

EXPOSICIÓN COMISION DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS (SESIÓN ESPECIAL MIXTA JUEVES 2 DE SEPTIEMBRE DE 2021)

I.- INTRODUCCIÓN AL TEMA

En Chile la regla de heterosexualidad para acceder al matrimonio establecida en los arts. 102 CC y 80 LMC, de 2004, impide casarse a las parejas del mismo sexo.

Si bien estas parejas pueden celebrar un Acuerdo de Unión Civil (AUC), lo cierto es que las uniones homosexuales reclaman que se les reconozca el derecho a contraer matrimonio, tal como se les reconoce a las parejas de diferente sexo.

No se trata en consecuencia de que supuestas deficiencias en la regulación del AUC hagan necesario abrir el matrimonio a parejas homosexuales.

El tema de fondo es reivindicar un derecho (a casarse) por entenderse que según el ordenamiento constitucional –incluidas las reglas de diversos tratados sobre derechos humanos- el Estado de Chile se encuentra obligado a acceder a tal reclamación.

I.- EN CUANTO A LA FUNDAMENTACIÓN DEL PROYECTO

Hay antecedentes posteriores a tener en cuenta.

En el plano internacional; la opinión consultiva oc-24/17, de 24 de noviembre de 2017, emitida por la CIDH, solicitada por la república de Costa Rica, sobre diversos aspectos.

Sentencia N° 10-18, sobre matrimonio igualitario, de 12 de junio de 2019, la Corte Constitucional de Ecuador, resolvió: La Corte Constitucional de Ecuador declaró la inconstitucionalidad del art. 81 del Código Civil y el art. 52 de la Ley de Gestión de la Identidad y Datos Civiles (caso 10-18-CN).

Como indica la CIDH en la Opinión consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017, crear una institución que produzca los mismos efectos y habilite los mismos derechos que el matrimonio, pero que no lleve ese nombre carece de cualquier sentido y genera el efecto de menoscabar o estigmatizar socialmente a las parejas del mismo sexo, dando a entender que existiría el matrimonio para quienes son “normales”, y otra institución de idénticos efectos pero con otro nombre, para quienes fuesen considerados “anormales”, es una distinción que la Corte estima inaceptable.

Los argumentos esgrimidos para mantener la regla de exclusión referida a la heterosexualidad, han sido desvirtuados en diversos países de distintos continentes en casi todo el mundo occidental. En todos estos países los principios y derechos constitucionales invocados para la ampliación del matrimonio a personas del igual sexo han sido –principalmente- el respeto de la dignidad humana, el reconocimiento de la libertad de las personas y el principio de igualdad y no discriminación por razones de orientación sexual, principios que también se encuentran formulados en la actual Constitución de Chile.

Para constatar esto basta examinar el contenido del art. 1°inciso 1° CPR, según el cual “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Esta formulación general, en que confluyen las nociones de dignidad, libertad e igualdad, es complementada por otras disposiciones.

Parece ser que la heterosexualidad como regla de acceso al matrimonio no resulta conciliable con los valores y principios recién mencionados, consagrados también en los tratados internacionales ratificados por Chile, que los órganos del Estado deben respetar y promover (art. 5 inciso 2° CPR); sin perjuicio de que ciertos motivos para mantenerla son contrarios al principio democrático (art. 4° CPR) y al carácter laico del Estado chileno derivado de la libertad de conciencia que la CPR consagra (art. 19 N° 6).

III.- EN CUANTO A LAS DISPOSICIONES DEL PROYECTO:

El proyecto de ley iniciado en mensaje n° 130-365/ el 28 de agosto de 2017 realiza adecuaciones en varios artículos del CC, LMC y otras, sustituyendo las expresiones “marido y mujer” por “cónyuges” y las referencias al padre o madre por “progenitores”, tal como lo hacen actualmente los códigos de España, Argentina y Uruguay; y en la definición de matrimonio del art. 102 CC el proyecto reemplaza la referencia a un “hombre” y una “mujer” por “dos personas”.¹

En materia de adopción: el proyecto no propone mayores cambios, porque “existe una iniciativa en discusión parlamentaria en la actualidad” (proyecto de ley sobre reforma integral al sistema de adopción en Chile, correspondiente al boletín N° 9.119-18, actualmente en segundo trámite constitucional).

En materia de reproducción asistida: tampoco, porque “su complejidad técnica y los problemas bioéticos que plantean, requieren de una regulación especial y exhaustiva”, sin perjuicio de permitir, en caso de parejas de mujeres, que la filiación del hijo quede determinada por el parto respecto de una madre y por reconocimiento respecto de la otra.

Sociedad conyugal:

Además, el proyecto indica que no extiende a las parejas del mismo sexo el régimen de sociedad conyugal, atendida la dificultad en cambiar la asignación de los roles diferenciados en la relación económica al hombre y a la mujer.

Esta limitación me parece grave: deja a estas parejas dos opciones, (a) la separación total de bienes, que no permite la formación de un “patrimonio familiar” y perjudica al cónyuge que no genera ingresos propios y (b) el régimen de participación crediticia que existe en Chile desde 1994 (ley 19.335) y cuya aplicación ha sido muy marginal (2%).

El proyecto confía en que la sociedad conyugal podrá ser aplicable a los matrimonios celebrados entre personas del mismo sexo “una vez que entren en vigencia las normas que adecúen el régimen, para hacerlo congruente con las disposiciones reguladas en esta ley” (Artículo primero transitorio).

En esta parte, el proyecto –de manera bastante optimista- supone (a) que habrá una sociedad conyugal que (b) modificada, a efectos de que no sea discriminatoria, será posible aplicarla a parejas del mismo sexo.

Entendiendo que el tema es complejo porque la actual sociedad conyugal asigna roles diferenciados al marido y a la mujer (el marido es “jefe” y

¹“Artículo 1.-Introdúcense las siguientes modificaciones al Código Civil”: Arts. 31, 34, 37, 41, 43, 72, 102, 107, 111, 125, 131, 132, 134, 135, 163, 180, 182, 184, 185, 187, 188, 204, 205, 206, 308, 310, 990, 992, 994, 1000, 1255, 1715, 1972-2, 2049, 2262, 2320, 2321. Además, modifica la LMC, la LRC, entre otras.

administrador de la sociedad conyugal) y ello no es posible si ambos miembros de la pareja son de igual sexo.

Pero estimo que antes que vedarla a estos matrimonios sería mejor solución facultar a los contrayentes para que al momento de casarse pudieran pactar cuál de ellos ejercerá tal rol de jefe de la sociedad y aplicar a este las reglas actualmente vigentes para el marido y al otro las de la mujer, mientras se tramitan las adecuaciones o se sustituye este régimen.

IV.- OMISIONES

Por último, echo de menos algunas reformas que el proyecto omite.

1.- Definición del matrimonio:

En primer lugar, en cuanto a la definición de matrimonio del art. 102 CC, no es suficiente cambiar las expresiones hombre y mujer por personas. Debería también eliminarse de ella la alusión a la indisolubilidad del matrimonio, porque en conformidad con el art. 42 n. 4° de la LMC de 2004, el matrimonio “termina” por sentencia firme de divorcio.

También debería suprimirse la mención al fin de procreación, porque la ley 19.947, de 2004, suprimió el impedimento dirimente absoluto que contenía la anterior LMC, de 1884, según el cual no podían casar los que padecieran de impotencia perpetua e incurable. En la actualidad, la procreación no es un fin “esencial” del matrimonio.

A este respecto, cabe tener presente que la Corte Constitucional de Ecuador en Sentencia N° 10-18-CN/19, sobre matrimonio entre personas del mismo sexo, de 12 de junio de 2019, concluyó que la Constitución de ese país reconoce el derecho de las parejas del mismo sexo a que el legislador regule para ellas el matrimonio, otorgándoles el derecho a casarse y resuelve que son inconstitucionales las expresiones “un hombre y una mujer” y “procrear” contenidas en el art. 81 CC, equivalente al art. 102 de nuestro CC.

2.- Causales de término del matrimonio:

En segundo lugar, debe tenerse presente que con posterioridad al ingreso al Senado de este proyecto (28 de agosto de 2017) se aprobó la Ley 21.129, de 2019, que reconoce y da protección a la identidad de género y agregó un numeral 5° al art. 42 LMC, según el cual el matrimonio termina por sentencia firme que acoge la solicitud de rectificación de sexo y nombre por razón de identidad de género. Aprobado el matrimonio entre personas del mismo sexo, la causal de término pierde su sentido y debiera eliminarse.

3.- Ley 21.334 sobre determinación del orden de los apellidos por acuerdo de los padres

También habrá que modificar, en cuanto se refiere al orden de los apellidos del padre y madre de los hijos, la Ley 21.334 sobre determinación del orden de los apellidos por acuerdo de los padres. Esta ley, publicada el 14 de mayo de 2021, entrará en vigencia al día siguiente de la publicación del reglamento a que alude el art. 6 de la misma, reglamento que debe dictarse en el término de cuatro meses contado desde la publicación de la ley.

Eduardo Court Murasso
Doctor en Derecho

Profesor TitularDerecho Civil
UAI