

## PRESENTACIÓN LIBRO: “PAREJAS HOMOSEXUALES: ¿UNIÓN CIVIL O MATRIMONIAL?”

PRESENTATION OF THE BOOK:

“PAREJAS HOMOSEXUALES: ¿UNIÓN CIVIL O MATRIMONIAL?”

PRÉSENTATION DU LIBRE:

“PAREJAS HOMOSEXUALES: ¿UNIÓN CIVIL O MATRIMONIAL?”

JORGE BARAONA GONZÁLEZ\*

Quiero agradecer a la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, y en particular a la Directora de su Escuela de Postgrado, profesora Maricruz Gómez de la Torre, por hacerme esta invitación. Al mismo tiempo, debo felicitarles por poner este tema en el debate académico.

El libro parece proponer, ya en su título, que son sólo dos las opciones en relación con las parejas homosexuales: matrimonio o unión civil, como si la alternativa de no hacer nada, fuera teóricamente imposible. Estoy consciente que políticamente la cuestión está resuelta entre matrimonio o unión civil, pero la verdad es que también puede ser una opción estimar que no hay base para legislar.

El libro ofrece diversos trabajos, de distinto tipo. Desde aproximaciones teóricas al proyecto de ley, hasta reflexiones críticas y ácidas sobre el lobby homosexual. Tal vez el punto de fondo que nos hace reflexionar es si el principio de igualdad, que está reconocido en todos los instrumentos internacionales, y que también lo recoge la Constitución chilena, nos obliga a reconocer el matrimonio igualitario como condición indispensable para dar un trato constitucional a los homosexuales que aspiran al matrimonio.

La cuestión de fondo que el libro plantea, es saber si hay razones para estimar que el matrimonio sólo debe ser entre un hombre y una mujer, o esta exigencia proviene más bien de un incruste cultural, que bien se podría borrar, sin daño para el matrimonio. Una segunda cuestión que el libro mueve a reflexionar, en caso de que desechemos el matrimonio igualitario, es saber cómo deberíamos organizar la unión civil, sea de personas del mismo o diferente sexo.

Quiero aproximarme con plena libertad intelectual a este tema, aunque yo sé que cuesta hacerlo, sin ser reprobado, pero yo supongo que si me han convidado a presentar este libro es para que exponga mi opinión, desde el punto de vista de la Ciencia del Derecho.

---

\* Abogado. Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de los Andes. Correo electrónico: jbaraona@miuandes.cl.

Lo primero que quisiera decir es que en mi comprensión del matrimonio, éste es una institución que emana de la propia realidad de la persona, y ello supone no sólo la diferenciación de sexos, sino, más al fondo, la indisolubilidad vincular. Por ello, cuando me dicen que se quiere igualar el amor homosexual, hasta el punto de permitir el matrimonio legal, yo pienso que el matrimonio legal que hoy tenemos en Chile no es el verdadero matrimonio, pues le falta la indisolubilidad del vínculo. Estoy consciente de que hablo de un elemento escondido, o desaparecido de la cultura jurídica actual, pero no quiero eludirlo, porque para mí si no hay indisolubilidad, no existe propio y verdadero matrimonio. El compromiso matrimonial, para ser auténtico, debe ser capaz de asegurar un lazo que no se rompa sino con la muerte de uno de los cónyuges.

Una segunda reflexión que quiero hacer en torno a la lucha por el matrimonio igualitario, dice relación con la función misma del Derecho de Familia, porque son muchas las voces que, junto con reclamar el derecho del amor homosexual al matrimonio, proclaman al mismo tiempo que el Derecho de Familia es una organización o regulación tosca, que llega tarde y mal a la vida familiar, y si acaso debe comparecer, debe hacerlo para resolver las crisis, no para organizar ni institucionalizar el amor, o la familia. Resulta que en el caso del posible matrimonio homosexual en Chile, se convoca al matrimonio como una manera de darle legitimidad a una relación, y probablemente se llama al Derecho, al comienzo de la relación (al menos cuando no hay crisis), buscando esa función ordenadora que ayer era menospreciada. Hay aquí una paradoja.

En tercer lugar quiero decir, y en este caso parece insoslayable, que la cuestión por el matrimonio homosexual tiene una función legitimadora, que se inserta en un contexto más amplio: la lucha por la igualdad de trato de quienes tienen opciones de género diferentes a las tradicionales, y peculiarmente a quienes se declaran homosexuales en el amplio sentido de la palabra. Quiere decir, entonces, que la lucha por el matrimonio homosexual no busca el matrimonio en sí mismo, sino una reivindicación profunda de la homosexualidad, aunque ello suponga borrar los elementos intrínsecos de la institución matrimonial, y es aquí donde lo jurídico reclama sus fueros, porque no por el hecho de que se deba organizar una sociedad más justa en el trato, ello supone borrar cualquier diferencia, aunque ello sea con cargo a una institución; el funcionalismo, en este sentido, es peligroso, porque al desconocerse la institución del matrimonio se desestabiliza con ello el orden social.

Con lo dicho, ya puedo analizar el elemento que me parece más discutible que está presente en varios trabajos, y es el que se quiere soslayar a la hora de afirmar el matrimonio igualitario. Dice relación con el hecho de que la base del matrimonio no puede ser la potencialidad generadora, es decir, la función procreativa asociada a la unión sexual de tipo heterosexual, sino a la protección del amor o unión afectiva, sea ésta hetero u homosexual. Personalmente, pienso que no existe razón de peso para proteger legalmente el amor en sí mismo, a los efectos de ins-

titucionalizarlo por la vía del matrimonio, porque no es el amor lo que hace nacer el vínculo matrimonial, sino el pacto conyugal, haya o no allí amor en quienes lo comprometen. Es decir, siendo muy conveniente casarse enamorado, no hace falta estarlo para dar un consentimiento conyugal válido; sólo hace falta tener plena conciencia de lo que se hace, querer casarse, y estar en condiciones de cumplir con las obligaciones que impone el matrimonio, y en la medida, naturalmente, que se den los otros requisitos legales. De otro lado, el Derecho no protege ni aspira a proteger toda unión afectiva sea por la vía del matrimonio o no. Así, el pololeo en Chile no está regulado, y nadie puede dudar con la intensidad con que hoy se pololea en nuestro país y las diversas alternativas de emparejamiento que existen; la modalidad escogida dependerá de la edad y la aproximación que los pololos, o al menos que alguno de ellos tenga a estos temas, y logre persuadir al otro. Una pareja de amantes, que es acaso la más impresionante expresión del amor, que rompe esquemas sociales y no pocas veces otras uniones, no es protegible por sí misma, pues, depende al menos de que uno de ellos no esté casado. El caso de Ana Karenina, por poner una película reciente, es un ejemplo de la intensidad de este amor que no logra institucionalizarse. La amistad, por último, tal vez la expresión más profunda del amor humano (los cónyuges también pueden llegar a ser amigos), no necesita institucionalizarse, precisamente por su propia fortaleza; cualquier intento de regular la amistad sería destruirla, porque la gracia de toda amistad es ser amor voluntario y libre. Y qué decir de la actual comprensión social del matrimonio, si parece que cada día más se piensa que amor y matrimonio son irreconciliables; para cuanta gente, joven especialmente, amar es fruto de la más plena libertad y, por lo mismo, no necesita ni reglas ni libretas de ningún tipo, sólo exige libertad, ganas e intensidad. En consecuencia, ni institucional ni culturalmente, el amor es esencial en el matrimonio. Pero, una vez más la paradoja aparece, pues se proclama el matrimonio como necesario para el amor homosexual.

Afirmo, en cambio, como base del matrimonio, la potencialidad generadora que sólo se logra en la unión de los gametos femenino y masculino. Sólo en la capacidad de generación, en cuanto está destinada a traer a la vida a nuevos seres humanos, y en la necesidad de protegerlos, criarlos y educarlos, es en donde encuentro una justificación profunda para institucionalizar la vida de pareja, en torno al matrimonio. Es decir, la familia que potencialmente está disponible en la relación de tipo heterosexual, es la que justifica el matrimonio. Es cierto que en el libro se argumenta que las parejas estériles, o las que ya no pueden engendrar, pueden acceder al matrimonio, aunque haya certeza de que no podrán generar nueva vida. Sin embargo, me parece que ello no impide reconocer que potencialmente sí pueden ser padres, aunque en la realidad no lo sean. Es decir, todo en ellos hace que pudieran engendrar, pero por razones accesorias, algo lo impide. Es justo, en consecuencia, permitirles el acceso al matrimonio, por último, porque la institución de la adopción puede suplir lo que en ellos la biología les ha negado.

Se me dirá que soy cruel, porque también una pareja homosexual puede generar, al menos con el gameto de uno de ellos, recurriendo a técnicas de reproducción o fertilización diversas, como de hecho ocurre, o incluso, optando también por la adopción. Pero que lo que en la esterilidad es una falla de la naturaleza, aquí aparece una imposibilidad natural. Por ello, el derecho no puede imitar o suplir lo que no naturalmente no se da, porque al final termina convirtiéndose en un daño en contra de las mismas personas. No quiero entrar al tema de fondo, porque no es lo que hoy nos convoca, pero en la generación o la adopción por una pareja homosexual, hay un tercero convocado, que no puede ser desestimado.

Concluyo, en esta primera parte, que no puede ser admisible el matrimonio homosexual, porque no tiene base de sustentación natural, al no ser necesario para proteger el amor homosexual, ni imprescindible para generar, educar y proteger los nuevos seres humanos, función que debe ser cumplida por parejas heterosexuales. Por último, no es por la vía de desnaturalizar una institución, como se logran las reivindicaciones sociales.

Entro ahora al segundo tema: el acuerdo de vida en pareja, o el acuerdo de vida en común, como alternativa al matrimonio para parejas homosexuales. Se nos explica que ello tiene sentido para proteger el patrimonio común que la pareja haya logrado durante el tiempo de vida compartida, para asegurar ciertos derechos previsionales y de seguridad social de los convivientes y para permitir derechos sucesorios. La verdad es que tengo una visión distinta del tema.

Yo no quiero desconocer que el concubinato o convivencia en Chile está extendido, por muchas razones, pero fundamentalmente por una huida del matrimonio y de sus compromisos. Aquí tenemos una nueva paradoja, mientras hay parejas heterosexuales que arrancan del matrimonio, las parejas homosexuales, que son en número muy menor, aspiran a casarse. No creo que las justificaciones que se dan tengan mérito suficiente, porque lo clave en una crisis de pareja se produce cuando se termina la convivencia, y efectivamente las reglas sobre repartición de bienes en común son harto débiles para resolver los problemas que se producen. Es más, con o sin APV, no lograremos resolver estos conflictos por la vía legal, porque igual tendremos muchas parejas viviendo en la libertad del amor y que entrarán en crisis, y habrá que ordenarles sus conflictos por vía judicial, como de hecho hoy ocurre. Acaso las cuestiones previsionales tengan más justificación, pero en este caso ya hay mucha norma, y se puede perfeccionar sin tener que crear una institución para este solo efecto. Por último, la cuestión sucesoria es la más simple de resolver, para mi personal modo de ver las cosas, porque yo creo que en vez de incrementarse los derechos sucesorios del cónyuge, como se hizo con la Ley N° 19.585, en 1998, pienso que deben tender a reducirse. Una amplitud en la libertad de testar, que es la tendencia natural de una sociedad más opulenta, nos debe llevara pensar que en esta parte el proyecto no sólo es errado, sino que supone una involución. Igualdad conforme, pero en que el testador sea el que resuelva. De verdad no veo por qué el

cónyuge (la pareja) tendría derecho a ser heredero, al menos en los términos que hoy se consagra en el Código Civil para el cónyuge supérstite.

Quiero adicionalmente señalar que una regulación amplia de un acuerdo de vida en pareja puede ser gravemente desestabilizador, porque iría contra el matrimonio. Si hoy la gente no se casa por no comprometerse, obviamente tenderá a una unión menos intensa que a una más exigente.

Concluyo que no veo razón para una regulación de este tipo, que no sea política. De entrar en ella, por supuesto que prefiero una regulación que no intervenga el matrimonio.

Agradezco una vez más la invitación y felicito a la Facultad, y a los editores del libro por este debate.