

En este sentido, cabe recordar que la jurisprudencia ha aplicado diversas figuras para solucionar este tipo de conflicto, por ejemplo, la comunidad de bienes.

Al margen de lo anterior, lo óptimo sería la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo, incluido el acceso a la paternidad/maternidad conjunta en términos igualitarios. Esto implicaría un total y auténtico reconocimiento de los distintos tipos de familia; poner nuestra legislación a la altura de las más avanzadas en esta materia, que desde hace tiempo reconocen el matrimonio igualitario (por ejemplo, las de España, Holanda, Canadá, Uruguay y Argentina); y, en fin, dar plena operatividad en este terreno a los principios y valores rectores del Estado Democrático de Derecho, es decir, a los derechos humanos, *v. gr.*, al respeto a la diversidad de formas de vida, igualdad y no discriminación, intimidad y libre desarrollo de la personalidad y a formar una familia.

SALIR DEL CLÓSET: LA NECESIDAD DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL Y LOS LÍMITES DEL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL^{*-***}

NICOLÁS ESPEJO YAKSIC^{***}
FABIOLA LATHROP GÓMEZ^{****}

El Acuerdo de Unión Civil (AUC), introducido mediante Ley N° 20.830 de 21 de abril de 2015, es susceptible de tres críticas importantes. En primer lugar, su naturaleza jurídica es confusa. En segundo lugar, deja al margen a las parejas que no celebran ni matrimonio ni AUC (convivencia de hecho). En tercer lugar, adolece de deficiencias en la protección de los hijos. Para suplir efectivamente estas deficiencias, estimamos necesaria la adopción de dos medidas: 1) Legislar directamente a favor del matrimonio entre personas del mismo sexo, con lo que se solucionarían los problemas de “confusión” de instituciones y de “desprotección a los derechos de los niños”, y 2) Legislar permitiéndose la prueba en juicio, de la convivencia de hecho hetero u homosexual transcurridos ciertos años y, con ello, solucionar los problemas de marginación legal de dichas uniones (reconociendo la comunidad de bienes si la hubiere, la posibilidad de proteger su vivienda

^{*} Este texto se basa en las presentaciones hechas por los autores ante la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados de Chile, en noviembre de 2014.

^{**} Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto Fondecyt Regular “Hacia una reconstrucción del Derecho de Familia: derechos de la Infancia y vida personal”, N° 1140033; su texto original ha sido publicado en la *Revista de Derecho de Familia*, N° 4, 2014, pp. 173-178.

^{***} Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales. Doctor en Derecho, Universidad de Warwick. Profesor visitante de la Universidad de Oxford.

^{****} Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctora en Derecho, Universidad de Salamanca. Profesora Asociada de Derecho Civil del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

familiar a través de la declaración de bienes familiares, como asimismo, ciertas prerrogativas hereditarias).

A) NATURALEZA JURÍDICA HÍBRIDA DEL AUC: EL PROBLEMA DE LA CONFUSIÓN

La naturaleza jurídica del AUC es confusa: no es un matrimonio pero tiene estructura de tal al habersele trasplantado gran parte de los derechos matrimoniales (prácticamente ningún deber). Esta falencia proviene de la poca claridad de la propuesta original; el mensaje con que se acompañó el proyecto del ex Presidente Piñera concebía el AUC como parte de las políticas de fortalecimiento de la familia y de aceptación de su diversidad, pero se le definía como un *contrato* de efectos meramente patrimoniales.

Durante el primer trámite constitucional, el Senado reforzó, entre otros aspectos, el respeto a la diversidad sexual que reconocía la propuesta enviada por el Ejecutivo. Al dotarlo de elementos extrapatrimoniales y otorgarle a sus contrayentes un nuevo estado civil, se fortaleció la naturaleza familiar de la unión de hecho, sea hetero u homosexual. En efecto, durante la discusión en particular en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se señaló que si bien dicha propuesta no consagraba una unión asimilable totalmente al vínculo conyugal, estaba construida sobre una *estructura* matrimonial, por lo cual debía repensarse la necesidad de aprobar la idea de un AUC o, al menos, reformular sus términos. Dicha Comisión terminó asimilándolo más explícitamente al matrimonio, de forma que la semejanza entre ambos contratos es evidente: generan estado civil; se celebran ante el oficial de registro civil; están sujetos a impedimentos prácticamente idénticos; otorgan los mismos derechos sucesorios; y ambos permiten presumir la paternidad de los hijos, así como solicitar la declaración de bienes familiares.

Por su parte, las diferencias entre AUC y matrimonio radican en que la celebración del primero prácticamente no produce deberes y en que su disolución es muchísimo más expedita:

– Los convivientes civiles no están obligados a guardarse fidelidad, vivir juntos ni procrear. La vida afectiva, la estabilidad y la permanencia son

mencionadas en su definición, mas no explicitadas como deberes. Entre los efectos del AUC se encuentran la ayuda mutua y el deber de solventar los gastos derivados de la vida en común, aunque no alcanzan naturaleza alimenticia explícita.

– La terminación consensual y unilateral del AUC no exige presencia judicial. Así, puede quedar sin efecto por mutuo acuerdo o voluntad de uno de los convivientes que consten en escritura pública o acta ante oficial de registro civil. En el segundo caso se exige que el otro conviviente sea notificado por receptor mediante gestión voluntaria ante juez de familia, dentro de los veinte días hábiles siguientes a la subinscripción de la escritura o acta. De manera imprecisa, se establece que la falta de dicha notificación no afecta el término del AUC, pero hace responsable al contratante negligente de los perjuicios que la ignorancia del término ocasione al conviviente, salvo si quien debe ser notificado está desaparecido, se ignora su paradero o ha dejado de estar en comunicación con los suyos; no pudiendo alegarse ignorancia después de tres meses de efectuada la subinscripción.

En efecto, la intervención judicial no dice relación con la ponderación de causal alguna de terminación del AUC. La presencia del juez de familia se prevé básicamente para los casos en que se quisieren demandar los perjuicios derivados de la falta de notificación, o bien, la compensación económica que se permite reclamar dentro de los seis meses desde la subinscripción del acto que da por terminado el AUC (a diferencia de los casos de divorcio y nulidad matrimoniales, en que no se prevén plazos sino oportunidades procesales durante dichos juicios).

B) CONVIVENCIAS O UNIONES DE HECHO FUERA DEL AUC: EL PROBLEMA DE LA MARGINACIÓN

Las familias conformadas por parejas que no contraen matrimonio ni AUC no están consideradas en la ley; permanecen en la actual situación de incertidumbre que la jurisprudencia desde hace décadas viene subsanando al echar mano a instituciones y principios fundados en el rechazo al enriquecimiento sin causa y la equidad, entre otros.

Al respecto, estimamos que debiera permitirse la prueba en juicio de la convivencia de hecho hetero u homosexual transcurridos ciertos años y, con ello, reconocerse la comunidad de bienes si la hubiere, la posibilidad de proteger su vivienda familiar a través de la declaración de bienes familiares, como asimismo, ciertas prerrogativas hereditarias. Ello, en aras de proteger adecuadamente a la familia de hecho: hijos si los hubiere, conviviente en posición desmembrada y patrimonio familiar en general.

Cabe señalar que de otorgarse un estatuto protector de estas características a las convivencias de hecho, el AUC se hace innecesario. En realidad, el AUC tiene utilidad en la medida que no exista matrimonio homosexual en nuestra legislación. La celebración de un contrato que permite regular las consecuencias de la vida afectiva de dos personas en los términos que hemos descrito, implica prácticamente convenir un "matrimonio". Lo que ocurre es que, conforme a nuestro Código Civil no puede denominarse como tal si dichas personas son del mismo sexo.

C) HIJOS EN CONTEXTOS FAMILIARES DE PAREJAS QUE CELEBRAN AUC: EL PROBLEMA DE LA "DESPROTECCIÓN"

El AUC no aborda adecuadamente la situación de los hijos, en dos sentidos. En primer lugar, no reconoce suficientemente sus relaciones familiares. En segundo lugar, los protege precariamente en caso de terminación del AUC.

— La ley permite al juez entregar el cuidado personal del hijo al cónyuge o conviviente civil del padre o madre². Ello es positivo en cuanto reconoce la existencia de hogares recompuestos o ensamblados; en particular, asume expresamente la conformación de hogares homoparentales al referirse al "conviviente civil" del padre o madre (el cual podrá ser o no del mismo

² Modifica el inciso segundo del artículo 226 del Código, dejando redactada la norma en los siguientes términos: "Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, velando primordialmente por el interés superior del niño conforme a los criterios establecidos en el artículo 225-2.

En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos y, en especial, a los ascendientes, al cónyuge o al conviviente civil del padre o madre, según corresponda".

sexo de dicho padre o madre). Asimismo, refuerza el derecho del niño a la vida familiar y lo protege de toda interferencia no justificada en base a su interés superior en la relación de "orientación y guía"³ que ha desarrollado con aquel conviviente civil que ha "contribuido significativamente a su crianza y educación".

Sin embargo, el Proyecto es restrictivo en tres sentidos. En primer lugar, la redacción propuesta continúa refiriéndose solo a la hipótesis de inhabilidad física o moral, excluyendo el caso de muerte del padre o madre. En segundo lugar, el texto literal de la norma exige la inhabilidad de "ambos" padres, descartando que la inhabilidad afecte solo a uno de ellos.⁴ Por último, no cubre la totalidad de los aspectos identitarios y relacionales entre un niño y un adulto que ejerce funciones parentales.

Creemos que el acceso a la paternidad o a la maternidad de los convivientes civiles abre un doble debate: el acceso a la adopción y la regulación de las técnicas de reproducción asistida (este último cobra importancia si dichos convivientes son del mismo sexo). En particular, estimamos que debe garantizarse el derecho del niño a acceder a un estatuto filiativo respecto de aquel conviviente civil que, habiendo contribuido significativamente a su crianza y educación, y no existiendo otro padre o madre vivo o habilitado para ejercerla, quiera constituir formalmente tal relación familiar.

De acuerdo al Derecho Internacional de la Infancia, la institución que permita materializar esta relación debe implicar el reconocimiento de todos los derechos y deberes que nacen de la *filiación*. En este sentido, la adopción parece ser la figura más adecuada e integral para proteger el derecho del niño a su vida familiar en el contexto descrito. Los efectos de la filiación son fundamentales respecto del ejercicio y garantía del derecho a la identidad de los NNA. Como dispone el artículo 8 de la Convención Internacional

³ Conforme al artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas.

⁴ Solo la Ley de Menores reconocería esta hipótesis que el artículo 226 del Código Civil descarta. El artículo 42 de dicha ley establece: "Para el solo efecto del artículo 226 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral: (...)".

sobre los Derechos del Niño (CDN), los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

La adopción concede la calidad de estado civil de hijo al adoptado, salvaguardando así el derecho a la identidad del niño en su doble aspecto: formal y material. De esta forma, debiera reconocerse a los convivientes civiles como sujetos adoptantes, en igualdad con los cónyuges.

— En caso de terminación de mutuo acuerdo del AUC, la ley no exige a los convivientes regular expresamente las relaciones paterno-filiales mediante un instrumento específico; a diferencia de lo que exige la Ley de Matrimonio Civil en casos de divorcio consensual (acuerdo completo y suficiente). El impacto que la disolución del AUC pueda tener en los hijos queda postergado para una posible futura demanda de alimentos, relación directa y regular, y/o cuidado personal. Esta situación podría resultar discriminatoria en consideración a lo que ocurre con los hijos en contextos de juicios de divorcio de mutuo acuerdo (e, incluso, en casos de separación de hecho) y, en definitiva, dejarlos en situación de desprotección.

El legislador debe resguardar el interés superior de todo niño, niña y adolescente, disponiendo normas equivalentes para todos los hijos en relación a los posibles impactos que la ruptura de toda relación familiar pueda tener sobre ellos. Al no existir una razón objetiva y razonable del legislador, se trataría de una distinción discriminatoria en los términos establecidos en el artículo 2 de la CDN.

CONCLUSIONES

El AUC presenta una paradoja. Las personas de orientación sexual homosexual pueden gozar de los derechos que otorga el matrimonio heterosexual solo a través de una figura especial, hecha a la medida para homosexuales. Esta situación se conoce como “separados pero iguales”⁵ y es reprocha-

⁵ La Corte Suprema de México invalidó la disposición del Código Civil de Oaxaca que restringe el matrimonio solo a personas con orientación sexual heterosexual, diciendo: “Si se niega el

ble desde el punto de vista de los derechos fundamentales. Una reforma coherente debe reconocer, sin eufemismos, el matrimonio homosexual, al tiempo de otorgar derechos y deberes de naturaleza no matrimonial a las uniones de hecho hetero y homosexuales, previo reconocimiento judicial de su convivencia.

Por otra parte, el legislador no debe olvidar la existencia de niños en los contextos familiares; ellos requieren una adecuada salvaguarda de sus intereses y derechos mediante figuras complejas e integrales que satisfagan sus derechos a la vida familiar y a la identidad.

En suma, la experiencia de estos últimos años demuestra que legislar apresurada, contingente y reactivamente en materia de familia termina confundiendo instituciones y obviando la regulación de otras que resulta imprescindible ampliar o introducir. Ello genera serios problemas de interpretación e integración, con la consiguiente imposibilidad de solucionar conflictos de forma efectiva y coherente con el ordenamiento jurídico.

acceso al matrimonio a las parejas homosexuales, aun cuando existiera un régimen jurídico diferenciado al cual pudieran optar las parejas homosexuales en lugar de casarse, incluso si la figura en cuestión tuviera los mismos derechos que el matrimonio, evoca a las medidas avaladas por la conocida doctrina de “separados pero iguales” surgida en Estados Unidos en el contexto de la discriminación racial de finales del siglo XIX. De acuerdo con ello, los modelos para el reconocimiento de las parejas del mismo sexo, sin importar que su única diferencia con el matrimonio sea la denominación que se da a ambos tipos de instituciones, son inherentemente discriminatorios porque constituyen un régimen de “separados pero iguales”. Así como la segregación racial se fundamentó en la inaceptable idea de la supremacía blanca sobre los afroamericanos, la exclusión de las parejas homosexuales del matrimonio también está basada en los prejuicios que históricamente han existido en contra de los homosexuales (párrafos 192 y 193 de la sentencia amparo en revisión 152/2013, de 23 de abril de 2014).