

Proyecto de ley, iniciado en Moción de los Honorables Senadores señor Rossi, señora Allende y señores Girardi y Lagos, sobre el contrato de matrimonio entre personas del mismo sexo.

Fundamentos.

Nuestro sistema jurídico en materia de derecho privado es de antigua data, el Código Civil fue promulgado y comenzó a regir a comienzos de la segunda mitad del siglo XIX, desde aquél entonces a la fecha ha sufrido una serie de modificaciones con motivo de los cambios sufridos por nuestra sociedad durante el transcurso del tiempo. Sin embargo, detrás del modelo de codificación, a ciertos regímenes contractuales, se les atribuye un carácter de inmutabilidad, atendido que el derecho de familia, se estructura a partir de definiciones y conceptos en que no se puede separar de planteamientos ideológicos, de índole ético o religioso, o que incluso se encuentran incardinadas en un conjunto estratégico de saber y poder. De ahí que no resulte extraño, que la opinión de muchos juristas es contraria a la posibilidad de establecer uniones de hecho o matrimonio homosexual, fundado en ideas que distinguen “conductas sexuales conformes a la dignidad humana (justas adecuadas a su naturaleza) y conductas sexuales que contradicen o rebajan su esa dignidad (injustas o contrarias a la naturaleza humana”, enfatizan la homosexualidad como trastorno o anomalía, contrarias a la finalidad de la legislación familiar, o bien, interpretando la homosexualidad, bajo la noción de “trastorno o anomalía psíquica” que vuelve incapaz, a la persona para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio. En este contexto, tales planteamientos, desarrollan discursos de anormales, en que el planteamiento sobre la plausibilidad de un matrimonio homosexual es considerado “no sólo la violación de las leyes de la sociedad sino que también de las leyes de la naturaleza”.

Considerados los planteamientos anteriores, entendemos que la definición legal de matrimonio es insatisfactoria, por lo que se hace necesario modificar el concepto decimonónico de matrimonio contenido en el Código Civil, en efecto, un análisis de su definición nos indica la significación de sus elementos: a) es un contrato solemne; b) que celebra un hombre y una mujer; c) por el cual se unen actual e indisolublemente y por toda la vida; d) con el fin de vivir juntos, de procrear y auxiliarse mutuamente. Es innegable la orientación económica que subyace en este contrato, sin embargo, creemos que admite una revisión en dos sentidos, en primer lugar porque la propia ley reconoce que facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, en este sentido no puede estar condicionado al ejercicio de su orientación sexual, pues afectaría la noción de igualdad entre todos los seres humanos cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición. De lo anterior se sigue que si hay derechos para cuya titularidad se exige la condición de ser humano, esos derechos -atendido que la humanidad se presenta en todos- deben también ser distribuidos igualitariamente. Esta primera forma de igualdad se le denomina igualdad en la distribución de los derechos. En cuanto a la finalidad de procreación, también resulta discutible, no sólo en el plano, de las parejas homosexuales, pues, también sería una restricción a las propias parejas heterosexuales que por motivos asociados a patologías, no podrían cumplir esta finalidad, que acompaña a la definición legal.

Sobre la naturaleza jurídica del matrimonio, es decir, su índole contractual, acto de estado, o institución, es bien conocida, aunque pese a las críticas, no admite dudas la posición sincrética en que se encuentra el instituto. La tendencia en las legislaciones comparadas es ha modificar el concepto, eliminando la referencia expresa al sexo de los contrayentes, así como finalidades trascendentes (como podría ser la procreación). La sociedad mundial ha ido aceptando paulatinamente la posibilidad que personas del mismo sexo puedan celebrar

el contrato de matrimonio, principalmente como una forma de reconocer situaciones tácticas que se producen cotidianamente -especialmente en el ámbito patrimonial-, en este sentido en materia de contratos de unión civil, esta Dinamarca, ley de 7 de junio de 1989, Noruega, 30 de abril de 1993, Holanda, ley de 5 de julio de 1997, Bélgica en noviembre de 1998, Portugal, el 1 de julio de 1999, Alemania, agosto de 2001 y el Reino Unido, diciembre de 2005, en Francia se introdujo el pacto civil de solidaridad, en cuanto al derecho a contraer matrimonio homosexual, se sitúa la ley Holandesa, Española (ley 13/2005) y de más reciente data es en Argentina, la ley núm. 26.618 que reemplazo los términos “hombre y mujer” por “contrayentes”. Un interesante precedente es la sentencia del Tribunal Supremo de Canadá, de 20 de mayo de 1999, que declaró que la definición de la ley de familia de la palabra esposo o esposa (spouse) como una persona del sexo contrario es inconstitucional.

Ideas matrices.

El objeto del presente proyecto de ley consiste en modificar el actual concepto de matrimonio dispuesto en el Código Civil, eliminando dos características del precepto vigente. En primer termino, el requisito de que los contrayentes deban ser un hombre y una mujer, es decir personas de diferentes sexos, y por otra, la finalidad de procreación del matrimonio. El actual concepto de matrimonio del Código Civil representa una exclusión arbitraria respecto de una cantidad importante de habitantes, quienes pretenden celebrar el matrimonio pero con personas del mismo sexo, más si consideramos que la propia ley de matrimonio civil reconoce en su Art. 2º que la facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, y no esta condicionado al ejercicio de orientación sexual. Asimismo por razones sistemáticas deben efectuarse adecuaciones en la ley de matrimonio civil, así como las otras que resulten necesarias para la adecuada armonía.

Es por eso que sobre la base de los siguientes antecedentes vengo en proponer el siguiente:

Proyecto de Ley

Art. 1º. Modifíquese el artículo 102 del Código Civil en el siguiente sentido:

- 1) sustitúyase la expresión “un hombre y una mujer” por “dos personas”.
- 2) suprimase la frase “de procrear”.

Art. 2º. Para modificar la ley núm. 19.947 sobre matrimonio civil en el siguiente sentido:

- 1) en el inciso segundo, numeral 4) del Art. 54, para agregar a continuación de la palabra “homosexual”, la siguiente expresión “en el caso del matrimonio entre un hombre y una mujer”.
- 2) para suprimir en el inciso primero del Art. 80 la expresión “siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer”.

FULVIO ROSSI CIOCCA  
SENADOR

GUIDO GIRARDI LAVÍN  
SENADOR