

Uniones de hecho Homosexuales. Un análisis Constitucional.

Gonzalo Candia Falcón*.

Resumen: En el presente trabajo se busca demostrar la inconstitucionalidad sustantiva del proyecto de ley que regula las uniones de hecho homosexuales, actualmente en tramitación en el Congreso Nacional. Ello por cuanto la Constitución Política adopta una opción valórica específica en torno a la definición nuclear del concepto de familia, que no es otra sino aquella del Derecho Natural.

Palabras Claves: uniones de hecho - uniones homosexuales - concepto de familia – Constitución Política – Derecho Natural.

Introducción.

Desde comienzos de la década de los noventa el debate en torno al concepto de *familia* se amplió notablemente. Ejemplo claro de ello fue la creación de la denominada “*Comisión Nacional de la Familia*” (1992) y las diversas modificaciones legales que ha experimentado el Derecho de Familia en los últimos años, entre las que destaca la instauración del divorcio vincular en nuestra legislación.

El debate mencionado muchas veces se ha visto empobrecido debido a la ausencia de un análisis sustantivo del tema. En vista de aquello es que el presente artículo viene en esbozar la siguiente tesis: la Constitución chilena considera efectivamente un concepto valórico específico de familia, concepto que no se corresponde con aquel que subyace en el proyecto de ley actualmente en trámite que regula las denominadas “uniones de hecho” homosexuales”. Esa falta de correspondencia es la que determinaría la inconstitucionalidad material de éste último.

Probar dicha tesis exigirá de este autor que, en primer lugar, efectuemos una rápida descripción de la iniciativa parlamentaria y, luego, la contrastemos con los contenidos de nuestra Carta Fundamental.

* Instructor asociado de Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Chile. El autor se desempeña actualmente como profesor ayudante del curso de Derecho Constitucional del profesor Arturo Fermandois. Ha efectuado dos publicaciones durante el año 2007 en las Revistas *Ius Publicum* N° 18 y N° 19.

1. Proyecto de ley sobre uniones homosexuales. Boletín N° 3594.

El proyecto de ley contenido en el boletín N° 3594 presentado por los diputados Accorsi, Ascencio, Hales, Palma, Leal, Rossi, Tohá, Saa y Vidal tiene por objeto –según sus mismos redactores– “regular la unión de las parejas homosexuales en Chile y como una sus características definitorias el adecuarse a los avances científicos y legales existentes a nivel mundial y nacional en relación a los derechos humanos de las minorías sexuales”.

Lo anterior, “no persigue el matrimonio entre personas del mismo sexo, sino sólo asegurar un piso de estabilidad emocional y patrimonial básica a los miembros de la pareja (...) En ningún caso el proyecto afecta los valores de la familia tradicional, toda vez que sus artículos resguardan dicha institución”. Pese a dicha declaración, más adelante la fundamentación explícita que “dada la actual situación de menoscabo de las parejas homosexuales, **es imperioso avanzar en la protección de ese tipo de familia** y, de paso, internalizar que la existencia de formas particulares de ejercer la sexualidad corresponden al ámbito de lo privado”.

Para conseguir estos objetivos, el proyecto reconoce la existencia legal de una “familia” constituida sobre la unión de una pareja homosexual (artículo 1°). Pese a que el inciso final del artículo 1° establece expresamente que la unión civil en cuestión “no es asimilable al matrimonio”, el legislador propone una serie de requisitos que – necesariamente – lo analogan a éste. Entre ellas se encuentran los impedimentos (artículo 3°); la celebración del contrato de unión (artículo 4°); la necesidad de inscripción en el Registro Civil (artículo 6°), el reconocimiento de los deberes de socorro y asistencia mutua entre los miembros de la sociedad (artículo 10°); e incluso en su artículo 16° reconoce como equivalentes la posición del cónyuge sobreviviente en la sucesión del difunto con aquella del miembro sobreviviente de la “sociedad”.

La pregunta que surge es la siguiente: el modelo de unión civil propuesto por el proyecto de ley ¿Es atentatorio de la Constitución Política? ¿Infringe los derechos de la familia matrimonial el reconocimiento de esta clase de uniones? Resolver estas cuestiones requiere **determinar si la Constitución trabaja o no con un determinado modelo de familia**. A partir de aquí pueden surgir dos conclusiones:

- i. Que la Constitución trabaje con un concepto indeterminado de familia, cuya definición corresponde al legislador. En este caso, el proyecto sería constitucional; o
- ii. Que la Carta Fundamental considere un concepto definido de familia. En ese caso deberemos comparar si el modelo propuesto por el proyecto se ajusta al modelo constitucional.

Vamos, pues, a estudiar el problema planteado.

2. ¿Considera la Constitución Política una opción valórica en torno a la familia?

Al examinar el texto constitucional podremos darnos cuenta que las alusiones al concepto de familia son múltiples y variadas a lo largo de la Carta Fundamental. Así, su artículo 1° inciso segundo afirma que “La familia es la base de la sociedad”, agregando en su inciso quinto que es deber del Estado “propender al desarrollo y fortalecimiento de ésta” Con posterioridad vuelve a referirse a ella a propósito de los límites del ejercicio de la libertad de expresión, indicando que la institución familiar es sujeto de honra (artículo 19 N° 4). Posteriormente, en los artículos 19 N° 10 y 19 N° 11 reconoce el derecho de los padres “el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos”. Mientras tanto, se establece como una garantía de la libertad de enseñanza su derecho a “escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos”.

Como es posible advertir, la Carta Fundamental reconoce expresa o implícitamente:

- a) La existencia de la familia como elemento conformador de la sociedad civil;
- b) El reconocimiento de su calidad de *persona moral*, en cuanto sujeto de derechos;
- c) Su constitución interna, ya que se alude a la voz “padres” e “hijos”;
- d) De allí que constitucionalmente la expresión familia encuentre en su fundamento la unión de un hombre y una mujer, únicos seres naturalmente capaces para generar “hijos”.

Ahora bien, el reconocimiento de los elementos anteriormente enunciados es posible explicarlo desde una perspectiva filosófica, histórica y sistemática.

2.1. La perspectiva filosófica.

La familia surge como institución natural para permitirle al hombre vivir una existencia plena. Es expresión primera de la sociabilidad humana, cuyo primer objetivo es la conservación de la especie. De allí que necesariamente deba estar constituida en su núcleo sobre una unión heterosexual. En ese sentido, afirma Aristóteles en su *Política*:

“Se unen de modo necesario los que no pueden existir el uno sin el otro, como la hembra y el macho para la generación (y esto no en virtud de una decisión, sino de la misma manera que los demás animales y plantas, que de un modo natural aspiran a dejar tras sí otros semejantes) Por tanto, la comunidad constituida naturalmente para la satisfacción de las necesidades cotidianas es la casa...”¹

Ahora bien, la sola procreación ¿Es el único hecho que permite a Aristóteles creer que la familia surge como una institución natural? No. La razón decisiva para ello es que en el seno familiar el hombre puede desplegar ciertas capacidades –que lo distinguen de otros seres que habitan sobre la tierra – que le permiten alcanzar una plenitud propiamente humana². De allí que la familia no se agote en la sola procreación, sino que además requiera de un elemento que el mismo Aristóteles había mencionado anteriormente en su *Ética a Nicómaco*: la *philia* o amor de amistad, que permite a la comunidad constituida por los padres y los hijos desarrollarse correctamente³.

Consta, pues, que la familia constituye un *bien humano básico* en cuanto difícilmente puede afirmarse que existe una vida plena sin ella⁴. En efecto, nadie puede afirmar de forma rotunda y directa que no tener una familia es mejor a tenerla.

Esta realidad – que la familia constituye un elemento esencial dentro del desarrollo de la persona humana – no podía ser ajena al Derecho. Éste, que busca regular la convivencia de las personas, regulará los elementos necesarios para su pleno desarrollo. Eso sí, partiendo desde un presupuesto básico: la familia es una institución natural, y, por tanto, pre-jurídica. El Derecho sólo podrá regularla en todos aquellos aspectos que exijan el cumplimiento de un deber de justicia entre sus integrantes, pero no podrá alterar el núcleo de su esencia: unión de padres e hijos.

Al aludir a esta clase de unión, ¿Aludimos a cualquier unión? Creemos que no. Cuando hablamos de esta unión entre hombre y mujer hablamos de una unión excluyente, permanente e indisoluble. Ello porque estos elementos permiten dotar a la familia de la plenitud que le es propia. Difícilmente podremos pensar que es plena una familia en que el hombre dispone de varias esposas o viceversa. *Permanente*, porque la estabilidad es un elemento clave dentro del desarrollo de la

¹ Véase: ARISTÓTELES, *Política*, 1252 b. A continuación, Aristóteles plantea la evolución conceptual entre la familia – la “casa” – a la aldea y de allí hacia la *polis*, máxima expresión de la comunidad política griega.

² Véase: VIGO, Alejandro G., *Aristóteles. Una introducción*, Instituto de Estudios de la Sociedad (IES), Santiago, año 2007, págs. 216-217.

³ Véase: ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Libros VIII y IX.

⁴ Véase: GÓMEZ-LOBO, Alfonso, *Los Bienes Humanos. Ética de la Ley Natural*, Editorial Mediterráneo, Santiago, año 2006, pág. 35.

unión. En efecto, la estabilidad permite que los cónyuges vivan en seguridad y armonía y genera en los hijos una serie de beneficios emocionales que no es posible desconocer por nadie. Por último, *indisoluble*, por cuanto la mencionada *philia* entre varón y mujer se expresa con una intensidad tal que es difícil encontrar un modelo semejante de entrega y unión en las relaciones humanas. Ese nivel de *philia* – expresado en la intimidad sexual, en la procreación, en el amor y conocimiento mutuos – parece ser sólo compatible con el más alto nivel de estabilidad posible: la indisolubilidad.

Por tanto, cuando hablamos de la familia como primera comunidad natural humana y como un bien humano básico, nos referimos a aquella constituida sobre una unión excluyente, permanente e indisoluble: el matrimonio.

La Constitución Política de la República cuando alude a la voz “*familia*” lo hace desde esta perspectiva filosófica. La Carta Fundamental no pretende crear un concepto propio y autónomo de familia, sino que se limita a *reflejar* –a la manera de un *espejo*– un concepto natural predeterminado. Ello es plenamente conforme a la limitación –también natural– que la misma Constitución impone al legislador positivo en el artículo 5º inciso segundo, cuando afirma que “*La soberanía se encuentra limitada por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.*” Luego, la ley estatal no podrá intervenir en profundidad ciertos aspectos de la vida en comunidad que están preconfigurados por la misma naturaleza⁵.

De lo anterior se desprende que cuando la Constitución habla de “*familia*” lo hace entendiéndola a partir de un concepto específico y determinado. No alude a una expresión hueca o “*vaciada de contenido*”. Afirmar aquello sería un sinsentido. Lo que no tiene definición podría ser cualquier cosa. Si “*familia*” es una mera expresión normativa cuya definición corresponde enteramente al legislador estatal, entonces ella podría ser un ratón, una cosa o:

*“Cualquier agrupación o entidad humana, desde un matrimonio, a una unión temporal de un grupo de hippies o una secta religiosa cuyos miembros practican un intercambio sexual despersonalizado, dependiendo su calificación como familiar únicamente de un pretendido mayor o menor reconocimiento social...”*⁶

En conclusión: si los conceptos jurídicos descritos por la Constitución se encuentran absolutamente sujetos a la definición legislativa – que es lo mismo que sujetarlo a la mudable fuerza de los consensos sociales expresados en el Parlamento⁷ – ello traería tres consecuencias:

- a) **Que la norma no tendría aplicación directa alguna, vulnerándose con ello el artículo 6º inciso primero.** Si la protección constitucional de la “*familia*” se encuentra sujeta absoluta a la definición legislativa, entonces el precepto sólo podría ser aplicado si existiera disposición legal que lo haga ejecutable, cuestión que infringe los principios de supremacía constitucional y aplicabilidad directa contemplados por la misma Carta Fundamental;

⁵ En ese sentido, la limitación a la soberanía ¿Era necesario expresarlo en el texto de la Carta Fundamental? Creemos que sí, pero no en el sentido de que su ausencia hubiese traído como consecuencia su inexistencia. Esta cláusula es positiva en la medida que *reafirma* una realidad jurídica preexistente, la cual es que el Derecho Positivo se encuentra limitado por los principios que constituyen el Derecho Natural, de los cuales debe ser su fiel ejecutor. En ese sentido, véase: Leclercq, Jacques, *El Derecho y la Sociedad*, Editorial Herder, Barcelona, año 1965, pág. 52.

⁶ Véase: Corral Talciani, Hernán, *Familia sin matrimonio: ¿Modelo alternativo o contradicción excluyente?*, en *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 21, N° 2, año 1994, pág. 266.

⁷ Con una fuerte crítica acerca de la consideración de los consensos sociales como fuente de los principios jurídicos, véase: Ollero Tassara, Andrés, *Derechos humanos y metodología jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, págs. 235-241. Véase igual cosa, pero desde la perspectiva del estado de Derecho en: Ayuso Torres, Miguel, *¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005.

- b) **Que la cláusula pétrea que limita la soberanía estatal sería inaplicable.** Si entendemos que el concepto de “*familia*” admite una configuración legal diversa de aquella señalada por la naturaleza de la institución, entonces no tiene sentido fijar un límite metapositivo a la autonomía del legislador; y
- c) **Por último, se atentaría contra el principio de seguridad jurídica, reconocido constitucionalmente en el artículo 19 N° 26 de la Constitución.** Si no existe un concepto natural de familia pre-existente a la normativa positiva, entonces los operadores jurídicos se verán expuestos a trabajar con un concepto jurídico indeterminado, cuya definición correspondería única y exclusivamente al legislador. Esto crearía una compleja situación de inseguridad jurídica.

Concluyendo, la Constitución trabaja con un concepto de familia predeterminado por los principios propios del Derecho Natural, estableciendo con ello un límite expreso – que naturalmente ya existía – al legislador. De ello se infiere que la ley no podrá trabajar sobre un concepto indeterminado de familia y tampoco podrá intervenir hasta tal punto una institución natural que afecte el núcleo mismo de su definición⁸.

2.2. Una perspectiva histórica.

Si bien la principal fuente para afirmar el carácter sustantivo de la expresión “*familia*” que usa la Constitución Política es la perspectiva filosófica – lo que asimismo no es sino una muestra de las limitaciones de nuestro Derecho Constitucional – no podemos dejar de efectuar una alusión a la historia fidedigna de la ley. Si bien ésta no es un sustituto de la fuente filosófica, es un elemento que permite al intérprete efectuar un acercamiento con mayor profundidad al tema.

A un mes de haber sido designada la Comisión destinada al estudio de la nueva Constitución, ésta elaboró un *Primer memorándum a la Junta de Gobierno con el objeto de expresar las Metas u objetivos fundamentales para la nueva Constitución de la República*⁹. En la parte del documento que alude a los valores permanentes de la chilenidad, se afirma que:

“La estructura constitucional descansará en la concepción humanista cristiana del hombre y de la sociedad, que es la que responde al íntimo sentir de nuestro pueblo y según la cual la dignidad del ser humano, su libertad y derechos fundamentales, son anteriores al ordenamiento jurídico, el que debe prestarle segura y eficaz protección”

Sólo dos datos previos: todos los conceptos constitucionalmente utilizados, de acuerdo a la intención del constituyente, deben ser examinados a la luz de la concepción humanista-cristiana de la sociedad, la cual considera ciertos valores o principios – como la familia – previos al ordenamiento jurídico-positivo.

Asimismo, la sesión N° 191 de la Cenc trata acerca del deber de protección a la familia. En ella, el comisionado Guzmán defendió la idea de generar para los miembros de la comunidad el deber de defender la institución familiar. Pese a ciertas reticencias del comisionado Ortúzar en relación a la noción de “integridad” familiar –recuérdese que en esa época existía el divorcio no-vincular en nuestra legislación– Silva Bascuñán aprobó la idea de reconocer a la familia como “*célula fundamental de la sociedad*”, debiendo el Estado “*proteger y propender a su fortalecimiento*”.

⁸ En ese sentido, es necesario reconocer que ese límite es incluso infranqueable para el propio Derecho Constitucional. El poder constituyente – expresión del poder estatal – también se encuentra limitado por la naturaleza humana. El inciso segundo del artículo 5° de la Constitución tan sólo se limita a reflejar este principio.

⁹ 26 de noviembre de 1973.

En ese sentido, el comisionado Diez –veinticuatro años más tarde- afirmó que:

“La familia a la cual se le otorga protección constitucional no es cualquier familia, como se ha querido interpretar, sino el modelo mayoritario de la familia chilena, conformada de acuerdo a los hábitos de la civilización occidental cristiana, o sea, la fundada en el matrimonio. No cualquier otra organización que pueda constituir [familia]...”¹⁰

Por tanto, podemos deducir a partir de los antecedentes esbozados que: a) La historia de la redacción constitucional confirma que su intención es proteger y custodiar la institución familiar, considerándola núcleo o célula básica de la sociedad civil; b) Que el sujeto de protección es la familia matrimonial; c) Que esa protección se explica atendiendo a la necesidad de que el ordenamiento positivo reconozca valores y principios definidos previamente por el Derecho Natural.

2.3.1. Una contradicción: el divorcio vincular.

No podemos concluir esta parte de nuestro trabajo sin asumir un hecho claro: el debate desarrollado por los comisionados en la sesión N° 191 de la Cenc reconoció al legislador autonomía para establecer las causales de término del matrimonio¹¹. En ese sentido, el comisionado Ortúzar afirmó que la redacción que obliga al Estado a propender el fortalecimiento de la familia *“no ha querido en forma alguna inmiscuirse en el problema de la indisolubilidad del matrimonio o intentar resolverlo”*, a lo que el comisionado Guzmán respondió efectuando la siguiente precisión: que la resolución *“de este problema es resorte del legislador”*.

No podemos sino reconocer que en este punto la Cenc se mostró contradictoria. Reconoce por un lado la protección de un modelo de familia propio del Derecho Natural y, por otro, admite el divorcio vincular como opción de término de su fuente fundamental: el matrimonio.

Ante esta contradicción, creemos que debemos asumir la opción interpretativa expuesta al principio del punto. Esto es, que la historia fidedigna de la ley no es sino un elemento interpretativo más en relación al elemento fundacional de nuestra tesis que es la perspectiva filosófica. Obviamente la historia constituirá un antecedente relevante para descubrir los valores e ideales que se persiguieron con la creación de una determinada norma, pero no plenamente decisivo para zanjar una cuestión de esta naturaleza.

Asumimos, pues, las objeciones que se pueden plantear a lo que ha sido nuestra tesis central en este trabajo. Sin embargo, creemos que ella no es suficiente para descalificarla porque – lo repetimos – la principal fuente de nuestra argumentación no es histórica, sino filosófica.

2.4. La perspectiva sistemática. Autonomías sociales y subsidiariedad.

El reconocimiento que la Constitución efectúa de la familia es el fundamento para el reconocimiento de la realidad propia de los cuerpos intermedios. Sólo a partir del reconocimiento de la familia como unidad básica de la comunidad humana es posible entender la autonomía propia de las demás asociaciones. Si el Estado se encuentra natural y constitucionalmente limitado por los ámbitos propios de la autonomía familiar – entendiendo a la familia como sociedad necesaria – entonces con más razón deberá reconocer los debidos ámbitos de autonomía a otros cuerpos

¹⁰ Véase: Diez Urzúa, Personas y Valores. Su protección constitucional, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 1999, pág. 51.

¹¹ Véase: Sesión N° 191 de la Cenc, págs. 30-33.

intermedios que no son sociedades necesarias sino voluntarias y cuya entidad sustancial es, por tanto, menor.

El fundamento en ambos casos es el mismo: en cuanto la familia matrimonial está dotada de los elementos necesarios para cumplir por sí misma su fin propio y específico – la procreación y la ayuda mutua, básicamente – no corresponde que el Estado intervenga en la institución familiar en lo que a esos fines se refiere sino sólo en aquellos que implican el cumplimiento de un deber de justicia entre sus integrantes. Igualmente, en cuanto todo cuerpo intermedio es por sí apto para alcanzar sus propios fines específicos, no se justifica que una sociedad mayor – como el Estado – la intervenga. Esto último se conoce como principio de subsidiariedad.

Y ello porque existe una relación de analogía implícita; la familia es una sociedad que contiene en sí misma los elementos que permiten a sus integrantes alcanzar la mayor plenitud posible, considerando que si bien necesaria¹², la familia no es sociedad perfecta¹³. Lo mismo ocurre en las sociedades voluntarias; si bien éstas se constituyen a partir del acuerdo de sus integrantes, ellas también poseen por definición los medios para alcanzar su propio fin específico, lo que constituye el título jurídico de su debida autonomía¹⁴.

Por tanto; el modelo de relación familia-Gobierno – o Estado, si se quiere – es el paradigma a seguir para la relación entre cuerpos intermedios voluntarios-autoridad política, dada la analogía que existe entre ellos.

Cuando la Constitución reconoce a la familia su legítima autonomía nos da también la idea de la noción de familia que guarda. En efecto, consecuencia de la autonomía familiar que el Estado reconoce, la Constitución garantiza el derecho de los “padres” a educar a “sus hijos” y a “elegir su establecimiento de enseñanza” (artículos 19 N° 10 y 19 N° 11). Al referir a la voz *padres*, una vez más la Carta Fundamental trabaja a partir de la unión de un hombre y una mujer, única unión apta para generar “hijos”.

Como es posible apreciar, la importancia de la familia trasciende la Constitución misma y se erige como modelo de relación sociedades intermedias-Estado. Desconocer la autonomía de la familia – incluyendo la normativa – implicaría introducir una seria grieta en la sistematicidad de nuestro esquema constitucional.

2.5. Conclusiones de la sección.

A partir de los elementos anteriormente estudiados es posible concluir que:

2.5.1. La familia es una institución natural previa a todo ordenamiento jurídico positivo, incluso el constitucional;

2.5.2. Ahora bien, ese modelo natural de familia – compuesto por la unión exclusiva y excluyente de un hombre y una mujer unidos de forma estable e indisoluble – es *reflejado* por la Constitución Política;

¹² Las sociedades necesarias se definen como aquellas que surgen de la naturaleza sociable del hombre. Ellas son la familia y la comunidad política.

¹³ Por otro lado, la familia es sociedad imperfecta porque no posee en sí misma todos los medios necesarios para la perfecta consecución de su fin propio. El Estado, por el contrario, es sociedad perfecta en el ámbito de lo temporal, en la medida que tiene en sí mismo los elementos necesarios para alcanzar su fin específico: el bien común temporal.

¹⁴ En relación a las autonomías sociales, véase: Fernando Voehringer, Arturo, Derecho constitucional económico. Doctrina y jurisprudencia, tomo I, Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, segunda edición, año 2006, págs. 87-88.

2.5.3. Prueba de ello son el reconocimiento expreso de su carácter y de su autonomía (artículo 1º y artículos 19 N° 10 y 19 N°11), así como de la afirmación de los límites del poder estatal (artículo 5º inciso segundo);

2.5.4. Por tanto, **las competencias del legislador en torno a la familia se encuentran limitadas**. Tan sólo podrá definir elementos accidentales de su definición o regular aquellos deberes de justicia existentes entre sus integrantes. En ese sentido, tal como afirma el profesor Soto-Kloss, *“Se vulnera la Constitución cuando el Estado afecta la familia con regulaciones que la desarticulan y destruyen o pretenden sustituirla con artificios ideológicos contrarios a la realidad natural”*¹⁵.

3. Conclusiones. Inconstitucionalidad sustancial del proyecto de unión civil homosexual.

Tal como lo señalamos anteriormente, dos son los elementos claves a la hora de analizar la constitucionalidad del proyecto de ley sucintamente descrito al inicio de este trabajo:

- a) La Constitución reconoce un modelo de familia heterosexual fundamentado en el matrimonio; y
- b) El reconocimiento de límites a la soberanía legislativa. Siendo constitucional y naturalmente limitada la potestad legislativa estatal, entonces ésta no podrá calificar como familia cualquier asociación humana ni tampoco podrá establecer como su fundamento cualquier tipo de unión.

De acuerdo al proyecto, éste buscaría reconocer y regular los efectos civiles de una “especie” o “modelo” de familia formada por dos personas de un mismo sexo. Todo ello desde la perspectiva que el concepto de familia – de acuerdo a los diputados redactores – *“se ha[bría] ido modificando en el transcurso de los años en beneficio de las igualdades sociales”*.

Es claro que el proyecto trabaja en la regulación de una entidad que no responde al modelo natural ni constitucional de familia desarrollado a lo largo de este trabajo. Desde esa perspectiva, el poder regulatorio del legislador se encuentra limitado y, una de esas limitaciones, la constituiría precisamente el concepto natural de familia, el que, ni más ni menos, constituiría un verdadero principio general del Derecho¹⁶.

Consecuente con el análisis efectuado, no podemos sino afirmar que el proyecto presentado al Congreso Nacional sobre uniones homosexuales trabaja sobre conceptos absolutamente contrarios a la naturaleza misma del concepto de familia e infringe el texto constitucional en la medida que crea y protege legalmente un modelo de familia diverso del constitucionalmente reconocido.

4. ¿Discrimina arbitrariamente la Constitución al preferir un modelo de familia y no a otros?

Tal como lo hemos estudiado a lo largo de este trabajo, la Carta Fundamental efectúa una opción en relación al modelo de familia que desea reconocer y proteger. Efectuar esta opción implica necesariamente discriminar, entendiendo esto último como diferenciar o seleccionar. La pregunta es ¿Es ilegítima esa discriminación?

¹⁵ Véase: Soto-Kloss, Eduardo, Los derechos fundamentales de la familia, en “Derecho y Familia”, Academia de Derecho, Universidad Santo Tomás, Santiago, año 2000, pág. 34. El mismo autor se pronuncia en torno al tema en Soto-Kloss, Eduardo, La familia en la Constitución Política, en Revista Chilena de Derecho, Volumen N° 21, N° 2, año 1994, págs. 217-227.

¹⁶ Un análisis de la familia como principio general del Derecho en Madrid Ramírez, Raúl, ¿Es el concepto jurídico de familia un principio general del Derecho?, en Revista Chilena de Derecho, Volumen N° 21, N° 2, año 1994, págs. 245-259.

Como es posible apreciar por cada uno de los lectores, la discriminación en sí misma no es ilegítima. Su legitimidad dependerá, esencialmente, de la razonabilidad del criterio de diferenciación. Si el criterio es legítimo, legítima será también la discriminación; si ilegítimo, ilegítima la diferenciación.

En este caso el criterio de diferenciación usado por la Carta Fundamental está lejos de ser arbitrario o caprichoso. La familia fundada en el matrimonio – constituyendo éste una unión heterosexual dotada de exclusividad, permanencia e indisolubilidad – permite a los seres humanos alcanzar una serie de bienes que no son sólo privados, sino que redundan en amplios beneficios sociales. La procreación, la educación de los hijos, el correcto desarrollo de la afectividad y de la emocionalidad son bienes que tan sólo es posible alcanzar de manera plena dentro del tipo de unión descrito¹⁷. Eso justifica con creces la opción constitucional que, una vez más lo repetimos, no es sólo sino el *reflejo* de la ley natural. En cuanto *reflejo* de ésta, la Constitución tan sólo refuerza y reafirma una realidad que excede las competencias regulatorias del derecho positivo.

¹⁷ Producto de esta razón es que no podemos aceptar la proposición de que la familia sea una cuestión puramente privada, cuya conformación o fundamento le sea indiferente al Estado. En la medida en que la familia natural genera a la comunidad política el goce de una serie de bienes no sólo jurídicos sino también psíquicos o afectivos, corresponde al gobernante estimular su formación y conservación. Ese parece ser el único sentido posible del artículo 1º inciso final de la Carta Fundamental que señala que es deber del Estado “propender y dar protección a la familia”. De manera parecida – a propósito de la ilegitimidad del aborto – razonó el Tribunal Constitucional alemán en su sentencia de 1975 acerca de la protección constitucional del *nasciturus*, cuya posición jurídica excedía ampliamente el ámbito puramente privado de la madre. Véase: Schwabe, Jürgen (compilador), Cincuenta años de jurisprudencia del tribunal constitucional federal alemán, Marcela Anzola (traductora), Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, año 2003, pág. 69.