

Oficio N° 173-2017.-

INFORME PROYECTO DE LEY 32-2017

Antecedente: Boletín N° 11.422-07.

Santiago, 4 de octubre de 2017.

Mediante Oficio N° 184/SEC/17, de 6 de septiembre de 2017, el Presidente del Senado, don Andrés Zaldívar Larraín, al tenor de lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, remitió a la Corte Suprema el proyecto de ley que modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio de parejas del mismo sexo, a efectos de recabar su parecer respecto del literal b) del artículo 30 bis de la ley 4.808, sobre Registro Civil, contenido en el numeral 1 del artículo 5 del proyecto de ley y del artículo 24 bis de la ley 19.620 sobre Adopción de Menores, propuesto por el artículo 9 de la iniciativa, por recaer en materias que dicen relación con la organización y atribuciones de los tribunales de justicia (Boletín N° 11.422-07).

Impuesto el Tribunal Pleno del proyecto en sesión de 2 de octubre del actual, presidida por el subrogante que suscribe y con la asistencia de los Ministros señores Sergio Muñoz Gajardo, Patricio Valdés Aldunate, Héctor Carreño Seaman, Carlos Künsemüller Loebenfelder, Haroldo Brito Cruz y Guillermo Silva Gundelach, señora Rosa Egnem Saldías, señores Juan Eduardo Fuentes Belmar, Lamberto Cisternas Rocha y Ricardo Blanco Herrera, señora Andrea Muñoz Sánchez y señores Manuel Valderrama Rebolledo, Jorge Dahm Oyarzún y Arturo Prado Puga, acordó informarlo al tenor de la resolución que se transcribe a continuación:

**AL SEÑOR
ANDRÉS ZALDÍVAR LARRAÍN
PRESIDENTE
H. SENADO
VALPARAÍSO**

“Santiago, tres de octubre de dos mil diecisiete.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que mediante Oficio N° 184/SEC/17, de 6 de septiembre de 2017, el Presidente del Senado, don Andrés Zaldívar Larraín, al tenor de lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, remitió a la Corte Suprema el proyecto de ley que modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio de parejas del mismo sexo, a efectos de recabar su parecer respecto del literal b) del artículo 30 bis de la ley 4.808, sobre Registro Civil, contenido en el numeral 1 del artículo 5 del proyecto de ley y del artículo 24 bis de la ley 19.620 sobre Adopción de Menores, propuesto por el artículo 9 de la iniciativa, por recaer en materias que dicen relación con la organización y atribuciones de los tribunales de justicia (Boletín N° 11.422-07).

Segundo: Que el Senado ha solicitado la opinión de esta Corte Suprema, en relación a dos materias específicas:

1.- el literal b) del nuevo artículo 30 bis que se introduce a la ley 4.808 sobre Registro Civil, contenido en el numeral 1 del artículo 5 del proyecto de ley;

2.- el artículo 24 bis nuevo, que el artículo 9 de la iniciativa propone introducir a la ley 19.620, sobre Adopción de Menores;

En términos generales, las disposiciones consultadas por el Congreso, se refieren a los procedimientos de determinación del orden de los apellidos de los niños o niñas que sean hijos de matrimonios de personas del mismo sexo, en cuyo desarrollo participarían los tribunales de familia.

Tercero: Que considerando que contribuye a una mejor comprensión de las materias propuestas, se abordará primero la reforma que introduce un artículo 24 bis a la ley 19.620, sobre Adopción de Menores.

El tenor de la norma proyectada es el siguiente:

*“Artículo 24 bis.- En caso que se acoja la solicitud de adopción, de dos personas del mismo sexo **que no tuvieren hijos comunes inscritos con antelación a la dictación de la sentencia definitiva**, el juez, al dictar la sentencia, dispondrá el orden de los apellidos con que se inscribirá al adoptado. Para tal efecto se estará al acuerdo manifestado por los cónyuges, que deberá constar en acta extendida ante oficial del Registro Civil, y que deberá acompañarse a la solicitud del artículo 23”.*

De este modo, la judicatura de familia que se enfrente a un matrimonio entre personas del mismo sexo que *no tenga hijos inscritos previamente*, deberá determinar el orden de los apellidos a inscribir, en conformidad con el acuerdo que

los progenitores declaren ante el Servicio de Registro Civil. Vale decir, se crea un mecanismo que deja entregada la decisión a la voluntad de los progenitores, que han debido manifestarla previamente en un acta extendida ante el oficial del Registro Civil.

La norma en análisis no merece reparos en cuanto otorga al juez o jueza que conozca del procedimiento de adopción, la atribución de determinar el orden de los apellidos del adoptado, sujetándola a la voluntad de los progenitores, por cuanto resulta una mención necesaria, en el contexto en que se encuentran los adoptantes y razonable, por cuanto no se advierte por qué se habría de sustituir a los progenitores en aquella decisión.

En efecto, en conformidad a la legislación actualmente vigente, la sentencia que acoja la adopción, ordenará que se remitan los antecedentes a la Oficina del Registro Civil e Identificación del domicilio de los adoptantes, “a fin de que se practique una nueva inscripción de nacimiento del adoptado, *como hijo de los adoptantes*” (artículo 26 de la ley 19.620), lo que significa que se habrán de seguir las reglas contenidas en el Reglamento Orgánico del Servicio de Registro Civil, que dispone que para inscribir el nacimiento de un hijo se pondrá primero el apellido del padre y a continuación el de la madre (artículo 126 del DFL 2128, del año 1930). Si bien existen numerosas iniciativas legales orientadas a modificar dicha regla¹, lo cierto es que mientras ella se encuentre vigente, la adopción por parte de cónyuges del mismo sexo, genera la necesidad de establecer una regla que determine la forma de resolver el punto, lo que se verifica a través de la modificación propuesta.

Como se verá a continuación, la modalidad contenida en el artículo 24 bis en comento, se complementa con lo dispuesto en la segunda modificación propuesta (artículo 30 bis de la ley 4.808), en el sentido que, en el evento que la pareja tenga otro u otros hijos inscritos previamente, prima el orden que se haya acordado para el primero de ellos, lo que significa que deben atenerse a esa decisión para el nombramiento de los sucesivamente habidos.

¹ Mediante el proyecto de ley contenido en el Boletín 2662-18, archivado en el año 2005, se propusieron diversas modificaciones en relación al orden de los apellidos, una de las cuales permitía que ambos padres acordaran colocar primero el apellido de la madre y enseguida el del padre, debiendo en este caso, proceder de igual forma con todos los hijos comunes. El Proyecto contenido en el Boletín 4149-18, en tanto, presentado en el 2006 y sin movimiento desde ese año, incorpora una norma general que permite la opción de que los padres elijan el orden de los apellidos, con la misma limitación antes expresada, en el sentido que ello vincula al resto de los hijos de la pareja. A su turno, la iniciativa legal contenida en el Boletín 10.396-18, presentada en el 2015, elimina la obligación de tener que inscribir a los hijos con el apellido del padre primero y con el de la madre después, permitiendo a éstos, al igual que los proyectos anteriores, determinar el orden de los apellidos que asignarán a sus hijos, haciendo vinculante esta decisión para los hijos posteriores de igual filiación; este proyecto se encuentra en primer trámite constitucional, constando la última urgencia puesta por el ejecutivo, en el mes de enero de 2017.

Cuarto: Que el segundo artículo consultado por el Senado es el literal b) del artículo 30 bis nuevo que se incorpora a la Ley N° 4.808 sobre Registro Civil, a través del artículo 5° N° 1 del proyecto de ley. Éste señala que:

“Artículo 30 bis. Todos los hijos comunes de personas del mismo sexo deberán llevar el orden de los apellidos que se haya acordado para el primero de ellos.

Para efectos de determinar el orden de los apellidos en la inscripción de un hijo que sea requerida por dos personas del mismo sexo que no tuvieren hijos comunes inscritos con antelación, se estará al acuerdo de los progenitores conforme a las reglas siguientes:

- a) Tratándose de inscripción ordenada por resolución de adopción, se estará al orden decretado en la sentencia de término, conforme a lo dispuesto en el artículo 24 bis de la ley N° 19.620 que Dicta Normas sobre Adopción de Menores. El oficial del Registro Civil, antes de proceder a la inscripción, verificará si ha sido inscrito otro hijo común con posterioridad a la dictación de la sentencia de adopción y antes de que ésta se inscriba. Si existiere inscrito otro hijo común, con un orden de apellidos diverso, elevará los antecedentes al Director. Éste, con el solo mérito de la comunicación, ordenará de oficio la rectificación necesaria para que ambos hijos queden inscritos con el orden de los apellidos determinado en la sentencia de adopción.*
- b) En los demás casos, se estará al acuerdo manifestado por los requirentes, que conste en acta extendida ante oficial del Registro Civil, y que deberá acompañarse a la solicitud.*

En caso de requerirse una inscripción ordenada por sentencia firme de adopción que dispusiere un orden de apellidos diverso al del primer hijo común, el oficial del Registro Civil antes de proceder a la inscripción, oficiará al tribunal que hubiere dictado la sentencia, para que, en conformidad a las reglas de incidentes establecidas en el artículo 26 inciso segundo de la ley N° 19.968, que Crea los Tribunales de Familia, resuelva en definitiva de acuerdo a las reglas del presente artículo”.

Valga precisar que la hipótesis consultada corresponde al inciso final de la norma propuesta, no “al literal b)” de la misma, como dice el oficio del Senado, puesto que la situación contemplada en dicho inciso, se refiere a un caso en que se invoca una sentencia de adopción, cuestión diferente a la mencionada en el literal b), que alude a “los demás casos”, esto es, cuando la inscripción requerida no tiene su origen en una resolución judicial de ese tipo. Sin perjuicio de lo anterior, este error formal del Oficio no afecta el análisis sustantivo de la propuesta.

La hipótesis consultada es aquella concurrente cuando el matrimonio entre personas del mismo sexo tiene un hijo común previamente inscrito y la sentencia que declara la adopción respecto de uno posterior, dispone un orden de los apellidos distinto a aquel con que se encuentra inscrito el primero.

El procedimiento consiste en que a instancias del Oficial del Registro Civil que deberá practicar la inscripción, el juzgado que dictó la sentencia deberá resolver la discordancia de acuerdo a lo dispuesto en el citado artículo 30 bis, en conformidad a las reglas de los incidentes, contenidas en el artículo 26 inciso 2° de la ley 19.968, que Crea los Tribunales de Familia. La norma establece, pues, una regla de procedimiento y otra, sustantiva. La primera, en el sentido que una vez que la autoridad administrativa oficie al juzgado, éste deberá conocer el asunto conforme a la tramitación de los incidentes, según la norma a que se ha hecho referencia; y la de fondo, que a la postre lo remite a la regla general sustantiva contenida en el inciso 1° del artículo 30 bis, según el cual “Todos los hijos comunes de personas del mismo sexo deberán llevar el orden de los apellidos que se haya acordado para el primero de ellos” (hipótesis N° 4 de la tabla), conforme a la cual debiese resolver.

Quinto: Que en cuanto a las normas de procedimiento para resolver la discordancia, es menester señalar que no merece reparos la modalidad incidental propuesta, en la medida que permitirá decidir de plano, si se verifica la existencia de un simple error de hecho, o escuchando a los adoptantes, si eventualmente el tema tiene que ver con alguna acción o solicitud de éstos, o se origina en otra situación que merezca su comparecencia.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 18 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, se acuerda informar **en los términos precedentemente expresados** el proyecto de ley que modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio de parejas del mismo sexo.

Se previene que el Presidente subrogante señor **Juica** y el Ministro señor **Cisternas** estuvieron por expresar que el informe de esta Corte califica favorablemente las normas consultadas por el H. Senado respecto del proyecto de ley en referencia.

Se previene que los Ministros señores **Muñoz G.** y **Brito** y señora **Muñoz S.** y señor **Dahm** concurren al informe precedente, al que estuvieron por adicionar las siguientes consideraciones:

1ª) Que de acuerdo a lo consignado en el Mensaje, la igualdad ha sido un valor de primera importancia que ha inspirado la evolución experimentada por el

derecho de familia chileno en las últimas tres décadas, como quedaría demostrado en las reformas a que alude –ley 19.585, que establece un nuevo régimen de filiación, ley 19.947, que introduce una nueva regulación del matrimonio civil, ley 20.620, que reconoce el principio de corresponsabilidad parental, entre otras– y cuyo último hito está constituido por la dictación de la ley 20.830 que creó el denominado Acuerdo de Unión Civil, con el cual, según indica, se dotó de protección a las uniones afectivas en convivencia, entre las que se incorporó a las parejas del mismo sexo, las que gozan, de esta manera, de la titularidad de derechos de carácter patrimonial y del reconocimiento público de su proyecto común frente a toda la comunidad.

El Mensaje entiende que la presente iniciativa es un paso más en el camino hacia la consecución de la igualdad al interior de las familias, ya que lo que pretende es permitir el acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo, terminando con las discriminaciones odiosas que, sustentadas en prejuicios y arbitrariedades, actualmente impiden que estas personas adquieran el vínculo matrimonial.

El Proyecto, agrega el Mensaje, se dicta en el contexto del compromiso que el Estado de Chile ha adoptado de velar para que la legislación promueva la dignidad de todas las personas sin distinción por su orientación sexual e identidad de género, con ocasión del *acuerdo de solución amistosa*², arribado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con las personas que indica y el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual, Movilh. Tiene presente, asimismo, las obligaciones internacionales que surgen a propósito de la sentencia en el caso *Atala Riffo*, que constituye un referente a nivel global sobre no discriminación por orientación sexual y en cuanto al reconocimiento de nuevas formas de hacer familia por parte de personas homosexuales.

2ª) Resaltando el valor de la familia, la motivación indica que todas las personas buscamos relaciones afectivas plenas, cualquiera sea nuestra orientación sexual, y que el primer espacio donde tales relaciones de afecto se dan es en la familia, razón por la cual la Constitución Política de la República la considera como el núcleo fundamental de la sociedad. Sostiene que esta comunidad de personas se distingue de otras formas de asociatividad humana, en tanto se genera por vínculos afectivos, y está destinada a obtener para sus miembros el máximo desarrollo material y espiritual.

² Acuerdo de solución amistosa (ASA), rol P-946-12, con los peticionarios, don César Peralta Wetzel, don Hans Arias Montero, don Víctor Arce García, don José Miguel Lillo Isla, don Stephane Abran, don Jorge Monardes Godoy y el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH).

Así, destaca que el objetivo de la iniciativa legal es reconocer a la familia en su amplia diversidad, sin discriminaciones, propendiendo a su protección y fortalecimiento. Busca terminar con la discriminación estructural que sufren las familias formadas por parejas homosexuales, y que afecta todas sus interacciones con la sociedad; en tanto el matrimonio no es, ni ha sido jamás, una simple regulación de la propiedad, la herencia y la procreación. Por el contrario, señala que 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 amor. Es en ese entendido, indica que para cumplir con el deber moral, jurídico y con el mandato constitucional se hace necesario extender a las parejas homosexuales, la que se estima como “la más alta forma jurídica de protección a la familia”, esto es, el matrimonio y su estatuto.

Cita en favor de su argumentación, un reciente fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que señala que: “Ninguna unión es más profunda que el matrimonio, ya que encarna los más altos niveles de amor, fidelidad, dedicación, sacrificio y familia”, agregando que “decir que estos hombres y mujeres le faltan el respeto a la idea del matrimonio sería no comprenderles. Su reclamo es que sí la respetan, y la respetan tan profundamente que tratan de encontrar su cumplimiento por sí mismos”. “Ellos piden igual dignidad ante los ojos de la ley y la Constitución les otorga ese derecho”.

De este modo, termina el Mensaje indicando que el proyecto pretende garantizar a las parejas del mismo sexo el acceso igualitario al estatuto del matrimonio civil, dar reconocimiento en materia filiativa a las parejas homoparentales, además de regular los regímenes patrimoniales que regirán las relaciones económicas de las parejas del mismo sexo entre sí y para con terceros.

3ª) El Mensaje ingresado a tramitación consta de 10 artículos y 2 disposiciones transitorias, que modifican, principalmente, el Código Civil, para dar accesibilidad al matrimonio a las parejas del mismo sexo, y adecúa algunas otras normas para adaptarlas a esta nueva realidad, a saber, la ley 19.947, que establece la Nueva Ley de Matrimonio Civil; la ley 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias; la ley 20.830 que Crea el Acuerdo de Unión Civil; la ley 4.808 sobre Registro Civil; el Código del Trabajo; la ley 16.744, que establece normas sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales; el D.F.L. 150 de 1982, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de las normas sobre Sistema Único de Prestaciones Familiares y Sistema de Subsidios de Cesantía para los Trabajadores de los Sectores Privado y Público; y la ley 19.620, sobre Adopción de Menores.

4ª) En términos generales, puede señalarse que las modificaciones al Código Civil lo que hacen es adaptar su lenguaje para darle un carácter igualitario a la institución del matrimonio, reemplazando, de esta manera, los términos “marido y mujer”, por el de “cónyuges”; y la referencia a los “padres”, por la expresión “progenitores”.

En lo que toca a la ley 19.947, que establece una Nueva Ley de Matrimonio Civil, introduce básicamente dos reformas, una, que elimina la homosexualidad como causal de divorcio culpable (artículo 54 N°4) y otra, que está orientada a permitir el reconocimiento de matrimonios celebrados en el extranjero entre personas del mismo sexo, para lo cual modifica el artículo 80 de dicho cuerpo legal.

Por otra parte, en el ámbito de la filiación, si bien el proyecto admite acceder a la adopción a todo tipo de matrimonios, no introduce modificaciones a la ley de adopción, sobre la base de ya existe una iniciativa en discusión parlamentaria, siendo la única modificación que propone a ese respecto, la relativa al orden de los apellidos que deberá llevar el menor adoptado por parejas del mismo sexo, materia que es, precisamente, aquella por la que se consulta a esta Corte. Se introduce, además, una modificación al artículo 182 del Código Civil, para permitir el uso de las técnicas de reproducción asistida a parejas de mujeres, de manera que ambas sean madres, una de ellas a través del parto, y la otra, a través del “reconocimiento” del hijo concebido mediante tales técnicas, para lo cual se modifica también el artículo 187 del Código Civil, que regula esa institución.

En cuanto al régimen patrimonial, no se extiende la sociedad conyugal a estas parejas, sino que se les fija como régimen supletorio, el de separación de bienes. El fundamento es no sólo la dificultad en cambiar la asignación de roles diferenciados entre el hombre y la mujer que esa institución supone, sino el hecho que su adaptación podría replicar asimetrías patrimoniales entre los miembros de la pareja homosexual, al asignar roles de manera sexista. El proyecto confía en que una vez que se corrijan las discriminaciones actualmente existentes en dicho régimen matrimonial, lo que se aborda en un proyecto de ley que se discute actualmente en el Congreso, puedan también las parejas del mismo sexo acceder al mismo.

5ª) Respecto a la regla sustantiva contenida en el nuevo artículo 30 bis, inciso final, que se introduce a la Ley 4.808, quienes previenen comparten la conveniencia de establecer una regla que vincule a los progenitores con la decisión que tomaron, en relación al orden de los apellidos, cuando inscribieron a su primer hijo común. Ello va en beneficio del interés superior del niño o niña, en la medida que contribuye a hacerlo sentirse parte de una familia, con un mismo origen en

relación a sus otros hermanos, lo que reafirmará su identidad. Por otra parte, es una regla que concilia este interés de los hijos con la autonomía de la voluntad de los progenitores, en la medida que se les da la oportunidad que sean ellos o ellas quienes decidan el orden de los apellidos que llevarán sus hijos comunes, pero una vez ejercida dicha facultad, deben someterse a esa decisión en beneficio de los niños.

Por lo demás, esta es una regla que recogen, en general, los diversos proyectos de ley que se han presentado y a los que se ha hecho referencia, con el objeto de dar la posibilidad de que sean los padres quienes acuerden el orden de los apellidos de su hijos, siendo categóricos a la hora de complementar ese criterio, con aquel que establece que deben “en este caso proceder de igual forma con todos los hijos comunes”, esto es, haciendo vinculante esta decisión para los hijos posteriores de igual filiación.

Conviene tener presente, asimismo, que otras legislaciones modernas han establecido igual regla, como ocurre, a modo ejemplar, con la argentina y la española, las que permiten a los padres acordar el orden de los apellidos de sus hijos comunes –sea que se trate de matrimonios entre personas del mismo sexo o entre un hombre y una mujer– pero con la limitación de que *“el orden de los apellidos establecido para la primera inscripción de nacimiento determina el orden para la inscripción de los posteriores nacimientos con idéntica filiación”*, como señala el artículo 49.2 de la ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil de España; y el artículo 326 del Código Civil actualmente vigente en Argentina, al prever en su inciso tercero, que *“Todos los hijos deben llevar el apellido y la integración compuesta que se hubiere decidido para el primero de los hijos”*.

Los Ministros **señores Muñoz y Dahm** añaden a la prevención precedente que si bien, a su juicio, cabe informar favorablemente las normas consultadas del proyecto en estudio, sería conveniente tener presente que por medio de autorizar a las parejas de mismo sexo para acordar el orden de los apellidos del primer hijo en común se producirá cierta afectación al principio de igualdad en relación a los hijos habidos por parejas de distinto sexo, a cuyo respecto la legislación actual prevé la regla que ordena sus apellidos comenzando por el del padre y a continuación el de la madre. Esta incongruencia que presentaría el ordenamiento en caso de aprobarse la normativa en proyecto y que arriesga el igual tratamiento de los hijos, según sea el sexo de sus padres, podría superarse con la aprobación simultánea de la reforma que en un sentido similar contempla la iniciativa contenida en el Boletín N° 10.396.

Así –observan los Ministros señores Muñoz y Dahm-, la vinculación de ambos proyectos de ley permitiría eliminar el estereotipo del orden de los apellidos de una persona asociado al rol de sus padres.

Acordada la decisión de informar con el voto en contra de los Ministros señores **Valdés, Carreño, Künsemüller**, señora **Egnem** y señor **Prado**, quienes, por considerar que ninguna de las normas consultadas queda comprendida en los términos del artículo 77 de la Constitución Política de la República, fueron de opinión de no emitir pronunciamiento a su respecto.

Oficiese.

PL 32-2017”.

Saluda atentamente a V.S.

MILTON JUICA ARANCIBIA
Presidente (S)

JORGE SÁEZ MARTIN
Secretario