

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL

DISCRIMINACION POR ORIENTACION SEXUAL.

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

CAROLINA MARCELA FLORES MARTINEZ.

VIRGINIA ANDREA VEGA DIAZ.

Profesor guía: Maricruz Gómez de la Torre Vargas

Santiago, Chile 2004

INTRODUCCION .	1
CAPITULO PRIMERO. HACIA UN CONCEPTO DE PERSONA .	3
1.1. MARCO TEORICO ACERCA DE LA DISCRIMINACION POR ORIENTACION SEXUAL .	3
1.2. PERSONA .	13
1.2.1. Noción de persona en Hegel .	16
1.2.2. Persona y Sociedad . .	20
1.2.3. Del sujeto o los modos de sujeción en Michel Foucault .	24
CAPITULO SEGUNDO. SEXUALIDAD Y LIBERTAD SEXUAL .	31
2.1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE SEXUALIDAD EN FOUCAULT .	31
2.2. LIBERTAD SEXUAL .	37
CAPITULO TERCERO. DISCRIMINACION POR ORIENTACION SEXUAL .	39
3.1. DISCRIMINACIÓN PROPIAMENTE TAL .	39
3.2. TRATAMIENTO JURÍDICO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN NUESTRO DERECHO INTERNO . .	42
3.2.1. El principio de igualdad en la Constitución chilena . .	43
3.3. MARCO INTERNACIONAL RESPECTO DE LA NO DISCRIMINACIÓN .	47
3.3.1. La igualdad ante la Ley en Instrumentos Internacionales . .	49
3.3.2. Inviolabilidad a la vida privada . .	50
CAPITULO CUARTO. UNIONES HOMOSEXUALES . .	53
4.1. EL DERECHO DE FAMILIA ANTE LA PAREJA HOMOSEXUAL . .	53
4.2. MATRIMONIO .	54
4.3. TIPOS DE FAMILIA . .	55
4.4. UNIONES DE HECHO . .	56
4.4.1. Importancia de la orientación sexual de la pareja en las uniones de hecho .	60
4.5 RECONOCIMIENTO LEGAL DE LA PAREJA HOMOSEXUAL EN EL DERECHO COMPARADO .	62
4.5.1. Países nórdicos . .	64

4.5.2. América del Norte .	72
4.5.3. La pareja homosexual en América del Sur .	73
4.6 CONSIDERACIONES FINALES EN TORNO A LAS UNIONES DE HECHO HOMOSEXUALES .	77
CAPITULO QUINTO. LA TRANSEXUALIDAD . .	79
5.1 ENFOQUE ESTÁTICO Y DINÁMICO SOBRE EL SEXO .	79
5.2. Sexo biológico y psico-social . .	81
5.3. DIFERENCIA ENTRE TRANSEXUALIDAD E INTERSEXUALIDAD, TRAVESTISMO Y HOMOSEXUALIDAD .	82
5.4. SEXO Y ESTADO CIVIL .	83
5.5. PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL EN EL DERECHO Y JURISPRUDENCIA COMPARADA .	85
5.6. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN TORNO A LA TRANSEXUALIDAD .	90
5.7. MODIFICACIÓN DE SEXO EN CHILE .	92
5.8. DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL .	95
CONCLUSIONES . .	99
BIBLIOGRAFÍA .	103
Páginas Web Consultadas: . .	106
Leyes: .	107
Otros: .	107

INTRODUCCION

Cada individuo es un universo formado por matices diversos que lo hacen único e irrepetible. Resulta sencillo encontrar diferencias entre las personas, lo que no constituye un factor negativo sino simplemente un hecho cierto y concreto. No obstante, hay en la naturaleza humana actitudes que amplifican las diferencias, iniciando un proceso que transforma este elemento natural en un factor de disociación que termina con la consecuente exclusión del orden social a determinados grupos, tales como las minorías sexuales.

En este trabajo analizaremos la situación de estas personas en el plano jurídico: Mostraremos los debates en torno a la aceptación de la orientación sexual como manifestación de la autonomía moral, del derecho a la intimidad y expresión de la identidad personal; también estudiaremos las diversas soluciones adoptadas por el derecho y jurisprudencia comparada que amparan jurídicamente el libre ejercicio de la orientación sexual y el consecuente desarrollo de la identidad sexual de los individuos.

Analizaremos el fenómeno de la discriminación por orientación sexual en cinco capítulos. En el capítulo primero, denominado “Hacia un Concepto de Persona”, partiremos analizando los conceptos iniciales y básicos relacionados con el tema en cuestión, lo que nos permitirá comenzar la discusión jurídica en torno al fenómeno discriminatorio. Creemos que se ha derivado en un concepto restringido de persona, por esta razón consideramos indispensable reformular dicha noción, en el sentido de construirla sobre la base del reconocimiento de la dignidad inherente a todo individuo. En ese entendido, analizaremos el concepto de persona contenido en el Código Civil para luego enfocar filosóficamente esta noción, fundándonos principalmente en tres autores: Gunther Jakobs, G.F.W. Hegel y Michel Foucault.

Al hablar de orientación sexual no podemos soslayar el tema de la sexualidad, que constituye una dimensión de todo ser humano y parte natural de su desarrollo como persona, a este tema dedicaremos el Capítulo Segundo. Nuestro análisis se formulará a partir de Michel Foucault, quien, a nuestro juicio, entrega de manera inteligible una formulación histórica de la sexualidad, es decir, cómo ha sido empleada, percibida y conceptualizada por los individuos y la sociedad a través del tiempo. Asimismo, se abarcará el tema de la libertad sexual, entendida como fundamento de la legitimidad del derecho de todo ser humano a ejercer espontáneamente su sexualidad.

En el capítulo tercero se abordará el tema de la discriminación propiamente tal y del principio de igualdad como sostén de un sistema normativo que respeta y se construye sobre la base de la dignidad de la persona. Para ello se estudiará las distintas modalidades del principio de igualdad, su integración y contenido en nuestra Constitución Política y en los Tratados Internacionales. Además, revisaremos algunas garantías de los derechos esenciales (límites al ejercicio de la soberanía por parte del Estado) relacionadas con el fenómeno discriminatorio.

En el capítulo cuarto trataremos el tema de las uniones homosexuales. El ejercicio de la sexualidad es una cuestión que atañe a la intimidad de cada individuo, pero, ciertamente, las relaciones personales se exteriorizan constituyendo uniones afectivas que pueden concluir en matrimonio o en uniones de hecho, deviniendo ambas en la formación de familias. Nuestro Derecho de Familia reconoce y ampara estos vínculos, sin embargo los limita únicamente a las relaciones heterosexuales. En este capítulo nos cuestionaremos los fundamentos de estas restricciones, para ello analizaremos los argumentos esgrimidos tendientes a apoyar o a rechazar la inclusión de las uniones homosexuales en el Derecho de Familia. Al respecto, en el Congreso

Internacional de Derecho de Familia realizado en la ciudad de Mendoza el año 1998, se debatió ampliamente el concepto de Familia, específicamente los cambios que estaba experimentando esta institución en las distintas realidades culturales y las variadas soluciones adoptadas por el derecho comparado.

El Capítulo Quinto lo dedicaremos al tema de la Transexualidad. Decidimos investigarlo en un capítulo aparte puesto que la realidad de los transexuales es diametralmente distinta a la de los homosexuales y lesbianas. Abordaremos la problemática jurídica en torno a la transexualidad, la cuestión de la identidad sexual y la relación de ésta con la identidad personal. En tal recorrido repasaremos las distintas concepciones respecto del sexo y los elementos determinantes de él. Conjuntamente, revisaremos los posibles derechos vulnerados a partir de su desconocimiento por parte del ordenamiento jurídico; las principales peticiones de personas transexuales; algunas respuestas del derecho comparado a los problemas jurídicos derivados de la transexualidad y, a la postre, examinaremos jurisprudencia de tribunales extranjeros, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el francés y el español.

CAPITULO PRIMERO. HACIA UN CONCEPTO DE PERSONA

1.1. MARCO TEORICO ACERCA DE LA DISCRIMINACION POR ORIENTACION SEXUAL

La complejidad del ser humano se hace visible en cada momento, su comportamiento es diverso, imprevisible y multicausal. El derecho trata de encontrar la armonía en las relaciones sociales por medio de la reglamentación del actuar colectivo. Así van surgiendo normas cuya función es solucionar los problemas de convivencia existentes o, al menos, establecer un marco instrumental que permita resolver armónicamente los conflictos y enfrentar las nuevas situaciones que el comportamiento humano vaya generando. Sin embargo, la realidad nacional nos confirma que es frente a éstas últimas, a los cambios observados en la vida de los individuos, donde se evidencia la dicotomía entre cuerpo normativo y realidad a normar.

Esta desarticulación se manifiesta en la situación de desamparo y de clara discriminación en la que se encuentran grupos importantes de personas. La discriminación es un fenómeno que se origina casi con el surgimiento mismo del hombre. Resulta claro que discriminar es una cuestión estrechamente vinculada a la naturaleza

humana y claramente manifestada en su creación, el Derecho

Discriminar según el diccionario de la Real Academia Española tiene dos acepciones: Separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra o dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc. De este modo, discriminar es diferenciar per se, ello no tiene una connotación negativa, sin embargo cuando la distinción efectuada se basa en criterios evidentemente prejuiciosos, arbitrarios o intolerantes, adquiere esa distinción un cariz nocivo. Jurídicamente las normas deben ser iguales para todos aquellos que se encuentren en situaciones similares, no se pretende una aplicación ciega o absoluta de la ley, sino que atendiendo a las distinciones específicas. Es evidente que nuestra Constitución aplica el principio de igualdad referido precedentemente, de este modo, contempla casos de discriminación positiva en los cuales la diferenciación normativa se funda en motivos racionales, ejemplos de este tipo de discriminación son el fuero maternal y la exención impositiva en materia agrícola. Se trata de compensar el desmedro frente al cual quedan organismos y personas ante circunstancias especiales, no aplicables indiscriminadamente a todo individuo. La racionalidad de esta diferenciación es lisa y llanamente evitar la arbitrariedad a la que estarían sometidos si tuvieran el mismo trato que el resto de los ciudadanos. Esta distinción es objetiva puesto que no responde a intereses o criterios singulares que benefician, ya sea, una tendencia moral o bien una de sesgo ideológico. No obstante, precisamente porque toda Constitución tiene ciertamente una base ideológica es que se puede observar cierta tendencia a responder a intereses que no son necesariamente universales y objetivos, esto es hay un tipo de discriminación que tiene connotaciones negativas. Es decir, personas que debieran ser tratadas como iguales ante la ley reciben un trato diferente, no basado en la racionalidad sino en la arbitrariedad.

En el entendido que el derecho tiene por objeto regular la convivencia pacífica de las personas, entonces ¿existe una justificación racional para establecer diferentes estatutos entre personas hetero u homosexuales? ¿Es lícito establecer diferenciaciones entre las personas en razón de un elemento propio de su desarrollo, esto es, la orientación sexual, parte integrante de su personalidad? Nuestra respuesta es negativa, consideramos que estas diferenciaciones no son más que prácticas discriminatorias que constituyen una violación del principio de igualdad consagrado en nuestra carta fundamental.

En torno a este tema, la doctrina jurídica moderna distingue, por una parte, discriminación en sentido amplio y por otra, discriminación en sentido estricto. La primera de ellas, enfatiza la discriminación como vulneración del principio de igualdad, esto es se refiere a la discriminación como mera desigualdad, mientras que la otra consideración, apunta a la discriminación como consecuencia de la aplicación de criterios de distinción prohibidos, esto es, distinguir sobre la base de cuestiones que son claramente irracionales y por ende odiosas a la naturaleza humana, por ejemplo, discriminar sobre la base de la raza.¹

Considerando que el tema en discusión es la discriminación, hemos integrado el planteamiento realizado por las feministas, no obstante que sus análisis se conducen hacia otro segmento de personas -las mujeres-, creemos que es interesante incluirlas

¹ En el capítulo III se analizará el fenómeno discriminatorio.

puesto que han sido uno de los grupos que ha discutido especialmente el fenómeno de la discriminación. Iris Marion Young ² nos entrega una tipología de formas de opresión ejercida por quienes ostentan el poder, así habla de explotación, de marginalización, privación de poder, violencia, imperialismo cultural, etc. Estos tipos de opresión se ejercen en gran medida, también, sobre las minorías sexuales. La realidad nos demuestra que se da fuertemente la triada de **marginalización, violencia y privación de poder**, así es frecuente oír la frase “salir del closet”, refiriéndose con esto a la aceptación privada y propia de la orientación sexual, que no se exterioriza públicamente por miedo al rechazo y a la estigmatización.

La marginalización y la privación de poder se expresan socialmente en la creación de guettos, en los cuales los homosexuales deben desenvolverse. Si bien, la sociedad tolera la existencia de éstos, señala claramente los límites en los que pueden vivir su diversidad.

Jurídicamente, no existe un trato igualitario de la norma, si bien es una situación que en otros países está evolucionando favorablemente no ocurre lo mismo en Chile. En nuestro país no se reconoce el estatuto de familia a uniones de personas del mismo sexo; tampoco se permite de manera directa, sí por medio de subterfugios, resguardar patrimonialmente esa unión; ni compartir los beneficios sociales a parejas homosexuales, etc. ³

Se dirá que tras la derogación del artículo 365 del Código Penal chileno se ha terminado con una situación injusta, sin embargo, es insoslayable que la existencia de esa norma mostraba claramente la visión que se tenía de la homosexualidad, considerándola delictiva, pero no por razones jurídicas sino atendiendo a criterios morales. Por otra parte, de manera indirecta se controla y penaliza la orientación sexual y su ejercicio a través del artículo 373 del Código Penal, por considerar la exteriorización de las prácticas homosexuales, lésbicas y de transexuales atentatorias a la moral y a las buenas costumbres.

Respecto de la **violencia y del imperialismo cultural**, la posición de nuestra sociedad se puede resumir de la siguiente manera: “se puede ser homosexual mas no parecerlo”. Advertimos acciones coercitivas respecto de la construcción de identidad de estos grupos, que van recibiendo mensajes de lo que debe hacerse y de la forma en que deben comportarse para ser aceptados por una sociedad supuestamente liberal y democrática. De esta manera, deviene la sociedad en un estado de imperialismo cultural en el cual el “grupo dominante” impone a los demás individuos su concepción del mundo, su cultura y sus valores.

Nuestro análisis nos hace coincidir con las teóricas feministas, en el sentido que es necesario reformular el concepto de igualdad. La idea es abandonar la actual concepción de una “igualdad a” que lleva implícita la idea de un modelo conductual superior, teniendo un carácter imperativo en razón de una aparente supremacía, que como tal, debe seguirse por entregar un marco de conductas a imitar, un parámetro de lo normal y

² Académica de la facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Chicago.

³ Ver capítulo IV.

permitido. En nuestra sociedad es necesario evolucionar e instaurar una “igualdad entre” que considere y respete las semejanzas y diferencias entre los seres humanos, valorando a cada persona como individuo particular, distinto, pero igual dentro del conjunto, esto es individuos con idéntico valor y que coexisten en un ambiente que permite e impulsa la construcción de identidades en un plano de equidad, de convivencia respetuosa y garante de una comunidad constituida por personas diferentes, pero de igual valor.

La discusión surgida alrededor de las nociones de discriminación, coloca en el tapete cuestiones que dicen relación con el desarrollo del sujeto, la construcción de su identidad, las diversas circunstancias que lo van configurando, e inherente a ello, la proclamación de que toda persona tiene derecho a un desarrollo integral y, consecuentemente, a una elaboración normativa que no confunda el carácter regulador con un marcado rasgo castrador, que desconoce institucional y sistemáticamente formas de vida de determinados grupos cuyo comportamiento puede salir de la regla general.

Para ahondar en el análisis de la discriminación, consideraremos las nociones de igualdad cuya base fundacional surge del racionalismo moderno, teniendo entre sus principales articuladores al filósofo Inmanuel Kant. Éste define al ser humano como ser racional, que en la conjunción de voluntad y la libertad puede ser autónomo, es decir, capaz de darse a sí mismo leyes que debe respetar; asimismo, un cuerpo social debiera articularse bajo estas mismas categorías -voluntad y libertad-; entonces la igualdad jurídica la entendemos como aquella “relación entre los ciudadanos según la cual nadie puede imponer a otro una obligación jurídica sin someterse él mismo también a la ley y poder ser, de la misma manera, obligado a su vez.”⁴

El derecho es concebido por el filósofo alemán como el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de cada persona puede conciliarse con el arbitrio de los demás según una ley general de libertad, concibiendo esta categoría como la autonomía de la que ya hablábamos. Ahora bien, cómo logramos esta convivencia pacífica en un escenario en el que las divergencias entre los individuos son evidentes. Creemos que considerando al Estado como entidad mediadora y a la vez coaccionadora; con un legislador capaz de dictar normas racionales, es decir incondicionadas. Lo incondicionado es aquello que no está sometido a interés particular alguno o que por lo menos tiende a lo universal.

Esta definición de racionalidad como lo incondicionado es el criterio que ha regido en la construcción de Constituciones Políticas de modelo liberal, así cada vez que un pueblo se da a sí mismo una Carta Magna debe preguntarse bajo que condiciones la ley los subsume a todos. La ley debe tender a lo universal, pero no debe obviar las particularidades propias de todo cuerpo social. En este contexto creemos que articular un cuerpo legal que desatienda las necesidades de comunidades específicas insertas al interior de un Estado, tiene el correlato de que esa comunidad no comprenda la ley que la gobierna puesto que no ha participado en su formulación, no hay una relación de autonomía, por lo tanto la sujeción a ella es solo bajo la fuerza.⁵

La persona, como ser racional, debe considerarse como legislador de las normas

⁴ Kant, Inmanuel, “La Paz Perpetua”, Editorial Tecnos S.A, Madrid, Sexta Edición, 1998. Traducción de Joaquín Abellan, p.16.

que rigen la comunidad, sólo de este modo el cuerpo normativo tendrá en los hombres receptividad espontánea; por el contrario, un ordenamiento que responde a intereses de determinados grupos sólo podrá mantenerse coactivamente. “La necesidad práctica de obrar según ese principio, es decir, el deber, no descansa en sentimientos, impulsos e inclinaciones, sino sólo en la relación de los seres racionales entre sí, en la cual la voluntad de un ser racional debe considerarse siempre al mismo tiempo como legisladora, pues si no, no podría pensarse como fin en sí mismo. La razón refiere, pues, toda máxima de la voluntad como universalmente legisladora a cualquier otra voluntad y también a cualquier acción para consigo misma, y esto no es por virtud de ningún otro motivo práctico o en vista de algún provecho futuro, sino por la idea de la dignidad de un ser racional que no obedece a ninguna otra ley que aquella que él se da a sí mismo”⁶.

De esta manera, se da el tránsito hacia la moralidad,⁷ entendiendo ésta como la relación de la acción con la legislación, es en ese ámbito en que el hombre desarrolla en plenitud su carácter de ser fin en sí mismo y no un mero medio u objeto de la ley. El objetivo es lograr una comunidad de iguales, no en el sentido de una homogeneización de todas las personas, lo que desde ya sería utópico, aún más, contrario a la propia naturaleza humana; a la inversa, se trata de dar cabida a las diferentes formas de vida que en su ejercicio no lesionan bienes jurídicos, a fin que cada sujeto sea respetado en su individualidad y cada colectivo en su identidad de grupo.

Cada individuo es un ser autónomo y libre, por ende, las normas que regulen sus conductas deben tener ese rango y respetar su carácter racional. La ley es un mandato, y en ese sentido no se puede entender como ley legítima, una normativa que responde a intereses particulares y no a la comprensión dentro de su regulación de todos los miembros de la comunidad.

No puede esperarse que homosexuales y lesbianas consideren como mandatos universales leyes que los excluyen, resulta claro que no han sido los colegisladores de esos mandatos y que en ese entendido, no cumplen el requisito de ser normas racionales, esto es con un fundamento incondicionado y conllevan un agravio a la dignidad inherente al hombre, que al decir de Kant “consiste precisamente en esa capacidad de ser legislador universal, aún cuando con la condición de estar al mismo tiempo sometido justamente a esa legislación.”⁸

Después de analizar el pensamiento kantiano resulta difícil encontrar razones que afiancen el mantenimiento de normas altamente discriminatorias; sin embargo, ésta existe y se manifiesta frente a colectividades que presentan rasgos peculiares, por causas

⁵ Kant, I : Fundamentación De La Metafísica De Las Costumbres, capítulo segundo: Tránsito de la Filosofía Moral Popular a la Metafísica de las Costumbres, Espasa Calpe, Argentina, 1946, pp. 41-43, Traducción Manuel García Morente. [en adelante “Fundamentación”]

⁶ I.Kant, Fundamentación, pp.90-91.

⁷ I.Kant, Fundamentación, p.99.

⁸ I.Kant, Fundamentación, p.100.

biológicas, ideológicas, sexuales, sociales, entre otras; surgiendo como contestación a esa diferencia, un discurso y luego una acción que tiene como objetivo neutralizar a ese grupo de individuos. Éste discurso se caracteriza por dar respuestas evidentemente opresivas o, por el contrario, con un matiz paternalista, pero de una u otra forma constituye una respuesta que distingue arbitraria y peyorativamente.

Un valor fundamental en la constitución de una sociedad no discriminadora, que considere a las personas como fines y no como medios a utilizar para imponer modelos de vida, es el de la dignidad humana.

Los textos constitucionales en general, y por cierto nuestra Constitución, reconoce y consagra en sus bases el valor de la dignidad humana, con ella se alude al rango que le corresponde al hombre en virtud de poseer razón, voluntad y libertad, lo que viene a diferenciarlo de otras realidades, de otros seres vivos. Son estos tres elementos –razón, voluntad y libertad- los que otorgan al hombre un carácter especial: “El ser racional debe considerarse siempre como legislador en un reino de fines posibles por libertad de la voluntad, ya sea como miembro, ya como jefe. Más no puede ocupar este último puesto por solo la máxima de su voluntad, sino nada más que cuando sea un ser totalmente independiente, sin exigencia ni limitación de una facultad adecuada a la voluntad”⁹

De una u otra manera, el tema de los límites entre el derecho y la moral ha aflorado en la discusión, especialmente al tratar de regular la orientación sexual de las personas, es así que al observar las restricciones al libre ejercicio de la sexualidad –ámbito claramente individual- impuestas por el derecho positivo, se hace patente la falta de claridad en la delimitación entre ambos campos. A nuestro parecer el derecho tiene una base moral, pero este soporte no debe tener un carácter instrumental respecto del individuo, sino que debe considerar a toda persona como un fin en sí mismo, en ese entendido el cuerpo normativo no contendrá normas que desconozcan a miembros de la sociedad.

Las respuestas de los ordenamientos jurídicos al respeto del libre ejercicio de la orientación sexual han sido diversas, siendo necesario analizar las soluciones tanto del derecho comparado como del interno, cuestión que dejaremos para los capítulos posteriores.

También en relación con el tema derecho y moral, en especial con la forma de construcción de las normas jurídicas, consideramos significativo analizar las argumentaciones de Gerald Dworkin,¹⁰ quien efectúa la tarea de clarificar las reglas que componen el ordenamiento jurídico, formulando tres categorías de normas jurídicas que expondremos a continuación:

1° Las normas jurídicas que imponen determinadas restricciones a la conducta humana, pero que no podríamos interpretar como limitantes, sino más bien como beneficiosas para el conjunto de la sociedad, por ejemplo las normas jurídicas relativas a

⁹ I. Kant, Fundamentación, p.90.

¹⁰ Citado por Paloma Durán y Lalaguna en “Los Límites del Derecho”, tomado del libro “Moralidad, Daño y Ley” de Gerald Dworkin, editado por Westriew Press, San Francisco, 1994.

los atentados contra la vida, abuso de menores, etc.

2° Las normas jurídicas que imponen determinadas restricciones, a las que se opone la sociedad, v.gr. aquellas que restringen el tipo de religión que cada persona pueda profesar, entre otras.

3° Las normas jurídicas que tienen por objeto resguardar ciertas normas morales y que obviamente no tienen el respaldo de toda la sociedad, sino sólo de aquellos grupos que comparten esos valores, entre éstas se encuentran aquellas que prohíben los actos homosexuales.

Es evidente que las normas jurídicas enunciadas en los dos últimos numerales generan conflictos y ello porque se resguarda a través de dichas disposiciones intereses particulares, no constituyendo normas que tengan claro un fundamento racional. Su existencia hace manifiesta las fronteras entre el derecho y la moral, porque dichas normas evidencian las divergencias existentes entre los individuos que forman una comunidad y dan cuenta de la manera en que se ejerce el poder por determinados grupos que imponen sus cosmovisiones a los demás.

Ahora bien, las normas se dictan con el objeto de proteger determinados bienes jurídicos. La jurista Paloma Durán y Lalaguna menciona respecto de los bienes protegidos por las normas lo planteado por John Finnis, quien cree necesario una redefinición tanto de los bienes como de la protección de éstos, entendiéndolo que dicho amparo no puede significar un desconocimiento ni menos un atropello al libre arbitrio de cada individuo. Al efectuar esa tarea habrá que considerar en conjunto el bien común, la sociedad y los criterios implícitos en cada comunidad, “Sin embargo, la cuestión estaría en que esa noción de bien común, que justificaría la protección de algunos bienes, no puede olvidar la autonomía de la persona; y al mismo tiempo, tampoco puede omitir el tipo de sociedad en el que se va a utilizar el término bien común”.¹¹

El tema es complejo y requiere de un análisis más extenso acerca de los tipos de sociedad que existen y cuáles son las normas que se manifiestan, con cierta preeminencia en dichas colectividades, sin embargo un análisis tal, excede nuestro propósito, pero enfatizaremos sobre la estrecha relación entre los elementos señalados -bien común, sociedad, valores, respeto a la autonomía del individuo- que en definitiva van a indicar la noción de persona que esa sociedad ha definido y las cuotas que a la dignidad, igualdad, libertad y la relación con la comunidad corresponden en la constitución de ella.

Una de las respuestas al problema de la relación entre la libertad del individuo y la sociedad en la que se encuentra inserto, la hallamos en una de las teorías liberales del derecho, específicamente en la de Ronald Dworkin. El autor plantea a través algunas de sus obras la relación que debiera existir entre la ética, el derecho y la política, o sea de los distintos elementos que participan en la vida en sociedad. Coloca en entredicho la situación producida por el propio liberalismo mediante la instauración del Contrato como medio de consenso para la vida en común, convirtiendo a los individuos “en personas incapaces de reconocernos como propias, en criaturas políticas especiales enteramente

¹¹ Durán y Lalaguna, Paloma, Los Límites del Derecho, Editorial Comares, Granada, 1996, p.95.

diferentes de las personas ordinarias que deciden por sí mismas, en sus vidas cotidianas, qué quieren ser, qué hay que alabar y a quien hay que querer”¹². Así se separa el ámbito privado del público, hecho que provoca una “política de esquizofrenia”. Según Dworkin, la construcción de una “buena vida”¹³ en sociedad debe hacerse a partir de una ética liberal y no de un Modelo Contractualista porque en concepto de Dworkin, un estándar tal, no respeta las convicciones y principios que tienen los individuos que forman parte de la comunidad, promoviendo una fórmula de convivencia artificial que pierde de vista al individuo.

La vida -según este autor- es un ejercicio, un actuar constante y esta práctica requiere que el hombre desarrolle ciertas destrezas ante las diversas circunstancias que lo rodean, tanto económicas como sociales, formando, este conjunto de aptitudes, el llamado “modelo del desafío”; en la construcción dworkiana, la justicia juega un rol activo, es una condición indispensable para el desenvolvimiento integral de una “buena vida”. Se entiende la justicia como una adecuada situación que permita la libre elección de la identidad de cada individuo lo que implica gozar de una justa distribución de recursos, tanto económicos como políticos, se trata que ante la carencia de recursos económicos o de libertades políticas no sea un impedimento para que pueda todo individuo efectuar la libre elección de su identidad en condiciones de igualdad. De esta manera, Dworkin plantea que la base de una sociedad justa y neutral es el respeto de la ética de cada individuo, sus concepciones, motivaciones e intereses, además de una igual distribución de recursos para que cada persona viva “su buena vida” como crea conveniente, según su idea de bienestar personal, fundando la convivencia sobre la igualdad, tolerancia y libertad. Lo anterior no significa un cúmulo de vidas desenfrenadas, sino una comunidad de personas con plena conciencia de vivir junto a otros individuos y de la necesidad de comportarse entre ellos con tolerancia y solidaridad, en definitiva se trata de respetar las convicciones de cada miembro de la sociedad sin atropellar o discriminar al otro. “Puesto que el modelo ético del desafío opera formalmente, no discrimina entre convicciones éticas substantivas. Tanto la gente que piensa que la buena vida radica en la devoción religiosa, como la que piensa que radica en la promiscuidad sexual, pueden considerar sus opiniones como opiniones acerca del modo más diestro de realizar el ejercicio de vivir”.¹⁴

Junto a la justicia aparece “la Convicción” como condición sine qua non para una “buena vida”. Con ella se alude a la disposición que debe existir en el individuo frente a la diversidad y que constituye la actitud necesaria frente a la multiplicidad doctrinaria existente en una comunidad. La intención de mejorar las convicciones éticas de otros individuos que difieren de las propias no puede operar mediante coerción, la disposición del sujeto debe ser de interiorización respecto de los motivos que hacen pensar que la convicción ajena es errada y que por tanto se requiere una adecuación a la nuestra, o

¹² Dworkin, R. *Ética Privada e Igualitarismo Político*, Barcelona Paidós, 1993, p.57. En adelante “Ética”.

¹³ Podría decirse que para R. Dworkin “buena vida” es aquella en que cada individuo aspira para sí en función de su autonomía y de su proyecto vital, de acuerdo a sus circunstancias.

¹⁴ Dworkin, R. *Ética*, Editorial Paidós, Barcelona, 1993, p.190.

sea se requiere una fundamentación y una meditación profunda de las razones que aparentemente hacen más ajustadas nuestras concepciones éticas que las de los demás, pero no se puede prohibir a las personas llevar la vida que deseen o imponerles castigo por hacerlo “Los liberales éticos tienen una razón que parece concluyente para aceptar esa restricción: pues aceptan una noción de justicia que exige igualdad de circunstancias y recursos. El derecho es, manifiestamente parte de las circunstancias de la gente, y las circunstancias son manifiestamente desiguales cuando el derecho le prohíbe a alguien, sólo porque otros piensan de otro modo, que lleve la vida que él piensa que es la mejor para él”.¹⁵

Los individuos son responsables y tienen los fundamentos éticos de su propia existencia y de conceptos fundamentales, subyacentes a toda “buena vida” como son libertad, igualdad y solidaridad.

Ahora bien, no toda comunidad se asienta en esos principios, la realidad nos muestra que el soporte de una colectividad puede ser otro, al respecto Dworkin, plantea cuatro argumentos tendientes a realizar una calificación de las comunidades:

1º El primer argumento procede de la teoría democrática, en él se asienta el concepto de comunidad y de lo que es correcto para la mayoría. En esta perspectiva, la mayoría democrática tendría el derecho a definir los parámetros éticos o morales de toda la sociedad, para ello se les permite utilizar distintos instrumentos o dispositivos, como por ejemplo, el derecho.

2º En el segundo argumento, la comunidad se visualiza como una esfera de responsabilidades, una especie de comunidad gendarme en el cual cada miembro de esa comunidad se erige como el guardián del otro para efectos de procurar su bienestar, ayudar al otro para que no desperdicie su vida viviéndola de una manera distinta. Prevalece en esta comunidad un sesgo de maternalismo por una parte de la comunidad hacia los otros, los disidentes.

3º En este numeral encontramos el argumento de la defensa del propio interés. La comunidad es reconocida como un lugar de encuentro e intercambio entre los distintos individuos en todas aquellas esferas que exceden de la autosuficiencia de la que es capaz toda persona.

4º El cuarto argumento se denomina de la integración y plantea una visión un tanto funcionalista del sujeto en relación a la comunidad. El valor de los bienes de una persona vienen a ser reflejo de los bienes de la comunidad en la que ella vive, existiendo un predominio de la comunidad por sobre el sujeto.

De este modo, no toda comunidad será el contexto que facilite el desarrollo de una “buena vida”, siendo en estos casos, la colectividad quién condicione los valores, bienes, conceptos y derechos que tendrán los individuos. Situación que desemboca en un desconocimiento de la autonomía y dignidad inherente a toda persona.

No obstante, la propuesta dworkiana es bastante pretenciosa atendiendo a las circunstancias y recursos que contamos, en consecuencia, por regla general, el efecto

¹⁵ Dworkin, Ronald, ob. cit., p.195.

insoslayable es la desigualdad. Ésta es el plano elemental en el que nos movemos y por ello nos adecuamos de mejor modo a una teoría de la democracia, afirmando que lo superlativo es la redefinición y limitación de las libertades individuales entre sí. Es cierto, que esta es una zona simplemente virtual, donde los principios no son más que la articulación de un programa; no obstante, en la medida que sean la base de una constitucionalidad bien construida debiera dar las herramientas para poder ejercitar en contra del atropello de aquellos principios, dando pie a que lo programático adquiriera consistencia.

La orientación sexual es la elección de pareja, ya sea homosexual, heterosexual o bisexual entre los seres humanos. La expresión de la sexualidad lleva implícita el ejercicio de la libertad: toda persona tiene la facultad de definir su sexualidad, teniendo como límite la libertad de los otros, sólo de esa manera construiremos una sexualidad basada en la autodeterminación de cada individuo.¹⁶ Este equilibrio entre las libertades individuales es el fundamento del pensamiento racional moderno que esta en la base de cualquier programa constitucional que se precie de democrático. Esta definición del equilibrio de libertades no es distinta de la definición del derecho kantiano.¹⁷

Esta armonización de libertades sólo se dará -reiteramos- en una sociedad que considere a las personas como fines y nunca como medios, en una normatividad que se construya sobre esa plataforma, sobre lo incondicionado y que no obedezca a intereses privados. Al respecto, Kant nos señala lo siguiente: “Ahora bien; de aquí se sigue, sin disputa, que todo ser racional, como fin en sí mismo, debe poderse considerar, con respecto a todas las leyes a que pueda estar sometido, al mismo tiempo como legislador universal; porque justamente esa aptitud de sus máximas para la legislación universal lo distingue como fin en sí mismo, e igualmente su dignidad -prerrogativa- sobre todos los simples seres naturales lleva consigo el tomar sus máximas siempre desde el punto de vista de él mismo y al mismo tiempo de todos los demás seres racionales, como legisladores –los cuales por ello se llaman personas”.¹⁸

Consideramos que el pensamiento político de Kant es el que mejor aclara la relación entre derecho y moral, tema que nos ocupa en esta parte de nuestro trabajo

La erradicación de prácticas discriminatorias y la consiguiente construcción de una sociedad de iguales requiere como fundamento, creemos, una concepción de la persona como la elaborada por el filósofo alemán, que no erige su discurso desde una perspectiva meramente funcional de la sociedad y sus integrantes, sino de una posición que enfatiza

¹⁶ Acerca del concepto y contenido de la libertad sexual existe una discusión en la doctrina, cuestión que abordaremos en el capítulo siguiente.

¹⁷ “El derecho, a su vez, es definido por Kant como conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede ser compatible con el arbitrio de los otros según una ley general de libertad. Y finalmente, la libertad, la categoría básica de la ética y políticas kantianas, es concebida como la autodeterminación racional del hombre” Entendiéndose con esto, que todo hombre considere a los demás como fines y que su determinación sea incondicionada, esto es que no responda a intereses particulares. Abellan, Joaquín en Sobre la Paz Perpetua, Sexta Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1998.

¹⁸ Kant, I. Fundamentación, p. 97.

el carácter de fin en sí mismo de cada individuo.

1.2. PERSONA

Generalmente al platicar de algún tema no definimos lo que estamos planteando, damos por supuesto que nuestro interlocutor sabe de antemano a lo que nos estamos refiriendo. En el caso de la persona, no obstante que es indiscutible su lugar e importancia como figura central en el derecho, no ha sido definida por nuestro legislador. Frente a esta situación y, más aún, tomando en cuenta que el tema en discusión es el tratamiento normativo excluyente de determinados grupos, creemos indispensable buscar un concepto de persona que reúna, de la mejor forma posible, aquello que constituye a todo ser humano y que sirve de fundamento para una elaboración jurídica respetuosa de las distintas formas de vida.

Respecto del concepto de persona, analizaremos a la luz de la lógica aristotélica las implicancias surgidas a partir del artículo 55 del Código Civil que señala: “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición. Divídense en chilenos y extranjeros”.¹⁹ Aplicando las reglas aristotélicas, esto es, nociones de lo qué es el concepto y la definición. Respecto del primero, retomando lo planteado por Sócrates y Platón, señala que el concepto es una expresión del ser, que capta la “ousía”, esto es lo permanente y necesario de cada cosa, es decir, **capta lo que es manifiestamente expresión plena del ser**. Por su parte, la definición, es el concepto artificialmente elaborado, ésta tiene por objeto fijar la esencia de las cosas, la peculiaridad de cada objeto, de manera de distinguirlas de las demás. La definición se construye a partir del género próximo y la diferencia específica, con ellas se alude respectivamente, a aquella noción genérica a la que pertenecen los objetos (números, animales) y aquella peculiaridad que hace pensar únicamente en lo que se está denominando “4”, “perro”.

A la luz de lo expuesto, no podríamos sostener que el artículo en comento constituye una definición propiamente tal, no hay una inclusión en una noción genérica, ni tampoco una alusión a una peculiaridad propia de los componentes de esa especie denominada “persona”. Si, además, revisamos otras materias tratadas en este cuerpo legal, encontraremos que normalmente el legislador fue definiéndolas antes de regularlas, sin embargo no ocurrió así con un tema tan trascendental como es la persona, centro de la creación jurídica.

Las razones de este proceder tienen distintas explicaciones en la doctrina nacional, entre éstas, existe una opinión bastante extendida por algunos tratadistas de juzgar superlativamente este artículo, en atención a que la deficiencia conceptual estaría superada por la consagración implícita del principio de no-discriminación existente en este precepto²⁰. Pero, en lo concreto, sólo se realiza una enumeración de quienes son personas y de los elementos que no deben constituir una instancia de distinción arbitraria.

¹⁹ Código Civil Chileno, Editorial Jurídica de Chile, 1995.

Alabamos dicho planteamiento, sin embargo consideramos al tenor del citado artículo, que esa amplitud es más anhelada que real.

Pues bien, circunscribiéndonos al artículo 55, para ser considerado persona no debe primar el sexo²¹, la estirpe ni la condición, pero qué pasa con otros elementos que confluyen en la constitución del sujeto, lo que a nuestro entender tampoco debiera dar base a diferenciaciones arbitrarias, por ejemplo, la orientación sexual. Podría contra argumentarse que esta enumeración no es taxativa, dando cabida a la consagración del principio de no discriminación. Sin embargo, estimamos que no es posible asegurar que estuviera en la mente del legislador instaurar un principio de no-discriminación en la conceptualización de este artículo, puesto que observando el contexto histórico en el que fue redactado nuestro código, el fenómeno discriminatorio propiamente tal, ni siquiera se avizoraba, por tanto no se contemplo un marco regulatorio que permitiera afrontar las nuevas situaciones que se fueran planteando. Es más, situándonos en las vicisitudes históricas concretas acaecidas cuando se confecciona el Código Civil, no podríamos obviamente decir que se consagró el principio de no discriminación, baste recordar que la mujer solo pudo ejercer su derecho a sufragio a partir de 1949.

Por consiguiente, creemos que corresponde a los legisladores actuales dar las respuestas a las nuevas situaciones existentes, es preciso dar soluciones normativas racionales que se afiancen en una concepción de la persona como ente autónomo.

Como observamos anteriormente, en nuestro Código Civil siempre se encabeza la regulación de una materia con la definición pertinente, por

ejemplo “De las tutelas y curadurías en general”, “Del matrimonio”, y ello, puesto que el contenido de este cuerpo legal es el derecho supletorio y general por excelencia. Por lo anterior, resulta menos comprensible la falta de una definición clara y de un tratamiento más acucioso; más aún, si todo cuerpo normativo es una red que regula las diversas relaciones entre los individuos, entonces, es necesaria una exposición clara y específica de los alcances de esa preceptiva legal.

Visto el derecho desde la perspectiva de la teoría clásica, se concluye que el derecho como construcción humana se debe aplicar a todos los individuos de la especie humana, todo ser capaz de ejercer derechos y obligaciones, es decir, dotado de capacidad de goce: aptitud de una persona para adquirir derechos y obligaciones. La autonomía de la voluntad, principio tan apreciado en nuestro derecho, y con absoluta razón, tiene plena aplicación en el ámbito patrimonial, sin embargo, en materias de carácter personal tiene

²⁰ Entre los autores que sostienen esta opinión se encuentra el jurista nacional Gonzalo Figueroa Yáñez, expresándose en este sentido en su obra “Derecho y Familia” Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995.

²¹ Se ha planteado una discusión respecto a si la categoría “sexo” comprende también la de “orientación sexual”. Creemos que una no contiene a la otra, pues por una parte, al hablar de sexo nos estamos refiriendo a la división hombre-mujer, esto es la cuestión de género, en cambio con orientación sexual nos referimos a la atracción sexual y afectiva que siente una persona por otra. Este planteamiento se refuerza con la resolución dictada por el Tribunal de Justicia Europeo en Febrero de 1998 en el caso denominado “ Grants-South-West Triains Ltd” en dicha sentencia se concluye que no puede equipararse la discriminación por orientación sexual con la discriminación por razones de sexo para efectos de aplicación del Derecho Comunitario. Ver texto de resolución en <http://curia.eu.int/>

una consagración bastante restringida. Así, el individuo es reconocido como plenamente capaz en materias contractuales y en otras acciones de carácter económico, pero en asuntos que atañen a su intimidad no cuenta con el mismo respaldo. Nos preocupa que en áreas tan relevantes como la patrimonial, familiar y del derecho a la identidad y al nombre, nuestro ordenamiento jurídico no se pronuncie y que las diversas problemáticas surgidas respecto de las minorías sexuales queden entregadas a en algunos casos, a las decisiones de los tribunales de justicia o lisa y llanamente no sean siquiera atendidas por ley ni organismo alguno.²² A este respecto nos parece pertinente citar la situación ocurrida a los transexuales operados que resultan afectados por la falta de una ley que resuelva de manera directa su nueva condición y les permita de forma directa y no por medio de subterfugios legales, la adecuación de su identidad registral al sexo real y sentido.²³ La existencia en el derecho comparado de sistemas de matrimonio civil o de registros de uniones hecho ponen de manifiesto la desprotección en la que se encuentran los homosexuales y lesbianas chilenos que no cuentan en nuestra legislación con normas que les permitan resguardar apropiadamente la situación personal y patrimonial de sus uniones.

Tratar de determinar las razones por las cuales el ejercicio de la orientación sexual no recibe un tratamiento igualitario en el derecho positivo, nos conduce nuevamente a los confusos límites del derecho y la moral.

Pese a que nuestro código señala los atributos de la personalidad, no se logra suplir la deficiencia del artículo 55, dado que ninguno de ellos nos acerca a la esencia de persona. No pretendemos que en nuestro ordenamiento exista una acabada elaboración metafísica de dicho concepto, pero en realidad ni el domicilio, ni la nacionalidad, ni la capacidad de goce nos acercan a un concepto amplio de persona.

Relacionado con el concepto de persona, está la identidad personal concebida como expresión concreta de lo diverso, conjunto de creencias, opiniones y acciones que el sujeto realiza en su proyección social. Entonces, resulta evidente que al conceptualizar “persona” debemos asumir un grado de flexibilidad con el fin de incorporar aspectos que conforman la integridad del ser humano.²⁴

Hemos analizado el concepto de persona en el plano jurídico, y en nuestro afán de arribar a una concepción más esencial de la persona analizaremos a continuación ciertas nociones de filosofía y de filosofía del derecho.

Para aproximarnos a una noción más completa de persona hemos escogido a tres autores: G.F.W. Hegel, Gunther Jakobs y Michel Foucault. Nuestra elección fue basada fundamentalmente en las razones que a continuación expondremos. Consideramos que

²² Respecto al comportamiento de nuestros tribunales durante el siglo XX, ver Atria, Fernando, “El Concepto Constitucional de Igualdad”, Tesis de Grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Universidad de Chile, 1994.

²³ Este tema se abordará detalladamente en el capítulo V, “ Los Transexuales”

²⁴ La existencia en el derecho comparado de sistemas de matrimonio civil o de registros de uniones hecho ponen de manifiesto la desprotección en la que se encuentran los homosexuales y lesbianas chilenos que no cuentan en nuestra legislación con normas que les permitan resguardar apropiadamente la situación personal y patrimonial de sus uniones.

Hegel es el filósofo que llegó a la cima del pensamiento del sujeto moderno, completando la tarea iniciada por Kant, especialmente con el concepto de eticidad construido por Hegel y con el que alude a la realización concreta de la moralidad kantiana, esto es nivelar las libertades de las personas para hacer posible la convivencia entre los individuos y propender a su progreso, es en definitiva la realización del bien a través de las instituciones históricas (familia, sociedad civil y estado). “La eticidad es la idea de la libertad como bien viviente que tiene en la autoconciencia su saber, su querer y por medio de su actuar, su realidad; actuar que tiene a su vez en el ser ético su fundamento en y por sí y su fin motor. Es el concepto de la libertad que ha devenido mundo existente y naturaleza de la autoconciencia”.²⁵

Por su parte, Jakobs nos interesó porque es un jurista contemporáneo que presenta la contracara del concepto kantiano de persona, proyectando un concepto que se basa simplemente en un criterio funcionalista²⁶. Por último, Foucault, tiene la capacidad de exhortar a una redefinición del concepto de persona a la que nos aproxima a través de una minuciosa indagación del poder, del sujeto y de las formas de construcción del individuo a través de la historia.

La elección de éstos autores no ha sido producto antojadiza sino que a través de los planteamientos de estos tres autores hemos llegado a las nociones que requeríamos para realizar este trabajo; creemos que por el pensamiento tanto de Kant, Hegel, Jakobs y Foucault nos hemos aproximado a una noción de persona más esencial, universal y plasmada por el principio de igualdad.

1.2.1. Noción de persona en Hegel

Ser hombre es llegar a ser libre en una comunidad que no ofrece más que ciertas posibilidades de existencia. Dichas posibilidades tienden a desarrollar ciertas características de los miembros de la comunidad que tendrían por objetivo lograr una vida más plena, ellas son las llamadas “potencialidades humanas”. Esto no es una cuestión que se alcance de forma inmediata sino producto de un proceso que se va desarrollando a través de la vida de cada individuo, dentro de una familia, de la sociedad y, en general, participando de la vida colectiva.²⁷

Cuando entendemos que la autonomía moral del individuo es el fundamento último de la libertad, debemos concordar que en virtud de ella las instituciones, las leyes, la vida social y política no pueden establecerse y funcionar con absoluto desconocimiento de esta realidad, es más, la libertad sólo se realiza y desarrolla a través de ellas. Hegel no

²⁵ Hegel, F,G,W, Principios de la Filosofía del Derecho o Derecho Natural y Ciencia Política, Editorial Edhasa, Barcelona 1988, traducción y prólogo, Juan Luis Vernal, p.227. [En adelante “Principios”]

²⁶ Refiérese a la tendencia de dar explicaciones relacionadas con la función que desarrollan las cosas o relativas a como funcionan ellas, en general en concordancia con el modelo causa-efecto.

²⁷ Para Hegel no es posible una comunidad de un solo individuo, ni una comunidad de sujetos idénticos (lo que en estricto rigor sería un solo individuo).

concibe la libertad a la manera existencialista, como una condena que pesa sobre el

individuo sino, por el contrario, como una determinación bajo ciertos principios, dentro de límites que se plasman en las instituciones, las leyes y la sociedad. Detengámonos un momento en este punto, ya veíamos en Jakobs la importancia de lo social en la conformación de la persona: nacemos insertos en un grupo, la familia, nos desarrollamos en un colectivo mayor, la sociedad, y advertimos que existe un conglomerado superior, el Estado. Todas estas esferas no pueden ya desconocer la esencial libertad inherente a toda persona, si así lo hicieran devendrían en una cosificación del individuo: “lo inmediatamente distinto del espíritu libre es para él y en sí lo exterior en general: una cosa, algo carente de libertad, de personalidad, de derecho”.²⁸

Se plantea que el derecho es un ensayo primario hacia la libertad, podríamos decir que es un acercamiento imperfecto, porque tiende a considerar a los hombres como generalidad y no como seres singulares. Ciertamente, un cuerpo normativo se dirige a la comunidad, sin embargo, los afanes colectivos no deben desconocer las particularidades de las personas a quienes busca orientar, de otro modo, la única forma de obtener su cumplimiento sería mediante la coacción y ello porque existiría una falta de identidad entre las normas y los sujetos a quienes se debe aplicar. Entendemos por sujeto libre aquel que no reniega de la comunidad sino que la afianza, dejando en ella sus huellas y una de éstas es el derecho.

Es en lo social donde se hace efectiva la libertad, ahí se verifica el proceso y tránsito requerido para alcanzar la autorealización, “la libertad no radica, por lo tanto, en la indeterminación ni en la determinación, ella es ambas. La voluntad que se limita únicamente a un esto, es la voluntad del obstinado, que cree no ser libre si no tiene esa voluntad. Pero la voluntad no está atada a algo limitado sino que debe ir más allá, pues la naturaleza de la voluntad no es esa unilateralidad y esa dependencia, sino que la libertad es querer algo determinado y en esa determinación permanecer consigo y retornar nuevamente a lo universal”.²⁹ La indeterminación debe comprenderse como el reconocimiento de la propia individualidad.

Para Hegel persona es: “por lo tanto, al mismo tiempo lo elevado y lo más bajo; en ella radica la unidad de lo infinito y lo sencillamente finito, del límite determinado y lo absolutamente ilimitado”³⁰. Como vimos precedentemente, en Hegel no es posible hablar de un individuo particular o sólo de uno universal porque ambos implican una abstracción, estado que se supera al considerar la particularidad y universalidad como fuentes de un individuo reconocible.

El teórico alemán busca reunir la política y la ética, pero siempre bajo el principio básico de la libertad del individuo, analizando las formas de actualización de la libertad en los distintos campos que atraviesa el hombre durante su existencia: la esfera moral, la familia, la sociedad civil y el Estado.

²⁸ Hegel, G.W.F., Principios, p.107.

²⁹ Hegel, G.W.F., Principios, p.74.

³⁰ Hegel, G.W.F., Principios, p.103.

Resulta claro que la historia tiene suma importancia en la filosofía hegeliana, el sistema dialéctico nos indica las diversas etapas que van sucediendo y engarzándose con otras hasta alcanzar el uno mismo, el espíritu absoluto; es en la historia humana en la que confluye la síntesis entre teoría y práctica, naturaleza y libertad.

Ser persona no es algo inicial, sino algo tardío y si intentamos conceptualizarlo debemos buscar los vínculos en las instituciones, en la vida política. El individuo es persona sólo practicando su libertad y ésta la conquista cuando actúa conforme a su razón lo que supone actuar bajo ciertos límites: “persona es el espíritu como yo abstracto y en realidad libre, se tiene como objeto y fin, y es así como persona”.³¹ El espíritu se hace libre cuando es persona comunitaria, o sea, cuando está en comunidad con los otros.

En la filosofía hegeliana el mandato del Derecho reza de la siguiente manera: “sé una persona y respeta a los demás como persona”.³² Este reconocimiento se concreta en las instituciones, en las leyes, de ahí la necesidad de reformular los principios que orientan la legalidad y la institucionalidad, es decir, adecuarlas a la persona, cambios culturales, sociales, en definitiva que vaya a la par de la persona a quien proteja y/o representa. La persona se consolida cuando el individuo (espíritu abstracto) reconoce sus individualidades, conservándolas en el seno de la comunidad, en el entendido que en ella se reconozca y permita su desenvolvimiento.

Podría argumentarse que el pensamiento de Hegel está lejos de propugnar la inclusión de las minorías sexuales dentro de los sistemas políticos, sociales e institucionales, pero, a nuestro juicio, dicha crítica no tiene asidero, ya que el pensamiento, por ende, la filosofía política de Hegel no puede detenerse en las circunstancias que rodearon su aparición, por ejemplo, no podríamos sostener que la única forma de gobierno superior es la Monarquía Constitucional. Es cierto que así lo señalaba en sus obras, sin embargo, en las circunstancias actuales, las características del mejor gobierno propuesto por Hegel corresponden perfectamente a una República. De la misma manera, cuando Hegel plantea que las instituciones deben guiarse por el principio de racionalidad, creemos que en virtud de éste no puede desconocerse el carácter de persona de los grupos que exhiben alguna diferencia con respecto de la mayoría, dado que una sociedad que se construye armónicamente concilia y considera al todo con las partes, a la voluntad individual con la general.

Ser persona conlleva pertenecer a un mundo, el mundo ético es el del individuo civilizado, aquel al que pertenece como miembro de un grupo humano unido por leyes, tradiciones, aspiraciones, por un conjunto de elementos comunes que fundamentan la pertenencia a él. Para generar esa pertenencia se requiere establecer una totalidad más amplia que dé cabida a las personas, respetando su individualidad y diferencia. De manera que, el individuo llega a ser persona e integrante de la sociedad, en la medida que concebimos a ésta como el conjunto de las condiciones institucionalizadas que posibilitan y albergan a las personas libres basada en un respeto mutuo. Al respecto

³¹ Hegel, G.W.F., ob.cit., p.102.

³² Hegel, G.W.F., ob. cit., p.107.

Hegel señala: “El derecho de los individuos a una determinación subjetiva de la libertad tiene su cumplimiento en el hecho de que pertenecen a una realidad ética, pues la certeza de su libertad tiene su verdad en esa objetividad y en lo ético ellos poseen efectivamente su propia esencia, su universalidad interior”.³³

No se trata que las instituciones, especialmente el Estado, actúen ejerciendo un control sobre los sujetos e impongan un único esquema de valores, sino que el hombre como parte de estos colectivos organizados se realice como ser determinado y totalmente consciente de sí, “cuando el mundo de la libertad existente le ha devenido infiel, aquella voluntad ya no se encuentra a sí misma en los deberes vigentes y debe tratar de conquistar en la interioridad ideal la armonía que ha perdido en la realidad. Cuando la autoconciencia aprehende y adquiere de esta manera su derecho formal, todo depende de cómo está constituido el contenido que ella se da.”³⁴ La normatividad debe sustentarse no en la fuerza, sino en la identificación de los individuos con las leyes, las instituciones políticas y sociales. En esta perspectiva es insostenible afirmar que las minorías ignoradas pueden sentir algún grado de identificación con el sistema que los desconoce. El ámbito social es la única totalidad existente y en él se debe procurar la realización de las exigencias de la libertad de todo individuo, siendo éstas las condiciones mínimas que no pueden transgredirse por la totalidad social. Del tránsito de la familia a la sociedad civil se produce una escisión, el sujeto aprende a postergar su subjetividad privada y arbitraria educando la voluntad para realizarse en una universalidad superior, no natural como la familia, pero tampoco alienada como en la sociedad civil, sino verdaderamente subjetiva.

Podemos concluir que todo individuo es sujeto inicialmente, es decir, singularidad, indeterminación, libertad no desarrollada, no actualizada, pura potencialidad que deviene en persona. Al actualizar tal potencialidad, la persona es el sujeto en movimiento y éste se realiza dentro de los colectivos en los que le corresponde actuar (regulación normativa). Se requiere conciliar la doble direccionalidad de persona, como individuo peculiar, distinto y como participante de una comunidad en la que se constituye como tal. Por esta razón, si estamos analizando el fenómeno discriminatorio, no podemos desconocer la importancia que tiene el sistema al momento de mejorar las condiciones de vida de las personas, para ello es indispensable comprender que uno de los elementos básicos en la existencia de todo individuo es su capacidad de autodeterminación. Las instituciones políticas deben ser el lugar de unión de la libertad individual y de la realización de los fines que requiere por sí misma el ejercicio de la libertad.

Si ser persona es extender la potencialidad al acto, entonces no podríamos excluir a los homosexuales de alcanzar ese desarrollo marginándolos de la participación en las instituciones.

Alentamos una profundización de la reflexión acerca del hombre, creemos necesario que la legislación cumpla efectivamente su objetivo de regulación y comprensión de todas las personas, el derecho debe tratar a los individuos como personas y éstas, deben

³³ Hegel, G.W.F., ob.cit., p.234.

³⁴ Hegel, G.W.F., ob.cit. p.203.

sentirse como tales al cumplir sus mandatos, lo cual sólo puede acontecer si nuestra concepción de persona coincide con el carácter racional inherente a todo integrante de la sociedad.

1.2.2. Persona y Sociedad

La realidad “persona” va construyéndose a partir de la confluencia de una serie de elementos que van constituyendo esta síntesis existencial. Para algunos autores los elementos determinantes son el cuerpo normativo; para otros, las instituciones y los núcleos organizativos; otros teóricos hablan del rol que cumplen las relaciones de poder en la constitución de toda persona; y algunos, lo fundan en acuerdos convenientes y necesarios para el desarrollo humano.

De cualquier manera, resulta obvio que un elemento fundamental en la conformación de persona es la sociedad, siendo en ese conjunto organizado en el cual se desarrolla el proceso y la construcción de esa realidad denominada persona. Es primordial en la constitución de dicha entidad, la interacción con los otros, por esta razón, resulta imprescindible reflexionar sobre las formas de comunicación y valoración de la naturaleza humana existente en la comunidad, considerando que las conductas discriminatorias son la materialización de un juicio de valor cargado de subestimación respecto a un individuo o un colectivo.

Günther Jakobs habla de la sociedad como un sistema de comunicación normativo, esto es, comunicación plasmada en un cuerpo normativo, que permite el mutuo reconocimiento de las personas como interlocutores válidos al interior de una comunidad. Tal sistema no es entendido como producto de un acuerdo sino más bien un contexto de comunicación, en el que se interactúa válidamente desde una perspectiva social, cuando las acciones y conductas no quebrantan esa red de comunicación formada por normas. De tal manera, las intersubjetividades se dirigen hacia la objetividad, entendida como la conformación de una plataforma común, que no es otra que la sociedad. De lo contrario, sólo habría un estancamiento en individualidades, no traspasables, no comunicables, por ende, no constitutivas de sociedad e incapaces de generar espacios de libertad: “Sin una sociedad en funcionamiento, faltan las condiciones empíricas de la subjetividad. No se trata desde luego de invertir los términos, no se afirma aquí que toda sociedad en funcionamiento sea una sociedad en la que los sujetos obtienen lo que es su derecho, sino que tan sólo se afirma, aunque decididamente, que sin una sociedad en funcionamiento no hay más que un cúmulo casual de individuos humanos que al carecer de algo común de carácter vinculante no conocen mundo objetivo y por ello no pueden traspasar el marco de sus respectivas percepciones individuales”.³⁵ Así, la sociedad se entiende a sí misma a través de las normas, constituyendo y manteniendo la identidad social, de esta manera funciona la comunidad, logra objetivos y se desenvuelve en un ambiente de estabilidad y orden.

Detengámonos un momento en el papel que cumple el derecho en esta

³⁵ Jakobs, Günther, Sociedad, Norma y Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional, Cuadernos Civitas, España, 1996, p.32.

autoafirmación. Jakobs al respecto señala: “Son funciones las prestaciones que -solas o junto con otras- mantienen un sistema”, teniendo esto en mente, la función del derecho penal es reestablecer la comunicación interrumpida por el delito.

La actuación del derecho penal denota la negación del delito y la consecuente reafirmación de la identidad social (autocomprobación para Jakobs); la aplicación de la pena significa que se debe concebir a la sociedad correctamente, esto es, de la forma establecida por el sistema normativo, el que refleja la agrupación organizada e instaura diversos mecanismos para mantener esa ordenación. Las subjetividades son expresiones del cuerpo social, es por ello que Jakobs sostiene: “en algún ámbito el sujeto debe entrar en sociedad, para poder delimitarse y comprenderse como sujeto, pues una subjetividad aislada es tan inimaginable como otras cosas aisladas: sólo ante el trasfondo de lo comparable se muestran los perfiles. Más exactamente, sólo ante el trasfondo del sentido comunicativo aparece el sentido subjetivo. No se trata de que la sociedad, entendida como algo hecho y terminado, se anteponga al sujeto, pero también queda excluido lo contrario. Dicho de otro modo, la subjetividad no sólo es presupuesto, sino también una consecuencia de la sociabilidad. Sin un mundo objetivo vinculante no hay subjetividad y viceversa.”³⁶ El Derecho penal al sancionar determinadas conductas u omisiones confirma la identidad social, restableciéndola, resolviendo un problema social y personal porque la constitución de las personas tiene lugar a través de las normas.

En tal sistema normativo se enfatiza el mantenimiento de la identidad social, porque para Jakobs, “persona es el sujeto mediado por lo social”³⁷. El sujeto se constituye en persona toda vez que actúa conforme a los códigos establecidos por el sistema normativo y es en ese sentido que el autor habla de “representar un papel”. El régimen normativo indica los roles posibles de ejecutar, al actuar de la manera prescrita se transita desde la subjetividad concreta y aislada a una subjetividad comunicada e integrante de una comunidad, que es la forma propia de vivir de las personas. “Persona es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad de su portador, sino que es la representación de una competencia socialmente comprensible”.³⁸ Así, la persona es portadora de un rol impuesto por un sistema objetivo. Analizando lo planteado por Jakobs, todo individuo se encuentra dentro del sistema normativo mientras cumpla el rol asignado por el ordenamiento y que tiene por objeto propender al funcionamiento de la sociedad y solo quedarían excluidos de ésta, aquellos que han pervertido la norma quebrantando el orden social.

Estimamos, que bajo estos presupuestos ser homosexual, lesbiana o heterosexual no constituya obstáculo o aliciente para actuar dentro del sistema normativo. No debiera interesar al orden social las peculiaridades fisiológicas o psicológicas, por llamarlo de alguna manera, sino que importa el individuo en tanto parte necesaria del funcionamiento

³⁶ Jakobs, Günther, ob.cit., p.34.

³⁷ Jakobs Günther, ob.cit. p. 50.

³⁸ Al respecto Jakobs menciona tres conceptos, persona, sujeto mediado por lo social; competencia, ámbito de cometidos adscrito y norma como expectativa social institucionalizada.

social. Aristóteles decía que el hombre es un ser social por naturaleza y sólo en la comunidad podía alcanzar su forma más perfecta y acabada.³⁹ De modo que, para lograr vivir en sociedad se requiere establecer lazos de comunicación, contar con un fundamento común que proporcione ciertas certezas en la convivencia humana. Se impone llegar a una objetividad, lo que no significa una anulación de la subjetividad, sino más bien un desarrollo y una consolidación de ella. Detenerse en las individualidades impide acceder a los otros, constituir una sociedad y, consecuentemente, la configuración de personas. Es contradictorio e imposible considerar un universo social constituido por un único individuo, puesto que la realidad nos demuestra que nuestra existencia se origina y desarrolla paralelamente a las existencias de los otros.

El sistema normativo es la plataforma común que permite la vinculación entre iguales e instala un tipo de comunicación que Jakobs llama “personal”.⁴⁰

Si bien, el enfoque elaborado por Jakobs está referido específicamente al Derecho Penal, creemos que es perfectamente extrapolable a las otras ramas del derecho. Basándonos en la concepción que tiene el autor de la sociedad, como un sistema de comunicación, y de la función asignada al Derecho Penal, reestablecer la comunicación interrumpida por el delito, podemos concluir que, corresponde al derecho el reestablecimiento de la situación social, la superación de los obstáculos que impiden la comunicación y la conservación de la sociedad en la que, como hemos dicho anteriormente, el sujeto se constituye en persona. “En conclusión el Derecho Penal no se desarrolla en la conciencia individual, sino en la comunicación. Sus actores son personas (tanto el autor como la víctima, como el juez) y sus condiciones no las estipula un sentimiento individual, sino la sociedad. La principal condición para una sociedad que es respetuosa con la libertad de actuación es la personalización de los sujetos”.⁴¹ Creemos que si ser persona es actuar en conformidad al rol establecido en el sistema normativo, entonces, estos roles no debieran excluir a un importante sector de individuos, que permanecen marginados del ordenamiento jurídico sin un reconocimiento a su forma de vida. Esto nos hace cuestionar la legitimidad del sistema y la coherencia de sus normas en cuanto a su racionalidad, en la que supuestamente se debería cimentar el orden jurídico.

Para Jakobs, en la sociedad se da la constitución del sujeto en persona, se construye dicha entidad en un margen de comunicación generado y mantenido por las normas. Si todo individuo para ser persona requiere actuar en sociedad, surge la siguiente interrogante, respecto de los ordenamientos particulares y actuales en que estamos inmersos: ¿Cuál es el criterio utilizado para excluir de esta comunicabilidad a ciertos sujetos cuya orientación sexual no es la convencional? A nuestro entender no se justifica

³⁹ En concepto de Aristóteles la concreción y el reconocimiento de ésta, o sea del hombre como animal social, se da a partir de la existencia del otro.

⁴⁰ Jakobs destaca otro tipo de comunicación, la instrumental. Esta es aquella en que los interlocutores no se vislumbran como personas, sino como medios, en que la visión del otro estará dependiendo de los intereses de quien lo observa.

⁴¹ Jakobs, Günther, ob.cit., p.67

dicha exclusión, porque la orientación sexual pertenece al ámbito meramente privado y no tiene por objeto atentar en contra de la totalidad organizada (sociedad).

En concepto de Jakobs, es la comunicación personal la que define a los sujetos como personas: “En la comunicación personal [...] este reconocimiento como igual consiste, ciertamente en una adscripción; pero ésta no puede fingirse de forma arbitraria: todo aquel que niegue su racionalidad de forma demasiado evidente o establezca su propia identidad de forma excesivamente independiente de las condiciones de una comunidad jurídica, ya no puede ser tratado razonablemente como persona en Derecho, en todo caso no en ese momento.”⁴²

Aún cuando extremáramos nuestro razonamiento, no podríamos sostener que la práctica de la sexualidad pueda alejar a la persona de la comunidad jurídica, en razón que su ejercicio y contenido sólo puede ser determinada por cada uno.⁴³ La sexualidad y la orientación sexual conforman una esfera fundamental en la vida singular de cada sujeto, en la que, creemos, no corresponde establecer restricciones, toda vez que no exista un interés superior ni un daño real a los otros. Por el contrario, afirmamos que aleja a la comunidad heterosexual de la esfera social plantearse un sistema de vida como único y exclusivamente válido, lo que además de ser falso, resulta inconsistente, constituyendo un desconocimiento de la humanidad existente en cada persona: “Lo que interesa primordialmente es lo siguiente: el individuo emprende algo que sólo tiene sentido si no se encuentra solo en el mundo. Así acepta a los otros como seres iguales a sí mismo y se ve a sí mismo (de otra manera esto sería imposible) como la “voluntad que es libre”, es decir que se concibe como un centro que ya no se limita a la administración de las propias preferencias”.⁴⁴

La comunicación normativa es una expresión que se aplica a una gama diversa de personas, a quienes se les debe respeto en virtud de su calidad de tal. Se requiere comunicación, regulación, porque somos diversos y en virtud de la diferencia se establecen normas que permitan la convivencia, pero es evidente que restringir, ignorar y sancionar no contribuyen a fortalecer la sociedad ni a dar vida a una comunicación efectivamente personal: “El Derecho se establece para aquellos que pueden ser caracterizados como personas en Derecho”⁴⁵; entonces para que éste siga cumpliendo su rol, esto es, mantenga la autocomprobación social, debe existir una adecuación entre el sistema normativo y esa identidad social a la que pretende aplicarse, ello se alcanza al considerar la dinámica inherente a la relación persona e identidad social. No se puede desconocer que el hombre evoluciona y que el Derecho, si bien, constituye un sistema

⁴² Jakobs, Günther, ob.cit., p.70.

⁴³ Lo que se busca es que en las conceptualizaciones estén reconocidas las distinciones que hacen identificable a un individuo o sujeto como perteneciente a una colectividad. La sexualidad y su práctica son distintivos de un individuo como el hecho de tener ojos azules, por tanto es absurdo excluir de la comunidad jurídica a los individuos en razón de sus peculiaridades.

⁴⁴ Jakobs, Günther, ob. cit., p.79.

⁴⁵ Jakobs, Günther, ob.cit., p.82.

abstracto, y busca la mayor generalidad posible, es un sistema aplicable a individuos, la concreción de la norma se expresa en sujetos particulares, en consecuencia resulta indispensable reelaborar nuestra visión de las normas fundándola en una concepción incondicionada de persona.

La realidad persona es inherente a la sociedad, no obstante, existen individuos al margen de la malla normativa, así ocurre con los homosexuales. Podrá argumentarse que no hay en el derecho, salvo algunas legislaciones, norma que prohíba la homosexualidad o el lesbianismo; empero, resulta claro que están excluidos de ciertas instituciones jurídicas, por ejemplo, el matrimonio, seguridad social que incluya otorgar beneficios a parejas del mismo sexo, etc. El discurso de estos grupos relativo a su realidad no logra repercutir en el sistema normativo, lo que consecuentemente, hace que el derecho no contemple cambios que los incluya. El problema sólo será superado en la medida que los planteamientos de los grupos excluidos logren legitimarse y formen parte de la normatividad vigente.

No se trata de establecer normas especiales que lejos de beneficiar a homosexuales y lesbianas aumentaran la brecha entre las personas, no se trata de aislarlos normativamente, más bien se trata de hacer más representativo el ordenamiento jurídico, que el derecho efectivamente cumpla su papel de mediador de la convivencia de las diferentes personas.

1.2.3. Del sujeto o los modos de sujeción en Michel Foucault

“No es pues el poder, sino el sujeto lo que constituye el tema general de mis investigaciones”⁴⁶

“Hay dos significados de la palabra sujeto: sometido a otro a través del control y la dependencia, y sujeto atado a su propia identidad por la conciencia o el conocimiento de sí mismo. Ambos significados sugieren una forma de poder que subyuga y somete”⁴⁷

La temática de la sexualidad es abordada ampliamente durante la última etapa de trabajo de Michel Foucault. En el pensamiento de Foucault existen tres ejes principales y nítidamente distinguibles que forman ontologías históricas definidas en relación a la verdad, al poder y a la ética, conformando a los individuos como sujetos de conocimiento, sujetos que actúan sobre los otros y como sujetos de acción moral respectivamente. Al decir ontologías históricas nos referimos a las conceptualizaciones, definiciones y problematizaciones que tienen una raíz histórica y contribuyen a la composición de un determinado ente (persona). Para Foucault “el hombre es un invento reciente”, con esta afirmación alude al carácter móvil del sujeto, lo concibe como una permanente construcción que se constituye por la acción de experiencias, de ejercicios y relaciones, que van a ser analizadas históricamente por el autor, ya que de esa manera es posible saber qué prácticas han llevado en un momento dado a constituir a un sujeto normal, un

⁴⁶ Foucault, Michel, www.campogrupal.com/poder.html &language=es. El sujeto y el poder. Michel Foucault. (Traducción de Santiago Carassale y Angélica Vitale)

⁴⁷ Foucault, Michel, ob. cit.

loco, político, sexual, etc...: “el sujeto es constituido a través de prácticas de sujeción, o de una manera más autónoma, a través de prácticas de liberación, de libertad, como en la antigüedad; sobre la base, por supuesto, de una cantidad de reglas, estilos, invenciones, que se pueden hallar en el entorno cultural”⁴⁸. De modo que, el sujeto se va conformando en juegos simbólicos y de verdad, relaciones de poder; en síntesis, en prácticas reales que ha experimentado el individuo a través de la historia, cuyo énfasis y objetivo han variado, dando lugar a sujetos diferentes, a “yo” distintos, atendiendo a los principios que han orientado las diversas etapas históricas (antigüedad, la edad media, la modernidad), en especial, el advenimiento del cristianismo.

Foucault habla de pensar las cosas “de otro modo”, para clarificar lo que quiere expresar veamos qué entiende por pensamiento: “Si por pensamiento se entiende el acto que pone en sus diversas relaciones posibles un sujeto y un objeto, una historia crítica del pensamiento sería un análisis de las condiciones en las que se forman o modifican ciertas relaciones de sujeto a objeto, en la medida en que éstas son constitutivas de un saber posible”.⁴⁹

Lo que Foucault sugiere es la superación del giro copernicano propuesto por Kant⁵⁰, abandonar la sujeción a modelos antropológicos, analizar las cosas tal y cómo ocurren en la realidad, de esa manera se generaran espacios de libertad en los que pueda surgir una subjetividad verdadera, esto es, esferas en las que el sujeto pueda decir la verdad acerca de sí mismo. Para emprender esta tarea, Foucault efectúa un análisis que comienza con la sujeción clínica del individuo en los establecimientos médicos (sanatorios), continúa con el encierro penitenciario del individuo (cárceles) y termina con la configuración del sujeto deseante en la sexualidad: “busco más bien producir una historia de los diferentes modos de subjetivación de los seres humanos en nuestra cultura; he tratado desde esta óptica, de los tres modos de objetivación que transforman a los seres humanos en sujetos. Primeramente, están los diferentes modos de investigación que buscan acceder al estatuto de ciencia... la objetivación del sujeto productivo, del sujeto que trabaja en la economía. En la segunda parte de mi trabajo, he estudiado la objetivación del sujeto en lo que llamaré las prácticas escindientes. El sujeto es dividido en el interior de sí mismo o dividido de los otros. Este proceso hace de él un objeto. La partición entre loco y hombre juicioso, enfermo e individuo sano, criminal y “buen chico”, ilustra esta tendencia. Finalmente, he buscado estudiar... el modo en que el ser humano ha aprendido a reconocerse como sujeto de una sexualidad.”⁵¹ En la sexualidad existe la obligación de

⁴⁸ Foucault, Michel, *El Yo Minimalista*, Editorial Biblioteca de la Mirada, Argentina, 1996, p.136, (en adelante Yo).

⁴⁹ Foucault, Michel, *Tecnologías del Yo*, Ediciones Paidós, España, 1991, p.p. 25-26, corresponde a un artículo de Maurice Florence, seudónimo utilizado por Foucault, (en adelante Tecnología).

⁵⁰ Antes y después del giro copernicano propuesto por Kant las cosas se pensaban en torno a la relación sujeto-objeto, lo que Foucault plantea es observar esta relación dentro de la contextualización histórica en la que ha surgido. Se trata de salir del sujeto y fijar la mirada en las prácticas que van configurando al sujeto como objeto de un determinado conocimiento “...ver como se produce la constitución de un sujeto que no está dado definitivamente, que no es aquello a partir de lo cual la verdad se da en la historia, sino de un sujeto que se constituyó en el interior mismo de ésta y que, a cada instante, es fundado y vuelto a fundar por ella. Foucault, M, “La verdad y las formas jurídicas”, Editorial Gedisa, Barcelona 1991, p.16.

decir la verdad acerca de uno mismo, en esta esfera humana se da un acoplamiento singular entre la prohibición de hacer y la obligación de decir. Resulta claro que en el caso de las minorías sexuales, el mandato será que se puede ser homosexual, lesbiana, bisexual, más no parecerlo. En el sistema de la sexualidad se ha instaurado un subsistema por medio del cual se busca descifrar la verdad del individuo, se trata de explicar todo lo que el individuo es por medio de su sexo. Así, vemos de qué modo el tema de una “Historia de la Sexualidad” puede inscribirse en el interior del proyecto general del autor: se trata de analizar “la sexualidad” como un modo de experiencia históricamente singular en el cual el sujeto es objetivado para sí mismo y para los otros, a través de ciertos procedimientos precisos de “gobierno”.⁵²

El sujeto es un producto, ahora para determinar los elementos que confluyen en su constitución hay que atender a las técnicas del yo, a los modos de sujeción, entendiéndose por tales “el modo en que las personas son invitadas o incitadas a reconocer sus obligaciones morales”.⁵³ Foucault habla del hombre como un constructo, es decir, como un objeto, un mero producto de la mente, el sujeto ha desaparecido pasando a ser el objeto de las ciencias, es determinado por discursos que lo van configurando de una manera interesada, por ello, el autor francés exhorta a una redefinición, a que el hombre no desaparezca convertido en objeto sino que se consolide como persona.

El tema de la discriminación por orientación sexual nos demuestra claramente que la persona se encuentra sometida a variados medios de sujeción, expresados a través de dispositivos distintos que obedecen a las diversas esferas de la vida. El lenguaje a través del cual se dictamina y traduce lo concebido como normal/anormal, prohibido/permitido, va señalando de manera directa o, a veces, ligeramente velada aquello que se concilia con los parámetros deseados, permitidos e instaurados socialmente, dejando fuera lo que excede el general sentido de la normalidad, y sólo estigmatizándolo como algo si no patológico, al menos merecedor de intervención a través de la rehabilitación.

Analizar la realidad sujeto es una tarea compleja, observar lo que ocurre con la síntesis existencial en la esfera de la sexualidad es una tarea aún más ardua, pero, al igual que Michel Foucault, creemos que sólo examinando las etapas que la humanidad ha atravesado en la configuración de lo que hoy somos, nos permitirá tener alguna noción acerca de lo que se debe hacer para aproximarnos a una subjetividad verdadera, es decir, una des-objetivación del individuo.

En la labor de adentrarse hacia “uno mismo” y la relación de gobierno respecto de sí mismo y de los otros, Foucault nos habla de las tecnologías de sí, éstas “son aquellas técnicas que permiten a los individuos efectuar un cierto número de operaciones en sus propios cuerpos, en sus almas, en sus pensamientos, en sus conductas, y ello de un

⁵¹ Foucault, Michel, Tecnologías, pp.20-21.

⁵² Para Foucault el concepto de gobernabilidad es el contacto entre las tecnologías de dominación de los otros y las técnicas de dominación de uno mismo.

⁵³ Foucault, Michel, Yo, p.64.

modo tal que los transforme a sí mismos, que los modifique, con el fin de alcanzar un estado de perfección, o de felicidad, o de pureza, o de poder sobrenatural, etc.”⁵⁴ La mutación del sujeto y la moralidad a la que se adscribe se produjo por la evolución del principio imperante en la cultura a través del tiempo. En la antigüedad primaba como imperativo el “**cuidado de sí**” por sobre el “**conócete a ti mismo**”, esto significa primeramente preocuparse de sí, lo que deviene en un ulterior conocimiento de sí. Con el cristianismo varió profundamente esta relación, pasando a primar el principio délfico que representa un abandono del sujeto, es decir, una búsqueda en el exterior y una posterior renuncia de sí mismo. Las reglas se centran en la relación con los demás y no con “uno mismo”. El cuidado de sí no es mera contemplación, por el contrario es movimiento, actividad, en esta técnica lo importante es **el hacer** más que **el pensar**, se enfatiza en las acciones más que en los exámenes de conciencia para descubrir faltas o pecados.

No pretendemos realizar un estudio acabado del pensamiento de Foucault, sin embargo, creemos que el autor exhibe con singular claridad las transformaciones que ha experimentado el sujeto, concluyendo que lejos de llevarlo a un desarrollo mayor, lo único que han logrado es limitarlo por medio de prácticas que buscan establecer una homogeneización de los individuos. En definitiva, creemos que la idea es plantearnos las interrogantes respecto del saber, de las experiencias, de las diversas formas del ejercicio del poder. Ahora bien, podrá alegarse que lo propuesto dista de tener algún contenido jurídico claro, a esto replicamos, dado que nuestro tema, la discriminación por orientación sexual, como otras esferas de la personalidad, está supeditada a relaciones de poder y claramente el derecho constituye una instancia de poder e influencia que se ejerce sobre los cuerpos. “lo que trato de hacer es una arqueología del discurso sobre la sexualidad, que es en realidad la relación entre lo que hacemos, lo que estamos obligados a hacer, lo que nos está permitido hacer, lo que nos está prohibido hacer en el campo de la sexualidad y lo que está prohibido, permitido, o es obligatorio decir sobre nuestro comportamiento sexual. Ése es el nudo, no es una cuestión de fantasía; es un problema de verbalización”.⁵⁵

En la obra de este autor se analizan las relaciones de poder que pesan sobre el individuo toda vez que se examinan los distintos elementos que confluyen en la constitución del sujeto, así nos dice: “deseo saber cómo la reflexibilidad del sujeto y el discurso de la verdad están vinculados - ¿cómo puede el sujeto decir la verdad sobre sí mismo? Y creo que las relaciones de poder ejerciéndose unas sobre otras constituyen uno de los elementos determinantes en esta relación que estoy analizando”.⁵⁶ Las relaciones de poder, es decir, los juegos de verdad, las instituciones, los dispositivos, los controles que rodean e influyen sustancialmente en la conformación de los sujetos, pareciera mostrar un Foucault determinista o un pensamiento poco optimista del futuro del hombre, pero si atendemos a la etapa dedicada a la subjetividad, a la ética del pensamiento del filósofo, advertiremos que la descripción y comprensión de los procesos

⁵⁴ Foucault, Michel, Tecnologías, pp.35-36.

⁵⁵ Foucault, Michel, Yo, p.9.

⁵⁶ Foucault, Michel, ob. cit., p.124.

por los cuales se conforma el “yo” es el medio más idóneo para pasar de una fase reflexiva a un ciclo activo, lo que el autor llama la “**estética de la existencia**”, una esfera de libertad propiamente tal, que implica recuperar **la esencia del arte de vivir**.

La realidad planteada por Foucault resulta dura y compleja, el sujeto no existe como tal, en su lugar hallamos un sujeto-objeto surgido a partir de prácticas, de relaciones de poder y fuerza, en síntesis es un objeto de conocimiento “sólo puede haber una relación de violencia, dominación, poder y fuerza, una relación de violación. El conocimiento sólo puede ser una violación de las cosas a conocer y no percepción, reconocimiento, identificación de o con ellas”.⁵⁷ Es por ello necesario que el sujeto se construya a sí mismo, y para alcanzar tal objetivo requiere colocarse al margen de las distintas relaciones de poder que lo han ido configurando a través de la historia. Para construirse a sí mismo parece inevitable salir del sistema, vivir en la marginalidad, pero de esa manera el individuo se escinde, asimilándose en ese presupuesto a todos aquellos que están fuera de la normalidad, como el loco, el criminal, etc.

La disyuntiva entonces es quedarse dentro del sistema y someterse a los distintos dispositivos que actúan y conforman al sujeto o construirse a sí mismo al margen de toda norma, de todo sistema. Resumiendo, ¿conviene ser persona en sociedad, esto es dentro de una organización que regula la convivencia entre los individuos? Foucault no entrega una respuesta concreta, creemos que es difícil que las personas por diversas razones se sitúen al margen de esta red denominada sociedad, toda nuestra vida se configura alrededor de distintas agrupaciones (familia, colegio, universidad), parece difícil, más bien imposible, desarrollarse al margen de toda organización.

Frente a la aporía foucaultiana sólo nos resta aspirar a construir una sociedad verdaderamente democrática -en esto separándonos del esquema foucaultiano- fundada en el principio del reconocimiento mutuo, entendido no como una actitud paternalista ni restrictiva sino tal como señalara nítidamente el filósofo canadiense Charles Taylor, como la exigencia de “dar reconocimiento y status a algo que no es universalmente compartido”.⁵⁸

Nuestro propósito ha sido examinar a través de Foucault , Hegel, Jakobs y Kant los elementos que van constituyendo al individuo en persona.

Sin duda uno de los componentes más importantes en la configuración de esta entidad es la sociedad, en ese contexto se construyen los parámetros y se determinan los roles que las personas desarrollarán en sus vidas. De este significativo hecho se desprende que las relaciones de poder son una realidad consustancial a nuestra existencia. El individuo reproduce las relaciones de poder en su interacción con los demás, por esta razón es importante, sino fundamental, atender a la forma de expresión de estas relaciones, es decir, los discursos legales, cognoscitivos, médicos, entre otros, que nos indican el tipo de persona que estamos elaborando.

⁵⁷ Foucault, Michel, “La Verdad y las Formas Jurídicas”, Editorial Gedisa, Barcelona, 1991, p.24.

⁵⁸ Citado por Arcos Rivas, Arleison, El Multiculturalismo y la Política del Reconocimiento, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p.4, sitio: <http://www.geocities.com/arleison/taylor.htm>.

Aceptar a la sociedad como la plataforma común en la cual las personas se desenvuelven no puede significar la renuncia a lo particular. La convivencia no se sustenta en la homogeneización de sus participantes, sino en la consideración en un plano horizontal de las realidades múltiples que contiene cada persona.

En nuestra opinión, es persona todo individuo que se desenvuelve en un colectivo -familia, colegio, trabajo- en el cual predominan relaciones múltiples de poder, siendo el derecho un producto de éstas. Hay que atender a que toda persona tiene el mismo valor por el hecho de estar dotado de dignidad, en consecuencia goza de una serie de derechos fundamentales, siendo la autonomía moral uno de ellos, por lo que el derecho al reconocerlos lo debe hacer en un plano horizontal.

La orientación sexual forma parte de cada persona, como tal está presente en el transcurso de su vida, no se puede obligar a las minorías sexuales a escindir su comportamiento, a repetir conductas ajenas a sus deseos y necesidades, porque con ello se estaría desconociendo su autonomía moral, es decir, su capacidad de diseñar su proyecto de vida.

En definitiva, persona es una entidad multidimensional, dotada de razón, voluntad y libertad, capacidades que le confieren autonomía moral, permitiéndole ejercer libremente las opciones y potencialidades existentes en cada individuo y que finalmente lo configuran en un ser único.

Tras esta reflexión pasaremos a revisar el planteamiento tanto de Hegel como de Jakobs que nos ofrecen una visión diversa -aunque todas de raíz sistémica- de la esbozada por Foucault. En ambos autores hay una convicción que sé es persona sólo en el derecho y en la sociedad.

Una de las dimensiones que conforma a toda persona es la sexualidad, la cuestión primera respecto de este tema es preguntarnos por qué dificulta tanto hablar acerca de ella. Develar los discursos que se han erigido en torno a la sexualidad es un asunto de no poca importancia, y ello porque al analizar las distintas argumentaciones existentes observaremos que a su alrededor se han ido construyendo discursos que esconden los verdaderos intereses que los sostienen.

A través de la obra de Michel Foucault analizaremos los dispositivos de poder que se entrelazan a la sexualidad. La vinculación con el cuerpo, uno de los principales objetivos del conocimiento; el discurso permitido acerca de la sexualidad, importa saber qué se hace con el cuerpo, qué se quiere. Por su intermedio, según M. Foucault, se busca controlar la existencia completa del individuo, somos -todos los individuos- objetos de una ideología del control que extiende sus sistemas en función de la industria, la economía, en una palabra de la producción y el trabajo traduciéndose este afán económico en formas jurídicas que le dan permanencia y un halo de legitimidad.

CAPITULO SEGUNDO. SEXUALIDAD Y LIBERTAD SEXUAL

2.1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE SEXUALIDAD EN FOUCAULT

La reflexión acerca de la sexualidad en otros países ⁵⁹ es radicalmente distinta a la nuestra, evolucionando positivamente en la discusión y soluciones de diversa índole dadas al tema de la homosexualidad.

La analítica histórica ⁶⁰ empleada por Foucault en la totalidad de su obra, será estudiada en el presente capítulo en torno a la sexualidad. La cuestión primordial es acercarnos a la verdad acerca de nosotros mismos y esa tarea la efectúa develando las relaciones existentes entre el saber y el poder. Analizar los discursos, las prácticas, las instituciones, es el método empleado para reconstruir la forma en que se han establecido

⁵⁹ Ver capítulos IV y V.

⁶⁰ Con esta denominación nos referimos a la contextualización del hombre en relación con los diversos elementos que lo van configurando como sujeto.

determinados órdenes económicos, políticos, sociales y jurídicos en los cuales se han desenvuelto las personas a través de la historia.

En el caso de la sexualidad, la atención es enfocada a la esfera del deseo y al proceso de subjetivación, esto es, la forma por la que el individuo se constituye en “sujeto deseante”, en el sujeto de la sexualidad.

La sexualidad no es “el secreto”, aunque sigue siendo una esfera que sólo concierne al individuo, pero, como veremos a través del análisis de Foucault, es una dimensión humana altamente instrumentalizada, interrogada y obligada a emitir discursos que concuerden con la normalidad instituida.

El poder se manifiesta de diversas formas, la acción coercitiva no es su representación más ostensible, lejos de ello, se ha planteado una reformulación del ejercicio del poder, más tenue y teóricamente más potente, ya no se habla de control sino de normalización de las conductas, “el poder no es una institución, y no es una estructura, no es cierta potencia de la que algunos estarían dotados: es el nombre que se presta a una situación estratégica compleja en una sociedad dada”⁶¹. Esto refleja que el poder ya no es única y exclusivamente una imposición fáctica, violenta o directamente represiva, sino que aparece formulado como una red de prácticas de aprendizajes, de rehabilitación de conductas y obviamente del sujeto en su integridad. Al respecto Foucault nos indica: “El análisis en términos de poder no debe postular, como datos iniciales, la soberanía del Estado, la forma de la ley o la unidad global de una dominación; éstas son más bien formas terminales”.⁶²

Foucault no desconoce que durante mucho tiempo la respuesta a la sexualidad fue la represión, excluyendo del lenguaje todo lo relativo a ella, las únicas respuestas posibles a su enunciación fueron la censura, la prohibición, el silencio. No obstante, posteriormente el panorama cambió abruptamente, comenzando una etapa de proliferación de discursos, lo cual no debe llevar a engaños, puesto que la densidad discursiva no significa una apertura a consideraciones más integrales de la sexualidad humana: “desde el fin del siglo XVI la “puesta en discurso” del sexo, lejos de sufrir un proceso de restricción, ha estado por el contrario sometida a un mecanismo de incitación creciente; que las técnicas de poder ejercidas sobre el sexo no han obedecido a un principio de selección rigurosa sino, en cambio, de diseminación e implantación de sexualidades poliformas, y que la voluntad de saber no se ha detenido ante un tabú intocable sino que se ha encarnizado -a través, sin duda de numerosos errores- en constituir una ciencia de la sexualidad.”⁶³

Frente al tema de la sexualidad surge el imperativo de hablar públicamente, sin embargo, el lenguaje empleado para escudriñar el sexo ha sido condicionado, no se trata de hablar impúdicamente, sino a la manera de una confesión, declaración necesaria a partir del carácter secreto del sexo. Las sociedades modernas han elaborado un discurso

⁶¹ Foucault, Michel, Historia de la Sexualidad, Tomo I, La Voluntad de Saber, Siglo XXI Editores, México, 1991, p. 113 (en adelante Voluntad).

⁶² Foucault, Michel, ob. cit. p. 112.

⁶³ Foucault, Michel, ob. cit., p.20.

que convierte al sexo en el gran secreto, desnaturalizando y convirtiéndolo en una zona misteriosa. Otorgarle tal carácter conlleva ciertas consecuencias: al ser aquello que debe ser develado se vuelve un objeto de conocimiento, se establecen métodos que permiten reunir información respecto de él. Tratándose de una esfera humana, es preciso interrogar al agente de la sexualidad, el individuo.

La interrogante busca penetrar en los ámbitos más recónditos del individuo, llegar a la zona del deseo, para ello la interpelación se hace desde diversas perspectivas, la ley, iglesia, medicina, colegios, internados. Obviamente, la profundización del conocimiento de la sexualidad nos conduce a las distintas gamas que participan de ella, apareciendo las sexualidades periféricas, que capturan la atención de las disciplinas que se han volcado al análisis de la misma. Actualmente “se interroga a la sexualidad de los niños, a la de los locos y a la de los criminales; al placer de quienes no aman al otro sexo; a las ensoñaciones, las obsesiones, las pequeñas manías o las grandes furias. A todas estas figuras, antaño apenas advertidas, les toca... avanzar y tomar la palabra y realizar la difícil confesión de lo que son”.⁶⁴

El talante frente a las sexualidades diversas no es represión ni prohibición, lo que no quiere decir aceptación, puesto que la relación de poder se enmarca en funciones nuevas, se produce, lo que Foucault denomina, la **“implantación de perversiones”**. De esta forma, la sodomía inicialmente se concibió como una práctica sexual, una conducta determinada, separada del sujeto; luego, a partir del siglo XIX, se identificó con el sujeto ejecutante, pero no cualquiera sino con aquel que reuniera ciertas cualidades, entre ellas, la definitoria es ser homosexual, convirtiéndose ésta en un todo determinante de su personalidad. De modo que, la sexualidad periférica no es sólo una dimensión más del individuo, sino una especie de realidad que trasciende todo su ser. El poder ha penetrado los cuerpos de las sexualidades periféricas definiendo la personalidad de los sujetos a partir de ella, la práctica de la homosexualidad ha escapado los márgenes conductuales para asentarse en formas de vida.

En realidad consideramos que la sexualidad es una parte de la vida de cada hombre y mujer, por lo que no debemos sobredimensionarla a tal punto de pretender que ella nos dé razón de todo lo que cada persona es.

Por medio de diversos mecanismos de intervención se busca una verdad acerca del sexo, y no podría ser de otro modo, pues recordemos, que el sexo constituye el secreto, por ende, se precisa acercarlo a la superficie y ello se logra mediante la implantación de sistemas confesionales. Al decir de Foucault nuestras sociedades son singularmente confesantes. Existe en el interior de los sujetos una predisposición a confesar, a volcar lo que existe en sus pensamientos, sentimientos, sueños, aún lo que ni siquiera se piensa debe ser dicho como una forma de redención. Sobre la base de lo confesado se ha constituido una *Scientia Sexualis* que se contrapone a la *arts erótica* desarrollada por otras sociedades.⁶⁵

⁶⁴ Foucault, Michel, ob.cit., p.51.

⁶⁵ Las sociedades orientales y árabes, entre otras, buscaban la verdad sobre el sexo en base a la vivencia de experiencias que condujeran al placer, no se planteaba otro objetivo a la iniciación, sólo estaba el placer por sí mismo.

Claramente, la verdad sobre el sexo no se constituye sobre la base de la sola confesión, sino que se consolida con la presencia de un interlocutor: padre, médico, profesor.

La proliferación de discursos evidencia que la esfera sexual es una dimensión altamente instrumentalizable, porque a fin de dominarla se pretende acrecentar su saber, no para alcanzar un mayor conocimiento y constituir una sociedad basada en el respeto a las diferencias que la integran, sino para intervenirla de una manera más perspicaz, mediación que asume caracteres de normalización de las conductas sexuales.

En este trabazón, marcado por la multiplicidad de discursos basados en revelaciones obtenidas mediante mecanismos aparentemente clínicos, surge como correlato la "sexualidad". Esta conceptualmente se definió como "un dominio penetrable por procesos patológicos, y que por lo tanto exigía intervenciones terapéuticas o de normalización; un campo de significaciones que descifrar, un lugar de procesos ocultos por mecanismos específicos; un foco de relaciones causales indefinidas, una palabra oscura que hay que desemboscar y, a la vez escuchar".⁶⁶

Es patente que el sexo no es un tema neutral sino un fértil campo en el que actúan las relaciones de poder. En este sentido Foucault señala que, la instrumentalización de la sexualidad se presenta por la movilidad estratégica que origina, esto significa que a partir del sexo se generan numerosos mecanismos que intervienen las conductas humanas y los cuerpos de los individuos.

A partir del siglo XVIII se observan cuatro conjuntos estratégicos de la sexualidad: expresión de la relación saber-poder; la histerización del cuerpo de la mujer; pedagogización del sexo del niño, socialización de las conductas procreadoras y psiquiatrización del placer perverso. De este modo, se constituyen en objetos de saber: la mujer histérica, el niño onanista, la pareja maltusiana y el adulto perverso; en otro momento serán otras las denominaciones, pero igualmente el objeto final será el ejercicio de control subrepticio sobre el individuo.

Todo esto tiene una explicación, no es fácil lograr del individuo una obediencia absoluta a un determinado conjunto regulador, por lo que se hace necesario buscar otros dispositivos que permitan un control efectivo, sobreviniendo un orden político nuevo, en cuyo interior se deslizan estrategias de aprendizaje, de economía, de salud y normativas distintas a las existentes.

El poder de normalización no obliga ni paraliza sino que define los términos del orden y del desorden, incitando la producción de actos, gestos y discursos según un parámetro de normalidad dado. En concepto de Foucault, se inaugura una forma de poder diferente al existente en el Estado Soberano Clásico, cuyos mecanismos de autoridad demandaban la vida y bienes de los gobernados. En cambio, el poder actual ha promovido mecanismos y formas tendientes a diversificar su influencia, teniendo como objetivo moldear la vida del individuo, su producción, administración, cuidado, etc.

En ese contexto surgen como estrategias de aplicación del poder la anátomo-política (instituciones que tienen como objeto disciplinar el cuerpo) y la bio-política (instituciones

⁶⁶ Foucault, Michel, ob.cit., p.86.

que tienen por finalidad la regulación de la especie humana). Ambas se relacionan con los artilugios de poder-saber y los fenómenos relacionados con la vida. Por lo que la dominación de las subjetividades está marcada por el bio-poder en el cual se integran los mecanismos de normalización y los sistemas más generales de la soberanía individual. En tal sentido, los procesos de medicalización de los miembros de la colectividad, de las conductas y deseos, apoyados en la supuesta neutralidad del discurso científico, son el nexo entre la normalización y la gestión de la vida de los sujetos. En definitiva, la utilización de ambas tácticas (anátomo-política y bio-política), busca aprisionar al individuo a través de su propio cuerpo, circunscribiéndolo a fines ajenos a los de su propio poseedor.

Al analizar la sexualidad, y con ello al sujeto deseante, no es posible soslayar el análisis histórico realizado por Foucault, que da cuenta cómo se ha ido modificando la relación deseo-placer y el examen moralizante respecto de éstos. Creemos ineludible hacer una breve mención acerca de esta materia, en el entendido que la observación de esta evolución permite comprender la forma en que se ha concebido el sexo y por qué en nuestra época asistimos a una excesiva exaltación de él. Incluso se ha llegado al extremo de definir, a nuestro juicio erradamente, los distintos aspectos del individuo a partir de esta categoría, sin cuestionar que gran parte de lo que se ha dicho es producto de relaciones de poder, que lejos de inaugurar una sociedad más tolerante han hecho más instrumentalizable esta dimensión humana.

Un indicio de la brecha entre la concepción actual de los placeres sexuales y la de la Grecia Antigua, lo detectamos en la imposibilidad de hallar un equivalente en el idioma griego para la palabra sexualidad, no obstante las numerosas expresiones existentes en la lengua clásica. Entre todas ellas, el filósofo francés selecciona aphrodisia que viene a ser los “actos, gestos, contactos que buscan cierta forma de placer”.⁶⁷

En la palabra aphrodisia la diferencia con la sexualidad no es sólo nominal. “Acto, deseo y placer” forman un conjunto cuyo funcionamiento es circular; la reflexión moral no surge para calificar cuáles son los deseos, los actos o los placeres vividos, sino para determinar cuál es la actitud respecto de ellos. Entonces la interrogante moral es: se ha actuado con temperancia, con dominio de sí o, por el contrario, se ha dejado llevar por los impulsos. Lo que interesa destacar es la actividad desplegada en la experiencia de la aphrodisia: “lo que distingue a unos hombres de otros; tanto dentro de la medicina como dentro de la moral, no es tanto el tipo de objetos hacia los que se orientan ni el modo de práctica sexual que prefieren; es, ante todo, la intensidad de dicha práctica. La separación está entre el menos y el más: moderación o incontinencia”.⁶⁸

En la sexualidad no se considera la conjunción de estos elementos (acto, deseo y placer) sino que opera, más bien, una apreciación disociativa provocada por la implantación de criterios de utilidad respecto de la experiencia sexual, por ejemplo, la sola reproducción, una calificación negativa tanto del deseo como del placer, si bien no pecaminosa por lo menos culposa.

⁶⁷ Foucault, Michel, *Historia de la Sexualidad: El Uso de los Placeres*, Tomo II, Siglo XXI Editores, México, 1993, p. 39.

⁶⁸ Foucault, Michel, ob. cit., p. 43.

Si partimos de la base que la experiencia de la aphrodisia no centra su atención en la forma ni en el objeto del deseo, advertimos que la sexualidad tiene un carácter eminentemente natural, con ello la alejamos de las declaraciones que prejuzgan la normalidad o licitud del ejercicio de ella en base a la elección de pareja del mismo sexo.

Retomemos la cuestión moral, en unas palabras ésta radica en la prudencia en el actuar. Ahora, para fijar sus límites no se acude a un catálogo de conductas permitidas o prohibidas, sino que existen ciertos parámetros que el individuo debe observar, que son: la necesidad, el momento y el estatuto (edad, temperamento, madurez); de esta manera adquiere dinamismo el contexto del comportamiento prudente dentro del cual podrá moverse el individuo en el uso de los placeres para hacer del goce de ellos un arte.⁶⁹ En el cuestionamiento moral respecto del uso de los placeres es relevante el dominio que el individuo ejerce consigo mismo, lo que se denomina *enkrateia*. La moralidad del comportamiento no depende de la extinción de los deseos, tampoco de la heterosexualidad de las relaciones sino de la práctica continua de ocuparse de sí mismo a través de la aceptación del combate que deberá librar cada persona sobre sus propios deseos para satisfacerlos plenamente, sin hacerse esclavos de ellos. “No es pues universalizando la regla de su acción que, en esta forma de moral, el individuo se constituye como sujeto ético; bien al contrario, es mediante una actitud y una búsqueda que individualizan su acción, la modulan y pueden incluso darle un brillo singular por la estructura racional y pensada que le proporciona”.⁷⁰

Las conductas se ciñen a los mandatos contenidos en códigos universales que han derivado en una visión totalizante del cuerpo, manifestándose en lo que Foucault llama “hermenéutica del deseo y del sujeto”, guarneciéndose teóricamente en el humanismo, construyendo todo un sistema razonable, en apariencia, que permite y explica la convivencia pacífica de los hombres en los distintos colectivos que integra: “el humanismo es lo que ha inventado paso a paso estas soberanías sometidas que son: el alma (soberana sobre el cuerpo, sometida a Dios), la conciencia (soberana en el orden del juicio, sometida al orden de la verdad), el individuo (soberano titular de sus derechos, sometido a las leyes de la naturaleza o a las reglas de la sociedad), la libertad fundamental (interiormente soberana, exteriormente consentidora y adaptada a su destino)... [en suma] es el conjunto de discursos mediante los cuales se le dice al hombre occidental: “si bien tú no ejerces el poder, puedes sin embargo ser soberano. Aún más: cuanto más renuncies a ejercer el poder y cuanto más sometido estés a lo que se te impone, más serás soberano”.⁷¹

Resulta evidente que el poder no es algo lejano a nuestras existencias, por el contrario, cotidianamente estamos inmersos en relaciones de poder que construyen

⁶⁹ La mención de estos tres elementos nos indica que el carácter moral de la conducta de la aphrodisia no significa el apego a cánones universales (no existe un código unitario), sino que enriquece la práctica dando ciertas directrices que sólo tienen por objeto acercar al individuo al arte sexual.

⁷⁰ Foucault, Michel, ob. cit., p.61.

⁷¹ Foucault, Michel, *Microfísica del Poder: Más allá del Bien y el Mal*, Ediciones de la Piqueta, Madrid, 1992, p.34.

discursos sobre algún aspecto de la vida del individuo, sujetándolo a una determinada verdad. Una de las aristas de esa construcción teórica han sido los discursos elaborados respecto del sexo, se ha erigido a éste como la gran puerta para conocer al hombre, se ha convertido en el abecé de la persona, justificando con ello, la intervención y la incorporación de criterios que delimitan lo normal-permitido de lo anormal-prohibido.

En el caso de las minorías sexuales, al ser cuestionadas y, sobre todo, restringidas en el ejercicio de sus preferencias sexuales se podría tender a su marginación del sistema, conllevando el peligro que la sexualidad deje de ser una dimensión humana para pasar a ser lo único que define al individuo, desperfilándose la personalidad de cada homosexual y lesbiana y perdiéndose el objetivo y el derecho que tiene toda persona a ser reconocida como tal.

2.2. LIBERTAD SEXUAL

Si el tema tratado en este trabajo es la orientación sexual, más propiamente hablando, el derecho de toda persona a ejercer su orientación sexual, entonces resulta imprescindible hablar de la libertad. Existen numerosas definiciones respecto de ésta; ha sido un tema arduamente debatido tanto por la filosofía como por el derecho, discusión trascendente porque cada vez que tratamos de responder a la pregunta acerca de lo que somos o de lo que podemos hacer, necesariamente la respuesta dependerá del contenido de la definición adoptada y de la protección que el cuerpo normativo le haya brindado. Digamos que, la libertad es la facultad por medio de la cual la voluntad es dueña de sus actos o tiene en sí el principio de determinación de los mismos. Kant nos entrega dos nociones de ésta, la define como la facultad de comenzar por sí misma a actuar, sin necesidad de presuponer la aplicación de otra causa; y también como autonomía, esto es, la capacidad de darse a sí mismo la ley moral, única moralidad digna del hombre. Por consiguiente, al hablar de libertad estamos discutiendo sobre la capacidad que tiene la persona para determinarse a sí misma.

Sabemos que el derecho proporciona diversos mecanismos a través de los cuales se protege a la persona, así encontramos en los distintos ordenamientos disposiciones tendientes a tutelar el ejercicio de la libertad por parte de los individuos. La dogmática penal discute el contenido de la libertad sexual, planteándose variadas posiciones al respecto. Por una parte, se la define en forma negativa, como la facultad de una persona para repeler los atentados que otro individuo pueda intentar ejercer en la esfera sexual de ella. En cambio, otro sector de la doctrina la define en forma amplia, comprendiendo la facultad de hacer y de evitar, conceptualizándola como “la facultad de disponer del propio cuerpo sin más limitaciones que el respeto por la libertad ajena y, al mismo tiempo, como facultad de repeler las agresiones sexuales de otro”.⁷² En el contenido de esta definición se distingue un aspecto positivo y uno negativo de la libertad sexual; el primero, se refiere a la capacidad del individuo de hacer o de actuar en el ámbito sexual, es decir, la facultad

⁷² Rodríguez Collao, Luis, Delitos Sexuales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p.61.

de ejercer la sexualidad en las circunstancias y con la persona que desee en forma libre o bien abstenerse de realizar cualquier acto al respecto; la segunda, se refiere a la facultad de rechazar los actos que otra persona pretenda ejercer respecto de él.

Existe otro sector que establece como límite al ejercicio de la sexualidad consideraciones de tipo moral; de manera que, las restricciones a su ejercicio no se basan en el respeto a la libertad ajena sino que obedecen a intereses de algunos segmentos de la sociedad, amparadas únicamente en criterios que adolecen de objetividad e imparcialidad.

Si analizamos nuestro ordenamiento jurídico no encontraremos ninguna disposición que aluda expresamente al derecho a la libertad sexual. Sin embargo, y así se ha dejado entrever, el derecho penal lo reconoce tratándose de los delitos sexuales, ya que en ellos se está protegiendo y sancionando aquellas conductas que atentan contra la determinación de toda persona en materia sexual.

La sexualidad no se refiere únicamente a una cuestión genital, sino que abarca también el aspecto afectivo vinculado a esa dimensión. En ese entendido creemos que la libertad sexual no puede concebirse únicamente como una facultad negativa, es decir, tendiente a rechazar las intromisiones en la esfera sexual de cada persona, mal podría entonces desconocer la facultad inherente a toda persona de disponer de su cuerpo y afectividad. En nuestra opinión, el ordenamiento jurídico sólo debe establecer como límites al ejercicio de la sexualidad la libertad del otro y el principio de responsabilidad del propio sujeto. En consecuencia, formulamos que el derecho tiene una base moral, pero dicha base debe ser incondicionada, es decir, no debe estar sujeta a intereses particulares; solo de esa manera todas las personas podrán gozar efectivamente de igualdad ante el Derecho.

Nuestra Constitución contiene los principios básicos de igualdad y libertad de todas las personas, por esta razón resulta paradójico que nuestra legislación contemple situaciones discriminatorias a las minorías sexuales, es preciso adecuar nuestras normas a los principios que fundamentan la dignidad de toda persona. De tal modo que, los tópicos tratados como la no discriminación, la igualdad, la libertad y el principio mismo de la autonomía moral, a pesar de articularse como fundamento constitucional seguirán siendo un mero programa, un articulado metafórico, en la medida que las herramientas de reacción otorgadas en caso de su conculcación no sean efectivas, dando paso a la perpetuación de un régimen civil excluyente.

CAPITULO TERCERO. DISCRIMINACION POR ORIENTACION SEXUAL

3.1. DISCRIMINACIÓN PROPIAMENTE TAL

El término “discriminación” se puede tomar en dos sentidos. Uno apunta a la capacidad que tenemos de diferenciar, discernir, distinguir dentro de una categoría dada, por ejemplo tal cosa es chica, grande, triangular, circular. El otro, dice relación más bien con la idea de diferenciar sin haber motivo para ello, es decir, sin justificación de acuerdo a ciertas categorías. Al referirnos a ella -discriminación- lo haremos en este último sentido, o sea, se incurre en ésta al distinguir erróneamente, despectivamente, infringiendo el principio de igualdad.

Nuestra sociedad, por regla general, tiende a clasificar a las personas por sus cualidades innatas, por ejemplo se da un trato diferenciado a mujeres, indígenas, menores de edad, jóvenes, minorías sexuales. Lo controvertido, a nuestro entender, no es diferenciar a secas sino hacerlo en base a atributos personales en los cuales el sujeto carece de toda autodeterminación, como sucede con la raza, sexo, clase social y orientación sexual, transformando la percepción de lo diferente en meros prejuicios. Es imperioso aprender que estamos inmersos en una sociedad diversa, con cosmovisiones,

culturas, proyectos de vida individuales, que obviamente pueden ser compartidos por otras personas, pero que a la vez son distintos respecto de otros. El sostener proyectos de vida disímiles no es un criterio que justifique la discriminación en ningún sentido, menos aún, en el plano jurídico, que precisamente es una construcción humana que debe propender al bien común de todas las personas. En resumen, se incurre en discriminación -en el sentido negativo antes señalado- por parte de la sociedad y del ordenamiento jurídico, al utilizar criterios arbitrarios para establecer tratamientos diversos, como los citados anteriormente.

Es pertinente distinguir entre igualdad a secas y principio de igualdad. Los Principios más que fuente relevante del derecho positivo, trascienden la norma al ser la base sobre la que se funda. Entendemos por principio “un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”.⁷³ Por consiguiente, el principio de igualdad dice relación con un modelo, una pauta a seguir, **es normativo** por el hecho de dirigir la conducta humana, en el sentido de respetar igualitariamente el goce y ejercicio de los derechos fundamentales y, por negación, proscribire la discriminación.

La discriminación se concibe necesariamente dentro de una contingencia determinada, en relación con una conducta humana. Por ello, al hablar de discriminación lo haremos en el sentido de vulneración del principio de igualdad, puesto que es la otra cara de él, por tanto si éste no es respetado estaríamos incurriendo en discriminación.

Se sostiene que el concepto de igualdad tiene significados o aspectos distintos dependiendo del modelo que se adopte. De manera que, al referirnos a la igualdad podemos aludir a la igualdad formal y material, igualdad de oportunidades, igualdad ante la ley, igualdad en la ley, igual dignidad de toda persona, igual reconocimiento de los derechos humanos, etc... Una parte de la doctrina distingue dos aspectos esenciales de la igualdad: la igualdad de la ciudadanía democrática -aspecto formal- y la igualdad de condición o expectativas de vida -aspecto material-. La primera, se condice con la igualdad en el goce y ejercicio de derechos básicos; mientras que la segunda, se relaciona con la idea de dotar al ser humano de un nivel mínimo de beneficios sociales y económicos que le permitan llevar a cabo su proyecto de vida.⁷⁴

En particular, nos ocuparemos de la igualdad ante la ley e igualdad en el ejercicio de los derechos, aspectos relevantes de la igualdad formal. La igualdad ante la ley comprende el deber del legislador y juez de no discriminar arbitrariamente en el contenido de la ley y en la aplicación de la ley, respectivamente.

Un ordenamiento jurídico respetuoso del principio de igualdad le incumbe reconocer y proteger de manera igualitaria un catálogo de derechos del que todo miembro de la

⁷³ Dworkin, Ronald, “Los Derechos en Serio”, Editorial Ariel S.A., Barcelona, cuarta reimpresión, marzo 1999, p. 72. Para un análisis más acabado sobre las particularidades entre normas, principios y directrices, véase páginas 72 a 80 de la obra citada.

⁷⁴ Ver: Espejo Yaksic, Nicolás, “La Garantía de la no Discriminación y el Principio de igualdad”, en Cuadernos de Análisis Jurídico: Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público, Serie de Publicaciones Especiales N°10, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2000.

comunidad es portador por el sólo hecho de ser persona, a fin de evitar discriminaciones arbitrarias en el goce y ejercicio de tales derechos.

El principio de igualdad es “un concepto relacional, la igualdad admite dos preguntas posibles, a saber, igualdad entre quienes e igualdad respecto de qué”⁷⁵. La igualdad se debe dar respecto de **todos** los individuos de la especie humana -quiénes-; mientras el objeto -qué- a igualar son los derechos cuya titularidad sólo exige la condición de ser persona. El igualitario goce y ejercicio de los derechos fundamentales -aspectos de la igualdad formal- debe ser complementado con la igualdad material, entendiendo que ésta “no sólo incluye el acceso a satisfactores de necesidades, sino también supone el acceso a bienes intangibles que surgen de la propia interacción de los seres humanos entre sí. El principal de esos bienes primarios es el autorespeto y la autoimagen que los seres humanos suelen aprender en el trato cotidiano con los demás.”⁷⁶. La aspiración es que el ordenamiento jurídico otorgue las condiciones básicas para la autodeterminación de las personas en lo concerniente a su vida privada, respetando así la libertad individual en todo aquello que no afecte a los demás miembros de la colectividad, como sucede con la orientación sexual, aspecto esencial de todo individuo. A decir de Dworkin, la sociedad se debe estructurar en base “al principio de neutralidad del Estado Liberal asentado sobre la necesidad de articular un sistema de imparcialidad respecto de la moralidad privada desde una concepción normativa del principio de “igual valor” moral de la persona, su igual derecho a ser respetado en sus convicciones, y su derecho a valerse de los recursos necesarios para poder llevar a cabo una vida digna en igualdad de condiciones respecto de todos los demás”.⁷⁷ En el fondo, adhiriendo a lo sostenido por R. Dworkin, el principio de igualdad vela por impedir un trato diferenciador arbitrario, por ende se basa en tratar a las personas con igual consideración y respeto. La igualdad de trato, planteada por este autor, se refiere a que los seres humanos por el mero hecho de serlo somos portadores de una serie de derechos que implican ser tratados “con igual consideración y respeto” que cualquier otro, pese a nuestras diferencias consubstanciales.

Ahora bien, es patente que todas las personas somos distintas, entonces ¿cómo opera el principio de igualdad frente a la diversidad? Anteriormente habíamos planteado que el principio de igualdad es normativo y no descriptivo: “Cuando decimos que todos los hombres son iguales no estamos describiendo lo que ocurre en el mundo [...] En realidad somos muy conscientes de que existen diferencias entre los hombres y difícilmente podemos encontrar dos que tengan cualidades idénticas. El principio de igualdad no es un principio descriptivo de la realidad social, sino que es una exigencia, nos indica cómo deben ser los hombres en una sociedad justa. Poco importa que los hombres tengan cualidades naturales diferentes. La igualdad es una exigencia del

⁷⁵ Peña González, Carlos, “El Derecho Civil en su Relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en Cuaderno de Análisis Jurídico: “Sistema Jurídico y Derechos Humanos”, Serie de Publicaciones Especiales N° 6, Editorial Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 1996, p. 608, editores: Cecilia Medina y Jorge Mera.

⁷⁶ Peña González, Carlos, ob. cit., p.609.

⁷⁷ Dworkin, Ronald. ob. cit. P. 95.

pensamiento político contemporáneo”.⁷⁸ Por lo mismo, rechazamos la idea de igualdad relativa, que entiende que el principio de igualdad “exige tratar igual a los iguales y diferente a los que son diferentes”. Es sumamente arbitrario determinar cuáles de todas las circunstancias o aspectos que nos hacen distintos se considerarán para hacernos receptores de un trato igual o diverso en virtud de la aplicación de este criterio.⁷⁹

Si bien, el legislador puede tomar en consideración diferencias humanas para establecer un estatuto especial, en virtud del principio de igualdad necesariamente debe dar cuenta de ese tratamiento distinto, es decir, proporcionar justificaciones consistentes. En tal sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido que “una diferenciación es discriminatoria si carece de justificación objetiva y razonable, es decir si no persigue un fin legítimo o si carece de una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido”.⁸⁰ Por tanto, dicho órgano destaca tres criterios relevantes a seguir al establecer un trato diverso:

Un fin u objetivo claro.

Que éste sea legítimo, es decir, que sea coherente con la Constitución desde el punto de vista formal y material.

Que los medios empleados sean proporcionales al fin legítimo perseguido, de forma que el trato distinto sea la única alternativa para cumplir con la finalidad de la norma.

Entonces, la orientación sexual de cada persona, independiente cuál sea, no puede ser considerada para los efectos del ejercicio de los derechos civiles y políticos, porque no es una cualidad relevante que demande la aplicación de un tratamiento diverso. Asimismo, en el caso de una trabajadora embarazada y otra que no lo está, la condición de la primera es meritoria de un tratamiento especial, no incurriendo en discriminación.

3.2. TRATAMIENTO JURÍDICO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN NUESTRO DERECHO INTERNO

Nuestro derecho interno no contiene ninguna norma expresa que proteja la orientación sexual de las personas. En el ámbito del derecho internacional, sólo a través de fórmulas abiertas como “o cualquier otra condición” se podría incluir la orientación sexual dentro de las normas sobre discriminación.

⁷⁸ Calsamiglia, Albert, “Sobre el Principio de Igualdad”, citado por Atria, Fernando, en “El Concepto Constitucional de Igualdad”, Memoria de la Escuela de Derecho, Universidad de Chile, 1994, p. 36.

⁷⁹ Véase Atria, Fernando, ob. cit., p. 39 a 67. El autor hace un acucioso análisis de la aplicación de la igualdad relativa por parte de nuestros tribunales de justicia.

⁸⁰ Corte Europea de Derechos Humanos, Arret Marckx c. Bélgica, 13 de junio de 1979, citado por Velozo, Paulina, “Igualdad y Relaciones Familiares”, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 2000, p. 233.

Analizando nuestro derecho interno podemos constatar varias disposiciones altamente discriminatorias contra las minorías sexuales. De este modo, el Código Penal chileno en el artículo 373 señala: “Los que de cualquier modo ofendieren el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia, no comprendidos expresamente en otros artículos de este Código, sufrirán la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio”. Dicha norma usualmente es invocada para detener y permitir la agresión verbal y/o física en contra de personas travestis u homosexuales que ejercen el comercio sexual. Sin embargo, la prostitución no se encuentra penalizada en nuestro ordenamiento jurídico, sólo se establece en el Código Sanitario el deber de las autoridades de controlar a las personas que ejerzan el comercio sexual por cuestiones de salud. En realidad, a nuestro criterio, este tipo de normas justifican la represión de conductas sexuales entre personas de un mismo sexo, basta que para una moralidad particular, la de funcionarios de Carabineros en su función fiscalizadora del orden público, las considere atentatoria contra las buenas costumbres. Conjuntamente, la ley no señala con claridad de qué forma se ofende la moral o las buenas costumbres; como tampoco qué hechos pueden revestir grave escándalo o trascendencia, lo que implica dejar un gran margen de discrecionalidad en poder de los agentes de control, y, a nuestro pesar, la experiencia demuestra que normalmente ella se traduce en una discriminación arbitraria.

Dentro de la reciente reforma a los delitos sexuales se despenalizó las relaciones homosexuales consentidas entre hombres adultos, tipificadas en el antiguo artículo 365 del Código Penal.⁸¹ Actualmente, sólo se tipifican las relaciones sodomíticas cuando hay **acceso carnal** convarón menor de 18 años, sin importar si hubo consentimiento. No existe ninguna referencia a las conductas sexuales entre mujeres.

3.2.1. El principio de igualdad en la Constitución chilena

Nuestra Constitución comienza proclamando en el **artículo 1º inciso 1º** que:

“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.”

En este precepto se consagra la **libertad** para diseñar nuestro proyecto de vida sin la injerencia de algún otro. Tanto en la construcción como en el desarrollo de éste, se debe otorgar **igual** respeto y consideración, es decir, ninguna persona puede interferir en la confección del proyecto de vida de otro, precisamente porque todos somos dignos. De este modo, se respeta la autonomía moral de cada persona como manifestación del principio de igualdad, el que tiene su fundamento en la **dignidad** esencial de todo ser humano.

Como hemos advertido precedentemente, la razón, voluntad y libertad son los

⁸¹ Nuestro legislador penal se limitaba a penalizar sólo las relaciones sexuales entre varones siempre que hubiera coito anal. Al parecer, el legislador penal entendía que la homosexualidad se daba sólo entre varones y que dichas relaciones se reducían al coito anal, excluyendo otras formas de intimidad sexual; asimismo, excluía las relaciones sexuales entre dos mujeres. Ver: Sánchez Rivera, Cristián, “Autonomía Moral y las Minorías Sexuales”, Tesis de Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Diego Portales, 1995.

elementos que otorgan a la persona un carácter especial. En la misma dirección, el autor Luis Rodríguez Collao destaca tres campos fundamentales de proyección de la dignidad humana que merecen en nuestro concepto particular atención:

1° La subjetivación del individuo. Con ella se alude al carácter de sujeto de la persona, éste no debe ser considerado y, menos, tratado como objeto. Kant en la “Crítica de la Razón Práctica” señala que, el hombre es un fin en sí mismo y no debe subordinarse a un objetivo externo, aún cuando dicho fin se considere superior y beneficioso para la mayoría: “obra de tal suerte que siempre tomes a la humanidad como fin y jamás la utilices como simple medio, ya en tu persona, ya en la persona de cualquier otro”⁸². Por consiguiente, la subjetivación del individuo implica tratar a la persona humana como un ente dotado de inteligencia, voluntad y libertad, proscribiendo su instrumentalización.

2° Autonomía del individuo. En virtud de la inteligencia, voluntad y libertad la persona puede autodeterminarse, pues confluyen los elementos necesarios para que pueda decidir, conforme a sus principios y valores, un modelo de vida. Así lo concibe el Tribunal Constitucional Español señalando que, “la dignidad de la persona está substancialmente relacionada con la dimensión moral de la vida humana y se manifiesta de modo singular en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida, implicando, por esto, una pretensión de respeto por parte de los demás”.⁸³ Se explicita en este fallo el deber del Estado de generar óptimas condiciones que permitan el desarrollo integral de cada persona, lo que se condice con el contenido del artículo 1° de nuestra Carta Fundamental.

3° La superioridad del individuo. Conforme a lo dicho anteriormente, la persona tiene un rango superior, su lugar en el derecho es central, las normas jurídicas deben tener siempre presente que han sido elaboradas para proteger al sujeto con pleno respeto de su individualidad y particularidad.⁸⁴

Por otra parte, coincidiendo con los postulados de Ronald Dworkin, el principio de igualdad consiste en “tratar al ser humano con igual consideración y respeto”, la persona no es un medio para la realización de fines sino que es un fin en sí mismo. Por tal motivo, se debe respetar su capacidad de autodeterminación según sus ideales, cosmovisión, intereses, etc... El ser humano sólo debe responder por sus actos voluntarios, por ello no se justifica distinguir en atención a cualidades adquiridas, en las que no podemos decidir. Al respecto, en el caso de la orientación sexual hacia personas del mismo sexo, al ser humano incumbe aceptarla como realidad, conviviendo con ella o reprimirla en atención al rechazo de la comunidad. En definitiva, el ordenamiento jurídico debe permitir a las personas construir su proyecto de vida en libertad e igualdad, respetando la autonomía moral de cada individuo, principio consagrado por nuestra constitución⁸⁵.

⁸² Hirschberger, Johannes, Historia de la Filosofía, Tomo II, Editorial Herder, Barcelona 1960, p.185.

⁸³ Sentencia N° 53, de 11 de abril de 1985, en García Valdes y otros, Derecho Penal Constitucional, tomo I, p. 813-870, citado por Rodríguez Collao, Luis, ob. cit., pp. 74 y 75.

⁸⁴ Rodríguez Collao, Luis, ob. cit., pp. 74 y 75.

Artículo 1º inciso 4º:

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

En este inciso el constituyente está reconociendo la capacidad de las personas de construir su plan de vida, es decir de autodeterminarse, pero respetando los derechos y garantías que establece la C.P.R. Evidentemente, el reconocimiento del derecho a la construcción de proyectos de vida incluye la autodeterminación sexual, aspecto central en la vida de las personas. Se erige como gran deber del Estado propender a la realización integral de las personas. A fin de lograr tal objetivo, el Estado debe crear las condiciones indispensables que permitan la construcción de una sociedad diversa, en la que se respete las particularidades de cada proyecto de vida, porque sólo dentro de una sociedad plural y tolerante es posible asumir y explicitar -sin miedo al ridículo, al estigma, a la discriminación-, una orientación sexual por personas del mismo sexo.

Ahora bien, para que todas las personas puedan desarrollar sus proyectos de vida libre e igualitariamente, el constituyente consagró en el artículo 19 un conjunto de garantías amparadas por la acción de protección, entre éstas destacaremos sólo algunas que se relacionan con nuestro tema.

Artículo 19 inciso 2º:

“La Constitución asegura a todas las personas:

La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados [...]

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias;”

En un sentido amplio la igualdad ante la ley hace referencia tanto al contenido de ella como a su aplicación, representando una limitación para el legislador y los tribunales de justicia. En sentido estricto, se ha entendido sólo con relación a la aplicación de la ley.⁸⁶

Concordamos con la doctrina que interpreta la igualdad ante la ley en sentido amplio (igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley), apoyándonos en lo expresado en el inciso 2º del artículo en comento: “Ni **ley** ni **autoridad** alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”. Ciertamente al referirse a la **ley** se está señalando al deber del legislador de respetar este principio en su labor creadora e interpretativa del derecho.

Tal precepto constitucional permite efectuar diferenciaciones a condición que éstas no sean arbitrarias. En esta materia nuestra Constitución sigue la doctrina de la **clasificación razonable**, puesto que prohíbe las discriminaciones arbitrarias sin

⁸⁵ Ver capítulo I y II.

⁸⁶ Las posibles infracciones a la Igualdad en el contenido de la ley pueden ser impugnadas por dos vías, dependiendo si dicha ley ha sido dictada o está en proceso de formación. En el último caso, se impugna a través del Tribunal Constitucional en una fase preventiva; y en la eventualidad que la ley se encuentre vigente, la vía será el recurso de inaplicabilidad. En cambio, la posible vulneración a la igualdad en la aplicación de la ley se impugna por la acción protección.

enumerar los criterios o categorías de diferenciación. Gran parte de la doctrina nacional ha entendido por arbitrario aquello carente de razón que justifique el trato desigual. De tal manera que, la Constitución permite aplicar estatutos especiales siempre que exista una justificación suficiente, en razón que es indispensable diferenciar, sin que este tratamiento implique una excepción al principio de igualdad; por el contrario, es precisamente para hacerlo efectivo, es su confirmación, por ejemplo otorgar subsidios habitacionales a familias de escasos recursos.

Artículo 19 N° 3°:

“La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.”

Estéril sería asegurar la igualdad en la igualdad en la ley si paralelamente no se contempla la obligación del legislador y cualquier otra autoridad del Estado de otorgar igual protección para concretar los derechos que, por alguna circunstancia, tengan que ser impetrados ante ella. En efecto, mediante esta garantía se declara el derecho en los casos concretos, haciendo tangible la legitimidad de nuestro derecho. Por tanto, esta protección supone necesariamente un fácil acceso a las acciones y recursos que la ejerciten. En suma, se trata de alcanzar, por una parte, la eficacia y, por otra, la garantía del ordenamiento jurídico.

Se denomina “igualdad ante la justicia” porque comprende “el derecho a defensa jurídica”, “legalidad del tribunal”, “legalidad del juzgamiento”, “exclusión de presumir de derecho la responsabilidad penal”, “irretroactividad de la ley penal” y “principio de tipicidad”. Todo lo anterior apunta a hacer efectiva la tutela de los derechos en los procesos judiciales y administrativos.

La igualdad ante la ley (artículo 19 N° 2 CPE) y la igualdad en el ejercicio de los derechos (artículo 19 N° 3 CPE), confieren a las personas el derecho a ser igualmente consideradas, restringiendo las potestades de las autoridades del Estado. Por ende, el principio de igualdad prohíbe toda discriminación arbitraria por parte del legislador, jueces y, en general, por todo agente del Estado.⁸⁷

Artículo 19 N° 4:

“El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia.”

La intimidad es aquella esfera de la vida de las personas que se desea mantener al margen del conocimiento de los demás, a menos que la persona consienta en ello. Ciertamente, la orientación sexual es un aspecto de la vida de la persona que pertenece a su vida privada de toda persona.

Compartimos lo sostenido por un sector de la doctrina y jurisprudencia nacional, la que considera el principio de igualdad base de todo ordenamiento jurídico, cuyo fin último debe ser la persona humana; de manera que no tiene sentido garantizar el derecho a la libertad, a la vida o a la propiedad, si no es asegurado a todas las personas atendiendo a sus particularidades: “El de Igualdad no es un derecho constitucional entre los 26 que el

⁸⁷ En cuanto a la posibilidad de invocar el principio de igualdad en contra de particulares, ver Atria, Fernando, ob. cit., pp. 153 y 154.

artículo 19 de la Constitución consagra. Es, me atrevería a decir, el primero de ellos, la garantía constitucional básica, la que en un Estado democrático de Derecho sirve de soporte a la implementación y el ejercicio de las demás.”⁸⁸

3.3. MARCO INTERNACIONAL RESPECTO DE LA NO DISCRIMINACIÓN

Como advertimos precedentemente, el principio de igualdad y no-discriminación debe ser uno de los pilares fundamentales de toda construcción jurídica basada en el respeto a la persona, por ende, también lo es respecto de los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional.

Diferentes tratados internacionales han abordado la temática de la no-discriminación, sin embargo no se consagra explícitamente el derecho a la no-discriminación por orientación sexual, sólo a través de cláusulas abiertas como “o cualquier otra condición” podríamos incluir este derecho. Pese a esta omisión, en los últimos años, algunos organismos internacionales asentados en las disposiciones de tratados internacionales que garantizan la igualdad y prohíben la discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o **cualquier otra condición**, incluyen a la orientación sexual. Así lo interpretó el Comité de Derechos Humanos al revisar las leyes de Tasmania que criminalizan la sodomía consensual entre adultos, estimándolas violatorias del derecho a la privacidad y a la no-discriminación por razones de sexo, ambos derechos contenidos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Entendió el Comité que la discriminación por razones del sexo debía comprender la discriminación por la "orientación sexual" pues ella pertenece a la esfera privada de las personas.⁸⁹

Siguiendo el mismo criterio interpretativo, Amnistía Internacional considera la orientación sexual como una dimensión fundamental de la identidad humana, emitiendo diversas declaraciones en esa dirección. En 1979 proclamó que las personas privadas de libertad por defender los derechos de las minorías sexuales debían considerarse como presos de conciencia; luego, en 1982 reprobó los tratamientos médicos forzados que se aplicaban a los detenidos dirigidos a alterar su orientación sexual; posteriormente, en 1991, expresó que las personas privadas de libertad únicamente por su condición homosexual serían también calificados como presos de conciencia.⁹⁰

⁸⁸ Atria, Fernando, ob. cit., p. 147

⁸⁹ Nicholas Toonen c. Australia, comunicación N° 488/1992, 4 de abril, 1994, Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Documento N.U., CCPR/C/50/D/488/1992, <[http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(SymbolSearch\)/72df23c4e05751cd802567290056e241?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(SymbolSearch)/72df23c4e05751cd802567290056e241?Opendocument)>, visitada el 30 de octubre de 2001 y <http://www.geocities.com/>, Derecho Comparado, visitada en enero de 2002.

⁹⁰ <http://www.geocities.com/>, Derecho Comparado, visitada en enero de 2002.

Nuestra Constitución en el artículo 5 inciso 2° incluye a los tratados internacionales de derechos humanos en el derecho interno:⁹¹

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Es decir, la soberanía del Estado tiene como único límite el respeto de los derechos humanos consagrados en la Constitución o en tratados internacionales que Chile haya ratificado y que se encuentren vigentes. Lo relevante de este artículo radica en otorgarle a los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos rango de supremacía constitucional, pesando sobre el Estado los deberes de respeto, garantía y difusión de los mismos.

El **respeto** de los derechos humanos por parte del Estado obliga a éste a abstenerse de realizar cualquier atentado en contra de ellos; el deber de **protegerlos** y **propugnar** su aplicación, significa desplegar una actividad conducente a propagarlos.⁹²

La incorporación de este inciso en la Constitución ha dado lugar a una ardua discusión en la doctrina nacional acerca de la jerarquía de los tratados internacionales que consagran derechos fundamentales. Un sector opina que, estos tratados tienen rango de ley de la República, en virtud de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 50 N° 1 de la Carta Fundamental: “Son atribuciones exclusivas del Congreso: 1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. **La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley.**” No obstante, otro sector mayoritario considera que de aceptar tal concepción el constituyente no habría manifestado nuevamente el carácter legal de ellos, sino que precisamente por tratarse de derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que limitan el poder del Estado con relación a los individuos, les ha otorgado rango de supremacía constitucional al igual que las garantías contenidas en el artículo 19 de la C.P.R. Dicha controversia tiene gran significación porque si estimamos que los derechos fundamentales consagrados en tratados internacionales tienen rango constitucional se sigue que “no solo puede adicionar o completar los derechos ya asegurados constitucionalmente, sino que puede incorporar preceptos que sean derechos humanos en contradicción con normas constitucionales pre-existentes, por cuanto [...] el criterio central es si el tratado [...] produce un mejoramiento objetivo en la seguridad y garantía de los derechos en Chile, ya que tales derechos no son una creación del Estado ni del constituyente, sino que son inherentes al ser humano”⁹³. Compete al Estado sólo

⁹¹ Esta enmienda se concretó con La ley 18.825 del 17 de agosto de 1989.

⁹² Sobre el deber del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos, ver artículo 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 2.1 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.

⁹³ Nogueira Alcalá, Humberto, “Los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional y su relación con el Derecho Convencional Internacional a la luz del artículo 5° de la Constitución Chilena”, en Cuaderno de Análisis Jurídico N° 27, año 1993, editorial Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, p. 59 y 60.

reconocerlos como tales y conciliarlos con el derecho interno. Más allá de la discusión aludida, tal enmienda constitucional establece el deber de los órganos del Estado de respetar y promover tales derechos.⁹⁴

Los derechos humanos implican un trato provisto de igual respeto y consideración, que conlleva asimismo respetar la intimidad de las personas, garantías reconocidas en la mayoría de los tratados internacionales de derechos humanos. A continuación revisaremos algunas disposiciones de instrumentos internacionales que, en virtud del inciso 2º del artículo 5º de la Constitución, integran nuestro ordenamiento jurídico, relativas al principio de igualdad y al derecho a la intimidad, materias esenciales a considerar en el estudio del libre ejercicio de la orientación sexual de las personas.

3.3.1. La igualdad ante la Ley en Instrumentos Internacionales

Mencionaremos aquellas disposiciones que tienen directa relación con el principio de igualdad, puesto que todo el contenido de dichos instrumentos se funda en el respeto a tal principio.

Convención Americana sobre Derechos Humanos:⁹⁵

Artículo 24: “**Todas las personas son iguales ante la ley.** En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación a igual protección de la ley.”

Declaración Universal de los Derechos Humanos:⁹⁶

Artículo 1: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”

Artículo 7º: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley.”

Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos:⁹⁷

Artículo 26: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, **la ley prohibirá toda discriminación** y garantizará a **todas las personas** protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, **sexo**, idioma, religión, opiniones políticas **o de cualquier índole**, origen nacional o social, posición económica nacimiento **o cualquier otra condición social**”.

⁹⁴ Ver: Medina, Cecilia en “Sistema Jurídico y Derechos Humanos” ob.cit.; Nogueira Alcalá, Humberto, ob. cit., Sánchez Rivera, Cristián, ob. cit.

⁹⁵ En la Conferencia Interamericana sobre Derechos Humanos celebrada el 22 de noviembre de 1969 Chile suscribió la Convención, la ratificó el 21 de agosto de 1990 y la publicó en el diario oficial el 5 de enero de 1991.

⁹⁶ Esta declaración fue suscrita el 10 de diciembre de 1948 en Nueva York; no tiene carácter vinculante por tratarse de una declaración, sin perjuicio que su contenido puede ser estimado como fuente consuetudinaria del derecho internacional.

⁹⁷ Se aprobó el 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea General de Naciones Unidas. La integración a nuestro derecho fue progresivo: se ratificó en 1972, entró en vigor en 1976 y se publicó en el diario Oficial el 29 de abril de 1989.

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre:

Artículo 2º: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.”

Los instrumentos internacionales aludidos consagran la igualdad ante la ley y la igual protección de los derechos de manera similar a nuestra Carta Fundamental. La dignidad de las personas es la base que sostiene el principio de igualdad, en el entendido que: “si todos los seres humanos gozamos de dignidad, no existe ningún principio jurídico que justifique un trato discriminatorio”. Si afirmamos que todas las personas tienen el mismo valor cualquier distinción arbitraria es contraria a la dignidad humana.

Estos instrumentos fijan un conjunto de “categorías sospechosas” que determinan el criterio a seguir al enfrentarse a diferencias, es decir, establecen un conjunto de condiciones que deben ser desestimadas al momento de hacer distinciones en las personas a fin de hacerlas destinatarias de un trato y consideración distinto. Entre ellas no se contempla la orientación sexual, por lo que podría incluirse en la categoría abierta “o cualquier otra condición” o en la mención “sexo”.

3.3.2. Inviolabilidad a la vida privada

Como se advirtió anteriormente, el derecho a la intimidad es un derecho personalísimo cuyo fin radica en mantener en reserva ciertos aspectos de la persona, sin otras limitaciones que las establecidas en la ley. Esta materia, al igual que en la legislación nacional, sólo es tratada en forma genérica en instrumentos internacionales, puesto que hasta la fecha no existen disposiciones que resguarden la intimidad de las personas en el plano sexual, en circunstancias que el ejercicio de la orientación sexual se desarrolla en plenitud en la vida privada de las personas.

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre:

Artículo 5º: “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.”

Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Artículo 11: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada [...]

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Artículo 17.1. “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada [...].

Declaración Universal de los Derechos Humanos:

Artículo 12: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada [...] Toda

persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”

Si bien es cierto, ni nuestro ordenamiento jurídico ni los tratados internacionales de derechos humanos protegen **explícitamente** el derecho al libre ejercicio de la orientación sexual, concluimos que tal omisión no debe ser interpretada como una falta de tutela a tal derecho, sino que habrá que recurrir a otras fuentes del derecho para complementar lo expresado por el legislador nacional e internacional, por ejemplo a los **principios generales que informan el derecho**. Es ineludible considerar que “Una interpretación sistemática y teleológica del texto constitucional obliga a tener en cuenta al tiempo de intentar esclarecer el conjunto de sus preceptos, los principios morales subyacentes al derecho internacional de los derechos humanos, entre los que se cuentan la valorización del ideal de autonomía, la proscripción de reproches por actos no voluntarios y el rechazo de la utilización del ser humano como recurso para la obtención de fines colectivos [...]”⁹⁸. Estos principios no son más que manifestaciones de la dignidad inherente al ser humano cuyo fundamento es la igualdad.

⁹⁸ Peña, Carlos, ob. cit., p. 611.

CAPITULO CUARTO. UNIONES HOMOSEXUALES

4.1. EL DERECHO DE FAMILIA ANTE LA PAREJA HOMOSEXUAL

En capítulos anteriores analizamos los temas de persona, libertad sexual, identidad sexual, orientación sexual, discriminación, entre otros. Se enfatizó que la orientación sexual de cada persona concierne únicamente al ámbito privado, por lo que no es razonable establecer estatutos especiales en razón de ella.

Ahora nos ocuparemos específicamente de algunos aspectos del derecho de familia que se relacionan con el tema de la discriminación por orientación sexual. Partiremos analizando la institución del matrimonio, a continuación nos referiremos a los distintos conceptos de familia que desarrolla la doctrina y que acoge nuestro Código Civil, luego nos detendremos en el concepto de unión de hecho, la posibilidad de considerarla un tipo de familia y, por último, nos centraremos en las uniones de hecho homosexuales y su reconocimiento en el derecho comparado.

4.2. MATRIMONIO

En nuestra Constitución no se consagra el derecho al matrimonio, ni se hace mención alguna a él, únicamente se señala que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, estableciéndose como deber del Estado brindarle protección y propender a su fortalecimiento (C.P.R., artículo 1). En tanto, el Código Civil en el artículo 102 señala que, el matrimonio es “un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”. De tal manera que, únicamente las parejas heterosexuales cuentan con la posibilidad de regular su unión a través del matrimonio civil, constituyendo la diversidad de sexo un requisito esencial para la celebración del matrimonio. Así lo ha entendido también nuestra jurisprudencia, en efecto en un fallo de la Corte Suprema se expresa que, “es de toda evidencia que no pueden reconocerse en Chile aquellos matrimonios que contravengan el orden público chileno, cualquiera sea el valor que se les atribuya en la legislación del país en que se contrajeron. Así, por vía de ejemplo, en Chile no podrá invocarse respecto de una persona residente en Chile, un matrimonio múltiple o contraído por personas de un mismo sexo, puesto que ello vulnera la esencia de esta institución e introduce un factor de desquiciamiento en la constitución de la familia, dentro de la concepción judeocristiana que inspira nuestra legislación sobre la materia.”⁹⁹ Igualmente, se ha sostenido que el fin último del matrimonio es la procreación, y ella es posible sólo en una relación de personas de distinto sexo. No obstante, nuestro legislador permite el matrimonio en artículo de muerte, entre personas estériles y entre parejas que no desean descendencia. En consecuencia, en Chile a las parejas homosexuales sólo les queda la posibilidad de formar una unión al margen de la ley, privándoseles de acceder a un reconocimiento jurídico que permita la regulación de aspectos económicos y personales de importancia para los convivientes.

A nuestro juicio, la finalidad última del matrimonio radica en formar una familia, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente sobre la base del afecto recíproco entre los contrayentes. Nos parece altamente discriminatorio excluir a las parejas homosexuales capaces a la posibilidad de celebrar un matrimonio civil, basados en la circunstancia de estar establecido en la ley civil el requisito de diversidad de sexo; o por contravenir el orden público chileno, término demasiado impreciso y arbitrario; o por la procreación.

Al analizar el principio de igualdad, fundamento de nuestro sistema normativo, con rango constitucional, concluimos que la diferencia de sexo entre la pareja es arbitraria, sobre todo si consideramos lo expresado en el artículo 1º de la C.P.R. que consagra la autonomía moral de cada persona. De manera que, “no puede convertirse la exigibilidad de unos ciertos requisitos para el matrimonio, en un muro infranqueable que malogre el derecho a constituir una familia.”¹⁰⁰

⁹⁹ Fallos del Mes N° 409, Sentencia de la Corte Suprema de 12 de diciembre de 1992, citado por Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, en “Parejas Homosexuales”, Revista de Derecho Comparado, Buenos Aires, Argentina, 2001, p. 9.

El matrimonio, independiente de la trascendencia que tiene en términos sociales, económicos y afectivos, en el ámbito jurídico tiene una importancia capital, puesto que en él se hacen sentir una multiplicidad de efectos, traspasando los límites del derecho civil e involucrándose en otras áreas del derecho, por ejemplo, derecho penal, laboral, de seguridad social, penitenciario.

El estado civil de casado(a) otorga una serie de beneficios a los cónyuges en variadas materias, entre éstas destacan: el derecho a suceder por causa de muerte, derechos de alimento, adoptar menores en forma conjunta, acceder a los beneficios de la seguridad social y a los laborales otorgados a uno de los contrayentes, obtener una vivienda común con mayor facilidad, derecho a disponer de los órganos del cónyuge difunto y del cuerpo en caso de muerte, derecho a no testificar en juicio en contra del cónyuge, derecho del inmigrante a obtener la nacionalidad del otro cónyuge, derecho a representar al cónyuge incapaz. Estos beneficios son otorgados para facilitar, proteger y fortalecer la vida en común de los contrayentes. A la vez, éstos deben cumplir con las obligaciones previstas en la ley civil, como guardarse fidelidad, socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida.

Por las implicancias personales, sociales y económicas del matrimonio, gran parte de la comunidad homosexual lo ha incorporado dentro sus propuestas igualitaristas; sin embargo, la mayoría de las legislaciones continúa contemplando la diferencia de sexo como requisito esencial para la celebración del matrimonio. La excepción la encontramos en el derecho holandés que desde abril de 2001 permite el matrimonio civil entre personas del mismo sexo, equiparándolo al contraído entre personas de distinto sexo, e incluso permite la adopción conjunta por parejas homosexuales, estableciendo un solo estatuto jurídico para el matrimonio, independiente de la orientación sexual de la pareja.

4.3. TIPOS DE FAMILIA

Nuestra Constitución no define el concepto de familia, sólo hace hincapié en considerarla núcleo fundamental de la sociedad y en fijar como garantía constitucional su respeto y protección. El término “familia” señalado en la Carta Fundamental ha sido interpretado por parte de la doctrina nacional como comprensivo de la familia legítima (aquella que se forma por vínculo matrimonial) e ilegítima (formada por la convivencia entre una pareja y su posible descendencia).¹⁰¹

El concepto “familia” es esencialmente dinámico, depende de la contingencia histórica en la cual se analice, fundamentalmente del tipo de sociedad que se trate y de las relaciones de poder que primen en la misma. Sin embargo, en la doctrina y

¹⁰⁰ Diez-Picazo, Luis y Ponce de León, “Las Nuevas Fronteras y la Crisis del Concepto de Familia”, en X Congreso de Derecho de Familia, Ponencias Comisión III, Mendoza, Argentina, septiembre de 1998, p. 63. Opiniones del Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, H.G., en el apartado 4.5.2., extraído de su voto particular en el caso Cossey.

¹⁰¹ Véase Figueroa, Gonzalo, en “Persona, Pareja y Familia”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, pp. 70 a 72.

jurisprudencia nacional ha primado un contenido estático del concepto de familia, equiparándola exclusivamente al matrimonio civil celebrado entre un hombre y una mujer y su posible descendencia.

En la actualidad, doctrina, jurisprudencia y derecho comparado distingue varias formas de organización familiar, abandonando el carácter unívoco de ella:

a) Familia matrimonial: Se constituye por una pareja unida en matrimonio civil, junto con su descendencia. Algunos estiman que la formación de la familia sólo tiene su origen en el matrimonio.¹⁰²

b) Familia ensamblada: Es aquella formada por un matrimonio, pero uno o ambos cónyuges tienen hijos de una relación anterior y a la vez pueden tener hijos en común.

c) Familia monoparental: Se compone por un solo padre o madre junto a su descendencia, como consecuencia de una ruptura matrimonial o de una unión de hecho, o por muerte del otro cónyuge.

d) Familia de hecho: Es la unión de una pareja, con o sin descendencia, sin las formalidades del matrimonio civil. Dentro de este tipo de familia se ubica la familia formada por dos personas del mismo sexo (luego analizaremos con detención este tema).

4.4. UNIONES DE HECHO

Una concepción más moderna de familia podría conducirnos a estimar a las uniones de hecho como un tipo de familia, incluyéndola en el Derecho de Familia, reconociéndole algunos efectos jurídicos en materia sucesoria, vivienda común, seguridad social, extensión de beneficios a favor del conviviente. Lo anterior se explica en la concepción que “familia es una realidad prejurídica que se diseña social y culturalmente, lo que no impide que su constitución se pueda someter a un control del Estado, sobre todo para preservar los derechos de las personas que la integran, pero que lleva a que se desborden las previsiones legales con la formación de grupos al margen de ellas, esto es, lo que se conoce como familia de hecho”¹⁰³.

Variadas exigencias de miembros de parejas de hecho han inducido a dar soluciones a la problemática social y económica que se genera en una unión no reconocida por el derecho. La jurisprudencia y legislación comparada la han incluido en el Derecho de Familia o bien le han extendido determinados beneficios establecidos para el matrimonio.

Nuestro derecho de familia, si bien ha incorporado algunas reformas legislativas

¹⁰² Veáse: Corral Talciani, Hernán, en “Familia y Derecho”, Ediciones Universidad de los Andes, Colección Jurídica, Santiago, 1994.

¹⁰³ López, A.M.; Montés, V.L. y Roca, E., Derecho de Familia, Editorial TIRANT LO BLANCH, Tercera Edición, Valencia, 1997, p. 29.

inspiradas en el principio de igualdad, como es el caso de la Ley de Filiación 19.585, aún existen normas jurídicas discordantes con dicho principio. El ordenamiento jurídico chileno exclusivamente protege el matrimonio civil, desconociendo cualquier otro tipo de unión afectiva, menos aún aquella constituida entre dos personas del mismo sexo, por consiguiente, limitando el concepto de familia a la constituida a través del matrimonio civil.

El reconocimiento jurídico de las uniones entre personas del mismo sexo es un tema claramente controvertido, sobre todo en nuestra sociedad excesivamente homofóbica. No obstante, frente al peso de la realidad, en varios países las uniones de hecho de igual o distinto sexo han sido reconocidas jurídicamente, principalmente, a través del sistema de registro y por vía jurisprudencial.

La doctrina ha dado varias denominaciones a las uniones de hecho, como concubinato, uniones libres o concubinato notorio, uniones estables de parejas, uniones legales, etc. En particular nos interesa resaltar los elementos esenciales de aquella convivencia estable y continuada entre dos personas, con apariencia de matrimonio o *more uxorio*, que constituye una unión de hecho.

Un sector de la doctrina parte de la base que la unión de hecho es aquella que se forma por la convivencia, con cierto grado de permanencia, entre dos personas de distinto sexo a fin de permitir la procreación. En tal dirección se ha pronunciado el autor argentino Gustavo Bossert, quien utiliza el término concubinato para aludir a “la unión permanente de un hombre y una mujer que, sin estar unidos por matrimonio, mantienen una comunidad de habitación y de vida, de modo similar a la que existe entre los cónyuges.”¹⁰⁴ Además, respecto a hacer extensivo los impedimentos para contraer matrimonio, él mismo indica que, tanto las personas que tienen algún impedimento para contraer matrimonio como las que no lo tienen, si en la práctica comparten una vida en común, formarían un concubinato. Este autor considera al concubinato como un tipo de familia, formando parte de esa rama del derecho; además afirma que los impedimentos tienen como objetivo evitar la constitución de un matrimonio no de un concubinato. Los efectos del concubinato quedan establecidos por las circunstancias fácticas que rodean la unión de hecho, esto no se vería alterado por la existencia de impedimentos para contraer matrimonio. Entonces, de acuerdo a lo planteado por el autor argentino, si existe algún impedimento para contraer matrimonio (como puede ser la diferencia de sexo), y a la vez los miembros de la pareja comparten una vida común *more uxorio*, no hay razón jurídica alguna para no reconocer a estas uniones en el derecho de familia. Por lo demás, el mismo autor sostiene que incluso faltando un requisito para formar un concubinato, de igual manera habría que aplicar las normas que regulan dicha unión, en virtud de la semejanza entre ambas, porque no se justifica per se su inaplicabilidad: “En tales supuestos no existirá, en plenitud, el concubinato; pero habrá que estudiar el problema concreto que se plantea, para precisar si, aunque esté dado en otra forma de relación extraconyugal, dicho problema presenta los mismos caracteres, bases y consecuencias prácticas que cuando aparece en el concubinato.

Y si se diera esa similitud, no habría razón alguna para dejar de extender a ese caso

¹⁰⁴ Bossert, Gustavo A, “Régimen Jurídico del Concubinato”, 4º edición, 1º reimposición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 32.

la solución que dentro del concubinato se ofrece a un supuesto similar”¹⁰⁵. En virtud de tales expresiones, no se justifica que las uniones entre personas del mismo sexo no estén comprendidas dentro del Derecho de Familia que, precisamente se erige para la protección de variados tipos de familia, más aún si consideramos que hoy en día las uniones de hecho homosexuales forman parte de nuestra realidad y el derecho no puede ser instrumentalizado para favorecer intereses de algunos ni ser el protector de una moral particular y estática, en vista de la diversidad en la cual estamos inmersos. Pese a tales afirmaciones, el autor en comento es enfático en señalar que las uniones estables homosexuales no pertenecen al campo del derecho de familia, “Dado que en nuestro ámbito jurídico, así como en la mayor parte de los países, el matrimonio es el vínculo existente entre un hombre y una mujer que se han unido conforme a los requisitos de existencia que cada legislación establece, el concepto de concubinato no puede aludir sino a la unión de un hombre con una mujer [...] Sería contradictorio que esta unión de hecho, que obtiene muchos de sus efectos por la apariencia o la similitud con el matrimonio, abarcarse un campo existencial más extenso que éste.

Queda fuera, entonces, del concepto de concubinato y los efectos que éste puede implicar... la unión estable homosexual”¹⁰⁶.

Otros autores van más lejos en sus elucubraciones, negando cualquier valor legal al concubinato o unión de hecho entre personas de igual o distinto sexo, simplemente no lo consideran un estado de familia. Entre éstos se distingue Hernán Corral, quien concluye que “no resulta lógico reconocer en la llamada “familia de hecho” una verdadera y propia familia, pues carece de todo estatuto jurídico, (ni siquiera puede decirse que posea uno natural), que la regule en cuanto grupo o comunidad orgánica, y puesto que se funda en una espontaneidad no comprometida.”¹⁰⁷ Lógicamente, el autor, rechaza con mayor vigor las uniones de hecho entre personas de igual sexo: “pues se trata de convivencias que contrastan frontalmente con la noción de familia que permanece en la sociedad occidental y puesto que además, contravienen uno de los aspectos esenciales de la institución familiar, cual es el de servir de medio eficaz para la perpetuación de la especie.”¹⁰⁸

Igualmente, los autores Luis Díez-Picazo y Ponce de León afirman que: “Si el reducto básico de la idea de familia, y el común denominador de todos los tipos conocidos de ella, es la procreación y la aparición de los nuevos miembros del grupo con la pretensión de los auxilios y de la función de socialización, habrá que convenir que la unión conyugal sólo puede pertenecer al Derecho de familia en la medida en que, por lo menos tendencialmente, constituye el instante de su fundación y el que, desde este punto de

¹⁰⁵ Bossert, Gustavo, ob. Cit. pp. 44 y 45.

¹⁰⁶ Bossert, Gustavo, ob. cit. p. 45.

¹⁰⁷ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., p. 37.

¹⁰⁸ Corral Talciani, Hernán, ob. cit. p. 75. Este autor equipara el matrimonio a la familia, excluyendo cualquier otra unión de pareja del concepto de familia.

vista es adoptada por el ordenamiento jurídico que le otorga un puesto institucional. Es verdad, no obstante, que las relaciones, por más que éstas puedan ser episódicas, entre los progenitores aun cuando éstos no hayan contraído matrimonio, pertenecen también, por lo menos tendencialmente, al Derecho de familia. Al menos, en aquella parte en que dicha relación guarda contacto con el ejercicio de los derechos y de las potestades que el ordenamiento jurídico otorga a los progenitores en relación con los hijos.

Fuera de ello, cualquier otro tipo de uniones que las personas puedan establecer, tiene un carácter nítidamente asociativo y son relaciones que, si se hace abstracción de la mencionada situación entre progenitores, no pertenecen, en sentido estricto al Derecho de familia”¹⁰⁹

Estos autores establecen una serie de supuestos que destacaremos a continuación:

-Resaltan la imposibilidad de incluir las uniones de hecho en el derecho de familia por carecer de un estatuto jurídico propio.

Con lo anterior se incurre en una tautología, por una parte se niega a las uniones de hecho el reconocimiento jurídico por no contar con un estatuto legal especial y por otra, simultáneamente, se oponen a la constitución de una regulación legal sobre esta realidad.

- Parten de la base de la existencia de un concepto unívoco de familia, excluyendo cualquier otra unión que no sea la matrimonial.

Indican que las uniones de hecho quedan fuera del alcance del concepto de familia imperante en la cultura occidental, en circunstancias que países igualmente occidentales, desde la década de 1990, han impulsado la creación de legislación que regula la situación de las parejas homosexuales, e incluso mucho antes se han ocupado de las uniones de hecho entre un hombre y una mujer, incorporando a ambas en el derecho de familia.¹¹⁰

-La única institución familiar válida es aquella constituida en virtud de un matrimonio civil.

Obviamente el matrimonio forma parte importante del derecho de familia, pero no es el único tipo de familia existente, pues junto a él subsisten las uniones de hecho heterosexuales y homosexuales.

- La finalidad última del matrimonio es la procreación.

Este puede ser un fin trascendente y deseable, pero el derecho de familia permite el matrimonio entre personas estériles, ancianas y en artículo de muerte, priorizando la libertad de las personas para someterse a este régimen jurídico. Además, las relaciones sexuales en el matrimonio pertenecen al ámbito privado, no cabe prueba alguna sobre su factibilidad; y en cuanto a la procreación, en la actualidad existen técnicas de

¹⁰⁹ Díez-Picazo, Luis y Ponce de León, en ob. cit., p. 66.

¹¹⁰ En Holanda, Francia, Noruega, Dinamarca, Suecia, Hungría, normalizan las uniones homosexuales dentro del derecho de familia. Perú, Bolivia, Panamá, Paraguay, Guatemala, Honduras, entre otros, reconocen jurídicamente la figura del concubinato o unión de hecho entre personas de distinto sexo.

reproducción asistida, en cuyo caso la relación sexual es irrelevante para la procreación. Por otra parte, es perfectamente posible que a una persona se le otorgue la adopción de un menor, dando lugar a la formación de una familia monoparental, unida por el vínculo de adopción. Del mismo modo, países occidentales conceden la adopción de menores a parejas homosexuales atendiendo al interés superior del menor, es el caso de Holanda.

-Las uniones de hecho por sí mismas no forman parte del derecho de familia, sólo en la contingencia que ella de origen a una descendencia se les aplicará la normativa aludida respecto de la relación entre progenitores e hijos.¹¹¹

Con estas aseveraciones se reafirma la finalidad, dada por estos autores, a la familia, que radica principalmente en la perpetuación de la especie humana. Insistimos que el término familia es un concepto dinámico y en nuestros días se perfilan diversas finalidades de la misma, entre las que hallamos la procreación. En la situación que una pareja comparta un hogar y una vida en común, de manera estable, es altamente arbitrario desconocer jurídicamente tales uniones por la circunstancia de estar impedidos de celebrar el contrato matrimonial y, a la vez, sólo se reconozcan ciertos derechos-deberes en relación con los hijos, es como si se tratara de una seudofamilia. Obviamente el ordenamiento jurídico debe velar por el interés superior del menor, pero es más justo normalizar integralmente la relación entre todos los componentes de la unión, para así poder facilitar y fortalecer este tipo de familia que forma parte de nuestra realidad.

4.4.1. Importancia de la orientación sexual de la pareja en las uniones de hecho

A continuación analizaremos el alcance de la heterosexualidad como elemento esencial en la constitución de la unión de hecho.

Como señalamos anteriormente, nuestra legislación se abstiene de regular las uniones de hecho; en tanto la jurisprudencia ha determinado como elemento esencial de la unión “la heterosexualidad de la pareja”. De este modo, “Una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso estableció en su considerando 8º “Que El concubinato se define como la unión de un hombre y una mujer que mantienen relaciones sexuales y que comparten una vida común”.¹¹²

La unión de hecho, como ya advirtiéramos, se basa en la convivencia more uxorio, que se instaura sobre la *afectio maritalis*¹¹³, esto es, “el consentimiento real y auténtico

¹¹¹ Enunciamos algunos argumentos esgrimidos por los opositores al matrimonio o unión de hecho entre personas del mismo sexo, que tienen cierto grado de argumentación jurídica, no consideramos los que sólo obedecen a impulsos homofóbicos o a las directrices de cierta moral particular.

¹¹² Sentencia de Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 15 de septiembre de 1997, citada por Gómez de la Torre, Maricruz, ob. cit. p. 13.

¹¹³ Concepto elaborado y desarrollado por la doctrina italiana.

dirigido a convivir more uxorio que no genera matrimonio puesto que no se trata de un consentimiento específicamente matrimonial.”¹¹⁴. La doctrina también la entiende como “la amistad auténtica y el afecto recíproco entre los convivientes que es causa y efecto de la convivencia misma. Es por ese afecto que los convivientes cumplen espontáneamente deberes propios de una unión matrimonial y a la larga da lugar al trato de un pie de igualdad entre los miembros de la pareja.”¹¹⁵

Si concordamos que el elemento esencial de la convivencia more uxorio es la affectio maritalis, y ésta consiste en el deseo recíproco, permanente e implícito de convivir more uxorio, entonces “No es esencial la heterosexualidad para que haya affectio maritalis. El matrimonio genera el estado civil de casados y, por tanto, no le son aplicable ni las exigencias del tipo personal del matrimonio ni del tipo patrimonial y por consiguiente puede considerarse a la pareja homosexual en la misma situación jurídica que la pareja heterosexual”.¹¹⁶

Aparte de la affectio maritalis y la diferencia de sexo entre los miembros de la pareja, destacaremos otros elementos indispensables en toda unión de hecho:

Elementos de la convivencia more uxorio:

1.- **Cohabitación, comunidad de vida y lecho**

La cohabitación implica una comunidad de vida en la pareja, se refiere al aspecto íntimo que, en el ámbito matrimonial, es común a los cónyuges. A la vez la cohabitación debe implicar la comunidad de lecho, es decir, la existencia de relaciones sexuales entre la pareja o la apariencia de ellas.

2.- **Notoriedad**

Esta vida en común debe trascender el ámbito privado de la pareja, es decir debe ser de público conocimiento.

3.- **Permanencia**

Debe tener cierta permanencia en el tiempo, la duración de ésta depende de cada legislación.

4.- **Singularidad**

Esto quiere decir que todos los elementos que dan lugar a la unión de hecho deben concurrir solamente entre los dos sujetos que la forman. Sin embargo, esta singularidad no queda destruida por relaciones fugaces y breves que puedan tener algunos de los miembros de la pareja, por lo menos debe existir una apariencia de fidelidad entre ellos.

Estos elementos, al igual que la affectio maritalis, existen con independencia de la orientación sexual de los miembros de la pareja. Por lo que sostenemos que la

¹¹⁴ Gómez de la Torre, Maricruz, ob. cit. p. 11

¹¹⁵ Martín G., María Dora y Weinstein, Graciela, “Concubinato y Uniones de Hecho”, Apuntes de Cátedra, Universidad de Chile, pp. 200 y 201.

¹¹⁶ Gómez de la Torre, Maricruz, ob. cit. p. 12.

convivencia entre una pareja homosexual, vinculados por la *affectio maritalis* y que mantienen una comunidad de vida estable y singular, forman un tipo de familia. En tal orientación se ha pronunciado la Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York: “una visión realista y ciertamente igual de válida de la familia incluye a una pareja de dos adultos con una relación de largo plazo caracterizada por un compromiso e interdependencia sentimental y financiera”¹¹⁷. Parte de la doctrina y legislación comparada lo ha entendido así, concibiendo a la unión de hecho como la “unión sexual de dos personas, del mismo o de distinto sexo, que por vocación de permanencia mantienen una convivencia estable, diferenciándose de aquél [matrimonio] en que su fundamento está en la voluntad constante de convivencia y no en la declaración formal de contraer un vínculo”.¹¹⁸

En atención al carácter dinámico del concepto de familia, reconocido ampliamente por gran parte de la dogmática civilista, y a los imperativos constitucionales que consagran:

- El deber del Estado de proteger a la familia, estimándola como núcleo fundamental de la sociedad, no restringiéndola únicamente a la matrimonial;
- Proscribe cualquier tipo de discriminación arbitraria;
- Reconoce que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos - autonomía moral-

Estimamos que las uniones de hecho homosexuales como heterosexuales constituyen un tipo de familia, por ello todo estatuto jurídico que tienda a proteger y fortalecer a la familia, independiente que se haya creado a propósito del matrimonio, se debe aplicar también a estas uniones. No intentamos equiparar la institución del matrimonio con las uniones de hecho, sino extender los derechos-deberes que nuestra legislación establece a la familia propiamente tal, no importando cuál fuere su origen (matrimonial, no matrimonial), ni tampoco la orientación sexual de sus miembros.

4.5 RECONOCIMIENTO LEGAL DE LA PAREJA HOMOSEXUAL EN EL DERECHO COMPARADO

Hay varios países que a fin de otorgar reconocimiento jurídico a parejas del mismo sexo han implementado variados sistemas. El más difundido ha sido las sociedades o convivencias registradas, reguladas a nivel nacional (gobierno central) y local (estados federales, municipalidades, sindicatos, corporaciones, etc). Obviamente, el catálogo de beneficios es más amplio si la normativa reguladora de la sociedad registrada esta reconocido por los gobiernos centrales. Igualmente, se les ha dado cierto reconocimiento

¹¹⁷ Strasser, Mark, *Legally Wed, Same Sex Marriage and the Constitution*, Cornell University, New York, 1997, p.17, citado por Varas Valenzuela, Maria, en ob. cit.p. 78.

¹¹⁸ López, A.M.; Montés, V.L. y Roca, E., ob. cit., p. 33.

jurídico a través de la creación de contratos ad hoc. Lo significativo es que por medio de estos sistemas las parejas homosexuales tienen la posibilidad de gozar de similares beneficios que los otorgados a personas vinculadas por matrimonio civil.

Últimamente y con la intención de no incurrir en discriminación por orientación sexual, Holanda ha instaurado el matrimonio civil para parejas homosexuales, manteniendo paralelamente el sistema de registro.

La mayor parte de los países se han abstenido de pronunciarse respecto de las uniones de hecho homosexuales. Algunos han abordado parcialmente el problema mediante el reconocimiento de ciertos y determinados beneficios patrimoniales.

A partir de la década de 1990 se ha incrementado el reconocimiento legal de las uniones homosexuales. Variados incentivos han impulsado este cambio: movimientos reivindicacionistas de colectivos homosexuales, reclamaciones colectivas e individuales ante órganos jurisdiccionales, fallos favorables a peticiones de parejas homosexuales, recomendaciones de organismos internacionales.¹¹⁹ Al respecto, es interesante destacar la Resolución del Parlamento Europeo de Derechos Humanos (28/1994), sobre “Igualdad de derechos de los homosexuales y lesbianas en la Unión Europea”, por la cual se solicita a la Comisión Europea de Derechos Humanos la realización de una propuesta de recomendación sobre la igualdad de derechos de las lesbianas y homosexuales a los estados miembros de la comunidad europea. Tal Resolución contiene un mínimo de consideraciones que debe tener en cuenta la Comisión, sólo haremos mención de aquellas que se relacionan con el derecho de familia.

La Recomendación de la Comisión tenderá a terminar con:

la exigencia de edades distintas y discriminatorias para el consentimiento necesario para mantener relaciones homosexuales y heterosexuales,

la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales; la recomendación debería garantizar los plenos derechos y beneficios del matrimonio, permitiendo la inscripción de la convivencia,

toda restricción de los derechos de las lesbianas y de los homosexuales a ser padres, a adoptar o criar niños.

En definitiva, esta propuesta pretende eliminar la “diferencia de sexo” como requisito para contraer matrimonio, a fin de aplicar un estatuto jurídico único a las parejas homosexuales y heterosexuales. En el mismo sentido, el Parlamento Europeo ha planteando que los países de esa órbita deben trabajar con el objeto de “poner fin a toda forma de discriminación legislativa o de facto que aún sufren las personas homosexuales, en particular en el derecho de contraer matrimonio y adoptar niños”.¹²⁰

¹¹⁹ Es interesante destacar que la Organización Mundial de la Salud (OMS) desde el 1 de enero de 1993, eliminó la homosexualidad de la lista de enfermedades. Amnistía Internacional desde el año 1991 considera violaciones a los derechos fundamentales cualquier prohibición de la homosexualidad.

¹²⁰ Acta del 17/09/98, Resolución del Parlamento Europeo sobre la Igualdad de Derechos de las Personas Homosexuales.

Enseguida nos detendremos en el reconocimiento jurídico de las uniones de hecho homosexuales en algunos países extranjeros.

4.5.1. Países nórdicos

Suecia:

Es el primer país en ocuparse de algunos efectos patrimoniales de la pareja de hecho homosexual, actualmente la considera un tipo de familia totalmente legítima.

En un primer momento, en el año 1989, con la Ley de Cohabitación se extendió a la pareja homosexual los beneficios relativos a la vivienda y demás enseres comunes, los que anteriormente sólo se aplicaban a las uniones heterosexuales.

En la misma dirección, pero ahora tratada las uniones de hecho homosexuales de manera integral, se permitió su registro a través de la Ley de Registro de la Pareja de Hecho, de 23 de junio de 1994, cuya vigencia data del 1 de enero de 1995. Dicha ley exige que al menos un miembro de la pareja debe ser ciudadano sueco, con domicilio en dicho país, mayor de 18 años, no estar vinculado por parentesco con su pareja y no encontrarse casado o registrado como pareja de hecho. Se establece una forma de celebración civil consensual ante funcionario público y con la presencia de dos testigos. Se disuelve por muerte de uno de los miembros y por resolución judicial. Con esta ley se asimila, en cuanto a sus efectos, las uniones registradas al matrimonio civil.

Al entrar en vigencia esta ley no se permitía a los miembros de la pareja registrada, ni individual ni en conjunto, adoptar niños, ni solicitar la guarda o custodia de un menor, recurrir a técnicas de fertilización asistida. Luego de un largo debate esta situación fue modificada parcialmente, así el parlamento sueco ante una propuesta del gobierno aprobó la adopción de niños por parejas homosexuales, extendiendo esta posibilidad no sólo a menores suecos sino también de otras nacionalidades. En cambio Holanda solamente permite la adopción de menores holandeses, con el fin de evitar reclamos de los países originarios de los niños entregados en adopción. Los requisitos para la adopción son los mismos que rigen para los matrimonios y las uniones de hecho, vivir juntos y estar inscritos en un registro.

Otra particularidad de este sistema radica en extender el reconocimiento de este tipo de uniones a aquellas parejas que se hayan registrado en el extranjero.

Si bien no se relaciona directamente con el tema de las uniones homosexuales, el nombramiento de un ombudsman, encargado de velar por la no discriminación de homosexuales y lesbianas, nos parece un asunto necesario de mencionar. El 1 de mayo de 1999 a petición del gobierno sueco se instituyó una nueva forma de defensoría, este protector o defensor actúa fundamentalmente en el plano laboral, pero su actividad no se circunscribe únicamente a ello sino que se pretende constituirlo en un instrumento eficaz para erradicar conductas discriminatorias en todo orden. Para cumplir este objetivo, el rol de la defensoría no se limita a los niveles legal o judicial, sino que influya en la opinión pública a efectos de generar cambios importantes y construir una sociedad que respete la diferencia.

Dinamarca:

Este país fue el primero en instaurar el sistema de convivencias registradas (luego, en 1994, lo imitará Suecia), en efecto con la ley 372, del 7 de junio de 1989, se regula la unión homosexual registrada. En materia civil se equiparan al matrimonio los requisitos de constitución, disolución, obligaciones legales y efectos patrimoniales. También comprende, entre otros, los derechos sociales, seguridad social, pensiones.

Para poder registrar la unión se requiere que ambos o, al menos, uno de los contrayentes tenga la nacionalidad danesa y la residencia permanente en tal país. Desde julio de 2001 se ha extendido esta posibilidad a personas de otras nacionalidades que tengan una residencia mínima de dos años.

Desde julio de 2001 se ha solucionado, en parte, el problema de la movilidad de la pareja, de forma tal que el registro lo podrán hacer valer en Noruega, Suecia e Islandia, y vice-versa, esto significa que las parejas homosexuales registradas provenientes de estos países tendrán igual reconocimiento en Holanda.

Asimismo se señala que la unión registrada tendrá los mismos efectos legales que el matrimonio, salvo lo relativo a la adopción, guarda, custodia y ejercicio de patria potestad de menores y derechos sucesorios.

A fin de adecuar el derecho interno danés a los requerimientos del Parlamento Europeo de DDHH, en mayo de 2001 se permitió al miembro de la pareja registrada sólo adoptar los descendientes de su compañero (a), a menos que anteriormente hayan sido adoptados en el extranjero. En todo caso, a las parejas homosexuales se les impide adoptar niños extranjeros y las mujeres lesbianas no pueden recurrir a la técnica de inseminación artificial en los servicios de salud públicos.

Salvo las materias señaladas, el sistema de registro Danés se asimila en gran parte al matrimonio civil, incluso su implementación llevó a reformar el Código Penal, estableciéndose penas privativas de libertad para aquel miembro de una pareja registrada que intentará contraer matrimonio o registrar una nueva unión sin antes haber disuelto, conforme a la ley, la unión anterior, extendiendo el delito de bigamia a la unión registrada.

Noruega:

La ley noruega, del año 1993, también reconoce las uniones registradas de personas del mismo sexo, siendo el segundo país en implementar este sistema de reconocimiento (el primero fue Dinamarca). Este sistema otorga los mismos efectos que el matrimonio, menos aquellos que dicen relación con la adopción y tutela de menores. Fija como requisito primordial que una o ambas partes tenga la nacionalidad noruega y que estén domiciliadas en el país.

Plantea iguales restricciones que la ley danesa, con relación a la limitación de contraer matrimonio o registrar una nueva unión existiendo una anterior no disuelta, extendiendo el delito de bigamia en caso de formar parte de un nuevo enlace sin antes haber disuelto el anterior.

Islandia:

La ley del año 1996 crea el registro para las parejas del mismo sexo, se basa fundamentalmente en la ley danesa. Sólo permite al miembro de la pareja registrada adoptar hijos biológicos de su compañero(a), prohibiendo la adopción a otros menores.

Holanda:

Este país se ha caracterizado por implementar variados sistemas de reconocimiento legal de las parejas homosexuales, hasta lograr la plena igualdad jurídica con las parejas heterosexuales. En la evolución del derecho holandés ha habido una tendencia sistemática a poner término a las discriminaciones basadas en la orientación sexual, específicamente en el ámbito civil, esto se ha concretado con la inclusión en el derecho familia de las parejas homosexuales.

En este desarrollo se vislumbran tres etapas:

1.- Primeramente se permite a las parejas homosexuales celebrar acuerdos de cohabitación, en los que se regulan los temas que las partes deseen, primando enteramente la autonomía de la voluntad, no existiendo ninguna obligación legal. Este contrato tiene efectos sólo entre los contratantes y no respecto de terceros.

2.- Luego, desde el 1 de enero de 1998, se implementa el sistema de registro, permitiendo a parejas heterosexuales y homosexuales inscribirse en un registro creado para tales fines.¹²¹ Las parejas registradas tienen similares derechos y obligaciones del matrimonio, por ejemplo, las que regulan la celebración y la disolución, las obligaciones recíprocas entre las partes, menos aquellos que permiten la adopción de menores. Los efectos del registro afectan a la pareja y a terceros, al igual que en el matrimonio.

3.- Por último, se hace extensivo a las parejas homosexuales regular sus relaciones personales y económicas a través de las uniones civiles desde el 1 de abril de 2001. La introducción del matrimonio civil entre personas del mismo sexo permitió la adopción de menores por parte de estas parejas, con la limitante que los menores tienen que ser holandeses. El matrimonio es una relación entre dos personas de igual o distinto sexo; se requiere tener a lo menos 18 años, los menores de edad pueden contraer matrimonio con el consentimiento de sus padres o de su tutor, en su defecto con autorización a la Corte respectiva. Las personas sujetas a curadurías por abuso en el consumo de alcohol o incapacidad para administrar su patrimonio deben contraer matrimonio con la aquiescencia de su guardador o con autorización del juez competente. Aquellas personas que estén sujetas a curaduría por enfermedades mentales deben solicitar autorización al juez competente. No se permite el matrimonio entre padres e hijos, abuelos y nietos y entre hermanos consanguíneos (los hermanos adoptados pueden solicitar autorización al

¹²¹ Estadística de sociedades registradas en los Países Bajos entre 1998 y 2001: Año Dos mujeres Dos hombres Hombre + mujertotal del Mismo-sexo Importe total 1998 1324168616163010462619998648971495176132562000785815132216002922200128833726916253316 La disminución en el año 2001 del número de registros de sociedades de parejas del mismo sexo puede atribuirse a la posibilidad que, a partir de 1 de abril de 2001, tienen estas parejas para formar uniones civiles. El número de los registros de la sociedad en el año 2001 incluye los pares (especialmente de parejas de distinto sexo) que convirtieron su unión en una sociedad registrada, esto también ha llegado a ser posible desde el 1 de abril de 2001. Waaldijk, Kees, "Latest news about same-sex marriage in the Netherlands (and what it implies for foreigners)", <http://ruijjs.leidenuniv.nl/user/cwaaldijk/www/NHR/news.htm>, consultada en mayo de 2002.

juez competente), ni tampoco a aquellas personas que tengan un vínculo matrimonial no disuelto o formen parte de una sociedad registrada. Es necesario que al menos uno de los contrayentes tenga su residencia o sea nacional de Holanda. Se contempla el divorcio vincular y en caso de separación rigen también derechos de alimentación y pensión.

Junto con autorizar el matrimonio civil a parejas de igual sexo, se les faculta a adoptar menores, aunque sólo podrán adoptar niños holandeses para evitar posibles problemas jurídicos con otros países y deberán someterse a las mismas condiciones de adopción que el resto de parejas que desean hacerlo, por ejemplo deberán haber vivido bajo un mismo techo durante al menos tres años.

A pesar de abrirse la posibilidad al matrimonio a personas de igual sexo, persistía una distinción importante entre parejas heterosexuales y homosexuales. Si un niño nace en una unión heterosexual, automáticamente se tiene por padre del menor al marido de la madre y ambos comparten las responsabilidades sobre el niño. Esta situación no regía en la eventualidad del nacimiento de un niño en una unión civil entre dos mujeres (ni tampoco en la sociedad registrada entre dos mujeres o heterosexual), solamente solicitando a la Corte respectiva podían obtener tales responsabilidades. A partir de la ley del 4 de octubre 2001, vigente desde 1 de enero de 2002, cualquier menor nacido en una unión civil entre dos mujeres o en una sociedad registrada de dos mujeres o heterosexual originará automáticamente responsabilidad compartida sobre el niño. Evidentemente, la compañera de la madre no pasará a ser el padre del menor, pero compartirá sus deberes de mantenimiento y cuidado.¹²²

Francia:

Desde el 15 de noviembre de 1999 existen dos sistemas paralelos al matrimonio civil, el Pacto Civil de Solidaridad (Pacs) y aquellas uniones que permanecen al margen de la ley. El Pacs permite a los miembros de una unión de hecho, cualquiera sea su orientación sexual, celebrar un contrato en el cual se regularán aspectos patrimoniales que van en beneficio directo de la pareja, predominando plenamente la autonomía de la voluntad de los contratantes. El concubinato¹²³, por cierto, continuará existiendo en aquellas parejas que no lleguen a contraer matrimonio civil ni a celebrar un Pacs.

La peculiaridad del Pacs radica en establecer un régimen convencional y comunitario sobre los bienes de los concubinos heterosexuales u homosexuales. Se deben cumplir

¹²² **Estadística de uniones civiles en los Países Bajos entre 1998 y 2001:** Año Dos mujeres Dos hombres Hombre + mujer Total del Mismo-sexo Importe total 1998--86956-86956 1999--89428-89428 2000--88074-88074 2001 1062 1325 8043 2238 7828 19 Durante los primeros nueve meses 1062 pares femeninos y 1325 pares masculinos consiguieron constituir una unión civil. El número de nuevas uniones en 2001 incluye los pares (especialmente de parejas del mismo-sexo) que convirtieron su sociedad registrada en una unión, esto ha llegado a ser posible desde el 1 de abril de 2001. Waaldijk, Kees, "Latest news about same-sex marriage in the Netherlands (and what it implies for foreigners)", <http://ruijs.leidenuniv.nl/user/cwaaldijk/www/NHR/news.htm>, consultada en mayo de 2002.

¹²³ El Código Civil francés en el artículo 515-8 define al concubinato como una unión de hecho, caracterizado por una vida en común estable y continua, entre dos personas de sexo diferente o del mismo sexo, que viven en pareja. Grimaldi, Michel, "El Pacto Civil de Solidaridad en el Derecho Francés", en Derecho de Familia, revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 150.

ciertas formalidades, entre ellas: se celebra entre dos personas, mayores de edad, de igual o distinto sexo, no estar casados o formar parte de otro Pacs, libre de los impedimentos de parentesco por consanguinidad y afinidad. El Pacto de lleva a cabo ante el Secretario del Tribunal de instancia, determinado por el domicilio en común de la pareja. Como el objetivo fundamental del Pacs es establecer un régimen de vida comunitario, los efectos en el ámbito personal son menores, de modo tal que no se contempla la obligación de fidelidad ni de vida en común y el estado civil se mantiene inalterado. Más bien los efectos se ubican en el plano patrimonial: los miembros se deben ayudar materialmente y responder solidariamente a las obligaciones que contraigan para la mantención del hogar común. Las partes del Pacs gozan de varios beneficios de carácter patrimonial: a partir del tercer año de la firma del pacto se admite que las partes presenten declaraciones conjuntas de renta; imponen conjuntamente el impuesto a la fortuna, en este caso no se contempla ningún periodo de prueba por cuanto beneficia al fisco; se les reduce la tasa del impuesto de sucesión. Para establecer fechas y condiciones de las vacaciones laborales, las empresas están obligadas a considerar a la pareja de hecho en pie de igualdad con los matrimonios; en caso de fallecimiento o abandono de un compañero(a) el derecho de arrendamiento se traspasa automáticamente al otro compañero; se asimila el compañero al cónyuge para otorgar la indemnización por causa de muerte al sobreviviente y para entregarle la pensión por enfermedad al compañero del asegurado. El Pacs no contempla ningún derecho sucesorio por causa de muerte del compañero(a) como tampoco se da la posibilidad de adoptar conjuntamente un menor.

España:

En este país no existe una ley nacional que regule sistemáticamente la situación de las uniones de hecho entre personas del mismo sexo ¹²⁴, tan solo se encuentran vigentes leyes locales con alcances restringidos.

A través de un decreto-ley se permite a las parejas de igual o distinto sexo inscribirse en 100 ayuntamientos y 5 comunidades autónomas ¹²⁵. Con tal inscripción se accede a beneficios específicos, por ejemplo los de seguridad social, permiso laboral en caso de enfermedad grave de algún miembro de la pareja.

En Cataluña la situación es distinta, desde junio de 1998, fecha en que el Parlamento Catalán, en uso de sus competencias específicas sobre derecho civil, aprobó la Ley de

¹²⁴ A nivel nacional aisladamente se reconocen ciertos beneficios a miembros de parejas homosexuales. En tal dirección la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1995 consagra el derecho de subrogación del alquiler de la vivienda habitual - aunque no de un local comercial- en favor del miembro superviviente de la pareja en caso de fallecimiento del inquilino titular. Igualmente, la Ley de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual de diciembre de 1995 reconoce expresamente sus beneficios al conviviente homosexual de una persona víctima directa o indirecta de delitos dolosos y violentos cometidos en España o de delitos contra la libertad sexual, aun cuando éstos se llevaran a cabo sin violencia. Información extraída de página web: <http://www.pangea.org/~cogailles/ilga/boletin5.html>, consultada en mayo de 2002.

¹²⁵ Algunos de los registros más destacados han sido el municipal de Vitoria-Gasteiz, creado en febrero de 1994; el autonómico del Principado de Asturias, creado en septiembre de 1994 y el registro autonómico de la Comunidad de Madrid, creado en abril de 1995. Información extraída de página web: <http://www.pangea.org/~cogailles/ilga/boletin5.html>, consultada en mayo de 2002.

Parejas de Hecho del Estado Español (Ley 10/1998).

A continuación revisaremos algunos aspectos trascendentes de dicha ley con relación a las uniones estables homosexuales.

Esta ley regula la situación jurídica de cierto tipo de uniones de hecho con independencia de la orientación sexual de sus miembros, pero a la vez crea un estatuto diferenciado para las parejas homosexuales y las heterosexuales, basado en la imposibilidad de las primeras de procrear y de contraer matrimonio civil.

Se da la posibilidad a las uniones homosexuales de regularizar sus relaciones personales y patrimoniales mediante escritura pública ante notario,¹²⁶ la que surtirá efecto desde la fecha de autorización (artículo 21). No se requiere un periodo mínimo de convivencia. En caso de extinción de la unión por común acuerdo de las partes, no pueden volver a formalizar otra unión sino una vez transcurridos a lo menos seis meses desde que se dejó sin efecto la escritura que dio por formalizada la unión (artículo 29).

Se requiere que al menos un miembro de la pareja debe tener residencia en Cataluña (artículo 20).

En caso que uno de los miembros de la pareja sea declarado incapaz, el conviviente tiene el primer lugar de preferencia en la representación (artículo 25).

Estas uniones se pueden extinguir por común acuerdo de las partes; por voluntad unilateral de un miembro de la pareja, notificada fehacientemente al otro; muerte de alguno de ellos; por separación de hecho por más de un año o por matrimonio de un miembro de la pareja con otra persona. Se establece la obligación a ambos miembros de la pareja a dejar sin efecto la escritura que formalizó la unión estable, revocando los poderes que se hayan otorgado a favor del otro (artículo 30).

Una vez extinguida la convivencia el miembro de la pareja que se haya empobrecido a raíz de la convivencia, por haber atendido el hogar común o a su pareja, tendrá derecho a una compensación económica; y a una pensión alimenticia periódica si a raíz de la convivencia redujo su capacidad de obtener ingresos (artículo 31)

En caso de muerte de alguno de los convivientes, el que sobrevive tiene derecho a subrogarse en la vivienda arrendada por el difunto; a la propiedad de los bienes que constituyen el ajuar de la vivienda común; derechos hereditarios en la sucesión intestada y testada (artículo 33 y 34).

Dentro de los principios que inspiran esta ley se destaca el de igualdad, al reglar las relaciones interpersonales de la pareja; el interés superior de la familia en las actuaciones de sus miembros; el enriquecimiento sin causa, en caso de eventuales compensaciones económicas entre los emparejados.

Esta ley consagra derechos y deberes similares a los contemplados en el matrimonio, sin embargo, no permite que la pareja homosexual pueda adoptar menores en circunstancias que la pareja heterosexual se le faculta a hacerlo (en todo caso, queda abierta la posibilidad que uno de los miembros de la unión homosexual pueda adoptar

¹²⁶ Formalidad obligatoria para las uniones homosexuales, en tanto que para las de distinto sexo es facultativo, dado que le son aplicables las disposiciones de esta ley por la sola convivencia de un periodo mínimo de dos años o por escritura pública.

individualmente). Tampoco se acepta que las uniones homosexuales recurran a tratamientos de fertilización asistida en caso de uniones de dos mujeres. Además, por su carácter autónomo, no puede regular lo relacionado con la adquisición de nacionalidad o el disfrute de los servicios de la Seguridad Social de la pareja.

Se ha criticado esta ley fundamentalmente por haber establecido dos estatutos aplicables a parejas heterosexuales y homosexuales, respectivamente. Según los defensores de esta distinción, ella se basa en la imposibilidad de la pareja homosexual de procrear y de celebrar matrimonio civil.

En cuanto a la posibilidad de acceder al matrimonio civil, éste se consagra como derecho fundamental en la Constitución española, subsistiendo con total independencia de la convivencia de hecho de la pareja. Una mera posibilidad de futuro no tiene absolutamente ninguna conexión con otorgar determinados efectos jurídicos a la convivencia *more uxorio* de dos personas. El matrimonio y la convivencia *more uxorio* son dos realidades distintas e independientes y "... el único nexo de conexión existente... proviene de su semejanza en el plano existencial, no en el plano jurídico, donde una y otra son esencialmente distintas y no equiparables"¹²⁷, es decir, el común denominador de ambas relaciones se reduce a una convivencia marital.

El segundo argumento para la aplicación de estatutos jurídicos distintos entre las parejas de igual y diferente sexo se refiere a la imposibilidad de la pareja homosexual de procrear. En primer lugar, tanto en el matrimonio como en la convivencia regulada jurídicamente no existe el deber jurídico de mantener relaciones sexuales, sólo está presente la posibilidad de su ejercicio. Igualmente, "la maritalidad de una relación no depende de la existencia fáctica de relaciones sexuales entre la pareja... [de lo contrario] pasaría entonces desde la esfera privada ... a la condición de prueba para calificar como marital una relación, sea entre personas del mismo sexo como de distinto sexo ... Lo que realmente se presupone en el ámbito de una relación marital (*convivencia more uxorio*) no es la posibilidad de engendrar descendencia, sino la posibilidad de establecer relaciones sexuales legítimamente".¹²⁸

En realidad con esta ley se pretende regularizar la convivencia marital entre dos personas, por lo que la posibilidad de contraer matrimonio civil y procrear son cuestiones que no definen a este tipo de convivencia, objeto de regulación, por ello la distinción efectuada por esta ley no nos parece jurídicamente razonable.

Como señalábamos precedentemente no existe en España una ley nacional o estatal de uniones civiles, sino que esta materia se ha entregado a cada región para que sus autoridades adopten la normativa que mejor satisfaga los intereses de sus habitantes. Así, la realidad legislativa española es una normativa de carácter local, siendo cada vez mayor el número de municipios hispanos que han establecido sistemas de registros para parejas tanto hetero como homosexuales.

¹²⁷ Talavera Fernández, "Fundamentos para el Reconocimiento Jurídico de las Uniones Homosexuales. Propuestas de Regulación para España, Dykinson, Madrid, 1999, p. 58.

¹²⁸ Talavera Fernández, *ob. cit.* pp. 60 y 61.

Junto con la ley de uniones civiles de Cataluña se han aprobado otras leyes autonómicas de este mismo tenor en:

Aragón, Ley Relativa a Parejas Estables No Casadas, de 26 de marzo de 1999.

Baleares, Ley de Parejas Estables, de 19 de diciembre de 2001.

Comunidad Autónoma de Andalucía de Parejas de Hecho, de 16 de diciembre de 2002.

Ley Foral de Navarra para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables, de 3 de Julio de 2000. Esta ley contempla la adopción de menores por parejas homosexuales, cuestión que ha sido rebatida por agrupaciones políticas españolas (Partido Popular).

Madrid, Ley de Uniones de Hecho, de 19 de diciembre de 2001.

País Vasco, Ley Reguladora de Parejas de Hecho, de 7 de mayo de 2003.

Principado de Asturias de Parejas Estables, de 23 de mayo de 2002.

Ley de Parejas de Hecho de Extremadura, del 9 de abril del 2003. En consideración a su reciente promulgación, hemos incluido un breve análisis de ella a fin de dar cuenta sobre cómo se ha abordado la normativa en materia de parejasde hecho.

Dicha ley establece que las parejas deberán registrarse ante la Consejería de Bienestar Social y podrán acordar un régimen patrimonial de mutuo acuerdo. A falta de este acuerdo se entenderá que ambos miembros de la pareja concurren en proporción a sus recursos al mantenimiento económico de la unión.

Podrán acceder al registro los mayores de edad o menores emancipados, que no tengan relación alguna de parentesco en línea recta o por consanguinidad o adopción en tercer grado. Además, no deben figurar en otro registro de parejas. Asimismo, se requiere un período de convivencia ininterrumpido de un año o tener descendencia común.

Respecto de la disolución de la pareja de hecho, se establecen como causales el fallecimiento de cualquiera de sus miembros, celebración de matrimonio posterior, mutuo acuerdo o decisión unilateral que deberá ser comunicada al otro integrante de modo fehaciente, cesación de la convivencia por un período superior a un año; en cualquiera de estas situaciones se debe solicitar la cancelación de la inscripción de la unión en el registro.

En cuanto a los beneficios reconocidos por esta ley destacan la equiparación de la pareja de hecho al matrimonio en lo relativo a servicios y prestaciones sociales, otorgándose a la pareja de hecho la posibilidad de acoger menores. Extendiéndose esta equiparación a la concesión de iguales beneficios respecto de la función pública en materias presupuestarias, subvenciones y tributarias.

También contempla un sistema de compensaciones económicas tendientes a subsanar las desigualdades patrimoniales que puedan haberse producido durante la convivencia.

Bélgica:

El proyecto belga se basó en el presupuesto que el derecho a contraer matrimonio constituye un derecho constitucional, prerrogativa que, considerando la legislación

vigente en ese país, estaba absolutamente vedada para un sector de la población, cuestión que redundaba en una situación de discriminación basada en la sola orientación sexual de los individuos.

Desde esta perspectiva fue presentado un proyecto de ley que fue votado favorablemente tanto en el Senado como en la Cámara de Representantes, órgano que con fecha 31 de enero de 2003 aprobó la proposición que autoriza el matrimonio entre personas de igual sexo, entrando en vigencia dicha ley el 1 de junio del mismo año. Tras este cambio legal, el Código Civil belga tuvo que redefinir los requisitos para contraer matrimonio: “dos personas de sexo diferente o del mismo sexo pueden contraer matrimonio”.

Respecto de los alcances de esta ley, es necesario precisar que se han excluido los temas de filiación y adopción de menores.

La equiparación entre parejas hetero y homosexuales se extiende a las siguientes materias:

Seguridad Social: en el evento que un miembro de la pareja se encuentre desempleado podrá optar a los beneficios de la cobertura social de su pareja, que incluye atención sanitaria y derecho a pensión.

En materia tributaria: podrá realizarse conjuntamente la declaración de impuestos.

En materia sucesoria: tendrán idénticos derechos que los matrimonios heterosexuales.

En materia de divorcio: tendrán los mismos deberes y derechos que los matrimonios heterosexuales.

4.5.2. América del Norte

Canadá:

Es el tercer país en el mundo que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo y el primero en América, cuestión que ha tenido una fuerte repercusión en Estados Unidos, pues, por una parte, ha revivido las discusiones respecto a la igualdad de homosexuales y lesbianas y, por otra parte, posibilita a personas de distintos países acceder a este derecho porque para contraer matrimonio en Canadá no es requisito ser de esa nacionalidad.

El proceso canadiense se distingue de los seguidos en Holanda y Bélgica por variadas razones. Una de ellas la encontramos en el origen de esta modificación legal. No hubo en Canadá una proposición o proyecto del gobierno canadiense o de partido político alguno, fue la Corte de Apelaciones de Ontario que enfáticamente declaró inconstitucional la ley que prohibía las uniones entre individuos del mismo sexo, redefiniendo de esta manera el matrimonio, no como un vínculo entre un hombre y una mujer sino entre dos personas. Asimismo, ordenó a los municipios otorgar las licencias matrimoniales que fueran requeridas tanto por homosexuales como lesbianas.

En dicho país, el matrimonio es una cuestión de responsabilidad federal, pero el

registro de los mismos está encargado a las provincias; de ahí que frente a la decisión de la Corte de Ontario era necesario un pronunciamiento del gobierno canadiense que fijara su posición frente a los nuevos acontecimientos. Precisemos, además, que el derecho canadiense es mayoritariamente consuetudinario, con excepción de la provincia de Québec, que cuenta con derecho escrito, y con un Código Civil, el que a consecuencia del establecimiento de la Ley de Uniones Civiles, había modificado el requisito de diversidad de sexo para contraer matrimonio: “dos personas consensuales independientemente de su sexo u orientación sexual”

Si bien el dictamen emitido por la Corte de Ontario no fue el primer pronunciamiento judicial que calificó de inconstitucional la definición de matrimonio vigente en Canadá, ya que antes habían resuelto en el mismo sentido los tribunales de Columbia Británica y Québec, sí puede sostenerse que la decisión del tribunal superior canadiense fue determinante en los cambios que experimentó la legislación de ese país. A diferencia de los dictámenes de los tribunales anteriormente mencionados, que pese a considerar inconstitucionalidad la norma legal canadiense, no exigieron cambios legales inmediatos sino que concedieron a las autoridades un término dentro del cual debían modificarse las normas que atentaban contra la Carta Constitucional, suspendiendo en el intertanto la ejecución de sus sentencias. En cambio, la Corte de Ontario ordenó en su resolución a las autoridades pertinentes terminar con la discriminación en razón de la orientación sexual y en consecuencia, proceder a la celebración de matrimonio entre homosexuales y lesbianas.

En ese escenario y luego de un arduo debate, que incluyó la discusión de una moción presentada ante el Comité de Justicia de la Cámara de los Comunes,¹²⁹ el Primer Ministro Jean Chrétien anunció en el mes de junio del 2003, que no se apelaría en contra de la resolución de la Corte de Ontario, aún más, se procedería a la adecuación de la legislación vigente con el objeto de equiparar los derechos de las parejas sin consideración de su sexo.

En el mes de septiembre del año 2003, fue aprobada por el parlamento una ley de protección a los homosexuales y lesbianas frente a actos de odio y violencia. Además, dicho órgano rechazó la moción presentada por la conservadora Alianza Canadiense que intentaba evitar la redefinición de matrimonio y con ello frenar la legalización de los matrimonios entre personas del mismo sexo.

4.5.3. La pareja homosexual en América del Sur

En nuestro continente se ha seguido una actitud abstencionista por parte de los legisladores, exceptuando Colombia, Argentina, Brasil y México que han elaborado algunos proyectos relativos a la convivencia de parejas homosexuales. La gran mayoría

¹²⁹ En la citada moción se instaba al gobierno a no apelar en contra de la resolución y a legalizar las uniones homosexuales. Esta propuesta fue presentada por el diputado del Nuevo partido Democrático, Svend Robinson, la que fue debatida por una comisión integrada por diversas agrupaciones políticas, que por un estrecho margen de votos se pronunciaron afirmativamente. Si bien, el resultado obtenido ante el Comité no es vinculante para el gobierno canadiense, refleja la tendencia de los partidos políticos y de la sociedad canadiense en esa materia.

han extendido derechos matrimoniales específicos a parejas de hecho, producto de reclamaciones interpuestas ante órganos jurisdiccionales o bien en virtud de convenios o leyes.

En Colombia, se presentó ante el Senado el proyecto de ley N° 43 del 2002 sobre uniones de parejas del mismo sexo, pretendiendo establecer un estatuto legal que otorgara reconocimiento a las uniones homosexuales. La base de esta proposición la sustentaban sus ponentes en la Constitución colombiana que consagra la igualdad de todas las personas ante la ley en su numeral 13. Inicialmente el proyecto había sido acogido favorablemente por la comisión primera del Senado, pero posteriormente surgieron diversas voces opositoras que fueron radicalizando y prolongando la tramitación del proyecto, que finalmente concluyó el día 26 de agosto del 2003, ordenado el Senado colombiano su archivo.

Ya desde el año 1998, las parejas homosexuales colombianos comenzaron a regular fácticamente sus uniones. Esta solución práctica fue producto de la iniciativa de un abogado colombiano, Germán Humberto Rincón Perfetti, quien tras estudiar la situación y analizar las normas constitucionales, civiles y notariales, elaboró un instrumento, escritura pública, por el cual las parejas podrían dejar testimonio de su unión y regular la administración de su patrimonio. Esta propuesta fue presentada ante la Superintendencia de Notariado y Registro, el cual concluyó que los notarios como depositarios de la fe pública no podían condicionar la prestación de un servicio (en este caso, otorgar la escritura pública) al pronunciamiento de la oficina jurídica de la Superintendencia, ya que sólo podían negarse a la celebración de actos prohibidos por la ley, cuestión que claramente no correspondía al caso planteado.¹³⁰

En **Argentina**, inicialmente se han reconocido ciertos derechos a las parejas constituidas por dos personas homosexuales, de modo que, en 1997 se concede el derecho a pensión de viudez al conviviente homosexual que sobrevive a su pareja; en 1998, los programas de atención de salud de los gremios docente y de aeronavegantes extendieron su cobertura a la pareja de igual sexo del beneficiario; desde enero de 2001, la empresa Aerolíneas Argentinas extiende los beneficios de obtención de pasajes gratuitos para las/os convivientes del mismo sexo de sus empleadas/os y, también, desde la misma fecha, en la provincia de Buenos Aires se aprueba la Ley 12.569 de Violencia Familiar que, al no pronunciarse respecto del sexo de las personas permite el acceso de las parejas homosexuales tanto a los programas de protección de víctimas como al proceso de denuncia penal¹³¹.

Actualmente existe en Argentina la Ley Local de Uniones de Hecho, ésta derivó de la promoción de un proyecto de ley presentado por la Comunidad Homosexual Argentina

¹³⁰ http://www.geocities.com//Proyecto_Ley y <http://www.iglhrc.org/world/southamerica/colombia1999feb/html> . Página consultada en marzo de 2002; <http://mondoqueer.tripod.com/1998/dic04.html>

¹³¹ <http://www.hartas.com/mprohib/iglhrc.htm> , resumen de noticias del año 2001 de la IGLHRC. Página consultada en mayo de 2002 y http://www.iglhrc.org/news/factsheets/marriage_981103_es.html , Documento informativo: Convivencias Registradas, Uniones Libres y Matrimonios, Preparada por la International Gay and Lesbian Human Rights Comisión, página consultada en mayo de 2002.

(CHA) ante la legislatura de la ciudad autónoma de Buenos Aires. La señalada ponencia se sancionó como Ley 1004, con fecha 12 de diciembre de 2002, fue promulgada el 17 de enero de 2003 (decreto 53), se dictó el correspondiente reglamento el 14 de mayo del mismo año (decreto 556), entrando en vigencia el 18 de julio de 2003.

Considerando que esta ley es la primera a nivel latinoamericano, examinaremos en forma detallada su contenido.

Requisitos:

- Ser mayor de edad (21 años).
- Ser soltero(a) o divorciado(a).
- Convivencia estable y pública de a lo menos 2 años.
- Se prescindirá de cualquier consideración relativa al sexo o la orientación sexual de la pareja que registrará su unión.
- Al menos uno de los solicitantes debe acreditar una antigüedad mínima en el domicilio registrado.
- Se requiere un mínimo de dos testigos para acreditar la existencia de la relación afectiva de los solicitantes, como también la falta de impedimentos para efectuar el registro de la unión.

Derechos y Beneficios:

Las parejas registradas gozarán de los mismos derechos y beneficios otorgados por la ciudad autónoma de Buenos Aires a los integrantes de un matrimonio, entre estos podemos citar:

Registro de la unión con independencia de su sexo u orientación sexual.- Brinda reconocimiento legal de la identidad a las parejas homosexuales.- Otorga un marco jurídico a la convivencia afectiva entre personas heterosexuales u homosexuales.- Constituye prueba de la convivencia para reclamos ante los tribunales.- Extensión de la cobertura de seguridad social a la pareja.- Subsidios o pensiones que otorgue la ciudad.- Planes tanto para jefas y/o jefes de hogar.- Otorga franquicias en materias crediticias, por ejemplo, permite la obtención de créditos en conjunto.- Licencia para cuidar a la pareja enferma.- Licencia por maternidad.- Licencia por duelo en caso de fallecimiento de la pareja.- Planes oficiales de Vivienda.- Visita preferencial al lugar de internación de la pareja.- Recibir los partes médicos en los hospitales.- Decidir sobre tratamientos de salud de la pareja internada.- Acceso preferencial a la unidad penal en caso de ser detenido(a) un miembro de la pareja.- Realizar los trámites para retirar el cuerpo de la pareja fallecida.- Derecho a pedir vacaciones o licencias durante el mismo periodo.

Los solicitantes deberán concurrir al Registro Público de Uniones Civiles del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, de la ciudad autónoma de Buenos Aires.

En **Brasil**, en 1995 se presentó un proyecto de ley que regulaba de manera integral las relaciones personales y patrimoniales de la pareja de hecho homosexual; no obstante, en la etapa de discusión se eliminó del texto original la mención al vínculo sexual de las partes involucradas en la convivencia, extendiendo los efectos de esta futura ley a cualquier tipo de convivencia, incluso la de dos parientes, por lo que sólo por vía indirecta

se puede proteger la convivencia de una pareja homosexual. Dicha ley establece un sistema de registro para aquellas personas que deseen regular su unión y que sean solteras, viudas o divorciadas. Entre los derechos otorgados destacan los relativos a la sucesión por causa de muerte al compañero(a) de una unión de hecho homosexual que sobrevive a su pareja y de seguridad social en salud y pensiones.

Las Cámaras Municipales de Pelotas, Rio Grande do Sul y de Recife, Pernambuco, aprobaron en diciembre de 2001 una ordenanza que reconoce el derecho de pensión a las compañeras y compañeros de empleadas/os públicos.

A nivel jurisprudencial, el 11 de febrero de 1998 la Corte Suprema de Brasil decidió unánimemente reconocer derechos de propiedad al sobreviviente de una pareja homosexual sobre la mitad de la herencia, pretensión formulada por Milton Alves Pedrosa, de Belo Horizonte, capital del estado brasileño de Minas Gerais.¹³²

Finalmente, agregaremos que se ha replanteado en Brasil la discusión del proyecto de ley de uniones de hecho, pero no existe certeza respecto de cual será su resultado.

En **México** se encuentra en tramitación una ley que normaliza la sociedad de convivencia entre dos personas capaces jurídicamente, solteras o sin vínculo matrimonial vigente. Excluyéndose la posibilidad de establecer este tipo de convivencia a los parientes consanguíneos en línea recta sin límite de grado o colaterales hasta el cuarto grado. La sociedad se constituirá mediante escritura privada firmada por los contrayentes y dos testigos, requiriendo su ratificación ante el Archivo General de Notarías para que surta efectos jurídicos.¹³³

La situación chilena ha variado gradualmente, se ha colocado el tema de las uniones de hecho en el debate público tras la presentación de un proyecto de ley que pretende constituir un estatuto legal para las parejas de hecho con independencia de su orientación sexual. La confección de este proyecto correspondió al Movimiento de Liberación e Integración Homosexual (MOVILH). Se propone la unión civil, esto es una figura legal que no pretende equipararse con el matrimonio y cuyos requisitos son similares a los planteados en otros proyectos que tratan la misma materia:

- Se requiere ser mayor de edad.
- Convivencia mínima de dos años.
- Inexistencia de vínculos de parentesco, adopción o matrimoniales entre los solicitantes.
- Prescindencia de la orientación sexual de los miembros de la pareja.
- Presencia de testigos que acrediten la falta de impedimentos para el registro de la unión.

El procedimiento formulado en el proyecto contempla el otorgamiento de una escritura pública de registro ante notario que será entregada a las partes y al registro civil

¹³² http://www.iglhrc.org/news/factsheets/marriage_981103_es.html , Documento informativo: Convivencias Registradas, Uniones Libres y Matrimonios, Preparada por la International Gay and Lesbian Human Rights Comisión, consultada en mayo de 2002.

¹³³ <http://www.geocities.com//derechocomparado>. Página consultada en abril de 2002.

dentro del término de 30 días.

Entre los deberes y derechos contenidos en el proyecto presentado mencionaremos los siguientes:

- Se propugna la eliminación de toda forma de discriminación y descalificación basada en la orientación sexual de las personas.

- Se plantea el reconocimiento de las uniones civiles celebradas en el extranjero otorgándole idénticos efectos a las realizadas en Chile.

- La pareja registrada podrá, en el acto de constitución o después de él, decidir el régimen patrimonial que regirá su patrimonio. A falta de estipulación, se entenderá que todo bien adquirido con posterioridad al registro de la unión pertenece en comunidad a la pareja.- Se establece entre los miembros de la pareja registrada el deber de auxilio, comprendiendo la posibilidad de recurrir de alimentos.

- Se aplicaran respecto de las uniones civiles las normas relativas a violencia intrafamiliar.

- Se contemplan compensaciones económicas en ciertos y determinados casos. -Se establece que ante la declaración de incapacidad de un miembro de la pareja para administrar sus bienes, tendrá derecho preferente el otro integrante de la unión; seguido por los parientes consanguíneos, siempre que éstos no hubieran incurrido en prácticas discriminatorias. - En caso de disolución de la unión civil, los bienes se liquidarán conforme a lo estipulado por las partes en la escritura pública de celebración.

- En cuanto a materia sucesoria, el miembro sobreviviente tendrá derecho preferente sobre los bienes de la unión, tales como la vivienda y los muebles que la guarnecen; además, la calidad de heredero en igualdad de condiciones con los hijos del fallecido si los hubiere. En caso contrario la pareja tendrá prioridad sobre cualquier otro pariente.- En caso de testamento y ante la petición de reforma de éste por parte de los parientes del concubino fallecido, el juez deberá atender a la existencia o no de conductas discriminatorias de los solicitantes.

4.6 CONSIDERACIONES FINALES EN TORNO A LAS UNIONES DE HECHO HOMOSEXUALES

- Puesto que, la convivencia no matrimonial forma parte de nuestra realidad, nos parece arbitrario distinguir entre personas de igual o distinto sexo para efectos de establecer un estatuto jurídico aplicable a la pareja que desee regirse por él. El objeto de regulación debe atender a la convivencia estable, continuada, singular y notoria, no la orientación sexual de la pareja, aspecto personal del sujeto que pertenece a su vida privada y ésta se encuentra expresamente protegida en nuestra constitución. Por lo que postulamos a un concepto de unión de hecho que mire a la convivencia en sí, prescindiendo del sexo de los componentes.

- En virtud de lo expuesto, entendemos por uniones de hecho “aquellas convivencias more uxorio libre, singular, continuada, pública y notoria, entre dos personas independiente de la orientación sexual, mayores de edad, sin vínculo de parentesco en línea recta o segundo grado en línea colateral”

- Un estatuto que reconozca jurídicamente a las uniones more uxorio no debe sobredimensionar la orientación sexual de las personas que la conforman sino atender a los caracteres de la convivencia como la estabilidad, singularidad, publicidad, libertad y continuidad.

- El matrimonio y la convivencia more uxorio son dos realidades distintas, en atención a esta situación, la convivencia more uxorio debería regirse por un estatuto único aplicable, con total independencia de la orientación sexual de sus miembros.

- Si bien, varios países europeos han considerado a las uniones hetero y homosexuales como un tipo de familia, regulando las relaciones personales y patrimoniales entre sus componentes, aún hay países que se mantienen en una postura abstencionista o bien le dan un reconocimiento local. La diversidad de tratamientos provoca graves dificultades a la pareja que, por variadas circunstancias, cambie su domicilio a otro país, incluso puede significar la pérdida de derechos y de seguridad jurídica a los componentes de la unión, v.gr. el traslado de trabajadores homosexuales (miembros de una unión), en la mayoría de los casos verán afectados sus derechos relativos a la seguridad social; parejas unidas civilmente en Holanda no podrán adoptar en el extranjero. Con el objetivo de superar estos problemas, los países escandinavos han implementado una legislación muy similar, conjuntamente con reconocer las inscripciones de sociedades registradas en cualquiera de ellos.

- Las limitaciones impuestas a las uniones homosexuales por la mayor parte de las legislaciones extranjeras relativas a la adopción, tutela de menores, técnicas de reproducción asistida, entre otras, se contraponen a lo propuesto por la Resolución del Parlamento Europeo de Derechos Humanos del año 1994, la que tiene como objetivo instaurar un trato igualitario entre parejas homosexuales y heterosexuales. Por ejemplo, se busca erradicar disposiciones discriminatorias como la contenida en la ley sueca, que a propósito de la adopción descarta a priori la idoneidad de los miembros de una pareja homosexual para cuidar, criar y educar a un menor.

CAPITULO QUINTO. LA TRANSEXUALIDAD

5.1 ENFOQUE ESTÁTICO Y DINÁMICO SOBRE EL SEXO

El fenómeno de la transexualidad ha trascendido los ámbitos privados y actualmente ha dejado de silenciarse, planteándose como una problemática por la variedad de efectos que se derivan de la mutación del sexo, realidad que el derecho no puede eludir, y por ende desatender. Con los avances de la ciencia y la medicina las operaciones de cambio de sexo han sido posibles, teniendo una trayectoria de más de 70 años, si consideramos que en 1930 en Estados Unidos se realizó la primera intervención quirúrgica a un transexual. No obstante esta situación, hoy en día muy pocos países cuentan con una legislación específica al respecto; mientras que la gran mayoría entrega la solución del caso concreto a los tribunales de justicia, situación en la cual se encuentra nuestro país.

La transexualidad comenzó a salir a la luz pública tras denuncias realizadas por transexuales ante órganos jurisdiccionales, fundamentalmente por el desconocimiento de su identidad sexual por parte del ordenamiento jurídico, al ser rechazadas las solicitudes de cambio registral de sexo, explicitándose, de esta manera, las fuertes limitaciones a sus

derechos y libertades individuales.

En doctrina existen dos posiciones bien marcadas en relación con el tema de la transexualidad. Un sector sostiene, básicamente, que el sexo se define en función del factor biológico **-concepción estática de sexo-**, por el hecho que el sexo cromosómico permanece inmutable, pese a que la persona se someta a tratamientos hormonales e intervenciones quirúrgicas tendientes a cambiar su sexo. Un segundo enfoque **-concepción dinámica de sexo-** señala que, el sexo es una noción compleja, dentro de la cual es posible distinguir diversos componentes de él: cromosómico (o genético), anatómico, hormonal, psicológico y social; de todos ellos, sólo el primero es inmutable. Afirman que tiene una importancia capital el sexo psicológico y el social en la determinación de la identidad sexual.

La evolución de un concepto estático de sexo a uno dinámico se ha visto posibilitado por los avances científicos, en especial por los beneficiosos efectos de la intervención quirúrgica en aquellas personas que se identifican y, por ende, sienten y actúan de acuerdo al sexo contrario al legal.

Desde una **perspectiva estática** la definición de sexo se identifica plenamente con el aspecto objetivo, es decir, por los caracteres biológicos, el que coincide con el sexo legal, el registrado en el acta de nacimiento. Los adherentes a esta posición, no consideran los elementos psicológicos y sociales en la configuración del sexo, porque la transformación del aspecto físico a través de intervenciones quirúrgicas y/o tratamientos hormonales y psicológicos no alcanzan a alterar el sexo cromosómico, el que permanecerá siempre inmutable al venir determinado desde el nacimiento de la persona. Sostienen que, con tales intervenciones o tratamientos únicamente se consigue una apariencia del sexo contrario, en ningún caso un real cambio de sexo. Ellos definen la transexualidad como “el resultado de factores sociológicos, ambientales o educativos, o el producto de su combinación. En esta situación, el paciente debe ser tratado hormonalmente o mediante una adecuada psicoterapia destinada a apoyar su propia identidad sexual que es [...] aquella de carácter biológico-registral”.¹³⁴ En consecuencia, la transexualidad la visualizan como una patología, al ser el sujeto víctima de la contingencia en la cual ha estado inmerso y se ha desarrollado (ambiente familiar, escolar). Como el problema se genera en la mente del sujeto, las soluciones deben ir dirigidas a brindarle asistencia psicológica y psiquiátrica a fin de terminar con esta anomalía. Por otra parte aseveran que, el cambio de sexo en la partida de nacimiento atenta contra la seguridad jurídica, al ser el sexo un elemento básico en las relaciones sociales, dando paso a equívocos en las relaciones personales del transexual con terceros, sobre todo en materia de Derecho de Familia, como el matrimonio. En resumen, para este sector de la doctrina el elemento biológico es determinante del sexo, no conciben que el ordenamiento jurídico se preste para tutelar apariencias, salvaguardando de esta manera situaciones ilegítimas.

En tanto, en el **enfoque dinámico** se priorizan todos los elementos que integran al sexo (biológicos y psico-sociales). Argumentan que, si bien, con frecuencia el elemento objetivo – biológico - coincide con el subjetivo, hay numerosos casos en los cuales no

¹³⁴ Fernández Sessarego, Carlos, “Derecho a la Identidad personal”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 296.

existe una relación directa entre tales factores y, sin embargo, se manifiesta una identidad sexual tan válida como cualquier otra. El sexo sentido y vivido se relaciona con la personalidad del sujeto y con el desarrollo de ésta en el plano individual y social, afectando directamente la psiquis del sujeto y su desenvolvimiento social, dando paso a la llamada identidad sexual como manifestación de la identidad personal. La identidad sexual se construye a partir del sexo psico-social de cada persona. No desconocen la inmutabilidad del sexo cromosómico, pero señalan que ante la discordancia entre éste y el elemento psico-social debe primar este último. En síntesis, desde esta perspectiva el derecho debe tolerar la adecuación física al sexo psico-social y el cambio registral de sexo, como proyección del derecho a la identidad sexual.

5.2. Sexo biológico y psico-social

En las líneas anteriores nos hemos referido tanto al sexo biológico como al psico-social, con el objeto de precisar aún más los términos y de señalar nuestra posición al respecto, revisaremos los factores que componen cada uno de ellos.

El **factor biológico** está integrado por:

- a) Sexo genético.
- b) Sexo hormonal.
- c) Sexo gonádico, presencia de testículos u ovarios.
- d) Morfología de los órganos internos de reproducción.
- e) Morfología de los genitales externos.

En tanto que **sexo psicológico** es “la conciencia que cada uno de nosotros tiene de sentirse hombre o mujer. El sexo psicológico masculino está integrado por una vivencia de virilidad y una libido orientada hacia la mujer; con el sexo psicológico femenino ocurre a la inversa”.¹³⁵

En tanto que, **sexo sociológico** o rol sexual es “todo lo que hace una persona para señalar a los otros su estatuto, masculino, femenino o ambiguo”.¹³⁶

A nuestro juicio, **la transexualidad se presenta a partir de la disociación entre los elementos biológicos y los psico-sociales en la configuración de la identidad sexual, es decir, la persona siente y se comporta de acuerdo al sexo opuesto al registrado en su acta de nacimiento -sexo biológico-. Por regla general, procura adecuar a su sexo psico-social tanto su apariencia física, por medio de tratamientos hormonales y/o intervenciones quirúrgicas; como asimismo sus relaciones jurídicas a través de la modificación de su acta registral.**

¹³⁵ López-Galiacho Perona, Javier, “Problemática jurídica de la transexualidad”, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 51.

¹³⁶ Money, J. “Sin, sickness, or status? Homosexual gender identity and psychoneuroendocrinology”, American Psychologist, 42, 1987, págs 384 y ss , citado por López-Galiacho, ob. cit., p. 52.

Al referirnos a los transexuales identificamos, al menos, las siguientes circunstancias:

a) Son personas que teniendo un sexo biológico bien definido, sienten pertenecer al opuesto.

b) Sienten rechazo por su sexo biológico.

c) Aspiran a acceder a una identidad sexual más coherente entre su aspecto físico y su sexo psico-social, por medio de tratamientos hormonales y/o intervenciones quirúrgicas.

El sexo biológico, comúnmente, se presenta y evoluciona en un sólo sentido, exceptuando los casos de hermafroditismo. En cambio, el sexo

psico-social es de naturaleza múltiple y en definitiva su manifestación dependerá de cada individuo, lo que da lugar a la identidad sexual como expresión de la personal. Ahora bien, el sentimiento personal de pertenencia a un determinado sexo y su exteriorización, constituyen la identidad sexual y ésta tiende a ser determinada por el sexo legal. No obstante, hay numerosos casos en los que existe una disociación entre los factores objetivos y subjetivos, situación en la que se encuentran las personas transexuales, originándose una identidad sexual totalmente independiente al desarrollo biológico del sexo. A fin de superar esta yuxtaposición se aspira a ajustar la apariencia física a la identidad sexual sentida y vivida, para luego conciliarla con su identidad legal (en la medida que el ordenamiento jurídico permita el cambio registral de sexo); todo esto, con la finalidad de ver protegida su derecho a la intimidad, evitando que la discordancia entre el sexo cromosómico y el psicológico se haga patente a terceros, por ejemplo, a través del examen de los documentos de identificación personal.

5.3. DIFERENCIA ENTRE TRANSEXUALIDAD E INTERSEXUALIDAD, TRAVESTISMO Y HOMOSEXUALIDAD

El fenómeno de la transexualidad es muy peculiar y complejo, siendo imprescindible diferenciarla de la intersexualidad, travestismo y homosexualidad.

La **intersexualidad** se manifiesta de dos formas, como hermafroditismo verdadero o bien como pseudohermafroditismo; la primera es excepcional y se caracteriza "... por la presencia simultánea, en el mismo individuo, de la gónada masculina y de aquella femenina, cuya coexistencia influye, de modo variable sobre la conformación de los genitales externos, el aspecto somático y el comportamiento psíquico (...) Las características correspondientes a los dos sexos se encuentran muy definidas. Los hermafroditas no pueden engendrar ni tener hijos." ¹³⁷ ; por otra parte, el pseudohermafroditismo "tanto masculino como femenino, representa la carencia, en un mismo individuo, de homogeneidad entre los genitales externos y el sexo genético, no

¹³⁷ López-Galiacho, ob. cit., p. 325.

obstante lo cual predominan las características correspondientes a uno de los dos sexos”.

138

Como podemos apreciar, la intersexualidad se relaciona con la falta de definición del sexo biológico o por la presencia simultánea del sexo masculino y femenino, por ello frente a esta ambigüedad los tratamientos médicos dependen de la evolución biológica que haya experimentado el sexo del paciente, es decir, si se ha desarrollado en mayor medida, durante la vida del intersexual, el sexo masculino, las intervenciones médicas tienden a reforzar su presencia a fin de lograr una definición de él. Así se explica que las autoridades pertinentes sean proclives a acoger la solicitud de cambio de sexo y nombre si el peticionario al nacer fue inscrito con un determinado sexo y luego, producto de su evolución biológica, predomina el sexo contrario al registrado en la partida de nacimiento.

El travestí, es aquella persona que se viste con ropas propias del sexo opuesto, comportándose de acuerdo a él, guiado por un deseo erótico-fetichista, pero que, a diferencia del transexual, se identifica con su sexo biológico en su vida cotidiana, sin aspirar a adecuar sus genitales, caracteres secundarios y la mención de sexo en la partida de nacimiento.

En tanto los **homosexuales** son personas que no tienen conflictos entre los elementos objetivos y subjetivos que definen su sexo, se comportan de acuerdo al sexo registral, no sintiendo rechazo por sus órganos genitales. Acá lo predominante es que sienten atracción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo registral, siendo un tema propio de la orientación sexual.

La transexualidad tiene directa relación con la identidad sexual del sujeto, dado que los órganos genitales están definidos y concuerdan con el sexo legal, pero la persona siente pertenecer al sexo contrario y se comporta de acuerdo a tal sentimiento.

5.4. SEXO Y ESTADO CIVIL

Históricamente el sexo ha constituido un elemento determinante en la capacidad de obrar de las personas, por ello se incluía en el estado civil. Esta concepción se explica porque “La restricción que por razón de sexo sufrió la mujer durante siglos en su capacidad de obrar hizo del sexo una condición de la persona que el derecho tomaba en cuenta y a la que se le atribuía -legal y doctrinariamente- el carácter de estado civil.”¹³⁸ Actualmente, gran parte de la doctrina comparada considera al sexo una cualidad natural de la persona, que no debe dar lugar a desigualdades jurídicas entre los individuos, eliminándose en la mayor parte de las legislaciones la discriminación en razón de sexo. En esta situación se encuentra “... la doctrina y jurisprudencia italiana, que mayoritariamente consideran al estado civil como el conjunto de circunstancias de la persona

¹³⁸ López-Galiacho, ob.cit., p. 326.

¹³⁹ López-Galiacho, ob. cit. P. 81.

que modifican su capacidad de obrar, señalan la pérdida del sexo como elemento integrante del estado civil, al ya no implicar nacer hombre o mujer una distinta capacidad de obrar ante el Derecho”.¹⁴⁰

Sin embargo, en otros países continúa incluyéndose al sexo en el estado civil, en esta posición se hallaba la doctrina y jurisprudencia francesa. Partían “de un concepto de estado civil como conjunto de cualidades especialmente relevantes que reúne la persona y que concurren a individualizarla permanentemente ante la sociedad civil, a las que el derecho ata una serie de consecuencias jurídicas diversas... se entiende que el sexo, junto a la edad y el debilitamiento de las facultades mentales, es un hecho natural que otorga la cualidad personal de hombre y de mujer y que el Derecho toma en consideración para otorgarle a cada sexo un estatuto jurídico especial, hablándose pues de un estado de hombre y otro de mujer”.¹⁴¹ Luego, para determinar la capacidad de ejercicio de una persona hay que saber previamente si se trata de un hombre o de una mujer, al constituir el sexo un elemento determinante en esta materia.

Nuestro derecho interno define al estado civil como “la calidad de un individuo en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles”.¹⁴² Concepto demasiado amplio, a nuestro entender, porque afecta tanto situaciones individuales como colectivas, por ello adherimos a lo sostenido por un sector de la doctrina nacional que define al estado civil como “la posición permanente que un individuo ocupa en la sociedad, en orden a sus relaciones de familia, en cuanto le confiere o impone determinados derechos y obligaciones civiles”.¹⁴³ Por lo demás, el contenido de la definición de estado civil antes señalada, se condice con las materias comprendidas en el título XVII del Libro I del Código Civil, que regula las relaciones del individuo con su familia.

Frecuentemente, tanto en la doctrina comparada como nacional se ha tendido a equiparar, erróneamente, la capacidad de ejercicio con el estado civil, pese a que tienen distintos campos de actuación. La primera “depende del individuo considerado en sí; para determinar si éste es capaz o incapaz, hay que mirar sólo a su persona; para saber la edad del sujeto o si es demente o disipador, es innecesario averiguar su condición de casado, de hijo legítimo o ilegítimo, etc. El estado civil en cambio, que depende de las relaciones de familia, implica, por su naturaleza misma, la necesidad de relacionar al individuo cuyo estado se trata de determinar con otro sujeto... El estado civil es un vínculo, que une al individuo con la familia, con el medio social en que actúa. La capacidad es una noción que ningún vínculo supone: es simplemente la aptitud para adquirir y ejercer derechos.”¹⁴⁴

¹⁴⁰ López-Galiacho, ob. cit., p. 95.

¹⁴¹ López-Galiacho, ob. cit., p. 94.

¹⁴² Código Civil chileno, artículo 304.

¹⁴³ Alessandri, Arturo y otros, Derecho Civil, Tomo I, Parte Preliminar y General, Editorial Ediar Conosur Ltda., Santiago, Quinta Edición, 1990, p. 422.

Esta discusión no es baladí, porque en la eventualidad de considerar al sexo como estado civil se le aplicaría el mismo régimen jurídico de aquél, y en nuestro derecho las leyes sobre el estado civil son de orden público, por tanto indisponibles.

Ciertamente, el estado civil influye en la capacidad de obrar, es así que una persona casada tiene una distinta capacidad de ejercicio que otra viuda.

Por último, no desconocemos que en nuestro ordenamiento jurídico se contemplan diferencias de trato entre hombres y mujeres, como sucede en materia laboral con el fuero maternal; en el ámbito civil, la determinación de la paternidad y la maternidad; el deber de los hombres mayores de edad de cumplir con el servicio militar, entre otras. Pero estas distinciones no justifican la inclusión del sexo como elemento del estado civil. Asimismo, no desconocemos que el sexo continúa influyendo en el estado civil, puesto que el matrimonio presupone la diferencia de sexo.

5.5. PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL EN EL DERECHO Y JURISPRUDENCIA COMPARADA

En aquellos países que aceptan la modificación del sexo en la partida de nacimiento, se ha puesto el acento en la tutela del libre desarrollo de la identidad sexual, cuyo elemento determinante, en su construcción, desarrollo y exteriorización, es el psico-social.

Se han perfilado variadas soluciones en torno al tema del cambio de sexo, destacando aquellas que lo regulan legalmente en forma específica, ya sea por vía judicial o administrativa; otras que ante el vacío legal, dan respuestas a solicitudes en esta temática sólo por vía jurisprudencial, basados en el principio de inexcusabilidad, por consiguiente queda al arbitrio del juez decidir sobre su admisibilidad.

A) Vía Jurisdiccional Reglado Por Legislación Especial

Alemania: El 10 de septiembre de 1980 se dictó la ley "Sobre cambio de nombre y sobre la determinación de la pertenencia sexual en casos particulares", la que contempla dos procedimientos judiciales totalmente autónomos. El primero, da la posibilidad al transexual sólo de modificar el o los prenombrados, a través de un procedimiento simplificado en el que no se exige operación previa, ni soltería. El peticionario debe tener 25 años o más y demostrar su transexualidad, es decir, su sentimiento de pertenecer al sexo opuesto al legal, a lo menos desde tres años antes a su petición. Lo anterior se corrobora por medio de dos peritajes practicados por especialistas en forma independiente. Además, se establece una audiencia oral entre el demandante y el tribunal, a fin que éste se interiorice de la problemática del primero.

Asimismo, esta ley protege la intimidad de los actos de la vida privada del peticionario, prohibiendo la realización de investigaciones en torno al nombre modificado,

¹⁴⁴ Alessandri, Arturo y otros, ob. cit., pp. 423 y 424.

sin el consentimiento del interesado.

Los efectos de la sentencia de cambio de nombre son esencialmente modificables por el propio peticionario si desea volver a la situación jurídica anterior. Del mismo modo, la sentencia firme carece de eficacia si durante los trescientos días siguientes nace un hijo del recurrente; o si posteriormente a dicho término reconoce la filiación de un hijo; o si contrae matrimonio con persona del mismo sexo cromosómico. La ley se pone en la situación que el recurrente haya reconocido la filiación de un hijo o bien adoptado con anterioridad a la ejecutorialidad del fallo, en este caso, la situación jurídica no se ve alterada, por ende los descendientes deberán declarar los nombres que llevaba el padre o la madre antes de la sentencia.

La segunda opción, llamada “la gran solución”, va dirigida a modificar la mención de sexo, equiparando el aspecto físico con la situación jurídica del transexual, en razón de ello los requisitos establecidos son más rigurosos. Aparte de los señalados para el cambio de prenombre, se requiere que el solicitante se someta a una intervención quirúrgica demoledora-reconstructiva, dirigida a adecuar su aspecto físico a su sexo psicológico; no ser casado; y por último, que sea incapaz de procrear.

La sentencia que declara el cambio de sexo deja inalterables todos los derechos y obligaciones relativos a los ascendientes y descendientes reconocidos o adoptados previamente a la sentencia de cambio de sexo.

Italia: El 14 de abril de 1982 se promulgó la ley “en materia de rectificación de atribución de sexo”, admitiendo la corrección de la mención de sexo en el Registro Civil y, como consecuencia lógica, el cambio de nombre propio. Esta ley no prescribe mayores requisitos, es así como no se hace alusión a la edad, ni al estado de soltería, ni la nacionalidad del pretendiente. Si éste se encuentra casado, la modificación registral de sexo comprende la disolución automática del matrimonio. Se requiere que, previamente a la solicitud, el recurrente haya seguido un tratamiento médico de modificación de los caracteres sexuales, el que igualmente será autorizado por sentencia judicial.

Con relación al aspecto procesal, se dispone que la demanda sea deducida ante el tribunal de la residencia del demandante. En el juicio interviene el Ministerio Público, pero el recurrente no acciona contra él. Es facultativo para el juez instructor solicitar informes periciales.

En cuanto a los efectos de la sentencia favorable al cambio de sexo, opera sólo para lo futuro.

Holanda: La ley promulgada el 24 de abril de 1985 permite al transexual solicitar a los tribunales correspondientes el cambio de la mención de sexo. El interesado puede ser un nacional o extranjero residente a lo menos un año y con permiso de residencia; soltero e incapaz de procrear. Cumplidos estos requerimientos, el interesado interpone una demanda ante tribunal competente, en la que debe acompañar informe de expertos en la materia y se indicará la circunstancia de estar o no operado.

B) Vía Administrativa Reglado Por Legislación Especial

Suecia: La Ley “Sobre la determinación del sexo en casos establecidos” del 21 de abril de 1972, fue el primer cuerpo legal en la legislación comparada en regular el cambio

de sexo. El solicitante debe ser sueco, tener 18 años o más, estéril, no estar casado y acreditar, dentro de un procedimiento administrativo, que después de la adolescencia se identifica con el sexo opuesto al legal. No es necesario que el recurrente se haya sometido a una intervención quirúrgica de cambio de sexo, pero si adicionalmente desea operarse, debe presentar otra solicitud ante la autoridad judicial.

Con objeto de resguardar la intimidad de los solicitantes, la ley en comento exige, bajo sanción, que todas las personas que intervengan en el proceso de cambio de sexo guarden plena reserva.

C) Solución Administrativa Sin Regulación Específica

Dinamarca: Este país carece de una legislación específica, sin embargo, por vía de una interpretación analógica de la ley del 11 de mayo de 1935 sobre castración, se permite la adecuación física al sexo psico-social de la persona. El interesado debe someterse a observación durante dos años por el Servicio de Psiquiatría del Hospital Universitario de Copenhague, al concluir el período indicado, dicho organismo debe emitir un informe a la Dirección de Asuntos Familiares del Ministerio de Justicia, ente que finalmente autoriza la intervención quirúrgica y, una vez concluida ésta, se rectifica la mención de sexo en el acta de nacimiento con íntegras consecuencias jurídicas.

D) Decisión Judicial Sin Regulación Legal Especial

La mayoría de los países se encuentra en esta situación, solamente destacaremos el tratamiento jurisprudencial de algunos de ellos:

Francia: Desde la década de 1990 los tribunales franceses han sido proclives a acoger demandas de cambio de sexo. Anteriormente la Corte de Casación francesa las rechazaba argumentando, fundamentalmente, que “el principio de indisponibilidad del estado de las personas, respecto al cual el orden público está interesado, prohíbe tomarlas en consideración”.¹⁴⁵ La jurisprudencia francesa incluía al sexo en el estado civil; y, además se argüía el carácter inmutable del sexo cromosómico, en el sentido que, a pesar que el sujeto se haya sometido a intervenciones quirúrgicas y tratamientos hormonales dirigidos a cambiar su sexo, éste permanecía inalterable y sólo conseguía adecuar la apariencia externa al sexo querido, pero no había un real cambio de sexo.

Más tarde, los tribunales franceses admitieron excepcionalmente el cambio de sexo cuando era producto de una causa extraña al sujeto, como sucede en los casos de intersexualidad.

Estos criterios perduraron hasta que en 1992 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en adelante TEDH, condenó al Estado francés a indemnizar perjuicios por denegar la modificación de sexo registral a un transexual, porque a juicio del TEDH tal rechazo significaba la violación del art. 8 de la Convención de Roma, que consagra el respeto de la vida privada. Esta condena contribuyó a uniformar la jurisprudencia francesa, acogiendo en adelante las pretensiones de cambio de sexo, basándose en el respeto de la vida privada de los transexuales, mas no en la primacía del sexo psico-social, siempre que el petionario cumpliera los siguientes requisitos:

¹⁴⁵ Sentencia del Tribunal de Casación, sala 1ª, de 16 de diciembre de 1975, citado por López Galiacho, ob. cit., p. 145.

Se haya sometido a una intervención quirúrgica de cambio de sexo y lo certifique un médico especialista nombrado por el juez.

Su apariencia física se asimile al sexo querido.

Se comporte de acuerdo a él.

España: La legislación positiva de este país no contempla el fenómeno de la transexualidad. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha resuelto en sentido favorable diversos recursos de casación en que los transexuales pretendían rectificar la mención de sexo en la inscripción de nacimiento del Registro civil y, por consiguiente, el nombre.

A nivel legal la única mención expresa al tema de la transexualidad, se produce a raíz de la reforma al Código Penal en 1983, introduciendo un nuevo párrafo al artículo 428, expresando que “el consentimiento libre y expresamente manifestado, exime de responsabilidad en los supuestos de trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual, efectuados legalmente y por facultativos”.¹⁴⁶

En 1987 por primera vez el Tribunal Supremo acogió una demanda de cambio de sexo y nombre, argumentando que, si bien es cierto que el sexo cromosómico es inalterable, “el Derecho también protege las ficciones, [dado que]... el varón operado no pasa a ser hembra, sino que se le tiene por tal, ya que dejó de ser varón por extirpación y supresión de los caracteres primarios y secundarios y presentar órganos sexuales similares a los femeninos, así como caracteriologías psíquicas y emocionales propias de este sexo”.¹⁴⁷ En los fundamentos de derecho cabe destacar la inclusión del cambio de sexo “entre los derechos de la personalidad, porque toda persona tiene derecho a un sexo bien determinado, por lo menos en lo que respecta a sus atributos psicológicos y características sexuales.”¹⁴⁸

A partir del año 1991, fecha en que el Tribunal Supremo dicta su cuarta sentencia relativa al tema, es cuando los criterios de los jueces comienzan a unificarse. De las sentencias citadas, es de gran interés la del 19 de abril de 1991, en que se aborda el tema de cambio de sexo de varón a mujer, dictada por la Primera Sala del Tribunal Supremo, pues en ella se sistematizan los principios rectores para la concesión del cambio de sexo, sobresaliendo los siguientes:

- Adquiere relevancia el aspecto psicológico del sexo, aduciendo que la transexualidad “puede aceptarse por vía de las reglas de la experiencia y de hechos probados, y se caracteriza por el irresistible sentimiento de pertenencia al sexo contrario, rechazo del propio y deseo obsesivo de cambiar de morfología genital”¹⁴⁹. También se prioriza el factor social, al expresar que “en el ambiente en que se mueve el recurrente

¹⁴⁶ VillaGómez Rodil, Alfonso, “Aportación al estudio de la transexualidad”, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1994, p. 24.

¹⁴⁷ VillaGómez Rodil, Alfonso, ob. cit., p. 23.

¹⁴⁸ VillaGómez Rodil, Alfonso, ob. cit., p. 24.

¹⁴⁹ VillaGómez Rodil, Alfonso, ob. cit., p. 66.

(tanto social como familiar o personal) es evidente que ha habido un cambio social de sexo".¹⁵⁰

- Exige que el transexual haya terminado completamente su transformación quirúrgica antes de permitirle modificar la mención de sexo en el Registro Civil.

- En las demandas de cambio de sexo no se debe aplicar las normas sobre error en la inscripción registral.

- La posibilidad de modificar el sexo por intervenciones quirúrgicas y tratamientos hormonales se entiende protegida en virtud de lo dispuesto en el "artículo 10 de la Constitución, al establecer como derecho fundamental el del "libre desarrollo de la personalidad", [el que] implica una proyección hermenéutica amplia que autoriza para incluir en tal desarrollo los cambios físicos de forma del ser humano".¹⁵¹

- El cambio de sexo se traduce, a nivel legal, en una anotación marginal en la partida de nacimiento con el nuevo sexo y nombre, "sin que tal modificación en el Registro Civil suponga una equiparación absoluta con el sexo femenino para determinados actos o negocios jurídicos, especialmente contraer matrimonio como tal transexual, toda vez que cada uno de éstos exigiría la plena capacidad y aptitud en cada supuesto".¹⁵² Es decir, por una parte, el Tribunal Supremo acepta el cambio de sexo, rescatando los factores psicológicos y sociales que inciden en él; y por otra, persiste en el criterio cromosómico para determinar la capacidad para contraer matrimonio, *ius nubendi*. En todo caso, hay que tener en cuenta que "a priori" y genéricamente no se puede prohibir a una persona mayor de edad contraer matrimonio, si dicha cuestión no había sido objeto de litigio.

Suiza: En este país los tribunales utilizan la aplicación analógica a los casos de transexualismo de las disposiciones contempladas para la rectificación de errores registrales.

Argentina: El derecho positivo interno únicamente contempla un artículo, en el que se alude tangencialmente el tema de la transexualidad en relación con las intervenciones quirúrgicas de cambio de sexo: "El art. 19, inc. 4º, de la ley 17.132, establece que, sin perjuicio de lo que dispongan otras normas vigentes, los profesionales que ejerzan la medicina tienen la obligación de no llevar a cabo intervenciones quirúrgicas que modifiquen el sexo del enfermo, salvo que sean efectuadas con posterioridad a una autorización judicial".¹⁵³ Entonces, las operaciones de cambio de sexo son lícitas siempre que el órgano jurisdiccional competente lo consienta, en todo caso no nos consta si tal autorización se limita a casos de intersexualidad, o por el contrario, se extiende a la adecuación de los órganos genitales de personas transexuales. Por otra parte, este escueto artículo no hace referencia a la posibilidad del transexual operado de rectificar su sexo en su partida de nacimiento. Luego, le corresponde a la jurisprudencia argentina

¹⁵⁰ VillaGómez Rodil, Alfonso, ob. cit., p. 67

¹⁵¹ VillaGómez Rodil, Alfonso, ob. cit., p.67.

¹⁵² VillaGómez Rodil, Alfonso, ob. cit., p. 67.

¹⁵³ Cifuentes, Santos, "Derechos Personalísimos", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, p.303.

resolver las solicitudes de cambio de sexo, porque no cuenta con un soporte legal explícito en la materia. En todo caso, hasta la fecha los tribunales argentinos no han acogido ninguna solicitud de cambio de sexo.

5.6. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN TORNO A LA TRANSEXUALIDAD

En este apartado nos interesa conocer cuál ha sido la trayectoria de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) acerca de las demandas por cambio de sexo impetradas por transexuales.

El TEDH es el principal órgano encargado de velar por el cumplimiento de lo dispuesto en el Tratado de Roma de 4 de noviembre de 1950 por parte de los Estados firmantes.

En torno al tema que nos ocupa, este tribunal ha debido pronunciarse respecto a posibles infracciones al tratado perpetradas por Estados que han rechazado demandas deducidas por transexuales.

En 1976 un transexual femenino, Danielle Van Oosterwijck, tras la operación de cirugía transexual demanda al Estado belga por violación del artículo 8 y 12 de la Convención de Roma,¹⁵⁴ al impedir modificar su sexo en el Registro Civil belga, en circunstancias de haber adecuado previamente su apariencia física al sexo psico-social, es decir al masculino. La Comisión del TEDH, el 1 de marzo de 1979, acogió por unanimidad la demanda deducida, otorgando preeminencia al elemento psico-social en la determinación del sexo. Con relación a la infracción al artículo 8 de la Convención de Roma, la Comisión sostuvo que se había vulnerado el respeto a la vida privada al “imponer a una persona [...] llevar documentos de identidad en contradicción flagrante con su apariencia [...] El Estado [...] ha rehusado conocer un elemento determinante de la personalidad: la identidad sexual, tal como resulta de la morfología modificada, del psiquismo del demandante, de su papel social [...] ha tratado al interesado como un ser ambiguo, una apariencia, sin consideración especialmente a los efectos del tratamiento médico lícito destinado a poner concordancia el sexo físico y el sexo psíquico”.¹⁵⁵

Asimismo, la Comisión estimó que todo transexual tiene derecho a contraer matrimonio. No obstante el dictamen de la Comisión, el pleno de dicho tribunal rechazó la demanda por no haberse agotado los mecanismos del derecho interno belga para hacer valer su pretensión, ya que previamente no se había interpuesto recurso de casación. Lo

¹⁵⁴ Artículo 8: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”
Artículo 12: “ A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a formar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”

¹⁵⁵ López-Galiacho, Javier, ob. cit., pp. 129 y 130.

significativo de este fallo, es que los fundamentos de la demanda fueron acogidos por la Comisión, rechazándola el pleno sólo por cuestiones formales.

Otro caso digno de destacar, dice relación con la demanda de un transexual femenino operado contra el Reino Unido, por violación del artículo 8 y 12 de la Convención de Roma.¹⁵⁶ A pesar que, previamente el demandante había modificado su nombre y apellidos de femenino a masculino, se le impedía alterar su partida de nacimiento con relación al sexo. La Comisión nuevamente admitió los fundamentos de la demanda, considerando que efectivamente el Reino Unido no había respetado la vida privada del peticionario, al impedirle modificar su mención de sexo. En cuanto al artículo 12, cinco votos contra cinco estimaron que se producía tal infracción.

Sin embargo, el pleno del TEDH determinó que no se había producido violación al artículo 8 (doce votos contra tres) ni tampoco al artículo 12 (por unanimidad).

En 1990 nuevamente el TEDH debe resolver una petición de un transexual operado, de nacionalidad inglesa, inscrito con sexo masculino en su partida de nacimiento, denominado el asunto Cossey. En esta oportunidad el Tribunal advierte que en la doctrina y legislación europea se han producido cambios significativos en torno a la transexualidad, al contar algunos países con legislación específica; no obstante, persiste en rechazar las peticiones sostenidas por transexuales. En todo caso, la posición favorable a la demanda fracasa por diez votos contra ocho con relación al artículo 8, y cuatro votos disidentes respecto del artículo 12.

El rechazo del TEDH a las demandas deducidas por transexuales, se explica por la primacía otorgada a la concepción del sexo biológico; y al interés público sobre el privado, priorizando el resguardo de la seguridad jurídica por sobre el respeto a la vida privada, dejando en desamparo intereses individuales.

A principios de 1992 el Tribunal vuelve a pronunciarse acerca de otro caso de transexualidad, el de una ciudadana francesa registrada en la partida de nacimiento con sexo masculino. Esta persona anteriormente había ajustado su fisonomía física a su sexo vivido y sentido. Luego, quiso adecuar sus relaciones jurídicas, de este modo, tras agotar los mecanismos internos brindados por el ordenamiento jurídico francés para modificar su sexo y nombre en el Registro, demanda a este Estado, considerando que tal negativa infringía el artículo 3,¹⁵⁷ 8 y 12 del Convenio de Roma.

La Comisión concluye que se ha cometido infracción al artículo 8 (diecisiete contra uno). Por su parte, el pleno del TEDH el 25 de marzo de 1992 resolvió por quince votos contra seis que Francia había vulnerado el artículo 8 del Tratado. Dicho tribunal, admite que la percepción social de la problemática ha evolucionado, abriéndose paso a su aceptación en el ámbito europeo, pero aun no se establece la naturaleza de la transexualidad. Luego de valorar que el registro francés recoge una serie de datos relativos a la vida privada de las personas, su derecho no permite ni siquiera el cambio de nombre, por lo tanto las referencias al sexo cromosómico en los documentos de

¹⁵⁶ Caso Rees, año 1981.

¹⁵⁷ Artículo 3: "Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes."

identificación exponen a la demandante a sufrir continuos trastornos, concluyendo que no se da la suficiente proporcionalidad entre el resguardo del interés general y el menoscabo de los intereses del demandante ¹⁵⁸. Los jueces que disienten de la mayoría volverán a los argumentos que sostenían en los casos de Rees y Cossey para fundar su oposición. Aseveran que cada Estado firmante del tratado es soberano para regular las consecuencias jurídicas del cambio de sexo, porque compete evaluar las actitudes morales y las tradiciones de cada país.

5.7. MODIFICACIÓN DE SEXO EN CHILE

Nuestro país carece de disposiciones que regulen la materia de cambio de sexo y nombre a raíz de casos de transexualidad.

Sólo se encuentra vigente la **Ley N° 17.344** del año 1970 que autoriza, bajo ciertas y determinadas circunstancias, cambiar el nombre y apellido. Pero en ninguna de las situaciones contempladas se señala la posibilidad que personas transexuales soliciten al Juez competente el cambio de nombre propio, de masculino a femenino o viceversa. Únicamente por analogía esta situación podría quedar inmersa en los casos contemplados en el Art. 1° de dicha ley, el cual dispone que: “cualquiera persona podrá solicitar, por una sola vez, que se le autorice para cambiar sus nombres o apellidos, o ambos a la vez, en los casos siguientes:

- a) Cuando unos u otros sean ridículos, risibles o la menoscaben moral o materialmente.
- b) Cuando el solicitante haya sido conocido durante más de cinco años, por motivos plausibles, con nombres o apellidos, o ambos diferentes de los propios” ¹⁵⁹.

En la contingencia que un **transexual sometido a tratamiento hormonal por varios años**, con sexo psico-social masculino y con un nombre femenino en sus documentos de identificación, solicitara al órgano jurisdiccional correspondiente modificar su nombre por aquél que lo identifica sexualmente, podría invocar lo ordenado en la letra a) del artículo 1° de la citada ley, en virtud que el nombre femenino lo menoscaba moral y materialmente, por el hecho que su apariencia física de hombre no corresponde al nombre con el cual fue inscrito al nacer -femenino-, perjudicándolo enormemente en su desenvolvimiento cotidiano, al ser la apariencia sexual determinante para la vida social de cualquier persona. Además podría indicar que, puntualmente se haya menoscabado su derecho a la intimidad en variadas ocasiones, por ejemplo al ser atendido en la consulta

¹⁵⁸ En la sentencia se deja claro que el derecho francés, a diferencia del inglés, no respeta suficientemente el derecho a la vida privada de los transexuales al no reconocer con mayor amplitud consecuencias jurídicas al cambio de sexo tras una operación quirúrgica. Como se señaló anteriormente, el derecho inglés permite modificar el nombre en el Registro.

¹⁵⁹ Artículo 1 de Ley N° 17.344, Autoriza el Cambio de Nombres y Apellidos en los Casos que Indica”, publicada en el D.O. n° 27.752, de 22 de septiembre de 1970.

de un médico, en la sala de clases al pasar la lista, al presentarse a algún trabajo, al ser testigo en juicio, y, en general, en cualquier acto en el cual se le solicite su identificación.

Situándonos en la misma situación anterior, el transexual también podría fundar su demanda en la letra b) del artículo 1º de dicha ley, aludiendo que es conocido por más de cinco años en el medio social en el que se desenvuelve, con un determinado nombre femenino.

El tema se torna más complejo tratándose de **transexuales operados y tratados hormonalmente** que deseen rectificar la mención de sexo en su partida de nacimiento por aquél que sienten y viven cotidianamente y, consecuentemente, el nombre. Esta materia no se encuentra regulada legalmente, y en la circunstancia que se demande cambio de sexo, por aplicación del artículo 73 de la C.P.R., nuestros Tribunales están obligados a pronunciarse, quedando al total arbitrio del juzgador la decisión del caso concreto.

Ahora bien, nuestro derecho interno regula en la **Ley N° 4.808** las modificaciones de inscripciones que constan en el Registro Civil. En dicho cuerpo legal se indica que, “Las inscripciones no podrán ser alteradas ni modificadas sino en virtud de una **sentencia judicial ejecutoriada**. No obstante lo anterior, el Director General del Registro Civil Nacional podrá ordenar, por vía administrativa, la rectificación de inscripciones que contengan omisiones o errores manifiestos.”¹⁶⁰ Después aclara que: “Se entenderán por omisiones o errores manifiestos todos aquellos que se desprendan de la sola lectura de la respectiva inscripción o de los antecedentes que le dieron origen o que la complementan”.¹⁶¹

Según la información que pudimos recabar en el Servicio de Registro Civil e Identificación, esta institución rechaza las solicitudes de cambio de sexo por vía administrativa, indicando al peticionario que debe concurrir ante el Juez de Letras en lo Civil competente, por considerar que la modificación de sexo no constituye un error manifiesto. En la situación que el transexual haya solicitado la rectificación de la mención de sexo al órgano jurisdiccional, según la información recopilada en el Servicio de Registro Civil y el testimonio de una persona transexual operada,¹⁶² el Juez dispone la práctica de un peritaje al Servicio Médico Legal, a fin de determinar el verdadero sexo del peticionario, a menos que el solicitante haya acompañado a la demanda de rectificación todos los antecedentes médicos que avalan su adecuación física al sexo sentido y vivido. Dicho peritaje se limita a examinar los genitales y caracteres sexuales del sujeto; seguidamente, se emite un informe que se remite al tribunal solicitante. A la postre, “el juez antes de dictar sentencia oír a la Dirección General del Registro Civil Nacional, para lo cual le enviará los antecedentes completos.”¹⁶³ Este órgano, habitualmente, limita su informe a lo señalado en el peritaje médico legal o a las pruebas allegadas al proceso.

¹⁶⁰ Ley Sobre Registro Civil, N° 4.808, artículo 17 incisos 1º y 2º.

¹⁶¹ Ley Sobre Registro Civil, N° 4.808, artículo 17 inciso 4º.

¹⁶² Datos obtenidos en una entrevista sostenida con un transexual operado, cuya mención de sexo fue modificada, y que por expresa solicitud suya mantendremos reserva respecto de su identidad.

Por consiguiente, si las conclusiones del peritaje o de los estudios efectuados por el médico tratante coinciden con el sexo reclamado por el sujeto, el Tribunal normalmente acoge la demanda en sentencia definitiva y, conjuntamente, ordena al Registro Civil practicar la rectificación correspondiente en el acta de nacimiento.¹⁶⁴

La ley 17.344 indica, además, la obligación de dar publicidad sin costo alguno a la solicitud de cambio de nombre, ésta debe “publicarse en extracto en el Diario Oficial de los días 1 ó 15 de cada mes, o al día siguiente hábil si dicho diario no apareciere en las fechas indicadas”.¹⁶⁵

Revisando los extractos publicados en el Diario Oficial desde el primer semestre del año 1997 hasta el primer semestre del 2000, encontramos veintidós solicitudes de cambio de nombre en los que no cabe duda de tratarse de peticiones de personas transexuales. De ellos, hemos seleccionado algunos que resultan ilustrativos del tema que nos concierne:

- “Tercer Juzgado de Letras El Loa Calama, en causa rol: 222, se ha presentado don Jorge Tomás T. R., solicitando el cambio de sus nombres y por ende la rectificación de su partida de nacimiento, **como resultado de la intervención quirúrgica** a que fuera sometido, dicha rectificación de partida debe indicar que el inscrito es de sexo Femenino, y a la vez se sustituyen sus nombres originales de Jorge Tomás, por los de Natasha Carolina, por que así ha sido conocida por más de cinco años entre sus familiares y amigos. Tatiana Prinea Georgalis, Secretaria Titular”. Publicación de 01 de junio de 1999.

“Quinto Juzgado Civil de Viña del Mar, rol N°V-243-99, presentóse don Manuel Osvaldo Quezada Maturana, solicitando se corrija su partida de nacimiento N°1198 del año 1943 de la Circunscripción El Puerto, donde figura inscrito con el nombre de Manuel Osvaldo Quezada Maturana, y de sexo masculino, lo que le causa menoscabo a su persona por lo que quisiera llamarse Carla Daniela Quezada Maturana, y registrarse con el sexo femenino, notifíquese a cualquier interesado, artículo N°2 Ley N°17.344. La Secretaria”. Publicación de 15 de diciembre de 1999.

“Tercer Juzgado de Letras El Loa Calama, en causa Rol N° 332-99, se ha presentado don Darwin Abel Parra Rojas, solicitando el cambio de sus nombres y por ende la rectificación de su partida de nacimiento, **como resultado de la intervención quirúrgica a que fuera sometido**, dicha rectificación de partida sobre indicar que el inscrito es de sexo femenino, y a la vez se sustituya sus nombres originales de Darwin Abel, por los de Isabel Andrea, porque así ha sido conocida por más de cinco años entre sus familiares y amigos. De conformidad con lo dispuesto en la ley N°17.344 y ley 4.808 sobre Registro

¹⁶³ Ley Sobre Registro Civil, N° 4.808, artículo 18 inciso 4°.

¹⁶⁴ En virtud de lo dispuesto en el artículo 19 de la ley 4.808 “La subinscripción que se haga para cumplir lo resuelto judicialmente, será anotada al margen de la respectiva partida, y deberá firmarse y fecharse por el Oficial del Registro Civil en ambos registros, si éstos estuvieren en su poder. Si el registro estuviere cerrado, podrá requerirse la anotación del Oficial de Registro Civil correspondiente o del Conservador del Registro Civil. El funcionario que haga la anotación deberá comunicarla, dentro de tercero día, al funcionario en cuyo poder se encuentre el otro ejemplar del registro, para que proceda a efectuar igual anotación.”

¹⁶⁵ Ley N° 17.344, artículo 2.

Civil.- Tatiana Prinea Georgalis, Secretaria Subrogante”. Publicación de 02 de mayo del 2000.

5.8. DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL

La protección del derecho a la identidad sexual, ya sea por vía legal o jurisprudencial, es una consecuencia lógica del reconocimiento de los factores subjetivos que intervienen en la determinación del sexo. En las últimas décadas se ha perfilado una tendencia favorable a aceptar el cambio registral de sexo en casos de transexualidad.¹⁶⁶

La identidad comienza a definirse con la percepción que se tenga de uno mismo en conexión con los demás, es decir, responde a un proceso interno del individuo, que sin lugar a dudas, adquiere mayor relevancia al estar en contacto con otros miembros de la colectividad, pues en ese contexto uno puede percibir lo que tiene de común con el resto y lo que lo singulariza, ya que “ser sí mismo significa también serlo aparentemente, también en el conocimiento y en la opinión de los otros; significa serlo socialmente. Es propio de esta proyección social de la identidad personal que, siendo susceptible de ofensa externa, está comprendida en la tutela jurídica, y puede, por ende, considerarse

¹⁶⁶ En las I Jornadas Internacionales de Derecho Civil, celebradas el 26 de septiembre de 1991 en Lima, un grupo de catedráticos firmaron las “Bases para una legislación sobre adecuación sexual en casos de transexualidad”, en ella se establecen los siguientes postulados: La identidad sexual constituye uno de los caracteres primarios de la identidad personal. En la determinación del sexo, según el estado actual de la ciencia, intervienen diversos factores: cromosómicos, genéticos, gonádicos, hormonales, genitales, psicológicos, sociales, jurídicos. A ello se suman los anatómicos, definidos como secundarios, tales como el desarrollo pélvico o la distribución de la vellosidad. Los factores determinantes del sexo pueden agruparse en dos categorías: aquellos biológicos, con los que nace y se registra el sujeto, y los psicosociales que conforman la personalidad. Al igual que tratándose de la identidad personal, los primeros son estáticos, mientras que los segundos son dinámicos. Dentro de los biológicos, sin embargo, el único que no puede variar en el curso de la vida es el cromosómico. Dada la complejidad del sexo, se hace necesario un estudio multi e interdisciplinario. En los casos de transexualismo se presenta una disociación entre los factores determinantes biológicos y el sexo psicosocial. Se trata de hombres que, desde los primeros años de su vida, sienten y viven como mujeres, o viceversa, constituyendo un drama existencial que repercute radicalmente en el mundo interior del sujeto y sus relaciones sociales. Teniendo como fundamento los derechos de la persona a su libertad, a su identidad y a su salud, deben permitirse normativamente los procesos de adecuación de sexo a casos de transexualismo. Vivir una determinada sexualidad es una opción del sujeto al libre desarrollo de la personalidad. Son admisibles las intervenciones quirúrgicas tendientes a superar la disociación soma-psi que, que presenta el transexual, a favor de esta última. Esta operación demoledora-reconstructiva, tiene como finalidad adecuarlos genitales al sexo vivido. Las intervenciones quirúrgicas de la adecuación de los genitales al sexo dinámico deben adoptarse en los casos de transexualismo en los que no sean de eficacia otros tipos de terapias. La adecuación de sexo debe ser el resultado de un procedimiento reservado, en el cual los jueces tendrán que evaluar, especialmente, los peritajes de expertos en la materia así como entrevistarse con el recurrente para apreciar, personalmente, la dimensión del conflicto existencial vivido por el transexual e informar plenamente al peticionario de las consecuencias irreversibles de la adecuación de sexo. La autorización para la intervención quirúrgica sólo puede ser otorgada a personas no casadas. Para la modificación de la inscripción registral se requiere peritaje que demuestre la incapacidad para procrear. El proceso de adecuación de sexo y la consiguiente modificación del prenombre, por pertenecer a la esfera íntima del sujeto, deben ser tutelados por el derecho a reserva. Los deberes y derechos emergentes de las relaciones familiares del transexual, cuyo sexo le fue adecuado, no se alteran.

un bien jurídico.”, ¹⁶⁷ digna de amparo legal, puesto que, los obstáculos en el desarrollo de ella repercuten en la personalidad del sujeto, extendiéndose a todas sus actividades cotidianas, como su estabilidad emocional, relaciones familiares y afectivas, rendimiento laboral, capacidad de concentración; incluso deteriora su salud, concebida como bienestar integral (físico y mental).

Evidentemente, la persona es un ser social, por ende, al desarrollar su vida debe conciliar sus intereses con los otros miembros de ella, pero bajo ningún pretexto puede significar el sacrificio de su dignidad humana. En razón de lo expuesto, es imperioso que el legislador reconozca esta realidad, sobre todo si consideramos que el orden jurídico tiene como centro a la persona humana, por tanto, le corresponde otorgar resguardo legal al respeto de la identidad personal y, por consiguiente, a la sexual, entendida ésta como derivación del derecho a la libertad individual. De este modo se aceptaría la diversidad como premisa indispensable en un Estado que discursivamente se plantea como Democrático de Derecho.

Al derecho privado, precisamente por regular relaciones entre

particulares, le incumbe tutelar el derecho a la identidad sexual, elevándola a la jerarquía de derecho de la personalidad, entendiendo por tales, una categoría especial de derechos subjetivos que están fundados en la dignidad de la persona, garantizando a todo individuo el disfrute y respeto de su mismidad e integridad en todas sus expresiones espirituales y físicas.

El derecho a la intimidad se halla estrechamente ligado al de la identidad personal, y, por ende, a la sexual. La intimidad es aquella esfera de la vida de las personas que se desea mantener al margen del conocimiento de los demás, a menos que la persona consienta en ello. Particularmente, en la situación de los transexuales, al no estar protegido el derecho a la identidad sexual, se verán obligados usualmente a dar a conocer a terceros aspectos de su vida íntima que desearían mantener en reserva, siendo vulnerado el derecho a la intimidad . ¹⁶⁸

La contradicción entre su aspecto físico y el sexo legal queda en evidencia al ser objeto de una fiscalización policial, al renovar la Cédula de Identidad, al hacer efectivo su derecho a voto, al presentar pasaporte, por nombrar algunas.

Concierne al legislador hacerse cargo de la situación del transexual, ya sea que esté o no operado, así como también de aquel que por variadas razones no desea o no puede someterse a una intervención quirúrgico de cambio de sexo, por ejemplo por peligrar su salud.

¹⁶⁷ Cifuentes, Santos, ob. cit., p. 259.

¹⁶⁸ Ríos Labbé, Sebastián “La protección civil del derecho a la intimidad”. Tesis de grado, Universidad de Chile, 2001. pág.29 El autor destaca tres características del derecho a la intimidad. a).- Lo protegido son manifestaciones o fenómenos que quedan al margen del conocimiento de personas extrañas o ajenas al titular o a su familia. b).- El conocimiento de dichas manifestaciones o fenómenos por otros provoca en el titular una turbación moral (que le impide estar tranquilo para disfrutar de la vida) y por ello el titular impide su revelación o divulgación. c).- Dado que es un derecho emanado de la libertad humana, el titular del derecho fija en gran medida su contenido y, por otro lado, el consentimiento en revelar hechos privados los excluye.

Con relación al transexual no operado que pretenda someterse a intervención quirúrgica, consideramos que, por tratarse de una situación irreversible, tanto ésta como el cambio de sexo registral deben ser la culminación de un proceso en el cual se dé al transexual la posibilidad de **cerciorarse** de la yuxtaposición entre su sexo biológico y el psico-social, con la oportuna y adecuada atención profesional, que permita concluir en un **diagnóstico fehaciente** de transexualidad, la idea no es intervenir ni restringir su capacidad de decisión, sino, proporcionar las herramientas necesarias para que la persona tenga certeza absoluta que desea operarse, y así, la intervención quirúrgica contribuirá a armonizar su sexo psico-social con el biológico, evitando equívocos insalvables.

Por tratarse de un tema con una serie de ribetes jurídicos, a más de otras implicancias de variada naturaleza, sostenemos que una ley de protección a la identidad sexual debiera contemplar un procedimiento adecuado, en el cual la persona **libre y espontáneamente** se someta a la observación de profesionales expertos en Psiquiatría y Psicología, con el único objeto de determinar si efectivamente estamos ante un caso de transexualismo. Y ante un diagnóstico afirmativo, el órgano competente autorice la intervención quirúrgica y, posteriormente, el cambio de sexo y nombre en el Registro Civil. Además, en el supuesto de legislarse al respecto, se deben señalar una serie de requisitos a cumplir, siguiendo el ejemplo del derecho comparado, con la finalidad de resguardar la salud mental y física del sujeto; proteger situaciones consolidadas, como sucede en materia de sucesión por causa de muerte, filiación, vínculo matrimonial no disuelto, entre otras.

A nuestro juicio, no se justifica bajo ningún pretexto desconocer por parte del ordenamiento jurídico la identidad sexual resultante en una persona transexual. Por lo demás, acá no estamos frente a una libre opción del sujeto, dado que los transexuales al sentirse identificados con el sexo distinto al legal o se comportan de acuerdo a ese sentimiento, o bien lo reprimen. La voluntariedad sólo juega un rol relevante al negarse a sí mismos o al aceptarse como tales, de este modo el transexual asumido debe tener pleno derecho a desarrollar su identidad sexual y a desenvolverse normalmente en la vida social de acuerdo a ella. El ordenamiento jurídico debe permitir la adecuación del aspecto físico al sexo vivido y sentido a quienes lo deseen y cumplan con los requisitos establecidos por la legislación pertinente, la que deberá velar por la protección al libre desarrollo de la identidad sexual y los demás derechos que resulten involucrados; posibilitando a todas las personas que se encuentren en esa situación a acceder a tratamientos hormonales e intervenciones quirúrgicas; y a rectificar la mención de sexo y, consecuentemente, el nombre en el Registro Civil.

CONCLUSIONES

Si había alguna duda respecto a la discriminación relativa a la orientación sexual creemos que este trabajo ha sido clarificador. La aspiración de construir una sociedad en la que sean considerados **todos** sus miembros exige un pronunciamiento claro de aquellos que detentan algún nivel de poder; de parte del derecho, una revalorización de las personas que concluya en la elaboración de un ordenamiento jurídico fundado en el respeto de la dignidad inherente a todo ser humano, premisa que informa el principio de igualdad.

Las causas que generan actitudes discriminatorias entre los seres humanos son múltiples y, como todo fenómeno social, se plasman en las distintas manifestaciones humanas, en los medios de comunicación, en la educación, en las concepciones religiosas y, por cierto, en las normas jurídicas. La no instrumentalización del derecho nos evidencia que, al verse violentado el ejercicio de los derechos fundamentales por motivaciones discriminatorias el Derecho pierde su función protectora, haciéndose necesario el reestablecimiento de él mediante la reformulación de las normas jurídicas.

La garantía de igualdad ante la ley exige que tanto en el contenido como en la aplicación de la misma no se incurra en distinciones arbitrarias; entendemos por éstas aquellas carentes de justificaciones razonables, es decir, sin un fin determinado, ilegítimas y desproporcionadas a la finalidad perseguida. Pues bien, si tenemos en cuenta que los derechos fundamentales reconocidos en los tratados internacionales tienen rango constitucional, de acuerdo al artículo 5º inciso 2º de la C.P.R., por tanto complementan el catalogo de garantías expresadas en la Carta Fundamental y tales derechos, por mandato constitucional, limitan el ejercicio de la soberanía, entonces no

cabe ni al **legislador ni autoridad alguna** distinguir en el reconocimiento de éstos.

En nuestro derecho (incluyendo los tratados internacionales que consagran derechos humanos) no existen disposiciones que proscriban expresamente la no-discriminación por orientación sexual. No obstante, si realizamos una interpretación sistemática podemos concluir que tal derecho se encuentra tutelado implícitamente al relacionar los artículos 1º, 19 N° 2, 3 y 4 y 5º inciso 2º de la Carta Fundamental. Si concordamos que todos los seres humanos somos dignos, todos tenemos igual valor, tanto en el goce y ejercicio de los derechos fundamentales, se nos debe tratar con igual consideración y respeto -en palabras de R. Dworkin-; la dignidad permite a toda persona dirigir sus distintos planes de vida -autonomía moral del individuo-, lo que significa que toda persona es libre para elaborar su proyecto de vida sin la intromisión del Estado, éste debe limitarse a facilitar la mayor realización material y espiritual de todos, sentando las bases de una sociedad plural, diversa y tolerante; de la autonomía moral deriva el principio de igualdad, la implementación de éste significa tratar a toda persona con igual consideración y respeto en el ejercicio de los derechos fundamentales y, por último, la garantía del respeto de la vida privada comprende la orientación e identidad sexual, entonces no existe imperativo legal alguno que permita desconocer la autonomía moral de las personas transexuales y homosexuales.

Las personas transexuales son aquellas en quienes se presenta la disociación entre el sexo psico-social (aspecto subjetivo) y el biológico (aspecto objetivo). El primero es de carácter dinámico; mientras que el segundo es inmutable, pese a su adecuación por medio de intervenciones quirúrgicas y hormonales. La transexualidad afecta directamente la identidad sexual, aspecto relevante de la identidad personal, y el derecho a la intimidad. La identidad sexual integra la personalidad de todo ser humano, coartarla significa desconocer el derecho que tiene toda persona a desarrollarse integralmente. La legislación y jurisprudencia comparadas se han hecho cargo de esta realidad, reconociendo el derecho a la identidad sexual. En distintos países se han implementado variados procedimientos que facilitan el sometimiento a intervenciones quirúrgicas y hormonales, culminando con la modificación de la mención de nombre y sexo en la partida de nacimiento del solicitante; o bien, a nivel jurisprudencial se ha autorizado tal cambio, recurriendo a distintas argumentaciones, entre éstas destaca, la protección del derecho a la intimidad.

Las personas homosexuales se sienten atraídos sexual y afectivamente por sujetos de su mismo sexo, lo que atañe directamente a la orientación sexual. La orientación sexual es un aspecto personalísimo e íntimo de cada persona, no correspondiendo a terceros, incluyendo al Estado, intervenir al no existir una lesión real de sus derechos. En el campo civil este tipo de discriminación se traduce en la exclusión de la familia homosexual.

La C.P.R. no establece el derecho a celebrar matrimonio, exclusivamente se limita a expresar que la **familia** es el núcleo fundamental de la sociedad. El legislador civil regula minuciosamente la familia matrimonial, mientras que la no-matrimonial la considera sólo en relación con la descendencia, desconociendo las relaciones personales y patrimoniales entre la pareja; en consecuencia, nuestro derecho civil, a diferencia del comparado, desconoce cualquier otro tipo de familia que no sea la matrimonial, como por

ejemplo la ensamblada, monoparental y, menos aún, aquella constituida por una pareja homosexual.

Actualmente el derecho de familia comparado protege distintos tipos de familia, entre éstas aquella formada por dos personas de igual sexo, adoptando distintas modalidades de reconocimiento (sistema de registro, pacto privado y matrimonio civil). El derecho holandés es el más innovador, normalizando el matrimonio civil entre la pareja de hecho homosexual y la posibilidad de adoptar menores.

La protección jurídica a las uniones de hecho homosexuales tiene su fundamento en su reconocimiento como un tipo de familia, siendo perfectamente posible aplicar la normativa civil que se dirige a la tutela de la familia propiamente tal. La protección legal de las uniones de hecho debe atender a las características de la convivencia, con independencia de la orientación sexual de sus miembros, es decir, que ésta sea permanente, estable, notoria y singular.

El derecho tiende a regular la realidad, por tanto debe ir adecuándose a los cambios que ésta vaya experimentando de acuerdo a las directrices trazadas por el respeto de los derechos fundamentales, como ha sucedido con las reformas realizadas en la legislación civil, en materia de filiación; y en el derecho penal, con la derogación del delito de sodomía. Sostenemos firmemente que es necesario reformular ciertas instituciones en nuestro derecho, siguiendo el ejemplo del derecho comparado, eliminando progresivamente normas que tienen un claro matiz discriminatorio, lo que lleva a enfocar la norma hacia la persona y por ende a los derechos más ligados con su esencia derivados de la dignidad humana.

Estamos plenamente conscientes que la inclusión de derechos que protejan a las minorías sexuales no terminará con los prejuicios homofóbicos existentes en nuestra sociedad, pero estimamos que contribuirá a iniciar un proceso largo, pero plenamente fructífero, para la construcción de una sociedad tolerante, diversa y plural.

BIBLIOGRAFÍA

- Alessandri Arturo, Somarriva Manuel y Vodanovic Antonio, "Derecho Civil", Tomo I, Parte Preliminar y General, Editorial Ediar Conosur Ltda., Santiago, Quinta Edición, 1990.
- Alario y otro, "Persona, Género y Educación", Ed. Amaru, 1997.
- Arcos Rivas, Arleison, El Multiculturalismo y la Política del Reconocimiento, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.
- Ardila, Rubén, "Homosexualidad y Psicología", Ed. El Manual Moderno S.A., México, 1993.
- Atria, Fernando, "El Concepto Constitucional de Igualdad", Tesis de Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Chile, 1994.
- Barrere Unzueta, María, "Discriminación, Derecho Antidiscriminatorio y Acción Positiva en Favor de las Mujeres", Ed. Civitas, 1997.
- Bobbio, Norberto, "Igualdad y Libertad", Paidós. I.C.E/U.A.B., España, 1993.
- Bossert, Gustavo A, "Régimen Jurídico del Concubinato", 4º edición, 1º reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999.
- Bustos Pueche, José Enrique, "Manual Sobre Bienes y Derechos de la Personalidad", Ed. Dykinson, Madrid, 1997.
- Caro, Isaac y Guajardo, Gabriel, "Homofobia Cultural en Santiago de Chile: Un Estudio Cualitativo", Santiago, FLACSO-Chile, 1997.

- Cifuentes, Santos, "Derechos Personalísimos", Editorial Astrea, Segunda Edición, Buenos Aires, 1995.
- Cordua, Carla, "Explicación Suscinta de la Filosofía de Hegel", Editorial Terris 1992, Santa Fe de Bogotá.
- Cordua, Carla, "Hombre, Mundo, Historia", Ediciones de la Universidad de Chile, 1969.
- Corral Talciani, Hernán, "Familia y Derecho", Ediciones Universidad de los Andes, Colección Jurídica, Santiago, 1994.
- Cox, Francisco, "El Matrimonio entre Homosexuales", Revista de la Academia de Derecho N° 3, Editorial de la Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Julio de 1994.
- Durán y Lalaguna, Paloma, "Los Límites del Derecho", Editorial Comares, Granada, 1996.
- Diez-Picazo, Luis y otro, "Las Nuevas Fronteras y la Crisis del Concepto de Familia", en X Congreso de Derecho de Familia, Ponencias Comisión III, Mendoza, Argentina, septiembre de 1998.
- Dworkin, Ronald, "Ética Privada e Igualitarismo Político", Barcelona Paidós, 1993.
- Elósegui Itxaco, María. "La Transexualidad, Jurisprudencia y Argumentación Jurídica". Ed Comares, S.L., Granada, 1999.
- Eskrigge, William, "La Discusión del Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo y Tres Conceptos de Igualdad", en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Argentina, 2000.
- Espejo Yaksic, Nicolás, "La Garantía de la no Discriminación y el Principio de igualdad", en Cuadernos de Análisis Jurídico: Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público, Serie de Publicaciones Especiales N°10, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2000.
- Fernández de Casadevante Romani, Carlos, "Derecho Internacional de los Derechos Humanos", Editorial DILEX, S.L., Madrid, 2000.
- Fernández Sessarego, Carlos, "Derecho a la Identidad Personal", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992.
- Figueroa Yañez, Gonzalo, "Persona, Pareja y Familia", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995.
- Figueroa, Rodolfo, "Igualdad y Discriminación", en Cuadernos de Análisis Jurídico: Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público, Serie de Publicaciones Especiales N° 10, Editorial Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2000.
- Fleitas Ortíz de Rozas, Abel M., "Derecho de Familia", Editorial Astrea, Buenos Aires, Segunda Reimpresión, 2000.
- Foucault, Michel, "Historia de la Sexualidad", Tomo I: La Voluntad de Saber, Siglo XXI Editores, México, 1991.
- Foucault, Michel, "Historia de la Sexualidad", Tomo II, El Uso de los Placeres, Siglo XXI Editores, México, 1991.
- Foucault, Michel, "Historia de la Sexualidad", Tomo III, La Inquietud de Sí, Siglo XXI

- Editores, España, 1998. Traducción de Tomás Segovia.
- Foucault, Michel, "Microfísica del Poder", Ediciones de la Piqueta, Madrid, España, 1992, Edición y Traducción de Julia Varela y Fernando Alvarez-Uría
- Foucault, Michel, "Un Diálogo sobre el Poder", Alianza Editorial Madrid, España, 1995. Introducción y Traducción Miguel Morey.
- Grau, Olga y Luongo, Gilda, "Cambio de Piel: Textos escogidos y guías de trabajo sobre género para la enseñanza media". Corporación de Desarrollo de la Mujer "La Morada".
- Garrido Melero, Martín, "Derecho de Familia, Un Análisis del Código de Familia y de la Ley de Uniones Estables de Pareja de Cataluña y su Correlación con el Código Civil", Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1999.
- Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, "Parejas Homosexuales", en Revista de Derecho Comparado, Buenos Aires, Argentina, 2001.
- Grimaldi, Michel, "El Pacto Civil de Solidaridad en el Derecho Francés", en Revista de Derecho de Familia, revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, "Principios de La Filosofía del Derecho o Derecho Natural Y Ciencia Política", Edhasa, España, 1988. Traducción y Prólogo de Juan Luis Vermal
- Hirschberger, Johannes, "Historia de la Filosofía", Tomo I y II, Editorial Herder, Barcelona, España, 1960. Traducción y Apéndices de Luis Martínez Gómez, S.I.
- Hyppolite, Jean, "Génesis y Estructura de la Fenomenología del Espíritu de Hegel", Ediciones Península.Historia/Ciencia/Sociedad, Barcelona, España,1991. Traducción de Francisco Fernández Buey.
- Jakobs, Günther, "Sociedad, Norma y Persona", en una Teoría de un Derecho Penal Funcional, Cuaderno Civitas, Madrid, España, 1996, Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez
- Katchadourian, Hemant d, (compiladores), "La Sexualidad Humana, un Estudio Comparado de su Evolución", Fondo Cultura Económica, México,1984.
- Llano Cifuentes, Carlos, "Las Formas Actuales de la Libertad", México, Trillas, 1995.
- López, A.M.; Montés, V.L. y Roca, E., "Derecho de Familia", Editorial TIRANT LO BLANCH, Tercera Edición, Valencia, 1997.
- López Dawson, Carlos, "Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos Vigentes en Chile", Editorial Nacional de Derechos Humanos S.A., Santiago, 1994.
- López-Galiacho, Javier, "La Problemática Jurídica de la Transexualidad", McGraw-Hill, Madrid, 1998.
- Lösing, Norbert, "¿Discriminación o Diferenciación? Los derechos humanos de las Parejas del Mismo Sexo". X Congreso de Derecho de Familia, Ponencias Comisión III, Mendoza, Argentina, septiembre de 1998, pp. 115 a 131.
- Martinic, Maria Dora y Weinstein, Gabriela, "Concubinato y Uniones de Hecho", Apuntes de Clases, Universidad de Chile.
- Mirahi, Mauricio, "Familia, Matrimonio y Divorcio", Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001.

- Monti, Eduardo Jorge, "Uniones de Hecho. Influencia del Derecho Europeo. Posibilidad de Regulación en la Argentina y en otros Países". X Congreso de Derecho de Familia, Ponencias Comisión III, Mendoza, Argentina, septiembre de 1998.
- Nogueira Alcalá, Humberto, "Los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional y su Relación con el Derecho Convencional Internacional a la Luz del Artículo 5º de la Constitución Chilena", en Cuaderno de Análisis Jurídico Nº 27, año 1993, Editorial Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales.
- Peña González, Carlos, "El Derecho Civil en su Relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en Cuaderno de Análisis Jurídico: "Sistema Jurídico y Derechos Humanos", Serie de Publicaciones Especiales Nº 6, Editorial Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 1996, editores: Cecilia Medina y Jorge Mera.
- Ríos Labbé, Sebastián "La Protección Civil del Derecho a la Intimidad", Tesis de Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Chile, 2001.
- Rodríguez Collao, Luis, "Delitos Sexuales", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 2000.
- Sánchez Rivera, Cristián, "Autonomía Moral y las Minorías Sexuales", Tesis de Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Diego Portales, 1995.
- Talavera Fernández, Pedro, "Fundamentos para el Reconocimiento Jurídico de las Uniones Homosexuales: Propuestas de Regulación en España", Madrid 1999, Editorial Dykinson, 1999, Madrid.
- Travieso, Juan Antonio, "Derechos Humanos y Jurisprudencia: Doctrina y Legislación Argentina e Internacional", Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1998.
- Varas Valenzuela, María Elena, Tesis de Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Chile, septiembre de 2000.
- Varios autores, "Pensar la Igualdad y la Diferencia", Editorial Visor, 1995.
- Veloza, Paulina, "Igualdad y Relaciones Familiares", en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, pp. 203 a 229, año 2000.
- Villagrasa Alcalde, Carlos, "El Derecho Europeo Ante la Pareja de Hecho", Seminario organizado por la Fundación Internacional Olor Palme, Cedecs Editorial S.L., Barcelona, 1996.

Páginas Web Consultadas:

- <http://www.hartas.com/mprohib/iglhrc.htm>
- <http://ruljis.leidenuniv.nl/user/cwaaldij/www/>
- http://www.minjust.nl:8080/a_beleid/fact/fact.htm
- <http://mondoqueer.tripod.com/1998/dic04.html>
- <http://www.pangea.org/~cogailles/ilga/boletin5.html>

<http://www.redestb.es/triangulo/FTECES08.HTM>

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(SymbolSearch\)/72df23c4e05751cd802567290056e241?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(SymbolSearch)/72df23c4e05751cd802567290056e241?Opendocument)

<http://www.geocities.com/>, Derecho Comparado.

<http://www.geocities.com/arleison/taylor.htm> .

<http://curia.eu.int/>

Leyes:

Ley Nº 17.344, Autoriza el Cambio de Nombres y Apellidos en los Casos que Indica”, publicada en el D.O. nº 27.752, de 22 de septiembre de 1970.

Ley Sobre Registro Civil, Nº 4.808.

Otros:

Diario Oficial, consultadas las publicaciones comprendidas entre el primer semestre de 1997 hasta el primer semestre del 2000.