
**REGIMEN JURÍDICO DE LAS UNIONES ESTABLES
ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN VENEZUELA
(1999-2013)**

LEGAL REGIME OF FACT UNIONS BETWEEN PEOPLE
OF THE SAME SEX IN VENEZUELA (1999-2013)

González Reinoza, Javier¹ y Rahme Coello, Karime²

E-mail: javierula@gmail.com y karimerahme@yahoo.es

Recibido: 09/12/2013 / Aceptado: 22/09/2014

Resumen

La investigación consiste en un estudio teórico de la situación jurídica en la que se encuentran las parejas o uniones entre personas del mismo sexo en el marco del Derecho Civil venezolanovigente, desde la promulgación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 hasta el año 2013. Es un examen del marco jurídico constitucional, legal y jurisprudencial que regula directamente el tema. En una primera parte realizaremos una exposición de algunos conceptos fundamentales, luego estudiaremos la viabilidad jurídica del matrimonio y los efectos de las uniones estables entre homosexuales. Haremos énfasis en las consecuencias, patrimoniales, sucesorales y en la adopción por parte de parejas homoparentales.

Palabras claves: Derecho Civil, uniones estables de hecho entre personas del mismo sexo, matrimonio y homosexualismo.

Abstract

This research consists of a theoretical study of the legal situation in which couples or stable fact unions between persons of the same sex are considered in the structure of the Venezuelan Civil Law, since the promulgation of the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela in 1999 until 2013. The paperwork presents a review of the legal framework in a constitutional, legal and jurisprudential point of view which directly regulates the issue in the Civil Law field. The first part is an exhibition of some fundamental concepts,

and then it contains a study of the legal viability of the marriage and the main effects of stable unions between homosexuals. Finally, it focuses mostly on the economic effects, wealth and in the adoption by same-sex couples led. **Keywords:** Civil Law, stable unions of fact between people of the same sex, marriage and homosexuality. **Key Words:** Labor Gender.; Labor Sexism ; Labor Language.

1. INTRODUCCIÓN

El análisis que planteamos en este trabajo se realizará desde una perspectiva estrictamente jurídica, haciendo abstracción casi completa de la discusión ética, religiosa e ideológica que se ha propuesto en los últimos años sobre las relaciones estables entre personas del mismo sexo. La investigación consiste en un estudio teórico de la situación jurídica en la que se encuentran las parejas compuestas por homosexuales en Venezuela desde 1999 hasta el año 2013.

Realizaremos una revisión de los preceptos constitucionales, legales y jurisprudenciales sobre el tema, haciendo énfasis en las leyes y normas del derecho civil, utilizando la metodología jurídica propia de ésta área.

La relevancia del tema planteado en este trabajo es evidente, ya que se relaciona con un tópico trascendental para la sociedad, como es la familia. Desde sus orígenes el matrimonio ha sido considerado como la base fundamental de la familia, asimismo, es importante resaltar la relevancia que dicha institución ha tenido a través de la historia desde el punto de vista social, moral y sobretodo jurídico. En tal sentido, cualquier discusión que modifique legalmente la estructura de la institución del matrimonio, como la resultante de las relaciones de personas del mismo sexo, debe ser observada con mucha atención, sobre todo si dicha modificación estructural cambia los sujetos que constituyen el concepto legal de la familia.

Los hechos y circunstancias sociales van obligando al legislador a regular las situaciones planteadas en un momento histórico determinado. Aun cuando el homosexualismo no es un fenómeno nuevo, en los últimos años se ha generalizado y registrado una presión social, inclusive inter-

nacional, sobre el reconocimiento legal y justo de las personas con preferencia sexual diferente. El derecho civil es un sistema de normas que regulan las relaciones entre los miembros de la familia, su vinculación y las maneras de transmitir sus bienes³; por tanto, no puede ésta rama del derecho sencillamente dejar de regular un hecho fáctico y relativamente concurrente en las sociedades de hoy como lo son las relaciones familiares entre homosexuales.

Aquí revisaremos con exactitud cuáles son los derechos y deberes que la legislación civil venezolana reconoce y permite a las parejas del mismo sexo. La idea básica es examinar la situación actual para que se realicen las discusiones que la sociedad tenga a bien hacer, fundamentándose en el estado actual del régimen jurídico civil aplicable a la materia.

En una primera parte del trabajo realizamos una exposición de conceptos fundamentales para evitar confusiones en las discusiones jurídicas que haremos más adelante. Luego estudiaremos la situación jurídica de las relaciones estables de las personas del mismo sexo, sobre todo en materia sucesoral, patrimonial y familiar en general. Antes de finalizar examinaremos la viabilidad jurídica del matrimonio y la adopción por parte de parejas del mismo sexo en Venezuela.

2. ALGUNOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES

La sexualidad humana es compleja y hacer clasificaciones tiene sus riesgos científicos y merece acertadas críticas. Sin embargo, para lograr una comprensión jurídica del fenómeno y permitir una interpretación correcta propondremos algunas categorizaciones y conceptos con fines estrictamente didácticos. La sexualidad humana se ejerce básicamente en mundo de lo privado y solo es de interés jurídico cuando pasa a las esferas de lo público o tiene repercusiones jurídicas por significación. Para efectos del derecho civil hay dos atributos importantes que componen la sexualidad humana que merecen ser estudiados: 1. La identificación con el sexo natural o identidad de género y 2. La inclinación u orientación sexual.

2.1 LA IDENTIDAD DE GÉNERO

Con relación a la identidad de género vamos a proponer una diferenciación según la identificación psicológica que tenga el individuo con su sexo de nacimiento. No haremos juicios morales ni nos plantearemos discusiones psicológicas, solo haremos una categorización descriptiva. Las personas pueden ser *homo-identificadas*, cuando hay concordancia entre el sexo de nacimiento con la idea de sí misma sobre su género o pueden ser *hetero-identificadas* cuando las personas presentan una disconformidad psicológica en algún grado entre su sexo de nacimiento y la propia idea que posee sobre su género. Los *hetero-identificados* pueden ser: Transformistas, Travestis o Transexuales.

Los transformistas son aquellas personas que eventualmente cambian su vestimenta, gestualidades y simbologías sociales intrínsecas a su sexo de nacimiento, logrando imitar las imágenes del sexo opuesto, con múltiples finalidades entre ellas: artísticas, laborales o sexuales⁴. Los transformistas tienen un desarrollo social casi completamente adaptado a su género de nacimiento y cambian provisionalmente la apariencia de su sexo. Los travestis son los que cambian parcialmente su sexo de nacimiento, tienen una apariencia y una gesticulación constante del sexo diferente al de origen. Los travestis pueden revertir sus cambios de apariencia. Y por último, tenemos a los transexuales o transgéneros que son aquellos que han hecho un cambio definitivo e irreversible de su sexo de nacimiento. Para el derecho civil esta clasificación cobra importancia cuando se trata del derecho de identidad y el cambio del nombre.

2.1.1 EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LOS HETERO-IDENTIFICADOS

El término identidad proviene del Latín *indentitas* y a su vez éste de *idem*. (Moliner, 1998, p.520). El término identidad se usa en el derecho para señalar que solo el individuo es idéntico a sí mismo, y por eso es parte distinta de los demás miembros de la comunidad. La identidad es el conjunto de características que diferencian al individuo del resto de la sociedad y lo hace un ente distinto, localizable y distinguible. La identidad "es el hecho comprobado de ser una persona, constituyendo la

determinación de la personalidad individual a los efectos de relaciones jurídicas” (Peñaranda, 2008, p.218). Como lo concluye tradicionalmente la doctrina: la identidad de una persona consiste en ser quien es y no otra. Para determinar la identidad existen los denominados *datos de identidad* o *signos distintivos* entre los cuales el principal es el nombre civil. Los transformistas mantienen su nombre de pila sin ningún inconveniente pues en la mayoría de los casos hacen vida con el sexo de nacimiento y cuando se transforman lo hacen en situaciones privadas o bajo un sobrenombre identificativo. Los travestis tampoco pueden reclamar un nuevo nombre pues pueden revertirse a su sexo de nacimiento y esto causa problemas para su identificación. Pero en el caso de los transexuales o transgéneros el problema es mucho más complejo porque negar la posibilidad de tener un nombre acorde con su nuevo género coloca en juego sus derechos a la identidad, a la identificación y al de tener un nombre. A continuación lo explicamos con mayor detenimiento.

El signo distintivo determinante es el nombre civil “se entiende por nombre civil de las personas naturales, el apelativo oral o gráfico que conforme al Derecho, corresponde utilizar para designar a dichas personas” (Aguilar, 2007, p.162). En Venezuela, la tradición legislativa y jurisprudencial no había permitido ni autorizado en ningún caso el cambio de nombre de pila, inclusive en casos razonables, como por ejemplo, que el nombre fuese vergonzoso. Pero con la promulgación de la nueva Ley de Registro Civil el artículo 146 dispone que la persona puede cambiar de nombre de pila si se cumplen las siguientes condiciones:

- 1.-Que dicho cambio sea por una única y exclusiva vez.
- 2.- Que el nombre sea infamante, le someta al escarnio público, atente contra su integridad moral, honor y reputación, o **no se corresponda con su género.**
- 3.-Afecte el libre desenvolvimiento de su personalidad.

La frase “o no se corresponda con su género” puede interpretarse de dos formas, una en sentido estricto que entiende que el legislador se refiere exclusivamente al género de nacimiento, es decir, que se le coloque un nombre femenino a un hombre o viceversa. Por ejemplo, en los supuestos en que a un hombre se le coloque el nombre de Eva o a una mujer el de Adán. Sin embargo, nosotros creemos que la interpretación debe ser en sentido amplio y las personas que han cambiado de sexo tienen el dere-

cho a un nuevo nombre debido a las tres razones siguientes:

1. Según el artículo 56 de La Constitución toda persona tiene derecho a un nombre propio.
2. Se cumple con todos los requisitos y extremos señalados en el señalado artículo 146 de la Ley de Registro Civil, considerando que el cambio de sexo es irreversible y significa un acto que permite el libre desarrollo de la personalidad.
3. El nombre es un medio de identificación fundamental, y en tal sentido, tiene una doble función: por una parte el nombre representa un derecho de las personas en afirmarse “como individualidad distinta de los demás” y por la otra, la sociedad y el Estado tienen interés de poder determinar la identidad de cada “persona porque sin ello, en muchos casos, sería imposible determinar si es o no titular de los derechos que pretende o de los deberes que se le exigen” (Aguilar, 2007, p. 159). Permitir el cambio de nombre de un transexual significaría que el nombre cumpla con su doble y relevante función de identificación.

Sin embargo, el Tribunal Supremo de Justicia debe pronunciarse al respecto, y no lo ha hecho hasta el momento en el que se redactó este artículo.

2.2. LA INCLINACIÓN SEXUAL

El segundo elemento que estudiaremos aquí es el de la orientación sexual o inclinación sexual. La orientación sexual se refiere al tipo de atracción sexo-afectiva que tiene una persona con relación a otra. Según la orientación sexual, las personas pueden ser heterosexuales, homosexuales o bisexuales.

A. La heterosexualidad se presenta cuando las mujeres o los hombres sienten deseo sexual, erotismo y necesidad de entablar una relación amorosa con personas del sexo opuesto. En otras palabras, son heterosexuales las mujeres que obtienen placer sexual y poseen afinidad afectiva de pareja con los hombres y viceversa. La capacidad reproductiva del ser humano se ve natural y completamente desarrollada entre dos personas de sexos diferentes. El derecho civil ha regulado las relaciones heterosexuales desde la antigüedad y sobre todo desde

el Derecho Romano, cuando se sistematizaron las más importantes instituciones jurídicas al respecto. Las figuras e instituciones jurídicas según las cuales examinamos el desarrollo jurídico de las relaciones heterosexuales son básicamente dos: el matrimonio y el concubinato.

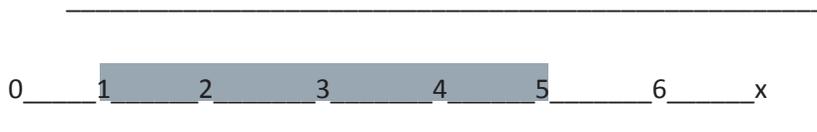
Lo anterior no quiere decir que las conductas homosexuales no hayan existido en la antigüedad sino que se presentaban fuera del ámbito público, jurídico y familiar en la que casi obligatoriamente se veían inmersos los ciudadanos de las antiguas grandes civilizaciones como la griega y la romana.

- B. La bisexualidad es la atracción de una persona por ambos sexos. En tal sentido, el individuo bisexual puede establecer relaciones sexoafectivas con cualquiera de los dos géneros. La bisexualidad es más común en la vida social de lo que pensamos, de hecho existen estudios serios clásicos como los de Alfredo Kinsey que explican que, dentro del abanico de posibilidades del ejercicio de la sexualidad humana, la bisexualidad ocupa un lugar fundamental. Según explica el autor la sexualidad humana de una persona se presenta en formas diversas y no ubicables de manera absoluta y definitiva en categorías de sujetos, como si fueran razas o versiones de seres humanos diferentes. Advierte el autor que la sexualidad humana como casi todas las taxonomías que intentan categorizar al ser humano no son absolutas (Kinsey, 1998, p.17 y ss).

La escala de Kinsey puede representarse así:

GRÁFICO 1

Escala de Kinsey



Fuente: Kinsey, 1998.

En la que 0 representa la exclusividad heterosexual, 1. Principalmente heterosexual, aunque con contactos sexuales homosexuales esporádicos, 2. Principalmente heterosexual pero con contactos sexuales homosexuales frecuentes, 3. Bisexuales, 4. Predominantemente homosexual, aunque con contactos heterosexuales frecuentes, 5. Principalmente homosexual con contactos sexuales heterosexuales esporádicos, 6. Exclusivamente homosexuales y por último, X representa al individuo que no presenta interés por mantener contactos sexuales de ningún tipo. La bisexualidad está representada por la franja que colocamos en color gris⁵.

Nótese que una parte relevante de dicha franja revela la existencia de múltiples supuestos en la escala propuesta por el autor. El legislador venezolano debe considerar la realidad social y llenar las lagunas de la ley que existen con relación a la sexodiversidad.

C. El homosexualismo: Es la inclinación sexual en la cual una persona siente atracción sexual y afinidad emocional o afectiva de pareja con personas del mismo sexo. Socialmente el homosexualismo tiene otra dimensión ya que se ha constituido en un grupo social con características propias y determinaciones particulares. Los homosexuales varones son comúnmente denominados gays y las mujeres lesbianas. El homosexualismo comprende más que el simple acto sexual, parafraseando a Sonia Soriano, la definición de homosexualismo tiene varios elementos que deben ser tomados en cuenta y son los siguientes:

1. Atracción: tiene que ver con el carácter erótico que va en dirección de la persona del mismo sexo.
2. Fantasía: Estímulos sexuales creados por la mente y que solo llegan a su máxima plenitud con personas del mismo sexo.
3. Vinculación: se refiere a los sentimientos de ternura, afecto o enamoramiento que van dirigidos a personas del mismo sexo.
4. Conducta o acto sexual: que efectivamente el individuo realice actos sexuales con personas del mismo sexo⁶.

No podremos estudiar aquí el problema sobre las causas del homosexualismo, en primer lugar, porque dichas discusiones no han tenido una conclusión unánime y en segundo lugar porque como ya explicamos esta investigación es en el campo estrictamente jurídico. Las organizaciones de salud más relevantes desde la década de los 70 han venido excluyendo al homosexualismo de las listas de patologías psicológicas y se observa como una conducta ajustada a la normalidad. Sin embargo, al homosexualismo se le relaciona con varias patologías derivadas de la situación social del homosexual en la que predomina la exclusión, el rechazo y en muchos ordenamientos jurídicos la ilegalidad.

El homosexualismo en las sociedades contemporáneas trae consigo un estilo de vida, los homosexuales tienen una forma de hablar, una gestulación, y hasta una filosofía o postura ante la sociedad. Dicho estilo de vida puede ser compartido por cada homosexual en distintas medidas. Lo que si es necesario es distinguir el homosexualismo con la *hetero-identificación*.

El homosexualismo tiene que ver con la inclinación sexual de una persona. Y la hetero-identificación con la identidad de género. No todos los homosexuales son hetero-identificados ni todos los hetero-identificados son homosexuales. Por ejemplo, se puede dar el caso de un transformista que no sea homosexual o de un homosexual que tenga satisfacción total con su sexo de nacimiento.

La sexualidad humana como vimos es compleja y variada, las causas de que la inclinación sexual o de que la identidad sexual se desarrollen en el individuo de una forma u otra continúan siendo objeto de estudio de los científicos, pero bien sea provocadas por variables sociales o biológicas no se encuentra en el ámbito de la elección del sujeto, y por tanto, el derecho no puede legislar sin tomar en consideración este elemento. El derecho civil es el derecho más cercano al sujeto, puesto que su finalidad se concreta en la vida diaria y familiar de los individuos. Las prescripciones del derecho civil deben ser acordes con las realidades familiares que se van presentando como hechos sociales y que cuenta con un componente que no solo es cultural sino también biológico y psicológico. A continuación revisaremos el derecho civil y sus regulaciones en Venezuela

con relación a las parejas del mismo sexo, que como ya hemos dicho es un *factum* realidad social, que si no es más común ahora que antes, sí es más visible y perceptible.

3. SOBRE LA POSIBILIDAD JURÍDICA DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO SEGÚN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

El matrimonio es una institución fundamental del derecho civil; en el tema de la sexodiversidad ha cobrado relevancia porque algunos sectores sociales, consideran que las parejas del mismo sexo se ven discriminadas por no poder acceder a la posibilidad de celebrar esponsales como pueden hacerlos los heterosexuales. Francisco López Herrera define el matrimonio como “... la comunidad de vida, protegida por la ley, que por mutuo acuerdo y a perpetuidad establecen entre sí un hombre y una mujer” (López, 2006, p.200). El matrimonio es una institución formal y su celebración, efectos, consecuencias y extinción se regulan en la ley.

Las normas matrimoniales son de orden público y como explica María Candelaria Domínguez Guillén “dada su relevancia en la creación y preservación de la familia, su regulación está sustraída del principio de autonomía de la voluntad; las partes deben cumplir en constitución las formalidades que impone la ley y no está dado a los contrayentes desconocerlas por acuerdo entre sí” (Domínguez, 2008, p.66). El matrimonio entre personas del mismo sexo debe estar establecido en la ley y conforme a la Constitución. La institución del matrimonio tiene una protección especial y una reforzada.

La protección especial del matrimonio se presenta porque el legislador regula en forma orgánica, específica y sistemática dicha institución. En Venezuela las fuentes especiales que reglamentan el matrimonio son la Constitución, el Código Civil, la LOPNNA (sobre algunos aspectos) y la jurisprudencia que ha jugado un papel fundamental. Hay una protección reforzada porque el constituyente de 1999, por razones de índole social, le da rango constitucional a través del artículo 77 estipulándola de la siguiente forma: “Se protege el matrimonio entre un hombre y una

mujer, fundado en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los deberes y derechos de los cónyuges...”. La protección reforzada del matrimonio tiene los siguientes efectos fundamentales que se encuentran relacionados entre sí:

1. *El matrimonio es una institución de raíces constitucionales.* Si bien es cierto que el desarrollo de las normativas jurídicas del matrimonio en Venezuela es precedente y anterior a la Constitución de 1999, incluso de casi dos siglos atrás como lo afirma Raúl Sojo Bianco: “para el primero de enero de 1873 queda implantado definitivamente en Venezuela, el matrimonio civil obligatorio mediante decreto del General Antonio Guzmán Blanco” (Sojo, 1990, p.72) la Carta Magna le atribuye un fundamento renovado de origen y de fuerza obligatoria. En consecuencia, ningún legislador puede proscribir ni eliminar el matrimonio. Es importante señalar que la Constitución es la norma suprema y, según el artículo 7 de la misma, es el fundamento de validez de todas las demás normas del ordenamiento jurídico, todos los funcionarios y los venezolanos se encuentran sujetos a ella.

2. *El matrimonio tiene jerarquía constitucional.* Esto quiere decir que cualquier modificación a su estructura debe medirse con las pautas constitucionales; en otras palabras, cualquier norma que modifique, amplíe o desarrolle la institución del matrimonio, debe estar acorde con la Carta Magna. La pregunta central que debe responderse para afirmar correctamente si es viable el matrimonio de personas del mismo sexo en Venezuela es ¿cuáles son las pautas constitucionales que deben regir la creación y las modificaciones de las reglas jurídicas sobre la institución del matrimonio?.

En el tema del matrimonio el artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 es el eje fundamental. Según dicho dispositivo legal, el matrimonio debe moderarse legalmente considerando los siguientes elementos:

1. Debe estar fundado en el libre consentimiento de las partes. En tal sentido, no se puede imponer la obligación genérica ni específica de casarse. Por ningún motivo religioso, ideológico ni de cualquiera otra índole se

puede obligar a una persona a esposarse, ni tampoco a hacerlo con una persona distinta a quien apetezca y de la que cuente con su también concurrente consentimiento.

2. El matrimonio es entre iguales. Los cónyuges deben tener en abstracto los mismos derechos y deberes. No puede imponérsele mayores obligaciones a una de las partes. Se dice en abstracto porque las categorías de los derechos y deberes son impuestos y atribuidos en forma igualitaria a ambos, aun cuando en situaciones particulares y concretas uno de los conyuges se vea en la necesidad de realizar o desplegar más actividades a favor del otro, para cumplir con dichos deberes establecidos en abstracto.

3. La unicidad o monogamia y la diversidad de sexo. La frase fundamental para realizar una interpretación sobre la viabilidad del matrimonio homoparental es la que sigue y se ha tomado del artículo 77 constitucional: “Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer”. Aquí surge la pregunta interpretativa siguiente: ¿El legislador excluyó totalmente la posibilidad de proteger el matrimonio entre personas del mismo sexo? Las respuestas a estas interrogantes tienen por lo menos dos posturas, que implican dos visiones contradictorias e insalvables:

A. Una primera tesis sobre el tema planteado es la que formula que el artículo 77 no debe entenderse como una prohibición. El Constituyente determinó la protección del matrimonio entre un hombre y una mujer, incluso en forma acertada, pues significa una protección directa al matrimonio e indirecta a la familia. De la redacción constitucional que dice “se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer” no se puede concluir que no se protege también otras formas de matrimonio o que estas se encuentran prohibidas. Lo que hay es una protección máxima y reforzada de esta clase de matrimonio, dejando al margen de la Constitución otras formas del mismo.

Según lo anterior corresponde al legislador establecer las formalidades, procedimientos y efectos de los matrimonios que regularicen las relaciones homoparentales. Si el legislador concreta las leyes de matrimonio homosexual no estaría violentando en ningún grado la Constitución de

1999 y serían totalmente válidas sin la necesidad de recurrir a ningún mecanismo de Reforma o Enmienda constitucional.

Para los que sostiene esta tesis es fundamental resaltar que la Constitución es un todo orgánico, y no un conjunto inconexo de normas; en tal sentido, debe recordarse el artículo 75 constitucional que dispone: “El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas...”. Ahora bien, las familias contemporáneas, (las cuales todas están protegidas) no tienen en la realidad social la misma estructura. Las circunstancias sociales, familiares y hasta culturales influyen en la existencia de múltiples formas de familia. La profesora OlyGrisolía señaló que además de la familia clásica conformada por la madre, el padre y los hijos, existen en la realidad social contemporánea otras, como las que siguen a continuación:

1. Familias monoparentales: Son aquellos hogares conformados por un solo progenitor, bien sea el padre o la madre. En Venezuela una gran cantidad de las familias monoparentales son matriarcales.
2. Familias reconstituidas o ensambladas: Son aquellas en la que los hijos viven con solo uno de sus padres naturales y con su nueva pareja.
3. Familias de convivientes homosexuales: En la que uno o ambos padres son homosexuales (Grisolia, 2001, p. 85).

Además la lista anterior no es taxativa porque, en la realidad dinámica y compleja de la sociedad, pueden existir una gran cantidad de organizaciones familiares. No puede una interpretación cerrada e irreflexiva borrar y exterminar de la vida del derecho la protección jurídica de otras clases de familias, con el mismo potencial ético y que también significan el espacio integral de desarrollo de una gran cantidad de venezolanos.

Tampoco puede revisarse el tema sin traer a colación dos artículos sobre los derechos fundamentales como lo son el artículo 21 constitucional, que establece que todos los seres humanos somos iguales ante la ley. Tratar de transformar la protección especial que se le da al matrimonio heterosexual en un privilegio que coloca a esta clase de familias por encima

de las otras formas de organización familiar, es violatoria a todas luces al fundamental artículo 21, aunque el sentido contrario se haya pronunciado aparentemente, el Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia 190.

Para responder sobre la posibilidad jurídica de establecer el matrimonio entre personas del mismo sexo en Venezuela es fundamental tomar en cuenta también el artículo 20 de la Constitución que establece que “toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que se derivan del derecho de las demás y del orden público y social”. El derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad no sólo implica que el individuo puede ir tomando decisiones libremente para construir su destino y forma de vida, sino que el ciudadano tiene el derecho de desarrollar y confirmar todos los elementos de su personalidad que reúnen su esencia inmodificable como ser humano único y específico, en la que se incluyen su identidad de género y sus inclinaciones sexuales.

B. La segunda postura es la que considera improcedente el matrimonio igualitario, explica que cuando el legislador propone el término “protege”, se refiere a que permite y constitucionaliza el matrimonio entre un solo hombre y una sola mujer. Precisamente los dos factores del que hay que proteger la institución del matrimonio es del homosexualismo y de la poligamia, puesto que al introducir estos elementos se desvirtúa la esencia de la institución matrimonial.

Según esta postura solo basta revisar el debate constituyente de 1999, para percatarse que el texto preparado en un primer momento y que se sometió a la primera discusión rezaba “Se protege el matrimonio. Las Uniones estables de hecho que cumplan los requisitos establecidos en la Ley, producirá los mismos efectos que el matrimonio”⁷, no fue aceptado y tuvo que ser cambiado por la mayoría constituyente, haciendo expresos los términos “de un hombre y una mujer”. Desde este punto de vista, y como el mismo Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional sentencia: “la especificidad expresa una escogencia deliberada del constituyente de 1999, actitud que obedece al arbitrio del constituyente como máxima expresión de producción jurídica, que se plasmó en un precepto cuya claridad no permite a esta Sala una interpretación distinta de la que

imponen los métodos de interpretación literal y teleológica...”⁸.

Por último, ante el argumento que señala que las menciones incluidas en la segunda discusión del debate constituyente en la que se habla de “un solo hombre y una sola mujer” era para evitar el matrimonio poligámico, resta responder que si el constituyente hubiese tenido la intención de permitir o reconocer el matrimonio de personas homosexuales, hubiere planteado una mejor redacción en la cual se incluyera el matrimonio homosexual y se excluyera la poligamia, por ejemplo, “se protege el matrimonio entre dos personas” como se consagra, por ejemplo, en el Derecho Mexicano.

Como corolario de la tesis anterior cabe afirmar que la única forma en que el matrimonio de personas del mismo sexo pueda permitirse en el ordenamiento jurídico venezolano, es a través de una enmienda constitucional que excluya el artículo 77 o lo modifique.

4. LA NO EQUIPARACIÓN DE LAS UNIONES ESTABLES HOMOSEXUALES CON EL MATRIMONIO

Las uniones estables en función al tipo de posición en que se encuentran frente a la ley civil pueden dividirse en: uniones al margen de la ley, parejas legales o institucionalizadas y uniones prohibidas o contra la ley.

a. Las uniones estables legales o institucionalizadas: Son aquellas que se encuentran recogidas en el ordenamiento jurídico en forma expresa y directa o bien reconocidas jurisprudencialmente. Las uniones estables más relevantes entre un hombre y una mujer son básicamente dos: el matrimonio y el concubinato. El matrimonio por ser una institución fundamental de la sociedad y de la familia se encuentra plenamente desarrollado en la legislación. Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer se recogen en nuestra legislación tímida e incipientemente en 1942 pero fue en el Código Civil de 1982 cuando mucha de su normativa fue ampliada para tratar de conseguir una mayor protección a la familia sobre todo para poder evitar discriminaciones entre los hijos nacidos dentro del matrimonio y los hijos nacidos fuera del matrimonio. En la Constitución de 1999 se equipara al matrimonio con las uniones estables entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos de ley.

b. También existe las uniones estables prohibidas: Son aquellas que por su naturaleza inadecuada no cumplen con los requisitos mínimos para ser aceptadas por el ordenamiento jurídico básicamente, porque violan uno o más de los tres siguientes principios:

1. Se realiza entre personas sin capacidad o capacidad disminuida en tal grado que su consentimiento no es válido, pues no entiende ni puede responsabilizarse por el ejercicio de su sexualidad. 2. Una de las partes no ha autorizado ni aceptado la relación y se ve obligada a través de la violencia física para mantener la unión. 3. La unión estable en sí misma constituye un delito establecido.

c. Por último, existen las relaciones estables al margen de la ley que son aquellas que no se encuentran en ningún supuesto de hecho de las normas jurídicas vigentes en un país determinado. Siempre a las uniones estables al margen de la ley civil se le pueden imponer efectos jurídicos conforme a lo que establece el procedimiento de integración estipulado en el artículo 4 del Código Civil de Venezuela.⁹

Es decir, para que realmente exista una unión estable al margen de la ley, no debe estar regulada en ninguna norma del ordenamiento jurídico y no debe existir una sentencia en la que un tribunal aplique la analogía conforme al artículo citado arriba. Si un tribunal concede efectos jurídicos a una relación estable, ésta deja de ser al margen de la ley y se convierte en legal o institucionalizada.

Las uniones estables de hecho entre personas del mismo sexo son uniones al margen de la ley. El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional en sentencia del 28 de febrero de 2008, número 190 expediente 03-2630 sentenció que las uniones estables de hecho entre personas del mismo sexo no pueden ser equiparadas al matrimonio como si se puede en el caso del concubinato. El máximo Tribunal expresó que es inaplicable la equiparación entre las relaciones heterosexuales y las homosexuales puesto que el legislador fue lo suficientemente claro para señalar que la analogía es entre un solo hombre y una sola mujer. El Tribunal cree que las uniones de personas del mismo sexo no son análogas a las de los heterosexuales porque según el artículo 77 de la Carta Magna hay una

intención clara de que las uniones estables por excelencia sean las concubinarias, monogámicas y de sexo diversos que cumplan con ciertos requisitos¹⁰.

El Tribunal Supremo de Justicia declaró que el derecho a la igualdad que recoge el artículo 21 de la Constitución no colida con la interpretación realizada del 77 ejusdem, el Tribunal finaliza explicando que no equiparar las uniones estables homoparentales con las heterosexuales no constituye per se, una discriminación de las que proscribe el artículo 21 constitucional, ni comporta una prohibición, desconocimiento o condena de otras formas de uniones, cuya regulación aseveró debe ser hecha por el legislador.

La Magistrada Carmen Zuleta de Marchán, quién salvó su voto por disentir del criterio de la mayoría sentenciadora del dictamen, explica que no permitir la equiparación deja en un vacío legal a planteamientos como los siguientes:

El régimen patrimonial de bienes ante la disolución de la pareja por separación o muerte; las obligaciones legales de socorro mutuo; la tutela o procuraduría del compañero o compañera permanente en caso de interdicción legal; el derecho a la constitución de hogar; los beneficios de la seguridad social como pareja; la prohibición de declarar en contra del compañero o compañera permanente; la prohibición constitucional de ocupar cargos públicos por afinidad o consanguinidad; la posibilidad de adquirir la nacionalidad de la pareja; el derecho de adopción; y la protección contra la violencia intrafamiliar; los derechos sucesorales de pareja, las visitas íntimas penitenciarias y, en fin, todos los demás derechos sociales y económicos reconocidos a los integrantes de una familia¹¹.

Aunque para ser más exactos, el Tribunal Supremo de Justicia si se refirió al régimen patrimonial de bienes equiparando los efectos al régimen jurídico de la sociedad civil o de la comunidad. El sentenciador ve perfectamente posible el disfrute de los derechos sociales y económicos de las parejas homoparentales, pero no a través de la comunidad concubinaria sino a través de la comunidad ordinaria de bienes, en los términos que la legislación civil lo permita, siempre que no haya fraude a la ley y

dentro de los límites que impone el orden público. El Tribunal compara una relación estable de hecho entre homosexuales con el concubinato adulterino, en el cual una de las partes se encuentra casada y por tanto no tiene efectos de orden jurídico. El relegar la comunidad de bienes de una pareja conviviente homosexual compuestas por personas del mismo sexo a los mismos efectos de una sociedad civil, excluye del derecho de familia dichas relaciones.

Sin embargo, el 12 de noviembre de 2008 cuando el TSJ niega la admisión de una aclaratoria de la sentencia 190 en la que se solicitaba explicar con exactitud las características y efectos del régimen patrimonial de parejas del mismo sexo, dejó abierta la posibilidad de que el legislador regulase la situación a futuro.

5. RÉGIMEN SUCESORAL DE LAS UNIONES ESTABLES ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

Como ya se ha explicado, no existe ningún dispositivo legal que regule las relaciones estables de hecho entre personas homosexuales y los efectos sucesorales del matrimonio y de las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer no son equiparables a esta clase de uniones. La situación jurídica sucesoral en que se encuentran las personas en parejas del mismo sexo es la siguiente:

Existen dos clases de sucesiones: la sucesión *ab-intestato* y la testamentaria. La sucesión *ab-intestato*, como la define el profesor Ovelio Piña Valles es “la forma mediante la cual ante la carencia, total o parcial, de testamento eficaz o válidamente otorgado, es la ley la que regula expresamente la transmisión del patrimonio de una persona que fallece a la o las personas que la misma ley designa, es decir, la transferencia se hace por imperio legal” (Piña, 2007, p.39). Si uno de los dos miembros de una unión estable de hecho entre dos personas del mismo sexo falleciere sin dejar testamento, es la ley la que va a señalar de manera expresa y taxativa quienes tienen derecho a suceder. Esto lo determina la ley a través de un orden de suceder. Dicho orden de suceder establecido en la sección III, del título II, perteneciente al libro tercero del Código Civil venezolano vigente no

incluye a la pareja de un homosexual fallecido.

La legislación venezolana regula también la sucesión testamentaria, la cual es definida por Sojo Bianco como “aquella que se origina cuando el de cujus, en previsión de su muerte próxima o remota, dispone voluntariamente de sus bienes señalando a quiénes y en qué forma deben transmitirse” (Sojo, 1990, p. 303), definición que es importante completar con la de Quisbert Ermoque la estipula como “aquella en que la vocación sucesoria es determinada por la voluntad del causante, manteniendo siempre el respeto a la legítima” (Quisbert, citado por Candelaria, 2008, p.276). En un Testamento la persona puede disponer válidamente de sus bienes y en el caso de un homosexual puede allí beneficiar a su pareja, con los límites que establezca la ley a todos los testamentos válidos.

La única fórmula jurídica que tiene una persona homosexual de favorecer a su pareja es mediante el testamento. Si el causante homosexual no tiene herederos forzosos, entonces podría disponer de todos sus bienes por testamento; caso contrario, solo podría disponer por testamento de una parte de sus bienes.

6.LA CAPACIDAD DE ADOPCIÓN DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO EN VENEZUELA.

Un último punto muy importante de examinar tiene que ver con la posibilidad de una pareja del mismo sexo para adoptar. En Venezuela se exige que la adopción conjunta la realice una pareja compuesta por un hombre y una mujer. La imposibilidad de que una pareja del mismo sexo pueda adoptar en forma conjunta se desprende del artículo 411 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, que se redactó así:

“La adopción puede ser conjunta o individual. La adopción conjunta solo puede ser realizada por cónyuges no separados o separadas legalmente, y por parejas conformadas por un hombre y una mujer, que mantengan una unión estable de hecho que cumplan los requisitos establecidos en la ley...”¹²(subrayado nuestro)

Ahora bien, en nuestra legislación se permite la adopción individual que puede ser solicitada por cualquier persona con capacidad para adoptar, con independencia de su estado civil. Según el artículo 409 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, la capacidad para ser adoptante se adquiere a los 25 años. Además el adoptante debe cumplir con las reglas de diferencias de edad establecidas en el artículo 410 ejusdem.

Sobre la capacidad de adoptar no existe ninguna norma que prohíba la adopción individual por parte de los homosexuales. Sin embargo, la ley establece una serie de procedimientos que implican períodos de pruebas, consentimientos y opiniones diversas, que en la práctica podrían evitar la adopción solicitada por un homosexual.

7. CONCLUSIONES

1. La discusión sobre los deberes y derechos de las personas del mismo sexo es de gran interés actual. El Estado venezolano tiene un atraso legislativo para llenar los vacíos legales que hay sobre la materia, especialmente en el ámbito del derecho civil.

2. Sobre la posibilidad jurídica del matrimonio entre personas del mismo sexo, existen dos tesis: 1- No es viable jurídicamente, sin una previa Reforma o Enmienda constitucional, la autorización legislativa para celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo. 2- El artículo 77 protege el matrimonio entre un solo hombre y una sola mujer y no condena ni prohíbe los de parejas del mismo sexo, basta una reforma legislativa para ser autorizados en Venezuela.

3. Tomando en consideración que las decisiones interpretativas del TSJ son obligatorias o vinculantes, cuando se tratan de interpretaciones sobre el alcance y contenido de la Constitución realizadas en la Sala Constitucional, las uniones estables entre personas homosexuales no se pueden equiparar al matrimonio en cuanto a sus efectos, debido a la decisión número 190 de fecha 28 de febrero de 2008 que realizó una interpretación al respecto.

4. El régimen patrimonial y económico de las parejas estables del mismo sexo se remite a la sociedad civil o al de la comunidad en los términos en que la legislación civil lo permita, siempre que no haya fraude a la ley y dentro de los límites del orden público.

5. El régimen jurídico sucesoral en Venezuela con relación a todos los tipos de uniones estables se caracterizan por ser heterocéntrico y monogámico. Los homosexuales no heredan *abintestato* a su pareja pero pueden realizar testamento a su favor siempre y cuando se considere previamente la legítima.

6. En Venezuela no se ha regulado en forma especial el tema de la adopción por parejas del mismo sexo. Este tema se debe manejar en forma científica y prudente. Recuérdese que lo que está en juego es por un lado la protección de niños, niñas y adolescente y por la otra, los derechos fundamentales de algunos individuos.

7. Las parejas homosexuales no pueden realizar una solicitud de adopción conjunta. En Venezuela para la adopción individual no se exige que deba ser realizada por un heterosexual.

8. REFERENCIAS

Aguilar, J. (2007). *Personas*. Caracas, Venezuela: Ediciones de la Universidad Católica.

Diario de Debates Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, Noviembre 1999-2000, pp15 y ss de la sesión ordinaria número 29.

Domínguez Guillén, M. (2008) *Manual de Derecho de Familia*. Caracas, Venezuela: Editorial Tribunal Supremo de Justicia.

Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Número 5859 Extraordinario de fecha 10 de diciembre de 2007. Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Gaceta Oficial de la República de Venezuela Número 2.290 de fecha 26 de julio de

1982. Código Civil de Venezuela.

Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Número 39.264 de fecha 15 de septiembre de 2009. Ley Orgánica de Registro Civil.

Grisolía González, O. (2001) *Organización y estructura de las nuevas realidades familiares*. Anuario de Derecho, número 23, Universidad de Los Andes.

Kinsey, A. (1998). *Comportamiento sexual del hombre*. Indiana University Express.

Kinsey, A (2013). Escala Kinsey entre homosexualidad y heterosexualidad. Documento en línea}. Disponible: <http://www.clinicamente.com.ar/libros/Escala%20Kinsey%20de%20heterosexualidad%20y%20homosexualidad.pdf>

López Herrera, F. (2006). *Derecho de Familia*. Caracas, Venezuela: Editorial Universidad Católica Andrés Bello. Tomo I.

Moliner, M. (1998). *Diccionario de uso de Español*, 2 vol., 2ª ed., Madrid: Gredos.

Peñaranda, H. (2008). *Derecho Civil I Derecho de Personas*. Maracaibo, Venezuela: Editorial de la Universidad del Zulia Ediluz.

Sojo Bianco, R. (1990). *Apuntes de Derecho de Familia y Sucesiones*. Caracas, Venezuela: Impresión. Graficas, ML.CA.P.

Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia número 190 del 28 de febrero de 2008. Expediente 03-2630.

Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia número 1682 del 15 de julio de 2005.

9. (ENDNOTES)

1 Profesor de Introducción al Derecho en la Universidad de Los Andes, Mérida-Venezuela. Egresado de Derecho con la mención Magna Cum Laude, Magister en Filosofía y Doctorando en Derecho en la Universidad Panamericana en México D.F.

2 Profesora de Derecho Civil Personas, Bienes, Sucesiones y Familia en la Universidad de Los Andes, Mérida- Venezuela. Egresada de Derecho con la mención Cum Laude, Magister en Derecho Agrario.

3 El Derecho Civil no solamente estudia las relaciones jurídicas familiares sino que también abarca las reglas relativas al estado y la capacidad de las personas, al patrimonio, a las obligaciones y contratos así como todo lo concerniente a los bienes.

4 La más común es el Fetichismo Transvestista en la que la persona usa como objetos sexuales prendas íntimas y representativas del sexo opuesto. Su placer sexual se ve exacerbado al usar esas prendas y vestimentas. Usualmente mantiene escondidas ropas para transvestirse cuando se encuentre a solas.

5 Cf. Kinsey, A (2013). Escala Kinsey entre homosexualidad y heterosexualidad. {Documento en línea}. Disponible: <http://www.clinicamente.com.ar/libros/Escala%20Kinsey%20de%20heterosexualidad%20y%20homosexualidad>.

6 Soriana, S. (2013). Origen y Causa de la Homosexualidad. {Documento en línea}. Disponible: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/56/pr/pr26.pdf>

7 Diario de Debates Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, Noviembre 1999-2000, pp15 y ss de la sesión ordinaria número 29.

8 Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional número 190 del 28 de febrero de 2008. Expediente 03-2630.

9 “A la ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador. Cuando no hubiera disposición precisa de la ley, se tendrá en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas: y si hubiera todavía dudas, se aplicará los principios generales del derecho”.

10 Según la sentencia número 1682 del 15 de julio de 2005, el TSJ decidió que dichos requisitos son los establecidos en el 767 del Código Civil de Venezuela.

11 Cf. Voto salvado de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán de la sentencia número 190 del 28 de febrero de 2005, expediente 03-2630

12 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Número 5859 Extraordinario de fecha 10 de diciembre de 2007. Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes