19 de agosto del 2021

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

Honorable Presidente, honorables diputadas y diputados de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados.

En mi calidad de Presidenta de la Comisión de Diversidad e Inclusión del Colegio de Abogados agradecemos la invitación que nos extendieron para compartir nuestras observaciones sobre el proyecto de ley de matrimonio igualitario.

Pondremos a disposición de la Comisión un informe elaborado en forma conjunta por todos quienes integran la Comisión de Diversidad e Inclusión. Este informe se compone de dos partes.

En una primera parte, exponemos sobre las consideraciones jurídicas para respaldar esta iniciativa legal, con especial énfasis en la protección de diversas garantías constitucionales como la efectiva igualdad ante la ley, el amparo de los grupos intermedios así como respecto de otros derechos fundamentales, tales como el derecho de las personas a tener una familia, a la identidad y el interés superior de niños.

En la segunda parte, compartiremos algunas observaciones sobre ciertos aspectos del proyecto de ley que podrían ser objeto de revisión. Estas observaciones surgen de la constatación de que el proyecto de ley fue presentado el 5 de septiembre del año 2017. Han transcurrido casi 4 años del inicio de esta discusión y durante este período de tiempo se han generado importantes avances normativos y jurisprudenciales que hacen que algunas materias del actual proyecto estén desactualizadas frente a estos avances y requiera actualización.

1. **Consideraciones jurídicas para respaldar esta iniciativa**

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 vulnera la disposición constitucional que garantiza la igualdad ante la ley, así como aquélla 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, todas las cuales, por lo demás, tienen el derecho a ser reconocidas como tales, en atención a que la propia Constitución Política establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

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 de ellos. Asimismo, existen parejas chilenas a quienes se les niega contraer el matrimonio en nuestro país, impidiéndoles acceder a esa institución y negando 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.

En particular, queremos destacar como consideraciones jurídicas la importancia de la familia, la evolución de dicha institución, el derecho a la identidad y el interés superior del niño.

1. **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, de modo que resulta inconstitucional y vulneratorio de la igualdad ante la ley, la falta de reconocimiento de dicha evolución y su protección.

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 la labor jurisprudencial de nuestros tribunales de justicia, que han reconocido y buscado proteger tal evolución. 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[[1]](#footnote-1).

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”[[2]](#footnote-2).

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 hacen referencia a 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”[[3]](#footnote-3).

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.”[[4]](#footnote-4)

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 globalizado y pluralista, requieran de 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 resguarda 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 184 del Código Civil,[[5]](#footnote-5) 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. **Aspectos que se pueden modificar**

Desde la fecha de la presentación de este proyecto de ley han existido importantes avances normativos y jurisprudenciales que exigen actualizar ciertos aspectos de este mensaje presidencial. Destacan especialmente la creación de la ley Nº 21.120 sobre identidad de género, el desarrollo jurisprudencial que ha reconocido a las parejas del mismo sexo tener la posibilidad de ser reconocidas legalmente como padres y madres de sus hijos e hijas, y también la reciente ley Nº 21.367 que deroga la homosexualidad como causal de divorcio culposo.

Los ajustes que sugerimos hacer al proyecto de ley son los siguientes:

1. Modificar la ley de matrimonio civil

El artículo 42 númerando 5 de la ley Nº 19.947 sobre Matrimonio Civil establece que el matrimonio termina “[p]or sentencia firme que acoge la solicitud de rectificación de sexo y nombre por razón de identidad de género.”

Esta disposición se incorporó durante la tramitación de la ley de identidad de género como mecanismo de resguardo a la figura del matrimonio como un contrato celebrado entre un hombre y una mujer. Esta causal debe ser eliminada porque la razón por la cual se crea ya no tendría vigencia en el entendido de que parejas del mismo sexo serían libres de contraer un vínculo matrimonial.

1. Modificar ley sobre orden de apellidos

El 14 de mayo del presente año se publicó la ley Nº 21.334 sobre la determinación del orden de los apellidos por acuerdo de los padres.

El nuevo artículo 58 ter del Código Civil establece que padre y madre pueden acordar en forma conjunta el orden de los apellidos de sus hijos comunes, pero se agrega una norma supletoria que indica que “[e]n caso de no manifestarse acuerdo al momento de inscribir al primero de los hijos comunes, se entenderá su voluntad de que el primer apellido del **padre** anteceda al primer apellido de la **madre** en las partidas de nacimiento de todos sus hijos comunes.”

Esta norma supletoria fue creada bajo parámetros de una familia heteronormada y su aplicación exige la existencia de un padre y una madre. El proyecto de ley de matrimonio igualitario tiene efectos filiativos, por lo que permite que el Servicio del Registro Civil inscriba a dos madres o dos padres, lo que hace que esta norma supletoria sea inaplicable a esos casos.

Este es un problema que se ha presentado en el derecho comparado y existen diversas formas de abordarlo. Una alternativa es que la norma supletoria sobre el orden de los apellidos exija que el orden se defina según orden alfabético (regulación en Francia). Otra alternativa es que el orden se defina por sorteo (regulación en Argentina). Finalmente, otras regulaciones permiten que sea el Oficial del Registro Civil que por aplicación del interés superior del niño defina el orden de los apellidos (regulación de España). Nosotros sugerimos que la norma supletoria sea el orden de alfabético de los apellidos. Consideramos que el oficial del Servicio de Registro Civil e Identificación no cuenta con la suficiente información para adoptar una decisión en función del interés superior del niño y que el orden alfábético es objetivo en cuanto a sus resultados.

Es importante destacar que en el oficio N° 173-2017 presentado por la Corte Suprema, el año 2017, los Ministros Sergio Muñoz Gajardo y Jorge Dahm Oyarzún advirtieron que el proyecto de ley de matrimonio igualitario podía generar un problema de igualdad ante la ley porque para los hijos de las parejas del mismo sexo podrían acordar el orden de los apellidos del primer hijo en común en cambio a los hijos habidos por parejas de distinto sexo se les obligaría ordenar sus apellidos comenzando por el del padre y a continuación el de la madre. Sugirieron en ese momento ver la tramitación del proyecto de ley que abordaba el orden de los apellidos y que ahora en la ley Nº 21.334. El problema originalmente advertido por la Corte Suprema quedó superado por la aprobación de la ley que le permite al padre y a la madre elegir el orden de sus apellidos, pero se generó un problema nuevo por la imposibilidad de aplicar la norma supletoria a las parejas del mismo sexo.

1. Normas sobre filiación

Este proyecto de ley permite que parejas del mismo sexo puedan contraer matrimonio y beneficiarse de las normas sobre filiación que se contemplan en favor del matrimonio, en especial de la presunción de filiación matrimonial regulada en el artículo 184 del Código Civil. Esa presunción establece que “[s]e presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación judicial de los cónyuges.”

Consideramos que esto es un gran avance y que representa una forma de resguardo del derecho a la igualdad ante la ley.

A pesar de lo anterior, consideramos que es importante seguir avanzando en otras iniciativas legales que aborden la regulación sobre fiilación desde una mirada completa, ya que hay otro tipo de familias que no tienen normas legales expresas que les permita aplicar las normas de filiación a su caso concreto. En especial, está el Acuerdo de Unión Civil, institución cuyos efectos son únicmente patrimoniales y que habría que ampliarlos para que pudiera generar efectos filiativos. También está presente la regulación sobre adopción. Para resolver algunos de estos problemas promovemos la tramitación del proyecto de ley Boletín N° 10.626-07.

Finalmente, todavía está pendiente que en nuestro país se regule en forma íntegra los distintos aspectos jurídicos que se generan de los tratamientos de reproducción asistida. La única norma vigente es el artículo 182 del Código Civil que regula los efectos filiativos de un hombre y una mujer que optan por someterse a este tipo de tratamiento. Sobre esta materia, promovemos el anteproyecto de ley que ha sido desarrollado por el doctor Fernando Zegers en conjunto con destacados juristas, en las que incluimos a Fabiola Lathrop, quien es integrante de la Comisión de Diversidad e Inclusión del Colegio de Abogados. La ausencia de normas sobre técnicas de reproducción asistida impactan en particular a las parejas del mismo sexo ya que con frecuencia recurren a las mismas para procrear y el matrimonio igualitario, en la forma en que está concebido el proyecto, no les daría toda la protección que necesitan al respecto.

1. 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-1)
2. *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-2)
3. 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-3)
4. 2° Juzgado de Familia de Santiago. Sentencia Rit C-10028-2019. Considerando décimo cuarto. [↑](#footnote-ref-4)
5. 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-5)