



Hernán Corral Talciani

Abogado. Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Navarra, España. Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de los Andes.

hcorral@uandes.cl

"Matrimonio entre parejas de un mismo sexo", respuestas a Simposio, en *Anuario de Derechos Humanos* (U. de Chile), 2011, pp. 67-83.

- 1. Definición de la familia. Considerando la diversidad de formas que pueden asumir las relaciones afectivas y filiales, ¿qué elementos son definitorios para decidir qué debe ser considerado como una familia? ¿Qué tipos de familia deben ser amparadas por el Estado?**

Es menester evitar que la polisemia de la palabra familia produzca las confusiones habituales entre los que entienden que están hablando de familia en un determinado contexto y otros que intentan usarlo en un contexto diferente. Así se cae en un diálogo de sordos. No es lo mismo definir la familia para efectos de un censo estadístico que para determinar el contenido del derecho de uso y habitación (artículo 815 del Código Civil) o para interpretar el deber del Estado de proteger y fortalecerla (artículo 1º de la Constitución). La pregunta se refiere a un contexto específico y en ella debe buscarse la respuesta: dicho contexto se refiere a qué debe entenderse por familia cuando deseamos otorgar una protección especial y diferenciada a una asociación de personas desde un punto de vista jurídico. Así lo que debiera procurarse es delimitar qué se entenderá por familia para determinar que ella merece un tratamiento especial por el Derecho como una realidad social que produce bienes que son de interés no sólo individual sino público y de modo que se pueda constituir a su alrededor todo un Derecho especial de tutela, al que puede darse el nombre de "Derecho de Familia". En este contexto, la palabra familia asume un contenido preponderantemente axiológico y normativo (del deber ser), no meramente sociológico o fáctico ni tampoco meramente psicológico o afectivo. Si se esclarece así el contexto de significado, pienso que podría haber bastante consenso en que la familia que puede calificarse de "núcleo fundamental de la sociedad" (artículo 1º de la Constitución) o el "elemento natural y fundamental de la sociedad" (artículo 17.1 Convención Americana de Derechos Humanos) es aquella comunidad de personas que se funda en la unión entre hombre y mujer que se comprometen pública y

jurídicamente a compartir la plenitud de sus vidas y establecer así un hogar adecuado para recibir, criar y educar a los hijos.

Otras relaciones de parentesco o de convivencia podrán merecer efectos jurídicos, para evitar abusos o para fines asistenciales, pero eso no significa que sean equiparables al modelo sobre el cual el sistema jurídico incentiva y propone la constitución y desarrollo de la familia, como realidad social fundamental para el bien personal y para el bienestar público.

2. Matrimonio. A partir de los cambios que la institución del matrimonio ha experimentado, ¿cuál es la importancia que todavía tiene el matrimonio en nuestra sociedad? A su juicio, ¿por qué muchas parejas -heterosexuales o del mismo sexo - consideran significativo poder contraer matrimonio?

A pesar de que las reformas legislativas en Chile de las últimas dos décadas en general han debilitado la imagen jurídica del matrimonio como base de la familia, este sigue siendo considerado como la forma ideal o paradigmática para organizar una familia estable y de mejor funcionamiento. La mayoría de las personas que conviven no rechazan el matrimonio por razones ideológicas, sino que muchas veces retardan la decisión de casarse hasta que se sienten preparados psicológica, afectiva o incluso económicamente.

Distinta es la cuestión desde el punto de vista del movimiento de promoción de la homosexualidad. Aquí me gustaría no confundir lo que es el activismo homosexual y sus organizaciones, de lo que son las aspiraciones reales de las personas de tendencia y práctica homosexual: no hay evidencia de que los grupos pro derechos de homosexuales sean realmente representativos de las personas cuyos intereses dicen defender. Para los activistas del movimiento pro-homosexualidad el que se otorgue el estatuto jurídico de la unión matrimonial a las personas del mismo sexo no es más que una forma de obtener una legitimación de las conductas homosexuales en el medio social. No les importa si realmente las personas con inclinaciones homosexuales están interesadas en contraer matrimonio, lo que les interesa es que jurídicamente la relación homosexual sea considerada indiferenciable jurídicamente de la relación heterosexual y así utilizar el poder simbólico de la ley como mecanismo idóneo para cambiar las concepciones éticas o valóricas presentes en la sociedad actual.

3. Causales para distinguir. Las constituciones políticas y los tratados internacionales de derechos humanos consagran el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación. A su juicio, ¿existen situaciones en el ámbito de la regulación del derecho de familia en que proceda distinguir legalmente entre personas homosexuales y heterosexuales? ¿Cuándo y por qué procederían?

Me parece que es necesario no caer en el vicio lógico de la petición de principio. Si se asume como premisa implícita del razonamiento que el comportamiento homosexual no tiene diferencias relevantes desde el punto de vista ético y jurídico con la cópula entre hombre y mujer, entonces la respuesta viene exigida ya en la misma pregunta: cualquier diferencia que haga la ley en todo plano (política, trabajo, educación, familia, filiación, adopción, etc.) vulneraría el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación. Sólo si se parte de la idea de que en realidad no es lo mismo una relación entre personas del mismo sexo que la que pueden mantener personas de sexos complementarios, se hace plausible interrogarse cuándo esa diferencia es relevante para proporcionar un tratamiento jurídico diferenciado y cuando no lo es y se corre el riesgo de incurrir en una vulneración al principio de igualdad ante la ley.

Como individuos y ciudadanos las personas con orientación y comportamiento homosexual tienen la misma dignidad y derechos. Deben ser respetadas y apoyadas si requieren ayuda necesaria para que puedan realizarse del mejor modo posible. Pero en lo que se refiere a la regulación jurídica del ejercicio de la sexualidad, y sobre todo de los modos de constituir y desarrollar una familia, es razonable que existan diferencias en el trato jurídico porque este modo de ejercer la sexualidad no es el que corresponde, no sólo a la mayoría numérica de la población, sino a las necesidades de mantener la especie humana y a las mismas formas anatómicas de los órganos de la generación. Más allá de si sea o no aceptada como una enfermedad actualmente por la mayoría de los miembros de las sociedades médicas, los actos propios de las relaciones homosexuales son anómalos en comparación con la cópula entre varón y mujer, tanto por su forma de realización como por sus posibles resultados en cuanto a la reproducción. Negar esta diferencia o decir que ella no es relevante en ámbitos jurídicos que regulan justamente el ejercicio de la sexualidad, es violar negativamente el principio de igualdad que también ordena tratar de distinto modo casos que son diferentes. De este modo, por ejemplo, hay que cuidar que los menores no sean abusados por parte de personas adultas al ser inducidos a consentir tempranamente en prácticas sodomíticas cuando aun no definen su propia personalidad, y se justifica, como ha dicho el Tribunal Constitucional, una diferencia de penalización por edad de la víctima (sentencia de 4 de enero de 2011, Rol 1683-10). Asimismo, también resulta justificado que no se otorgue a las personas del mismo sexo el estatuto protector del matrimonio como base de la familia, ya que las uniones homosexuales no son capaces por sí mismas de proporcionar los bienes públicos que se esperan y que efectivamente resultan de las uniones matrimoniales. Menos plausible es otorgarles un estatuto cuasi-matrimonial, como se auspicia en los llamados contratos de "unión civil" o "acuerdos de vida en común", porque con ello se discrimina a otras personas que también quisieran vivir juntos, por las razones que sean y cualquiera sea su número, que quedarían fuera de esta nueva institución a medio camino entre la unión de hecho y el matrimonio. Se dice que las uniones homosexuales deben gozar de este estatuto porque se asemejan a la familia matrimonial a diferencia de

las restantes convivencias, pero si fuera así –lo que como hemos dicho no compartimos– entonces no se entiende por qué se les otorga un estatuto de menor densidad jurídica que el matrimonio, incurriendo en una discriminación más visible que la que se pretende remediar. Ni el matrimonio ni la unión civil son justificables para convivencias, como son las constituidas por personas del mismo sexo, que no pueden cumplir las funciones de bien público que se espera de la familia, a la cual atribuimos el carácter de núcleo fundamental de toda sociedad.

Las uniones homosexuales, al igual que cualquier tipo de relaciones del resto de los ciudadanos adultos que no tienen la capacidad o no desean constituir matrimonios, pueden acogerse al estatuto civil del que gozan todas las personas para regular sus intereses en común: contratos, derechos reales, alimentos voluntarios, donaciones, testamentos, etc. Este es el plano de la igualdad donde no hay discriminación, ni por sexo ni por orientación, pero tampoco por número ni por la naturaleza de los afectos (sexuales o amicales) o del interés de vivir en comunidad (que puede ser de la más variada índole: moral, económico, religioso, anárquico, etc.).

Hay varios pronunciamientos de Tribunales Constitucionales que han juzgado que no se vulnera el principio de igualdad y de no discriminación por el hecho de considerar incapaces de contraer matrimonio entre sí a las personas del mismo sexo. El pronunciamiento más reciente es el del Consejo Constitucional francés que sostuvo que “el principio de igualdad no se opone ni a que el legislador regule de manera diferente situaciones diferentes ni a que haga excepción a la igualdad por razones de interés general”, siendo legítimo que estime que “la diferencia de situación entre parejas del mismo sexo y parejas compuestas por un hombre y una mujer puede justificar una diferencia de tratamiento en cuanto a las reglas del derecho de la familia” (sentencia de 28 de enero de 2011). En similar sentido, señalando que no vulnera ni el principio de no discriminación ni el derecho al respeto de la vida privada la decisión de los Estados de no abrir el estatuto matrimonial a las personas del mismo sexo, se pronunció la Corte Europea de Derechos Humanos en sentencia de 24 de junio de 2010 (Kopf y Schalk vs. Austria).

Finalmente, debe considerarse que la Convención Americana de Derechos Humanos, recepcionada en nuestro orden jurídico en virtud del artículo 5 inc. 2º de la Constitución, caracteriza el matrimonio como una unión entre personas de sexo diferente. El artículo 17 reconoce el derecho “del hombre y de la mujer” a contraer matrimonio. Intentar desvirtuar una norma tan clara pretextando que no dice que el matrimonio deba contraerse “entre” un hombre y una mujer, no tiene mayor destino. La misma sentencia de la Corte Europea deja en claro que la norma del artículo 12 de la Convención Europea, de texto equivalente al artículo 17 de la Convención Americana, deja en evidencia que sólo para este derecho se distingue el sexo de los titulares, de modo que la

interpretación de su auténtico sentido no puede ser otra que la diferencia de sexos es constitutiva del derecho a casarse que se garantiza en ella.

- 4. Hijos e hijas. Uno de los puntos de mayor controversia en el debate sobre matrimonio entre parejas del mismo sexo tiene que ver con la filiación y con la posibilidad de que puedan adoptar. Quienes se oponen a esta posibilidad han dicho que las niñas y niños tendrían derecho a crecer en una familia heterosexual pues éstas serían el estándar de "normalidad". Esto puede aplicarse a la tuición de los hijos(as) si los padres se separan y uno de ellos convive con una pareja del mismo sexo o bien a la posibilidad de adopción por parte de parejas del mismo sexo, cualesquiera sea la formalización jurídica de su unión. ¿Existe un derecho a crecer en una familia heterosexual compuesta por padre y madre? ¿Cuáles son los principios que, en el ámbito familiar, es deseable proteger y promover para el desarrollo pleno de niños y niñas? ¿Cree usted que la preferencia sexual de los padres tienen alguna incidencia a la hora de garantizar dichos principios? ¿Estima legítimo privar a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de ser padres o madres reconocidos como tal por el derecho?**

En el tema de la paternidad/maternidad hay que hacer una distinción entre los casos de las parejas de personas del mismo sexo que desean que el Derecho les provea y garantice un niño que sea legalmente su hijo, y los casos en que ese hijo ha sido engendrado por una relación heterosexual que luego se rompe y uno de los progenitores comienza una convivencia con otra persona ahora del mismo sexo.

En el primer caso, hay que partir de la base de que no existe ni puede existir un "derecho al hijo", de modo que no cabe exigir jurídicamente que se produzca una relación de paternidad/maternidad que biológica y naturalmente no es posible. Este derecho no lo tienen ni los heterosexuales ni los homosexuales. Ocupar el instituto de la adopción para lograr esta finalidad es desvirtuar la naturaleza y función de esta delicada figura jurídica. Tanto el Derecho interno como la Convención Internacional de la Haya ponen el acento en que la adopción no puede tener por objeto "dar un hijo a quienes lo desean", sino "brindar una familia al hijo que carece de ella". Ni siquiera las parejas heterosexuales tienen "derecho" a devenir en adoptantes, porque siempre debe cautelarse si esa medida es lo mejor para el menor que será adoptado y por ello se establecen mecanismos para acreditar la idoneidad de los postulantes. Además, siendo el Estado el que intenta remediar la situación de abandono o vulnerabilidad en que se encuentra el hijo en relación con sus padres biológicos, es lógico que sólo constituya una filiación adoptiva cuando se garantice que exista una familia que puede brindarle una crianza lo más semejante a la filiación natural o biológica. Esto no se cumpliría si se otorga la adopción a parejas en las cuales no pueden diferenciarse los roles de paternidad y maternidad, como son las compuestas por personas de un mismo sexo.

En cuanto a los casos de hijos biológicos de una persona que posteriormente instaura una relación homosexual, el Derecho debe considerar a quien atribuir el cuidado personal del menor: si al progenitor que vive solo o tiene un hogar heterosexual o al que en la actualidad mantiene una convivencia con persona del mismo sexo. El conflicto debe ser resuelto conforme a las reglas del Derecho de Familia, y sobre todo viendo caso a caso lo que conviene más al interés superior del menor. No es posible señalar que el progenitor que ha instaurado una convivencia homosexual tenga *per se* una inhabilidad para tener el cuidado del que realmente es hijo suyo. Pero tampoco, en aras de un mal entendido principio de no discriminación por razón de homosexualidad, debe ser considerado de manera preferente y excluyente para gozar de la tuición, porque ello significaría incurrir ahora en una discriminación en contra del progenitor heterosexual. El juez deberá tener como consideración primordial el interés superior del menor y en cuál de los hogares formados por cada uno de sus padres separados encontrará el mejor ámbito afectivo y educativo. Entre estos elementos deberá considerar que la filiación biológica se plasma bajo el rol binario de la paternidad/maternidad y que, dependiendo de la madurez y edad del niño así como el ambiente social que lo rodea, su ubicación en un hogar que carece de esa función binaria puede causarle perjuicios psicológicos y amenazar el desarrollo armónico de su misma personalidad. En suma, más que al interés de los progenitores o de la igualdad de trato entre ellos, lo que debe tenerse en cuenta es el interés superior del hijo.