

supuesta carga moral del mismo. Por otra parte, y desde que el ordenamiento jurídico reconoce la posibilidad de disolver el matrimonio a través del divorcio, desaparece cualquier alegación consistente en que ciertas personas estarían impedidas de acceder al matrimonio.

Estando despejada la vía hacia el vínculo matrimonial tanto de trabas ideológicas como jurídicas, gana fuerza el aforismo de que "en Derecho las cosas son lo que son" y que un estatuto equiparador de las uniones de hecho al matrimonio llevaría a una duplicidad inútil de regímenes.

V. CONCLUSIÓN

La discusión sobre una política legislativa en Chile para las convivencias de hecho debiera alejarse de una defensa a ultranza de la intangibilidad del matrimonio basada en atributos metafísicos de éste, tanto como de una visión equiparadora de ambos por argumentos políticamente correctos y en cambio, propongo que debería centrarse en determinar las posibles ventajas que tendría una regulación integral, a modo de una verdadera duplicidad de regímenes para iguales destinatarios en una misma situación de hecho.

Dado que una política equiparadora no conduce sino a una duplicidad de regímenes jurídicos formalmente paralelos pero materialmente iguales entre el matrimonio y las uniones de hecho, queda abierta al legislador la opción proteccionista. Ella supondría una decisión acerca de qué aspectos de las uniones de hecho normar, abriéndose las posibilidades de abordar tanto los patrimoniales como los extramatrimoniales o sólo los unos o los otros. De estimarse necesaria una regulación expresa en el régimen de bienes, según la nomenclatura del Derecho matrimonial, deberá tenerse en consideración la doctrina jurisprudencial sentada al respecto por nuestros tribunales.

Por último, la tesis expuesta permite separar los campos de discusión entre las uniones de hecho heterosexuales y aquellas compuestas por personas del mismo sexo. En efecto, el cambio de uno de los supuestos de la conclusión, el de los destinatarios de una eventual regulación jurídica, implica que dejaría de producirse una duplicación normativa innecesaria en la medida que los miembros de la pareja no pudieren casarse por ser del mismo sexo.

UNIONES AFECTIVO-SEXUALES Y MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Gabriel Hernández Paulsen*

I. EL DERECHO DE FAMILIA EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Históricamente, el Derecho de familia "occidental" ha respondido a una visión del orden social que se ha impuesto (o pretendido imponer). Básicamente, la perspectiva que ha primado al interior del Derecho de familia en "Occidente" ha sido una patriarcal y judeo-cristiana (y, más específicamente, una católica; por lo menos en nuestro país). No es este el lugar para abordar una discusión tan compleja como la relativa a los motivos que llevaron a esta situación. Sólo baste decir que el enfoque que logró primar al interior de nuestro Derecho de familia ha respondido a una manera de concebir al Estado y al Derecho.

La época en que entra en vigencia nuestro *Código Civil*, es una en que el tipo de Estado y sociedad y, por tanto, el tipo de Derecho vigente son totalmente distintos del tipo de Estado y sociedad que se imponen en la actualidad¹. Así, resulta totalmente coherente que la clase de Derecho de familia presente en nuestro país a lo largo de las épocas, haya sido uno funcional al tipo de Estado vigente (autoritario). A su vez, este tipo de Estado se correspondía con una determinada ideología económico-político-social y ética, que ya no tiene la preeminencia que alguna vez tuvo. Atendido este aserto, es que surge la pregunta acerca de si el tipo de Estado que ha logrado consolidarse debe seguir contando con un Derecho de familia (con un Derecho) basado en una visión de mundo como la señalada o es acaso que la concepción ética a la luz de la cual debe crearse e interpretarse el referido Derecho debe reformularse.

* Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile; Investigador en el Proyecto FONDECYT N° 1050348: "Pluralismo, Igualdad Jurídica y Diversidad Valorativa".

¹ Como se sabe, la sociedad chilena de mediados del siglo XIX, época de entrada en vigencia de nuestro *Código Civil*, era una de tipo agraria y doméstica, conservadora y católica, caracteres que, entre otras razones, determinan la protección exclusiva de la familia matrimonial, basada en un matrimonio religioso-católico, indisoluble, heterosexual y patriarcal.

Como se sabe, el tipo de Estado que rige en general en "occidente" en la actualidad es el denominado "Estado democrático de Derecho" o "Estado constitucional"². Se trata de un tipo de Estado en que todas las dinámicas del poder deben subordinarse a una *Constitución Política* que, a su vez, debe garantizar y promover los derechos humanos³ y respetar ciertos principios básicos (los de la democracia). En un Estado como éste, toda normativa jurídica debe crearse (o decidir no crearse), interpretarse y aplicarse a la luz de los derechos humanos y de ciertos valores y principios constitucionales básicos. Esta manera de comportarse que tienen hoy los distintos sistemas jurídicos ha dado lugar a la llamada "humanización" o "constitucionalización del Derecho"⁴.

² En cuanto a los distintos tipos del Estado moderno a través de la historia de occidente, ver DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y legitimidad democrática*, en CARBONELL, Miguel - OROZCO, Wistano - VÁZQUEZ, Rodolfo (coordinadores), *Estado de Derecho* (México, D.F., Siglo Veintiuno Editores, 2002), pp. 61-95. En relación con los distintos tipos de Estado que se han sucedido a lo largo de la historia nacional, ver: SALAZAR, Gabriel - PINTO, Julio, *Historia contemporánea de Chile. Estado, legitimidad, ciudadanía* (Santiago, LOM, 2002), I. Estos autores distinguen, a partir de 1810, las siguientes formas estatales: Estado oligárquico liberal (1810-1920), Estado liberal democrático (1920-1973) y Estado neoliberal (desde 1973). Ahora bien, algunos autores utilizan la expresión "Estado de Derecho" sin más. Otros, la de "Estado democrático de Derecho". En la presente obra se prefiere la segunda denominación por ser más precisa, ya que, en general, la primera parece apuntar sólo al llamado "Estado constitucional", forma estatal que se caracteriza por la sujeción de todas sus dinámicas a una *Constitución Política*, que bien podría no ser democrática. En todo caso, algunos autores, como NINO, Carlos, *La Constitución de la democracia deliberativa* (1ª reimp., Barcelona, Gedisa, 2003), pp. 13-21, hacen un esfuerzo por asimilar ambas nociones.

³ No sólo los derechos fundamentales expresamente asegurados por la *Constitución* (artículo 19), sino que todos los derechos humanos, los cuales se entienden incorporados a nuestro ordenamiento jurídico, siendo ellos un límite a la soberanía nacional, al tenor de lo prescrito en el artículo 5º, inciso 2º C.Pol. Según la posición mayoritaria, los derechos humanos reconocidos en el Derecho internacional se entiende que gozan de rango constitucional (o, por lo menos, supralegal), idea que ha dado cabida a la teoría del "bloque constitucional de derechos", bloque que estaría conformado, de este modo, por los derechos humanos reconocidos por la *Constitución*, así como por los reconocidos en el Derecho internacional.

⁴ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés - FAMA, María Victoria - HERRERA, Marisa, *Derecho constitucional de familia* (Buenos Aires, Ediar, 2006), I, p. 2: "Especialmente a partir de la Segunda Guerra Mundial, los derechos humanos comenzaron a jugar un rol fundamental en los sistemas democráticos. No era suficiente cumplir con un procedimiento formal de elaboración de normas como resultado de la voluntad de las mayorías. También se debían respetar las sustancias de las democracias encarnadas por los derechos fundamentales. Establecidos por Convenciones Constituyentes elegidas por el Pueblo, instituían un límite al deseo absoluto de las mayorías coyunturales, quienes no podrían hacer nada —lo que está prohibido— o dejar de hacer —a lo que están obligados— todo aquello que estuviera en contra de los derechos fundamentales. Luego de un debate pluralista y racional, se consensuaron mínimos morales de una comunidad determinada, retroalimentados por la moral universal y normativa que evidencian los derechos humanos en el ámbito internacional". En relación con el fenómeno de la "constitucionalización del Derecho privado", ver: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Codificación y constitucionalización del Derecho civil*, y SCHMIDT, Claudia, *La constitucionalización del Derecho de familia*, en MARTINIC, María Dora - TAPIA, Mauricio (directores) - RÍOS, Sebastián (colaborador), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello* (Santiago, LexisNexis, 2005), II, pp. 1193-1215 y 1235-1245, respectivamente.

Antes de la enorme revolución jurídica que vengo comentando, la creación (o no creación) e interpretación de las normas jurídicas se hacía, en general, desvinculadamente de los derechos humanos, en relación con los cuales, por lo demás, recién se comenzaba a construir una teoría que terminaría siendo una de las más sólidas y abarcadoras de la historia del Derecho. Además, el Derecho de los derechos humanos fue considerado inicialmente como un área propia y exclusiva del Derecho público, en cuanto los referidos derechos sólo podían esgrimirse frente al Estado, pasando a ser estos el más importante límite de su accionar. Sin embargo, con el correr de los años, dicha teoría comienza a erigirse como inspiradora de toda creación (o de la decisión de no creación) e interpretación normativa y se empieza a asentar la idea de que dichos derechos no sólo pueden ser esgrimidos en frente del Estado, sino que también frente a particulares ("efecto horizontal de los derechos fundamentales")⁵, con lo que se rompe con la hasta entonces inflexible dicotomía entre Derecho público y Derecho privado. Así, "el transcurso del tiempo y la sucesión de diversos acontecimientos políticos, sociales y culturales, han dado nacimiento a una nueva perspectiva que tiende a superar los ámbitos normativos cerrados y a dejar de lado la separación estricta entre Estado y sociedad, equiparando la naturaleza de los derechos independientemente de quién sea el obligado a cumplirlos"⁶.

Probablemente, el Derecho de familia es una de las áreas en que más incidencia ha tenido este fenómeno, en razón de lo cual ha surgido el llamado "Derecho constitucional de familia". Así, los derechos humanos son cada vez más considerados en la creación (o en la decisión de no creación) e interpretación de su normativa, transformándose aquéllos en el principal orientador de este Derecho⁷. De este modo, en materia de Derecho de familia, así como en todo el espectro de lo jurídico, "(l)os legisladores y los jueces, como representantes de los poderes instituidos, deben ajustarse a las normas supremas al sancionar y aplicar las leyes y, por ende, no pueden decidir siguiendo discrecionalmente su criterio, aunque éste represente al pensamiento o deseo ab-

⁵ La teoría que postula la eficacia de los derechos fundamentales entre privados nace en Alemania a mediados del siglo pasado, bajo la denominación "drittwirkung der grundrechte". Ver JANA, Andrés, *La Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales*, en *Los Derechos Fundamentales*, SELA, 2001 (Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003).

⁶ GIL, Andrés - FAMA, María Victoria - HERRERA, Marisa, cit. (n. 4), I, p. 3.

⁷ Sin embargo, hay quienes postulan que las grandes reformas del Derecho de familia a lo largo de nuestra historia encuentran su explicación en una serie de fenómenos sociales, antes que en la influencia de la normativa constitucional. Ver, en este sentido, TAPIA, Mauricio, *Constitucionalización del Derecho de familia(s). El caso chileno: las retóricas declaracionales constitucionales frente a la lenta evolución social*, en *Revista Chilena de Derecho Privado "Fernando Fueyo Laneri"* 8 (Santiago, Fundación Fueyo, 2007), pp. 155-199.

soluto de las mayorías. Ante cualquier creencia o convicción –insistimos, aún predominante– existe un límite insoslayable: los contenidos esenciales de los derechos fundamentales, universales e inalienables, que propenden al desarrollo de construcciones que reflejan la pluralidad de una sociedad abierta”⁸.

Atendida la idea recién expuesta y los enormes cambios culturales que se han sucedido, digamos que en los últimos cincuenta años, nadie podría poner en duda que el Derecho de familia ha sido uno de los que más transformaciones ha sufrido. Las diversas mutaciones que ha experimentado esta rama del derecho se relacionan con las diversas concepciones (morales) que, según las diferentes épocas, se han ido imponiendo en las sociedades respecto a lo que es o debería ser una familia. Estos cambios en el entendimiento de las estructuras y relaciones familiares encuentran explicación, a su vez, en factores de índole económica, política, sociológica, religiosa, tecnológica, etc. De este modo, la consolidación de una nueva visión de mundo en cada una de estas áreas al interior de las distintas sociedades, ha cristalizado en las distintas formas de Estado de que da cuenta la historia. Por consecuencia, el Derecho de familia ha ido respondiendo a cada una de dichas mutaciones sociales y estatales, haciéndose cada vez más coherente con el tipo de sociedad y Estado imperantes. Sin embargo, por regla general, las normas del Derecho de familia nacional nunca han sido el correlato “exacto” del tipo de sociedad y Estado vigentes en los distintos períodos históricos. Por el contrario, generalmente han sido normas en tránsito (algunas veces muy alejadamente) hacia la plena equiparación con el tipo de sociedad y Estado que se ha ido imponiendo, sobre todo en la actualidad.

Ahora bien, ya que el Estado democrático de Derecho se sustenta en una serie de principios, necesariamente el Derecho de familia debería responder a ellos, a objeto de darles operatividad, de manera de evitar que, como suele ocurrir, sólo se declaren, sin que se apliquen o cumplan mayormente. Como se sabe, existe una gama de principios que definen teóricamente al tipo de Estado del cual estamos hablando, no obstante lo cual la teoría no irradia suficientemente cada una de las dinámicas o prácticas sociales y estatales. Este nivel teórico suele quedar plasmado en los textos constitucionales, así como en instrumentos internacionales, sobre todo de derechos humanos. Pero, una cosa es el nivel de la pura teoría y otro el de la práctica. Este segundo nivel, a su vez, supone dos subniveles: el de la realidad normativa y el de la realidad factual. El primero supone que toda decisión normativo-jurídica (legislativa y judicial) debe ajustarse a los principios rectores que dan forma al Estado democrático de Derecho y, el segundo, que dichos principios deben encarnarse también en los comportamientos de los ciudadanos. Si bien muchos países

⁸ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés FAMA, María Victoria HERRERA, Marisa, cit. (n. 4), I, p. 22.

presentan un tipo de ordenamiento constitucional que, declarativamente, supone la configuración de un Estado democrático de Derecho, son muchos también los que no han logrado llevar a la práctica los principios inspiradores de tal forma estatal. Así, es frecuente que nos encontremos con textos constitucionales muy completos desde el punto de vista de tales principios, pero con realidades normativas y fácticas incoherentes con lo declarado constitucionalmente. Atendida esta incoherencia es que el trabajo de los operadores del Derecho (principalmente legisladores y jueces) debe tender más decididamente a hacer operativos tales principios. Ello, por cuanto la mayor perfección del tipo de Estado que vengo caracterizando depende, antes que todo, del tipo de normas jurídicas (leyes y resoluciones judiciales) con que se cuente. Un Estado que de democrático de Derecho sólo tiene su normativa constitucional –y no también sus leyes y resoluciones judiciales–, se encuentra más lejos que cerca de la plena realización de dicha forma estatal⁹.

Según las ideas precedentemente expuestas se hace necesario determinar cuáles son los principios rectores del Estado democrático de Derecho en orden a que el Derecho de familia se acomode a ellos. Para efectos de este trabajo los principios a considerar serán, fundamentalmente, los siguientes: respeto (aceptación y promoción) de la diversidad (o derecho a ser diferente), igualdad y no discriminación arbitraria, derecho a la intimidad y libre desarrollo de la personalidad. Esta gama de principios configura lo que podríamos llamar la “doctrina jurídica base de un Estado democrático de Derecho”: “el pluralismo jurídico”.

⁹ DÍAZ, Elías, cit. (n. 2), pp. 64 y ss.: “Por supuesto que todo Estado genera, crea, un derecho, es decir, produce normas jurídicas; y que, de un modo u otro, las utiliza, las aplica y se sirve de ellas para organizar y hacer funcionar el grupo social, para orientar políticas, así como para resolver conflictos concretos surgidos dentro de él... Pero, a pesar de ello, de esa constante correlación fáctica entre Estado y derecho, no todo Estado merece ser reconocido con este, sin duda, prestigioso rótulo cualificativo y legitimador –además de descriptivo– que es el Estado de derecho. Un Estado con derecho (todos o casi todos) no es, sin más, un Estado de derecho (sólo algunos). Éste implica, desde luego, como suele señalarse, sometimiento del Estado al derecho, autosometimiento a su propio derecho, regulación y control equilibrado de los poderes y actuaciones todas del Estado y de sus gobernantes por medio de leyes, pero –lo cual es decisivo– exigiendo que éstas sean creadas según determinados procedimientos de indispensable, abierta y libre participación popular, con respeto para valores y derechos fundamentales concordes con tal organización institucional. El Estado de derecho, así, básicamente concebido, es un tipo específico de Estado, un modelo organizativo nuclear y potencialmente democrático que ha ido surgiendo y construyéndose en las condiciones históricas de la modernidad (de la Ilustración) como respuesta a ciertas demandas, necesidades, intereses y exigencias de la vida real, de carácter socioeconómico y, unido ello (como siempre ocurre), también de carácter ético y cultural. Un resultado, pues, de teoría y praxis o, si se quiere invertir la relación, de praxis y teoría (estos no son nunca términos escindibles): ambas dimensiones, es decir, instancias fácticas más o menos inmediatas impregnadas u orientadas desde filosofías, ideologías, concepciones del mundo o como quiera llamárseles –en definitiva hechos y valores– es lo que está detrás de los mecanismos y aspiraciones que, a lo largo del tiempo, han ido configurando a aquél”.

Asumir que la doctrina jurídica fundante del Estado democrático de Derecho es el pluralismo jurídico implica que la ética inspiradora de este tipo de Estado, necesariamente, ha de ser una de índole plural y no una universalista-sustancialista o una relativista. Así, un Estado como el descrito debe responder en todas sus dinámicas a una ética pluralista, lo que implica respetar, proteger y promover la diversidad de formas de vida que quieran vivir sus ciudadanos, pero con ciertas limitaciones (los derechos humanos). Por tanto, no puede ser sólo una forma de vida la respetada, protegida y promovida (como postulan las llamadas "éticas universalistas-sustancialistas"); pero tampoco todas las imaginables. El Derecho de familia de un Estado pluralista debe proceder en consecuencia¹⁰.

Las precedentes consideraciones resultan indispensables a los efectos del debate relativo a la eventual protección de las parejas entre personas del mismo sexo, ya que este tipo de discusiones necesariamente ha de enfrentarse a la luz de la teoría del Estado democrático de Derecho y de todo su andamiaje conceptual, una de cuyas ideas más relevantes, que duda cabe, consiste en partir del supuesto que la concepción ética a la que se dé plasmación en estas materias ha de ser una que respete y proteja toda forma de vida, a condición que no atente contra los derechos fundamentales de las personas.

II. DEBATE RELATIVO A LAS UNIONES AFECTIVO-SEXUALES ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO¹¹

1. Aclaración preliminar

Es frecuente encontrar en muchos autores un tratamiento promiscuo de las características y requisitos jurídicos de las relaciones de pareja, como si

¹⁰ CORTINA, Adela, *Ética sin moral* (Madrid, Tecnos, 1990), p. 23: "Genéticoestructuralmente, el orden moral legado por la Ilustración ha quedado incorporado a nuestros esquemas cognitivos, de modo que sabemos moralmente a través de ellos. Trascendentalmente, en alguna versión determinada, tiene su sede en la razón. Porque las sociedades aprenden no sólo a nivel científico, técnico o artístico, sino también a nivel moral: el reconocimiento de la autonomía personal, la dignidad que, en consecuencia, a todo hombre compete, los derechos humanos, el derecho imparcial, la forma de vida democrática se han incorporado a nuestro saber moral en un proceso que resulta ya irreversible, de modo que renunciar a todo ello significa ya renunciar a nuestra propia humanidad". En esta misma obra el lector podrá encontrar una panorámica general acerca de los distintos tipos de ética.

¹¹ En los siguientes ordenamientos se reconoce las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, sea mediante un estatuto orgánico (unión civil o pacto), sea mediante la concesión de algunos derechos: Alemania (2001), Argentina (Provincia de Buenos Aires (2003) y Provincia de Río Negro (2005)), Andorra (2005), Australia (Tasmania, 2004), Austria (2003), Bélgica (1998), Brasil (Río Grande Do Sul, 2005), Croacia (2003), Dinamarca (1989), Eslovenia (2006), España (Aragón, Baleares, Cataluña, Madrid, Navarra, País Vasco, Valencia), Estados Unidos (California (1999), Columbia (2002), Connecticut (2005), Maine (2004), New Jersey (2007), Vermont (2000), Washington (2007)),

fuesen la misma cosa. He preferido separar su tratamiento, teniendo presente que las características son las notas que le dan fisonomía propia a una figura, institución, relación, situación, fenómeno o realidad; y los requisitos jurídicos; las condiciones que deben cumplirse para que el Derecho le otorgue protección a una determinada realidad¹². De este modo, determinadas uniones de pareja serán uniones de hecho por presentar ciertas notas distintivas, pero para ser protegidas deberán cumplir con ciertos requisitos, que el ordenamiento jurídico exige, atendidas, principalmente, razones de índole axiológica y filosófico-políticas. Así, por ejemplo, a pesar que las relaciones incestuosas puedan ser concebidas como uniones de hecho, el Derecho decide no protegerlas, sobre la base de consideraciones de distinta índole, pero principalmente éticas. Entonces, como era de esperar, un ordenamiento jurídico debe ampararse en razones poderosas para no dar protección a formas de vida que, fácticamente, pueden ser consideradas como uniones afectivo-sexuales. En otros términos, hay uniones de este tipo que sí merecen protección jurídica (o que merecen una de mejor nivel) y otras que no la merecen.

Como se sabe, algunas teorías se oponen a la protección de las relaciones afectivo-sexuales entre personas del mismo sexo de manera absoluta, y otras la propician, pero en menor medida que respecto de uniones entre una mujer y un hombre. Por su parte, otras teorías argumentan a favor de una protección máxima de las parejas formadas por personas del mismo sexo.

En lo sucesivo, el presente trabajo explora cada uno de los principales argumentos vertidos por la doctrina, en relación con las características y los requisitos de las uniones de hecho, especialmente entre personas del mismo sexo. Además, en el párrafo IV postulo algunas ideas en cuanto a lo que pienso debe ser el punto de partida del debate: la teoría del Estado democrático de Derecho.

De este modo, en el presente apartado el primer punto a elucidar, es el relativo a si las uniones entre personas del mismo sexo pueden presentar las características de las uniones de hecho en general; y a si presentan ciertas pecu-

Continuación de la nota ¹¹

Finlandia (2002), Francia (1999), Holanda (1997), Hungría (1996), Islandia (1996), Israel, Luxemburgo (2004), México (Distrito Federal (2006) y Coahuila (2007)), Noruega (1993), Nueva Zelanda (2004), Portugal (2001), Reino Unido (2004), República Checa (2006), Suecia (1995) y Suiza (2005). En algunos Estados el reconocimiento ha sido jurisprudencial, por ejemplo en Colombia (2007). Por último, existen estados en que se contempla el matrimonio "gay", como ocurre en Bélgica (2003), Canadá (2005), España (2005), Holanda (2001), Israel (desde 2006, reconocido a casados en el extranjero), Massachusetts (desde 2004, en virtud de un fallo de la Corte Judicial Suprema del Estado) y Sudáfrica (2006).

¹² Según el *Diccionario de la Lengua Española* (22ª edición, 2001), "característica" es lo "dicho de una cualidad: Que da carácter o sirve para distinguir a alguien o algo de sus semejantes"; y "requisito"; una "Circunstancia o condición necesaria para algo".

liaridades que las hagan diferentes de las uniones entre personas de distinto sexo, como para que no sean protegidas o lo sean en menor medida. El segundo punto a elucidar, por su parte, es el relativo a los requisitos que debe cumplir una unión de hecho para ser protegida por el Derecho y, principalmente, a si uno de estos debería ser la diversidad de sexo entre sus miembros¹³.

2. Debate desde el punto de vista de las características de las uniones de hecho

En cuanto a las características de las uniones de hecho, me referiré, en primer lugar, a las que suelen plantearse como comunes a cualquier unión de este tipo (entre personas de distinto sexo y entre personas del mismo sexo), para luego tratar las que algunos agregan como exclusivas de las uniones entre personas del mismo sexo.

a) Características de las uniones de hecho en general. La doctrina suele postular una serie de notas distintivas que diferencian a este tipo de relación de otras.

i) Convivencia afectivo-sexual y material (o convivencia *more uxorio*): Los miembros de la relación deben tener una vida en común, no sólo desde una perspectiva afectivo-sexual, sino que también desde una material. Lo primero supone que los miembros de la pareja tienen una vida sentimental y sexual en común (*affectio maritalis*, en su dimensión interna (consenso en torno a convivir)). Lo segundo; que los convivientes han de vivir en un mismo domicilio (cohabitar) –por lo menos la mayor parte del tiempo– y haber configurado entre ambos una organización económica o material de su vida en común¹⁴.

No veo inconveniente para que las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo cumplan con esta característica, toda vez que una unión de este

¹³ En relación con la temática relativa a las características y requisitos de las uniones de hecho la literatura es abundante. Recomendamos al lector las siguientes obras: BARRIENTOS, Javier - NOVALES, Aránzazu, *Nuevo Derecho matrimonial chileno* (2ª edición, Santiago, LexisNexis, 2004), pp. 44 y ss.; FIGUEROA, Gonzalo, *El pacto de convivencia: una alternativa al pacto de matrimonio*, en *Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia, 2005* (Santiago, LexisNexis, 2005), pp. 423 y ss.; MARTINIC, María Dora, *Algunas reflexiones en torno a las uniones de hecho en Chile, en el Derecho comparado y particularmente en el Mercosur*, en GROSMAN, Cecilia (directora) - HERRERA Marisa (coordinadora), *Hacia una armonización del Derecho de familia en el Mercosur y Países Asociados* (Buenos Aires, LexisNexis, 2007), pp. 57 y ss.; RAMOS, René, *Derecho de familia* (5ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), II, pp. 620 y ss.; y AZPIRI, Jorge, *Uniones de hecho* (Buenos Aires, Hammurabi, 2003).

¹⁴ Esta característica diferencia a este tipo de relación de otras como las de amistad y como las de intercambio afectivo-sexual que no involucran una vida material en conjunto (por ejemplo, noviazgo, "pololeo" y esporádicas o casuales de toda índole).

tipo, qué duda cabe, puede unirse en torno al afecto y la sexualidad y, además, haber concebido un proyecto de vida en común, desde el punto de vista económico y material¹⁵.

ii) Singularidad: Esta característica implica que los miembros de la unión la conciben como una relación de exclusividad con su conviviente, en el sentido que la convivencia afectivo-sexual y material se desarrolla permanentemente con el conviviente y no con terceras personas.

No obstante que, como señalan algunos, los miembros de parejas "gay" suelen ser más proclives a la promiscuidad, ello no impide que existan parejas en que haya singularidad en la relación.

iii) Permanencia, duración o estabilidad¹⁶: En relación con esta característica, suele exigirse la acreditación de un cierto tiempo de convivencia para dar por establecida la existencia de una unión de hecho, con lo que se descarta la protección de relaciones breves o efímeras. En algunos ordenamientos el tiempo de duración se fija legalmente y, en otros; jurisprudencialmente.

En cuanto a las convivencias afectivo-sexuales y singulares entre personas del mismo sexo, tampoco parece haber inconveniente alguno para aceptar que estas formas de vida puedan presentar esta característica, ya que siempre se podrá acreditar que una determinada convivencia en singularidad ha durado el período exigido.

b) Características de las uniones de hecho entre personas del mismo sexo¹⁷. Como ya anticipé, más allá de si una unión de este tipo está o no protegida por el ordenamiento jurídico, me parece que, en principio, las convivencias

¹⁵ Según GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz, *Parejas homosexuales: Su tratamiento en el Derecho chileno*, en *Revista de Derecho Comparado* 4 (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001), p. 33, la *affectio maritalis* presenta dos ámbitos: uno externo y otro interno. "La dimensión externa es el efecto menos ligado a la orientación sexual de una convivencia *more uxorio*. Son los actos que manifiestan pública y notoriamente la existencia de una relación marital, sean económicos (cuentas bancarias conjuntas, compra de bienes, contribución común al sostenimiento de la familia común) personales (vivienda común, definición de roles de pareja); en ningún caso están ligados a la condición heterosexual de la pareja. La dimensión interna, con respecto a la voluntad, consenso de constituir una convivencia *more uxorio*, no incide sobre la orientación sexual de quienes la establecen, basta con que tengan capacidad y madurez suficiente para decidir acerca del régimen de vida que desean desarrollar: la voluntad eficaz de establecer una comunidad afectiva. La especificidad de este consenso –absolutamente distinto del matrimonial– no está sometido a la restricción heterosexual del consentimiento para el matrimonio".

¹⁶ Me parece que la nota que aquí comento es una característica (y no un requisito) de las uniones de hecho, ya que el concepto mismo de unión implica permanencia o duración. De este modo, no se trataría de un requisito que estas uniones deberían cumplir para ser protegidas por el derecho, ya que las relaciones no permanentes o duraderas no son 'uniones' de hecho.

¹⁷ Respecto de las características de las uniones de hecho en general y de las uniones entre personas del mismo sexo, ver MEDINA, Graciela, *Uniones de hecho homosexuales* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001).

afectivo-sexuales entre personas del mismo sexo, en la medida que reúnan las notas anteriormente desarrolladas (convivencia afectivo-sexual y material, singularidad y permanencia), deben ser consideradas como uniones de hecho. Otra cosa es que un determinado ordenamiento jurídico, por las razones que sea, opte por no darles la protección que les brinda a las uniones y a los matrimonios entre personas de distinto sexo. Sin embargo, frecuentemente la doctrina suele señalar que las uniones afectivo-sexuales entre personas del mismo sexo, presentan características distintas de las mantenidas entre una mujer y un hombre, proceder que muchas veces termina justificando opiniones que marginan a las primeras de la tutela jurídica o que la contemplan, pero de forma más atenuada. De esta manera, ciertos autores terminan exigiendo como requisito para la protección jurídica, que la unión de hecho sea entre personas de distinto sexo, atendidas las "peculiares características" de las uniones entre personas del mismo sexo, características que, según tales posturas, serían el fundamento de un tratamiento diferenciado (de la no protección o de una protección más débil).

Entre las características "exclusivas" de las uniones entre personas del mismo sexo, suelen mencionarse las siguientes:

i) Ausencia de complementariedad afectivo-sexual. Muchos autores plantean como nota exclusiva de las parejas "gay", la falta de complementariedad afectivo-sexual entre sus miembros, idea que descartaría la existencia de una auténtica vida sexual entre ellos¹⁸. Interpretando a esta teoría, pienso que esta supuesta característica exclusiva se derivaría, principalmente, de la imposibilidad de engendrar hijos comunes y de educarlos en roles de género diferenciados. Entonces, la supuesta falta de complementariedad afectivo-sexual no sería una característica autónoma, sino que generada a partir de la constatación de las dos imposibilidades mencionadas. Esto significa que las parejas "gay" carecerían de la mentada complementariedad, no en abstracto (lo que supondría que sus miembros per se no pueden complementarse recíprocamente), sino que por "razones de procreación y educación", idea que comentaré en los apartados que siguen¹⁹. En todo caso, a mi modo de ver, no resulta

¹⁸ Ver CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, *Las uniones entre personas homosexuales. Consideraciones acerca de los proyectos de reconocimiento legal* (Santiago, San Pablo, 2003), p. 7; y CORRAL, Hernán, *Regulación legal de las uniones homosexuales. Un contrasentido para el Derecho de familia*, en *Estudios jurídicos en homenaje a los Profesores [...]* (Santiago, Universidad del Desarrollo, 2007), pp. 249 y ss.

¹⁹ En relación con la idea consistente en que la supuesta ausencia de complementariedad sexual que afectaría a las parejas entre personas del mismo sexo como derivada de las dos imposibilidades mencionadas, me parece concluyente, en este sentido, la siguiente opinión del profesor CORRAL, Hernán, *Regulación*, cit. (n. 18), p. 256: "Pero lo que no debe hacer la ley positiva es conferir una cobertura legal para legitimar, proteger, promover o favorecer este tipo de agrupaciones. La ley civil,

suficientemente explicado (fuera de la órbita de cierta teología) porque la ausencia de una pretendida complementariedad —explicada a la luz de las señaladas imposibilidades— resulta decisiva para catalogar a una determinada forma de vida como convivencia o unión de hecho. Por lo demás, la doctrina mayoritaria no exige complementariedad, sino que meramente convivencia.

ii) Imposibilidad de engendrar hijos comunes. En relación con este punto se sostiene que las uniones de hecho entre personas del mismo sexo deben ser tratadas de manera distinta por el Derecho (no protegerlas o protegerlas en menor medida), atendida la circunstancia que los miembros de dichas uniones no pueden procrear entre sí²⁰, no obstante que cada uno pueda hacerlo con la participación de alguien ajeno a la relación, en aplicación de una técnica de reproducción humana asistida.

No me parece correcto plantear como característica exclusiva de las uniones "gay" la circunstancia en comento, por cuanto también puede presentarse en relación con una unión entre personas de distinto sexo afectadas una o ambas por esterilidad. Por lo demás, no se sabe por qué una unión de hecho tendría que tener la aptitud procreacional para ser tal. Si así fuese, jamás podríamos decir que una unión estable entre personas de distinto sexo, pero afectadas (una o ambas) por esterilidad, lo fuese. Pensar que toda familia, para ser tal, debe contar con la aptitud para engendrar hijos, implicaría, por ejemplo, que una unión de hecho sin hijos biológicos (por esterilidad), pero con hijos por adopción, no sería una familia. En esta perspectiva, tampoco tendría que serlo un matrimonio en idéntica situación²¹⁻²². No obstante y, como se sabe, cada vez son menos los ordenamientos

Continuación de la nota ¹⁹

siguiendo los criterios de justicia inherentes a la naturaleza humana, sólo puede legítimamente proteger y promover la familia propiamente tal, esto es, aquella comunidad generada por un compromiso de justicia y amor entre un hombre y una mujer para formar un hogar donde puedan nacer y criarse los hijos". El destacado es mío. En esta opinión de Corral, principalmente en el destacado, se ve claramente como es que las posturas que sustentan la ausencia de complementariedad sexual —supuestamente presente en las parejas "gay"—, se hace derivar de la imposibilidad en que se encuentran éstas de engendrar ("donde puedan nacer hijos") y de educar en los moldes de la heterosexualidad ("criarse hijos"). Ver, también, nota N° 27.

²⁰ *Congregación para la Doctrina de la Fe*, cit. (n. 18), p. 17: "Dado que las parejas matrimoniales cumplen la función de garantizar el orden de la procreación y son, por tanto, de eminente interés público, el derecho civil les confiere un reconocimiento institucional. Las uniones homosexuales, por el contrario no exigen una específica atención por parte del ordenamiento jurídico, porque no cumplen con dicha función para el bien común".

²¹ En relación con la característica que vengo comentando, algunos autores agregan otra: "la incapacidad de la unión entre personas del mismo sexo para la continuación de la especie", circunstancia que tampoco sería una característica exclusiva de estas uniones, sino que compartida por parejas

que exigen como finalidad del matrimonio la procreación, tendencia que comienza a plasmarse en nuestro Derecho con la eliminación, en el año 2004 (Ley N° 19.947), de la impotencia como causal de nulidad del matrimonio.

iii) Nocividad para los hijos criados por uniones entre personas del mismo sexo: Algunos autores van más lejos, y plantean como nota distintiva de las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, la circunstancia consistente en que los hijos de parejas "gay" se forman en un ambiente que atenta contra su interés superior²³. La mentada nocividad tendría que ver con las siguientes ideas: primero, con que los hijos criados por personas del mismo sexo pueden "salir" homosexuales o presentar mayores confusiones respecto de su identidad sexual; segundo, con que aquellos no podrán ser formados en roles de género acordes a su sexo físico; tercero, con que desarrollan malos hábitos, atendida la condición homosexual de los miembros de la pareja; y, cuarto, con que serán estigmatizados y discriminados socialmente.

En realidad, me parece que el debate relativo a la posibilidad que las parejas "gay" puedan criar hijos en conjunto no es un punto que deba tratarse dentro de las supuestas características exclusivas de estas uniones, sino que es una discusión que sólo procede abordar una vez que se supere el debate relativo a la unión en sí misma con independencia de los eventuales hijos. Hecho esto corresponde determinar si debe permitirse a estas parejas el ejercicio de la paternidad o maternidad conjunta. En todo caso, no se puede desconocer que este tipo de ideas es uno de los argumentos centrales para no proteger a las uniones entre personas del mismo sexo o para protegerlas en menor medida. Por esto es que creo pertinente dejar planteada una idea, por lo menos: tampoco la supuesta nocividad para los niños es una peculiaridad de estas uniones, sino que una circunstancia que tiene que ver con la realidad particular de aquéllos, lo cual implica que son más bien las circunstancias de vida

Continuación de las notas ²¹ y ²²

heterosexuales afectadas por la esterilidad. Por lo demás, se trata de una nota redundante, ya que decir que los miembros de las parejas "gay" no pueden procrear entre sí, equivale a decir que no pueden continuar la especie. Respecto de la referida incapacidad, ver *Congregación para la Doctrina de la Fe*, cit. (n. 18), p. 14.

²² Creo pertinente aclarar que no es que las uniones de hecho entre personas del mismo sexo se encuentren ante una imposibilidad per se de tener hijos, ya que la relación de filiación puede nacer a través de la adopción o del reconocimiento de uno de los miembros de la pareja respecto de los hijos de su conviviente, sea porque el respectivo ordenamiento jurídico lo permite en la actualidad, sea porque en el porvenir pueda permitirlo.

²³ Se trata de un principio expresamente consagrado en el *Código Civil* (por ejemplo, en los artículos 222 y 242), así como en la *Convención sobre los derechos del niño* (artículo 3.1), vigente en nuestro país desde el 27 de septiembre de 1990.

que le toca vivir a un niño o niña las que pueden ser nocivas para ellos y no necesariamente la orientación sexual de sus progenitores²⁴.

3. Debate desde el punto de vista de los requisitos que debe cumplir una unión de hecho para ser protegida por el Derecho

Una vez sorteado el "test de las características", en cuanto a que ciertas uniones entre personas del mismo sexo sí pueden ser consideradas como uniones de hecho, por reunir los caracteres de convivencia afectivo-sexual-material, singularidad y permanencia; surge la pregunta acerca de si una unión de esta índole debe ser protegida por el Derecho o no. En este sentido, el ordenamiento jurídico le exige a las uniones de hecho cumplir con ciertos requisitos para ser amparadas. La cuestión central en este punto, es que cada vez que el ordenamiento jurídico exige el cumplimiento de determinados requisitos debe justificar—con base en razones y no a prejuicios o a argumentos de autoridad u oportunidad—por qué los exige. Estas razones, según he dicho, no pueden ser otras que los principios y valores fundantes del Estado democrático de Derecho.

²⁴ En este sentido, la mayor parte de los estudios científicos descarta que la lesión al interés superior de los niños en un caso concreto diga relación con la circunstancia de que estos vivan con dos padres o dos madres. El lector interesado podrá encontrar una gran cantidad de información pertinente en www.apa.org/pill/parentet.html. Por su parte, desde un punto de vista jurídico, debe hacerse presente que no se puede hablar de "interés superior" de un niño o niña en abstracto, sino que tomando en cuenta determinados factores que sirven para concretizar dicho interés superior, o sea, tomando en cuenta las circunstancias que le ha tocado vivir al niño, niña o de que se trata. En el sentido anterior, la doctrina postula cuatro principios o factores que sirven para determinar en un caso concreto cual es el interés superior y yo agregó un quinto. Estos son: i) el interés superior siempre debe determinarse en relación con un caso en concreto, esto es, respecto de un niño, niña o adolescente en particular; ii) el interés superior siempre debe determinarse en relación con las circunstancias específicas de vida que le ha tocado vivir al niño, niña o adolescente; iii) el interés superior siempre debe determinarse habiéndose oído al niño, niña o adolescente; iv) el interés superior siempre debe determinarse teniendo en consideración los derechos humanos de los progenitores; y v) el interés superior del niño, niña o adolescente implica fomentar en él o ella el pleno respeto por los principios y valores fundamentales de un Estado Democrático de Derecho. Ver UNDURRAGA, Verónica, *Interés superior del niño/a y tuición de la madre o padre homosexual*, en *Revista de Derechos del Niño* 3/4 (Santiago, Universidad Diego Portales, 2006), pp. 317-341. A la luz de los principios recién mencionados me parece que debe descartarse que en la evaluación relativa al interés superior de un niño o niña deba tenerse a la vista como un factor determinante la circunstancia que ellos vivan en una familia con dos padres o dos madres, ya que lo que puede lesionar su interés superior son las circunstancias de vida que a cada uno le toca vivir (y no la orientación sexual de sus padres o madres), en lo que no cabe hacer diferencias entre niños/as criados/as por parejas "tradicionales" y aquellos/as otros/as criados/as por parejas "gay", porque ello iría contra las bases del Estado Democrático de Derecho, principalmente contra la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad de los progenitores.

Entre los requisitos más problemáticos, corresponde reflexionar acerca de los siguientes²⁵:

a) Publicidad. Es tradicional que se le exija a la unión de hecho una cierta notoriedad pública, es decir, que trascienda los límites de la mera privacidad, en orden a la protección de terceros. Se trata de que estas uniones gocen de un determinado grado de reconocimiento público, el cual, según los distintos casos, puede ser acreditado mediante un registro público de la pareja o mediante otros medios de prueba, lo cual perfectamente podría hacer una pareja "gay"²⁶.

b) Diferencia de sexo entre los miembros de la unión de hecho. Muchos de los autores que opinan que ciertas uniones de hecho no deben gozar de protección (o de protección igualitaria) por parte del ordenamiento jurídico, exigen como requisito que éstas sean entre un hombre y una mujer. Las razones para excluir de la protección jurídica u otorgársela en menor medida a las uniones entre personas del mismo sexo son variadas, pero pueden ser reducidas básicamente, como ya he dicho, a que estas uniones carecen de ciertas características que si presentan las uniones entre un hombre y una mujer. En su momento ya se han comentado estas características y señalado que no parece razonable sostener que ellas sean peculiaridades de las uniones entre personas del mismo sexo, puesto que también pueden presentarlas las uniones entre personas de distinto sexo, razón por la cual no deberían ser tenidas en cuenta a la hora de elevar a la categoría de requisito la diversidad de sexo.

Lo que sí me parece importante de enfrentar en este lugar, es la razón más específica que se suele invocar para sostener que las uniones de hecho entre personas del mismo sexo no deben contar con protección jurídica o deben contar con una menor en comparación a las uniones entre un hombre y una mujer. Y esta razón específica para la exigencia de la diversidad de sexo consiste en que, como dicen algunos, las uniones afectivo-sexuales sólo pueden tener lugar entre un hombre y una mujer, ya que la heterosexualidad sería "de la esencia" de toda relación de pareja. El principal argumento de estas posturas consiste en que la sexualidad humana, "por naturaleza", sólo puede practicarse "buenamente" entre un hombre y una mujer. Las demás prácticas de la sexua-

²⁵ Fuera de estos requisitos problemáticos se exigen tres más: i) determinada edad; ii) inexistencia de impedimentos de parentesco; y iii) inexistencia de matrimonio previo o de una unión de hecho vigente.

²⁶ Este requisito seguramente será más problemático en su acreditación en el caso de las uniones entre personas del mismo sexo, toda vez que, atendidos los persistentes prejuicios sociales, los integrantes de este tipo de unión tienden a mantenerla oculta. Sin embargo, como ya se dijo, la acreditación de la notoriedad pública no implica comprobar un grado máximo de reconocimiento social, sino que un 'cierto' grado de reconocimiento, por lo menos en el entorno de la pareja, cuestión que podrá ser demostrada por todos los medios de prueba.

lidad se consideran como anormales o desviadas (y, por tanto, inmorales), razón por la cual el Derecho no debería protegerlas. Tal es la postura, por ejemplo, de la Iglesia Católica, la cual se expresa en diversos documentos de la congregación vaticana para la doctrina de la fe. En este sentido, la referida institución ha señalado: "En la Sagrada Escritura las relaciones homosexuales están condenadas como depravaciones [...] (cf. *Rm* 1, 24-27; *Co* 6, 1; *Tm* 1, 10). Este juicio de la escritura no permite concluir que todos los que padecen esta anomalía sean personalmente responsables de ella; pero atestigua que los actos homosexuales son intrínsecamente desordenados"²⁷.

No me parece que la diversidad de sexo sea exigida a los efectos de proteger a las uniones entre personas del mismo sexo, por cuanto tal exigencia atentaría contra varios principios constitucionales, básicamente, contra la igualdad, la libertad de intimidad, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la diversidad. En el párrafo IV me abocaré al análisis más detenido de este argumento. Por lo demás, es pertinente recordar que la homosexualidad ha sido excluida del catálogo de enfermedades mentales de la OMS en el año 1992 y de la American Psychiatry Association, en 1973.

c) Ausencia de nocividad social. Es frecuente que muchos autores planteen que una determinada realidad social, sólo debe ser protegida por el ordenamiento jurídico si no resulta nociva para la vida en sociedad. Específicamente, en relación con las parejas entre personas del mismo sexo, se señala que éstas atentan contra la sociedad, ya que, primero, no permiten la perpetuación de la especie humana y, segundo, son formas inmorales de vivir las relaciones de pareja. En relación con el argumento referido a la imposibilidad en que se encuentran las parejas "gay" de perpetuar la especie, debo decir que esta idea equivale a constatar que los miembros de estas parejas no pueden procrear entre sí. En relación con el argumento referido a la supuesta inmoralidad de este tipo de relaciones, cabe señalar que esta idea resulta equiparable con esa otra consistente en que esta clase de relaciones son anormales o desviadas. De esta suerte, los dos argumentos esgrimidos para sustentar la supuesta nocividad social de este tipo de parejas, ya han sido comentados y desechados.

d) Aceptación social. Muchos autores opinan que una determinada realidad sólo puede ser protegida por el derecho en la medida que haya un amplio

²⁷ *Congregación para la Doctrina de la Fe*, cit. (n. 18), p. 8. En este sentido, CORRAL, Hernán, *El Mercurio* (A-2), 24 de octubre de 2005, ha sostenido: "Como política pública, lo que debe discernirse es una cuestión más de fondo: se trata de establecer si las uniones afectivas formadas por personas del mismo sexo son legítimas, tanto moral como socialmente; es decir, si resulta justo asignar derechos propios de la familia a estas uniones, y si ello es necesario o conveniente para el bien común. Pensamos que la respuesta ha de ser negativa en los dos planos. Moralmente, porque las relaciones homosexuales contradicen la vocación de complementariedad de los sexos masculino y femenino (que se encuentra radicada en la misma ontología de la persona humana); socialmente, porque ellas impiden el desarrollo normal de las sociedades a través del tiempo, al frustrar la procreación".

consenso social en torno a tal protección. Surge así la vieja pregunta respecto a cuál es la función del Derecho: si sólo seguir de cerca los cambios de mentalidad social o ser un impulsor de los mismos. Se trata de una cuestión de muy difícil solución, sobre todo porque el Derecho muchas veces se comporta de ambas maneras. Así, respecto de las parejas "gay", algunas posturas reconocen no ser contrarias a que una persona haga vida de pareja con un individuo de su mismo sexo, pero afirman que una sociedad no preparada culturalmente para un reconocimiento legislativo de tales parejas puede legítimamente imponer su visión al respecto. Sin embargo, nuevamente pienso que el centro de la cuestión está en los principios basales del Estado democrático de Derecho, lo cual implica que, para determinar si una realidad social debe ser amparada jurídicamente, el punto de partida no puede ser el grado de "preparación de la sociedad", sino que la salvaguardia de los principios inspiradores de tal forma estatal. En el fondo, se trata de una cuestión de promoción y defensa de los derechos humanos, cuya puesta en práctica no puede ser supeditada a la maduración de las condiciones sociales, maduración que, por lo demás, nadie podrá saber nunca con certeza cuándo efectivamente se ha producido.

Aquellas posturas que avalan la aceptación sólo de aquellas formas de vida que se acomodan a la moral imperante en una determinada sociedad, constituyen un atentado al pluralismo, en cuanto representan un peculiar tipo de dogmatismo (encubierto): el "revelado" por la evidencia de los hechos o por las opiniones de la mayoría. Este tipo de tibias posiciones éticas (dogmáticas) constituye lo que una autora denomina "facticismo social"²⁸. "[...] Los 'facticistas sociales' tienen por exigible, e incluso por posible, únicamente lo

²⁸ En términos estadísticos la opinión ciudadana ha variado enormemente en los últimos años, tanto en relación con la homosexualidad en sí misma, como en lo relativo a la protección de las uniones entre personas del mismo sexo. Sin embargo, se mantiene la reticencia social en frente del matrimonio "gay" y de la posibilidad de que estas parejas puedan acceder a la paternidad o maternidad conjunta. Merece destacarse, en este sentido, la encuesta realizada por la Fundación Chile 21 (año 2004), que arrojó los siguientes resultados: el 88% de los entrevistados señala que el debate público sobre la homosexualidad es mayor en la actualidad que el que existía hace diez años. Por su parte, el 68% declara que hoy hay una mayor aceptación de la homosexualidad. A su vez, un 57% admite conocer a una persona "gay". En cuanto a la condición moral de la homosexualidad, sólo un 12% afirma que es una desviación moral que no debe tolerarse por la sociedad, un 30% sostiene que homosexuales y lesbianas son personas desviadas que necesitan atención psicológica y un 58% declara que la homosexualidad es una opción sexual tan legítima como cualquiera otra. A pesar de esta mayoría en torno a la aceptación, el 94% sostiene que aún subsiste la discriminación, pero el 84% sostiene que tal discriminación es injustificada. En relación con la dictación de una ley de unión civil para las parejas "gay", 64% se manifiesta de acuerdo o muy de acuerdo. Si embargo, la mayoría se opone a legislar acerca del matrimonio "gay" (66%). En línea, http://www.chile21.cl/chile21/archivos/est_opinion/op16-1.pdf. Como se ve, existen en Chile altísimos niveles de aceptación de la homosexualidad y de la posibilidad de legislar a favor de las uniones entre personas del mismo sexo. Entonces, ¿se encuentra o no preparada nuestra sociedad para dar este paso?

que los grupos existentes ya están dispuestos a admitir. Este 'posibilismo' de la vida política, tomado como norma, degenera en el dogmatismo de quienes se inmunitizan frente a cualquier crítica, tachándola de utópica y, por tanto, de inmoral"²⁹.

III. DEBATE RELATIVO AL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO³⁰

Quienes se oponen a una eventual protección del matrimonio "gay" suelen basarse en los mismos argumentos antes expuestos en orden a que tampoco debería legislarse respecto de las uniones de hecho entre personas del mismo sexo. Así, basándose en características supuestamente exclusivas de las uniones entre personas del mismo sexo, no compartidas con las uniones entre personas de distinto sexo, terminan señalando que la institución matrimonial sólo puede tener lugar entre un hombre y una mujer, lo cual sería uno de sus requisitos de existencia³¹. En una solución más atenuada se postula que, si bien podría contemplarse una normativa para los matrimonios "gay", la sociedad no se encuentra preparada para ello, razón por la cual se aboga por la no existencia de este tipo de matrimonio (o, a lo más, por un matrimonio diferenciado que, básicamente, no posibilite la paternidad o maternidad conjuntas). Todos estos argumentos ya los he comentado y desechado previamente.

²⁹ CORTINA, Adela, cit. (n. 10), p. 38.

³⁰ Los países que han aprobado el matrimonio "gay" son: Bélgica, Canadá, España, Holanda y Sudáfrica.

³¹ *Congregación para la Doctrina de la Fe*, cit. (n. 18), p. 6: "La verdad natural sobre el matrimonio ha sido confirmada por la Revelación contenida en las narraciones bíblicas sobre la creación, expresión también de la sabiduría humana originaria, en la que se deja escuchar la voz de la naturaleza misma. Según el libro del Génesis, son tres los datos fundamentales del designio del creador sobre el matrimonio. / En primer lugar, el hombre, imagen de Dios, ha sido creado "varón y hembra" (Gn. 1, 27). El hombre y la mujer son iguales en cuanto personas y complementarios en cuanto varón y hembra. Por un lado, la sexualidad forma parte del ámbito biológico y, por otro, ha sido elevada en la criatura humana a un nuevo nivel, el nivel personal, donde se unen cuerpo y espíritu. / El matrimonio, además, ha sido instituido por el Creador como una forma de vida en la que se realiza aquella comunión de personas que implica el ejercicio de la facultad sexual. "Por eso dejará el hombre a su padre y a su madre y se unirá a su mujer, y se harán una sola carne" (Gn. 2,24). En fin, Dios quiso donar a la unión del hombre y la mujer una participación especial en su obra creadora. Por eso, bendijo al hombre y la mujer con las palabras: "Sed fecundos y multiplicaos" (Gn. 1,28). En el designio del Creador, la complementariedad de los sexos y la fecundidad pertenecen, por tanto, a la naturaleza misma de la institución del matrimonio. / Además, la unión matrimonial entre el hombre y la mujer ha sido elevada por Cristo a la dignidad de sacramento. La Iglesia enseña que el matrimonio cristiano es signo eficaz de la alianza entre Cristo y la Iglesia (cf. Ef. 5, 32). Este significado cristiano del matrimonio, lejos de disminuir el valor profundamente humano de la unión matrimonial entre el hombre y la mujer, lo confirma y refuerza (cf. Mt. 19, 3-12; Mc. 10, 6-9)".

Por su parte, quienes opinan a favor del establecimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, sin perjuicio de señalar que descartan dogmáticamente cada uno de los argumentos de la postura contraria, sostienen, principalmente, que la no regulación implica un atentado a variados principios constitucionales³². En el siguiente apartado desarrollaré más en extenso estas ideas.

IV. UNIONES AFECTIVO-SEXUALES Y MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Como ya he dicho, me parece que la reflexión necesariamente debe partir de la ética inspiradora de un Estado democrático de Derecho.

Las posturas que tradicionalmente se oponen a la regulación de las uniones o al matrimonio entre personas del mismo sexo, suelen partir de posiciones éticas del tipo "universalista-sustancialista", tipo que, a mi modo de ver, se opone radicalmente a los principios rectores de un Estado como el mencionado, por cuanto se trata de una vertiente teórica que pretende imponer su particular punto de vista ético a todos los ciudadanos³³, con lo que se atenta contra la diversidad, la igualdad y la libertad³⁴. Aun cuando este tipo de posiciones haga denodados esfuerzos por sustentar sus postulados, no puede negarse que siempre termina discriminando a formas de vida legítimas, en cuanto se trata de opciones ciudadanas que no atentan contra las bases de la democracia, razón por la cual deben ser tratadas de igual manera que otras realidades que en lo sustantivo son iguales, en aplicación de los mencionados derechos y, en último término, del pluralismo jurídico³⁵.

³² Entre los cuales los más relevantes son el de igualdad, el de libre desarrollo de la personalidad y el de respeto a la diversidad. También basan su argumentación en el "derecho a contraer matrimonio", consagrado en algunos tratados internacionales, como, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16, párrafo primero). Si bien se trata de un derecho positivado sólo en relación al matrimonio entre personas de distinto sexo, su no aplicación a parejas "gay" se contradiría con un principio más fundamental consagrado por esos mismos tratados: el de igualdad. Por este motivo, no cabe menos que interpretar que este derecho también se concede a parejas "gay".

³³ Ver *Congregación para la Doctrina de la Fe*, cit. (n. 18), pp. 4 y 10.

³⁴ GIL, Andrés - FAMA, María Victoria - HERRERA, Marisa, cit. (n. 4), p. 26: "La definición del Estado como "democrático", vincula y expande el significado del término a una concreta filosofía política que afianza la plena vigencia de los derechos humanos en un marco de tolerancia y pluralismo asegurado por el óptimo funcionamiento del andamiaje jurisdiccional y de los controles jurisdiccionales. Implica una particular concepción pluralista de la realidad social y supone la comprensión de la sociedad como una trama plural en la que interaccionan distintos grupos sociales reconocidos por la autonomía y legitimidad de su diversidad".

³⁵ TAPIA, MAURICIO, *Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), p. 104: "La idea crucial parece encontrarse en ese pluralismo—en el que insistieron desde perspectivas distintas Jürgen Habermas, John Rawls o Ronald Dworkin—que reconoce la existencia en

Pienso que sólo una ética de índole pluralista es eficiente a los efectos de analizar seriamente este tipo de temáticas, toda vez que sólo ideas de esta matriz teórica construyen sus análisis a partir de los principios antes mencionados³⁶. Aplicando cada uno de ellos, puede concluirse que existen poderosos argumentos para descartar la diversidad de sexo como un requisito que debe cumplirse para proteger a uniones de hecho y para legislar a favor del matrimonio "gay".

1. El principio de respeto a la diversidad y el derecho a ser diferente

"En las sociedades modernas secularizadas, la tolerancia es importante. [...] Aún cuando la exigencia de este aspecto no sea explícitamente mencionada en la *Constitución* (en ella sólo se fija la igualdad [...]), una democracia pluralista no puede subsistir ni vivir en libertad, sin tolerancia entre la mayoría y las minorías"³⁷. A pesar que en democracia las decisiones las toma la mayoría, ésta no puede pasar por alto todos los intereses de las minorías. La mayoría, necesariamente, debe asumir que puede equivocarse, por lo que debe respetar (y hasta promover) algunas formas de vida minoritarias y, en todo caso, las opiniones de todos los ciudadanos. A su vez, la minoría también debe aceptar las decisiones de la mayoría, pero a condición de que tales decisiones respeten los principios democráticos. Una democracia del pluralismo, entonces, supone aceptar (e incluso promover) la diversidad de formas de vida, siempre que éstas no operen el deterioro de aquélla. Y hacer esto (aceptar y promover la diversidad), implica, a la vez, hacer operativos los principios de igualdad, intimidad y libre desarrollo de la personalidad, entre otros. No hay

Continuación de la nota ³⁵

la sociedad civil de distintas *visiones del mundo* o concepciones del bien, en que el diálogo puede conducir a ciertos acuerdos respecto de reglas que susciten una adhesión generalizada (por lo demás, ¿no era esta la idea de una sociedad justa planteada por el liberalismo?)".

³⁶ ORELLANA, Miguel, *Pluralismo: Una ética del siglo XXI* (Santiago, Editorial Universidad de Santiago, 1994), pp. 61 y ss.: "El pluralismo sostiene que, en principio, todos quienes comparten la naturaleza humana deben vivir de maneras que contribuyan a su progreso moral, esto es, al perfeccionamiento de las costumbres propias y al refinamiento de las ajenas, que promueva el encuentro respetuoso en la diversidad legítima de todos los seres humanos por igual. Esto supone mejorar indefinidamente tanto el entendimiento del concepto de naturaleza humana que cada forma de vida tiene como su conocimiento de la propia identidad./ Dicha identidad, de acuerdo con el pluralismo, sólo se vuelve posible por la existencia de una diversidad de identidades humanas o formas de vida, todas las cuales expresan la misma naturaleza humana, la única que hay. Sólo el refinamiento de la sensibilidad valorativa permite reconocer, detrás de una identidad humana distinta de la propia, la naturaleza humana que con ella se comparte. El pluralismo requiere respetar no sólo aquellas costumbres que, en virtud, de la identidad propia, se *viven* como valores, sino también *tratar* como valores aquellas costumbres legítimas que otros, en virtud de una identidad tan legítima como la propia, *viven* como valores".

³⁷ FETSCHER, Iring, *La tolerancia. Una pequeña virtud imprescindible para la democracia* (Barcelona, Gedisa, 1999), p. 137.

pluralismo posible sin respeto a estos principios. Este aserto implica que no se debe aceptar y promover sólo una forma de vida (al estilo de las éticas universalistas-sustancialistas), pero tampoco todas las existentes (al estilo del relativismo). El pluralismo fundante de un Estado democrático de Derecho supone la aceptación y promoción de cualquier forma de vida, a condición de que no constituya un atentado contra los mismos principios que le sirven de base a aquella forma estatal. La tolerancia "no debe confundirse con la acrítica aceptación. Existen límites para la tolerancia legítima. Esos límites por un lado, están allí donde los individuos o grupos pretenden imponerse por la violencia al resto de la sociedad y oprimirla. Pero también están allí donde la "violencia estructural" se oculta por tabúes y se impide su superación"³⁸. Por lo tanto, el pluralismo se opone al relativismo, en cuanto no acepta cualquier forma de vida. Al pluralismo le repugnan las formas de vida que hacen de la violencia su norte o atentan contra los derechos humanos. Las demás deben ser aceptadas. La violencia, en sus más diversas formas, es lo único que no debe aceptarse, porque es el mecanismo más idóneo para socavar las bases de una democracia. Es obvio, en todo caso, que la más peligrosa de las violencias no es la inmediata agresión física o psicológica que día a día tiene lugar entre los seres humanos, sino que aquella otra más sutil y abstracta, constituida por la violencia estructural o institucional. Es este tipo de violencia, menos percibida y cuestionada, la que genera los otros tipos de violencia y se reproduce a sí misma. Es este tipo de violencia, más bien ideológica, la raíz de toda intolerancia. Por esto es que la tolerancia no sólo supone la no aceptación de la violencia explícita, sino que también la no aceptación de toda forma de violencia ideológica, una de cuyas principales manifestaciones, qué duda cabe, es la discriminación de grupos o personas no basada en la argumentación racional, sino que en meros prejuicios o argumentos de autoridad. En una democracia, toda diferenciación no basada en argumentos racionales debe ser descartada.

Entonces, "la tolerancia no exige soportar situaciones indignas del hombre y un dominio inhumano y despectivo. La crítica a esas situaciones es perfectamente compatible con ella. Sin esa crítica, la tolerancia se convierte en imperdonable indiferencia respecto al destino del prójimo [...]. Sólo cabe esperar que el amor a la humanidad y a la realización definitiva de las ideas de los derechos humanos algún día acaben por triunfar sobre las tradiciones fanáticas"³⁹. Como se ve, la tolerancia no consiste sólo en ser indiferentes frente a la diferencia, sino que en mucho más que eso. "Bien entendida, la tolerancia no significa indiferencia hacia los demás, sino el reconocimiento de

³⁸ FETSCHER, Iring, cit. (n. 37), pp. 150 y ss.

³⁹ FETSCHER, Iring, cit. (n. 37), p. 152.

sus diferencias y de su derecho a ser diferentes. Ambas cosas están, o deberían estar, relacionadas con la simpatía y el interés"⁴⁰⁻⁴¹.

Según las ideas antes vertidas, la aceptación de la diversidad no supone meramente una tolerancia que podríamos llamar "pasiva". Es decir, la aceptación de la diversidad propia de una sociedad (y de un Estado) pluralista no consiste meramente en declarar que uno está por dejar que los otros hagan lo que les plazca, con tal que no nos molesten, o en meramente declarar que uno soporta a los demás. Por el contrario, la aceptación de la diversidad supone una tolerancia "activa", esto es, una actitud de aproximación al otro, lo que un autor llama "consideración". "La tolerancia exige el dejar hacer al otro en su "alteridad". Exige el retiro o, por lo menos, la limitación de las propias exigencias y de los propios intereses. Es lo que comúnmente se designa como "consideración"⁴².

En conclusión, la aceptación y promoción de la diversidad (el pluralismo) requiere una conducta activa de consideración hacia el otro, conducta que no sólo debe exigirse a las autoridades, sino que también a todos los ciudadanos. Pero ningún pluralismo será posible sin que se eliminen las formas más sofisticadas de violencia, ya que ésta, sobre todo en su faceta estructural, impide la formación de ciudadanos pluralistas. En la medida que el Estado no posibilite la plena realización de todas las personas, éstas estarán permanentemente expuestas al peligro de discriminar irracionalmente y de ser discriminadas (cuando llegue el momento) de la misma forma. La intolerancia, la falta de pluralismo, se explica en gran medida por la inseguridad, por el desvalimiento en el que muchas personas viven en la actualidad. Esta inseguridad, este desvalimiento, genera la discriminación irracional de todo aquel que sea diferente. Se trata de una forma insana de afirmar nuestro ego.

A la luz del principio que se ha venido comentando, me parece incontrovertible que las uniones entre personas del mismo sexo deben ser aceptadas como formas de vida dignas de protección jurídica (en cuanto matrimonio y

⁴⁰ FETSCHER, Iring, cit. (n. 37), pp. 143 y ss.

⁴¹ FETSCHER, Iring, cit. (n. 37), p. 153: "La incertidumbre interna y la inseguridad dan lugar a la necesidad de eliminar a los que piensan de otra manera; la falta de seguridad en las propias "peculiaridades" hace surgir la necesidad de perseguir al "diferente". Al rechazar a los "otros" se pretende elevar los valores del propio "ser". Al mismo tiempo, la existencia de "enemigos totales" proporciona la oportunidad de desahogar la humana necesidad de agresión en forma impune y aprobada por la sociedad. El análisis de este "mecanismo" fatal ya representa un pequeño paso hacia su superación. Pero el camino hacia una sociedad tolerante que pasa por la creación de situaciones sociales más justas y por una socialización bien lograda es mucho más arduo que la integración de una multitud mediante la propagación de la imagen de un enemigo común. Los poderosos siempre corren peligro de aprovechar el latente fanatismo y la agresividad de sectores frustrados de la población. Las democracias deberían evitar el camino que desemboca en el callejón sin salida de la intolerancia fanática, sobre todo porque permite rectificar los errores y porque tienen capacidad para aprender. La "pequeña virtud de la tolerancia" —con el complemento de la consideración— es indispensable para la convivencia pacífica [...]"

⁴² FETSCHER, Iring, cit. (n. 37), pp. 151 s.

en cuanto meras uniones de hecho), toda vez que no atentan en manera alguna contra los principios del Estado democrático de Derecho, sino que, por el contrario, son una prueba palmaria de su diversidad fundante, la cual todos debemos aceptar y promover.

2. *Principios de igualdad ante la ley y de no discriminación arbitraria*⁴³

La plena igualdad entre los seres humanos no existe. En efecto, todos somos diferentes (desiguales) en múltiples sentidos (biológico, social, económico, etc.). En razón de esta idea es que el principio de igualdad constituye una ficción, pero una ficción indispensable para el funcionamiento de las democracias, las cuales han hecho de la operatividad de este principio, el parámetro más notable de realización de la justicia. Así, se dice, mientras más igualitaria es una sociedad, más justa es. En todo caso, esta ficción no importa un tratamiento igualitario de todo el mundo, sino sólo de los "iguales". A su vez, supone un tratamiento diferenciado de los "desiguales" en relación con los beneficios otorgados o las cargas impuestas a los "iguales". Esto quiere decir que el Derecho, en aplicación del principio de igualdad, finge que los miembros de un determinado grupo son iguales entre sí, desde el punto de vista de un conjunto de características o circunstancias que el mismo Derecho considera relevantes y que concurren en relación con dichos individuos, ante lo cual obra en consecuencia otorgándoles un tratamiento igualitario. Así, la igualdad, en términos jurídicos, implica la igualación de un determinado grupo humano (a veces muy amplio) en relación sólo con determinados aspectos (a veces muy generales) y no una igualación absoluta.

Eso sí, la igualdad ha de ser concebida en un sentido material y no en uno meramente formal. Esto quiere decir que el Derecho debe dar cuenta de las características y circunstancias que sirven de base al tratamiento igualitario, y no sólo otorgar beneficios o imponer cargas a un determinado grupo sin más, de manera de contentarse con cumplir con una igualdad normativo-formal⁴⁴.

⁴³ Estos principios están consagrados en el artículo 1º y 19 N° 2 de la *Constitución* y en los siguientes tratados internacionales: *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre* (artículo II); *Declaración universal de derechos humanos* (artículos 1, 2(1) y 7); *Convención europea para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales* (artículo 14); *Pacto de derechos civiles y políticos* (artículos 2 y 26); *Pacto de derechos económicos, sociales y culturales* (artículo 2); *Convención americana sobre derechos humanos* (artículos 1(1) y 24); y "Carta de Banjul" (artículos 2 (1) y 19). Además, actualmente se encuentra en tramitación un proyecto de ley contra la discriminación, que incluye como factor prohibido de diferenciación a la orientación sexual.

⁴⁴ ALEXI, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001), p. 386: "Se llega a una vinculación concreta del legislador sólo si la formula

Hasta aquí se ha venido haciendo alusión al principio de igualdad en general, pero para los efectos que nos importan, es pertinente hacer una imprescindible distinción. La igualdad se compone de dos facetas. La primera supone que todas las personas son iguales en frente de la ley, es decir, que ante el conjunto de normas jurídicas han de ser tratadas igualitariamente. Sin embargo, para hacer operativa esta primera faceta resulta indispensable conseguir que el Estado esté impedido de establecer diferenciaciones arbitrarias (discriminaciones) en las normas que cree o en las que deje de crear. Así por ejemplo, nada se consigue con otorgar un tratamiento igualitario a todos quienes se encuentren casados, sin que antes se justifique por qué dicho tratamiento se dispensa sólo a los matrimonios y no también a las uniones de hecho. Únicamente la invocación de razones valederas puede justificar un tratamiento diferenciado. De no haberlas, la referida diferenciación sería arbitraria. De este modo, la plena operatividad del principio de igualdad supone no discriminar, esto es, no hacer diferenciaciones arbitrarias⁴⁵.

En cuanto a la definición de discriminación merece ser citada, por la relevancia del organismo que la formuló, la del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el cual consideró "que el término discriminación debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas"⁴⁶. A su vez, "[...] el Comité

Continuación de la nota ⁴⁴

"hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual" no es interpretada como exigencia dirigida a la forma lógica de las normas, sino como exigencia de su contenido, es decir, no en el sentido de un mandato de igualdad *formal* sino *material*". De este modo, por ejemplo, en relación con el tratamiento diferenciado que algún derecho le otorgue a las convivencias afectivo-sexuales entre personas del mismo sexo en frente de las uniones entre personas de distinto sexo, cabría preguntarse si entre ellas existe una diferencia material relevante que justifique tal tratamiento diferenciado, más allá de lo meramente formal que supone la diferencia de sexo.

⁴⁵ GÓMEZ, Gastón - FIGUEROA, Rodolfo, *Discriminación en contra de la mujer*, en *Informes de Investigaciones Jurídicas* 8 (Santiago, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, 2000), p. 6, citado por PALACIOS, Patricia, *La no discriminación* (Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2006), p. 29: "El principio de igualdad ante la ley se complementa con una cláusula de exclusión de toda discriminación arbitraria, ya sea por parte del juez o del legislador, entendiéndose por ésta aquella diferenciación introducida sin justificación, es decir, una "diferenciación injusta". O sea, el derecho reconoce que hay o puede haber diferencias éticas y jurídicamente relevantes y otras irrelevantes al momento de considerar un trato de igualdad entre las personas. De lo que se trata es que la autoridad no puede imponer diferencias, equiparaciones o desequilibrios en las ventajas y cargas sociales que distribuye, si ellas no están normativa y públicamente justificadas".

⁴⁶ "Observación General" N° 18: No Discriminación, 11 de septiembre de 1989, párrafo 7.

observa que no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto” (“de Derechos Civiles y Políticos”)⁴⁷. En este sentido, puede señalarse que una diferenciación es legítima (no arbitraria) si cumple con los siguientes requerimientos: que se aplique en forma objetiva; que responda a una justificación razonable; que se exista proporcionalidad entre la diferenciación y la finalidad perseguida; y que se persiga una finalidad legítima en virtud del Derecho de los derechos humanos⁴⁸.

En relación con las uniones entre personas del mismo sexo, cabe preguntarse si la diferencia de tratamiento en relación con los matrimonios o con las uniones entre personas de distinto sexo, cumple o no con los requisitos recién mencionados. Para esto, como se ha adelantado, debe verificarse si el o los criterios de diferenciación cumple(n) o no con la objetividad, razonabilidad, proporcionalidad y legitimidad indispensables para estimar que no nos encontramos ante una discriminación.

En primer lugar, la diferenciación será objetiva si cumple con dos condiciones: primero, que no haya sido construida sobre la base de criterios sujetos a interpretación y, segundo, que el respectivo tratamiento se aplique por igual a todas las personas que se encuentran comprendidas en las circunstancias construidas a partir de los respectivos criterios tenidos por relevantes. Así, por ejemplo, la diferenciación que distingue entre casados y no casados resulta ser razonable, primero, por cuanto no se basa en un criterio interpretable (es absolutamente cierto si alguien está oficialmente casado) y, segundo, en cuanto se le otorgue igual tratamiento a todos los que se encuentren casados.

Por su parte, que la diferenciación se base en una justificación razonable, significa que los criterios que se utilicen para establecerla den lugar a grupos o sectores que sean razonablemente comparables y que, por ello, sean considerados como titulares de idénticos derechos. En relación con el tema del presente trabajo, cabe preguntarse si las diferenciaciones que existen o puedan existir entre matrimonios y uniones de hecho, o entre parejas formadas por personas de distinto sexo, y aquellas otras formadas por personas de igual sexo, es razonable o no. Lo será sólo si los argumentos, criterios o categorías esgrimidos para dar lugar a la respectiva diferenciación son relevantes (jurídicamente). En este sentido, cabe inquirir, respecto a cuáles son los criterios que hacen razonable una diferenciación y cuáles no. A mi modo de ver, la respuesta, en un Estado democrático de Derecho, es que una diferenciación

⁴⁷ “Observación General” N° 18: No Discriminación, 11 de septiembre de 1989, párrafo 13.

⁴⁸ Ver PALACIOS, Patricia, cit. (n. 45), p. 34.

será razonable sólo si se basa en los valores y principios que le sirven de basamento a dicha forma estatal, principalmente en los derechos humanos. Es precisamente a partir de la teoría de los derechos humanos, que el Derecho internacional ha ido postulando una serie de argumentos, criterios o categorías como prohibidos (o, por lo menos, “sospechosos”) a la hora de establecer una diferenciación. Estos aparecen mencionados en muchos instrumentos internacionales, en diversas *Constituciones* nacionales e incluso en algunas leyes internas. Algunos dignos de mención son los siguientes: la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o “cualquier otra condición social”. Para los efectos del presente trabajo, cabe preguntarse si la orientación sexual de las personas puede ser tomada como un criterio razonable de distinción a la hora de establecer un tratamiento de diferenciación entre parejas “gay” y parejas formadas por personas de distinto sexo.

Como ha quedado dicho, a mi modo de ver, las diferenciaciones de tratamiento entre personas o grupos sólo pueden basarse en los valores y principios rectores del Estado democrático de Derecho y, principalmente, en los derechos humanos. Atendidos los cambios culturales y el carácter progresivo de estos derechos, la legitimidad de los criterios de diferenciación ha ido cambiando⁴⁹, de manera que la diferenciación por orientación sexual es cada vez menos aceptada hoy en Estados democráticos, por ser una condición que no atenta contra sus propias bases. Por lo demás el factor ‘orientación sexual’ podría entenderse comprendido dentro de los factores prohibidos ‘sexo’ o “cualquiera otra condición social”.

El tercer requisito que debe cumplir una diferenciación para no ser discriminatoria, consiste en que ella debe ser proporcional al fin perseguido con su establecimiento. Esto significa que una diferenciación debe ser aceptada sólo a condición que guarde armonía con el fin que se pretende obtener a través de ella, fin que no puede ser otro que la mejor protección de los derechos humanos. Como se ve, el requisito de la proporcionalidad se encuentra absolutamente relacionado con el anteriormente desarrollado, en cuanto una diferencia de trato será razonable en la medida que sea proporcional al fin

⁴⁹ PALACIOS, Patricia, cit. (n. 45), p. 36: “Por ejemplo, hace algún tiempo se entendía que el vocablo “familia” hacía referencia a un grupo de personas ligadas por vínculos de parentesco y organizadas sobre la base de un matrimonio heterosexual. Hoy en día ha perdido fuerza este concepto restringido con la aparición de familias uniparentales, así como familias nucleares donde la familia base no se encuentra ligada por un vínculo matrimonial, ya sea por opción, ya sea por obligación como en el caso de parejas homosexuales que quisieran contraer matrimonio pero que no pueden, debido a normas internas restrictivas. Distinciones en el trato otorgado a familias basadas en la existencia o no de vínculo matrimonial pudieron haber sido consideradas razonables en el pasado pero resultan más cuestionables hoy”.

perseguido. Así, pienso que la proporcionalidad tendería a subsumirse en el requisito de la justificación razonable.

Por último, para que una diferenciación de tratamiento sea aceptada, debe perseguir un propósito legítimo en virtud del Derecho internacional de los derechos humanos. De este modo, nuevamente, parece que cabría subsumir este requisito en el de justificación razonable, ya que, como dije, creo que una diferenciación estará justificada racionalmente sólo en cuanto se base en la mejor protección de los derechos humanos (por ejemplo, en la mejor protección de los derechos a la diferencia, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad, a la identidad y a contraer matrimonio).

Al tenor de lo señalado precedentemente, me parece que una diferencia en el tratamiento (por no proteger a las uniones entre personas del mismo sexo o por protegerlas en menor medida) implica un atentado al principio de igualdad (una discriminación negativa)⁵⁰, por cuanto se trata de manera diferente a dos realidades que pueden no diferir en nada en lo sustantivo, ya que, como he sostenido, pueden presentar idénticas características y cumplir con los requisitos exigidos por el Derecho. De este modo, el factor "orientación sexual" es un factor prohibido a la hora de establecer diferencias de tratamiento, toda vez que éstas no se basarían en la mayor protección de los derechos humanos, no obstante que puedan basarse en los meros intereses de ciertos grupos sociales, intereses que muchas veces responden exclusivamente a prejuicios o a argumentos de autoridad⁵¹.

⁵⁰ GIL, Andrés - FAMA, María Victoria - HERRERA, Marisa, cit. (n. 4), p. 80, la discriminación negativa "puede definirse como toda conducta u omisión de autoridad pública o de particulares que distinga, excluya, restrinja, menoscabe o prefiera de manera arbitraria por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier otra circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción, preferencia o menoscabo, y que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública".

⁵¹ En el importante documento del CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2007* (Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, 2007), pp. 291 y ss., se expresan algunas ideas contundentes en relación con el incumplimiento de obligaciones internacionales de nuestro país en la perspectiva de la igualdad: "Los hechos de 2006 permiten hacer referencia a la existencia de tratos desfavorables recurrentes en perjuicios de minorías sexuales los que se originan en diversas áreas del quehacer social. Lo anterior permite que el contexto general les sea poco favorable. El panorama que se presenta debe ser contrastado con las obligaciones que Chile posee en materia internacional. Es así que en cuanto a los problemas en la esfera de la igualdad de trato de las minorías sexuales, el Estado se encuentra obligado a cumplir ciertos estándares mínimos en relación con distintos derechos. De esta manera, nuestro país tiene la obligación de encaminar sus políticas a la consecución de la igualdad tanto formal como material de todos los habitantes, eso incluye a aquellas personas que pertenecen a una determinada minoría sexual".

3. Derecho a la intimidad y libre desarrollo de la personalidad⁵²

Este derecho humano implica que existe "un área o esfera de intimidad en la cual la libertad inofensiva para terceros –libertad neutra– queda inmunizada o sustraída a toda interferencia arbitraria del Estado y de los demás terceros"⁵³. Y no se agota en el mero ámbito de la protección individual de determinadas formas de vida, sino que se hace extensivo a relaciones entre sujetos, por ejemplo al ámbito de las relaciones familiares (intimidad familiar). Específicamente, en este último ámbito, debe señalarse que la protección de la intimidad implica la protección de la privacidad familiar ante toda injerencia estatal ilegítima. Por esto es que la intervención estatal en las distintas formas de vida de los ciudadanos, sólo puede justificarse en base a argumentos de peso que digan relación con la preservación de la democracia y, básicamente, con la protección de los derechos humanos⁵⁴. Vale decir, una determinada forma de vida sólo puede ser proscrita o no protegida, en la medida que atente contra los derechos humanos de una persona en particular o de un grupo de personas. Las meras molestias (no constitutivas de atentados a los derechos humanos) a una persona o a un grupo de personas, no son suficientes para vedar una determinada forma de vida. El límite, entonces, no está dado por la no perturbación de la moralidad pública o por la no perturbación de la moral sustentada por un grupo social o de la "tradición nacional", sino que por la no vulneración de los derechos fundamentales de los individuos⁵⁵⁻⁵⁶.

⁵² La *Constitución*, en su artículo 19 N° 4, asegura a todas las personas "el respeto y protección de la vida privada [...] de la persona y de su familia". A su vez, varias normas de derecho internacional de los derechos humanos hacen lo propio: *Declaración universal de los derechos humanos* (artículo 12); *Declaración americana sobre derechos y deberes del hombre* (artículo 5); *Convención americana sobre derechos humanos* (artículo 11); *Pacto de derechos civiles y políticos* (artículo 17); y *Convención sobre los derechos del niño* (artículo 16).

⁵³ GIL, Andrés - FAMA, María Victoria - HERRERA, Marisa, cit. (n. 4), p. 219.

⁵⁴ Es por esto, por ejemplo, que la penalización de la sodomía consentida entre adultos ha sido derogada en muchos ordenamientos. En efecto, desde un tiempo a esta parte, se ha venido estimando que no se justifica la intervención estatal por la vía penal de formas de sexualidad que puedan desarrollar ciudadanos adultos, a condición, evidentemente, que dichas prácticas no atenten contra los principios democráticos (contra los derechos humanos), lo cual, por cierto, no harían las prácticas sexuales entre personas del mismo sexo adultas. Ello recién ocurre en Chile en 1999, con la Ley N° 19.617.

⁵⁵ De este modo, el clásico principio de derecho privado que reza *alterum non laedere*, puede traducirse aquí como "no dañar a los otros en sus derechos fundamentales". Este principio se ve reforzado, en relación con todos los derechos fundamentales, por el artículo 19 N° 26 de la *Constitución*, el cual prescribe: "La *Constitución* asegura a todas las personas: 26° La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la *Constitución* regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio". Desde el punto de vista de la intimidad, no cabe menos que concluir, entonces, que ni el Estado, ni los particulares pueden imponer a las personas una determinada forma de vida o condiciones o requisitos que impidan el libre ejercicio

Traducidas las anteriores ideas al lenguaje de los constitucionalistas, algunos autores opinan que la regulación de un derecho humano como la intimidad debe apegarse escrupulosamente al principio de proporcionalidad (o razonabilidad), el que se encuentra conformado por tres subprincipios: “el de adecuación, el de necesidad y de razonabilidad o proporcionalidad en sentido estricto. El principio de adecuación establece que la norma reguladora de un derecho fundamental sea adecuada o idónea para el logro del fin que se busca alcanzar. El principio de necesidad, prescribe que el legislador escoja entre todos los medios idóneos para el logro del fin que procura aquél que resulte menos restrictivo de los derechos fundamentales involucrados. Finalmente, el principio de razonabilidad *stricto sensu* consiste en establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin perseguido”⁵⁷. Así, toda injerencia estatal en relación con la libertad de intimidad debe fundarse en el principio de proporcionalidad, lo cual supone que dicha intervención debe ser adecuada, necesaria y razonable en los términos recién indicados. A mi modo de ver, estos parámetros justificadores de la intromisión estatal en la intimidad, no son más que la tecnificación de la idea ya antes expuesta, consistente en que sólo se pueden intervenir determinadas formas de vida si ellas atentan en contra de los derechos humanos.

Hasta el momento se ha venido obrando sobre la base que el Estado –mediante una conducta positiva (por ejemplo, mediante una ley o una resolución judicial)– se inmiscuye en la vida privada de los ciudadanos (faceta negativa de la intimidad). Cabe preguntarse ahora si la no protección de una determi-

Continuación de las notas 55 y 56

del derecho a la intimidad, porque con ello se estaría atentando en contra de la esencia del derecho fundamental a la intimidad. Como dice BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de Derecho constitucional argentino* (Buenos Aires, Ediar, 2000), p. 54, citado por GIL, Andrés - FAMA, María Victoria - HERRERA, Marisa, cit. (n. 4), p. 227: “el Estado no es un tutor vigilante que pueda establecer modelos de excelencia para la vida personal de cada sujeto. Es este el único que puede adoptarlos por decisión propia”.

⁵⁶ Un contundente fallo de un tribunal argentino citado en GIL, Andrés - FAMA, María Victoria - HERRERA, Marisa, cit. (n. 4), p. 238, estableció la necesidad de distinguir “*las sociedades tradicionales y religiosas, en que predomina lo sagrado, atemporal e intocable, susceptible de ser transferido entre generaciones sin modificaciones apreciables, de las normas sociales occidentales industriales en que la nota distintiva no es precisamente la tradición sino la disposición hacia el cambio y la aceptación de modelos normativos derivados del libre análisis y la pérdida de valor de la tradición si no es sometida a un análisis racional de su validez. Ciertamente es que conductas entendidas como reprochables moralmente hace algunos años atrás hoy son aceptadas y vistas con total naturalidad [...]. Frente a este cambiante cuadro de las costumbres de las actuales sociedades seculares, no es misión del juez juzgar con criterio dogmático o religioso, porque ello lo constituiría en un verdadero censor de la comunidad, sino determinar si dentro de las costumbres normalmente aceptadas y en vigencia, y de acuerdo a los valores medios que predominan en la comunidad una determinada actitud es susceptible de vulnerar los límites de la moral y de las buenas costumbres, o de afectar el derecho a la intimidad de una persona [...]*”.

⁵⁷ GIL, Andrés - FAMA, María Victoria - HERRERA, Marisa, cit. (n. 4), pp. 227 y ss.

nada forma de vida puede significar un atentado a la libertad de intimidad. Me parece que la respuesta es afirmativa, ya que un proceder tal puede importar un atentado a la faceta positiva del mencionado derecho: el derecho al libre desarrollo de la personalidad⁵⁸. Así, el Estado no sólo no debe intervenir en formas de vida que no atenten contra las bases de una democracia, sino que debe permitir a los ciudadanos el libre desarrollo de sus personalidades, franqueándoles los elementos mínimos para que tal desarrollo tenga lugar⁵⁹. Por esto es que en relación con el tema de las uniones y matrimonios entre personas del mismo sexo, resulta necesario dilucidar si es necesaria una expresa regulación de ellas a los efectos de permitir el mejor desarrollo de la personalidad de quienes viven su vida afectiva de esta forma. De esta suerte, cabe preguntarse respecto de este punto, si el Estado cumple con la protección de la libertad de intimidad de los ciudadanos que viven en pareja con personas de su mismo sexo por el mero hecho de no castigar expresamente dichas formas de vida, o es que debería establecer un estatuto que las protegiera derechamente, en orden a permitir en mayor medida el libre desarrollo de sus personalidades. A mi modo de ver, como el Estado chileno no cuenta con una regulación especial respecto de las uniones de hecho (no sólo entre personas del mismo sexo, sino que tampoco entre personas de distinto sexo) y de los matrimonios “gay”, el aspecto positivo del derecho a la intimidad recién explicitado no estaría siendo respetado. En efecto, la abstención estatal no resulta adecuada, necesaria ni proporcional.

V. ACERCA DE POR QUÉ Y CÓMO DEBEN SER PROTEGIDAS LAS PAREJAS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

Lo primero que debe aclararse es que, una cosa es constatar que las parejas “gay” deben ser protegidas (por la vía de la unión civil y del matrimonio); y otra (más profunda) es determinar por qué y cómo tales relaciones han de ser protegidas. En cuanto al por qué, me parece que deben ser protegidas por ser

⁵⁸ Principio que, pienso, está consagrado en el artículo 1º de la Constitución, principalmente en el inciso 4º, que señala: “*El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece*”.

⁵⁹ Aída KEMELMAJER, citada por GIL, Andrés - FAMA, María Victoria - HERRERA, Marisa, cit. (n. 4), p. 232, comentando un fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha señalado: “el tribunal subrayó que el respeto de la vida familiar protegido en la norma citada (artículo 8º de la Convención Europea de Derechos Humanos) no sólo comprende un aspecto negativo –que se concreta en la máxima por la cual el Estado no debe invadir la intimidad familiar a través de acciones arbitrarias–; sino también un aspecto positivo, por el cual el Estado no puede ignorar la existencia de lazos familiares a los efectos de la concesión de ciertos derechos”.

familias. En cuanto al cómo, creo que deben ser protegidas tal y como se proteja a cualquier familia, incluida la matrimonial heterosexual.

1. ¿Por qué deben ser protegidas las parejas entre personas del mismo sexo?

Pienso que el debate relativo a si las parejas entre personas del mismo sexo deben contar con una protección, pasa, en el fondo, por determinar si tales realidades pueden ser concebidas como familia. En este sentido, creo que tras la gran mayoría de las posturas que pretenden proteger (regular) en la medida que sea a las parejas de este tipo, se encuentra presente la idea consistente en que tales parejas configuran formas de vida familiares⁶⁰. Y ello es así, aun cuando se trate de posturas protectoras que no obstante soslayan el reconocimiento de la calidad de familia a tales parejas (en cuanto se las considera sólo para efectos patrimoniales), ya que la mayoría de ellas les termina concediendo prerrogativas propias del Derecho de familia⁶¹. Por su parte, en las posturas que optan por la desprotección absoluta, subyace la idea que tales uniones no pueden ser tenidas por familia en manera alguna.

En el entendido anterior, la discusión al interior de las posturas que se manifiestan favorables a cualquier forma de regulación (de Derecho de familia o de Derecho patrimonial), sólo debería girar en torno a la determinación de si las parejas de personas del mismo sexo son tan familia como las formadas

⁶⁰ En nuestro país existe un proyecto de ley que busca crear un "contrato de unión civil entre personas del mismo sexo". Se trata del proyecto de ley sobre "Fomento de la no discriminación y contrato de unión civil entre personas del mismo sexo, de 10 de julio de 2003", en *Boletín* N° 3.283-18, en línea: <http://sil.senado.cl/pags/index.html>). Por su parte, los profesores Carlos Pizarro y Mauricio Tapia han elaborado un proyecto que pretende regular el llamado "Pacto de Unión Civil", aplicable a parejas entre personas de distinto e igual sexo. También resulta pertinente destacar un reciente fallo que reconoce la calidad de familia a una unión entre personas del mismo sexo (en línea, <http://www.movih.cl/modules.php?name=New&file=article&sid=477>). Se trata de un caso de violencia intrafamiliar entre convivientes "gay", en relación con el cual la jueza de primera instancia del Juzgado de Garantía de Combarbalá sentenció que había existido la referida violencia y reconoció la calidad de familia a la señalada convivencia. El 8 de enero de 2007, la Corte de Apelaciones de La Serena ratificó el fallo de primera instancia. El fallo estableció que "el concepto de conviviente incluye en forma extensiva a aquel unido u otro en una relación de convivencia homosexual, a quien se considera además como integrante del grupo familiar".

⁶¹ CORRAL, Hernán, *Regulación*, cit. (n. 18), p. 260: "Aunque en estas últimas propuestas no se equipare completamente la unión homosexual al matrimonio, de todas maneras se les confiere un *status* familiar que no les corresponde, y se les conceden algunos de los efectos jurídicos (normalmente los más importantes) del matrimonio: alimentos, régimen de bienes, derechos hereditarios, pensiones previsionales, e incluso a veces posibilidad de adoptar hijos o de recurrir a técnicas de reproducción asistida para obtenerlos". Además, en muchas leyes y proyectos que solucionan la problemática de las parejas "gay" por la vía de una regulación meramente patrimonial, se establecen como impedimentos para aspirar a dicha regulación, los mismos que rigen para el matrimonio (por ejemplo, parentesco).

entre un hombre y una mujer, o no, ya que, en el fondo, les conceden beneficios propios del Derecho de familia (por ejemplo, derecho de alimentos, sucesorios, previsionales y los propios de un régimen de bienes). Entonces, más allá de la gran gama de opiniones, me parece que lo central es que las posturas que abogan por la dictación de un estatuto especial para las parejas "gay", no deberían estar sino a favor, expresamente, de la creación (para tales parejas) de un estatuto de Derecho de familia (y no de uno meramente patrimonial), toda vez que, como se ha dicho, la mayor parte de las veces obran sobre la base de que tales parejas son una familia⁶².

Las anteriores consideraciones hacen inevitable una digresión respecto del concepto de familia. Así, como el punto central de la discusión pasa por determinar si las parejas formadas por personas del mismo sexo deben ser protegidas en cuanto familias (con lo cual estoy de acuerdo), resulta indispensable formular algunas breves ideas respecto del concepto histórico-sociológico de familia. Luego de esto, al referirme al cómo de la protección, me abocaré al análisis del concepto constitucional de familia, en orden a determinar si la protección debe ser igualitaria o diferenciada.

"La familia, como institución sociocultural fruto de la interacción de diversos factores que repercuten en su estructura y composición, ha sufrido notables transformaciones a lo largo del tiempo, dando lugar a nuevas prácticas y tendencias que reclaman su reconocimiento jurídico"⁶³. Estas notables transformaciones, como dice una autora, hacen a la familia "irreconocible en su entidad presente al cotejarla con el concepto y la visión anteriores, y la muestra en toda su realidad relativa y precaria, impotente para el cumplimiento de muchas de las funciones que tradicionalmente se le asignaron"⁶⁴.

Resultaría extremadamente extenso dar cuenta de las muchísimas transformaciones históricas experimentadas por la(s) familia(s), que han generado la actual flexibilización de los tipos de formas de vida que los individuos hemos elegido para dar nacimiento a una familia. Lo único que cabe constatar es que nadie podría negar que hoy día existen muchas formas de vida que son catalogadas por distintos actores sociales como familiares y que difieren sustancialmente del paradigma de familia clásico: la familia patriarcal formada por cónyuges de distinto sexo. Así, en términos sociológicos, muchas formas de vida son catalogadas hoy en el mundo como 'familia'. Tal es el caso de las parejas de hecho de personas de distinto sexo o de personas del mismo sexo, con o sin hijos. De este modo, ante la única realidad familiar imperante a lo

⁶² El punto que queda por determinar sería cuál ha de ser el grado de protección que el ordenamiento jurídico debe dispensarle a las parejas entre personas del mismo sexo. Es lo que intento dilucidar en el apartado siguiente.

⁶³⁻⁶⁴ GIL, Andrés - FAMA, María Victoria - HERRERA, Marisa, cit. (n. 4), p. 56.

largo de muchas épocas, comienza a imponerse una nueva realidad: la del pluralismo al interior del Derecho de familia. Ahora ya no se trata de un Derecho de familia, sino que de uno de familias⁶⁵. Los principios clásicos inspiradores de las relaciones familiares (orden público, jerarquización al interior de las relaciones y familia fundada en un matrimonio patriarcal indisoluble) entran en una crisis radical, para ser reemplazados por los propios de una sociedad pluralista. Se trata, en el fondo, del paso de un tipo de Estado (autoritario) a uno democrático de Derecho, cuyos principios rectores son, como se ha dicho, los de igualdad, libertad de intimidad, libre desarrollo de la personalidad y respeto a la diversidad⁶⁶.

2. ¿Cómo deben ser protegidas convivencias afectivo-sexuales entre personas del mismo sexo?

Una cosa es el camino adoptado por el legislador –por acción o por omisión– y otra es el que debería adoptar en un Estado Democrático de Derecho. A mi modo de ver, resulta claro que el legislador nacional opta por proporcionar un estatuto protector sólo a la familia matrimonial, al no haberse dictado todavía una normativa orgánica protectora de las uniones de hecho. Como se ve, se trata de una de las más grandes incoherencias de nuestro ordenamiento jurídico. Ello, por cuanto las normas de un Derecho de familia democrático deben tender a otorgar protección a todas las familias (matrimoniales y no matrimoniales; con o sin hijos) y no sólo a algunas. Pero, ¿cómo debe ser esta protección: igualitaria o diferenciada? Para responder a esta interrogante, resulta crucial determinar cuál es el concepto de familia para la *Constitución Política* de un Estado democrático de Derecho. Como se sabe, existen dos posturas respecto del tratamiento que debe propiciar el legislador: la primera (que no niega necesariamente la calidad de familia a las uniones de hecho) señala que la familia a la que se refiere la *Constitución* (y que, por lo tanto, debe ser mayormente protegida) es la familia matrimonial⁶⁷; la segunda

⁶⁵ Ver TAPIA, Mauricio, *Código*, cit. (n. 35), pp. 102 y ss.

⁶⁶ Un completo tratamiento de la evolución histórica de la familia, puede consultarse en ROUDINESCO, Elisabeth, *La familia en desorden* (México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 2006). En relación con la evolución del Derecho de familia nacional, ver TAPIA, Mauricio, *Código*, cit. (n. 35).

⁶⁷ La postura que plantea que la familia más digna de protección es la matrimonial esgrime, en general, los siguientes argumentos: que se trata de la única familia que surge de un acto jurídico (el matrimonio), que es la familia tradicionalmente protegida y que en las actas de la Comisión de Estudios para una Nueva *Constitución* puede encontrarse esta idea (sesión N° 191). A estos argumentos agregaría otro: que el artículo 1°, inciso 1°, de la *Ley de Matrimonio Civil*, N° 19.947, señala que “*el matrimonio es la base principal de la familia*”, lo que, a mi modo de ver, significa que la familia más importante es la matrimonial.

postura dice que tanto las uniones de hecho, como los matrimonios deben ser protegidos por igual. Al interior de esta segunda postura, sin embargo, la mayoría propugna la igualación, pero sólo respecto de uniones entre personas de distinto sexo, siendo muy pocos los que postulan la dictación de una normativa de Derecho de familia igualitaria respecto de uniones entre personas del mismo sexo, sin perjuicio de lo cual son cada vez más los que están por la dictación de una normativa que solucione los conflictos de índole patrimonial.

En virtud de los argumentos latamente expuestos en este trabajo, pienso que la familia fundada en una unión de hecho entre personas del mismo sexo es tan familia como la unión de hecho entre personas de distinto sexo, razón por la cual ambas deben ser protegidas por igual⁶⁸⁻⁶⁹. Sólo queda por deter-

⁶⁸ TALAVERA, Pedro, *Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales* (Madrid, Dykinson, 1999), p. 56: “Por otro lado, establecer dos figuras con distintos efectos parecería avalar el planteamiento incorrecto de que se trata simplemente de conceder ventajas a unos determinados tipos de convivencias, no tanto por su condición de *more uxorio*, cuanto por una cuestión de oportunidad y estrategia legislativa. Así, el legislador decidiría a su arbitrio qué efectos concede y cuáles no dependiendo de qué tipo de relación le parezca más o menos interesante. Pero en ese caso, desaparecida la única cualidad que singulariza a esos dos supuestos –la maritalidad de los mismos–, y que justifica conceder efectos sólo a ambos, resultaría bastante complicado encontrar argumentos sólidos para denegar esos mismos o parecidos efectos a cualquier otra relación convivencial, que sin ser *more uxorio*, los reclame”.

⁶⁹ Hay quienes señalan que si bien sería legítimo el establecimiento de un estatuto a favor de las uniones afectivo-sexuales entre personas de distinto sexo (incluso igual al del matrimonio), atendido que éstas no tienen impedimento para casarse (en los países en que no se ha legislado en favor del matrimonio “gay”), no puede concluirse lo mismo respecto de las uniones entre personas del mismo sexo, toda vez que a éstas les está vedado el ingreso al matrimonio, razón por la cual, o no correspondería protegerlas o sólo cabría hacerlo en menor medida. Así, reconociendo que las uniones entre personas de distinto sexo pueden configurar un supuesto convivencial similar al matrimonio, ciertos autores están por reconocerles sólo a estas parejas el derecho a formar una familia al margen del matrimonio, atendido que, si lo quisieran, podrían contraerlo, cosa que no es posible a las parejas entre personas del mismo sexo, por lo menos en los ordenamientos a la luz de los cuales se vierten estas opiniones. Respecto de este argumento, TALAVERA, Pedro, cit. (n. 68), pp. 58 y ss., formula una contundente réplica, al señalar que “[...] no se entiende la razón por la cual una simple posibilidad de futuro, que posee cualquier persona hábil –el derecho a casarse–, que ni se pierde ni se condiciona por vivir en unión de hecho, que en absoluto afecta a la realidad intrínseca de la convivencia de hecho y cuyo ejercicio sólo depende de la voluntad de quien lo posee al margen de la relación afectiva que mantenga, deba determinar jurídicamente que los efectos que se concedan a la convivencia *more uxorio* establecida por personas del mismo sexo sean menores a los que se concedan a la establecida por personas de distinto sexo. Así pues, estimo que la posibilidad de acceso al matrimonio, en cuanto que no es en absoluto relevante para determinar si la unión entre dos personas (del mismo o de distinto sexo) es o no una convivencia *more uxorio*, tampoco debería tener relevancia alguna para determinar el estatuto jurídico de dicha convivencia, sean cuales fueren sus componentes [...]. Concluyendo, la posibilidad de acceso al matrimonio no supone un imperativo jurídico que imponga un tratamiento normativo diferente para la unión homosexual... el matrimonio es un derecho fundamental del hombre y la mujer, que cada uno puede ejercitar según las condiciones legales previstas en el *Código Civil*. Esto significa que es una

minar, por lo tanto, si las uniones de hecho deben ser protegidas en el mismo nivel que la familia matrimonial o no.

Me parece que tanto la familia matrimonial como las uniones de hecho (entre personas del mismo sexo o de distinto sexo) deben ser protegidas por igual, postura que baso, una vez más, en los principios rectores del Estado democrático de Derecho y, por lo tanto: primero, en el principio de igualdad ante la ley, según el cual todas las formas de familia deben ser protegidas por igual, sobre todo considerando que nuestra "Carta Fundamental" sólo habla de 'familia' en general, sin especificar a cual se refiere, y que en la misma *Constitución*, así como en variados tratados sobre derechos humanos, se obliga a una protección igualitaria de supuestos semejantes; segundo, en el principio de libertad de intimidad o libre desarrollo de la personalidad, según el cual los individuos son libres para elegir la forma familiar en la que deseen vivir, siendo deber del Estado propender a la mayor realización material y espiritual posibles de sus ciudadanos; y, tercero, en el principio de respeto a la diversidad, en virtud del cual un Estado como el nuestro debe proteger todas las formas de vida que no atenten contra los principios de la democracia.

A los anteriores argumentos cabe agregar que hoy en día, a mi modo de ver las características básicas (en bastantes sociedades y ordenamientos jurídicos) que diferencian a un matrimonio de una unión de hecho han pasado a ser meramente formales. Primero, porque el matrimonio se contrae; la unión de hecho se tiene⁷⁰. Segundo, porque el matrimonio sólo puede terminar por resolución judicial (salvo, obviamente, en caso de muerte) y la unión de hecho por la mera voluntad de uno o ambos miembros⁷¹. En este

Continuación de la nota ⁶⁹

posibilidad que pueden ejercitar un hombre y una mujer, en cuanto que personas individuales, no en cuanto que miembros de una pareja de hecho. No es la pareja de hecho la que tiene o no tiene posibilidad de acceso al matrimonio, sino los componentes que la forman; posibilidad que siguen teniendo sea cual fuere el sexo de la persona con la que conviven. Por tanto, tener o no una relación de hecho resulta tan irrelevante para la posibilidad de contraer matrimonio, como formar parte de una sociedad gastronómica, o ser socio de un club de fútbol [...] / Así pues, en mi opinión, carece de base este... argumento, utilizado para justificar la discriminación normativa de las uniones homosexuales sobre las heterosexuales, en detrimento de la creación de un estatuto jurídico común para las uniones maritales no matrimoniales. En última instancia, si de algo puede servir el criterio de la posibilidad de acceso al matrimonio, es justamente para el fin contrario al que se pretende; es decir, para favorecer en todo caso a la unión homosexual sobre la heterosexual".

⁷⁰ O sea, para que haya matrimonio debe haber una formalización ante el Estado y para que haya unión de hecho debe haber una situación de convivencia con determinadas características, no necesariamente formalizada ante el derecho.

⁷¹ Esto ha llevado a algunos a hablar del "vaciamiento del contenido institucional del matrimonio", lo que supone concebirlo, no ya como una institución, sino que sólo como un instrumento jurídico que permite conseguir determinados beneficios.

sentido, cabe preguntarse si estas diferencias formales justifican una diferencia de tratamiento que implique la no regulación de las uniones de hecho o su menor protección⁷². Por todo lo dicho, no dudo que la respuesta ha de ser negativa⁷³.

⁷² TALAVERA, Pedro (n. 68), pp. 13 y ss.: "Aquello que las leyes prescriben 'en razón de justicia y equidad' para el matrimonio, ¿no debería ser también aplicado como una 'cuestión de justicia y equidad' a las uniones de hecho estables, cuya realidad es similar, cuando no idéntica, a la matrimonial? / Es decir, cuando nos encontramos con situaciones similares: ¿lo lógico no sería aplicar a las parejas de hecho, al menos en lo fundamental, las previsiones que el Derecho entiende como justas para el matrimonio? ¿Es sostenible que un acto formal, como las nupcias, baste para calificar de distinta manera supuestos existencialmente equivalentes?"

⁷³ Un interesante estudio respecto de la eventual inconstitucionalidad del artículo 102 del *Código Civil*, por contemplar solamente el matrimonio entre un hombre y una mujer, puede encontrarse en VILLAR, Gonzalo, *El matrimonio de personas del mismo sexo en el ordenamiento jurídico de Chile*, en *Gaceta Jurídica* 293 (Santiago, LexisNexis, 2004).

TERCERA PARTE

Derecho de los bienes

ALGUNOS ASPECTOS DE COMUNICABILIDAD ENTRE LOS DERECHOS REALES Y
PERSONALES Y LA TEORÍA DE LA TIPICIDAD CAUSAL DE ESTATUTO COMO
CREADORA DE DERECHOS REALES ATÍPICOS

[Primera parte]

RODRIGO BARCIA LEHMANN*

I. INTRODUCCIÓN

El presente texto analiza dos situaciones excepcionales en torno a los derechos personales y reales. La primera sección se refiere a ciertos efectos reales de los derechos personales y la segunda responde a la pregunta cómo, a través del principio de la autonomía privada, se pueden crear derechos reales atípicos *ex novo*, de forma tal de no generar los inconvenientes que han llevado a la mayoría de los ordenamientos jurídicos a desechar tal posibilidad. De este modo, este artículo intenta explicar los fundamentos en consideración a los cuales es posible que los particulares creen derechos reales; y, a su vez, determinar los límites a la autonomía privada como creadora de derechos reales atípicos¹. Para ello se ha recurrido a la elaborada teoría española que denominaré “de tipicidad causal de estatuto”. Esta teoría se adscribe a la teoría del negocio jurídico, que plantea la regulación de los contratos —en la especie de los derechos reales—, a través de estatutos regulatorios que implícitamente se desprenden de cada ordenamiento jurídico. Así, esta teoría lleva a la configuración de un estatuto regulatorio o marco, aplicable a los derechos reales atípicos, que se desprende básicamente de las normas constitucionales, del *Código Civil* y del *Reglamento del registro conservatorio de bienes raíces*; pero, ello dada la extensión de este trabajo, lo dejaré para un segundo artículo. En resumen, este artículo se ocupa de presentar las distintas teorías frente a la

* Doctor Derecho privado por la Universidad Complutense de Madrid; MBA en Economía y Dirección Internacional de la Empresa por la Universidad Autónoma de Madrid; Ll. M. *European Master in Law and Economics* por las Universidades Complutense y de Hamburgo; Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Talca.

¹ Este artículo está íntimamente ligado a otro que presenté en las Jornadas de Derecho Civil de Valdivia del año 2005; véase: BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *La influencia del Code Civil y del Derecho alemán en el sistema patrimonial chileno: sistema de derechos reales y personales* en VARAS BRAUN, Juan Andrés - TURNER SAELZER, Susan (coordinadores), *Estudio de Derecho Civil: Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Santiago, LexisNexis, 2005), pp. 71-103.