



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho Internacional

LAS UNIONES DE HECHO ENTRE HOMOSEXUALES

En Chile y el Derecho Comparado

*Memoria para optar al grado de
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*

Memorista: Jorge Oyarzún Valenzuela

Profesora Guía: María Teresa Infante Caffi

Santiago, Noviembre de 2004

Aquí estamos porque soñamos que es posible construir una Patria Mejor. Aquí estamos porque en democracia y en libertad todos somos convocados a pensar cómo construimos una sociedad donde el valor de la igualdad de oportunidades, el valor de la libertad y el de la solidaridad, nos permiten construir una sociedad mejor.

(Ricardo Lagos Escobar, 8 de marzo de 2001)

I'm not like them, but I can pretend.
The sun is gone, but I have a light.
The day is done, I'm having fun.
I think I'm dumb, or maybe just happy.

(Kurt Cobain, 1993)

INDICE

INDICE	4
INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES EN TORNO A LA HOMOSEXUALIDAD	16
1. ¿QUÉ ES LA HOMOSEXUALIDAD?	16
1.1. <i>Concepto</i>	16
1.2. <i>Distintos tipos de homosexuales</i>	18
2. LA HOMOSEXUALIDAD EN LA HISTORIA	20
2.1. <i>La homosexualidad en Grecia y Roma</i>	23
2.2. <i>La concepción judeocristiana frente a la homosexualidad</i>	30
2.3. <i>La homosexualidad durante la Edad Media</i>	42
2.4. <i>La Homosexualidad y la Revolución Francesa</i>	44
2.5. <i>La Homosexualidad y los regímenes totalitarios del siglo XX</i>	44
3. CONCEPCIONES MODERNAS EN TORNO A LA HOMOSEXUALIDAD	46
3.1. <i>La homosexualidad como hecho patológico y peligroso</i>	47

3.2. Freud frente a la homosexualidad	51
3.3. El continuo homosexual-heterosexual de KINSEY.....	55
3.4. Aspectos sociológicos de la homosexualidad de Michael SCHOFIELD.....	57
3.5. Simón LEVAY y las causas biológicas de la homosexualidad	58

CAPÍTULO II: LA HOMOSEXUALIDAD Y EL DERECHO A LA NO

DISCRIMINACIÓN61

1. EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN.....	62
2. HOMOSEXUALIDAD Y DISCRIMINACIÓN	64
2.1. La homofobia como antecedente de la discriminación hacia los <i>homosexuales</i>	64
2.2. El Derecho y la discriminación de los homosexuales.....	71
2.3. La situación en Chile.....	75
3. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN.....	81
3.1. Acuerdos que contienen disposiciones generales sobre igualdad y no <i>discriminación que pueden ser aplicadas a las minorías sexuales:</i>	82
3.2. Acuerdos que contienen disposiciones sobre igualdad y no discriminación <i>aplicables específicamente a las minorías sexuales</i>	98

CAPÍTULO III: UNIONES DE HECHO Y HOMOSEXUALIDAD108

1. MATRIMONIO, CONCUBINATO Y UNIÓN DE HECHO: CONCEPTO	108
2. DIFERENCIAS ENTRE LA UNIÓN DE HECHO HOMOSEXUAL Y EL CONCUBINATO.	115
3. ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DE LA UNIÓN DE HECHO HOMOSEXUAL	117

3.1. Características comunes entre unión de hecho y concubinato	117
3.2. Características exclusivas de la unión de hecho homosexual	125
4. LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS UNIONES HOMOSEXUALES EN EL DERECHO	
COMPARADO	131
4.1. Avances de los últimos años.....	131
4.2. Clasificación de los distintos tipos de uniones homosexuales en Derecho	
comparado	134
4.3. Países que aceptan el matrimonio entre personas del mismo sexo	137
4.4. Países que consagran el sistema de «registro de parejas» (registered	
partnership y «registered cohabitation»)	144
4.5. Países que reconocen algunos efectos jurídicos a las uniones civiles sin	
necesidad de registro	150
CAPÍTULO IV: CHILE Y LA UNIÓN DE HECHO HOMOSEXUAL	152
1. LAS UNIONES DE HECHO ANTE EL DERECHO CHILENO	152
1.1. Familia y uniones de hecho.....	152
1.2. La regulación jurídica de las uniones de hecho en Chile.....	154
2. LA UNIÓN DE HECHO HOMOSEXUAL Y EL PROYECTO DE LEY DE FOMENTO DE LA	
NO DISCRIMINACIÓN Y DE CONTRATO DE UNIÓN CIVIL ENTRE PERSONAS DEL MISMO	
SEXO	156
2.1. Antecedentes.....	156
2.2. Fundamentos del proyecto	159

<i>2.3. Contenido del Proyecto</i>	165
CONCLUSIONES GENERALES	183
BIBLIOGRAFÍA	192

INTRODUCCIÓN

El 10 de julio de 2003 ingresó al Parlamento de Chile, gracias al patrocinio de 10 diputados, un proyecto de ley mediante el cual se pretende introducir en nuestra legislación el reconocimiento jurídico a las uniones civiles entre personas del mismo sexo, con lo cual, de acuerdo al Mensaje con que el libelo fue acompañado, se busca adecuar nuestro país a los avances científicos y legales existentes a nivel mundial y nacional en relación a los derechos humanos de las minorías sexuales.

Desde la segunda mitad del siglo XX, con la aparición de un conjunto de instrumentos, basados principalmente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en el mundo progresivamente se han ido realizando ingentes esfuerzos por materializar una normativa que permita garantizar de la mejor forma dos derechos fundamentales –íntimamente relacionados entre sí, al punto de ser considerados sólo uno–: la igualdad ante la ley y el derecho a la no discriminación.

Desde el momento mismo en que hacen aparición los primeros acuerdos internacionales sobre no discriminación, las comunidades homosexuales comenzaron a luchar por alcanzar un estatuto jurídico que les garantizara el libre ejercicio de sus derechos como personas, entre los cuales se encuentra el de poder manifestar su orientación sexual abiertamente, sin el temor de ser perseguidos, castigados o estigmatizados por sus opciones.

Dentro de las demandas enarboladas por las agrupaciones de homosexuales, desde el origen ha ocupado un lugar fundamental la de poder constituirse en parejas jurídicamente reconocidas, a las cuales se les otorguen los mismos derechos que le son garantizados al matrimonio heterosexual, por cuanto las agrupaciones gay siempre han pensado que para ellos es un Derecho Humano de primer orden el que se reconozcan sus uniones como base de la constitución de una familia, que es el asiento primario de toda sociedad.

Aún cuando en un principio estas demandas provenientes del mundo homosexual se encontraron con la férrea oposición de quienes aún consideraban a la homosexualidad como una «perversión», contraria a la

naturaleza y al orden estatuido por Dios, a partir de mediados de la década de 1960 la situación comenzó a variar, como consecuencia, principalmente, de que los estudios científicos comenzaron a apuntar hacia concluir que la homosexualidad no sería una enfermedad psiquiátrica que debía ser curada, sino que era una orientación sexual que como tal requería el reconocimiento y la aceptación por parte de la sociedad.

No obstante, habría que esperar aún muchos años, para que las conclusiones provenientes desde el punto de vista científico se tradujeran en una legislación acorde con la apertura que ya existía en el campo médico y cultural, principalmente en Europa.

Sólo en 1996 comienzan a aparecer las primeras manifestaciones de un reconocimiento jurídico total de las parejas homosexuales, a través de lo que se ha llamado las «parejas registradas» –«*registered partnership*»–, institución que tuvo su origen en Dinamarca y que progresivamente ha ido extendiéndose a otros países.

Tal vez un salto cualitativo producido en este tema haya sido el hecho de que en el 2001, un país europeo, Holanda, haya consagrado, por primera vez, el derecho legal de los homosexuales a contraer matrimonio, lo cual

aunque ha sido criticado duramente, principalmente desde el mundo religioso, ha sido considerado para los homosexuales una gran conquista en pos del reconocimiento pleno de su calidad de miembros de la sociedad.

Con la presentación del proyecto de ley sobre uniones homosexuales, nuestro país se suma a la corriente mundial, que hoy en día tiene como tema obligado el si es lícito o no reconocerles a los homosexuales el derecho a constituir una familia. Sin duda, en el momento en que el proyecto despierte del letargo en que actualmente se encuentra sumido en la Cámara de Diputados, y se agilice su tramitación, generará un profundo debate en la sociedad chilena, toda vez que una moción como esta no puede pasar desapercibida en un país con fuerte raíz y tradición católica como es el nuestro.

Es por eso que, adelantándonos en algo a ese debate que estamos seguros se producirá en un futuro cercano, hemos querido dedicar nuestra memoria de prueba al estudio de las uniones de hecho homosexuales, toda vez que consideramos ella puede ser un aporte a una discusión que deberá incluir a los sectores más amplios de nuestra sociedad.

En cuanto a la metodología que hemos escogido para enfrentar

nuestro trabajo, preferimos abocarnos fundamentalmente a la exposición de la relación que existe entre homosexualidad y el derecho a la no discriminación. Es por eso que, luego de caracterizar lo que es la homosexualidad y de exponer las concepciones generales que sobre ésta se han tenido en la historia, dedicaremos un capítulo completo a la exposición de las principales normas internacionales que consagran la igualdad ante la ley y el derecho a no ser discriminado por motivos de orientación sexual.

Una vez fijadas las bases jurídicas que, a juicio de los homosexuales, los autorizan no solo a pedir, sino que a exigir un reconocimiento jurídico a sus relaciones de pareja, expondremos las características generales de lo que es una unión de hecho homosexual, cuestión que necesariamente deberemos vincular con las uniones de hecho heterosexuales, con las cuales comparten numerosas características comunes, aunque también guardan grandes diferencias. Asimismo, también se expondrán las principales soluciones normativas que se han dado en Derecho comparado, toda vez que ellas habrán de servir necesariamente de modelo al sistema que, en definitiva se adopte en nuestro país.

Finalmente, expondremos los principales tópicos que contempla el

actual proyecto de ley, el cual, en términos generales, sigue el modelo global de las «parejas registradas», aún cuando, a diferencia de los países más avanzados sobre la materia, en nuestro caso no se propone extender todos los derechos del matrimonio a la pareja homosexual que acceda a este modelo de unión, sino otorgarle sólo algunos, entre los que se excluyen, por ejemplo, los regímenes patrimoniales del matrimonio y el derecho a adoptar.

Desde ya queremos advertir que, en general, trataremos en todo nuestro estudio de ceñirnos exclusivamente a la exposición de argumentos jurídicos, y nos abstendremos de verter nuestras personales opiniones morales sobre la materia, por cuanto creemos que, estemos a favor o en contra de lo que la homosexualidad es y representa, es una necesidad real el que este tipo de uniones cuente con una regulación clara por parte del Derecho, toda vez que en ellas se ven habitualmente involucrados elementos patrimoniales, hereditarios, de seguridad social, etc., que deben ser regulados por nuestra legislación, no siendo adecuado, a nuestro entender, guardar silencio por más tiempo frente a situaciones que, nos gusten o no, existen.

CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES EN TORNO A LA HOMOSEXUALIDAD

1. ¿Qué es la homosexualidad?

1.1. Concepto

Aún cuando hay quienes dicen que la homosexualidad es tan antigua como la humanidad sobre la Tierra, el uso de los términos «homosexual» y «homosexualidad», para referirse a las relaciones sexuales entre individuos del mismo sexo, y a quienes las practican, no es acuñada sino hasta mediados del siglo XIX.¹

¹ NICOLAS, Jean, «*La Cuestión Homosexual*», Editorial Fontamara, Primera Edición Mexicana, Ciudad de México, México, 1989, p. 43

De acuerdo a la acepción actual dada por el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua –RAE–, la homosexualidad puede ser definida como la «inclinación hacia la relación erótica con individuos del mismo sexo»² –del griego, *homo*: igual y del latín *sexus*: sexo–.

Aún cuando el término homosexual es un neologismo muy asentado y utilizado para referirse tanto a hombres como a mujeres que manifiestan este tipo de opción sexual, existen otros términos que se han empleado tradicionalmente al efecto, la mayoría de los cuales poseen un carácter altamente peyorativo –sodomita, marica, maricón–. No obstante, modernamente se ha ido extendiendo el uso de dos vocablos para referirse a quienes practican la homosexualidad, dependiendo si se trata de un hombre o de una mujer: lesbiana y *gay*.

El término lesbiana, es empleado para señalar a las personas de sexo femenino que tienen una orientación homosexual. Su uso deriva de la alusión a la isla griega de Lesbos, donde en el Siglo VII antes de nuestra era, la poetisa Safo vivió y escribió sobre su apasionado amor por las mujeres.

² Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, Edición 2001.

Respecto al término *gay*, es una palabra de origen anglosajón que puede ser traducida textualmente como «alegre». Su uso se remonta a mediados del siglo XX, y al parecer originalmente se habría tratado de una especie de «código», utilizado por hombres y mujeres homosexuales, con el objeto de comunicarse su preferencia sexual y referirse a ella de manera secreta, sin despertar sospechas en una comunidad que por aquel entonces tenía una opinión muy negativa y represiva del fenómeno homosexual.

Aún cuando en la actualidad el término *gay* es usado indistintamente para referirse a hombres y mujeres homosexuales, particularmente a aquellos que han tomado conciencia y asumido su condición sexual ante la sociedad, en la mayoría de la literatura especializada se usa generalmente para referirse al hombre homosexual y distinguirlo de la mujer homosexual, a quien se le llama lesbiana. A falta de una nomenclatura más adecuada, nosotros seguiremos en este trabajo dicha costumbre, así cuando sea necesario hacer una distinción entre los distintos sujetos homosexuales hablaremos de *gays*, para significar a una pareja de hombres, y lesbianas, para significar a una pareja de mujeres.

1.2. Distintos tipos de homosexuales

Creemos importante precisar que si bien la homosexualidad es habitualmente definida como la atracción sexual o interacción entre personas del mismo sexo, con el término no se describe una población del todo uniforme, ya que los hombres y mujeres con esta orientación constituyen un grupo tan diferente como los heterosexuales –desde los puntos de vista de educación, ocupación, estilo de vida, características de personalidad y apariencia física–. Del mismo modo, hay una gran diversidad en la definición de la homosexualidad en la literatura científica. Así algunos autores restringen el término a la descripción del contacto sexual entre dos personas del mismo sexo, mientras otros amplían la definición para incluir deseo, fantasía o apertura social.

En este sentido, aunque en el entendido que no se puede encasillar a cada homosexual en un tipo de personalidad definido, como tampoco podría hacerse con los heterosexuales, varios autores han determinado que existirían al menos 5 tipos o grupos de homosexuales:³

³ Cfr. DOMÍNGUEZ MORANO, Carlos, «*El Debate Psicológico Sobre la Homosexualidad*», en GAFO, Javier (Editor), «*La Homosexualidad: Un Debate Abierto*», 2ª Edición, Editorial Desclée De Brouwer, Bilbao, España, 1997, p. 17.

- ❖ **Emparejados cerrados:** grupo de homosexuales que viven en pareja con una relación casi matrimonial.
- ❖ **Emparejados abiertos:** caracterizados fundamentalmente por una insatisfacción en sus vidas de parejas.
- ❖ **Funcionales:** a los que corresponde tener un gran número de compañeros sexuales, así como una escasa pesadumbre por el hecho de ser homosexual.
- ❖ **Disfuncionales:** también presentan un gran número de compañías sexuales, pero a diferencia de los anteriores, presentan una alta pesadumbre por el hecho de ser homosexual, así como también problemas sexuales.
- ❖ **Asexuales:** con un bajo nivel de actividad sexual y muy alto en problemas sexuales, así como en pesadumbre por el hecho de ser homosexuales.

2. La homosexualidad en la historia

Las consideraciones jurídicas, sociales, culturales y religiosas en

torno a la homosexualidad en modo alguno han sido continuo ininterrumpido a lo largo de la historia. En términos generales, se puede afirmar que las conductas que hoy en día denominamos «homosexuales» han oscilado entre la franca y abierta aceptación hasta la más brutal represión.

Aún cuando, como vimos, el uso del término «homosexual» es un neologismo recién acuñado durante la segunda mitad del siglo XIX, apareciendo por primera vez como voz oficial del idioma español en el Diccionario de 1936 de la RAE, hay autores como Enric AGUILAR, que sostienen que como conducta la homosexualidad es posible encontrarla ya entre los pueblos más primitivos, quienes incluso en un momento la vinculaban con las prácticas religiosas, y luego con la pertenencia a los estratos más altos del escalafón social⁴.

Al respecto señala Francisco DE LA MAZA: «El homosexualismo y el bisexualismo sólo han sido pesadillas para las mentalidades judía y cristiana. Para ninguna otra mente o cultura, ni una sola, lo han sido. La

⁴ Vid. MIRABET I MULLOL, Antoni, *«Homosexualidad Hoy, ¿Aceptada o todavía condenada?»*, Editorial Herder, Barcelona, España, 1985, pp. 83 y SS.

Biblia es incongruente en esto, pero se adivina su política: al pío Lot, incapaz de la menor maldad, le toca vivir en Sodoma. Él es el único que se salva, lo que no impide que, salido de Sodoma, se embriague y posea a sus hijas en grave incesto. Los habitantes de Sodoma que desearon a los bellos ángeles que llegaron, no tenían la culpa de sus deseos, y eso lo sabían bien los redactores de la leyenda, pero prefirieron hacer menos culpable, o admisible al menos, el incesto que el homosexualismo por una razón: que el procrear a los hijos es una obligación política, religiosa y económica de la vida. Y como esto es verdad, los griegos también lo exigieron al margen de sus libertades eróticas.»⁵

No obstante, será en la antigüedad clásica grecolatina, en donde, desde el punto de vista de la cultura occidental, la homosexualidad adquirirá más relevancia, pese a que también se han erigido muchos mitos al respecto.

⁵ DE LA MAZA, Francisco, «*La Erótica Homosexual en Grecia y Roma*», 1ª edición, Editorial Oasis, México, 1985, p. 12.

2.1. La homosexualidad en Grecia y Roma

Una creencia que se encuentra bastante extendida en la sociedad es el pensar que la homosexualidad era abiertamente aceptada en la Grecia y la Roma clásicas. No obstante, esto no es del todo exacto.

En Grecia y Roma lo que sucedía es que se tenía una concepción totalmente distinta a la actual respecto de la sexualidad, y como tal no consideraron un problema específico a la homosexualidad, sino que la admitían o condenaban según las conductas de cada cual, sin establecer criterios generales al respecto. Así, se condenaba la homosexualidad lo mismo que podía condenarse la pasión amorosa o la libertad de costumbres cuando ellas eran incontrolables y hacían disminuir la capacidad como ciudadano del individuo, enturbiándoles la razón y restándoles valor.⁶

Para los clásicos, era tan válido el amor erótico dirigido a la doncella como al doncel, aún cuando se renegaba de la homosexualidad pasiva en el hombre adulto y de la pasión senil.⁷ Es por ello que, en estricto rigor, lo que en Grecia y Roma se practicaba habitualmente era la pederastia, más que la

⁶ Cfr. VAYNE, Paul, «*La Homosexualidad en Roma*», en «*Sexualidades Occidentales*», Ph. ARIÈS, A. BÉJIN, M. FOUCAULT y otros. Editorial Paidós, Buenos Aires, Argentina, 1987, p. 52.

homosexualidad –entendida esta última como relaciones entre adultos–. Para los clásicos, «un pederasta no era un monstruo, perteneciente a una raza de hombres con pulsiones incomprensibles, era simplemente un libertino movido por el instinto universal del placer, que lo inducía a cometer un acto, el de la sodomía, que no existe entre los animales. Sobre el pederasta no pesaba execración alguna»⁸

DE LA MAZA agrega: «El amor a los muchachos no fue una desinteresada amistad pedagógica, como pretenden los puritanos de la Historia, ni una costumbre puramente basada en la lujuria. De todo hubo y no siempre podemos asegurar si las relaciones entre un adulto y un adolescente, o entre dos jóvenes de edades semejantes, fueron eróticas o no».⁹

Tan así era la visión y aceptación que se tenía del amor efébio, que ARISTÓFANES en su comedia *Las Aves*, llega a hacer afirmar a uno de sus personajes: «Quisiera una ciudad en la que me alcanzara el padre de un floreciente muchacho y me dijera con aire ofendido: ¿Conque has

⁷ Cfr. DE LA MAZA, p. 12.; VAYNE, p. 51.

⁸ VEYNE, p. 54.

encontrado a mi hijo saliendo del gimnasio, bien bañado, y no lo has besado, no le has dicho nada, no lo has apretado contra ti ni le has acariciado su sexo, tú, un amigo de la familia?».¹⁰

Desde el punto de vista político, ya los dorios habían institucionalizado las relaciones entre un varón adulto y un adolescente, poniéndolas bajo la vigilancia y cuidado de la familia, la sociedad, el Estado y la religión. Posteriormente, SOLÓN en sus legendarias leyes, también permitió el amor efébio, pero lo redujo sólo a los hombres libres, no siendo admitido a los esclavos el requerir de «amor» a los adolescentes. Y no podía ser de otra manera, toda vez que, según cuenta PLUTARCO, el mismo SOLÓN habría llevado una vida disipada, y mantuvo una relación con su sobrino PISISTRATO, aún cuando llegada la edad madura Solón, como todo buen ciudadano ateniense, contrajo matrimonio con una mujer¹¹.

Esto último es importante de destacar, por cuanto todo joven ateniense aceptaba los requerimientos sexuales de un varón adulto, principalmente cuando éste contaba con cierto prestigio, sólo durante la

⁹ DE LA MAZA, p. 12.

¹⁰ ARISTÓFANES, «*Las Aves*.»

adolescencia –entre los 15 y los 18 años–, luego de esto, quien continuaba ejerciendo la homosexualidad pasiva era considerado un «libertino». El adulto ateniense si bien podía tener un joven amante, debía ejercer con éste la homosexualidad activa, pero además también se encontraba en la obligación de casarse y generar descendencia para la polis.

En Roma la situación era bastante similar a la existente en Grecia, aún cuando existía un punto en el cual había una gran diferencia. La pederastia era totalmente admitida, siempre y cuando se practicara con jóvenes esclavos, y nunca con un romano libre. Es decir, el romano libre en modo alguno podía prestarse a la homosexualidad pasiva, ni siquiera en la juventud. Quienes actuaban de manera contraria eran tachados de libertinos o *impudicus* y objeto de censura. Al respecto nos señala VEYNE: «el rechazo de la homofilia pasiva no obedece a la homofilia propiamente dicha, sino a su carácter pasivo, que pone de manifiesto una tacha moral o, más bien, política que era sumamente grave: la debilidad de carácter. El individuo pasivo no era débil a causa de su desviación sexual, sino al contrario: su pasividad no era más que la consecuencia de su falta de virilidad, y esta deficiencia

¹¹ De la Maza, pp. 65 y SS.+

continuaría siendo un gravísimo vicio aun sin que hubiese inclinación homófila alguna. Es ésta, pues, una sociedad que no perdía el tiempo en preguntarse si la gente era o no homosexual; más bien al contrario era una sociedad que prestaba una desmesurada atención a los más mínimos detalles de la *toilette*, de la pronunciación, de los gestos, de la forma de caminar, que castigaba con su desprecio a quienes delatasen en ello fallas en su virilidad, cualesquiera que fuesen sus gustos sexuales. El Estado romano prohibió en varias ocasiones los espectáculos de ópera (que se denominaban «pantomima») porque eran muestras de relajo y poco viriles, a diferencia de los espectáculos de gladiadores.»¹²

Como se puede observar, ni en Grecia ni en Roma el amor homosexual era condenado, ni mucho menos penado criminalmente. Más aún, este se consentía e incluso era impulsado, principalmente en la sociedad griega, de lo cual Atenas, Tebas y Esparta eran un ejemplo.

Entre los romanos también existió una actitud similar, al menos durante todo el tiempo en que el paganismo era la religión oficial, primero de la República y luego del Imperio. No obstante, las cosas habrían de

¹² Veyne, pp. 57-58.

cambiar con la llegada del cristianismo, el cual era de inspiración judía, y tenía una visión totalmente opuesta.

En el mundo clásico el comportamiento homosexual era exaltado como algo normal, e incluso deseable. En Grecia, el joven ofrecía sus «encantos» al adulto virtuoso como pago por las enseñanzas obtenidas de éste, puesto que la educación en aquel entonces no era algo que correspondía fundamentalmente a la familia, como hoy, sino que era la sociedad quien educaba al joven, y el mejor guía era un hombre adulto y sabio. Para los griegos, la educación exigía una vinculación especial, directa y profunda, entre el maestro y el alumno, la cual podía o no llegar a revestir características de relación amorosa.

En cuanto a los romanos, SÉNECA EL VIEJO afirmaba que para el esclavo era un absoluto deber satisfacer los instintos sexuales de su amo, mientras que para el liberto, constituía una obligación moral de gratitud.

De estos hechos es posible encontrar referencias en prácticamente toda la literatura que nos ha heredado el mundo clásico. «Así, Cátulo se vanagloria de sus proezas, y Cicerón ha ensalzado los besos que le daba en los labios su esclavo-secretario. Según su gusto, cada cual optaba por los jóvenes

o por las mujeres, o por ambos; de este modo, Virgilio sentía atracción exclusivamente por los jóvenes; el emperador Claudio, por las mujeres; Horacio repite varias veces que adora los dos sexos. Por su parte, los poetas ensalzaron al favorito del temible emperador Domiciano con la misma libertad con que los escritores del siglo XVIII celebraban a la Pompadour; y se sabe, además, que Antinoo, favorito del emperador Adriano, recibió, a menudo, culto oficial después de su muerte precoz. Para satisfacer a su público, los poetas latinos, cualesquiera que fuesen sus gustos personales, exaltaban ambas formas del amor; uno de los temas frecuentes en la literatura popular consistía en establecer los paralelismos entre ambas expresiones del amor y comparar sus respectivas excelencias. En esa sociedad en la que los censores más severos no veían en la sodomía más que un acto libertino la homofilia activa no se ocultaba y los que se dedicaban a los jóvenes eran tan numerosos como los que gustaban de las mujeres; lo que dice mucho de lo poco... natural que es la naturaleza de la sexualidad humana»¹³

¹³ VEYNE, p. 54.

2.2. La concepción judeocristiana frente a la homosexualidad

Como vimos precedentemente, en el tiempo en que en occidente predominó la concepción clásica derivada de la cultura grecolatina, la homosexualidad, aún cuando no siempre fue abiertamente aceptada, al menos gozó de un amplio grado de tolerancia, siendo practicada de manera normal por los miembros de las distintas clases de la sociedad.

Ahora bien, con la decadencia del imperio romano y la expansión progresiva que en Europa fue desarrollando el cristianismo, la situación comenzó a variar radicalmente, toda vez que las conductas homosexuales en la tradición judía de que el cristianismo arranca, consideraba a la homosexualidad como una trasgresión en contra de la ley divina, que por tanto debía ser condenada y perseguida criminalmente.¹⁴

Como señala Anthony KOSNIK: «En ninguna cultura ha sido vista con tanto horror la homosexualidad como en el occidente judeocristiano. Ni en el Islam ni el hinduismo la considera tabú. Los pueblos primitivos, como los esquimales, malasios o los indios norteamericanos, la aceptan sin dificultad,

¹⁴ MEDINA, Graciela, «*Los Homosexuales y el Derecho a Contraer Matrimonio*», Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2001, p. 27.

y la antigua Grecia la institucionalizó. En algunas culturas primitivas se llega incluso a considerar a los homosexuales como una especie de chamanes o como hombres de condición sagrada, pero nunca como inmorales».¹⁵

Son variados los pasajes de la Biblia, del Antiguo y del Nuevo Testamento, en los cuales se hace referencia a las conductas homosexuales, condenándolas.

2.2.1. El Antiguo Testamento

El primer texto bíblico en que se habla de la homosexualidad lo encontramos en el Génesis, en el relato de Sodoma y Gomorra¹⁶. De acuerdo a éste, dos ángeles enviados por Yahvé llegaron a la ciudad de Sodoma con la misión de encontrar, a lo menos, diez hombres de bien, que justificaran el perdón de Dios por los pecados y depravaciones que en esta ciudad, y en su vecina Gomorra, se cometían. De no ocurrir ello, es decir, si

¹⁵ KOSNIK, Anthony, «*La sexualidad humana*», Ediciones Cristiandad, Madrid, España, 1978, 212.

¹⁶ Génesis, 19,1-29

en estas ciudades no habitaban ni siquiera diez hombres justos, ellas y todos sus habitantes serían destruidas.

Los enviados divinos fueron recibidos en Sodoma por LOT, sobrino de ABRAHAM, quien los acogió y les dio alojamiento. Sin embargo, al enterarse de la presencia de los visitantes los hombres de Sodoma, desde el más joven al más viejo, acudieron a casa de LOT para verlos y obligarlos a tener relaciones sexuales con ellos. Frente a esto, y para proteger a sus visitantes, LOT trató de interceder ante los sodomitas, llegando incluso a ofrecer sus hijas como moneda de cambio, para que la turba satisficiera en ellas sus instintos. No obstante, los habitantes de Sodoma rechazaron el ofrecimiento de LOT y, al insistir violentamente en sus requerimientos, fueron cegados por los ángeles divinos, quienes instaron a LOT a que hiciera pronto abandono de la ciudad junto a su familia, pues ésta y Gomorra serían destruidas, como finalmente ocurrió.

Para algunos autores, una correcta interpretación de este pasaje bíblico haría concluir que en realidad lo condenado en el caso de Sodoma no serían específicamente sus prácticas sexuales, sino la falta de hospitalidad hacia los extranjeros.

Para KOSNIK, en este relato «lo importante no es el acto sexual *per se*, sino la terrible violación de la ley consuetudinaria de la hospitalidad»¹⁷. Esto se vería reafirmado por el hecho de que en otros pasajes del Antiguo Testamento en que se alude al relato del Génesis él nunca se identifica con las prácticas homosexuales¹⁸, cuestión que tampoco ocurre en el Nuevo Testamento.¹⁹ No obstante, y aún cuando modernamente exista un cierto consenso entre los autores en torno a darle esta interpretación al pasaje, con el tiempo este relato, y principalmente a partir de la Edad Media, fue considerado como el principal ejemplo y paradigma de que la ley divina no acepta la homosexualidad, a tal punto que, tanto en latín como en cualquiera de las lenguas vernáculas, la palabra «sodomita» ha sido considerada la más cercana al término «homosexual»²⁰, situación que se ha mantenido hasta nuestros días y que se ha visto reflejada incluso en la condena legal que las relaciones sexuales entre hombres tienen en muchas de las legislaciones, y que se han denominado habitualmente como delito de «sodomía».

¹⁷ KOSNIK, Ob. Cit., p. 216

¹⁸ Vid. Is. 1,10; Jer 23,14; Ez 16,49; Sap 10,8; Eclo 16,8

¹⁹ Vid. Mt 10,14-15; Mt 11,23-24; Lc 10,12; Lc 17,29

²⁰ Cfr. MEDINA, «*Los Homosexuales y el Derecho a...*», Ob. Cit., p. 29

Para MIRABET I MULLOL, la razón de haber llegado a esta interpretación y utilizar el relato de Sodoma como muestra de la censura divina a la homosexualidad se encontraría en los llamados escritos «apócrifos» y en la literatura escrita entre los últimos libros del Antiguo Testamento y los primeros del Nuevo Testamento. Como fundamento cita este autor lo dicho por Gregorio RUIZ en su trabajo «*La Homosexualidad en la Biblia*», en el cual se expresa que: «Diversos textos de estos libros nos permiten rastrear la evolución que en este tema se dio en el judaísmo tardío al contacto con helenismo, cuyas frecuentes prácticas homosexuales fueron vistas como algo condenable, y terminaron quedando identificadas con Sodoma, símbolo como era esta ciudad para el espíritu judío de todo lo pecaminoso y condenable».²¹

Otro texto del Antiguo Testamento, en que se juzga mucho más claramente a la homosexualidad, podemos encontrarlo en el libro del Levítico, en el cual se señala claramente «No te acostarás con varón como

²¹ Citado por MIRABET I MULLOL, Antoni, «*Homosexualidad Hoy, ¿Aceptada o todavía condenada?*», Editorial Herder, Barcelona, España, 1985, p. 115.

con mujer; es abominación»²², y más adelante agrega: «Si alguien se acuesta con varón, como se hace con mujer, ambos han cometido abominación: morirán sin remedio; su sangre caerá sobre ellos».²³

Para KOSNIK, el análisis del referido pasaje de la Biblia hay que entenderlo en el contexto de que el Levítico no se encarga de realizar prescripciones éticas sino rituales y que en él muchas prácticas y costumbres son prohibidas por el sólo hecho de que eran pertenecientes a cultos extranjeros, y en este caso la homosexualidad sería condenada por la asociación que de ella se hace con los pueblos practicantes de la idolatría, que en general eran enemigos de Israel.²⁴

En el mismo sentido se pronuncia Jean NICOLAS, para quien entre los hebreos «la condena de la homosexualidad se remonta a una época bastante tardía de la historia judía: la del exilio, durante el cual las tribus del norte se oponían a las del sur, que habían adoptado las costumbres de los paganos. He aquí por qué el Levítico (20:13) condena a pena de muerte a aquellos hombres que se acuestan desnudos con otros hombres. Hay que entender

²² Levítico, 18,22

²³ Levítico, 20,13

esta prohibición de la homosexualidad masculina como un aspecto de la represión general de la sexualidad en un contexto de puritanismo extremo.».²⁵

Y más adelante agrega «La prohibición de la homosexualidad entre los hebreos desempeñaba, además, una función bastante análoga a la de la prohibición de la carne de cerdo, esto es, el deseo de distinguirse de los pueblos que los circundaban, rechazando especialmente aquellas prácticas sexuales vigentes en los cultos cananeos».²⁶

2.2.2. El Nuevo Testamento

Al parecer la homosexualidad no habría sido objeto de tratamiento en las enseñanzas de JESÚS, por cuanto no es mencionada en ninguno de los cuatro evangelios que reproducen sus palabras.

En el Nuevo Testamento sólo SAN PABLO se refiere a ella en algunas de sus Epístolas, en las cuales hace condena expresa de las conductas

²⁴ KOSNIK, Ob. Cit. pp. 213-215

²⁵ NICOLAS, Jean, «*La Cuestión Homosexual*», Editorial Fontamara, Primera Edición Mexicana, Ciudad de México, México, 1989, p. 45.

²⁶ *Ibíd.*

homosexuales, estableciendo una relación de causa y efecto entre el olvido de Dios y las prácticas sodomíticas.²⁷

Así en la Carta a los Romanos I puede leerse: «Por eso los entregó Dios a pasiones infames; pues sus mujeres invirtieron las relaciones naturales por otras contra la naturaleza»²⁸; y más adelante agrega: «igualmente los hombres, abandonando el uso natural de la mujer, se abasaron en deseos los unos por los otros, cometiendo la infamia de hombre con hombre, recibiendo en sí mismos el pago merecido de su extravío.»²⁹

Por su parte en la Carta a los Corintios I y en la Carta a Timoteo I, SAN PABLO señala claramente que a los homosexuales les está negado el Reino de Dios, e incluye este comportamiento entre los más graves, asumiendo como parte de la doctrina cristiana un catálogo de pecados que era propio de la concepción que los estoicos tenían sobre la naturaleza humana³⁰:

²⁷ *Ibíd.*, p. 45.

²⁸ Romanos I, 26

²⁹ Romanos I, 27

³⁰ MIRABET I MULLOL, *Ob. Cit.* p. 129

Dice la Epístola a los Corintios: «¿No sabéis acaso que los injustos no heredarán el Reino de Dios? ¡No os engañéis! Ni los impuros, ni los idólatras, ni los adúlteros, ni los afeminados, ni los homosexuales, ni los ladrones, ni los avaros, ni los borrachos, ni los ultrajadores, ni los rapaces heredarán el Reino de Dios.»³¹

Por otro lado la Epístola a Timoteo señala: «la ley no ha sido instituida para el justo, sino para los prevaricadores y rebeldes, para los impíos y pecadores, para los irreligiosos y profanadores, para los parricidas y matricidas, para los asesinos, adúlteros, homosexuales, traficantes de seres humanos, mentirosos, perjuros y para todo lo que se opone a la sana doctrina».³²

2.2.3. La Patrística

En la obra de los Padres de la Iglesia, es decir, en aquellos escritos realizados por los primeros cristianos y que no se encuentran incluidos en la Biblia, es posible encontrar numerosas referencias a la homosexualidad.

³¹ Corintios I 6,9-10

³² Timoteo I 1,9-10

Tanto en la *Enseñanza de los Doce Apóstoles* (también llamada *Didakhé*, *Didaché* o *Didajé*), del año 50-70, como en la *Epístola de Bernabé*, del año 96-98, la homosexualidad es aludida como «corrupción de menores» o «pederastia», conducta que, como oportunamente hemos señalado, era bastante extendida en algunos lugares, especialmente entre griegos y romanos, y que era considerada muy escandalosa entre los judíos, razón por la que era condenada entre las primeras comunidades cristianas.³³

Por su parte, en la *Tradición Apostólica*, escrita alrededor del año 215 por San Hipólito de Roma, se niega el bautismo a los homosexuales e incluso la preparación para éste.

El motivo de esta exclusión MIRABET I MULLOL lo explica de la misma forma que la prohibición señalada en el Levítico, es decir, más que por motivos estrictamente morales, por asociarse la homosexualidad a los ritos y prácticas de los credos paganos, y por tanto quienes incurrieran en ella no podían ser aceptados por el cristianismo sino hasta cuando abandonaran dichas prácticas. «Así se explica también que Hipólito rechace a los escultores y pintores (fabricaban ídolos), a los actores (el teatro tenía un

³³ MIRABET Y MULLOL, Ob. Cit. p. 128

sentido litúrgico-pagano), a los maestros (!) (porque tenían que enseñar a los niños la religión oficial pagana, vinculada a la idolatría), a los aurigas y gladiadores (los juegos tenían una dimensión de culto dirigida a las divinidades paganas), a los sacerdotes de los ídolos (es evidente), a los soldados (no sólo porque tenían el peligro de matar, sino porque tenían que hacer un juramento –llamado precisamente *sacramentum*– que los ligaba con los dioses paganos, etc.»³⁴

Finalmente, San Agustín, sin duda uno de los representantes más destacados de la patriótica, también se manifiesta respecto a la homosexualidad, condenándola. Así dice en sus Confesiones: «Los pecados que son contra la naturaleza, como fueron los sodomitas, siempre y en todo lugar deben ser detestados y castigados; y aun cuando todas las gentes los cometieran serían igualmente culpables ante la ley divina, que no hizo a los hombres para que de tal modo usasen uno de otros».³⁵

³⁴ MIRABET I MULLOL, Ob. Cit., p.p. 129-130.

³⁵ Citado por MEDINA, «Los Homosexuales y el Derecho a contraer matrimonio», p. 31.

2.2.4. Santo Tomás y la escolástica

Uno de los hitos más significativos en torno a la fijación de la posición de la iglesia católica frente a la homosexualidad lo constituye la opinión que Santo Tomás de Aquino sostuvo sobre la materia.

Para Santo Tomás, existen en el campo de la sexualidad dos tipos de pecados: pecados *secundum naturam* y pecados *contra naturam*. Los primeros son aquellos que se oponen al fin de la creación, como el adulterio, el incesto, el estupro, etc. respecto de los segundos, es decir, respecto de los «pecados contra la naturaleza», son los que atentan en contra de la ley divina excluyendo la posibilidad de la procreación – masturbación, coito con animales, sodomía, y todo acceso carnal entre cónyuges que no sea por vía vaginal–.

De acuerdo a la doctrina tomista, de los pecados contra la naturaleza el más grave es la bestialidad –coito realizado con animales– y a continuación, inmediatamente, coloca a la sodomía. Santo Tomás considera a estos pecados, los *contram naturam*, los más graves de los pecados del

sexo, por cuanto ellos son contrarios a la obra de Dios, por cuanto quienes los cometen niegan a la naturaleza los fines para los cuales fue creada.³⁶

2.3. La homosexualidad durante la Edad Media

Durante todo el período de la Edad Media, la opinión condenatoria de la iglesia respecto de la homosexualidad hizo sentir todo el poder de su influencia, siendo esta severamente reprimida mediante la castración, la confiscación de los bienes y la tortura.³⁷

Podemos encontrar muchos ejemplos de esto:

- ❖ En 506, el rey visigodo ALARICO mandó a que los homosexuales fueran quemados en la hoguera.
- ❖ También en la España visigoda, en el «*Liber Iudiciorum*» del año 642/649, se castigó con la castración a quienes practicaran la homosexualidad, tanto activa como pasivamente.

³⁶ Cfr. MEDINA, «*Los Homosexuales y el Derecho a contraer matrimonio*», p. 31; y MIRABET I MULLOL, pp. 134-135

³⁷ MEDINA, «*Los Homosexuales y el Derecho a contraer matrimonio*», p. 32

- ❖ La Ley VI del rey RECESVINTO, titulada «*De los Sodomitas*», también condena a la castración a quienes practicaran la homosexualidad, señalando expresamente que a estos efectos no se debía hacer ningún distingo entre las personas, y así se debía castigar tanto a los clérigos como a los laicos, y a los nobles como a la gente del pueblo.
- ❖ En el «*Fuero Real*» de ALFONSO X EL SABIO, de 1255, la homosexualidad es considerada un crimen contra la naturaleza, y quienes lo cometían eran condenados a la castración pública y a ser colgados de las piernas hasta morir.
- ❖ Ya en tiempos de los REYES CATÓLICOS, en 1497, estos promulgaron la «*Pragmática de Medina del Campo*», en la cual la homosexualidad, considerada un crimen nefando contra la naturaleza, pasa a ser un asunto de competencia de la Inquisición, y quien cometiera este delito era condenado a ser quemado vivo, y a perder

todos sus bienes, los que pasaban a formar parte del Estado.

2.4. La Homosexualidad y la Revolución Francesa

Con la llegada de la Revolución Francesa y el predominio de las ideas laicas, la situación de los homosexuales comenzó a mejorar ostensible, por cuanto la Asamblea Constituyente de 1791 eliminó la pena de muerte para el delito de sodomía, y Napoleón, en su Código de 1810, despenalizó las relaciones homosexuales entre personas adultas, cuando ellas se realizaren voluntariamente.³⁸

2.5. La Homosexualidad y los regímenes totalitarios del siglo XX

Si algo tenían en común Hitler y Stalin era su total desprecio hacia la homosexualidad.

En la Alemania nazi, la homosexualidad fue perseguida con mucha crueldad. Un ejemplo célebre de esto se encuentra representado en la llamada «noche de los cuchillos largos», ocurrida el 28 de junio de 1934, en la cual todos los miembros de las SA, un grupo paramilitar terrorista que

había ayudado a Hitler a llegar al poder, fueron arrestados y asesinados, acusados de ser unos «cerdos homosexuales».³⁹

En los campos de concentración, quienes eran detectados como homosexuales eran sometidos a los más crueles tormentos, psíquicos y físicos⁴⁰

Los motivos de este odio declarado de los nazis hacia la homosexualidad –sólo comparable con el odio a los judíos–, se explica en el hecho de que los nazis estaban convencidos que existía una organización secreta formada por judíos y homosexuales, de acuerdo a la cual los homosexuales estaban tratando de infiltrar a toda la sociedad alemana, hasta conseguir todos los puestos de poder, con el objeto de una vez hecho esto subyugar a los hombres normales y destruir la sociedad.⁴¹

El comunismo estalinista también persiguió a los homosexuales, acusándolos de ser el producto de la decadencia burguesa y de la perversión fascista, por ello era condenada con cárcel y deportaciones.

³⁸ *Ibíd.*, p. 33

³⁹ *Ibíd.*, p. 34.

⁴⁰ Sobre la situación de los homosexuales en los campos de concentración nazis, vid., Mirabet i Mullol, pp. 184 y SS.

3. Concepciones modernas en torno a la homosexualidad

Como ya ha quedado dicho, el uso de los vocablos «homosexual» y «homosexualidad» sólo comienza a mediados del siglo XIX, antes de eso, las inclinaciones sexuales hacia personas del mismo sexo, y las conductas que le acompañaban, eran denominadas mediante términos de una fuerte influencia judeocristiana, cargados de una alta cuota de menosprecio y censura, como: «sodomía», «pecado o vicio contra naturaleza» y «crimen o delito nefando».⁴²

En 1869, el húngaro de origen alemán Karl Marie BENKERT es quien por primera vez hizo uso del término «homosexualidad», mediante el cual la conductas homosexuales comienzan a dejar el universo de la religión para pasar a formar parte del de la ciencia, con lo que comienza un lento, pero sostenido avance hacia concepciones cada vez más tolerantes de este tipo de comportamientos.

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² MIRABET I MULLOL, p. 175.

3.1. La homosexualidad como hecho patológico y peligroso

Aún cuando desde finales del siglo XVIII, y fundamentalmente durante el siglo XIX, la homosexualidad deja el ámbito meramente religioso para pasar a transformarse en objeto de estudio científico, en un primer momento la medicina incluyó dentro de sí la concepción clerical respecto de la homosexualidad, considerándola como una enfermedad relacionada con las perversiones sexuales, que en el mejor de los casos podía ser objeto de un diagnóstico y tal vez de cura.⁴³

Sobre el particular señala MIRABET I MULLOL: «Si queremos conocer el momento en que la medicina interviene en el campo de la homosexualidad, nos hemos de remontar al siglo XIX en el que el derecho penal estaba laicizado en muchos lugares y todo estaba dominado por la ley. Los jueces tenían que evaluar los perjuicios o daños para la víctima, sin poder sondear la personalidad del acusado. Pronto se pidió ayuda a los médicos para que actuaran como expertos en los tribunales, y examinar a la víctima, pero enseguida creyeron también necesario añadir el examen del

acusado. La moda de la “alienación mental” inspiró la primera respuesta: todo autor de un crimen o delito sexual sufre una forma particular de alienación mental. Así comenzó a desarrollarse un razonamiento de la medicina, que pronto fue también de la psiquiatría, el cual quería explicar a los jueces las «perversiones» e inició un estudio de la homosexualidad como exponente destacado de estas perversiones».⁴⁴

Una opinión distinta a esta concepción patológica de la homosexualidad, fue sostenida en 1860 por el jurista Karl Heinrich ULRICHS, quien usaba el término «urania» para referirse al fenómeno homosexual. Para ULRICHS, la «urania» no era una patología, en la forma en que la consideraban la mayoría de los científicos de la época, sino que era una disposición especial de la naturaleza, mediante la cual se producía un alma de mujer en un cuerpo de hombre. Así, los «uranistas» sólo podían conocer el placer y la pasión por los hombres viriles. Para ULRICHS esto no constituía entonces una enfermedad, y por consiguiente era un error pretender un cambio en el objeto de la pasión de estos sujetos e inhumano

⁴³ Cfr. ARIÈS, Philippe, «Reflexiones en Torno a la Historia de la Homosexualidad», en: «Sexualidades Occidentales», Ph. ARIÈS, A. BÉJIN, M. FOUCAULT y otros. Editorial Paidós, Buenos Aires, Argentina, 1987, p. 108.

impedirles ser felices a su manera, en la forma a que la naturaleza los había dispuesto.

No obstante ser la posición de ULRICHS bastante avanzada para la época, en cuanto consideraba a la homosexualidad como un estado natural – y no contra natura como preconizaba el discurso religioso–, y pese a que se transformó en el principal argumento esgrimido por los defensores de los derechos de los homosexuales en aquel tiempo, el pensamiento científico dominante se impuso, y así por un largo tiempo se consideró a la homosexualidad dentro de las psicopatologías sexuales, como una forma congénita de degeneración.⁴⁵ Incluso más, hay autores, como LOMBROSO, que afirmaban que existía una especie de paralelismo entre la homosexualidad y la criminalidad innata, afirmando que homosexualidad y criminalidad compartían una etiología idéntica, por cuanto los sujetos que las padecían descendían ambos de epilépticos, de neurópatas, de padres excéntricos o viejos.⁴⁶

⁴⁴ MIRABET I MULLOL, pp. 176-177

⁴⁵ Cfr. MIRABET I MULLOL, p. 179

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 180

Sobre este punto señala Philippe ARIÈS: «Dentro del viejo mundo marginal de las prostitutas, de las mujeres fáciles, de las descarriadas, emergía una “especie”, coherente, homogénea, con características físicas propias. Los médicos habían aprendido a detectar al homosexual, que, sin embargo, se ocultaba. El examen del ano o del pene era suficiente para desenmascararlo, pues presentaban deformidades específicas, como las de los judíos circuncisos. Así pues, constituían una especie de etnia, si bien sus características particulares eran más bien adquiridas por la práctica que determinadas por el nacimiento. El diagnóstico médico se apoyaba en dos evidencias: una, física, la de los estigmas del vicio, que, por lo demás, se encontraban en todos los descarriados y alcohólicos; otra, moral, la de una tendencia casi congénita hacia el vicio y que entrañaba un peligro de contaminación para los demás».⁴⁷

⁴⁷ PHILIPPE, « HISTORIA DE LA HOMOSEXUALIDAD », EN pp. 108-109

3.2. Freud frente a la homosexualidad

Para Sigmund FREUD, fundador del psicoanálisis, la homosexualidad es considerada como una dimensión fundamental de toda sexualidad humana.

FREUD pensaba que la homosexualidad tiene un origen fundamentalmente psicogenético, en donde se impone lo adquirido por sobre lo congénito. Con esta opinión, el psiquiatra alemán se enfrenta a la mayoría de las teorías dominantes en su época, que consideraban a este fenómeno como fruto de una degeneración nerviosa congénita. No obstante, esta afirmación no significa que FREUD negara absolutamente posibles factores de orden constitucional en la formación del homosexual, sino que pensaba que, de existir ellos, no tendrían una incidencia tan grande como aquella que posee la bisexualidad psicológica.⁴⁸

Entre los distintos autores coinciden en aseverar que el aporte más importante realizado por Freud al estudio de la homosexualidad estriba en el hecho de que para él, el fenómeno homosexual posee un carácter

⁴⁸ Cfr. DOMÍNGUEZ MORANO, p. 31

universal, es decir, que la sexualidad de todo ser humano importa como una dimensión esencial lo homosexual, razón por la cual considera que es un error pretender aislar a los homosexuales como un grupo aparte dentro de la sociedad, con características «antinaturales».⁴⁹

Sobre este punto escribe MIRABET I MULLOL, «¿Cuál es la razón de esta posición de Freud? ¿En qué se basa? Según Freud, el deseo homosexual es universal, está presente en todo ser humano. La sexualidad de toda persona incluye esencialmente una dimensión homosexual. Todo individuo ha llevado a término, al menos en su inconsciente, una elección homosexual de objeto. La disposición para la homosexualidad no constituye ninguna excepción, ninguna anormalidad, sino que forma parte de todo ser normal; es algo congénito en toda persona. Éste parece ser uno de los datos más revolucionarios de la aportación de Freud sobre la sexualidad en general y la homosexualidad en concreto».⁵⁰

De acuerdo a Freud, hay en todo ser humano una bisexualidad, un hermafroditismo anatómico que evoluciona hacia la monosexualidad, pero

⁴⁹ *Ibíd.* P. 32

⁵⁰ MIRABET I MULLOL, p. 34.

que conserva restos del sexo contrario. Así, la actitud primaria en todo sujeto radica en la posibilidad de orientarse hacia a individuos de uno u otro sexo, siendo las restricciones sociales las que inclinarán la balanza en uno u otro sentido.

Como afirma DOMÍNGUEZ MORANO, para Freud toda persona tiene que afrontar «un cierto grado de homosexualidad biológica y psíquica que determinará, en gran parte, su futura orientación sexual, así como su grado de estabilidad psicológica. De las diversas soluciones, que según la constitución y el ambiente, se aporten a esta dimensión homosexual, dependerá que se desemboque finalmente en una situación de homosexualidad manifiesta, de neurosis o de “normalidad” (léase en este momento heterosexualidad)». ⁵¹

Ahora bien, la concepción freudiana sobre la homosexualidad no fue única, ni se mantuvo monolítica con el paso de los años. En la obra del psiquiatra alemán es posible identificar distintos momentos, los cuales van desde un concepto bastante represivo frente a la homosexualidad, considerándola entra las *perversiones*, hasta llegar a plantear que ella no es

una enfermedad sino una variante sexual, aún cuando nunca llega a abandonar del todo sus primeras afirmaciones.

«Existe una clara evolución en el pensamiento de Freud en cuanto a la relación entre homosexualidad y perversión. El esquema de 1905 no es nunca radical y explícitamente negado, pero se advierte una clara reducción de lo pervertido a la extralimitación de la función sexual en cuanto a la región somática, es decir, en cuanto que las pulsiones parciales infantiles no queden asumidas en la organización genital última. Lo homosexual, en cuanto que no constituye una pulsión parcial, sino sólo una desviación en cuanto al objeto, va dejando de ser considerada perversión. El que no se llegue a una negación explícita de la perversidad de la homosexualidad (si no es el texto de 1920, *Sobre la psicogénesis de un caso de homosexualidad femenina*) quizás pueda explicarse por un intento de Freud de mantener a toda costa el esquema de 1905. De ahí, que aunque en 1909 desaparezca el criterio de desviación de objeto, y se hable posteriormente de la homosexualidad como *una de las variantes de la organización sexual*

⁵¹ DOMÍNGUEZ MORANO, p. 32.

(1915), al final, se limite a afirmar que *la homosexualidad apenas merece el nombre de perversión* (1925). Pero no se niega explícitamente que lo sea».⁵²

3.3. El continuo homosexual-heterosexual de KINSEY

En 1942, por encargo de la fundación Rockefeller y de la Universidad de Indiana, Alfred KINSEY, biólogo y sociólogo norteamericano, realizó lo que es considerado el primer estudio sociológico de envergadura sobre la homosexualidad, el cual abarcaba a 12000 encuestados de ambos sexos.

En el informe evacuado de la investigación, KINSEY llegó a la conclusión de que la homosexualidad no es algo anormal ni antinatural, debido a que, de los datos obtenidos, se podía establecer que ella se reitera con mucha frecuencia en la población, coexistiendo con la heterosexualidad en amplios sectores de ésta. Asimismo, de estos datos KINSEY concluye que también es posible colegir que la homosexualidad, por sus altos niveles de manifestación, no puede considerarse en sí misma como una psicopatía.⁵³

⁵² *Ibíd.*, p. 47.

⁵³ MIRABET I MULLOL, pp. 30-31.

Para KINSEY, las normas hétero u homosexuales se adquieren, dependiendo en alto grado de las costumbres en que el sujeto ha sido educado el inclinarse hacia unas u otras.

Tal vez la conclusión más importante de los estudios de KINSEY se traducen en lo que se ha llamado el «continuo hétero-homosexual», de acuerdo al cual la homosexualidad no sería una cuestión de todo o nada, y de hecho no existiría el homosexual puro, como tampoco existiría el heterosexual puro. Así, afirma que «no podemos dividir a los seres humanos en dos grupos antagónicos: homosexuales por un lado y heterosexuales por el otro. Ni siquiera cabría dividir a las personas en tres grupos: heterosexuales, bisexuales y homosexuales. No, la naturaleza es mucho más rica y variada».⁵⁴

Para KINSEY, en todo ser humano existiría cierto grado de homosexualidad y de heterosexualidad, es decir, existe un continuo hétero-homosexual, y la inclinación de libido en uno u otro sentido no sería necesariamente algo constante a lo largo de toda la vida, pudiendo variar la opción según los distintos momentos de la vida. En este sentido, KINSEY

llega a una conclusión bastante similar a aquella sostenida por Freud a través del concepto de bisexualidad psicológica.

3.4. Aspectos sociológicos de la homosexualidad de Michael SCHOFIELD

En el año 1961, el británico Michael SCHOFIELD inició una investigación cuyos resultados publicó en 1965 en su libro «*Aspectos sociológicos de la homosexualidad*. Un estudio comparativo de tres tipos de homosexuales». En su estudio, SCHOFIELD entrevistó a 300 hombres que formaban parte de tres grandes grupos de 100 personas cada uno. El primer grupo estaba compuesto de 100 homosexuales en prisión por actos homosexuales y los comparaba con otros encarcelados. El segundo grupo estaba formado por 100 hombres corrientes bajo tratamiento psiquiátrico – 50 practicantes de la homosexualidad y 50 de la heterosexualidad–. El tercer grupo 100 hombres que nunca han estado en prisión o bajo tratamiento psiquiátrico –50 homosexuales y 50 heterosexuales–⁵⁵.

El objetivo de la investigación era comparar el comportamiento y la personalidad de los integrantes homosexuales con los heterosexuales de

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 26

cada uno de los tres grupos. La conclusión obtenida por SCHOFIELD es la de la ausencia de rasgos comunes de los que practican la homosexualidad, es decir, la ausencia de lo que podríamos llamar clínicamente «síndrome sexual». No existe una identidad homosexual.

Schofield termina afirmando: «La homosexualidad es una condición que en sí misma sólo tiene efectos menores sobre el desarrollo de la personalidad. Pero las actitudes, no del homosexual, sino de las demás personas hacia esta condición, crean una situación que puede tener un efecto profundo en el desarrollo de la personalidad y puede conducir a un deterioro del carácter de un género que impide la integración efectiva en la comunidad... Muchos de los problemas que abruman al homosexual son creados por la hostilidad de la sociedad»⁵⁶.

3.5. Simón LEVAY y las causas biológicas de la homosexualidad

Recientes estudios de localización de determinados genes en la estructura cromosómica señalarían, que existe un componente genético en los homosexuales. Sin embargo eso todavía no es concluyente.

⁵⁵ MIRABET I MULLOL, p. 93.

Simón LeVay trabaja con un modelo de diferenciación para hacer una explicación biológica de las diferencias genéricas de hombres y mujeres. Para ello, estudió determinados núcleos del hipotálamo –dado que en el hipotálamo están los centros vinculados a la sexualidad y el comportamiento sexual–. En el primer estudio del año 1991 se investigó en cerebros de personas muertas y se comparó cerebros de hombres homosexuales y de hombres y mujeres heterosexuales, en ese momento LEVAY concluyó que los núcleos ventrales del hipotálamo eran más semejantes en tamaño y conformación entre cerebros de personas homosexuales y mujeres y se parecían entre hombres de una y otras orientaciones. Sin embargo, y él reconoce, en ese estudio varios de los hombres homosexuales habían fallecido a causa del SIDA, factor relevante porque es probable que haya daño neurológico y por tanto es una variable insoslayable en estudios de éste tipo. Actualmente este investigador trabaja en un estudio con personas donde esa variable se controla. En su teoría, LeVay está tomando, además de los factores vinculados a la estructura del

⁵⁶ Citado por MIRABET I MULLOL, pp. 100-101

hipotálamo, otros vinculados a estudios transgeneracionales y a datos sobre influencia hormonal en etapas prenatales en otras especies.⁵⁷

⁵⁷ Lacadena, Juan-Ramón, «Biología del Comportamiento Sexual Humano: Genética y Homosexualidad», en «La Homosexualidad: Un debate Abierto», pp. 97.

CAPÍTULO II: LA HOMOSEXUALIDAD Y EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN

Como esperamos haber demostrado en el Capítulo I de esta memoria, la visión médica y social respecto de la homosexualidad ha ido variando considerablemente en el mundo a partir, principalmente, de la segunda mitad del siglo XX para acá. Hoy en día, los estudios más avanzados de la medicina ya no incluyen a la homosexualidad entre las enfermedades psíquicas y tampoco se la considera una aberración de la naturaleza. Por su parte, cada vez son más amplios los sectores de la sociedad que se muestran abiertos frente al fenómeno de la homosexualidad, y que aceptan la existencia de la pareja homosexual, manifestándose partidarios de reconocerle algunos derechos, principalmente el de llevar una vida normal, pública y sin necesidad de que se vea recluida en *ghetos*, alejada de los ojos del mundo.

Este cambio de óptica en torno a la homosexualidad, también ha ido acompañado de una evolución en la protección jurídica respecto de las minorías sexuales, consagrada de manera fundamental en la suscripción de acuerdos multilaterales que sancionan claramente la discriminación en contra de los sujetos que manifiestan estas preferencias.

1. El Derecho a la no discriminación

De acuerdo a la definición dada por el Diccionario de la Real Academia, el término «discriminar» –del latín *discriminare*– posee dos significados:

- 1) Seleccionar excluyendo
- 2) Dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.

En virtud de la primera de las acepciones, es posible afirmar que la discriminación es un acto normal y habitual del ser humano, por cuanto nuestra vida se funda en la elección o preferencia de algunas cosas por sobre otras. Así, por ejemplo, nadie puede acusar a otro por conductas «discriminatorias» debido al hecho de que prefiera usar el color azul en su

vestimenta por sobre el rojo, tampoco puede censurarse el que alguien prefiera la poesía a las novelas o porque prefiera estudiar Arte en lugar de Derecho. En todos estos casos, la acción de discriminar, tomado como preferir algo respecto a otra cosa, forma parte de la libertad de los individuos, la cual posee consagración y protección jurídica, principalmente en los países que siguen un sistema de orientación liberal democrático.

Para el Derecho, el problema nace con las situaciones planteadas en la segunda de las acepciones dadas para definir el término «discriminar», en cuanto ello ya no es una manifestación de la libertad legítima de los sujetos, sino que implica el menosprecio respecto de determinadas conductas o grupos, únicamente por el hecho de ser distintos, lo cual conlleva, habitualmente, un menoscabo en aquellos individuos que pertenecen a estos grupos, que simbolizan una creencia u opción de vida diferentes.

En este último caso, la discriminación presenta la característica de ser una especie de corolario negativo del principio de igualdad⁵⁸, en que se excluye por motivos arbitrarios a otro u otros, causándoles con ello un

⁵⁸ Cfr. PALACIOS ZULOAGA, Patricia, «La Evolución del Concepto de Discriminación en la Jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas Referente al Artículo 26 del Pacto

perjuicio, que puede ser de la más diversa índole: físico, psicológico, social, cultural, económico, etc. Son estas las discriminaciones que fundamentalmente importan al Derecho, el cual, si bien reconoce que entre las personas pueden existir diferencias de diversa índole –que serán más o menos relevantes desde el punto de vista jurídico dependiendo de la situación en que se presenten–, no puede tolerar que se hagan diferencias injustas entre los individuos, es decir, diferencias que no tengan un antecedente objetivo y razonable⁵⁹

2. Homosexualidad y Discriminación

2.1. La homofobia como antecedente de la discriminación hacia los homosexuales

Una opinión bastante extendida, entre activistas homosexuales y heterosexuales que han estudiado el tema, es que la base de la discriminación frente al fenómeno homosexual se encuentra en una fuerte y

Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre 1977 y 2002», Memoria de Prueba, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2003. Profesor guía: Cecilia Medina Quiroga, p. 12

⁵⁹ Cfr. CUVI RODRÍGUEZ, Manuela Soledad, «*El Derecho a la No Discriminación por Motivos de Orientación Sexual en la Jurisprudencia Internacional de Derechos Humanos*», Memoria de prueba, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2002. Profesor guía: Cecilia Medina Quiroga, p. 18.

enraizada homofobia, entendida ésta como la «la aversión obsesiva hacia las personas homosexuales».⁶⁰

Para algunos autores, la homofobia tendría su causa en la estricta regulación del modelo sexual imperante en la sociedad, la cual a partir del siglo XVIII definió a la heterosexualidad como modelo único, obligatorio y dominante, excluyéndose cualquier otro.⁶¹

A juicio de Olga VIÑUALES, nuestra cultura occidental se encontraría basada en lo que ella denomina un «modelo o cadena simbólica». De acuerdo con esto, la definición de cuántos sexos hay, cuál es el comportamiento adecuado para hombres y mujeres, cuál es la práctica social ideal y cuál es la orientación sexual correcta, es impuesto a los seres humanos desde el momento mismo de nacer, instante en el que se nos define un sexo y se nos asigna un género –el cual comprende las características culturales y sociales establecidas para cada sexo–, y dentro

⁶⁰ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua.

⁶¹ POSA GUINEA, Rosa M. & VILLALBA M, Verónica, «*Discriminación por Homosexualidad*», En «*Discriminaciones y Medidas Antidiscriminatorias*», Varios Autores., p. 87

de esto también se no impone y enseña que la única orientación sexual permitida es la heterosexualidad.⁶²

La primera consecuencia de esta cadena simbólica estaría constituida por la homofobia, la que implica una actitud de rechazo hacia quienes ponen en duda o cuestionan –práctica o discursivamente– los roles de género o las expectativas sociales asociadas a ellos. Así, con la homofobia se rechazan todas las sexualidades que pueden considerarse «diferentes», las que se conciben como «anormalidades» o «aberraciones», frente a la única sexualidad «natural» y «normal» que es la heterosexualidad con fines reproductivos.

Al respecto señala DOMÍNGUEZ MORANO: «Sin duda, la cuestión homosexual suscita toda una serie de fantasmas individuales y colectivos. Algo poderosamente destructivo parece anidar en ella. En el ámbito personal, parece como si por siempre permaneciera el riesgo de poner en peligro la imagen psico-sexual de hombre o mujer, que tan laboriosamente, hemos ido conquistando y defendiendo. En el ámbito social, parece como si

⁶² *Ibíd.* P. 87

todo se tambalease en la consideración de un modo de vivir la sexualidad al margen de la celosamente protegida institución familiar».⁶³

Para VIÑUALES, esta concepción de la sexualidad no sería necesariamente consustancial al ser humano, ni tampoco habría sido igual y constante durante toda la historia del mundo, sino que en la forma en que hoy la conocemos habría nacido sólo hace un par de siglos, imponiéndose como necesaria debido a situaciones y hechos muy concretos de la época: «Cuando las pestes y las hambrunas comenzaron a diezmar a la población, las energías del poder se concentraron en mantener a raya a la muerte y se ocuparon de normar: el sexo regulado aseguraba la reproducción de la vida... El poder reaccionó defensivamente para preservar la vida y la armonía social sobre la amenaza de la muerte y de la violencia, y operó negativamente, imponiendo límites, restricciones y prohibiciones. Cuando la amenaza de muerte disminuye, hacia finales del siglo XVIII, esas leyes jurídicas se transforman en instancias de poder que generan identidades

⁶³ DOMÍNGUEZ MORANO, Ob. Cit. p. 13.

para ser controladas favoreciendo así el crecimiento de los regímenes regulatorios». ⁶⁴

Así entonces, para VIÑUALES nuestra sociedad sería heredera de esta regulación nacida durante el siglo XVIII, la cual ha sido incentivada y reforzada por la cultura judeocristiana, perdurando hasta nuestros días en las leyes y pensamientos de la sociedad.

Ahora bien, los estudios sobre la homofobia señalan que es un fenómeno que opera en distintos niveles, tanto personales como grupales, los cuales se encuentran interrelacionados entre si. Así tenemos:

❖ **La homofobia personal:** que se manifiesta cuando una persona tiene la creencia de que los gays y las lesbianas se merecen odio o lástima por no poder controlar sus deseos, estar perturbados, ser genéticamente defectuosos, inmorales, anormales e inferiores a los heterosexuales.

❖ **La homofobia interpersonal:** que se expresa cuando el prejuicio personal se transforma en actitudes

⁶⁴ POSA & VILLALBA, p. 87

discriminatorias que afectan la relación entre las personas en distintos ámbitos, como el familiar, laboral y social. Ejemplos de ellos serían los apodosos o «chistes» cuyo propósito es insultar o difamar; la agresión física o verbal y otras formas extremas de violencia; el retiro de apoyo, el rechazo, el abandono por amigos y otros compañeros, colegas de trabajo, familiares; la negativa de arrendadores a rentar viviendas, de comerciantes a prestar servicios, de aseguradoras a ampliar su cobertura, y de empleadores a contratar, basándose en una identidad sexual real o atribuida.

❖ **La homofobia institucional:** que se refiere a las formas en que organismos gubernamentales, empresariales, profesionales, educativos o religiosos discriminan sistemáticamente por la orientación o identidad sexual. A veces dicha discriminación está apoyada en leyes, códigos o reglamentos y a menudo opera para legitimar la homofobia interpersonal.

Las anteriores conductas sociales pueden ser clasificadas como expresiones de **homofobia cultural**, es decir las normas sociales o códigos de conducta que, sin estar expresamente inscritos en una ley o un reglamento, funcionan en la sociedad para legitimar la opresión. Se manifiestan a través de la negación de la diversidad, de silenciar voces u ocultar imágenes homosexuales en los medios de comunicación o la historia, la creación de ghettos, y el uso de denominaciones despectivas y estereotipos.

A juicio de POSA & VILLALBA, quienes en este punto siguen a VIÑUALES, «la homofobia, al igual que la xenofobia, el racismo o el antisemitismo, designa al otro (al diferente) como contrario, inferior o anormal. Es una actitud de aversión y de hostilidad hacia los miembros de un grupo, basada simplemente en su pertenencia a él. Esa actitud tiene cuatro características: a) sentimiento de superioridad respecto al diferente; b) deshumanización, o sentimiento de que el otro es intrínsecamente diferente y extraño; c) sentimientos de ser merecedor de derechos, status y privilegios por estar en la posición correcta; d) la convicción de que la existencia del diferente pone en peligro ese estatus, posición social o

poder». ⁶⁵

Puede afirmarse que en las características antes descritas tiene su fuente mediata la discriminación, que de las conductas personales y sociales pasa luego a institucionalizarse en el Derecho, a través de normas discriminatorias, que en ocasiones consagran diferencias entre los distintos individuos de la sociedad, por el sólo hecho de pertenecer a determinado grupo, sin atender a criterios objetivos que puedan servir de aval al momento diferenciar.

2.2. El Derecho y la discriminación de los homosexuales

Manuela CUVI afirma que la discriminación a los homosexuales puede ser de dos tipos: de *iure* o de *facto*.

Ya nos hemos referido antes a las características generales de la discriminación de *facto*, que es aquella que se produce en los más amplios ámbitos de la vida cotidiana, y que se traduce tanto en conductas individuales de menosprecio hacia las personas con orientaciones sexuales distintas a las socialmente aceptadas, hasta discriminaciones colectivas, que

⁶⁵ POSA & VILLALBA, p. 88.

se expresan no sólo en la opinión que como comunidad tengamos frente al fenómeno homosexual, sino también en actos y actitudes discriminatorias que se manifiestan en ámbitos tan vastos como la educación, la salud, el trabajo, etc.

En lo que se refiere a la discriminación de *iure* o de Derecho, el problema es aún más grave que el anterior. En este caso es la sociedad organizada quien, a través de sus instituciones superiores –que tienen justamente el deber de garantizar el principio de igualdad entre las personas–, es la que consagra la discriminación y la vuelve jurídicamente legítima, avalando con ello las conductas privadas y colectivas discriminatorias.. Así, por ejemplo, en una gran cantidad de países del mundo la homosexualidad no sólo es mirada con malos ojos, sino que incluso se la prohíbe legalmente y se persigue y castiga a quienes osan tener una conducta sexual distinta a la generalmente aceptada.

Para CUVI, quien en este punto sigue a ESKRIDGE, existen tres tipos de leyes antigay⁶⁶:

⁶⁶ Cfr. Cuvi, pp. 20 y SS.

- ❖ Aquellas que discriminan explícitamente por orientación sexual, como aquellas que prohíben a los homosexuales servir en las Fuerzas Armadas, o las presunciones en contra de la custodia y adopción por parte de padres gays.
- ❖ Aquellas que discriminan basándose en motivos de sexo, pero cuyos efectos recaen principalmente en las personas homosexuales, como las leyes que prohíben a los homosexuales contraer matrimonio, o las normas que sancionan criminalmente a la sodomía.
- ❖ Finalmente, aquellas leyes que sin distinguir en base a clasificaciones sexuales o de orientación sexual, tienen efectos discriminatorios para el mundo homosexual, como las leyes de sodomía consensual y las leyes que, si bien prohíben la discriminación por motivos de sexo, raza o pensamiento, no incluyen entre sus supuestos a la orientación sexual.

Pese a todos los acuerdos internacionales firmados por un número

importante de países, no se puede decir que en el mundo la tolerancia y la no discriminación sean hechos instalados. Aún existe una amplia cantidad de Estados que prohíben y persiguen la homosexualidad –principalmente la masculina–, o países donde, si bien no se la sanciona explícitamente, mantienen variados enclaves discriminatorios que se resisten a desaparecer, pese a que en ellos haya normas en contra de la discriminación, consagradas incluso constitucionalmente. En muchos de estos casos la prohibición de discriminar arbitrariamente está específicamente establecida para otras situaciones, como la discriminación por raza, condición, sexo –hombre-mujer, no homosexuales–, credo, etc.; sin embargo la discriminación por orientación sexual ni siquiera se menciona.

En lo que atañe directamente a nuestro tema de estudio, podemos mencionar como un ejemplo de estas formas de discriminación –aún cuando no se prohíba en sí la homosexualidad–, el que en la mayoría de los países hoy en día aún se encuentre vedado a los homosexuales el Derecho a contraer matrimonio, e incluso el de constituir una unión de hecho civil que permita ciertos resguardos a su relación. Como señalan POSA & VILLALBA: «Al no dar reconocimiento legal a las parejas del mismo sexo (ni

matrimonios ni uniones de hecho), todas las protecciones legales que gozan las familias heterosexuales son negadas para las homosexuales. Esto deriva en que no se puede establecer una relación de afinidad jurídica en la pareja y no existen derechos para las personas integrantes de ella; por ejemplo, la prestación de alimentos, la subrogación de contratos y derechos de herencia. Por este impedimento tampoco existen posibilidades legales para adoptar niñas/os para parejas conformadas por personas del mismo sexo».⁶⁷

2.3. La situación en Chile

En Chile el principio de igualdad –y por tanto el derecho a no ser discriminado–, se encuentra consagrado constitucionalmente. Así se deriva de lo expresado en distintas disposiciones de nuestra Carta Fundamental, de las cuales las más importantes, para el objeto de nuestro estudio, son el artículo 1° y 19 n° 2.

De acuerdo al artículo 1° de la Constitución, en Chile «todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos». Más adelante la disposición agrega que es deber del Estado «promover la integración

⁶⁷ POSA & VILLALBA, p. 91.

armónica de todos los sectores de la Nación. Y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional».

Por su parte el artículo 19 n° 2 asegura a todos los individuos: «la igualdad ante la ley. En Chile no hay personas ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley».

Creemos que es fundamental tener en cuenta estas normas al momento de enfrentar el tema de la homosexualidad. Si bien no se hace una referencia explícita en la Constitución en cuanto a que no se puede discriminar a nadie por motivos de orientación sexual –así como tampoco se nombran otras forma de discriminación: por raza, condición, pensamiento, etc.–, en las disposiciones antes transcritas de todas formas deben entenderse comprendidos los homosexuales, en cuanto son personas –todo individuo de la especie humana cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición– y sólo eso exige la Carta Fundamental para hacer aplicable la protección, sin entrar a distinguir de qué tipo de personas se trata. Además el derecho a tener una libre orientación sexual pensamos que se encuentra comprendido dentro del concepto de «dignidad», en cuanto él engloba «lo

más profundo y, por lo mismo, básico de los valores que caracterizan al hombre»⁶⁸, y está comprobado que la sexualidad es una de las características fundamentales que nos definen como especie.

Del mismo modo, el que en el n° 2 del artículo 19 no se haga mención expresa a que se protegen determinadas minorías o grupos vulnerables, en particular a los homosexuales, y se hable sólo de «hombres y mujeres», no significa que estos no se encuentren incluidos dentro de la órbita de protección comprendida por el artículo. De hecho, el que no se mencione a grupo o forma de discriminación alguna, justamente reafirma este criterio, por cuanto de haber enumerado, el legislador podría haber dejado fuera, por olvido, determinados sectores, y a la ley le interesa garantizar la igualdad y el libre ejercicio de sus derechos a todos por igual. Así en efecto se desprende de lo señalado por el señor SILVA BASCUÑAN, miembro de la Comisión de Estudio que elaboró la Constitución de 1980, quien en la oportunidad manifestó que «esta proposición contempla solamente la igualdad ante la ley, y en obsequio de la sobriedad no contempla, como lo hacen otras Constituciones, expresiones tan detalladas

⁶⁸ CEA EGAÑA, José Luis, «Curso de Derecho Constitucional», Tomo II, Pontificia Universidad

en cuanto a que no podrá existir distinción en relación con el sexo, estirpe, condición, raza, ideología, grupo, etcétera, y desde el momento en que se asegura la igualdad ante la ley a todos los habitantes de la República, quedan todos ellos cubiertos (...) de lo que se trata es, lisa y llanamente, de que desde el punto de vista de la psicología social, no haya ninguna distinción entre las diferentes personas y grupos».⁶⁹

Ahora bien, pese a que nuestra Constitución consagra claramente el principio democrático de igualdad ante la ley, ello no necesariamente ha trasuntado en una protección de las minorías sexuales.

Hasta hace muy pocos años, el artículo 365 del Código Penal sancionaba en Chile el delito de sodomía, aún cuando el acto se realizare con el mutuo consentimiento de los participantes. Es decir, se castigaba criminalmente la conducta sexual privada de un grupo determinado de la población, la homosexual. Incluso más, la sanción de este tipo de práctica ni siquiera afectaba a toda la población homosexual, sino que lo hacía específicamente respecto de los homosexuales masculinos. En la actualidad,

Católica de Chile, Santiago, Chile, 1999, p. 6.

⁶⁹ Citado por Cea Egaña, p. 54

este artículo fue reformado por la ley 19617, quedando sancionada hoy en día sólo la penetración anal realizada violentamente –delito de violación– y el acceso carnal sodomítico realizado en menores de 18 años, lo cual ha sido considerado un avance por toda la comunidad *gay* de Chile.

No obstante, a este respecto aún queda una disposición que, de acuerdo al Informe Anual Sobre Derechos Humanos de las Minorías Sexuales del 2003, sigue sirviendo para perseguir y discriminar a la población homosexual, masculina y femenina: el artículo 373 del Código Penal, que sanciona aquellas conductas que son consideradas como contrarias a la moral. Según el informe, este precepto ha sido utilizado reiteradamente por la autoridad policial para incluso encarcelar a miembros de la comunidad *gay*, por el sólo hecho de manifestar físicamente su opción sexual en público.⁷⁰

Otras normas también consideradas discriminatorias en nuestro país dicen relación con la prohibición del matrimonio de homosexuales y el no reconocimiento de sus uniones de hecho.

⁷⁰ Cfr. MOVIMIENTO DE LIBERACIÓN HOMOSEXUAL (MOVILH), «*II Informe Anual Sobre Derechos Humanos de las Minorías Sexuales Chilenas*», Santiago, Chile, 2003.

La fuerte tradición moral de inspiración católica que inspira a Chile desde sus orígenes, ha impedido que en muchos aspectos se adopten normas que en otros países del mundo tienen ya larga data. Un ejemplo lo constituía el que en nuestro país hasta hace muy poco el divorcio vincular era aún inexistente, cuestión que era paliada a través de las «poco claras» nulidades de matrimonio. Este mismo criterio es el que ha impedido que hasta el momento se legalicen las uniones homosexuales, ni siquiera en su variante de meras uniones civiles de hecho. Esto trae un sinnúmero de inconvenientes para las parejas gays o lesbianas, que se encuentran impedidas de invocar los más mínimos derechos derivados de su relación de pareja, sean estos patrimoniales, hereditarios, de seguridad social, etc. De hecho, ni siquiera pueden invocar las normas sobre violencia intrafamiliar dispuestas en la ley 19325, en cuanto ésta se encuentra reservada para los cónyuges y los «convivientes», pero como esta noción es sólo aplicable hoy en día a las uniones entre un hombre y una mujer, aún cuando existan actos de violencia al interior de la pareja de convivientes homosexuales, ellos no podrían recurrir a tribunales a través del procedimiento simplificado consagrado en la ley, sino que deben seguir un proceso criminal como si de

cualquier tipo de agresión se tratara.

Esta situación espera ser corregida en un futuro temprano, a través de un proyecto de ley que hoy se discute en el Parlamento, que consagra las uniones civiles entre homosexuales, considerando a la pareja homosexual como una forma de familia y entregándoles determinados derechos, entre los que expresamente se incluye el de hacer aplicable a su respecto las normas sobre violencia intrafamiliar.

3. La protección internacional contra la discriminación

Junto a los notables avances producidos durante el siglo XX, en los ámbitos científico, social y cultural, en torno a combatir toda forma de discriminación en contra de las minorías sexuales, en el campo del Derecho también se han realizado muchos progresos, los cuales han provenido fundamentalmente de la adopción de numerosos acuerdos internacionales que contienen normas «antidiscriminación», los que tienden a buscar un sistema cada vez más amplio y perfecto de protección y consagración práctica de los Derechos Humanos.

A continuación nos referiremos justamente a estos acuerdos, para lo

cual distinguiremos entre aquellos que consagran normas generales sobre igualdad y no discriminación, y los que contienen normas específicas referidas a la protección de las minorías sexuales.

3.1. Acuerdos que contienen disposiciones generales sobre igualdad y no discriminación que pueden ser aplicadas a las minorías sexuales:

3.1.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos

Adoptada y proclamada por resolución de la Asamblea General 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es sin duda el instrumento más importante del sistema de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que inspira a todo el resto de acuerdos adoptados en el marco de dicho organismo y referidos a la protección de los Derechos Humanos. En ella claramente se establece, por su artículo 2º, que los Derechos contenidos en su texto se encuentran garantizados para todas las personas, sin que pueda mediar distinción alguna entre ellas.

Señala la mentada disposición: «Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción

alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición».⁷¹

Más adelante la Declaración agrega: «Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.»⁷²

Aún cuando no se disponga expresamente dentro de los supuestos contenidos en el encabezado del artículo 2º, la no discriminación por motivos de orientación sexual, pensamos que ésta de todas formas se debe entender comprendida dentro de los derechos garantidos por la Declaración, en cuanto dicha enumeración posee un carácter genérico, meramente enunciativo, según se desprende del uso de la alocución «cualquier otra índole», con que finaliza la enumeración.

⁷¹ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, «*Declaración Universal de los Derechos Humanos*», de 10 de diciembre de 1948, artículo 2.

⁷² *Ibíd.*, artículo 7.

3.1.2. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos

Adoptado por la Asamblea General mediante resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, y entrado en vigor el 23 de marzo de 1976, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, junto a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conforman los tres vértices sobre los cuales se erige el edificio de la protección universal a los Derechos Humanos en el ámbito de las Naciones Unidas. Nuestro país lo ratificó el 10 de febrero de 1972.

Como señalan PALACIOS⁷³ y CUVI⁷⁴, la columna vertebral de los derechos consagrados mediante este Pacto se encuentra asentada en el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de no discriminación, los cuales, a decir de CUVI, «se extienden como una marea roja»⁷⁵ a lo largo de todo él.

⁷³ PALACIOS, p. 105

⁷⁴ CUVI, p. 42.

⁷⁵ CUVI, p. 42.

En efecto, salvo escasas excepciones, el Pacto garantiza los derechos contenidos en él a todos los individuos, sin hacer distinción alguna entre ellos. Así en el artículo 2º se establece que cada uno de los Estados Partes «se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.»⁷⁶

Más adelante el artículo 26 agrega: «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.»⁷⁷

⁷⁶ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, «*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*», de 16 de diciembre de 1966, artículo 2.

⁷⁷ *Ibíd.*, artículo 26.

— **Carácter autónomo de los artículos 2 y 26**

Se ha discutido mucho en cuanto a si lo dispuesto en el artículo 26 del Pacto es una mera reiteración de lo señalado por el artículo 2º, o si su ámbito de aplicación sería distinto de aquel.

Sobre el particular, en primer lugar debemos señalar que el actual artículo 26 no formaba parte del Proyecto que sirvió de base a la discusión sobre el Pacto, y que él fue incluido a instancia de las delegaciones provenientes de Asia y de otros países del Tercer Mundo, y en principio no contó con el apoyo del mundo occidental, por considerarse que lo dispuesto por el artículo 2 bastaba como consagración del principio de igualdad. No obstante, en definitiva primó la tesis oriental y el artículo 26 fue incluido en la redacción final de este instrumento.⁷⁸

Al respecto señala PALACIOS: «Esta disposición (el artículo 26) contempla tanto la igualdad ante la ley como la igual protección de la ley o igualdad en la ley. Recordemos que éste se refiere a la obligación del legislador de abstenerse de dictar normas generales que discriminan y de

⁷⁸ Cfr. PALACIOS, p. 125.

asegurarse de dictar normas legales que protegen contra la discriminación, mientras que aquella se refiere a la prohibición de trato discriminatorio en la aplicación de la ley.»⁷⁹

En jurisprudencia reiterada, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, órgano al cual incumbe la aplicación de lo estatuido en el Pacto, ha señalado que las normas contenidas en el artículo 2 y 26 de dicho instrumento son autónomas entre sí, lo que quiere decir, que sus ámbitos de aplicación son diversos. Así, mientras el artículo 2 consagra la igualdad y no discriminación en cuanto a los Derechos garantidos por el Pacto mismo, el artículo 26 se referiría a la igualdad en el goce y ejercicio de los derechos que no se encuentran específicamente contenidos en el Pacto.⁸⁰

— El concepto de discriminación

Al igual que ocurre con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos no contiene una definición de aquello que deberá entenderse por discriminación. No obstante, el Comité ha elaborado un concepto que ha sido profusamente

⁷⁹ PALACIOS, pp. 125-126

utilizado en sus decisiones, y para elaborar el cual se sirvió como antecedente de lo dispuesto por el artículo 1º de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y por el artículo 1º de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. De acuerdo con esto, el término discriminación debe entenderse como: «toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.»⁸¹

No obstante, no toda distinción sólo por el hecho de ser tal se transforma en discriminación prohibida por el Pacto. Para serlo, es menester que ella sea arbitraria, es decir, que no se base en criterios objetivos y

⁸⁰ CUVI, pp. 43-44; PALACIOS, pp. 126 y SS.

razonables, situación que deberá evaluarse caso a caso de acuerdo al mérito de los antecedentes particulares.⁸²

– Discriminación y orientación sexual en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos

Como se deriva de la sola lectura del Pacto, la orientación sexual no se menciona expresamente como uno de los motivos prohibidos de discriminación. No obstante, los autores coinciden en afirmar que la exposición de motivos en este caso es meramente enunciativa, y que bajo estos preceptos es posible incluir también otras formas de discriminación, toda vez que la enumeración culmina con la frase «cualquier otra condición social».⁸³ Y en este sentido lo ha entendido también el Comité de Derechos Humanos.⁸⁴

Ahora bien, no obstante que pese a no estar incluido, el motivo de orientación sexual podría entenderse comprendido en «cualquier otra

⁸¹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, Comentario General n° 18, 11 de septiembre de 1989. Citado por PALACIOS, p. 18.

⁸² Cfr. CUVI., p. 46.

⁸³ Cfr. PALACIOS, p 130.

⁸⁴ CUVI, p. 57

condición social» de que habla el artículo 26, el Comité conociendo de una reclamación dirigida por Nicholas Toonen en 1994 contra el Gobierno de Tasmania, por violación a la privacidad y por discriminación, concluyó que la orientación sexual no requería ser incluida como categoría especial, sino que ella se encontraba subsumida bajo la discriminación por «sexo» que se haya específicamente establecida en el Pacto.⁸⁵

3.1.3. La Convención Europea sobre Derechos Humanos

La Convención Europea para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales, adoptada en Roma, el 4 de enero de 1950, posee un catálogo de derechos garantizados muy similar al del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, cuestión comprensible si se toma en cuenta que ambos instrumentos fueron redactados sobre la base de un mismo proyecto de Convención.

En el artículo 14 de dicho instrumento, se consagra expresamente el Derecho a la no discriminación, aún cuando esta disposición es más parecida al artículo 2 que al 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos,

⁸⁵ Para un completo estudio del caso Toonen contra Tasmania, vid. CUVI, pp. 56 y SS y

puesto que limita la protección a únicamente los derechos garantizados expresamente por su texto, sin que se pueda ella extender a otros casos.

Señala la disposición: «El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la presente Convención debe ser asegurado, sin distinción alguna fundada sobre el sexo, la raza, el color, la lengua, las opiniones políticas, la religión, la pertenencia a una minoría nacional, la fortuna o toda otra situación».⁸⁶

Así entonces, para que se pueda invocar un caso de discriminación, no basta con que se haya trasgredido lo dispuesto por el artículo 14, sino que además la violación debe estar relacionada con alguno de los derechos garantizados en los otros artículos de la Convención.

— Concepto de discriminación

Al igual que los instrumentos vistos precedentemente, la Convención Europea en el artículo 14 no define aquello que deberá entenderse por discriminación.

PALACIOS, pp. 209 y SS.

⁸⁶ La Convención Europea para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales, artículo 14.

No obstante, la labor jurisprudencial de la Corte Europea de Derechos Humanos a través de diversas sentencias ha establecido que, a los efectos del artículo 14, no toda distinción puede considerarse *per se* como un acto de discriminación, sino que sólo lo será cuando ella no tenga una justificación «objetiva y razonable». Así, en una sentencia del año 2002 la Corte ha señalado:

«Para los propósitos del artículo 14 una diferencia de tratamiento entre personas que se encuentran en situaciones análogas o relevantemente similares es discriminatoria si no tiene una justificación objetiva y razonable, esto es, si no persigue un fin legítimo o si no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin a ser alcanzado. Más aún, las partes contratantes (Estados) gozan de un margen de apreciación en determinar si, y hasta que punto, las diferencias en situaciones similares justifican un trato diferente».⁸⁷

⁸⁷ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, caso Pretty v. el Reino Unido, sentencia de 29 de abril de 2002.

– Discriminación y orientación sexual en la Convención Europea de Derechos Humanos

Entre los presupuestos de discriminación contemplados por el artículo 14 de la Convención, no aparece mencionada aquella producida por motivos de orientación sexual de los sujetos. Sin embargo, como en otros instrumentos, dicha enumeración de motivos de prohibición posee un carácter meramente enunciativo y no taxativo. Así, la orientación sexual puede constituirse en «cualquier otro motivo», como se establece en el precepto.

De este modo lo ha entendido la Corte Europea, en cuanto conociendo del caso *Salgueiro v. Portugal*, estimó que la orientación sexual es un concepto que «se encuentra indudablemente comprendido por el artículo 14 de la Convención. La Corte reitera que la lista establecida en esa norma es ilustrativa y no taxativa., como se demuestra por las palabras “*any ground such as*”». ⁸⁸ Es decir, en este caso la Corte, a diferencia de lo que ha resuelto el Comité de Derechos Humanos en el ámbito de Naciones Unidas,

⁸⁸ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Salgueiro v. Portugal*, sentencia de 21 de diciembre de 1999.

ha considerado que la orientación sexual se encuentra comprendida en el tipo amplio establecido por el precepto y no es una categoría especial dentro de la prohibición por motivos de sexo.

3.1.4. La Convención Americana sobre Derechos Humanos

Adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, y en vigencia desde el 18 de julio de 1978, la Convención Americana sobre Derechos Humanos posee en los artículos 1 y 24 una consagración de los principios de igualdad y no discriminación muy similar a la existente en los artículos 2 y 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, aún cuando en el artículo 24 no se determinan los motivos prohibidos de discriminación.

Establecen dichas disposiciones:

Artículo 1: «Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión,

opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.»⁸⁹

Artículo 24: «Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.»⁹⁰

– Concepto de discriminación

Siguiendo la tónica de los instrumentos analizados, la Convención Americana de Derechos Humanos tampoco otorga un concepto de discriminación. Además, éste nunca ha sido caracterizado mediante la labor jurisprudencial de la Corte Interamericana, aún cuando dicho organismo si ha interpretado las normas referidas.

Sobre el particular, la Corte Interamericana ha señalado que existe trasgresión a los principios de libertad y no discriminación en «toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate

⁸⁹ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, «Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)», de 22 de noviembre de 1969, artículo 1.1

⁹⁰ *Ibíd.*, artículo 24.

con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de los derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se corresponden con su única e idéntica naturaleza».⁹¹

No obstante, al igual que ha concluido la Corte Europea, la Corte Interamericana ha considerado que no toda distinción puede ser considerada un acto discriminatorio, sino que sólo lo serán aquellos actos que no respondan a criterios de justificación objetiva y razonable.⁹²

3.1.5. Otros instrumentos

Además de los analizados precedentemente, existen otros instrumentos internacionales que contienen normas que prohíben la discriminación:

- ❖ **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, cuyo artículo 2º dispone: «Los Estados partes en el presente pacto se comprometen a

⁹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC 4/84, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, de 19 de enero de 1984

garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna 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 social».

- ❖ **Carta Democrática Interamericana**, la cual sostiene en su artículo 4º que: «El fortalecimiento de la democracia requiere de transparencia, probidad, responsabilidad y rendición de cuentas; eficacia en el ejercicio del poder público, y respeto y por promoción de los derechos sociales, libertad de prensa, así como del desarrollo económico y social humanos, y erradicación de la pobreza crítica y de toda forma de discriminación».

⁹² *Ibíd.*

3.2. Acuerdos que contienen disposiciones sobre igualdad y no discriminación aplicables específicamente a las minorías sexuales

Además de los acuerdos generales⁹³, que garantizan a todas las personas, y sin distinción alguna, la igualdad ante la ley y la prohibición de realizar discriminaciones arbitrarias, los cuales obviamente también son aplicables a las minorías sexuales, existen otras normas internacionales que han sido establecidas específicamente para proteger a las personas por su orientación sexual. Las principales de estas protecciones son:

3.2.1. En el marco de la Organización de Naciones Unidas

— Labor de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Con el objetivo de coordinar los programas de las Naciones Unidas en materia de Derechos Humanos y promover su respeto universal, el 20 de diciembre de 1993, la Asamblea General decidió en la resolución 48/141, por votación unánime, crear el cargo de Alto Comisionado de Derechos Humanos, cuyo mandato dimana de los artículos 1, 13 y 55 de la Carta de

las Naciones Unidas; de la Declaración y Programa de Acción de Viena y de la resolución antes citada.

Esta Oficina se fusionó el 15 de septiembre de 1997 con el Centro de Derechos Humanos formando una sola entidad para atender mejor las cuestiones de derechos humanos, de acuerdo al programa de reforma de las Naciones Unidas de Kofi Annan.

Entre los mandatos de este organismo se encuentran los de promover la cooperación internacional, estimular y coordinar las actividades del Sistema de Naciones Unidas de Derechos Humanos y ayudar al desarrollo de nuevas normas y la ratificación de tratados relativos al tema, además de responder a violaciones graves de derechos humanos y tomar medidas para prevenir que otras nuevas ocurran.

A partir de junio del 2001 la Oficina del Alto Comisionado puso en marcha diversos mecanismos que tienen por finalidad el recabar a través de todo el mundo denuncias sobre discriminaciones por orientación sexual, con el objetivo de definir las sanciones contra los Estados que no respeten los derechos de las minorías sexuales.

⁹³ Vid. Supra, Capítulo III, 3.1

– Labor del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas, encargado de velar por la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, se refiere en su Observación General 14, de diciembre del 2000, sobre «El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud» (artículo 12 del Pacto), a la no discriminación por razones de orientación sexual.

Dice el Párrafo 18 del documento: «...el Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o posición social, situación económica, lugar de nacimiento, impedimentos físicos o mentales, estado de salud (incluidos el VIH/SIDA), orientación sexual y situación política, social o de otra índole que tengan por objeto o por resultado la

invalidación o el menoscabo de la igualdad de goce o el ejercicio del derecho a la salud ...».⁹⁴

Igualmente, en el párrafo 3 de la Observación se señala que el derecho a la salud está estrechamente ligado al ejercicio de otros Derechos Humanos y que depende de esos derechos; entre los cuales se encuentran el de la no discriminación y la igualdad. Así mismo se define que el derecho a la salud contiene libertades y derechos, «entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales»⁹⁵. En el párrafo 34 se declara la obligación de los Estados de respetar el derecho a la salud, no imponiendo prácticas discriminatorias como políticas de Estado: «En particular, los Estados tienen la obligación de respetar el derecho a la salud, en particular absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluido, los presos o detenidos, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o los

⁹⁴ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES DE NACIONES UNIDAS, «Observación n° 14», de diciembre del 2000

inmigrantes ilegales, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos; abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado; y abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer».⁹⁶

Por otro lado, como se señala en el Proyecto de Ley de Fomento de la No Discriminación y Contrato de Unión Civil Entre Personas del Mismo Sexo, que hoy se discute en nuestro Parlamento, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU se ha pronunciado en forma favorable a todos los intentos que países como Holanda y Suecia, han impulsado con el objeto de explicitar legalmente la no discriminación contra las minorías sexuales.

Además dicho organismo dio su beneplácito a la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, celebrada en Durban en 2001, la cual condenó expresamente la homofobia.

⁹⁵ *Ibíd.*

⁹⁶ *Ibíd.*

En este último evento el representante de Ecuador, hablando también a nombre de Chile, Brasil, Canadá y Guatemala, manifestó lo siguiente:

«Muchos precedentes dentro del sistema de las Naciones Unidas establecen que la orientación sexual es una cuestión de derechos humanos. Tales precedentes se basan en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), en la que se proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (Art. 1), y son respaldados por el principio de la Declaración Universal de Derechos Humanos de que los derechos humanos son indivisibles. También se basan en la Declaración de Santiago de la Conferencia Preparatoria Regional para las Américas. La universalidad de los derechos humanos se hace efectiva haciendo frente a los abusos y protegiendo a las víctimas de la discriminación. Estos precedentes muestran que las Naciones Unidas ya reconocen que la orientación sexual es una cuestión de derechos humanos. En este contexto, subrayamos los progresos realizados en materia de derechos humanos en el plano internacional, que establecen los principios de no discriminación y de igualdad sin distinciones de ningún tipo.

»En esta Conferencia, una delegación, apoyada por varias

delegaciones más, manifestó en términos inequívocos que la orientación sexual es un aspecto de la realidad humana del que no se puede seguir haciendo caso omiso y que requiere un análisis, una discusión y un debate más a fondo para contribuir al desarrollo de un consenso mundial sobre la cuestión.

»Por consiguiente, las delegaciones del Ecuador, el Brasil, Chile, el Canadá y Guatemala reafirman la importancia del fortalecimiento y la promoción de los derechos humanos y de la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, así como del desarrollo, la aplicación y el perfeccionamiento de políticas y programas concretos para hacer frente de manera eficaz a una forma grave de discriminación múltiple, que se produce cuando el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia coinciden con la discriminación basada en la orientación sexual.»⁹⁷

⁹⁷ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, «Informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia», Durban, 2001

3.2.2. Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea

En el artículo 13 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, cuyo texto actual fue introducido por el Tratado de Ámsterdam, de 1997, se dispone expresamente como una de las facultades del Consejo Europeo el adoptar medidas en contra de las discriminaciones realizadas con motivo de la orientación sexual de las personas.

Dice la norma: «Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicción, discapacidad, edad u orientación sexual»⁹⁸.

⁹⁸ UNIÓN EUROPEA, «*Tratado Constitutivo de la comunidad Europea*», artículo 13.

3.2.3. Declaración Sociolaboral del MERCOSUR

En la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR, firmada en Río de Janeiro el 10 de diciembre de 1998, se garantiza el derecho de los trabajadores a no ser discriminados con objeto de su orientación sexual.

Al respecto señala el artículo 1° de la Declaración: «Todo trabajador tiene garantizada la igualdad efectiva de derechos, tratamiento y oportunidad en el empleo y ocupación, sin distinción o exclusión por motivo de raza, origen nacional, color, sexo u orientación sexual, edad, credo, opinión política o sindical, ideológica, posición económica o cualquier otra condición social o familiar, en conformidad con la disposiciones legales vigentes».⁹⁹

3.2.4. Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos

En la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, firmada en Guayaquil el 6 de julio de 2002, Bolivia, Colombia,

⁹⁹ MERCADO COMÚN DEL SUR, «*Declaración Sociolaboral*», 10 diciembre de 1998, artículo 1.

Ecuador, Perú y Venezuela se comprometen a combatir cualquier forma de intolerancia o exclusión fundada en motivos de orientación sexual.

En dicho instrumento se señala que los países suscriptores: «reafirman su decisión de combatir toda forma de racismo, discriminación, xenofobia y cualquier forma de intolerancia o de exclusión en contra de individuos o colectividades por razones de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política, nacionalidad, orientación sexual, condición migratoria y por cualquier otra condición; y, deciden promover legislaciones nacionales que penalicen la discriminación racial».¹⁰⁰

¹⁰⁰ PACTO ANDINO, «Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos», julio de 2002, artículo 10.

CAPÍTULO III: UNIONES DE HECHO Y HOMOSEXUALIDAD

1. Matrimonio, concubinato y unión de hecho: concepto

Desde las edades más arcaicas el hombre ha sentido la necesidad de vivir en comunidad, agrupándose con otros individuos de su especie en orden a la consecución de objetivos comunes. Dentro de estas formas de agrupación comunitaria, la base o núcleo fundamental desde siempre lo ha constituido la familia, la cual, entre otras, tiene por misión servir para la perpetuación de la especie humana.

Ya en el siglo IV AC ARISTÓTELES definió a la familia como una «convivencia querida por la naturaleza misma para los actos de la vida cotidiana», destacando en la *Ética a Nicómaco* que esta institución no es una creación antojadiza del Estado o la sociedad, sino que tiene su base en la propia naturaleza, en orden al cumplimiento del fin para el cual es

querida o exigida: la conservación de la vida, bien por satisfacción de necesidades físicas y espirituales, o bien por engendrar y educar a nuevas generaciones. Así afirma el estagirita, que por ser el hombre esencialmente un «animal político», se siente inclinado naturalmente hacia la reproducción y la conservación, cuestión que los lleva a vivir unidos (sólo los dioses o los animales pueden vivir aislados), primero en la familia, luego en la aldea (unión de varias familias) y finalmente en la Polis o ciudad-estado.

Al ser considerada la familia el núcleo básico de toda construcción social –al punto tal de decirse que donde no existe familia, no existe sociedad–, su regulación se ha transformado en una de las piedras fundamentales sobre la cual se ha construido el edificio de todo el Derecho Civil, junto a la propiedad privada y la libertad contractual.¹⁰¹

Para el Derecho, la base de la familia se encuentra en el matrimonio, el cual constituye la institucionalización de las relaciones que tienen por base la unión intersexual. Dicha institucionalización –de la unión entre un hombre y una mujer–, se logra en virtud de un acto jurídico, es decir, un

¹⁰¹ Cfr. MARTINIC GALETOVIC, María Dora & WEINSTEIN WEINSTEIN, Graciela, «Concubinato y uniones de hecho», Apuntes de Clase, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 193

acto voluntario, lícito, que tiene por fin inmediato establecer las relaciones jurídicas conyugales. Así entonces, «la unión entre un hombre y una mujer contraída en conformidad a la ley da origen a la familia legítima, que el ordenamiento jurídico regula minuciosamente en lo relativo a su constitución y efectos personales y patrimoniales».¹⁰²

Frente a estas uniones matrimoniales legítimamente constituidas, también se dan en la realidad social situaciones en las cuales un hombre y una mujer conviven en circunstancias que de facto se asemejan a la familia legítima, en cuanto tienen hijos, adquieren compromisos y bienes, ejecutan actos, contraen obligaciones, etc.; pero ello lo hacen al margen de la normativa jurídica, pues esta unión no ha sido previamente legitimada mediante el vínculo matrimonial –pese a que, en la práctica, este hombre y esta mujer aparezcan y se comporten como si se encontraran en el seno de una familia legítima–. Dichas situaciones también son objeto de una regulación por el Derecho, aún cuando sus efectos no cuentan con un grado de sistematización tan orgánico como el que se le otorga a la familia legal.

¹⁰² Martinic & Weinstein, Ob. Cit., p. 193.

A estas formas de unión familiar no legítima, es a aquello en lo que, en nuestro ordenamiento, se ha venido en denominar «concubinato»¹⁰³.

Etimológicamente el término «concubinato» se lo hace derivar del vocablo latín *concupinatus*, que quiere decir «comunidad de lecho» (de *cum*: con y *cupare*: acostarse), locución que evoca de manera evidente la idea de relaciones sexuales mantenidas fuera del matrimonio.¹⁰⁴

En doctrina el concubinato ha sido definido de diferentes formas.¹⁰⁵ Así para Graciela MEDINA es «la unión libre de un hombre y una mujer que, sin estar unidos por el matrimonio, mantienen una comunidad de habitación y de vida, de modo similar a la que existe entre los cónyuges».¹⁰⁶

¹⁰³ Aún cuando el término concubinato hoy en día ha ido siendo abandonado, debido fundamentalmente al sentido peyorativo que él posee, hemos preferido mantener en este trabajo su uso, ya que es la forma tradicionalmente usada en nuestra legislación para tratar esta clase relaciones y también para diferenciarlas de las uniones de hecho homosexuales, objeto actual de nuestro estudio.

¹⁰⁴ Cfr. ALCAÍNO TORRES, Rodrigo «*Proyecciones de las Uniones Extramatrimoniales en el Derecho Civil*», Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad Gabriela Mistral. Profesor Guía: Claudia Schmidt Hott. 1995, p. 4.

¹⁰⁵ Para un completo catálogo de definiciones del concubinato, vid. BENQUIS MONARES, Jacqueline, «*El Concubinato*», Memoria de Prueba, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1991. Profesor guía: Fernando Fueyo, pp. 15 y SS.

¹⁰⁶ MEDINA, Graciela «*Uniones de Hecho Homosexuales*», Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2001, p. 38.

Para Manuel SOMARRIVA, es «la unión de un hombre y de una mujer que mantienen relaciones sexuales y que comparten una vida en común».¹⁰⁷

Para MARTINIC Y WEINSTEIN –quienes prefieren no usar el término concubinato, sino unión conyugal de hecho– esta situación se da «cuando hay una comunidad de lecho, mesa y techo, asidua y duradera y en donde la vida de la pareja se desarrolla a los ojos de los demás como si se tratara de un verdadero matrimonio»¹⁰⁸.

Por su parte, nuestros Tribunales han aceptado la definición dada por Federico PUIG PEÑA, para quien el concubinato es «la unión duradera y estable de dos personas de sexo opuesto, que hacen vida marital con todas las apariencias de un matrimonio legítimo».¹⁰⁹

De las definiciones antes transcritas se colige que los elementos que caracterizan al concubinato son:

- a. La heterosexualidad (que los miembros de la pareja sean de distinto sexo: hombre-mujer);

¹⁰⁷ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, «*Derecho de Familia*», 2ª Edición, Ediar Editores, Santiago, Chile, 1983, T. I, p. 169.

¹⁰⁸ MARTINIC & WEINSTEIN, Ob. Cit., p. 195.

- b. La permanencia y estabilidad (lo que le diferencia de las uniones temporales o pasajeras);
- c. La cohabitación y comunidad de vida (es decir, se exige la comunidad de lecho –que haya relaciones sexuales entre la pareja– aunque no existe acuerdo respecto a si también es necesaria la comunidad de techo –que vivan juntos–);
- d. La publicidad (que la relación trascienda la órbita estrictamente privada y que se haga pública, dando la apariencia de tratarse de una unión marital); y
- e. Que la unión sea libre y espontánea (es decir, que la relación no esté sujeta al cumplimiento de determinadas formalidades legales para su inicio y término, porque si no pasaría a ser matrimonio).

¹⁰⁹ Citado por RAMOS PAZOS, René, «*Derecho de Familia*», 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2000, T. II, p. 594.

Como podemos observar, para que el concubinato pueda tener determinados efectos jurídicos, habitualmente se exige que él sea análogo al matrimonio, o sea, que se trate de una especie de «matrimonio de hecho», al cual sólo le falten las solemnidades exigidas por la ley para transformarse en un matrimonio perfecto. Claramente quedan fuera las uniones homosexuales, por cuanto ellas nunca podrían llegar a transformarse en matrimonio debido a que es un requisito de la esencia de éste el que los contrayentes sean un hombre y una mujer, al menos en legislaciones como la nuestra, que no aceptan los matrimonios entre homosexuales.¹¹⁰

En atención a lo anterior, en este trabajo nosotros hemos preferido reservar el uso del vocablo *concubinato*, para referirnos exclusivamente a las uniones extramatrimoniales entre heterosexuales, y para significar aquellas uniones realizadas entre personas de igual sexo, utilizaremos el término «*unión de hecho homosexual*» o simplemente «*unión de hecho*» la cual puede ser definida como: «uniones de dos personas del mismo sexo

¹¹⁰ En este sentido vid. MARTINIC & WEINSTEIN, Ob. Cit. p.196; RAMOS PAZOS, Ob. Cit. p. 594; ALCAÍNO TORRES, Ob. Cit. p. 16;

que mantienen una comunidad estable de habitación y de vida que es conocida públicamente».¹¹¹

2. Diferencias entre la unión de hecho homosexual y el concubinato

En términos generales, es posible afirmar que entre la unión de hecho homosexual y el concubinato existen bastantes similitudes, compartiendo entre ellas elementos que les son comunes y que veremos más adelante (convivencia, estabilidad, publicidad, etc.). No obstante, existen algunos aspectos en los cuales ambos tipos de relaciones difieren ostensiblemente, siendo los principales¹¹²:

- a. Como ya hemos destacado, el concubinato exige heterosexualidad en la pareja –que sea un hombre y una mujer–, y la unión de hecho se caracteriza porque sus componentes pertenecen al mismo sexo –pudiendo ser indistintamente dos gays o dos lesbianas–.

¹¹¹ MEDINA, «Uniones de Hecho Homosexuales», p. 55.

¹¹² Cfr. MEDINA, «Uniones de Hecho Homosexuales», pp. 39-41

- b. A diferencia de las parejas unidas en concubinato, las parejas homosexuales no pueden engendrar hijos biológicos nacidos de la relación común entre ambos miembros.
- c. Además de no poder engendrar hijos propios, la pareja homosexual se encuentra imposibilitada para criar y educar niños con los roles diferenciados de progenitor masculino y femenino, razón por la que en muchos de los países en que se aceptan este tipo de uniones, sin embargo se les niega la posibilidad de adoptar o de tener hijos mediante fertilización asistida.
- d. A diferencia de lo que ocurre con las parejas heterosexuales, en que habitualmente el motivo de no contraer matrimonio se encuentra en una decisión libre de los concubinos, sin que nada les impida casarse, en el caso de los homosexuales en la mayoría de los países el matrimonio les está

vedado, razón por la que la unión de hecho es la única salida jurídica de reconocimiento a su relación.

3. Elementos característicos de la unión de hecho homosexual

Aún cuando la comunidad de hecho homosexual difiere del concubinato heterosexual, ambas instituciones presentan entre si algunos elementos que comparten; es por eso que a continuación, el estudio de las características de la unión de hecho lo dividiremos en:

- ❖ Características comunes entre unión de hecho y concubinato; y
- ❖ Características exclusivas de la unión de hecho

3.1. Características comunes entre unión de hecho y concubinato

Unión de hecho y concubinato comparten entre si, *mutatis mutandi*, las siguientes características necesarias para que se configuren:

- ❖ Cohabitación
- ❖ Notoriedad

❖ Singularidad

❖ Permanencia y estabilidad

3.1.1. Cohabitación, comunidad de vida y de lecho

De acuerdo a la acepción dada por el Diccionario de la Real Academia, cohabitar significa: «habitar conjuntamente con otra u otras personas. Hacer vida marital».

La cohabitación es una de las características principales que distingue a la unión de hecho homosexual y al concubinato, de otras formas de relación entre individuos (como los amigos, los simples amantes, etc.), la cual implica a su vez dos elementos:

a. Comunidad de vida y

b. Comunidad de lecho

— Comunidad de vida

Aún cuando el criterio no es unánime, para un importante sector de la doctrina no puede haber concubinato, y tampoco unión de hecho, si los componentes de la pareja no cuentan con un hogar común, que comparten y

cohabitan, es decir, si no existe comunidad de techo.¹¹³

No obstante, esta exigencia en modo alguno significa que los convivientes deban estar permanentemente viviendo en el mismo hogar, puesto que al igual que ocurre con el matrimonio, pueden existir situaciones en las cuales uno de los convivientes deba trasladarse temporalmente a vivir a otro sitio, sin que con ello se entienda extinguida la unión, al menos no mientras persista el ánimo de cohabitación entre ambos sujetos.

Pero la comunidad de vida no sólo implica la comunidad de techo, sino que también ella supone una vida en pareja entre los convivientes, lo cual determina que estos compartan todos aquellos aspectos que poseen cierta relevancia para el Derecho y que exigen una solución por parte de éste, como los derechos sucesorios, responsabilidad solidaria ante los proveedores del hogar común, etc., es decir, todas aquellas situaciones que en la vida íntima son comunes a los cónyuges.¹¹⁴

¹¹³ Cfr. ALCAÍNO, p. 21; BENQUIS, p. 28; MEDINA, «*Uniones de Hecho Homosexuales*», p. 42 y SS; BOSSERT, Gustavo A., «*Régimen Jurídico del Concubinato*», Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1982, pp. 39-40. En sentido distinto se manifiestan Martinic & Weinstein, para quienes basta con que la relación sea pública y que frente a la comunidad tenga la apariencia de ser un matrimonio, sin que sea menester el que la pareja viva junta bajo el mismo techo (MARTINIC & WEINSTEIN, p. 196-197)

¹¹⁴ BOSSERT, p. 39.

— Comunidad de lecho

No basta con que exista una comunidad de vida y techo entre dos sujetos para que pueda hablarse de una unión de hecho homosexual, además es necesario que exista una *comunidad de lecho*, es decir, que entre los miembros de la pareja se lleven a cabo relaciones sexuales, o, a lo menos, que haya una apariencia de que éstas tienen lugar, dado el modo íntimo en que los sujetos comparten su vida. Si no existe comunidad de lecho podrá haber entre los sujetos una amistad, compañerismo u otro tipo de relación, pero no una unión de hecho homosexual.¹¹⁵

No obstante, «el significado de “comunidad de lecho” debe reducirse estrictamente a lo enunciado; es decir, la cohabitación de los concubinos implicará que ellos mantienen relaciones sexuales o aparentan mantenerlas, sin perjuicio de que en los hechos haya cesado la relación sexual entre ellos».¹¹⁶

¹¹⁵ En este sentido, Cfr. BOSSERT, p. 40; MARTINIC & WEINSTEIN, p. 196; BENQUIS, p. 27-28; MEDINA, «Uniones de Hecho Homosexuales», pp. 42 y SS.

¹¹⁶ BOSSERT, p. 40.

3.1.2. Notoriedad

Para que podamos hablar de una verdadera unión de hecho entre homosexuales, es menester que la relación de la pareja trascienda los ámbitos estrictamente privados o clandestinos, y se presente frente a la comunidad abiertamente; es decir, que los convivientes sean reconocidos socialmente como pareja, aún cuando es posible que dicha relación externamente no sea todo lo notoria que puede llegar a ser el concubinato heterosexual, debido a los estigmas sociales que aún sufre la homosexualidad, y que muchas veces lleva a la pareja homosexual a tratar de «no llamar la atención».

3.1.3. Singularidad y aparente fidelidad recíproca

Para que exista una unión de hecho, capaz de producir efectos jurídicos, es menester que la pareja sea fiel y haya singularidad en la relación.

De acuerdo a esto, se exige que la unión de hecho homosexual reúna todos los requisitos que le son propios dentro de una relación monogámica, o sea, no se podría invocar la existencia de una unión de hecho cuando las

circunstancias que la caracterizan se dan respecto de uno o ambos miembros de la pareja con dos o más personas. Al respecto apunta MEDINA: «ello implica que no serán uniones homosexuales las existentes entre tres personas del mismo signo sexual, ni tampoco lo serán si se mantienen varias uniones al mismo tiempo, dado que lo que caracteriza a esta forma de vida es su unicidad, su exclusividad, que no se encuentra presente cuando se mantienen varias relaciones al mismo tiempo o cuando se unen más de una persona en comunidad».¹¹⁷

No obstante, lo anterior no significa que la unión vaya a verse destruida por el sólo hecho de que uno de los miembros de la pareja mantenga una relación momentánea con un tercero, quebrantando su deber de fidelidad. Una opinión distinta acarrearía a las uniones de hecho un alto grado de precariedad, toda vez que podrían utilizarse circunstancias ajenas al contenido general del vínculo para evitar los efectos jurídicos que de ella pudieran derivar. Aún cuando, el hecho sólo de la infidelidad puede tener

¹¹⁷ MEDINA, «Uniones de Hecho Homosexuales», p. 46.

en si algunas consecuencias jurídicas propias, como por ejemplo la revocación de donaciones.¹¹⁸

3.1.4. Permanencia y estabilidad

Como ya hemos destacado anteriormente, no basta una relación esporádica o efímera para que se configuren los requisitos necesarios de la unión de hecho, sino que es menester que ella se prolongue por un lapso considerable de tiempo, ya que es esa la principal razón por la cual al Derecho le importa regular este tipo de relaciones.

Se ha señalado respecto del concubinato –lo que creemos también se hace aplicable a las uniones de hecho homosexuales– que éste «excluye toda idea de relación carnal accidental o meramente circunstancial. La permanencia en las relaciones, la asiduidad en la aproximación, son elementos y factores esenciales para su integración. El encuentro fortuito, la coincidencia momentánea o, incluso, el pequeño período de convivencia, son ineficaces para configurar una unión extramatrimonial relevante

¹¹⁸ MEDINA, «Uniones de Hecho Homosexuales», p. 46

jurídicamente. En estas últimas relaciones, falta un elemento anímico que da el tono afectivo del concubinato».¹¹⁹

Ahora bien, la determinación de cuánto es el tiempo necesario de permanencia de una relación para afirmar que se está en presencia de una verdadera unión de hecho, es algo que dependerá de la forma en que el Derecho regule esta institución. Así, si la ley lo establece claramente, habrá que estar a lo por ella dispuesto. Sin embargo, en todos aquellos casos en que la ley nada diga al respecto, la fijación del requisito temporal deberá quedar entregada a los tribunales de justicia, quienes deberán hacer una evaluación caso a caso de acuerdo al mérito de los antecedentes.

3.1.5. Ausencia de solemnidades

Tanto la unión de hecho como el concubinato son relaciones de pareja libres y espontáneas, que no requieren del cumplimiento de solemnidades ni para su constitución, ni para su desarrollo, ni para su término¹²⁰. Al menos no de las estrictas solemnidades exigidas para constituir matrimonio; aún cuando en algunas legislaciones, como la

¹¹⁹ ALCAINO, p.20

danesa, en que existe el sistema de registro de la unión homosexual, es menester cumplir determinadas formalidades para invocar la protección jurídica para la relación.

3.2. Características exclusivas de la unión de hecho homosexual

La unión de hecho homosexual presenta las siguientes características que le son propias y que la configuran como tal:

- ❖ Homosexualidad de la relación
- ❖ Imposibilidad de engendrar hijos comunes y colaborar a la continuación de la especie
- ❖ Incapacidad para transmitir los roles paterno y materno por medio de la educación

3.2.1. Homosexualidad de la relación

Aunque parezca de perogrullo, es menester señalar que para que exista unión de hecho, las circunstancias de cohabitación, notoriedad, singularidad, permanencia y estabilidad se deben dar en una pareja cuyos

¹²⁰ Cfr. MARTINIC & WEINSTEIN, p. 199

miembros pertenezcan, ambos, a igual signo sexual. Es indiferente si corresponden a una pareja de género masculino (gays) o femenino (lesbianas).

3.2.2. Imposibilidad de engendrar hijos comunes y colaborar a la continuación de la especie

Por una razón biológica, la pareja homosexual se encuentra imposibilitada de engendrar hijos comunes, es decir, hijos que nazcan producto de las relaciones sexuales de la pareja.

Aún cuando en muchos aspectos la unión homosexual puede reivindicar para sí características que son propias de la pareja heterosexual, como los lazos de afecto, solidaridad, apoyo y cuidado mutuos, el hecho de que no sea posible ampliar el número de miembros resulta en una marcada diferencia entre ambos tipos de uniones, puesto que la constitución de una familia, en los términos dados para la heterosexualidad, resulta imposible en la homosexualidad. Al menos en cuanto a la constitución de familia que se expande mediante la reproducción biológica de la pareja, que conlleva la inclusión de nuevos individuos a esta unidos por lazos directos de sangre

(hijos, nietos, bisnietos, etc.). Ello, claro está, sin perjuicio de que en algunas legislaciones, como la holandesa, le está permitido a la pareja homosexual la adopción o la fertilización asistida en el caso de las lesbianas.¹²¹

Corolario de esta ineptitud de la pareja homosexual de engendrar hijos, se manifiesta en el hecho de que este tipo de uniones no son adecuadas para realizar la continuación de la especie humana, razón por la cual, desde el punto de vista de la autoridad política, ellas pueden ser desincentivadas, puesto que una de las razones sociales para la existencia de la familia es que ella colabora a que la sociedad pueda seguirse expandiendo y desarrollando en el futuro, cuestión que sería imposible de aumentar indiscriminadamente la uniones homosexuales, por encima de las tasas de parejas heterosexuales.

Como señala MEDINA, «la aptitud de la pareja homosexual se limita a la satisfacción de sus miembros en el desarrollo de su personalidad individual, pero no genera ninguna contribución a la continuación de la especie humana.

¹²¹ Cfr. Medina, «*Uniones de Hecho Homosexuales*», p. 52.

»Ello es un dato de mucha importancia en relación a las políticas de crecimiento demográfico del Estado, ya que, en aras de priorizar, seguramente deberán preferirse las uniones que sean útiles para el perfeccionamiento individual y la continuación de la especie por sobre aquellas que sólo contribuyan al perfeccionamiento de sus miembros».¹²²

3.2.3. Incapacidad para transmitir los roles paterno y materno por medio de la educación

Como ya se ha dicho, aún cuando la pareja homosexual es incapaz de, biológicamente, engendrar hijos, algunas legislaciones le reconocen derechos a otras formas de generar «descendencia», a través de la adopción o de la fertilización asistida en el caso de la pareja de lesbianas.

Ahora bien, aún cuando un sector de los autores considera que el hecho de la homosexualidad no impide a los miembros de la pareja ejercer de manera idónea los roles paterno y materno¹²³, es un hecho que aún cuando sean buenos padres, la pareja homosexual carece de la aptitud para brindar al niño la diversidad necesaria derivada de un padre y una madre

¹²² *Ibíd.*, p. 54.

sexualmente diferenciados. Es decir, la pareja homosexual carece de capacidad para educar a los hijos con los roles de padre y madre característicos; así, el niño podrá tener o dos padres o dos madres, pero no un padre y una madre, que es la normalidad dentro del matrimonio o dentro de la familia heterosexual de hecho.

Al respecto se ha señalado que existen numerosos casos en que un niño puede ser criado en una situación monoparental, sólo por el padre o la madre, debido a circunstancias de hecho que impiden la existencia de la pareja o que la destruyen prematuramente (madres solteras, padres o madres viudos o divorciados, etc.), y que sin embargo el niño puede desarrollarse convenientemente al interior de estos hogares.

Aunque lo anterior es cierto, ello no puede homologarse a lo que ocurre en el caso de la pareja homosexual, «porque no es una familia monoparental sino una unión bipersonal de un mismo sexo que originariamente nunca va a poder brindar al niño el entorno ideal para su educación, cual es el de tener un padre y una madre».¹²⁴ Esta situación ha

¹²³ Cfr. *Ibíd.*, p. 52

¹²⁴ *Ibíd.* p. 53

llevado a que numerosos sectores se opongan a la posibilidad de otorgarles el Derecho a los homosexuales de adoptar o de criar a un niño, incluso pese a que estos mismos sectores puedan no ver con malos ojos el otorgar a los homosexuales el Derecho a casarse o a formar una unión de hecho con amplitud de beneficios jurídicos. El motivo se encuentra fundamentalmente en la protección del interés superior del menor, por cuanto se piensa que al ser criado en el seno de una familia homosexual, el niño puede ser dañado moral y síquicamente, condicionándolo hacia la homosexualidad, siendo además condenado a sufrir el estigma social de vivir en una situación que, para la mayoría, no es natural, más allá de si la homosexualidad en sí cuenta o no con la aceptación de la sociedad.¹²⁵

¹²⁵ Para un estudio de la adopción de menores por parejas del mismo sexo, vid., VARAS VALENZUELA, María Elena, «*Reconocimiento Jurídico de las Uniones entre Personas del Mismo sexo*», Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2000. Profesor guía: Paulina Veloso Valenzuela, pp. 73 y SS.; y MEDINA, «*Uniones De Hecho Homosexuales*», pp. 253 y SS.

4. La regulación jurídica de las uniones homosexuales en el Derecho comparado

4.1. Avances de los últimos años

Coincidente con los avances producidos en materia de igualdad y derecho a la no discriminación¹²⁶, en el último tiempo en el mundo se han realizado notables avances en torno a reconocer efectos jurídicos a las uniones homosexuales, lo cual es especialmente válido para lo ocurrido en Europa, en donde incluso se ha otorgado en algunos países el derecho a contraer matrimonio a la pareja homosexual.

Ya en febrero de 1994 el Parlamento Europeo aprobó una resolución sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas. En ella se pedía, entre otras cosas, a la Comisión de la Comunidad Europea, que recomendara a los Estados miembros la eliminación de «la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales»¹²⁷ y, además, que se pusiera fin

¹²⁶ Vid. *Supra*, Capítulo II

¹²⁷ PARLAMENTO EUROPEO, «Resolución sobre la Igualdad de Derechos de los Homosexuales y las Lesbianas en la Comunidad Europea», de 28 de febrero de 1994

«a toda restricción de los derechos de las lesbianas y de los homosexuales a ser padres, a adoptar o a criar niños»¹²⁸

Posteriormente, en una resolución de 16 de marzo del 2000, referida al respeto de los Derechos Humanos, el Parlamento Europeo instó a todos los países de la Unión a que introdujeran la convivencia registrada entre personas del mismo sexo, reconociéndoles los mismos derechos del matrimonio. En la ocasión, el Parlamento Europeo señaló que observa con satisfacción que en numerosos Estados miembros se manifestara un creciente reconocimiento jurídico de la convivencia fuera del matrimonio, independientemente del sexo, por lo cual pedía a los Estados miembros que todavía no lo habían hecho, a que adecuaran sus propias legislaciones para introducir la convivencia registrada entre personas del mismo sexo, reconociéndoles los mismos derechos y deberes previstos para la convivencia registrada entre hombres y mujeres. En este sentido, el organismo constató la necesidad de realizar rápidos progresos en el ámbito del reconocimiento recíproco de las diferentes formas de convivencia legal

¹²⁸ *Ibíd.*

de carácter no conyugal y de los matrimonios entre personas del mismo sexo existentes en la Unión Europea.

Más recientemente, en febrero del 2003 el Parlamento Europeo se pronunció a favor de aplicar el término «familia» en sentido general, es decir, que en él se entendieran incluidas las parejas homosexuales, para todas aquellas cuestiones relacionadas con derechos de libertad de residencia en el territorio de sus Estados miembros.

Finalmente, también en febrero del 2003, el Parlamento Europeo aprobó el reconocimiento de los derechos de parejas formadas por personas del mismo sexo para efectos de la libre circulación entre los países de la Unión Europea. El objetivo de esta medida es garantizar que una pareja registrada en un determinado país, acceda a todos los beneficios adquiridos aún cuando cambie su Estado de residencia.

Estos avances realizados en Europa respecto de la pareja homosexual, también ha ido encontrando eco en otras regiones del mundo, así en países como Canadá, Argentina, Brasil, Nueva Zelanda y Sudáfrica se le han ido reconociendo cada vez más efectos jurídicos a las uniones de hecho homosexuales, e incluso, en determinados casos, como el de algunas

regiones de Canadá, se le han reconocido iguales efectos que al matrimonio.

Hoy en día en muchos países caracterizados tradicionalmente por el abstencionismo sobre la materia, se están discutiendo nuevas regulaciones a la pareja homosexual, proceso del que Chile no se encuentra ajeno, pues como veremos en el último capítulo de esta memoria, nuestro Parlamento actualmente también se encuentra conociendo un proyecto de ley que consagraría el registro de parejas homosexuales en Chile, otorgándole efectos jurídicos, aún cuando en él no se contempla ni el matrimonio entre homosexuales, ni tampoco se lo equipara jurídicamente a éste.

4.2. Clasificación de los distintos tipos de uniones homosexuales en Derecho comparado

Aún cuando, como hemos dicho *supra*, las uniones homosexuales van adquiriendo cada vez más relevancia desde el punto de vista jurídico, en los distintos países que han optado por darles un reconocimiento legal su consagración no es del todo idéntica. Así hay algunos Estados, principalmente del norte de Europa, que han optado por otorgarle semejantes derechos que aquellos reconocidos para el matrimonio

heterosexual, existiendo algunos que incluso les dan a los homosexuales la opción de casarse; mientras que en otros, sólo se le dan a la unión de hecho homosexual algunos derechos, sin que ellos puedan ser equiparados al matrimonio.

Así entonces tenemos al menos tres tipos de legislaciones que regulan las relaciones homosexuales de carácter estable:

- ❖ **Países que aceptan el matrimonio entre personas del mismo sexo:** son los menos –sólo 2 hasta este momento–, y en ellos, matrimonio heterosexual y homosexual, se entienden como equivalentes, equiparándose ambos en cuanto a derechos y obligaciones de los contrayentes.
- ❖ **Países que consagran el sistema de «registro de parejas»** (*registered partnership* y «*registered cohabitation*»): Este sistema hizo su aparición en 1996, en Dinamarca, y a través de él, si bien no se les permite a los homosexuales casarse, si se les conceden derechos que son muy similares a los reconocidos para el matrimonio heterosexual, al punto de que para muchos

puede considerársele un estado jurídico equivalente al matrimonio, con el cual tiene muy pocas diferencias.

Caracteriza a este sistema el hecho de que, para que la pareja homosexual pueda hacer ejercicio de los derechos que la ley le concede, se le exige la inscripción de su relación en un registro especial que se lleva al efecto por la autoridad competente.

Habitualmente sus consecuencias jurídicas no sólo son reconocidas para las parejas homosexuales, sino que también ellas se le extienden a las uniones de hecho heterosexuales., las cuales pueden optar a registrar su relación con el objeto de hacer efectivos los derechos que la ley les otorga.

❖ **Países que reconocen algunos efectos jurídicos a las uniones civiles sin necesidad de registro:** un último grupo, esta conformado por todos aquellos países que reconocen a la unión homosexual sin necesidad de registro alguno. No obstante, en la mayoría de estos, no

existe la equivalencia de derechos entre matrimonio heterosexual y la unión de hecho homosexual. Por el contrario, en la generalidad de los casos, en los países que siguen este sistema a los homosexuales sólo se les reconocen derechos muy limitados, habitualmente de carácter más bien patrimonial o hereditario.

4.3. Países que aceptan el matrimonio entre personas del mismo sexo

4.3.1. Holanda

Europa ha sido pionero en el reconocimiento jurídico a las relaciones homosexuales, y en ella, sin duda Holanda ocupa un lugar destacado.

A partir del 1º de enero de 1998, Holanda contó con un sistema de pareja registrada, en términos muy similares a los ya existentes en Dinamarca. No obstante, luego de un caso llevado ante los tribunales holandeses, en el cual una pareja de homosexuales alegó que la normativa que impedía el matrimonio entre personas del mismo sexo era inconstitucional, por cuanto la Carta Fundamental de aquel país consagraba el derecho a la no discriminación por motivos de orientación sexual, el

Gobierno decidió llevar adelante un proceso de reforma de la ley sobre uniones civiles.

Luego de un corto proceso que sólo llevó un par de años, el 21 de diciembre del 2000 el Parlamento holandés adoptó un Acta, mediante la cual se modificó el Libro 1º del Código Civil, con lo que se ampliaba la posibilidad de matrimonio también a los homosexuales, puesto que en su artículo 30 señalaba que el matrimonio civil puede producirse entre personas de igual o distinto sexo.

A partir del 1º de abril del 2001 Holanda se transformó en el primer país del mundo occidental en aceptar los matrimonios entre personas del mismo sexo, otorgándoles a los cónyuges similares derechos que los reconocidos para la pareja heterosexual, incluida la adopción, y el mismo día de entrada en vigencia de la nueva ley se celebraron varios matrimonios entre homosexuales en distintas partes del país.

En un primer momento, el matrimonio entre homosexuales y heterosexuales tenía en cuanto a sus efectos sólo algunas diferencias, relacionadas ambas con la adopción de niños.

En primer lugar, la ley holandesa establecía que en los casos en que en un matrimonio de lesbianas uno de los cónyuges concibiera un niño, el otro miembro de la pareja no pasaría a transformarse automáticamente en «padre» del recién nacido, sino que era menester llevar adelante un procedimiento mediante el cual este cónyuge adoptara al menor.

Además, también se prohibían las adopciones de niños que no fueran naturales de Holanda, es decir, no era posible adoptar menores extranjeros, ello para evitar entrar en conflicto con legislaciones que no permitieran el matrimonio entre homosexuales, los que en aquel momento eran todo el resto del orbe.

En la actualidad, sólo pervive la prohibición de adoptar menores extranjeros, por cuanto la primera restricción fue eliminada en virtud de una ley de 4 de octubre del 2001 –en vigor desde enero del 2002– la cual estableció que los niños nacidos en una pareja de homosexuales casados o sometidos al registro de parejas, pasaría desde el momento mismo del nacimiento a ser responsabilidad de ambos cónyuges, igual que ocurre en las parejas heterosexuales.

4.3.2. Bélgica:

En virtud de la legislación adoptada en enero del 2003, sobre matrimonio entre personas del mismo sexo, que modificó su Código Civil, Bélgica se transformó en el segundo país de occidente, después de Holanda, en aceptar el matrimonio entre homosexuales. De acuerdo al articulado del Código civil belga, “dos personas de sexo diferente o de igual sexo pueden contraer matrimonio”¹²⁹.

En la actualidad la ley belga concede a las parejas homosexuales la gama completa de protecciones, responsabilidades y ventajas que vienen con la unión civil. Así, las parejas homosexuales que se casen verán reconocidos en Bélgica los mismos derechos de herencia que disfrutaban los matrimonios heterosexuales. Además, si uno de los cónyuges homosexuales no trabaja se podrá beneficiar de la cobertura social de su pareja, con derecho a recibir atención sanitaria y una pensión.

¹²⁹ Art. 43 Código civil de Bélgica.

Por otro lado, también se reconoce a los matrimonios homosexuales la posibilidad de que realicen su declaración de Hacienda de forma conjunta, beneficiándose de las ventajas que ello conlleva.

En caso de divorcio, la pareja homosexual tendrá que hacer frente a los mismos deberes que la ley exige a la heterosexual.

Sin embargo, pese a la amplitud reconocida para las uniones homosexuales por la ley belga, ella presenta alguna limitación respecto a los derechos otorgados a la pareja heterosexual, fundamentalmente en el ámbito de la filiación y la adopción. Así, para una pareja de lesbianas, la madre biológica será considerada la única madre del niño y las parejas homosexuales no podrán ejercer el derecho de adopción.

Otra gran limitación viene dada por el hecho de que la nueva ley sólo tiene validez jurídica en territorio belga y en los otros Países Bajos, de modo que la pareja homosexual perderá sus derechos más allá de las fronteras belgas y holandesas. Además, el derecho privado internacional belga requiere que la unión sea permitida por el derecho nacional de cada

cónyuge, lo que significa que los belgas pueden casar solamente a otros belgas o a un miembro de los Países Bajos.¹³⁰

4.3.3. Canadá

Aún cuando no en todo Canadá el matrimonio entre personas del mismo sexo es legal, si lo es en una importante parte de las provincias o territorios de ese país.

El proceso de reconocimiento del matrimonio entre homosexuales dio inicio en Canadá en junio de 2003, cuando la Corte de Apelaciones de Ontario rechazó la definición tradicional de matrimonio como «la unión entre un hombre y una mujer». Posteriormente, en julio del mismo año, la Corte de Columbia Británica dictaminó que el negar el matrimonio a personas del mismo sexo era inconstitucional, por cuanto la Carta Fundamental canadiense garantiza el derecho a la no discriminación, y por tanto a que nadie puede ser excluido por motivos de orientación sexual.

¹³⁰ A este respecto, no queda clara cuál es la situación que rige para aquellos naturales pertenecientes a otros países que, si bien no reconocen expresamente el matrimonio, si aceptan las uniones homosexuales, reconociéndoles derechos civiles, como en todos aquellos que, como Dinamarca, aceptan el sistema de *registered partnership* o registro de parejas.

En la actualidad en 6 de provincias canadienses el matrimonio entre homosexuales es aceptado: Ontario, Columbia Británica, Québec, Yukon, Maníota y Nueva Escocia. Además, en este momento se está discutiendo en Canadá la posibilidad de dictar una ley federal que consagre en todo el país las uniones entre individuos del mismo sexo.

4.3.4. España

El 1º de octubre del 2004, el Consejo de Ministros del Gobierno español aprobó un anteproyecto de ley mediante el cual se reconocería en ese país el derecho a los homosexuales de contraer matrimonio, pasando a ser así España el tercer país de Europa en hacerlo.

De acuerdo al texto actual del anteproyecto, en éste se otorgan los mismos derechos a las parejas homosexuales que a las heterosexuales que se casen, incluidos la adopción, la herencia, las pensiones, el divorcio y el acceso a la nacionalidad del cónyuge.

Al momento de escribir este trabajo se está produciendo un fuerte debate en ese país con motivos de este anteproyecto, lo que augura que la negociación en torno a él para conseguir su aprobación por el Parlamento

no será algo sencillo.

4.4. Países que consagran el sistema de «registro de parejas» (*registered partnership* y «*registered cohabitation*»)

4.4.1. Dinamarca

Dinamarca fue el primer país del mundo en otorgarle reconocimiento jurídico a las uniones civiles entre homosexuales a través del denominado «*registered partnership*». En 1989 se adoptó en dicho país la ley 372, sobre Registro de Parejas, la cual estableció para la pareja homosexual derechos similares a los reconocidos para el matrimonio heterosexual. Una limitación que si tienen las parejas registradas está relacionada con el derecho de adopción, el cual se restringe únicamente a los hijos biológicos de la pareja homosexual.

4.4.2. Suecia

La legislación sueca que consagra el registro de parejas de hecho data de 1994, aún cuando tiene su precedente en la ley 232 sobre Hogar Común de Cohabitanes Extramatrimoniales, de 1987.

De acuerdo a la normativa actual sueca, las uniones de hecho homosexuales que se registren tendrán iguales derechos que aquellos concedidos al matrimonio heterosexual. La única diferencia que se establecía en un primer momento estaba dada por una limitación al derecho de adoptar. No obstante, en junio del 2002 se le otorgó a las parejas homosexuales el pleno derecho a realizar adopción de menores, incluso cuando ellos sean extranjeros, lo que, a este respecto, la vuelve una de las legislaciones más avanzadas, puesto que incluso en Holanda, donde se permite el matrimonio gay, la adopción está limitada únicamente a niños holandeses.

4.4.3. Islandia

A partir de 1996 la legislación islandesa concede a las uniones homosexuales que se registren la gama completa de protecciones, responsabilidades y de ventajas que el matrimonio, incluyendo los arreglos para la interrupción de la relación. En lo que se refiere a la custodia común de niños, ésta se permite, pero sólo en los casos en que uno de los miembros de la pareja tiene ya custodia del menor.

4.4.4. Noruega

La ley noruega de 1997 concede a las uniones de hecho homosexuales que se registren, los mismos derechos que al matrimonio heterosexual, en términos similares a los establecidos en Dinamarca. No obstante, en este caso, el artículo 4 de de la ley le niega a los homosexuales el derecho a adoptar menores.

4.4.5. Francia

En 1998, el gobierno francés decretó una nueva ley que creó una forma de unión civil llamada Pacte Civil de Solidarité (PACS), – en español, Pacto Civil de Solidaridad–. Los PACS están disponibles para los pares heterosexuales y homosexuales y dan muchos de los derechos asociados con el matrimonio, aunque no todos, tales como declaración común de renta, cobertura social de la pareja, herencia, etc.

El 5 de junio de 2004, Noel Mamere, el alcalde del pueblito francés de Begles cerca de Burdeos, ofició la ceremonia de una boda para dos hombres, Bertrand Charpentier y Stephane Chapin, e indicó que los dos fueron unidos en matrimonio, no simplemente en una unión civil. Pero el

mes siguiente, un tribunal francés declaró que la unión era ilegal y sin efecto.

Desde entonces, ha habido tentativas en el parlamento francés para introducir alguna legislación que permitiría el matrimonio entre personas del mismo sexo. Sigue siendo incierto qué ocurrirá.

4.4.6. Alemania

A partir del 1º de agosto del 2001 en Alemania se encuentra vigente la llamada Ley de Comunidad Registrada de Vida, en virtud de la cual las uniones homosexuales pueden registrarse, lo que les otorga ventajas fiscales y jurídicas antes reservadas al matrimonio, aún cuando no alcanzan a tener los mismos derechos reconocidos a éste.

En principio, los miembros de la pareja registrada pueden compartir el apellido y calificar para las mismas exenciones de impuesto de herencia que la pareja de casados. Asimismo, la ley reconoce a los homosexuales la posibilidad de custodiar al hijo común, cuando la custodia pertenecía ya a uno de los miembros de la pareja. También a este tipo de unión se le reconocen algunos derechos relacionados con la seguridad social, con el

derecho de arrendamiento, con el derecho de alimentos, etc.

4.4.7. Finlandia

En Finlandia, la ley de uniones registradas para parejas del mismo sexo fue aprobada por el Parlamento en septiembre de 2001 y entró en vigencia el 8 de marzo de 2002. A través de ella se le conceden a la pareja registrada similares derechos a los otorgados a la pareja casada. En cuanto a la adopción, ella está vedada a la pareja homosexual, aún cuando se le permite la custodia común de los hijos de uno o ambos miembros de la pareja.

4.4.8. Regiones dentro de algunos países

En algunos Estados, si bien no existe un reconocimiento general a las uniones de hecho homosexuales, si algunas regiones al interior de ellos le dan consagración legal.

Así ocurre por ejemplo en Estados Unidos, en que pese a que en 1996 el Congreso aprobó la llamada Ley de Defensa del Matrimonio, que define a éste como «la unión legal entre un hombre y una mujer», y permite que los Estados que la aprueben sólo reconozcan como matrimonio esta unión,

de todas maneras ello no ha impedido que varios Estados le den reconocimiento jurídico a las uniones de hecho homosexuales, concediéndoles variados derechos contemplados originalmente para el matrimonio, como ocurre en California, Columbia, Hawai y Vermont.

Una situación similar tiene lugar en Suiza, en donde los cantones de Ginebra y Zurich han reconocido el registro de parejas homosexuales –en el 2001 y 2002, respectivamente.

También en España existen varias comunidades que le dan protección a la pareja homosexual, aún cuando en ese país, como dijimos más arriba, actualmente se está debatiendo el consagrar el derecho a contraer matrimonio también respecto de los homosexuales.

En Canadá también algunas regiones reconocen el registro de parejas, aún cuando en ese país también actualmente se está llevando un proceso que se espera culmine en la adopción de una ley federal sobre matrimonio homosexual.

Finalmente, en lo que respecta a Latinoamérica, le han reconocido valor a las uniones civiles entre homosexuales, otorgándoles similares derechos que al matrimonio homosexual, dos provincias de

Argentina: Buenos Aires y Río Negro, y el Estado brasileño de Río Grande do Sul.

4.5. Países que reconocen algunos efectos jurídicos a las uniones civiles sin necesidad de registro

- ❖ **Hungría**, a partir de 1996 se equipararon las uniones de hecho homosexuales con las heterosexuales, sin necesidad de registro.
- ❖ **Portugal**, desde el 2002 se le otorgan a las parejas homosexuales que hayan convivido en una unión de hecho por 2 años, los mismos derechos que a los concubinos heterosexuales.
- ❖ **Nueva Zelanda**, desde el 2002 la pareja homosexual que ha cohabitado por 3 años puede optar a iguales derechos que la pareja heterosexual, lo cual alcanza a, por ejemplo, derechos derivados de la disolución de la relación, algunos derechos hereditarios, etc.
- ❖ **Croacia**, desde 2003 la ley concede a los homosexuales

que hayan cohabitado por 3 años los mismos derechos que a los concubinos heterosexuales.

- ❖ Finalmente, también reconocen algunos derechos a la pareja homosexual algunas regiones de **Australia** (Queensland, Victoria, Western Australia); **Canadá** (New Brunswick, British Columbia, Newfoundland, Notario, Saskatchewan); **Escocia**, **Sudáfrica**, etc.

CAPÍTULO IV: CHILE Y LA UNIÓN DE HECHO HOMOSEXUAL

1. Las uniones de hecho ante el Derecho chileno

1.1. Familia y uniones de hecho

En el artículo 1º, inciso 2º de la Constitución Política de 1980 se establece que en nuestro país «La familia es el núcleo fundamental de la sociedad», agregando más adelante la disposición que «es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propendiendo al fortalecimiento de ésta».¹³¹

Tradicionalmente desde el punto de vista jurídico, la familia ha sido entendida como «un conjunto de personas entre las que median relaciones de matrimonio o de parentesco (consanguinidad, afinidad o adopción), a las

que la ley atribuye algún efecto jurídico».¹³² O como ha dicho don Manuel SOMARRIVA: un «conjunto de personas unidas por un vínculo de matrimonio, del parentesco o de la adopción».¹³³

Aún cuando las definiciones antes transcritas hacen hincapié fundamentalmente en la existencia de un vínculo matrimonial para estar en presencia de una «familia», la mayoría de la doctrina nacional ha sostenido que a los efectos de la protección garantizada por la Constitución en el artículo 1º no es menester la existencia ineludible del vínculo matrimonial, sino que la Carta Fundamental protege también a aquellas uniones que, sin ser matrimonio, se asimilan a este, aún cuando jurídicamente tengan una regulación y protección menor.¹³⁴

Así entonces, en Chile tanto las uniones conyugales como las de hecho cuentan con una protección que alcanza hasta el rango constitucional, aún cuando, como veremos, las segundas tienen un marco regulatorio muy inferior a aquel que la ley le otorga a la unión matrimonial.

¹³¹ REPÚBLICA DE CHILE «*Constitución Política de la República*», 1980, artículo 1º.

¹³² RAMOS PAZOS, p. 9

¹³³ SOMARRIVA, p. 10.

¹³⁴ Cfr., RAMOS PAZOS, pp. 10-12.

1.2. La regulación jurídica de las uniones de hecho en Chile

En Chile las únicas uniones de hecho que la ley reconoce y ampara son las producidas entre parejas heterosexuales, es decir, el concubinato, mientras que las parejas compuestas por individuos del mismo sexo no cuentan con regulación jurídica alguna, aún cuando nuestro Derecho no las prohíbe expresamente.

Respecto del concubinato, nuestro Código Civil, siguiendo la tendencia abstencionista decimonónica en que fue adoptado, sólo posee un puñado de normas que se refieren a la unión de hecho, sin que se cuente, hasta hoy, con una legislación sistemática que regule los derechos y obligaciones de una forma de pareja que es cada día más común.

En nuestra ley positiva sólo se refieren directamente al concubinato 2 disposiciones:

- ❖ El artículo 210 del Código Civil, el cual lo establece como base de una presunción de paternidad, disponiendo que: «El concubinato de la madre con el supuesto padre, durante la época en que ha podido producirse legalmente

la concepción, servirá de base para una presunción judicial de paternidad».

- ❖ El artículo 18 de la ley 14.968, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, el cual establece que «serán solidariamente responsables del pago de la pensión alimenticia quien viviere en concubinato con el padre, madre o cónyuge alimentante».

Como podemos observar, en nuestro país el concubinato produce escasos efectos jurídicos. Así, entre la pareja de hecho no existen ninguna de la obligaciones y derechos garantizados para los cónyuges, como el deber de convivencia, de fidelidad o de socorro.

Desde el punto de vista de los hijos, la unión de hecho puede ser causa de una filiación no matrimonial, aún cuando en este caso la situación en nada difiere de aquella producida entre dos personas que han tenido acceso carnal del cual ha nacido un niño, sin que concurra ninguno de los elementos exigidos para que se pueda hablar de concubinato, si

bien en este caso, la unión de hecho podrá servir de presunción para establecer la filiación.

En cuanto al aspecto patrimonial, el concubinato tampoco produce efectos, aún cuando los concubinos tienen libertad para pactar entre ellos un contrato de sociedad, pero éste está muy lejos de los beneficios obtenidos mediante los regímenes patrimoniales reconocidos al matrimonio.

2. La unión de hecho homosexual y el Proyecto de Ley de Fomento de la no Discriminación y de Contrato de Unión Civil Entre Personas del Mismo Sexo

2.1. Antecedentes

Como ya antes vimos, la unión de hecho homosexual en Chile no cuenta ni siquiera con los efectos jurídicos mínimos reconocidos para el concubinato. No obstante, esta situación se espera cambie en el futuro.

Con fecha de 10 de julio de 2003 ingresó al Parlamento, gracias al patrocinio de 10 diputados¹³⁵, un proyecto de ley que tiene por finalidad

¹³⁵ Los diputados patrocinantes del proyecto fueron los señores: Gabriel Ascencio, Jaime Barraeto, María Antonieta Saa, Antonio Leal, Patricio Hales, Osvaldo Palma, Enrique Accorsi, Pablo

otorgar reconocimiento y regulación jurídica a las uniones homosexuales en nuestro país.

Creemos importante resaltar que el origen de este proyecto no se encuentra directamente en la labor parlamentaria, sino que él es fruto de largos años de estudio y desarrollo por parte de diversas organizaciones homosexuales, que representadas a través del llamado MOVIMIENTO DE LIBERACIÓN HOMOSEXUAL (MOVILH), se acercaron a un grupo de diputados con el objeto de asegurar su patrocinio a una iniciativa legislativa emanada de entre sus filas.

El lobby impulsado por la organización homosexual rindió sus frutos, y ya antes de que el proyecto entrara al Parlamento contaban con el apoyo de a lo menos 19 diputados, de diversos sectores políticos, los cuales comprometieron su apoyo para el momento en que la iniciativa se discutiera en el Congreso.

No obstante, como era de esperarse, la moción no fue recibida de la misma manera por todos los sectores, existiendo también muchos diputados

Prieto, Fulvio Rossi, Carolina Tohá y Ximena Vidal, todos ellos pertenecientes a partidos de la coalición de gobierno «Concertación de Partidos por la Democracia».

que se mostraron contrarios a la propuesta y que, desde ya, aseguraron que se opondrían a la idea de legislar sobre la materia.¹³⁶

Como se señala en el Mensaje con que fue acompañado, el proyecto no persigue la legalización del matrimonio homosexual en Chile, puesto que, a decir de sus autores, ello se opondría a la realidad socio-cultural de nuestro país, sino que sólo establece el reconocimiento legal de las uniones de hecho homosexuales, en un modo de registro similar al que existe en otros países, siendo su objetivo principal el asegurar un piso de estabilidad emocional y patrimonial básica a los miembros de la pareja, en especial cuando una de las partes fallece¹³⁷. Aún cuando, queda claro que su aprobación podría constituirse en la puerta de entrada para luego buscar el reconocimiento total de la unión homosexual, homologándolo al matrimonio heterosexual.

¹³⁶ Para algunas opiniones a favor y en contra de lo señalado en el proyecto, vid., artículo del periódico electrónico de tendencia homosexual OpusGay, en <http://www.opusgay.cl/1315/article-32787.html>.

¹³⁷ Cfr. CONGRESO DE CHILE, «*Proyecto de Ley de Fomento de la no Discriminación y de Contrato de Unión Civil Entre Personas del Mismo Sexo*», de 10 de julio de 2003. Mensaje.

El proyecto actualmente se encuentra en el primer trámite constitucional, esperando el informe de la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados

2.2. Fundamentos del proyecto

Los motivos dados por los autores del proyecto para darle impulso, se encuentran básicamente dados por el hecho de que, a su juicio, en Chile, como en muchas partes del mundo, aún existe una fuerte cuota de rechazo y discriminación hacia el mundo homosexual, lo que se expresaría en los más diversos ámbitos: como el político, económico y jurídico.

Para realizar esta afirmación, los autores se basan en una encuesta efectuada en septiembre y diciembre de 2000, en la cual frente a la pregunta de si «los médicos deberían investigar más las causas de la homosexualidad para evitar que sigan naciendo gays», un 57,3% de los encuestados respondió afirmativamente, mientras un 31,6% consideró que «la

homosexualidad debe ser prohibida pues va contra la naturaleza humana». ¹³⁸

Los impulsores de esta iniciativa, consideran que los datos estadísticos que arroja esta muestra dan un claro indicio de que Chile es una sociedad con una alta carga de homofobia, entendida esta como: «una forma de relaciones desiguales de poder entre grupos o colectivos, cuyas expresiones pueden adquirir las características de opresión, explotación e injusticia hacia aquellas personas identificadas como homosexuales» ¹³⁹ Esta situación, estaría provocando que nuestro país quedara atrás en la apertura social que frente al fenómeno se ha ido desarrollando en el mundo, donde la homosexualidad es cada día más integrada y menos censurada por parte de la sociedad.

Ejemplos de este avance producido a nivel mundial, y del que Chile no estaría dando cuenta, se encontrarían tanto en los campos científico, jurídico y sociocultural.

¹³⁸ Fuente: Encuesta realizada a la población adulta de la Región Metropolitana por la fundación Iniciativas para la Democracia, la Educación y la Acción Social (Ideas), citada en el «*Proyecto de Ley de Fomento de la no Discriminación y de Contrato de Unión Civil Entre Personas del Mismo Sexo*»

2.2.1. Aportes desde el punto de vista científico

A juicio de muchos autores, los avances en el campo de la ciencia darían cuenta, hoy por hoy, que existiría igualdad de condiciones emocionales entre las personas homosexuales y heterosexuales, quitándole el estigma médico que este comportamiento tuvo históricamente.

Como ejemplo del cambio mentalidad en esta área se menciona el hecho de que a partir de 1973 la Asociación Psiquiátrica de Estados Unidos quitó a la homosexualidad desde la lista de desordenes mentales, declarando que esa orientación sexual «no implica el deterioro, el juicio, estabilidad, fiabilidad o, en general, las capacidades sociales o profesionales»¹⁴⁰

También se destacan como hitos de esta apertura, el hecho de que en 1975 la Asociación de Psicología Americana instara a todos los profesionales de la salud mental a eliminar el estigma de enfermedad psiquiátrica que había sido por mucho tiempo asociado con la orientación homosexual, situación que fue imitada posteriormente por la Asociación

¹³⁹ BLUMENFELD, Warren J. (1992), «*Homophobia: how we all pay the price*», citado por el «*Proyecto de Ley de Fomento de la no Discriminación y de Contrato de Unión Civil Entre Personas del Mismo Sexo*», Mensaje.

Nacional de Asistentes Sociales de Norteamérica. Asimismo, se menciona el que en 1992, la Organización Mundial de la Salud haya eliminado a la homosexualidad de su Clasificación Internacional de Enfermedades, normativa que habría sido avalada por gran parte de los profesionales de la salud en Chile.

Finalmente, el Mensaje del proyecto de ley destaca como uno de los puntos centrales de su fundamentación, un comunicado del año 2002 mediante el cual la Academia de Pediatría de Estados Unidos declaró abiertamente que los niños con padres homosexuales «gozan de las mismas ventajas y las mismas expectativas de salud, ajuste emocional y crecimiento que los niños cuyos padres son heterosexuales», argumentación que fue compartida por la Academia de Psiquiatría del Niño y del Adolescente y la Asociación Americana de Psicología.

2.2.2. Avances desde el punto de vista sociocultural

De manera paralela a los aportes realizados desde el campo de la ciencia, a juicio de los impulsores del proyecto, la homofobia, pese a que

¹⁴⁰ Citado en el «*Proyecto de Ley de Fomento de la no Discriminación y de Contrato de Unión*»

aún se encuentra en niveles bastante altos, habría presentado una constante disminución durante los últimos años, cuestión que quedaría demostrada por el hecho de que en 1997 una encuesta realizada por la Fundación Ideas reveló que un 45.2% de los chilenos estimaba que la «homosexualidad debe ser prohibida» y un 70.6% avaló que los «médicos deberían investigar más las causas de la homosexualidad para evitar el nacimiento de más gays». Como hemos señalado, según datos estadísticos arrojados por la misma institución cuatro años después dichas percepciones mermaron a un 31.6% y a un 57%, respectivamente.

Para los autores, reafirma esta mirada auspiciosa en cuanto al paulatino descenso de la homofobia, el hecho de que de acuerdo a los últimos estudios estadísticos, son justamente los grupos etarios más bajos de la población aquellos que presentan un nivel de tolerancia mayor frente a la homosexualidad, mientras que los sectores más críticos se encuentran en la franja etaria más alta, por sobre los 45 años.

Señala el Mensaje: «una investigación desarrollada en noviembre del 2002 por el Instituto de Estudios Públicos y la Universidad Andrés Bello

evidenció que un 57.1 por ciento de los encuestados es contrario a que los homosexuales hagan pública su orientación, pero entre los 18 y 29 años un 52.2 por ciento es favorable y entre los 30 y los 44 años un 41.5 está de acuerdo. Es sólo a partir de los 45 años donde las diferencias se disparan, pues un 75.2 por ciento se mostró contrario.

»En la misma línea, y también en el 2002, la Fundación Ideas y la Universidad de Chile dieron a conocer un estudio donde el 35 por ciento de los chilenos está de acuerdo con el matrimonio homosexual (lo que ni siquiera es una demanda del movimiento de las minorías sexuales). Esa cifra se elevó, sin embargo, a un sorprendente 50.9 por ciento entre los rangos de edad que van entre los 18 a 29 años.»¹⁴¹

2.2.3. Avances desde el punto de vista jurídico

La notoria evolución que desde el punto de vista científico y sociocultural ha tenido el tratamiento de la homosexualidad, también ha trasuntado a la órbita jurídica, tanto nacional como internacional, principalmente en lo que se refiere a la consagración de acuerdos y normas

en contra de la no discriminación, en general, y por motivos de orientación sexual, en particular.¹⁴²

Asimismo se destaca el hecho de que en un importante número de países se han dado fundamentales avances en torno a reconocerle efectos civiles a la unión entre homosexuales, existiendo incluso países en los cuales el matrimonio homosexual ha sido institucionalizado.¹⁴³

De todas estas normas y regulaciones internacionales y de Derecho comparado, que son citadas en el Proyecto, ya nos hemos ocupado en otras partes de esta memoria, razón por la cual nos remitimos a ellas en todo aquello que sea pertinente.

2.3. Contenido del Proyecto

El Proyecto de Ley de Fomento de la No Discriminación y de Contrato de Unión Civil Entre Personas del Mismo Sexo, consta de 19 artículos, agrupados en ocho títulos:

¹⁴¹ CONGRESO DE CHILE, «*Proyecto de Ley de Fomento de la no Discriminación y de Contrato de Unión Civil Entre Personas del Mismo Sexo*», de 10 de julio de 2003. Mensaje.

¹⁴² Vid. *Supra*, Capítulo II.

¹⁴³ Vid. *Supra*, Capítulo III.4

- ❖ Título primero: Disposiciones generales
- ❖ Título segundo: De la celebración del acto de unión
- ❖ Título tercero: De la posesión notoria
- ❖ Título cuarto: De los derechos y obligaciones
- ❖ Título quinto: De la terminación del contrato de unión civil
- ❖ Título sexto: De los efectos del contrato de unión civil
- ❖ Título séptimo: Del registro de uniones civiles
- ❖ Otras normas

2.3.1. Ámbito de aplicación

Como se señala en el artículo 1º del Proyecto, éste tiene por misión salvaguardar a la familia constituida por personas del mismo sexo, cuyos miembros, que cumplan los requisitos establecidos por la ley, deseen acogerse al régimen patrimonial por ella previsto, durante su vigencia y con motivo de su disolución. De acuerdo a esto, de aprobarse el proyecto, se ampliaría el concepto de familia en nuestra legislación, extendiéndose no

sólo a las uniones heterosexuales, de hecho y de derecho, sino también a las homosexuales.

No obstante, en la misma disposición se señala que el contrato de unión civil propuesto, en modo alguno habilita a las parejas que consientan en someterse a él a ejercer aquellos derechos y obligaciones garantizados para el matrimonio legítimo, sin perjuicio de aquellos derechos especiales que contempla la ley y que también han sido previstos por el legislador para ser ejercidos durante el matrimonio.

Se desprende de la primera parte de la disposición que será facultativo para las parejas homosexuales acogerse o no a esta forma de unión, aún cuando para ejercer los derechos por ella garantidos es menester cumplir con todas las formalidades señaladas en el Proyecto de ley.

Respecto del ámbito de aplicación territorial, el artículo 7 del Proyecto señala que el contrato de unión civil celebrado en país extranjero, en conformidad a las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio nacional. Es decir, la pareja homosexual podrá contraer el vínculo en cualquiera de los países en los cuales la unión civil está permitida y esa unión tendrá también valor en

Chile. No obstante, si la pareja homosexual ha adquirido un vínculo matrimonial en el territorio de algún país que lo permita, dicha unión sólo tendrá en Chile los efectos de una unión civil, sin que se le reconozca vigor al matrimonio homosexual como tal.

Sobre este punto, cabe señalar que la ley no establece si es menester o no realizar el acto de registro en nuestro país para que la unión celebrada fuera de Chile pueda tener efectos acá. Tampoco señala la norma si esta unión civil es sólo aplicable a los naturales de Chile que contraigan el vínculo en el extranjero, o si también la futura ley podrá ser invocada por aquellos extranjeros que hayan contraído la relación de acuerdo a las normas de su país de origen y que se avecinden en Chile.

Creemos que durante el trámite legislativo debiera agregarse una disposición en la cual se exija que, para tener efecto en Chile y ejercer los derechos de ella derivada, la unión celebrada fuera de nuestras fronteras, deberá inscribirse del mismo modo que la unión celebrada en Chile, con el objeto de darle certeza al vínculo.

Finalmente, pensamos que no está demás señalar que la ley propuesta será sólo aplicable respecto de las uniones civiles entre homosexuales, y

que por tanto aquellas uniones realizadas entre parejas heterosexuales, seguirán siendo regidas por el Derecho tal y como hasta ahora.

2.3.2. Naturaleza jurídica de la unión civil entre personas del mismo sexo

Al igual que ocurre con el matrimonio, la unión civil entre homosexuales ha sido concebida como un contrato, sujeto a determinadas formalidades, que en general sigue el sistema de registro, tal y como ha venido adoptándose por distintos países a partir de la experiencia danesa.

2.3.3. Requisitos para acogerse a la unión civil

Del análisis del conjunto del texto legal propuesto, es posible derivar al menos 4 requisitos que debe cumplir la pareja para poderse acoger al régimen señalado en el proyecto:

- ❖ **Homosexualidad de los miembros de la pareja:** La ley está diseñada para regir únicamente las uniones de personas del mismo sexo (gays o lesbianas, la norma no distingue), por tanto se encuentran excluidas de sus beneficios las parejas heterosexuales, quienes deberán

seguir rigiendo sus relaciones a través de la escasa y poco sistemática legislación vigente.

❖ **Cohabitación y publicidad:** Hemos señalado que en doctrina se discute acerca de si es menester la comunidad de techo como elemento característico para estar en presencia de una unión de hecho. Sobre el particular la ley es clara en exigirla, por cuanto en el artículo 8º se establece que sólo podrán acogerse a la unión civil las parejas que hayan convivido por un determinado período de tiempo. La interpretación del término convivir es claro, e implica el compartir el hogar por parte de la pareja –al menos esta es la acepción dada por el diccionario de la Real Academia, el cual define el término convivir como «vivir en compañía de otro u otros»-. Esto se ve reafirmado por la misma disposición, en cuanto exige que quienes se acojan a lo dispuesto por esta ley se hayan tratado como pareja en sus relaciones domésticas y sociales, siendo recibidos con ese carácter

por los deudos, amigos y el vecindario de su domicilio en general, es decir, además de la cohabitación también se exige la notoriedad de la relación.

❖ **Continuidad y permanencia de la relación:** Como señalamos anteriormente, una característica general exigida para que las uniones de hecho puedan optar a la protección jurídica es que se trate de una relación que sea permanente y estable en el tiempo. Esto es recogido en el Proyecto a través del mismo artículo 8° antes mencionado, en cuanto este exige que la convivencia entre la pareja homosexual se haya extendido por al menos dos años, antes de optar a la unión civil.

❖ **Cumplir con las formalidades que establece la ley:** A este respecto, se desprende del texto del proyecto que el sistema propuesto para plasmar la unión civil es el de registro, igual como ocurre en otros países, especialmente europeos. Así, aún cuando la relación homosexual sigue siendo libre y espontánea –en su

nacimiento, desarrollo y término–, para acogerse a los beneficios de la unión civil se debe dar primero cumplimiento a determinadas formalidades, sin las cuales no es posible hablar de una unión civil homosexual en los términos señalados por la ley.

Además, para que una pareja pueda celebrar el contrato de unión civil no debe incurrir en ninguna de las situaciones descritas en el artículo 3º del proyecto, el cual establece prohibiciones para que en determinadas circunstancias pueda contraerse este vínculo.

2.3.4. Impedimentos para celebrar el contrato de unión civil

En el artículo 3º del proyecto se establecen determinadas situaciones en las cuales la pareja homosexual se encontrará impedida para llevar a cabo el contrato de unión civil, aún cuando cumpla con los otros requisitos establecidos por la ley. Así, se prohíbe que celebren este contrato:

- 1) Los menores de edad;
- 2) Los que se hallaren ligados entre sí por vínculo de

parentesco en la línea recta en todos sus grados, y en la colateral hasta el tercer grado. Se incluye en esta disposición al adoptado; y

- 3) Los que se hallaren ligados por vínculo matrimonial no disuelto, o por otro contrato de unión civil que no haya sido disuelto.

2.3.5. Formalidades exigidas en la realización del contrato de unión civil

De acuerdo a lo señalado en el artículo 4° del Proyecto, el contrato de unión civil deberá realizarse mediante la manifestación, verbal o escrita, de voluntad de ambos contrayentes, realizada ante el notario competente del domicilio o residencia de cualquiera de ellos, y con la participación de, a lo menos, dos testigos, que no se encuentren afectos a alguna de las causales de inhabilidad señaladas en el artículo 5°, y quienes deberán declarar que las partes no se encuentran en ninguna de las causales de prohibición explicitadas en el artículo 3°. En dicho acto se deberá dejar constancia de los siguientes antecedentes:

- 1) El nombre y apellido paterno y materno, lugar de

nacimiento, y domicilio o residencia de las partes;

- 2) El nombre y apellido del cónyuge o de la parte anterior cuando alguno de los miembros de la pareja hubiera estado unido por matrimonio o por otro contrato de unión civil;
- 3) El nombre y apellido paterno y materno, lugar de nacimiento, y domicilio de los testigos;
- 4) Declaración jurada de que ninguna de las partes se encuentra afectada a prohibición alguna; y
- 5) Si las partes así lo desean, de conformidad al artículo 9º, en este acto podrán especificar el régimen patrimonial al cual se acogen.

De lo actuado se deberá dejar constancia a través de escritura pública, la cual habrá de insertarse en un registro especial que al efecto deberá llevar el notario. Asimismo se deberán otorgar copias de la escritura a las partes y al Registro Civil en un plazo máximo de 90 días desde la celebración del contrato. Esto último, con el objeto de que éste proceda a realizar la

inscripción de la unión en un Registro Especial, el cual habrá de regirse por un Reglamento que deberá dictarse dentro del plazo de un año después de haber entrado en vigencia la ley¹⁴⁴.

2.3.6. Efectos del contrato de unión civil

— Efectos patrimoniales:

Como era de esperarse, el Proyecto de ley no contiene disposición alguna que pueda hacer aplicables los distintos regímenes patrimoniales existentes en el matrimonio a la unión civil entre homosexuales. Estos sólo podrán acogerse al régimen de comunidad establecido en el Código Civil para la sociedad, o al régimen que ellos pacten en la escritura pública de celebración del contrato o en otro posterior.

Respecto a los bienes adquiridos durante la vigencia del contrato, cuando ellos correspondan a bienes de valor apreciable –aquellos que ameriten facción de inventario– se presumirán adquiridos en forma conjunta

¹⁴⁴ CONGRESO DE CHILE, «*Proyecto de Ley de Fomento de la no Discriminación y de Contrato de Unión Civil Entre Personas del Mismo Sexo*», de 10 de julio de 2003, artículo 20.

por ambos miembros de la pareja, salvo que se exprese claramente algo distinto, a través de escritura pública u otro instrumento indubitable.¹⁴⁵

El artículo 10 del Proyecto establece la obligación para las partes en el contrato de otorgarse mutuamente socorro y asistencia. La disposición además agrega que en caso de que uno de los miembros de la pareja fuere abandonado injustificadamente y se encontrare en situación de necesidad o enfermedad, tendrá derecho a solicitar alimentos según lo señalado en el título XVIII del Libro I del Código Civil, en las normas que sean pertinentes.

— Efectos referidos a derechos hereditarios

El artículo 15 del Proyecto establece que, en el caso de que uno de los miembros de la pareja fallezca estando vigente el contrato de unión civil, el miembro sobreviviente tendrá la condición de heredero legitimario –en la forma que dispone el artículo 1.182 del Código Civil–, quien concurrirá personalmente o representado, en iguales términos que los hijos, si los hubiere y, en caso contrario, preferirá su derecho a cualquier otro pariente,

¹⁴⁵ CONGRESO DE CHILE, «*Proyecto de Ley de Fomento de la no Discriminación y de Contrato de*

debiendo ser considerado asignatario forzoso para todos los efectos legales, según la regla tercera del artículo 1.167 del Código Civil.

Reafirma lo antes señalado el artículo 16 del Proyecto, el cual establece que el miembro sobreviviente del contrato de unión tendrá los mismos derechos que la ley asigna al cónyuge sobreviviente en el Libro III del Código Civil. Asimismo, éste será llamado a suceder con los mismos derechos y obligaciones que las personas enunciadas en el artículo 983 del Código Civil.

Finalmente, la norma propuesta también dispone que la pareja podrá ser considerada como asignatario en la cuarta libre de mejoras y en la cuarta libre de disposición del causante según lo previsto en los artículos 1.195 y 1.184 inciso final del Código Civil.¹⁴⁶

— Efectos en materia de seguridad social

El Proyecto de ley sobre uniones civiles, también le otorga a la pareja homosexual importantes derechos en materia de seguridad social. Así, por

Unión Civil Entre Personas del Mismo Sexo», de 10 de julio de 2003, artículo 9.

¹⁴⁶ CONGRESO DE CHILE, «*Proyecto de Ley de Fomento de la no Discriminación y de Contrato de Unión Civil Entre Personas del Mismo Sexo*», de 10 de julio de 2003, artículo 16.

ejemplo, para los efectos previstos en la Ley 16.744 –Sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales– y en el D.L. 3.500, el artículo 17 equipara en derechos a la pareja homosexual con el cónyuge en el matrimonio, señalando que aquel tendrá los mismos derechos que la ley confiere a este último.

Asimismo, el artículo 18 agrega que la pareja del contrato de unión civil podrá ser incorporado como beneficiario de los contratos a que se refiere el artículo 29 de la ley 18469, que regula el régimen de prestaciones de salud.

— Efectos en materia de guardas

El artículo 2 del Proyecto contiene una importante norma antidiscriminación, en la cual se dispone que la orientación sexual de una persona no podrá ser considerada en ningún caso como elemento en contra para el discernimiento de guardas, regulación del régimen de visitas, ejercicio del derecho preferente de educación de los hijos, y en general cualquier derecho donde la orientación sexual pueda invocarse como elemento restrictivo para el ejercicio de tales derechos.

Esta idea se ve luego reforzada por lo señalado en el artículo 13, que establece que en el supuesto que uno de los miembros de la pareja sea declarado judicialmente incapacitado, o se hallare ausente, y sin perjuicio de lo que señale el testamento del sujeto a guarda, el otro ocupará el primer lugar en el orden de preferencia para el discernimiento de la misma, la cual tendrá el carácter de legítima. No obstante, en el caso en que el otro miembro de la pareja no pueda asumir el cargo, se procederá a la guarda dativa, situación en la cual se preferirá a los parientes consanguíneos más cercanos. En tal caso, en el discernimiento el juez señalará expresamente que el pariente designado no incurre en la causal de indignidad del N° 3° del artículo 968¹⁴⁷

2.3.7. De la terminación del contrato de unión civil

En cuanto el contrato de unión civil corresponde a la regulación de la pareja homosexual, que ha optado por vincularse de manera libre y voluntaria, ella no tiene el carácter irrevocable que durante mucho tiempo se le reconoció al matrimonio en nuestra legislación. De hecho, incluso el

¹⁴⁷ CONGRESO DE CHILE, «*Proyecto de Ley de Fomento de la no Discriminación y de Contrato de Unión Civil Entre Personas del Mismo Sexo*», de 10 de julio de 2003, artículo 13

Proyecto de ley garantiza que el vínculo pueda ser disuelto en cualquier momento, mediante el simple acuerdo de voluntades, situación que no es contemplada tampoco por la nueva de ley de matrimonio civil.

Según lo dispone el artículo 14 del Proyecto, el contrato de unión civil puede terminar de la siguiente forma:

- ❖ Por acuerdo de las partes, el que deberá ser manifestado expresamente y se subinscribirá al margen de la escritura pública en que se haya formalizado la unión. No obstante, el proyecto agrega que no podrá solicitarse la disolución del contrato dentro del plazo de un año contado desde su celebración.
- ❖ Por resolución judicial recaída en un caso llevado adelante por violencia intrafamiliar, y en la cual se haga mención expresa de que se disuelve el vínculo contractual por este hecho, en la forma señalada por el artículo 11 del Proyecto.
- ❖ Por la muerte natural de uno de los contrayentes;

- ❖ Por la declaración de muerte presunta de uno de los contrayentes;
- ❖ Por la separación de hecho superior a un año, la cual se acreditará por dos testigos o instrumentos públicos ante el notario que haya otorgado la escritura; sin embargo, la obligación de pagar pensión de alimentos subsistirá por dicho periodo; y
- ❖ Por matrimonio subsiguiente de uno o ambos miembros de la pareja. Se entiende que en este caso el matrimonio debe realizarse con un tercero, puesto que el matrimonio homosexual en nuestro país se encuentra prohibido.

Dado alguno de los presupuestos señalados precedentemente, la autoridad competente deberá remitir copia dentro del plazo de noventa días de la resolución pertinente, que deberá subinscribirse al margen de la escritura principal.

Respecto de los bienes comunes que haya tenido la pareja al momento de la resolución del contrato, se liquidarán en la forma que haya acordado la pareja –acuerdo que puede tomarse al momento de

contraer el vínculo o en una ocasión posterior, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 9-. En caso de que al respecto la pareja nada haya manifestado con anterioridad, la liquidación se llevará a cabo de acuerdo a las reglas de la partición de bienes contempladas en el Código Civil.

CONCLUSIONES GENERALES

Recapitulando, podemos señalar que en el curso de esta memoria hemos analizado aspectos relacionados con la homosexualidad, la protección jurídica en contra de la discriminación por orientación sexual y su relación con las uniones de hecho.

Hemos expuesto las principales concepciones que han existido sobre la homosexualidad a lo largo de la historia, la consideración que social y jurídicamente se ha tenido frente a esta, deteniéndonos principalmente en lo que al respecto plantea la visión cultural judeocristiana, por ser ésta la que informa en gran medida a países que, como el nuestro, tienen una arraigada creencia cristiana y católica. Asimismo, hemos expuesto las principales teorías que desde el campo científico han tratado de explicar el fenómeno homosexual, pues pensamos que sus conclusiones son de especial relevancia a la hora de adoptar una posición social y jurídica frente a la

existencia de este fenómeno y a los reclamos de reconocimiento los homosexuales hacen hacia el resto de la sociedad.

También abordados los tópicos relacionados con la consagración internacional de la igualdad ante la ley y el derecho a la no discriminación. Hemos expuesto los principales instrumentos internacionales que regulan la materia, tanto en el ámbito general de la Naciones Unidas, como en sus manifestaciones más regionales, en el sistema europeo e interamericano de Derechos Humanos. Para ello, hemos dividido nuestro estudio entre aquellos acuerdos que consagran normas generales en torno a la discriminación –también aplicable a las minorías sexuales– y aquellos que contienen normas específicas que tienden a garantizar el derecho a no ser discriminado por motivos de orientación sexual.

En el tercer capítulo vimos las principales características que, en doctrina, se le reconocen a la unión de hecho homosexual, relacionándola a su vez con su símil para las uniones entre personas heterosexuales. A continuación de ello expusimos las soluciones que positivamente, en derecho comparado, se han dado para regular jurídicamente las relaciones civiles entre parejas homosexuales, para lo cual hemos distinguido entre

aquellos países que le dan un reconocimiento amplio al derecho a constituir una familia para los homosexuales –otorgándoles incluso el derecho a casarse o a constituir uniones muy similares al matrimonio–, y aquellas que poseen sólo un reconocimiento y regulación jurídica menor, menos acabada, y en que, por tanto, las uniones homosexuales carecen de una mayor protección.

Finalmente, hemos analizado las uniones de hecho ante nuestro derecho, destacando la escasa regulación que ellas tienen, no ya respecto de las uniones homosexuales solamente –en donde son nulas–, sino también en el concubinato heterosexual, en donde nuestro país ha seguido una tendencia abstencionista, que ha redundado en una regulación jurídica casi inexistente respecto de ellas.

Habiendo cumplido ya con nuestro objetivo, de exponer los principales aspectos referidos al objeto de nuestra investigación, nos resta entonces finalizar esta memoria manifestando algunas opiniones frente al tema que nos parecen necesarias:

- 1) Como hemos demostrado en una primera parte, pese a las concepciones morales que priman en sociedades como la

nuestra, en donde el fenómeno homosexual se mira como un atentado contra de la naturaleza, como una inmoralidad y un ataque contra la ley divina, creemos que la ciencia ha asentado suficientemente un criterio distinto, que es el que con el tiempo ha comenzado a prevalecer. Los datos estadísticos disponibles hablan de porcentajes muy altos de personas –hombres y mujeres– que, en todos los países, tienen una orientación homosexual, hagan de ello una práctica pública o no. Es por ello que no se las puede seguir condenando y obligándolas a vivir en ghettos, ocultas de los ojos del resto de la sociedad. La homosexualidad es un hecho que debe ser aceptado, y como tal debe ser regulado por el derecho, al igual que ocurre con muchas de las conductas y relaciones de los heterosexuales. A este respecto creemos que tampoco es bueno hacer discriminaciones «positivas», otorgando a los homosexuales más derechos que los dados a los heterosexuales. El principio de igualdad ante la ley dispone que todas las personas somos iguales, y no que hay algunas más iguales que otras.

- 2) Así como la homosexualidad ha dejado de ser vista por la medicina como una enfermedad, como una perversión, para pasar a ser tratada como una orientación sexual –en la cual hay mucho de opción personal–, también es necesario reconocer que para los homosexuales, así como para los heterosexuales, el deseo y la necesidad de vivir en pareja es una exigencia física y psicológica que no se puede obviar. Frente a esta realidad el Derecho no puede permanecer impávido, y hacerse el ciego ante un tema que clama por atención. Aún cuando hayan muchos sectores que todavía –por ignorancia, interés o simple convicción–, prefieren cerrar los ojos ante el tema homosexual, el Derecho no puede evitar reconocer que las parejas homosexuales son un hecho que en realidad existe, que está presente, que necesita respuestas y no se puede soslayar.
- 3) Creemos que la necesidad de que en Chile se adopte a la brevedad una normativa que regule civilmente las uniones entre homosexuales es un deber que como país estamos en la obligación de cumplir. En la actualidad en Chile existe un alto

índice de población homosexual, y un número no menor de parejas homosexuales –masculinas y femeninas– que se encuentran, por el momento, en la más absoluta desprotección, aún cuando esto no es privativo únicamente de los homosexuales, sino que ello también se extiende a las parejas de hecho heterosexuales.

- 4) Al respecto, hay que destacar que si los motivos éticos y científicos son insuficientes para demostrar la necesidad de dar reconocimiento a las uniones homosexuales, también se pueden invocar razones jurídicas para hacerlo. Chile ha suscrito todos los principales tratados internacionales sobre Derechos Humanos que se han adoptado en el marco del sistema de Naciones Unidas, y como tal esos tratados tienen pleno vigor en nuestro país, fundamentalmente a partir de la reforma efectuada en 1989 al inciso 2º del artículo 5º de la Constitución. Además en nuestra legislación la igualdad ante la ley –y por tanto también el derecho a no ser discriminado arbitrariamente– se encuentra garantizado en la Carta

Fundamental de 1980, principalmente en sus artículo 2 y 19 n° 2. esto último no es un tema menor, toda vez que el proceso que llevó a que en Holanda se reconociera el derecho a casarse a los homosexuales comenzó justamente con una sentencia judicial que declaró inconstitucionales las leyes que impedían a las parejas de igual sexo contraer matrimonio, por cuanto la Constitución de ese país también consagraba el derecho a la no discriminación. En Chile nadie ha pensado nunca en presentar una demanda de este tipo, y es probable que, de hacerse, ella no prosperara, pero el precedente de cierta manera ya ha sido sentado, y nadie sabe qué puede suceder en el futuro, sobre todo si el asunto se llevara ante tribunales internacionales.

- 5) Creemos que en términos generales, el proyecto de ley que actualmente existe en el Parlamento, cumple con lo expresado en el Mensaje con que fue acompañado, por cuanto él responde a la idiosincrasia propia de nuestro país y sólo otorga una regulación jurídica mínima a este tipo de uniones, no consagrando ni el matrimonio entre homosexuales ni el

derecho a adoptar menores, cuestión que deja en claro que el proyecto ha sido elaborado con una visión realista, por cuanto no contempla cosas que, sin duda, generarían un debate mayor que lo haría difícilmente aprobable.

- 6) Es de esperar que en un futuro cercano, la discusión en torno a esta moción se reactive, y que el proyecto se haga a la brevedad ley de la República. No obstante, también esperamos que los derechos, que hoy se quiere dar a la pareja de personas del mismo sexo, también se le reconocieran a las parejas de hecho heterosexuales, por cuanto al garantizarle sólo a los homosexuales el derecho a constituir una pareja fuera del matrimonio, se estaría cometiendo una grave injusticia en contra de todos aquellos heterosexuales que, por convicción o por impedimentos legales, ha decidido llevar una vida en pareja de forma extramatrimonial; y en este caso ya no serían los homosexuales los discriminados, sino un conjunto grande de hombres y mujeres heterosexuales que han optado por llevar adelante un concepto distinto al tradicionalmente aceptado de

familia.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

1. ABERASTURY, Pedro, «*La protección constitucional del ciudadano: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica y Venezuela, Buenos Aires*», CIEDLA, 1999
2. ALCAÍNO TORRES, Rodrigo «*Proyecciones de las Uniones Extramatrimoniales en el Derecho Civil*», Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad Gabriela Mistral. Profesor Guía: Claudia Schmidt Hott. 1995.
3. ÁLVAREZ UNDURRAGA, Gabriel, «*Curso de investigación jurídica*», Santiago, Chile, LexisNexis, 2003
4. ARIÈS, Ph.; BÉJIN, A; FOUCAULT, M y otros «*Sexualidades Occidentales*». Editorial Paidós, Buenos Aires, Argentina, 1987

5. BAREIRO, Line, «*Discriminaciones y medidas antidiscriminatorias: debate teórico paraguayo y legislación comparada, Asunción, Paraguay*» CDE, Honorable Cámara de Senadores, Comisión de Equidad, Género y Desarrollo Social : UNFPA, Asunción, Paraguay, 2003
6. BENQUIS MONARES, Jacqueline, «*El Concubinato*», Memoria de Prueba, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1991. Profesor guía: Fernando Fueyo.
7. BERTOLOTTI, Maritza, «*Aspectos subculturales y psicosociales de la homosexualidad masculina*», Memoria de prueba, Escuela de Psicología, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 1996
8. BIBLIA DE JERUSALÉN, versión 1976.
9. BOSSERT, Gustavo A., «*Régimen Jurídico del Concubinato*», Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1982.
10. CARRASCO CARO, Maritza, «*Subcultura homosexual: mundo oculto de gays, travestis y transexuales*», Tesis, Universidad de

Chile, Santiago, Chile, 2002

11. CEA EGAÑA, José Luis, «*Curso de Derecho Constitucional*», Tomo II, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, 1999.
12. CEA EGAÑA, José Luis, «*Tratado de la Constitución de 1980: características generales, garantías constitucionales*», Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1988
13. CUVI RODRÍGUEZ, Manuela Soledad, «*El Derecho a la No Discriminación por Motivos de Orientación Sexual en la Jurisprudencia Internacional de Derechos Humanos*», Memoria de prueba, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2002. Profesor guía: Cecilia Medina Quiroga.
14. DE LA MAZA, Francisco, «*La Erótica Homosexual en Grecia y Roma*», 1ª edición, Editorial Oasis, México, 1985.
15. GAFO, Javier (Editor), «*La Homosexualidad: Un Debate Abierto*», 2ª Edición, Editorial Desclée De Brouwer, Bilbao,

España, 1997.

16. KEMELMAJER DE CALUCCI, Aida, «*La Protección Jurídica de la Vivienda Familiar*», Buenos Aires, Argentina, Editorial Hammurabi, 1995
17. KOSNIK, Anthony, «*La sexualidad humana*», Ediciones Cristiandad, Madrid, España, 1978.
18. MARTINIC GALETOVIC, María Dora & WEINSTEIN WEINSTEIN, Graciela, «*Concubinato y uniones de hecho*», Apuntes de Clase, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
19. MEDINA, Graciela «*Uniones de Hecho Homosexuales*», Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2001.
20. MEDINA, Graciela, «*Los Homosexuales y el Derecho a Contraer Matrimonio*», Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2001.
21. MIRABET I MULLOL, Antoni, «*Homosexualidad Hoy, ¿Aceptada o todavía condenada?*», Editorial Herder, Barcelona, España, 1985

22. MOVIMIENTO DE LIBERACIÓN HOMOSEXUAL, «*II Informe Anual Sobre Derechos Humanos de las Minorías Sexuales Chilenas*», Santiago, Chile, 2003.
23. NICOLAS, Jean, «*La Cuestión Homosexual*», Editorial Fontamara, Primera Edición Mexicana, Ciudad de México, México, 1989.
24. PALACIOS ZULOAGA, Patricia, «*La Evolución del Concepto de Discriminación en la Jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas Referente al Artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre 1977 y 2002*», Memoria de Prueba, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2003. Profesor guía: Cecilia Medina Quiroga.
25. RAMOS PAZOS, René, «*Derecho de Familia*», 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2000.
26. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA, «*Diccionario*», Edición 2001.

27. REINA, Víctor y MARTINELL, Josep, «*Las uniones matrimoniales de hecho*», Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996
28. REPÚBLICA DE CHILE, «Código Civil».
29. REPÚBLICA DE CHILE «*Constitución Política de la República*», 1980.
30. SCHOFIELD, Michael, «Aspectos sociológicos de la homosexualidad: un estudio comparativo de tres tipos de homosexuales», Barcelona, Editorial Fontanella, S.A., 1969
31. SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, «*Derecho de Familia*», 2ª Edición, Ediar Editores, Santiago, Chile, 1983.
32. TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro, «*Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales*», Madrid, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 1999
33. VARAS VALENZUELA, María Elena, «*Reconocimiento Jurídico de las Uniones entre Personas del Mismo sexo*», Memoria de

Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2000.

Profesor guía: Paulina Veloso Valenzuela.

34. ZANNONI, Eduardo, «Derecho civil: derecho de familia», Buenos Aires, Astrea, 1998

35. ZURITA TORO, Teresa de Lourdes, «*El concubinato*», Memoria de prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 1997

DOCUMENTOS

1. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES DE NACIONES UNIDAS, «*Observación n° 14*», de diciembre del 2000.

2. CONGRESO DE CHILE, «*Proyecto de Ley de Fomento de la no Discriminación y de Contrato de Unión Civil Entre Personas del Mismo Sexo*», de 10 de julio de 2003

3. MERCADO COMÚN DEL SUR, «*Declaración Sociolaboral*», 10 diciembre de 1998.

4. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, «*Convención*

Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)», de 22 de noviembre de 1969.

5. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, «*Declaración Universal de los Derechos Humanos*», de 10 de diciembre de 1948.
6. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, «Informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia», celebrada en Durban en 2001
7. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, «*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*», de 16 de diciembre de 1966.
8. PACTO ANDINO, «Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos», julio de 2002.
9. PARLAMENTO EUROPEO, «*Resolución sobre la Igualdad de Derechos de los Homosexuales y las Lesbianas en la Comunidad Europea*», de 28 de febrero de 1994

10. UNIÓN EUROPEA, «*Tratado Constitutivo de la comunidad Europea*»