**Proyecto de ley de matrimonio igualitario (Boletín Nº11422-07)**

El proyecto de ley que modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio de parejas del mismo sexo fue ingresado el 5 de septiembre de 2017 al Senado por la presidenta Michelle Bachelet. En la última cuenta pública del presidente Piñera se anunció el compromiso de darle impulso legislativo para avanzar en su tramitación y lograr su aprobación.

Dentro de los fundamentos y objetivos del proyecto se indica que la ley de matrimonio igualitario busca terminar con la discriminación estructural de las parejas homosexuales agregando que “el matrimonio no es, ni ha sido jamás, una simple regulación de la propiedad, la herencia y la procreación. Por el contrario, la elección de una pareja con la cual se desea convivir hasta la muerte no puede sino ser el resultado de una de las demostraciones más grandes de fidelidad, respeto y afecto”[[1]](#footnote-1).

Respecto al contenido del proyecto, se incorpora el acceso igualitario al matrimonio civil de parejas de igual sexo; la modificación de algunas reglas sobre filiación por naturaleza, adoptiva y la derivada de ciertas Técnicas de Reproducción Asistida; y la aplicación de los regímenes patrimoniales en este tipo de uniones.

Desde la perspectiva de la diversidad, y en especial de la Comunidad LGTBIQ+, este es la iniciativa más importante que se está tramitando en el ámbito de la igualdad de derechos civiles, ya que no solo genera la posibilidad de acceder al matrimonio, sino que también genera efectos en determinados ámbitos filiativos.

A continuación, haremos una breve exposición del contenido del proyecto de ley y luego exponer su importancia desde la perspectiva de la protección de múltiples derechos. Finalmente, se indican las razones por las que el Consejo se debería pronunciar sobre este proyecto de ley.

1. **Contenido del proyecto de ley**

Actualmente, el proyecto propone los siguientes cambios a la legislación chilena:

En relación con los cambios en el Código Civil:

* Cambios en el lenguaje del Código cuando se hace referencia a “marido y mujer” o a “padres”, modificándose con palabras más neutras o que involucren a ambos géneros.
* Amplía ciertas reglas de la filiación respecto de parejas del mismo sexo.
* Debido a que la sociedad conyugal está estructurada sobre la existencia de un varón que administra y una mujer que está marginada de la administración, este régimen es descartado respecto de las parejas del mismo sexo; en cambio, sí le son aplicables la separación de bienes y la participación en los gananciales. En este sentido, el artículo primero transitorio de la ley hace aplicable la sociedad conyugal a parejas del mismo sexo cuando las disposiciones que la regulen estén adecuadas a las disposiciones que propone el proyecto de ley.
* En caso de matrimonios extranjeros entre personas del mismo sexo, tal como se determina actualmente, se entienden casadas en separación de bienes, pero se les permite pactar participación en los gananciales.
* Se reconoce la filiación matrimonial.
* En caso de parejas de mujeres se reconoce la filiación a ambas si el hijo fue concebido mediante alguna técnica de reproducción asistida.
* Presunción solo para cónyuges de distinto género de hijos nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los 300 días siguientes a la separación judicial.

En relación con los cambios en la ley Nº 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias

* Inclusión del padre como legitimado para solicitar alimentos para el hijo.

En relación con los cambios en la ley Nº 19.947 que establece la nueva Ley de Matrimonio Civil.

* Cambios en el lenguaje de la ley.
* Supresión de la conducta homosexual como causal de divorcio.
* Eliminación del requisito del matrimonio el ser una unión entre un hombre y una mujer.

En relación con los cambios en la ley Nº 20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil:

* Eliminación del mandato de reconocimiento de matrimonios del mismo género celebrados en el extranjero como Acuerdo de Unión Civil en Chile.

En relación con los cambios en la ley Nº 4.808 que reforma la ley sobre el Registro Civil:

* Cambios en la forma de determinar el orden de apellidos.

En relación con los cambios en la ley Nº 16.744 que establece normas sobre Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales:

* Adecuación del lenguaje.
* Derecho a pensión del cónyuge sobreviviente, independiente del género.

En relación con los cambios en el DFL Nº 150 del Ministerio del Trabajo de 1982 sobre el Sistema Único de Prestaciones Familiares y Sistema de Subsidios de Cesantía:

* Asignaciones familiares se pagan al padre o madre con que vivan si lo solicitan.
* Adecuación del lenguaje.

En relación con los cambios en la ley Nº 19.620 sobre Adopción de Menores:

* Normas sobre determinación de apellidos en caso de parejas del mismo género.

Consideramos que es importante que el Consejo del Colegio de Abogados se pronuncie sobre esta iniciativa por las siguientes razones:

1. **Consideraciones jurídicas para respaldar esta iniciativa**
2. **Importancia de la familia**

La protección de la familia es importante en nuestro derecho. El artículo 1º inciso segundo de la Constitución señala que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”.

Asimismo, el derecho a la protección de la familia está consagrado en los artículos 11.2 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Igualmente, el artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño garantiza el derecho del niño a la vida familiar.

El proyecto de ley sobre matrimonio igualitario reafirma la importancia de que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, permitiendo que todas las personas, independiente de su orientación sexual e identidad de género, tengan la posibilidad de acceder a la protección legal de la familia.

1. **Evolución de la noción de familia**

Compartiendo la importancia de la familia y de darle primacía en cuanto a su protección, también es importante tener presente que el concepto de familia ha estado en constante evolución. Los cambios legales de los últimos años en la regulación de familia han tenido por principal propósito de fortalecer un régimen de protección entorno al derecho a la igualdad en materia de familia. Destacan las siguientes leyes:

- ley Nº 18.802 que pone fin a la incapacidad relativa de la mujer casada en sociedad conyugal;

- ley Nº 19.585 que pone fin a la discriminación de hijos legítimos e ilegítimos;

- ley Nº 19.617 que despenaliza la sodomía entre personas adultas;

- ley Nº 19.947 de Matrimonio Civil que permitió el divorcio;

- ley Nº 20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil;

- ley N° 20.530 que crea el año 2019 el Ministerio de Desarrollo Social y Familia, y define la familia en los siguientes términos: “núcleo fundamental de la sociedad compuesto por personas unidas por vínculos afectivos, de parentesco o de pareja, en que existen relaciones de apoyo mutuo, que generalmente comparten un mismo hogar y tienen lazos de protección, cuidado y sustento entre ellos.”

El fortalecimiento de la igualdad a través de normas que impactan la protección de la familia también ha tenido desarrollo en las obligaciones internacionales. Destacan la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo y niñas vs. Chile y el Acuerdo de Solución Amistosa entre don César Peralta Wetzel, don Hans Arias Montero, don Víctor Arce García, don José Miguel Lillo Isla, don Stephane Abran, don Jorge Monardes Godoy, el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH) y Chile.

A su vez, la evolución de la protección a la familia también se basa en labor jurisprudencial. Destacan principalmente las últimas sentencias que han permitido la inscripción de dos madres o dos padres en el certificado de nacimiento de sus respectivos hijos[[2]](#footnote-2).

Asimismo, el trato actual que se le da a los niños nacidos en el seno de un hogar homoparental es semejante a la antigua distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, si pensamos como estos últimos quedaban desprovistos de derechos. La ley no debe discriminar entre niños, niñas y adolescentes, y promoverse siempre un igualitario entre éstos, y un normal tratamiento respecto de los miembros de su familia.

Esta evolución normativa sobre la noción de familia todavía tiene desafíos pendientes para lograr el fortalecimiento de la de igualdad, siendo la actual configuración del matrimonio uno de dichos desafíos.

1. **Derecho a la Identidad**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido el derecho a la identidad como “el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez”[[3]](#footnote-3).

La posibilidad de ser reconocidos legalmente como una familia que se constituye sobre la base de un vínculo matrimonial forma parte del derecho a la identidad porque forma parte de los vínculos familiares y sociales que constituyen a una persona.

Asimismo, el derecho a la identidad también es relevante para los niños, niñas y adolescentes. Se encuentra expresamente consagrado en el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), en el cual se señala que los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que este derecho “debe ser respetado y tenido en cuenta al evaluar el interés superior del niño”[[4]](#footnote-4).

Del mismo modo, la jurisprudencia ha sostenido que el interés superior de un niño “debe ser determinado teniendo en cuenta su derecho a la identidad, es decir, de manera que el elemento dinámico de su identidad- dado por el ejercicio de la maternidad afectiva y social de la demandada - se vea reflejado en la filiación legal de él, pues solo así se satisface tal derecho a la identidad.”[[5]](#footnote-5)

Este proyecto de ley no está promoviendo ninguna situación innovadora respecto de lo que ya se encuentra regulado en distintos países. Ello conduce a que los ciudadanos en un mundo pluralista tengan un reconocimiento continuo de su identidad, especialmente, en relación al estado civil particular y en relación con los miembros de su familia.

En este sentido, el matrimonio forma parte de uno de los elementos que configuran el derecho a la identidad de las personas, con especial relevancia para los niños, niñas y adolescentes. La negación del matrimonio de parejas del mismo sexo implica la negación del derecho de identidad.

1. **Interés superior del niño**

El interés superior del niño ha sido definido como el respeto pleno de los derechos del niño, como sujeto de derecho, como persona digna de respeto y consideración. Este principio ha sido recogido tanto en el derecho nacional como internacional. Por ejemplo, en el Código Civil, en el artículo 242, inciso segundo y en el artículo 222 inciso segundo, entre otros. Igualmente, el artículo 16 de la ley N° 19.968 establece que el interés superior del niño es el principio rector que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.

En el mismo sentido, el artículo 3 N°1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

La tramitación del proyecto de ley de matrimonio igualitario es una actividad del órgano legislativo que representa una medida que reguarda el interés superior del niño. La posibilidad de aplicar la institución del matrimonio a parejas del mismo sexo, permite que los niños que son concebidos bajo la vigencia de dichos matrimonios se beneficien con regulaciones específicas como la presunción de filiación matrimonial regulada en el artículo 180 del Código Civil,[[6]](#footnote-6) así como también de toda la normativa que rige a los matrimonios (beneficiarse de la regulación de herencia, derechos de seguridad social, relación directa y regular, entre tantos otros).

1. **Observaciones finales**

Teniendo presente la importancia de la familia, el interés superior del niño y el derecho a la identidad, consideramos que la imposibilidad de que parejas del mismo sexo contraigan matrimonio constituye una discriminación que impide la realización individual de esas personas. Asimismo, se estaría vulnerando la disposición constitucional que exige al Estado amparar a los grupos intermedios de la sociedad, dentro de los cuales se encuentran las familias constituidas por parejas del mismo sexo que quieren contraer matrimonio o que han contraído matrimonio en el extranjero y exigen el reconocimiento de su vínculo matrimonial en Chile.

Actualmente, la institución del matrimonio heteronormado y con hijos es insuficiente para proteger a otras familias que sí existen y no quedan al amparo explícito de la normativa. El matrimonio igualitario es una necesidad para consolidar el derecho a la igualdad.

Hoy en día se tramitan ante los tribunales de familia varias causas cuyo problema principal radica en la ausencia de una regulación sobre matrimonio igualitario en el país. Hay parejas del mismo sexo que tienen un vínculo matrimonial en el extranjero, pero que al vivir en Chile ese vínculo se les desconoce, generando inestabilidad jurídica para la pareja y una vulneración a los derechos de sus hijos, ya que en el extranjero pueden tener la protección legal por el vínculo jurídico con ambas madres o ambos padres, pero en Chile solo se les reconoce a uno solo. Asimismo, parejas chilenas se les niega contraer el matrimonio en nuestro país, impidiendo que los hijos que nacen en esas familias reciban plena protección legal de ambas madres o padres. A esas parejas se les niega el acceso al vínculo familiar de mayor compromiso en nuestro país.

Es importante tener presente que este proyecto de ley en nada altera la actual regulación de la institucion del matrimonio en los aspectos religiosos y solo dice relación con reconocer un vinculo o institución con carácter estatal.

Junto con lo anterior, como Comisión de Diversidad e Inclusión consideramos que es importante que el Colegio se pronuncie públicamente sobre esta iniciativa legal porque es una forma de confirmar la relevancia de esta Comisión y que las temáticas que la convocan también son de interés del Colegio, representado por su Consejo.

Un pronunciamiento formal sobre esta iniciativa legal reafirma el interés del Colegio de Abogados de ser una entidad conectada con la realidad nacional y con materias legales que hace algunos años eran impensables de ser discutidas. El Colegio debe estar a la vanguardia y ser referente en cuestionar la insuficiencia de las normas vigentes y abrir la mirada a regulaciones eficientes, justas y necesarias.

El Colegio de Abogados suele pronunciarse sobre diversas iniciativas legales sin exigir mayores condiciones para realizar dichos pronunciamientos. Esta no debiese ser la excepción.

1. Mensaje proyecto de ley de Matrimonio Igualitario (boletín Nº 11.422-07), pág. 5. [↑](#footnote-ref-1)
2. Juzgado Familia de Antofagasta, Sentencia Rit Nº C-2061-2020. Considerando vigésimo; 2° Juzgado de Familia de Santiago. Sentencia Rit C-10028-2019. Considerando noveno; sentencia sobre copaternidad del 5º Juzgado Civil de Santiagode fecha 5 de julio de 2017. [↑](#footnote-ref-2)
3. *Cfr*. Caso Gelman Vs. Uruguay, párr. 122; Caso Fornerón e Hija Vs. Argentina, párr. 123, y Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285, párr. 116. [↑](#footnote-ref-3)
4. Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Párr 55. Disponible en:<https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf> [↑](#footnote-ref-4)
5. 2° Juzgado de Familia de Santiago. Sentencia Rit C-10028-2019. Considerando décimo cuarto. [↑](#footnote-ref-5)
6. Artículo 180 inciso primero del Código Civil. “La filiación es matrimonial cuando existe matrimonio entre los padres al tiempo de la concepción o del nacimiento del hijo.” [↑](#footnote-ref-6)