



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE VALPARAÍSO

ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL III

JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL
VALPARAÍSO, 2007

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO
(EDITOR CIENTÍFICO)



LegalPublishing®

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 en una nueva concepción ética a la luz de la cual debe crearse e interpretarse el Derecho de familia. El 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.

DECLARO QUE LA PRESENTE COPIA
CORRESPONDE FIEL DEL DOCUMENTO
QUE HE TENIDO A LA VISTA Y DEVUELVO
AL INTERESADO.

SANTIAGO 18 DIC 2009



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 DIAZ, Elías, *Estado de Derecho y legitimidad democrática*, en CARBONELL, Miquel - OROZCO, Wlstanio - 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, institúan 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: KUMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, *Codificación y constitucionalización del Derecho civil*; y SCHMIDT, Claudia, *La constitucionalización del Derecho de familia*, en MARTINEC, 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*, SELLA, 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, TAMIA, Mauricio, *Constitucionalización del Derecho de familia(s). El caso chileno: las retóricas declarativas constitucionales frente a la lenta evolución social*, en *Revista Chilena de Derecho Privado "Fernando Fuyo Laneri"* 8 (Santiago, Fundación Fuyo, 2007), pp. 155-199.

soluta 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 DIAZ, 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 concordantes 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, qué 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: "Genéricoestructuralmente, 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 parágrafo 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 ¹²

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.; MARTÍNIC, María Dora, *Algunas reflexiones en torno a las uniones de hecho en Chile, en el Derecho comparado y particularmente en el Mercosur*, en GRUSMAN, Cecilia (directora) - HERRERA Mañisa (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, Mariacruz, *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/pi/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 agrego 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 previamente 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 UNDUBRAGA, Verónica, *Interés superior del niño/a y suición 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.