

REGULACIÓN LEGAL DE LA UNIONES HOMOSEXUALES.

UN CONTRASENTIDO PARA EL DERECHO DE FAMILIA

Hernán Corral Talciani

Profesor de Derecho Civil y Decano

Facultad de Derecho Universidad de los Andes

Escrito publicado en el libro *Estudios jurídicos en homenaje a los profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla y Hugo Rosende Subiabre*, Ediciones Universidad del Desarrollo, Santiago, 2007, pp. 249-264.

1. Propósito del trabajo

Desde hace algún tiempo se viene sintiendo con fuerza la presión del movimiento en pro de la causa “gay”, ya no sólo por erradicar las discriminaciones injustas contra los homosexuales como ciudadanos o por la despenalización de la sodomía consentida entre adultos, sino para que se reconozcan legalmente las uniones entre parejas del mismo sexo

por medio de un estatuto que las asimile o equipare plenamente a las uniones matrimoniales.

La presión ha tenido ciertos resultados en algunos pronunciamientos judiciales de Cortes estatales en los Estados Unidos, en el Parlamento Europeo (Resolución A3-0028/94 de 8 de febrero de 1994), y en algunos ordenamientos jurídicos europeos.

En una primera respuesta favorable se comenzaron a aprobar estatutos especiales para las parejas homosexuales sin equipararlas del todo al matrimonio. Se trata de convivencias registradas o contratos de unión civil reconocidos legalmente. Aparecida esta figura por primera vez en Dinamarca, por ley de 7 de junio de 1989, se extendería luego a varias legislaciones (Noruega: Ley de 30 de abril de 1993; Suecia: ley de 1995; Holanda: ley de 5 de julio de 1997; Bélgica: ley de 23 de noviembre de 1998; Portugal: ley de 1º de julio de 1999; Alemania: ley de 1º de agosto de 2001; Reino Unido: ley de 5 de diciembre de 2005; varios estados de los Estados Unidos de América tienen estatutos legales similares: Vermont por ley de 2000, Connecticut, desde abril de 2005, California, a partir de 2000 con reforma del 2003).

En Francia se reformó el Código Civil en 1999 (ley N° 99-944) para introducir el pacto civil de solidaridad (pacs) que establece un estatuto para las uniones no matrimoniales, ya sean heterosexuales u homosexuales¹. En Suiza después de que varios cantones habían reconocido las uniones homosexuales se sometió a plebiscito una ley que establece una especie de Pacs o unión civil para las parejas del mismo sexo. El plebiscito

¹ La ley también incorporó una regulación para el concubinato, que igualmente puede ser homosexual, pero sus efectos son menos extensivos que los del Pacto Civil de Solidaridad, que resulta una figura intermedia entre el concubinato y el matrimonio (cfr. arts. 515-1 a 515-8 CC). Sobre el Pacto Civil

fue aprobado por el 58% de los votos. La ley entrará en vigor el 1º de enero de 2007. En Latinoamérica existe sólo una legislación local en la Ciudad de Buenos Aires (ley 1.004 de 2002 y Decreto 556 de 2003).

En una segunda etapa, se comienza a otorgar directamente a los homosexuales el derecho a contraer matrimonio, aunque con la restricción de que no puedan adoptar hijos. Así ocurre en Holanda por ley de 1º de abril de 2001 y en Bélgica por ley de 13 de febrero de 2003.

En una cuarta fase se otorga el derecho a contraer matrimonio a las parejas homosexuales sin restricción alguna respecto de la adopción. Es lo que sucede en España, después de que varias legislaciones autonómicas aprobaran leyes de “parejas estables” aplicables a las uniones de personas del mismo sexo (Cataluña, Navarra, Aragón, Valencia, Madrid, Baleares), finalmente se aprueba una reforma al Código Civil para permitir el matrimonio homosexual (Ley 13/2005, de 1º de julio)². Lo mismo sucede en Canadá por ley de 20 de julio de 2005. En Bélgica, la ley de 20 de junio de 2006 suprimió la restricción de los matrimonios homosexuales respecto de la adopción. En Suecia, aunque aún persiste el estatuto de unión civil para los homosexuales, se les ha ido progresivamente otorgando todos los derechos de las personas casadas, incluida la adopción y, desde el 2005, el acceso a la fecundación *in vitro* para parejas lésbicas.

En Estados Unidos la cuestión ha sido altamente polémica. La presión de las agrupaciones pro derechos de los homosexuales ha tenido resultados en las Cortes

de Solidaridad francés puede verse el artículo de Michel Grimaldi “El Pacto Civil de Solidaridad en el Derecho francés”, publicado en Revista Chilena de Derecho Privado 3, 2004, pp. 69 y ss.

² La ley modificó el Código Civil para establecer que “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo” (art. 44 inc. 2º CC).

Supremas de algunos estados de la Unión que han declarado inconstitucional la negativa de acceso al matrimonio para los homosexuales. En este sentido se pronunciaron las Cortes Supremas de Hawai (1993), Alaska (1996) y Vermont (1999). Para impedir los efectos de estas sentencias que no representaban el sentir mayoritario de la ciudadanía se enmendaron las Constituciones de Hawai y Alaska para aclarar que el matrimonio exige la heterosexualidad. En Vermont se dictó una ley de unión civil. En 2003, la Corte Suprema del estado de Massachusetts declaró que las leyes que impiden el matrimonio homosexual eran inconstitucionales. Frente a una consulta la Corte estimó que la objeción de constitucionalidad no se solucionaba por una legislación de unión civil al estilo de Vermont, tras lo cual se debió aprobar por ley de 17 de mayo de 2004 el matrimonio entre homosexuales. El Presidente Bush y amplios sectores de la nación norteamericana han reaccionado contra esta tendencia, propiciando la reforma de la Constitución Federal para preservar la identidad heterosexual del matrimonio en los Estados Unidos.

Chile no estado ausente de este debate, el que probablemente se intensificará en el corto tiempo. Si bien es cierto en la Ley de Matrimonio Civil, Ley N° 19.947, de 2004, el legislador tuvo bien cuidado de mantener la definición de matrimonio del art. 102 del Código Civil (que lo conceptualiza como el contrato entre un hombre y una mujer) y de condicionar expresamente el reconocimiento de un matrimonio celebrado en el extranjero a que se trate de una unión entre un hombre y una mujer (art. 80 LMC), hay voces que se han manifestado partidarias de la conveniencia de legislar en materia de uniones

homosexuales a lo menos para darles protección respecto de sus efectos patrimoniales³. No ha faltado tampoco quien sostenga que los conceptos de hombre y mujer del art. 102 deben ser reinterpretados bajo la óptica de la teoría de género y que el impedimento de los homosexuales para contraer matrimonio puede ser objeto de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad⁴.

El debate público sobre el reconocimiento legal de este tipo de convivencias suele estar oscurecido por la agresión ideológica de los interesados, hasta el punto de que casi no es posible sostener la posición negativa al reconocimiento de las uniones homosexuales sin tener que padecer inmediatamente las descalificaciones de “homofóbico” o incluso de estar reprimiendo un miedo oculto a la homosexualidad que se teme autoasumir. Cuando más, la mayoría de los que intentan oponerse invocan argumentos de mera prudencia política, del tipo de “la sociedad chilena aún no está preparada para un paso de esta naturaleza” o “el país es aún demasiado conservador”. Con lo cual, si bien encuentran un pretexto para rehuir momentáneamente una definición favorable, en el fondo conceden lo esencial: esto es, que la legalización de las uniones homosexuales es signo de progreso y de avance social. Este tipo de posiciones termina, entonces, por inclinarse hacia el reconocimiento de las parejas de personas del mismo

³ Existe un Proyecto de Ley de Fomento de la No Discriminación y Contratos de Unión Civil entre Personas del Mismo Sexo que fue presentado el 10 de julio de 2003 en la Cámara de Diputados por los diputados Enrique Accorsi, Gabriel Ascensio, Víctor Barrueto, Patricio Hales, Antonio Leal, Osvaldo Palma, Fulvio Rossi, María Antonieta Saa, Carolina Tohá y Ximena Vidal (Boletín N° 3283-18). En la nueva legislatura iniciada el 2006, los diputados Enrique Accorsi, Ramón Farías, Carlos Montes, Adriana Muñoz, Laura Soto y Ximena Vidal son autores de una moción que propone un proyecto de ley que regula las uniones de hecho (Boletín N° 4153-18), pero se trata de uniones que exigen la heterosexualidad. A la fecha en que se escriben estas líneas, los medios de prensa han dado a conocer que el Gobierno estaría estudiando un proyecto de unión civil para las parejas homosexuales preparado por abogados de la Universidad de Chile y Universidad Diego Portales en conjunto con el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Movilh): cfr. El Mercurio, Santiago de Chile, 20 de septiembre de 2006, C, p. 7.

sexo con un estatuto como unión de hecho o pacto de unión civil. Se piensa que con ello se logran dos objetivos: evitar el matrimonio homosexual por un lado y, por otro, dejando contentos a los sectores militantes del movimiento “gay”.

Estamos convencidos que no es esta una buena solución, y que contrariamente a lo pretendido no deja contento a nadie. Tampoco a los movimientos pro “liberación homosexual” que, con fundamento, podrán reclamar que no entiende por qué se les conceden algunos derechos familiares y se les niegan otros, si se parte de la premisa de que no hay razones de fondo para oponerse a la legitimidad de sus convivencias.

Por el contrario, pensamos que el reconocimiento de este tipo de uniones lejos de representar un progreso social, constituye un retroceso en todo lo que se ha avanzado en cuanto a protección de la familia y del interés superior de los hijos.

En este escrito, nos proponemos ofrecer una síntesis de las razones ético-jurídicas de fondo por las cuales puede sostenerse que no es necesario ni conveniente que se otorgue un estatuto legal específico a las convivencias de connotación sexual formadas por personas del mismo sexo, sea este el estatuto matrimonial completo o uno paramatrimonial fragmentario (unión civil).

⁴ Así VILLAR BORDONES, GONZALO, “El matrimonio de personas del mismo sexo en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Gaceta Jurídica* N° 293, 2004, pp. 21 y ss., especialmente pp. 28-30-

2. Dos ideas medulares

Nos parece conveniente partir de dos ideas centrales, sin las cuales a nuestro juicio todo este arduo problema amenaza con permanecer en la penumbra y para solucionarlo se incurre, o en un positivismo normativista (“es justo lo que dice la ley publicada en el Diario Oficial”) o en un positivismo sociológico (“es justo todo lo que se da de hecho en la realidad social”).

La primera idea es que el Derecho de Familia es una forma de orden legal privilegiado que se desmarca del régimen común justamente por ocuparse de una institución socialmente deseable: la familia.

La segunda idea consiste en determinar si la inclinación y la conducta homosexual son realidades moral y jurídicamente indiferentes, indistinguibles de las relaciones entre hombre y mujer o, por el contrario, revelan un comportamiento anormal, disfuncional, ya sea reprochable o no subjetivamente, pero en todo caso no calificable como positivo para el desarrollo de las personas y de la sociedad en general.

Se trata por tanto de dos valoraciones que se deben hacer necesariamente tanto por los que postulan la necesidad y conveniencia de regular este tipo de uniones, como por aquellos que pensamos en que no existe tal necesidad ni conveniencia. No basta con argumentar que son situaciones que se dan en la realidad social, y que el Derecho debe seguir siempre el cambio social. Todos comprendemos que no todo lo que ocurre socialmente debe ser protegido, fomentado o reconocido por la ley civil. El legislador

deberá tomar en cuenta la realidad social a los efectos de dictar una normativa, pero inevitablemente debe adoptar previamente un juicio de valor sobre ella. Si el juicio de valor es favorable tenderá a reconocerla y a protegerla; en cambio si la valoración es negativa (como sucede, por ejemplo, con lacras sociales como la violencia intraconyugal el maltrato infantil, el tabaquismo, la adicción a las drogas, el suicidio adolescente) debe adoptar otro tipo de decisiones regulativas o, en el peor de los casos, optará por abstenerse de regular, al entender que más vale tolerar que castigar un comportamiento social cuya represión causaría mayores males⁵.

3. Justificación del Derecho de Familia: Discriminación positiva de la familia

La primera idea que deseamos desarrollar para sustentar nuestro rechazo a la regulación legal de las uniones homosexuales, se refiere a la naturaleza y finalidad de la legislación familiar. Entendemos que el Derecho de Familia es una parte especial del sistema jurídico que tiene una precisa finalidad justificadora. Esta finalidad no es otra que la de promover, incentivar y favorecer una realidad prelegal: la familia; familia que debe ser comprendida como la comunidad social básica e indispensable para la realización de la persona humana femenina y masculina y para la procreación y socialización de los hijos.

Las leyes de familia no pueden constituir un orden neutral respecto de cualquier tipo de agrupaciones, con o sin connotación sexual, que se conforman en una

⁵ Siguiendo en esto la prudencia legislativa que ya aconsejaba Santo Tomás de Aquino, *S. Th.* I-II,

determinada sociedad o en una determinada época. El Derecho de Familia no es un Derecho de asociaciones ni un Derecho de individuos, es un Derecho cuya existencia se justifica por la necesidad de regular y apoyar de un modo especial a una específica comunidad humana. En este sentido, es un Derecho que, al delimitar su objeto de regulación y promoción, establece una “discriminación”, pero una discriminación positiva, es decir, no arbitraria sino perfectamente razonable y justa.

Las demás agrupaciones humanas de cualquier tipo que sean, salvo aquellas que sean consideradas ilícitas o punibles, pueden regirse por las reglas y ocupar los instrumentos del Derecho privado común.

Como señala Navarro Valls, el modelo matrimonial de Occidente “no pretende la protección de simples relaciones asistenciales, amicales o sexuales; lo que pretende es, además, un estilo de vida que asegura la estabilidad social y el recambio y educación de las generaciones. De ahí que si dos homosexuales desean cautelarse en sus relaciones, no sea el camino correcto el equipararlas al matrimonio, sino recurrir a otras vías; por ejemplo, diseñar una convención privada en la que se prevea el funcionamiento material de la unión y las reglas económicas en caso de ruptura; recurrir a la figura de la sociedad de hecho o, en caso de indefensión, al enriquecimiento sin causa”⁶.

En nuestro Derecho la figura de la comunidad convencional podría ser utilizada por estas u otras personas que desean convivir y compartir los bienes materiales que constituyen el hogar o patrimonio común. Nada impide tampoco que puedan celebrar algún tipo de sociedad si concurren los requisitos propios de este contrato. También está

q. 96, a 2, corpus y ad 2.

disponible el testamento como forma de distribución de bienes después de muerte en todo lo que la ley admite como porción de libre disposición.

Que no se arguya en contra que organizarse de este modo requiere consejo o asesoría legal que no resulta accesible a todas las personas. Por un lado, hemos de suponer que si hay bienes que distribuir los hay también para costear consejo profesional, al igual que hacen todas las personas. Por otro lado, siempre están disponibles las Corporaciones de Asistencia Judicial que tienen el deber de asistir legalmente a las personas que no cuentan con recursos disponibles. De allí que la falta de abogado para no recurrir al derecho común, se revele más como un pretexto que como un argumento de peso en contra de la tesis que niega la necesidad de establecer un estatuto protector a las convivencias homosexuales similar al de la familia matrimonial.

4. La homosexualidad como trastorno o anomalía

La segunda idea en que se funda nuestra oposición a la regulación legal de las uniones homosexuales, es que la actividad sexual, como todo comportamiento humano, es susceptible de una valoración y calificación ética o moral, e incluso, en algunos casos, de una calificación jurídica (en el sentido no de legal o ilegal, sino de justo o injusto, o si se quiere legítimo o ilegítimo). En el lenguaje actual podríamos hablar de conductas sexuales conformes a la dignidad humana (justas, adecuadas a su naturaleza) y

⁶ NAVARRO-VALLS, RAFAEL, *Matrimonio y derecho*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 106.

conductas sexuales que contradicen o rebajan esa dignidad (injustas o contrarias a la naturaleza humana).

No toda práctica del sexo es buena y provechosa para la felicidad de las personas y para bienestar social. Por lo tanto la ética, y el Derecho que si bien no se identifica con ella se funda en sus valoraciones previas para regular las relaciones sociales, no pueden mantenerse indiferentes frente a las diversas manifestaciones de la actividad sexual de los seres humanos. Habrá formas de ejercicio de la sexualidad o uniones que por ser gravemente injustas o indignas, deberán ser proscritas, declaradas ilícitas o incluso sancionadas penalmente: así, una convivencia incestuosa, una que incluya menores de edad cuyo consentimiento no es relevante sexualmente, una relación pedófila o una unión en que alguna de las partes incurra en bigamia.

La prudencia política, de acuerdo con las circunstancias de una determinada sociedad, puede recomendar que algunas de estas formas injustas o indignas de ejercer la sexualidad no sean punibles y sean objeto de una propia tolerancia legal: es lo que sucede con la prostitución, con el adulterio y con el concubinato. En algunos casos podrán darse reglas particulares para paliar las injusticias que se generan en estas relaciones y para proteger a los más débiles.

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, 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. Ese compromiso lo

llamamos matrimonio, pero la denominación no es lo importante. Lo importante es el concepto: no basta la convivencia ni el mero afecto para constituirlo, sino el vínculo jurídico que nace de la promesa de entrega del hombre y la mujer como cónyuges. Es un amor: sí, pero un amor que pasa a ser debido en justicia por causa de la promesa matrimonial.

Pues bien, estamos entre aquellos que piensan que la homosexualidad es una forma de ejercicio del sexo que objetivamente no se condice con la dignidad humana. Hasta desde el punto biológico o anatómico es posible inferir su contrariedad con la realidad de la naturaleza humana que está constituida por dos sexos diferentes, masculino y femenino, llamados a complementarse. Sin ánimo de estigmatizar ni ofender a nadie — porque sólo Dios puede penetrar en las conciencias y juzgar las intenciones —, una lealtad básica con la verdad nos impele a sostener lo que hasta hace poco era una evidencia de sentido común, vale decir, que los actos de sodomía no son una forma natural de usar el sexo, sino manifestaciones de un desorden, desviación o anomalía en el ejercicio de la sexualidad⁷. Como señala el profesor chileno Armando Roa: “el concepto de sexo en el hombre apunta a la existencia de atractivo por un sexo de signo distinto, cuya complementación y fusión en lo biológico y en lo anímico es una íntima aspiración personal. Si el contacto de lo mismo con lo mismo en el sexo fuera tan normal como el contacto de lo mismo con lo otro (masculino y femenino), no se ve la necesidad de los sexos, salvo para la reproducción, sabiéndose que es posible por medios diversos y por lo

⁷ La tradición judía y cristiana, plasmada en las Sagradas Escrituras, es clara respecto de este juicio moral sobre las conductas homosexuales. Pero esta conclusión no es exclusiva del pensamiento judeo-cristiano. La filosofía griega precristiana llegaba a la misma conclusión, ya sea considerando la homosexualidad como vicio o como incontinencia reprochable: Platón, *Giorgias* 494 e; *Las leyes* 636 c;

tanto no es tal vez lo esencial en la diferenciación de los sexos. Es verosímil más bien, que la existencia de sexos y su conquista sea un camino para obligar a los individuos a diversificarse, crear lenguajes amorios y dar lo mejor de sí”. Continúa señalando este autor que “En todo caso si en el hombre es normal la posibilidad de trascender al cuerpo y al alma de alguien diverso de sí mismo, como diversa es la persona del otro sexo, no puede estimarse normal la imposibilidad de trascender, como ocurre en los homosexuales, o el trascender a medias como ocurre en los bisexuales. Es una capacidad menos, un mundo que queda desconocido, aun cuando no se le desee ni se le estime, según afirman los homosexuales, pues lo último se debe no a conformidad con su propio estado, sino a desconocimiento o agnosia del otro sexo; nadie desea ni sufre por lo que no conoce, salvo que al igual de la ceguera o la sordera, se trate de una traba importante para los quehaceres directos de la vida cotidiana”⁸.

Las inclinaciones que conducen a la realización de actos homosexuales son también disfuncionales respecto de una sana conformación y desarrollo de la personalidad humana. Esta calificación es objetiva y no prejuzga sobre la culpabilidad o reprochabilidad individual que puede atribuirse a quienes padecen estas inclinaciones o se dejan arrastrar por ellas. No se nos escapa que la homosexualidad, como otras desviaciones o anomalías sexuales, no siempre obedece a vicios morales o a una corrupción de las costumbres, y en muchas ocasiones puede ser el resultado involuntario

Aristóteles, *Ética a Nicómaco* 1148 b 28-31. Cfr. Finnis, John, “Law, morality and ‘sexual orientation’”, en *Notre Dame Law Review*, 69, 1994, pp. 1063 y ss.

⁸ ROA, ARMANDO, *Nueva visión de las enfermedades mentales. Disfrenias, personalidades paranormales, homosexualidad. Crítica al DSM III*, Editorial Universitaria, Santiago, 1984, pp. 16-17. Agrega que si bien cuando se habla con miembros de la comunidad “gay” se experimenta la sensación de encontrarse con personas excitadas en defensa de sus derechos, la respuesta casi unánime de ellos a la

o fuertemente compulsivo de factores psicobiológicos que pueden disminuir o incluso suprimir la libertad y, por tanto, la imputabilidad moral. Pero la ausencia de reproche moral de la persona que la padece no puede llevar a legitimar y regular legalmente una conducta que es en sí objetivamente ilegítima y cuyo fomento y proliferación resultan contrarios a los intereses de la sociedad.

La presión del movimiento “gay” y de los medios de prensa supuestamente liberales han llevado a la *American Psychiatry Association* a suprimir como trastorno de la salud mental a la homosexualidad que es asumida con agrado y sin angustias por el sujeto afectado por ella (el llamado homosexual egosintónico, en contraste con el homosexual egosdítico que sufre un desagrado o repulsión ante su inclinación por personas del mismo sexo)⁹. Lo cierto, sin embargo, es que, salvo en los casos de activistas militantes, un gran porcentaje de los homosexuales necesita ayuda psicológica. Como señala el psiquiatra chileno Armando Roa el criterio utilizado por la clasificación de la organización norteamericana en el sentido de excluir como necesitado de atención al homosexual que se siente normal no es consistente con lo que sucede con otros males psíquicos en los cuales el afectado tampoco se reconoce como un enfermo: “con ese modo de pensar, lógicamente habría de creerse también que los maníacos, felices con su alegría desorbitada, son normales, y quizás si deberían estimarse normales una serie de conductas con las cuales gozan sus autores y que la mayoría de los seres humanos no

pregunta de cómo desearían que fuese la orientación sexual de sus hijos es que desearían que fueran heterosexuales.

⁹ La homosexualidad es suprimida como trastorno de la salud mental en 1973 con la tercera edición del Manual Diagnóstico y Estadístico de Trastornos de la Salud Mental (DMS-III).

trepida en ubicar entre lo patológico.— A nuestro parecer, el diagnóstico psiquiátrico lo hace el clínico y no el supuesto enfermo o normal”¹⁰.

La experiencia del psicólogo Gerard J.M. van den Aardweg tratando a numerosas personas homosexuales lo ha llevado a descartar las teorías que piensan que la homosexualidad es una condición personal innata, quizás derivada de factores genéticos, y por tanto irreversible. Levantándose contra la inmensa y arrolladora propaganda del movimiento “gay”, comprueba que la homosexualidad está lejos de ser una forma normal de ejercer la sexualidad, y postula que puede caracterizarse como un trastorno psicológico; específicamente como un tipo de neurosis basada en un complejo de inferioridad y en un sentimiento enfermizo de autocompasión, normalmente desarrollado en la infancia y la adolescencia. Con ello, revela van den Aardweg que la persona homosexual no debe ser abandonada por la medicina y que esta debe y puede procurar alivio e incluso una recuperación para este tipo de trastornos, dependiendo del tratamiento y de la voluntad y compromiso del paciente: “En mi opinión — señala el estudioso—, cualquiera que intente acercarse de modo imparcial a las publicaciones de investigación fisiológica y psicológica disponible tendrá que admitir que la mejor interpretación de la homosexualidad es la que la considera como una variante de la neurosis. De hecho, hoy en día, parece que unos pocos sociólogos y cultivadores de otras ciencias humanas admiten esta conclusión, que es ignorada casi del todo por la opinión pública, lo que se debe a las predominantes tendencias prohomosexuales libertarias, que censuran los puntos de vista no deseados. Esto es lamentable y paradójico a la vez, ya que

¹⁰ ROA, A., ob. cit., pp. 15 y 26.

es precisamente en estas últimas décadas cuando la actitud fatalista (acerca de la imposibilidad de cambio en la homosexualidad) ha sido más injustificada que nunca”¹¹.

Reflejando una personalidad patológica o en todo caso un trastorno o anormalidad psicológica en muchos casos, la convivencia homosexual podrá ser tolerada por el ordenamiento jurídico, de manera que éste ya no penalice las relaciones sodomíticas (en Chile se despenalizó la sodomía en 1998). Sus integrantes podrán ocupar las reglas e instrumentos con que cuentan todos los ciudadanos para regular sus intereses o empresas colectivas. Pero no pueden esperar —no sería justo— que la ley civil les otorgue el trato preferencial que corresponde a la unión heterosexual ni a la familia fundada en el matrimonio, que está llamado a cumplir funciones sociales de tanta magnitud y relevancia¹².

5. La “unión civil”: ¿una salida para un problema insoluble?

¹¹ VAN DEN AARDWEG, GERARD, *Homosexualidad y esperanza. Terapia y curación en la experiencia de un psicólogo*, trad. Joaquín Torrents, Eunsa, 3ª edic., Pamplona, 2004, pp. 73-74.

¹² En este sentido señala el Documento de Congregación para la Doctrina de la Fe “Consideraciones acerca de los proyectos de reconocimiento de las uniones homosexuales” de 3 de junio de 2003: “Es falso el argumento según el cual la legalización de las uniones homosexuales sería necesaria para evitar que los homosexuales que conviven, por el simple hecho de su convivencia, pierdan el efectivo reconocimiento de los derechos comunes que tienen en cuanto personas y ciudadanos. En realidad, como todos los ciudadanos, también ellos, gracias a su autonomía privada, pueden siempre recurrir al derecho común para obtener la tutela de situaciones jurídicas de interés recíproco. Por el contrario, constituye una grave injusticia sacrificar el bien común y el derecho de la familia con el fin de obtener bienes que pueden y deben ser garantizados por vías que no dañen a la generalidad del cuerpo social” (nº 9). El texto puede consultarse en *Ius publicum* N° 13, 2004, pp. 235-241.

Las razones aducidas, a saber, la especificidad del Derecho de Familia y la anormalidad de las conductas homosexuales, sustentan no sólo la posición que niega a la convivencia entre homosexuales un estatuto completo del matrimonio civil, sino también la de aquellos que piensan en la conveniencia de establecer un estatuto matrimonial parcial o particularizado, llamado “ley de parejas estables”, “convivencia registradas” o “contrato de unión civil”.

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 le corresponde, y se le 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.

Se incurre en la paradoja de que en este caso no puede explicarse satisfactoriamente por qué si se les otorgan los derechos fundamentales del matrimonio no se les quiere otorgar esa plena calificación jurídica¹³. Esta incoherencia se resuelve finalmente en el otorgamiento del estatuto del matrimonio, como ha sucedido recientemente en la mayor parte de los estados que han reconocido el matrimonio homosexual: España, Canadá, Holanda y Bélgica.

¹³ Incluso se ha criticado la fórmula de las uniones civiles o pactos civiles de solidaridad, por parte de quienes piensan que debe otorgarse un estatuto regulatorio para las uniones homosexuales. Véase, por ejemplo, la posición expresada por ROCA TRÍAS, ENCARNA, *Familia y cambio social. (De la “casa” a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999, p. 126: “Cualquiera sea la opción que se tome, se debe contemplar la unión estable entre homosexuales de forma directa. Es decir, no puede mixtificarse una unión de este tipo. Escondiéndola detrás de vergonzantes ‘pactos civiles de solidaridad’ o ‘contratos de unión civil’ que parten de convivencias asexuadas. La mejor política es aquella que reconoce directamente la situación, la identifica, la asume o no y si lo hace, le proporciona un marco legal de funcionamiento claro, para evitar problemas de aplicación”.

Por ello las agrupaciones de activistas “gay” sostienen primeramente que sólo desean un estatuto de carácter patrimoniales. Pero conseguido ello, las demandas se intensifican para lograr efectos personales, entre los que destaca la adopción. Obtenido también esto, acaban demandando el término total de la discriminación entre uniones de hecho legalizadas o pactos de unión civil para que la ley les otorgue derechamente al estatuto matrimonial a las parejas homosexuales¹⁴.

En contra se suele aducir la experiencia de Francia que ha aprobado sólo el concubinato y la unión civil homosexuales, a través de los PACS. La cuestión está por verse porque esa legalización, que data sólo de 1999, no ha acallado las voces de quienes quieren que se reconozca derechamente el matrimonio entre homosexuales¹⁵. De hecho en la sesión del 30 de junio de 2006, se presentó en el Senado francés una propuesta de Ley que pretende abrir el matrimonio a las parejas del mismo sexo¹⁶.

¹⁴ Señala TAPIA RODRÍGUEZ, MAURICIO, *Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pp. 117-118 la problemática de las uniones de hecho homosexuales es bien diversa del concubinato o unión de hecho heterosexual. Mientras estas últimas pretenden escapar del compromiso matrimonial, las parejas homosexuales “buscan precisamente lo contrario, esto es, el reconocimiento de una forma de unión o matrimonio en su favor, al que la ley les prohíbe todo acceso (art. 102 CC), para aprovecharse de sus ventajas personales y patrimoniales (incluso, eventualmente, acceder a la procreación asistida o a la adopción), pero también para conseguir una mayor legitimación social”. Efectivamente, este es el objetivo final de sus pretensiones: que se legitime, mediante el empleo de la ley civil, la actividad y convivencia homosexual de modo que no haya diferencia de tratos entre uniones homosexuales y uniones heterosexuales. Se aprecia, en consecuencia, que el modelo de unión civil es un objetivo meramente táctico y de transición en la lucha por conseguir esa plena equiparación que otorgará la legitimación plena pretendida.

¹⁵ Como señala GRIMALDI, M., ob. cit., p. 72, la figura del Pacs curiosamente pretende responder a las demandas de las parejas heterosexuales que pudiendo casarse no quieren hacerlo, y a la demanda de homosexuales que quisieran casarse pero no pueden contraer matrimonio. Si esa es la demanda de los homosexuales es lógico que ella no se sienta satisfecha por este estatuto intermedio sino incentivada para avanzar aún más. El mismo autor deja abierta la interrogante sobre si el Pac anuncia un futuro matrimonial homosexual. Sólo la consideración del interés del hijo que, en la Francia del 2002, “no se puede razonablemente excluir que... sufra” (p. 82) permite al autor sugerir prudencia al legislador. ¿Pensará lo mismo de la Francia del 2006?

¹⁶ Proposición de varios senadores encabezados por el senador Roger Madec, proyecto anexo al acta de la sesión de 30 de junio de 2006: www.senat.fr/leg/pp105-442.html (consulta: 15 de septiembre de 2006).

Se dice a veces que se quiere sólo otorgar efectos patrimoniales a la convivencia. Ya hemos dicho que para ello no es necesario configurar un estatuto legal para las parejas homosexuales, ya que basta con poner a su alcance los instrumentos propios del Derecho privado común: comunidad convencional, sociedad contractual, sociedad de hecho y otros por el estilo. Se añaden que se desea que la convivencia sea favorecida con beneficios previsionales, como prestaciones de salud y pensiones de sobrevivencia en caso de muerte o accidentes del trabajo, pero aquí ya no se trata sólo de efectos patrimoniales, sino de seguridad social que corresponden a los cónyuges en razón de la preferencia constitucional que se da a la familia matrimonial.

Si se establecen reglas especiales en cuanto a adquisición y división de bienes comunes y a beneficios previsionales típicos del matrimonio a las convivencia homosexuales, se estará discriminando a otros tipos de convivencias que pueden presentar idénticas necesidades de asistencia y que conforman un hogar común, sin ser parejas homosexuales ni heterosexuales. Por ejemplo, convivencias blancas, amicales o fraternales: dos mujeres solteras que han resuelto ayudarse y pasar su vejez en común; tres hermanos unos solteros, otro viudo que se unen para sacar una casa en conjunto, abuelos con sus nietos; tías solteronas con una sobrina que las cuida, etc., etc., los ejemplos podrían multiplicarse. ¿Cuál sería la razón – si no se quiere ver el matrimonio como elemento justificador de la preferencia legal— que autorizaría que los compañeros homosexuales puedan por una unión civil gozar de privilegios como ser carga familiar o tener una pensión de sobrevivencia y no lo puedan hacer los compañeros no sexuales pero que cumplen los mismos estándares de afectividad, vida común, hogar estable, etc.?

La única explicación es que, en verdad, no se quiere sólo otorgar efectos patrimoniales a las uniones homosexuales sino erigirlas en instituciones familiares homologables al matrimonio y a la familia que se funda en éste.

De lo contrario bastaría con establecer la posibilidad legal de que se designe a un tercero como posible beneficiario de pensiones previsionales o planes de salud, pero sin condicionarlo a que se trate de alguien que integre una convivencia homosexual¹⁷.

6. Distorsión completa del Derecho de Familia

La legitimación de las uniones homosexuales, ya sea como uniones de hecho legalizadas o como matrimonios, produce una convulsión completa del Derecho de Familia que deja de interesarse por las relaciones normales y por la familia como célula fundamental de la sociedad, para asumir la faz de un instrumento ideológico útil para trastocar los valores, la moral y las costumbres de la población.

En este sentido, se ha advertido que un reconocimiento de las uniones homosexuales sería contraproducente respecto del Derecho de Familia que se interesa por la función social que desarrollan las uniones heterosexuales al permitir la procreación y constituir un ámbito adecuado para el desarrollo, crecimiento y socialización de nuevos seres humanos. No basta para reclamar ser incluidos dentro de los grupos protegidos la

¹⁷ Agradezco la sugerencia que me hiciera el profesor Pablo Rodríguez Grez sobre esta posible solución igualitaria al problema asistencial.

afectividad o voluntad subjetiva de los partícipes de una asociación: “... ese deseo no justifica el reconocimiento y la protección de la sociedad a través del Derecho (como tampoco justificaría el reconocimiento y la protección jurídica, mediante un régimen normativo específico, de la amistad)... La unión homosexual es un caso de relación afectiva con contenido sexual, pero sin consecuencias sociales relevantes derivadas de su propia naturaleza. Desde este punto de vista, no interesa a la sociedad, ni tampoco al Derecho. Es más, el interés estaría, en todo caso, en desincentivarlas, por su evidente disfuncionalidad”¹⁸

Pueden verse algunas de las consecuencias insospechadas de la legislación permisiva en las recientes órdenes del gobierno español de reemplazar las denominaciones de marido y mujer por las de “cónyuge A” y “cónyuge B” (Orden del Ministerio de Justicia de 8 de febrero de 2006) y las de padre y madre por las de “progenitor A” y “progenitor B”(Orden del Ministerio de Justicia de 6 de marzo de 2006). Un Derecho de Familia sin marido y mujer ni padre ni madre es un verdadero contrasentido.

7. Conclusión: ayudar a los homosexuales sin engañarles

¹⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, CARLOS, *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*, Rialp, Madrid, 1996, p. 168.

Nuestra conclusión es clara: si queremos ayudar a las personas que padecen de inclinaciones homosexuales, debemos hacer esfuerzos por no engañarlas legitimando, mediante un “blanqueo legal”, lo que no está conforme a las dictados de la ética social, del sentido común y la razón.

La misma dignidad humana de la persona homosexual nos impone el imperativo de respetarlos también haciéndoles ver la nobleza de los valores éticos que a todos nos humanizan, independiente de las miserias, limitaciones y cargas que unos y otros debemos ayudarnos a sobrellevar.

Pero el deber de respeto a cada uno de los homosexuales, a su intrínseca e inviolable dignidad o la compasión o tolerancia que nos deban inspirar sus acciones, no puede conducirnos al despeñadero de desnaturalizar todo el Derecho de Familia para erigirlo en un instrumento de menoscabo y desprotección para la familia fundada en el compromiso matrimonial. Es esta, y sólo esta, la que, pese a todo, seguirá siendo la base sobre la que puede lograrse la mejor felicidad de las personas y de los pueblos.

En Santiago, a 22 de septiembre de 2006