

# UNION DE PAREJAS DE UN MISMO SEXO. CONCILIACION CON EL CONCEPTO DE FAMILIA DE ACUERDO CON LA LEGISLACION NACIONAL E INTERNACIONAL

**Mario Calderón Vargas**

Profesor de Derecho Internacional Público  
Facultad de Derecho  
Universidad Gabriela Mistral

## I. EXPOSICIÓN DEL TEMA

Como consecuencia de un proceso sobre la tuición de los hijos menores de edad de un matrimonio que se disolvió a raíz del lesbianismo de la madre, quien convive con su pareja femenina, una Sala de la Corte Suprema falló a favor del padre, otorgándole a éste la tutela.

El fallo, si bien lo substancial se ajusta a derecho, como se demostrará a continuación, sólo se funda en consideraciones de hecho, las que si bien son relevantes no tienen un sustento jurídico.

Breve análisis del fallo,.... ..

La parte perdedora, es decir, la madre, ha anunciado la interposición de un recurso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la O.E.A. El presente análisis tiene por objeto determinar cuál debería ser el pronunciamiento de este Tribunal Internacional en caso de que el reclamo se materialice, a la luz del Derecho interno y del Derecho Internacional.

Sin conocer aún el fundamento del recurso, se ha invocado ya la denominada "igualdad de género", la razón básica para apoyar los matrimonios de personas de un mismo sexo y que ha sido acogida en varios Estados Europeos, de América Latina y de América del Norte.

Pero es difícil determinar el sustento jurídico de esta posición. Nadie discute que ambos sexos deben gozar por lo menos las de carácter occidental, pues sabemos que en los países de cultura islámica fundamentalista tal igualdad no existe.

## **II. EL DERECHO INTERNO**

La Constitución Política expresa en su Art. 1º Inc. 2º que “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad: Luego, en el Art. 17 Nº 4 se consagra “el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia”.

Previamente, hay que precisar cuál es el concepto de familia que protege la ley. La nueva ley de Matrimonio Civil no modificó la definición de matrimonio del Art. 102 del Código Civil, como contrato solemne, entre un hombre y una mujer, ...”

Por su parte la nueva ley reitera que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y que el matrimonio es la base de la familia, Art. 1º Inc. 1º luego, el Art. 19 al tratar de la celebración del matrimonio se refiere a la aceptación recíproca de los cónyuges como “marido y mujer” y finalmente el Art. 54 Nº 4 menciona el homosexualismo como causal de divorcio.

De lo cual se desprende que el concepto de familia que protege la ley interna es la familia legal y la familia legal es sólo la que emana del matrimonio entre un hombre y una mujer.

## **III. LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL**

Si el caso llega a verse ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, previamente deberá informar sobre su procedencia la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quien hace las veces de fiscal en los casos que ve el Tribunal.

Si la Comisión declara que el reclamo es admisible, se pasa a la fase siguiente y más importante: determinar cuál es el derecho que debe aplicarse. Desde luego y en primer término habría que considerar el Instrumento propio de la OEA en materia de derechos de la persona humana: la Convención Americana de Derechos Humanos, el “Pacto de San José de Costa Rica”.

Pero hay que tener presente que la OEA es órgano regional del Sistema de las Naciones Unidas, por lo que habrá que analizar en primer término, lo que dicen los instrumentos del mismo en relación a la protección de la familia especialmente cuál es el concepto de familia protegida.

Desde el punto de vista cronológico, el primer instrumento es la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en varios sentidos el más importante, pese a su carácter jurídico de "declaración" y no de "tratado". Sin embargo, hoy existe consenso en la doctrina de que ello no es tan así. Desde luego, los derechos están contemplados y desarrollados en la mayor parte de los tratados propiamente tales que se han inspirado directamente en ella y luego han sido recogidos por casi todas las Constituciones de los países de cultura occidental cristiana, Chile entre ellos.

*¿Qué dice al respecto el Art. 16 de la Declaración?:* "Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna, por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado".

*¿A cuál tipo de familia se refiere la disposición reproducida?* A la familia "legal", la que emana del matrimonio entre un hombre y una mujer.

Dentro del Sistema de las Naciones Unidas el conjunto normativo de mayor jerarquía en lo que se refiere a la protección de los derechos de la persona humana es el denominado "Sistema de Pactos", que comprende básicamente los Pactos Internacionales de Derechos Sociales, Económicos y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos, además de las Convenciones en contra del Genocidio y la Discriminación Racial.

En primer término, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Art. 10: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y de la educación de los hijos a su cargo. El Matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges".

¿A cuál familia se refiere?, a la "legal", la que emana del matrimonio entre un hombre y una mujer, de acuerdo a la historia fidedigna de la disposición transcrita.

El instrumento de mayor jerarquía en materia de protección de los derechos de la persona humana es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Resaltar la diferencia fundamental que existe entre ambos, el primero, Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de carácter programático mientras que en el segundo los derechos en él contemplados son exigibles de inmediato.

Art. 23:

Nº 1: "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado".

Nº 2: "Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello".

Nº 3: "El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes".

Nº 4: "Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de la familia, especialmente los hijos".

Misma conclusión. El concepto de familia es la legal, que emana sólo del matrimonio entre un hombre y una mujer.

Y ahora veamos el instrumento regional, que debería ser el que aplique la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Art. 17: Protección de la familia.

1. "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado y la Sociedad".
2. "Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en

la medida en que éstas no afecten el principio de no discriminación establecido en esta convención”.

3. “El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y espontáneo consentimiento de los contrayentes”.
4. “Los Estados Partes deben tomar las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de disolución del matrimonio. En caso de disolución se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos sobre la base única del interés y la conveniencia de éstos”.
5. “La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”.

Pero la Convención Americana agrega algo más, que es fundamental: el derecho a la protección de la familia no puede suspenderse bajo ninguna circunstancia.

Art. 27. En su N° 1° contempla la facultad de los Estados Partes para que en casos de guerra, peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia y seguridad de éstos para adoptar medidas que suspendan los derechos contemplados en la misma. Pero el N° 2 dice lo siguiente:

2. “La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos... 17, Protección a la familia”.

Esto hay que vincularlo con el Inc. 2° del Art. 5° de la Constitución Política: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por ésta Constitución, así como por los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Similar disposición existe en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 4, pero no se menciona al derecho a la protección de la familia. La característica básica de los derechos esenciales que se refiere el Art. 5° Inc. 2° de la Constitución, de acuerdo y en armonía con los tratados

internacionales ratificados y vigentes, es que estos no admiten suspensión.

Entonces, el reconocimiento de la validez de una unión entre personas de un mismo sexo ¿atenta o no en contra del concepto de familia que ampara y protege el Ordenamiento Jurídico Internacional, a nivel universal y regional?

Parece obvio entonces cuál debería ser el dictámen de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Algunas precisiones sobre la Corte, ...

## **I. Concepto**

Es una institución judicial autónoma del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Su función básica es la aplicación e interpretación de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Es un Tribunal establecido por el mismo instrumento, con el propósito primordial de resolver los casos que se le sometan por supuestas violaciones de los derechos contemplados en la Convención.

Su antecedente inmediato es el Tribunal Europeo de Derechos del Hombre, creado por la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales de noviembre de 1950.

Jurídicamente puede definírsela como una entidad judicial autónoma del Sistema Interamericano, constituida en virtud de la citada Convención; goza de personalidad jurídica internacional y de todos los derechos, atribuciones y potestades correspondientes, de conformidad con la Convención, su Estatuto y su Reglamento.

Tiene su sede en la ciudad de San José de Costa Rica, en ella funciona la Secretaría en forma permanente pero puede constituirse en cualquier Estado miembro, previa anuencia del mismo.

## **II. Composición**

Se integra con 7 jueces (nacionales de los Estados miembros); no puede haber más de dos jueces de la misma nacionalidad.

*Se eligen a título personal.*

Deben ser juristas de reconocida autoridad moral.

Deben reunir las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales, según el país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos.

Se eligen en votación secreta y por mayoría absoluta de los Estados Partes de la Convención en la Asamblea General de la OEA. Se eligen de una lista de candidatos propuestos por los mismos Estados miembros. Duran 6 años y pueden ser reelectos por una vez. El Estatuto también contempla jueces ad hoc, designados para casos específicos y también jueces interinos, en reemplazo de los permanentes. Elige de entre sus miembros a su Presidente y Vicepresidente por dos años, pudiendo ser reelegidos por una vez. Tiene un Secretario, cargo de confianza y dedicación exclusiva.

Sesiona en períodos ordinarios determinados por el Reglamento y extraordinarios convocados por el Presidente o a solicitud de la mayoría de los jueces. Las audiencias son públicas, salvo que la Corte decida lo contrario, pero las deliberaciones son siempre secretas.

## **III.- Competencia y atribuciones**

En términos generales puede decirse que cuando se ejercita la *jurisdicción internacional se limita la soberanía de los Estados* y por ende, su jurisdicción interna se ve alterada. Pero en la Convención Americana de Derechos Humanos, al referirse a la Corte no se invoca el término “jurisdicción”; pero en el Estatuto Art. 21 se dice en su título y Art. 2, que tiene “competencia y funciones”, dentro de lo cual se expresa que el Tribunal ejerce funciones jurisdiccionales y consultivas, utilizándose por primera vez el término “jurisdicción”. Pero hay aquí un error de carácter gramatical y jurídico, como lo sostiene el juez Rodolfo Piza Escalante “porque es necesario distinguir entre la jurisdicción

del tribunal como potestad para resolver y su competencia, como medida de esas potestades y su legitimación para actuar, para realizar su actividad jurisdiccional en cada caso”.

#### **IV.- La jurisdicción de la Corte**

1. Conoce en primer término los casos que le someten los Estados Partes la Convención;
2. Interpreta y aplica las disposiciones de la misma Convención;
3. Resuelve sobre la existencia de la violación de un derecho o libertad protegidos por la Convención y si es procedente, ordena la consecuente reparación.

Requisitos de procesabilidad: La apertura de un proceso en que la Corte ejerce jurisdicción dentro de los límites de su competencia, exige que se hayan agotado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos los procedimientos indicados en los artículos 48 a 50 de la Convención. La intervención de la Comisión para el conocimiento de los casos que le son sometidos, requiere el agotamiento de los recursos internos, conforme a los principios del Derecho Internacional. Ello explica la escasa actuación de la Corte. “Un Tribunal en busca de casos” de acuerdo al Profesor Fernando Vol Jiménez.

#### 4. Legitimación procesal

Es decir, quiénes pueden requerir su intervención y contra quiénes puede dirigirse (legitimación activa y pasiva).

##### a) Legitimación activa

En principio sólo la tienen los Estados Partes y la Comisión, por ende quedarían excluidas las personas individuales, los Organismos Internacionales, las ONG, los Estados que no son miembros de la OEA o que siéndolo, no son partes en la Convención, caso de EE.UU. de América.



b) Legitimación pasiva

Sólo puede ser demandado un Estado Parte en la Convención que haya reconocido la competencia de la Corte en forma expresa.

*En el caso en análisis, la parte recurrente tendría necesariamente que pactar el caso ante la Comisión y ahí el asunto se complica, porque no siempre ésta actúa con criterio jurídico, sino que más bien político, de modo que mucho va a depender del temor de rechazar una presentación que se funde en la supuesta igualdad de género, recurso básico de los movimientos de carácter homosexual.*