para poder conocer cuáles son las razones que definitivamente logran su convicción”, argumentación que en Atala no sólo no se produjo sino que, por el contrario, la Corte “prefirió ella ‘producir’ su propia prueba técnica” elaborando los juicios reproducidos *supra*. LOVERA, Domingo, “Razonamiento judicial y derechos del niño: de ventrílocuos y marionetas”, *Justicia y Derechos del Niño*, N° 10, 2007, p. 58.

⁷⁶ Atala, Considerando 18°.

sentencia de la Jueza Subrogante del Juzgado de Menores de Villarrica, quien afirmó en su dictamen que “las menores no han sido objeto de ninguna discriminación a la fecha y lo que los testigos y parientes de la parte demandante manifiestan es un temor a una posible discriminación futura”⁷⁷. A diferencia de la Corte Suprema, la Jueza del Juzgado de Menores se mantuvo dentro de los límites de la prudencia jurisprudencial, afirmando que “este tribunal debe fundar su resolución en hechos ciertos y probados en la causa y no en meras suposiciones o temores”⁷⁸.

Atala adquirió un lamentable estatus paradigmático en la jurisprudencia nacional por su capacidad de reflejar la manera en que los prejuicios distorsionan la aplicación de las normas a casos concretos⁷⁹. No estamos aquí frente a insuficiencias de los textos jurídicos vigentes, ni tampoco frente a una técnica jurídica aislada de otras disciplinas auxiliares: por el contrario, los mandatos de velar por el interés superior del niño⁸⁰ y de no discriminar arbitrariamente⁸¹ están claramente consagrados en la legislación nacional; y la propia sentencia comprende perfectamente que en los informes de peritos el juez habrá de encontrar la evidencia que le permita identificar la mejor forma de satisfacer aquel interés superior. El problema es, desde luego, que los jueces deciden saltarse tal evidencia y fundamentar su sentencia en chismes proporcionados por la contraparte de Karen Atala. La debilidad argumental de *Atala* transforma a esta sentencia en un caso que evidencia cómo la ignorancia y el prejuicio desplazan los valores jurídicos ya mencionados. Su carácter prejuicioso –ideológico, se habría dicho en otro contexto– se confirma al reprocharle a los jueces que concedieran la tuición a Karen Atala el “haber preterido el derecho preferente de las menores a vivir y desarrollarse en el seno de una *familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social*, según el modelo tradicional que le es propio”⁸². Proclamando este inusitado derecho, la sentencia convierte en

⁷⁷ Sentencia de fecha 29 de octubre de 2003 en Causa Rol N° 9485-2003. En: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cit. nota n. 52, p. 15.

⁷⁸ Sentencia de fecha 29 de octubre de 2003 en Causa Rol N° 9485-2003. En: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cit. nota n. 52, p. 15.

⁷⁹ Esta sentencia, mal que mal, proviene de una Corte cuyo Presidente había declarado por aquellos días que “[u]n juez puede ser homosexual, borracho, pero ¡ojo!, que no lo pillen porque si se llega a saber, nosotros le cortamos la cabeza. O sea, siga no más, pero que no lo vayan a pillar”. CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile, Santiago, 2005, p. 339.

⁸⁰ Art. 3.1., Convención sobre los Derechos del Niño.

⁸¹ Art. 19 N° 2, Constitución Política de la República.

⁸² *Atala*, Considerando 20°.

premisa incuestionable aquello que debiera probar; esto es, que la orientación sexual de la madre representa un daño para las menores⁸³.

Volviendo a los argumentos entregados al final de la sección anterior, si la evidencia ofrecida por la psicología y la sociología es que no hay diferencias entre los hogares heteroparentales y los hogares homoparentales en cuanto al cumplimiento de las funciones psicosociales resumidas en la noción de crianza, entonces el deber de protección de la familia que constitucionalmente recae sobre los hombros del Estado exige una política activa de validación y reconocimiento de los hogares homoparentales. Tal deber se agudiza debido a que muchos de esos hogares homoparentales deben todavía hoy enfrentar prejuicios sociales inaceptables para la Constitución dado que, como afirma el Ministro Vodanovic, ofenden a la dignidad humana⁸⁴.

V. CONCLUSIÓN: CRIANZA Y CIUDADANÍA

Es conocida la afirmación de Walter Benjamin según la cual no existe documento de cultura que no sea a la vez documento de barbarie⁸⁵. En los dos documentos de cultura aquí analizados, sentencias de los dos más altos tribunales chilenos en asuntos constitucionales, se anida un particular tipo de barbarie: la exclusión mal justificada, forma de exclusión que sugiere intensamente la existencia de prejuicios⁸⁶. ¿Cómo es que una corte entrega argumentos que sugieren su olvido del hecho de que la procreación ya no es un fin del matrimonio en el derecho chileno desde la reforma del año 2004? ¿O que ignora que, de todas formas, las parejas del mismo sexo sí pueden procrear? ¿Cómo es que un tribunal de la relevancia de la Corte Suprema escoge pasar por sobre los informes de psicólogos y asistentes sociales para privilegiar el testimonio de las asesoras del

⁸³ Esta *petitio principii* caracteriza también las actuaciones de la anterior pareja de Karen Atala, quien como hemos visto afirmara que “necesariamente” la orientación sexual de ella dañaría a sus hijas y las expondría a enfermedades de transmisión sexual, y del Juez Titular de Letras de Menores de Villarrica que concedió la tuición provisional de las niñas al padre pese a que, como lo señala la demanda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Atala contra Estado de Chile, “expresamente reconoce que no existían elementos que permitiesen presumir causales de inhabilidad legal de la madre que ameritaran el cambio de la tuición existente”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cit. nota n. 52.

⁸⁴ En conclusión, para el artículo 1º y el artículo 19 Nº 19 del texto constitucional chileno, y utilizando el lenguaje de Luhmann, la protección de dichos hogares homoparentales se inserta dentro de los “intereses protegidos por el derecho”, mientras que los prejuicios existentes contra la crianza homoparental forman parte “de los intereses que deben ser suprimidos y combatidos”.

⁸⁵ 85 BENJAMIN, Walter, *Illuminations: Essays and Reflections*, Schocken Books, New York, 1969, p. 256.

⁸⁶ Lo que aquí se califica como barbarie no es, en ningún caso, la persona de los jueces que integran dichos tribunales, ni mucho menos las instituciones en cuestión. Lo que se califica retóricamente como barbarie –y que, dicho en términos más analíticos, podría ser descrito como un acto radicalmente injusto– es la *denegación injustificada de derechos*; esto es, un acto.

hogar? Esto pareciera deberse a que detrás de estos argumentos hay una premisa no revelada que obscurece su razonamiento. El Ministro Hernán Vodanovic lo ha planteado de la manera más directa posible: “Dígase lo que se diga, la resolución del asunto pasa por la consideración de la homosexualidad. Es ésta, como toda orientación sexual, digna de ser reconocida y protegida o, por el contrario, una condición negativa, objeto de censura y reproche”⁸⁷. Y es bastante probable que detrás de errores argumentativos como los evidenciados en este estudio exista “una cierta idea de la homosexualidad” que la conciba como “una deformación pervertida, una enfermedad o, finalmente, un ‘desorden’ de la naturaleza”⁸⁸. De otra forma no se entienden los puntos ciegos de esos argumentos.

A su vez, esta misma barbarie es, revirtiendo la afirmación de Benjamin, un documento de cultura; es decir, es un testimonio de la estructuras de creencias que caracteriza a una sociedad determinada, inserta en procesos históricos bien determinados. Y es aquí donde los casos *Atala* y *Peralta* adquieren un interés que va más allá del estatuto de las parejas del mismo sexo. Planteando esta discusión, estos casos tematizan una de las premisas de todo orden social constitucionalizado: cuál es la relación entre crianza y membresía en la comunidad política, una pregunta que se proyecta, a su vez, en la relación entre educación y ciudadanía.

El surgimiento del sistema constitucional vigente está íntimamente vinculado con la lucha por una determinada comprensión de esta relación. La polémica en torno al proyecto de Escuela Nacional Unificada, anunciado en marzo de 1973, solidificó la alianza opositora entre el Partido Nacional y la Democracia Cristiana a nivel de movilización social, y sumó a otros actores sociales como la Iglesia Católica y las Fuerzas Armadas en pos de la reivindicación del derecho preferente de los padres a educar a sus hijos. Este evento, junto a otros conflictos jurídico-políticos del período en cuestión, dio forma a la retórica justificatoria del Golpe de Estado y fue posteriormente codificado en normas de rango constitucional por la Junta Militar. Así, por ejemplo, Jorge Ovalle afirmaría en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución que si la comunidad chilena “en todos sus estratos, resistió al marxismo y terminó derrotándolo, interviniendo las Fuerzas Armadas como intérpretes de la mayoría nacional”, fue porque hubo “un hecho que fue fundamental, del que nació todo y a raíz del cual se matricularon las Fuerzas Armadas”, que no fue otro que “el debate en relación con la educación de nuestros hijos”⁸⁹. Este debate, señala Ovalle, nació “de esa cosa esencial que cada hombre tiene en cuanto quiere por lo

⁸⁷ *Peralta*, fs. 422.

⁸⁸ *Peralta*, fs. 423.

⁸⁹ Actas, cit. nota n.15.

menos *conservar el dominio sobre lo que van a hacer sus hijos desde el punto de vista moral*. Eso es la familia”⁹⁰.

Tanto los casos *Atala* y *Peralta* como la retórica que acompañó a la redacción del texto constitucional chileno evidencian una concepción militante de la crianza y la educación: tal como los jueces de los casos comentados quieren excluir de estas esferas de la sociedad a la diversidad sexual, en el momento histórico en que se funda nuestro orden constitucional hay una decisión similar que se manifiesta respecto del pensamiento crítico de izquierda, decisión excluyente que se refleja conjuntamente en los artículos 8° y 19 N°s. 10 y 11 de la ley constitucional implementada en 1980. Tal concepción militante es criticada, desde una perspectiva liberal-republicana, por Bruce Ackerman, quien bautiza como una concepción *horticultural* de la educación a aquella que considera que los padres tienen la potestad de transmitirle a sus hijos los valores y visiones del mundo que ellos tienen con exclusión de las otras concepciones del bien existentes en la sociedad. Ackerman la llama así porque, de acuerdo a dicha concepción de la crianza y la educación, podemos tratar a los futuros ciudadanos “como si fuéramos maestros jardineros que pueden notar la diferencia entre una hierba maligna y una bella flor”⁹¹. En contraposición a ello, plantea que el rol de una crianza y una educación liberales es entregar a los educandos “un sentido de las diversas vidas que podrían llevar”⁹².

Ahora bien, en ningún caso este último planteamiento nos lleva a concluir que la razón para criticar los fallos *Atala* y *Peralta* sea, como sostiene Rodríguez, que “todo fallo contrario a los intereses colectivos de minorías sexuales es discriminatorio, porque el Estado y la judicatura deberían ser neutrales”⁹³. Efectivamente, tal como sostiene Rodríguez, “el Estado y la judicatura no pueden ser neutrales” –esto es, moralmente neutrales– pues, como correctamente expresa la autora, todo ordenamiento jurídico expresa una determinada constelación de valores y juicios morales desde el momento en que autoriza ciertas conductas y prohíbe otras. Por supuesto, de ello no se sigue lo que la autora da por probado; esto es, que la inevitabilidad de que los jueces hagan “juicios éticos” haría aceptable el juicio ético que han formulado en *Atala* y, por extensión, en *Peralta*. El problema con los juicios éticos allí contenidos es que son inaceptables a la luz de lo que Zúñiga describe como el “ethos contemporáneo o moderno, laico, secular que

⁹⁰ Actas, cit. nota n. 155. (El énfasis es mío).

⁹¹ ACKERMAN, Bruce, *Social Justice* in, cit. nota n. 20, p. 139.

⁹² ACKERMAN, Bruce, *Social Justice* in, cit. nota n. 20, p. 139.

⁹³ RODRÍGUEZ, María Sara, “El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho chileno de familia”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 36, 2009, p. 573.

se refleja en un concepto de vida familiar, libertad sexual, autodeterminación”⁹⁴ y que a juicio de este último autor impregna la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que condenó a Chile como consecuencia de *Atala*.

¿Y por qué sería inaceptable que el razonamiento judicial se guiara por una concepción valórica “tradicional”, fundada en la ordenación de las facultades humanas hacia fines trascendentales, en lugar de una concepción valórica “moderna”, fundada en la autodeterminación del sujeto ético individual (la persona) y colectivo (el pueblo)? Fundamentalmente, porque tan sólo esta última concepción es compatible con el único propiamente constitucional en toda Carta Fundamental, la *decisión sobre el contenido y forma de la unidad política*⁹⁵; decisión que en este caso consiste en la afirmación contenida en el artículo 4º según la cual *Chile es una república democrática*. Y la democracia es, recordemos, un sistema de gobierno emancipador fundado en la autonomía moral y la igualdad entre los integrantes de la comunidad. Por supuesto, tal autonomía es incompatible con la moral “tradicional”, y tal igualdad es incompatible con privar a ciudadanos de derechos y oportunidades disponibles para otros ciudadanos con el mero sustento de la moral “tradicional”⁹⁶.

En última instancia, la gran pregunta que planea por sobre el orden social contemporáneo es qué tipo de crianza y qué tipo de educación requiere una sociedad que se concibe a sí misma como una república democrática. Y si bien es posible dar a ello una respuesta desde la reflexión académica, la respuesta histórica sólo podrá ser entregada por la ciudadanía a través de sus acciones o sus silencios.

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Bruce, *Social Justice in the Liberal State*, Yale University Press, New Haven, 1981.
- ALDHOUS, Peter, “Are male eggs and female sperm on the horizon?”, *New Scientist*, N° 2641, 2008.
- BELLO, Andrés, *Escritos Jurídicos, Políticos y Universitarios*, Lexis Nexis, Santiago, 2005.

⁹⁴ ZÚÑIGA, “Comentario a la sentencia de”, cit. nota n. 5, p. 466.

⁹⁵ SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 2008, p. 45.

⁹⁶ CONTESE plantea una reflexión similar, observando que la ausencia de disposiciones jurídicas que codifiquen los cambios sociales y culturales en materia de homosexualidad reconociendo la posibilidad de las parejas del mismo sexo de contraer matrimonio “es una omisión que cruza la moral, la política y el derecho y que insulta la igual dignidad de las personas, así como el derecho que tenemos de autogobernarnos”. CONTESE, Jorge, “Matrimonio civil y Constitución Política: la sentencia del Tribunal Constitucional sobre matrimonio para parejas del mismo sexo”, *Anuario de Derechos Humanos*, N° 8, 2012, p. 157.

- BENJAMIN, Walter, *Illuminations: Essays and Reflections*, Schocken Books, New York, 1969.
- CANADIAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION, *Marriage of Same-Sex Couples*, 2006.
- CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile, Santiago, 2005.
- CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile, Santiago, 2009.
- CONTESE, Jorge, "Matrimonio civil y Constitución Política: la sentencia del Tribunal Constitucional sobre matrimonio para parejas del mismo sexo", *Anuario de Derechos Humanos*, N° 8, 2012, pp. 155-164.
- DEL PICÓ, Jorge, "Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno", *Ius et Praxis*, Vol. 17, 2011, pp. 31-56.
- DWORKIN, Ronald, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996.
- FERMANDOIS, Arturo, *Derecho Constitucional Económico*, 2ª edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2006.
- GAFO, Javier, *Nuevas técnicas de reproducción humana*, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1986.
- HEREK, Gregory, "Legal recognition of same-sex relationships in the United States: a social science perspective", *American Psychologist*, Vol. 61, 2006, pp. 607-621.
- KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2005.
- LOVERA, Domingo, "Razonamiento judicial y derechos del niño: de ventrílocuos y marionetas", *Justicia y Derechos del Niño*, N° 10, 2007, pp. 45-62.
- LUHMANN, Niklas, "Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system", *Cardozo Law Review*, Vol. 13, 1992, pp. 1419-1441.
- MARTÍN SÁNCHEZ, María, "Aproximación histórica al tratamiento jurídico y social dado a la homosexualidad en Europa", *Estudios Constitucionales*, Vol. 9, 2011, pp. 245-276.
- MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL, Informe Anual sobre Derechos Humanos de la Diversidad Sexual Chilena, Santiago, 2010.
- MUÑOZ LEÓN, Fernando, "'Que hable ahora o calle para siempre': La ética comunicativa de nuestra deliberación en torno al matrimonio igualitario", *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. 24, 2011, pp. 9-30.
- MUÑOZ LEÓN, Fernando, "Autonomía y Responsividad: sobre la relación entre Derecho y Sociedad", *Anuario de Derecho Público* Universidad Diego Portales, Vol. 2, 2011, pp. 502-524.

- NAVARRO, Enrique, “Un caso de tuición a la luz del Derecho Constitucional”, *Revista de Derecho Público*, N° 66, 2004, pp. 427-428.
- PRUETT, Kyle, *FatherNeed: Why Father Care Is as Essential as Mother Care for Your Child*, Broadway Books, New York, 2001.
- RODRÍGUEZ, María Sara, “El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho chileno de familia”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 36, 2009, pp. 545-586.
- RODRÍGUEZ, Eli, “El reconocimiento de las uniones homosexuales. Una perspectiva de derecho comparado en América Latina”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año 44, N° 130, 2011, pp. 207-235.
- RUIZ-TAGLE, Pablo, “El mismo caso de tuición a la luz de otro derecho constitucional”, *Revista de Derecho Público*, N° 66, 2004, pp. 429-432.
- SALINAS, Carlos, “Una primera lectura de las nuevas causas de nulidad del Matrimonio Civil a la luz del Derecho Canónico”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. 25, 2004, pp. 361-403.
- SCHMITT, Carl, *Political Theology*, The University of Chicago Press, Chicago, 2005.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 2008.
- SHORT, Elizabeth et al., “Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender (LGBT) Parented Families: A Literature Review prepared for the Australian Psychological Society”, *The Australian Psychological Society*, Melbourne, 2007.
- STACEY, Judith & BLIBLARZ, Timothy, “(How) Does the Sexual Orientation of Parents Matter?”, *American Sociological Review*, Vol. 66, 2001, pp. 159-183.
- STACEY, Judith & BLIBLARZ, Timothy, “How Does the Sexual Orientation of Parents Matter?”, *Journal of Marriage and Family*, Vol. 72, 2010, pp. 3-22.
- SZMULEWICZ, Esteban, “Igualdad, orientación sexual y juicio estricto de proporcionalidad: comentario a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, de 24 de febrero de 2012”, *Revista de Derecho (Coquimbo)*, Vol. 19, 2012, pp. 433-449.
- TAYLOR, Charles, *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.
- ZÚÑIGA, Francisco, “Comentario a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso ‘*Atala Riffo y niñas vs. Chile*’, de 24 de febrero de 2012”, *Estudios Constitucionales*, Vol. 10, 2012, pp. 429-468.