

EL CONCEPTO DE FAMILIA Y LA UNIÓN CIVIL DE PERSONAS DEL MISMO SEXO

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA A LA APLICACIÓN DE LA LEY DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

CHRISTIAN VIERA ÁLVAREZ*

El caso que comentaremos dice relación con la aplicación de la ley de violencia intrafamiliar que en su artículo 5° define la violencia de esta naturaleza: “Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente”.

Conociendo un recurso de nulidad Rol N° 373-2006) interpuesto por el condenado por violencia intrafamiliar por la jueza de garantía de Combarbalá, la Corte de Apelaciones de La Serena se enfrentó al tema de si la convivencia entre dos personas del mismo sexo es posible de ser comprendida en la definición que contiene el artículo 5° de la Ley N° 20.066.

La jueza de garantía acogió la pretensión del denunciante y condenó al causante de violencia. La Defensoría requirió la nulidad de la sentencia, fundado en el hecho que si dos personas del mismo sexo cohabitan en la misma casa no es una figura que sea susceptible de encuadrarse en la figura de convivencia. La Corte rechazó el recurso de nulidad interpuesto por el condenado, destacando el considerando 3°: “la calificación de si es o no es convivencia, para los efectos del artículo 5° de la Ley de Violencia Intrafamiliar, la que puedan mantener parejas del mismo sexo, es una cuestión valórica... en consecuencia, si tal determinación es una cuestión de interpretación o valórica de los hechos, mal puede el juez de garantía haber incurrido en una errónea aplicación del derecho, toda vez que su actuar no fue ni arbitrario ni infundado... la jueza *a quo*, al establecer que sí existió

* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Abogado. Magíster en Estudios Filosóficos, Universidad Alberto Hurtado. Profesor de Derecho Constitucional y Coordinador Académico de la Escuela de Derecho de la Universidad de Viña del Mar.

convivencia de connotación familiar o afectiva entre (las partes), ponderó los hechos y aplicó el derecho según su leal saber y entender... resultaría particularmente atentatorio contra el principio de independencia de los jueces, que un tribunal superior impusiera sobre el inferior su concepto valorico sobre un tema jurídico en conflicto, máxime en este caso, en que la resolución de la jueza *a quo* señala pormenorizadamente los antecedentes, incluso constitucionales, que la convencen para su decisión”¹.

El fallo de la Corte fue dividido y el voto de minoría estuvo por acoger el recurso de nulidad interpuesto en razón de: “uno) que si bien podían ser aplicables en la especie las garantías constitucionales de igualdad ante la ley y de no discriminación, también son necesariamente aplicables otros principios penales, que prescriben que nadie puede ser condenado sino por un hecho que la ley califique de delito, sin que dicha calificación pueda hacerse por analogía o extensión; dos) en la especie, se están calificando por analogía como delito de violencia intrafamiliar hechos que estarían tipificados con otra penalidad menos gravosa... a este respecto habría que concluir que si la convivencia homosexual puede dar cabida a la aplicación del delito de violencia intrafamiliar, también podría darla para calificar un homicidio simple entre convivientes homosexuales como delito de parricidio...; cuatro) abona este parecer, en cuanto que la relación homosexual de convivencia no configura en la actualidad convivencia familiar, el hecho que se encuentre en tramitación un proyecto de ley... sobre fomento de la no discriminación y de contrato de unión civil entre personas del mismo sexo, proyecto por el que se pretende proteger la existencia legal de la familia constituida entre personas del mismo sexo.... Si para solucionar problemas patrimoniales de uniones homosexuales es preciso legislar con especificidad, con mayor razón debería serlo para dar a tales uniones consecuencias penales, de suyo restrictivas”.

En esta sentencia es posible apreciar la emergencia de una concepción amplia de familia que tiende al resguardo de la convivencia entre personas del mismo sexo, sin perjuicio que el voto de minoría está por acoger el recurso de nulidad, considerando reglas interpretativas que tienen a la literalidad de la norma jurídica como principal regla hermenéutica.

La interpretación que hacen los jueces en este caso, dice relación con el carácter de cláusula abierta del artículo 5. Los jueces, deben aplicar el derecho, pero este no se agota en la pura letra de la ley. Cuando la letra no es clara es necesario acudir a otros criterios hermenéuticos para darle un sentido a la norma armónica con el sistema jurídico y como respuesta efectiva al *factum* social. No es correcto postular que la existencia de proyectos de ley

¹ *Sentencia recurso de nulidad*, Rol N° 373-2006, Corte de Apelaciones de La Serena, 8 de enero de 2007.

que tienden a un reconocimiento positivo de las uniones de personas del mismo sexo, implica que sus necesidades y carencias no pueden ser atendidas por el derecho dada su inexistencia legal/normativa; un criterio de esta naturaleza nos lleva a la petrificación del derecho siendo un síntoma inequívoco de la falta de apertura del sistema jurídico a los signos de los tiempos.

Por qué es sustentable postular una visión amplia sobre lo que podamos entender acerca de la familia. Porque visiones restringidas que limitan la familia al matrimonio tienen en su raíz una teoría filosófica, la escolástica, con un fuerte influjo del catolicismo romano; pero además, no solo el sustrato teórico es restrictivo sino que no existe una respuesta adecuada y oportuna a los requerimientos fácticos del desarrollo social: la familia hoy es diversa, tanto en el sentir de la población como por su la realidad social que es compleja y plural. Algunos indicadores nos ayudarán en entender esta situación.

Según los resultados del Censo Nacional de 2002, la población total del país asciende a 15.116.435 de habitantes. De ese universo, para determinar el porcentaje de la población con un determinado estado civil, se divide a la población en mayores de 15 años. El total de personas en esa condición es 11.226.309. De ellas, hay 5.181.855 personas casadas, es decir, 46,2%; 3.883.266 son solteros, 34,5%; 582.060 son separados o anulados, 5,2%; 994.762 conviven, 8,9% y 584.366 son viudos (as), 5,2%.

Con estos datos podemos señalar que, efectivamente, una parte importante de la población es casada o soltera. En la soltería en todo caso, se debe relativizar el porcentaje pues 2.632.195 personas (23,4% del total, pero 67,8% de la muestra de solteros) se encuentran en el tramo de edad 15 a 29 años, espacio de la vida en que, precisamente, aún no está en el horizonte generalizado el matrimonio o está por ser asumido.

Menos de la mitad de la población se constituye en el matrimonio (pero ahí están los solteros, que muchos de ellos deben vivir con sus padres), sin embargo, cobra relevancia la importante minoría de personas que están separados, anulados o conviven. Ambos grupos superan el 14% de la población. El dato está, no es mayoría pero se trata de una minoría importante. ¿Cómo la definimos? ¿Se trata de familia? ¿O simplemente es una comunidad de hecho, pero que no conforma familia, al no estar arraigadas en el matrimonio? Nos inclinamos a afirmar que se trata de familias, acogiendo una definición más amplia y comprehensiva de comunidades de referencia que se vinculan en base a los vínculos sanguíneos y de afecto².

Incluso, si revisamos estudios previos a la promulgación y publicación de la nueva ley de matrimonio civil, la opinión mayoritaria de la población era favorable a la existencia del divorcio como causal de disolución del vínculo matrimonial. Sobre este último punto, el 10% de los encuestados

² Para revisar los datos del Censo 2002, http://espino.ine.cl/CuadrosCensales/apli_excel.asp.

rechaza la legalización del divorcio; un 25% considera que debería aprobarse en forma restrictiva; y el 65% aprueba una ley de divorcio en la que solo bastaría el acuerdo de la pareja³.

Sin embargo, a pesar de las posiciones que tienden a disentir de una ampliación de la matriz familiar, los datos sobre esta materia nos permiten ilustrar que el sentir ciudadano tiende a la tolerancia y aceptación de la diversidad frente a posturas que se producen en el ámbito del espacio individual. Un informe de 2001 realizó una encuesta sobre el derecho a elegir de los chilenos y cuenta con importantes conclusiones⁴. Una de las consultas estaba referida al divorcio. Frente a la pregunta “respecto a la ley de divorcio usted se definiría a favor o en contra”, el 80% de los encuestados se manifestó a favor y solo un 20% en contra, es decir, una importante mayoría se manifestaba en sintonía con la actualización de la ley de matrimonio civil chilena; asimismo, había una pregunta sobre el nivel de acuerdo sobre la siguiente frase: “respecto a los temas valóricos, las distintas opiniones pueden ser muy legítimas, pero debe existir la libertad para que cada uno decida en conciencia qué hacer”, el 87% se mostró de acuerdo con la afirmación (un 57% de acuerdo y un 30% muy de acuerdo). Por su parte, sobre el parecer de los encuestados con la siguiente afirmación: “es muy grave que un grupo de personas intente imponer sus ideas al resto; los que estén de acuerdo con la píldora que la usen, los que no lo están que no lo hagan”, el 85% manifestó su conformidad (33% muy de acuerdo y 52% de acuerdo), por lo tanto, es posible apreciar que existe una tendencia en la ciudadanía a respetar las opiniones minoritarias y una resistencia importante a que argumentos de autoridad se impongan sin un sustrato de razonabilidad.

Como es bien sabido, existió una clasificación en nuestra legislación civil que distinguía a los hijos dependiendo del matrimonio. Hasta la reforma introducida por la ley 19.585 que modificó el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación, los hijos se clasificaban en legítimos, naturales e ilegítimos (primitivos artículos 179, 207 y 270 del Código Civil y artículos 13, 17, 250 y 296 del Código Civil). En la actualidad sigue existiendo una distinción en cuanto a la filiación de los hijos, ya que el artículo 179 inciso 1° del Código Civil señala que “la filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial”. Pero, desde la perspectiva de los efectos, no hay diferencias entre los hijos sean estos de la filiación matrimonial o no matrimonial, por tanto, la distinción efectuada por el legislador es meramente formal y no se traduce en efectos diferenciadores.

³ CENTRO DE ÉTICA UNIVERSIDAD ALBERTO HURTADO: “Juicio Ciudadano: píldora del día después y ley de divorcio”, en: *Informe Ethos*, N° 17(2001), Santiago.

⁴ FUNDACIÓN CHILE 21, *Opinión Pública N° 3, opiniones y percepciones sobre el derecho a elegir y la píldora del día después*, Santiago, 2001, en: http://www.chile21.cl/chile21/archivos/est_opinion/op3.pdf.

Sobre el tema de la filiación, cabe destacar que hubo sectores que se opusieron a la igualación del estatuto de los hijos. Por ejemplo, un informe en derecho elaborado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, señala que: “todo lo anterior conduce a la facultad a desaprobar el proyecto en informe en todas sus partes, como contrario al derecho natural y a la Constitución Política, al importar las reformas que en él se proponen un gravísimo atentado contra los cimientos de la institución familiar”⁵. De la misma opinión es Guzmán Brito, para quien la igualación de los hijos es un despropósito que tiende lentamente a la abolición final de la familia. Señala que “asistimos a una tendencia desmedida a convertir en derechos meras facultades de hacer... un claro ejemplo se ve en la familia. Bien sabido es que una tendencia moderna conduce a igualar jurídicamente los hijos ilegítimos a los legítimos, y el concubinato y las uniones homosexuales al matrimonio y la familia, y todo bajo el concepto de derechos que tendrían los hijos ilegítimos, los concubinos o los homosexuales. El resultado previsible yo diría que casi seguro, es la abolición final de la familia y del matrimonio, aunque sea de hecho y aunque formalmente se mantenga el matrimonio como unión de hombre y mujer. Finalmente todo será igual y dará lo mismo”⁶, opiniones que, a la luz de los resultados finales de la normativa civil, no fueron atendidas.

Si relacionamos matrimonio y filiación el año 2000 se efectuaron 67.397 matrimonios, cifra que fue declinando progresivamente al 2004, en que se celebraron 54.122; el 2005 hubo un pequeño repunte, más significativo el 2006 (59.323 matrimonios), sin embargo, desde el 2000 se está produciendo una disminución en el número de matrimonios celebrados en el país⁷.

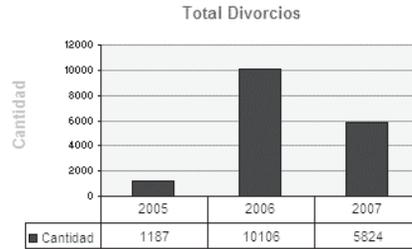
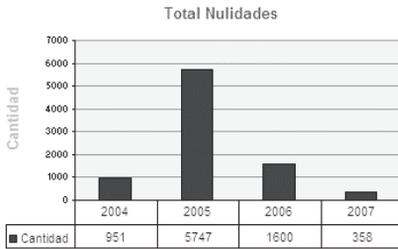
Lo que ha tenido una disminución importante desde la vigencia de la nueva ley de matrimonio civil es la nulidad de matrimonio, reemplazada y en mayor número por la demanda de divorcio (nueva causal de disolución del matrimonio)⁸:

⁵ FACULTAD DE DERECHO, PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE: “Igualdad de los Hijos. Informe sobre un proyecto de reforma del Código Civil en lo relativo al régimen de filiación”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 21 Nº 2 (1994), p. 403.

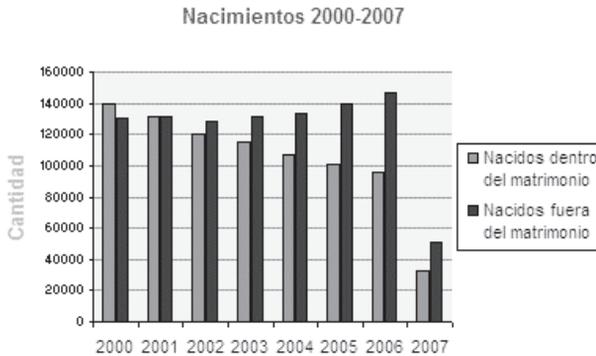
⁶ GUZMÁN BRITO, Alejandro: “La doctrina iusnaturalista de los derechos innatos y los modernos derechos humanos”, en: *Revista de Ciencias Sociales, positivismo jurídico y doctrinas de derecho natural*, Nº 41 (1996), p. 257.

⁷ SERVICIO DE REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN: “Estadísticas con Enfoque de Género”, en: http://www.registrocivil.cl/f_estadisticas_enfoque_de_genero.html

⁸ *Ibid.*



Sin embargo, en relación al fenómeno de filiación se presenta uno de los indicadores más relevantes, toda vez que de los niños nacidos ha habido una diferenciación entre hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio. A comienzos de la presente década, había una leve distancia entre hijos nacidos fuera del matrimonio en comparación con los nacidos en el matrimonio, distancia que con el tiempo fue decreciendo, llegando al 2006 en que los hijos nacidos extramatrimonio suman 145 mil y los nacidos en matrimonio no llegan a los 100 mil⁹:



Por ello resulta razonable postular que, ante la existencia de una disminución de celebraciones de matrimonio, aumento de parejas que solicitan divorcio como también de aquellas que simplemente conviven, hijos nacidos fuera del matrimonio, etc, familia la constituyen aquellas unidades humanas reunidas por vínculos afectivos y/o sanguíneos y que son una comunidad de referencia, independiente de su formalización contractual en la figura del matrimonio. No tenemos cifras para la unión de parejas del mismo sexo, mas, podríamos sostener que en esa minoría también se podrían dar esos supuestos.

⁹ *Ibíd.*

¿Por qué es importante desarrollar un concepto de familia más amplio? Porque si bien la familia que se funda en el matrimonio constituye una realidad mayoritaria y significativa, la apertura de la sociedad a realidades diversas implica un desafío para el derecho. Ya existen consideraciones y soluciones legislativas a la figura de la convivencia, v.g. violencia intrafamiliar, soluciones jurisprudenciales a la convivencia en materia de derecho sucesorio estableciendo el cuasicontrato de comunidad, sin embargo, el desafío que implica esta apertura debe materializarse normativamente. Si estimamos que constituyen familia los convivientes (hetero u homosexuales), deben existir regulaciones legales que amparen sus derechos, como también que impongan obligaciones. Interpretar correctamente el concepto convivencia en sentido amplio favorece la aplicación de la ley de violencia intrafamiliar no solo a los cónyuges y sus hijos, sino también a la convivencia, cualquiera sea su naturaleza; también existen desafíos normativos a la convivencia y su estatuto en derecho sucesorio, como también, al menos discutir legislativamente un estatuto jurídico para las uniones de hecho, sean estas de parejas heterosexuales como homosexuales. La revisión de una actualización conceptual de la familia importa, entonces, una dimensión práctica que el derecho debe asumir. El principio de tolerancia de Rawls y su deducción en posición original puede ser un considerado un elemento que otorga racionalidad sustantiva a la discusión normativa. El derecho, así, se transforma (o deviene) en mediador entre los principios y anhelos de la comunidad y su traducción normativo/práctica¹⁰.

¹⁰ En Chile, la discusión sobre la unión civil de personas del mismo sexo no es tema pacífico, sin embargo, en derecho comparado existe abundante normativa sobre la materia, llegando incluso a establecer como matrimonio el celebrado entre “personas”, independiente de su género. La Presidenta Bachelet en su campaña presidencial se mostró abierta a presentar un proyecto de ley para regular, sobre todo, los efectos patrimoniales de las uniones de hecho, algo así como el Pacto Civil de Solidaridad del Código Civil Francés.

Sobre discriminación de la homosexualidad y la necesidad de apertura a este fenómeno, véase UNDURRAGA VALDÉS, Verónica: “Cultura y diversidad de formas de vida: la homosexualidad”, en: *Revista de Estudios Públicos*, N° 103 (2006), pp. 337-358.