



Movimiento de Integración y Liberación Homosexual

Desde 1991

El brazo político de las minorías sexuales

Santiago, 9 de enero, 2013

Honorables senadores
Comisión de Constitución, Legislación y Justicia

Mediante la presente el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Movilh) responde a ustedes variadas consultas formuladas en el oficio NQCL/15/2013 enviado a nuestro colectivo el pasado 4 de de enero.

A mayor abundancia les recordamos que algunas de estas consultas ya tuvieron respuesta en una propuesta de indicaciones al Acuerdo de Vida en Pareja (AVP) que con anterioridad presentamos a ustedes y que en esta oportunidad anexamos al presente documento.

1.- ¿Estima que el Acuerdo de Vida en Pareja debe ser un contrato que pueden celebrar tanto personas naturales de igual o distinto sexo (modelo francés) o debe quedar reservado a individuos del mismo sexo (modelo alemán)?

El acuerdo debe contemplar la realidad de las convivencias de igual y distinto sexo por diversas razones a saber:

a.- Una iniciativa de este tipo viene a resolver problemas que afectan a convivientes que no quieren (heterosexuales) o no pueden (homosexuales) casarse, pues la vulnerabilidad jurídica y necesidades que les afectan es muy similar en lo referente a la carencia de derechos que les permitan mejorar sus condiciones de vida. Se trata, de acuerdo a cifras aportadas por el Gobierno, de una realidad que involucra a cerca de dos millones de personas, de las cuales sólo el 10% sería homosexual, según se desprende de estudios internacionales como el Informe Kinsey.¹

b.- La generación de una ley que regule las uniones de hecho sólo para parejas homosexuales no resolverá, en consecuencia, los problemas de las heterosexuales, manteniendo a estas últimas en la indefensión jurídica.

¹ Kinsey Alfred: *Comportamiento sexual del hombre* (1948) y *Comportamiento sexual de la mujer* (1953), Estados Unidos. Pese a su antigüedad, estos son los textos más citados para referirse al porcentaje de población homosexual.



c.- La Constitución garantiza la igualdad ante la ley, mientras que la Ley Número 20.609 garantiza la no discriminación, entre otras razones, por la orientación sexual de las personas. Una norma exclusiva para un sector social sobre la base de la orientación sexual, violentará justamente estas normas.

d.- La consideración exclusiva de parejas del mismo sexo en el AVP, implicaría además la generación de un ghetto jurídico, en circunstancias que la discriminación y los problemas que ella acarrea se resuelven con integración y no con medidas legislativas separatistas.

e.- La legislación debe apuntar a resolver la realidad de las distintas formas de convivencias y construir familias. Sí hay un porcentaje de convivencias heterosexuales que no optan por el matrimonio, pero aún así de alguna manera quieren regular su vínculo, es deber del Estado dar respuesta a esta realidad.

En la sentencia² del 3 de noviembre del 2011 del Tribunal Constitucional, que abordó el matrimonio entre personas del mismo sexo, los magistrados Francisco Fernández, Carlos Carmona, José Antonio Viera-Gallo, Gonzalo García fueron enfáticos en esta materia.

Junto con señalar que la Constitución³ no “define un modelo de familia”, precisaron que tampoco “establece una suerte de discriminación entre la familia fundada en un matrimonio legalmente celebrado y las diversas formas de familias de hecho. La Constitución protege todos los tipos de familia”.

En otras palabras, añadieron, “todo matrimonio da origen a una familia, pero no todas las familias tienen su origen en un matrimonio”. Por tanto, “el Estado debe proteger no sólo a la familia fundada en el matrimonio, sino que tal deber también abarca a las familias de facto, sea que se constituyan por una pareja heterosexual o no (...) El Estado debe reconocer esa realidad, respetarla y brindarle amparo”.

Además, en el marco de 53 período de sesiones del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer de la ONU (Comité Cedaw), celebrado entre el 1 y 9 de octubre del 2012, formuló al Estado de Chile variadas observaciones. Entre esas, instó al Estado a “considerar la adopción, lo antes posible, de la nueva legislación sobre las uniones de hecho y asegurarse de que sus disposiciones respeten plenamente el principio de no discriminación y la igualdad entre mujeres y hombres”.

² Corresponde a la causa rol N° 1881-10, iniciada luego de que tres parejas gay presentaran junto al Movilh un recurso a favor del matrimonio igualitario en la Corte de Apelaciones de Santiago.

³ En su artículo 1 la Constitución establece que “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad (...) Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.”

2.- ¿Debe este contrato dar origen a un estado civil?; 3- ¿Debe este contrato regular sólo efectos patrimoniales derivados del mismo? y 4 ¿Deben estos contratos conferir derechos e imponer deberes propios del derecho de familia a quienes los celebran?

En efecto debe dar origen a **estado civil**. Al formalizar el vínculo, se genera una serie de derechos, obligaciones e inhabilidades frente a terceros, por tanto, aunque la ley le niegue este carácter, de todos modos existirá un estado civil de facto, pero sujeto a una técnica jurídica insatisfactoria en caso de que se rechace dicha categoría. Sería incomprensible que la ley negara conceder un estado civil, dado que existe una serie de consecuencias del AVP que sólo se justifican desde la creación del mismo.

No en vano el artículo 304 del Código Civil establece que “el estado civil es la calidad de un individuo, en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles”, justamente algunos de las cuales viene a considerar el AVP.

En el centro de estas discusión está si se considerará a los convivientes como relaciones unidas por el afecto y el amor, y que en consecuencia como familia, o como meros contratantes asimilables a sociedades comerciales. De ocurrir lo último no sólo despojaría a las convivencias de la dignidad que merecen y se pasaría por alto que la Constitución (como se argumentó en la respuesta anterior) no habla de la protección de un sólo tipo de familia. Además se obviaría una realidad sociocultural que salta a la vista, según variados estudios.

El efecto, el estudio⁴ “La Familia del Bicentenario”; aplicado por Adimark GFK, encargado por la marca Té Club y patrocinado por la Comisión Bicentenario; arrojó que el 94.5 por ciento de los chilenas y chilenos estima que "hoy se llama familias a hogares que antes no se consideraba como tales", mientras un 81.2 por ciento opina que "hay más aceptación de la diversidad" y un 80.9 por ciento reconoce que en la actualidad existe "diversidad de tipos de familias".

Incide en los cambios el hecho de que al 2010 el 45 por ciento dice conocer a una “familia atípica o distinta”, mientras que para el 84.6 por ciento la unidad de la familia pasa por los sentimientos involucrados y sólo para el 10.8 por ciento por el parentesco.

El estudio concluyó, en ese orden, que para los chilenos y chilenas “la familia son valores y sentimientos compartidos, no un tipo de composición determinado” y que “la familia se acaba cuando pierde su unidad en torno a los valores que comparte, no cuando cambia su composición”.

Las observaciones del juez Alejandro Solís en un fallo del 9 de diciembre del 2011 sobre un recurso de protección del matrimonio entre personas del mismo sexo, son bastante clarificadoras al respecto.

⁴ La investigación fue aplicada en julio del 2010 a 605 hombres y mujeres de entre 25 y 60 años, de todos los segmentos socioeconómicos, residentes en Antofagasta, La Serena, Viña del Mar, Valparaiso, Santiago, Concepción, Talcahuano y Puerto Montt.

Solís llamó a “una relectura de los alcances filosóficos, jurídicos sobre la persona, el amor, el sexo y el Derecho que, obviamente exceden el ámbito de estas conjeturas, pero, al menos, sirven como proposición de estudio de la institución familiar, substituyendo la imagen de un vínculo legal y destino para toda la vida por la concepción de un proyecto de vida en común con el desarrollo de relaciones afectivas, calificada por cierta estabilidad, exclusivismo y notoriedad, con aceptación social y por ende, susceptible de reconocimiento de efectos jurídicos”.

“Por otra parte, conviene agregar que se ha afirmado que siendo Chile un país “conservador, legalista y católico”, en la actualidad el 50 por ciento de los hijos nacen fuera del ámbito de esa institución, de manera que resulta apropiado razonar sobre sus efectos, en cuanto a la persona de los cónyuges, a los bienes, a los derechos sucesorios y a los hijos, desde una perspectiva realista, multifacética, que considere los aspectos históricos, ideológicos, religiosos, etc, para el desafío que implica construir una nueva concepción del matrimonio y la familia”, dijo.

En el marco de una declaración sin precedentes en un fallo Solís añadió que “la familia considerada como una convivencia fundada en el matrimonio indisoluble, heterosexual y con finalidad reproductora ha cambiado”.

Explicó que “efectivamente se advierten cambios en un sector de nuestra sociedad que exige nuevas satisfacciones a sus demandas hasta ahora desoídas, respuestas jurídicas; contestaciones a una comunidad de vida y afectos, antes considerados perversos, respuestas a las luchas por sus actuales proyectos vitales vinculados al desarrollo personal, profesional y familiar, en fin, a sus reclamos de justicia, para legitimar sus conductas, siendo deber del Estado propender a la protección y fortalecimiento del núcleo convivencial, como se puede desprenderse del artículo 1 de la Constitución Política de la República en cuanto dispone que esta entidad está al servicio de la persona humana y debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”.

Visto así, resulta lógico y necesario, que el Acuerdo de Vida en Pareja **no sólo regule** aspectos patrimoniales, pues la norma se vincula con relaciones de afecto y familia, debiendo la ley reconocer expresamente esa realidad. Así, la formalización de estos vínculos **debe conferir derechos e imponer deberes propios del derecho de familia.**

El deber del Estado de proteger a la familia está además expuestos en los artículos 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR, por su sigla en inglés) y 17 de Convención Americana sobre Derechos Humanos. En efectos, ambos sostienen que la “familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

Pero más aún resaltan los pronunciamientos que tanto la ONU, y la OEA han formulado sobre el Pacto y la Convención, en forma respectiva, en relación a la diversidad sexual de Chile.

En su 88 período de sesiones el Comité de Derechos Humanos de la ONU, celebrado entre el 12 y el 30 de marzo del 2007, demandó a Chile, al analizar la aplicación del ICCPR, que “el Estado parte debería garantizar a todas las personas la igualdad de los derechos establecidos en el Pacto, independientemente de su orientación sexual, incluyendo igualdad ante la ley”.

En tanto, la sentencia sobre el Caso Atala emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 24 de febrero del 2012, es enfática en señalar que las garantías de igualdad expuestas en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH o Pacto de San José de Costa Rica, 1969), son aplicables a las minorías sexuales, aún cuando el texto no haga explícita referencia a dicho sector social.

En específico, la sentencia concluyó que los derechos a la igualdad y no discriminación, son aplicables a la orientación sexual y la identidad de género “bajo el término “otra condición social”” y que, en consecuencia, “ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”.

Añadió que en “el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos”.

Puntualizó que “en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se define y protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. El concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”, concluyó la sentencia.

A lo expuesto se añade que la OEA ha aprobado cinco resoluciones sobre “Derechos Humanos Orientación Sexual e Identidad de Género”, y la ONU una de igual nombre, donde instan a terminar con la discriminación de las minorías sexuales, contando todos los textos con el voto favorable de Chile.

En ese sentido, proponemos que no sólo las relaciones amparadas por el AVP sean consideradas familias, sino que además se cree el estado civil de conviviente, eliminándose de toda la norma cualquier trato a la pareja como “contratantes”.

5.- ¿Agregaría más circunstancias inhabilitantes para celebrar este contrato? ¿Haría usted alguna precisión en esta materia?

Las contempladas en el proyecto actual son suficientes.

6.- ¿Ante quien debe celebrarse este contrato: el respectivo oficial del Registro Civil o sólo ante un notario y mediante escritura pública (contrato que podría quedar anotado en el Registro Civil)? ¿En este último caso, debe establecerse un plazo para la inscripción de dicho instrumento en el correspondiente registro especial que crea el proyecto del Ejecutivo?

Proponemos que el vínculo se formalice sólo ante el Registro Civil porque al ser éste un servicio en línea a nivel nacional es de acceso a todas las personas e impedirá fraudes y, en especial, porque implicará un reconocimiento sociocultural de la convivencia tratando a las partes como personas unidas por el amor y lazos afectivos, y no como meras empresas o sociedades anónimas.

La alternativa de formalización ante notario, no tienen ningún efecto práctico. Es sólo una concesión de tipo ideológica a quienes rechazan el reconocimiento ante el Registro Civil de este tipo de uniones. Una ley, no puede basarse en intereses ideológicos particulares.

7. ¿Qué tribunal debe ser competente para conocer las cuestiones relativas a estos contratos? ¿Los jueces de letras en lo civil o los tribunales de familia?

Indudablemente, debe ser la judicatura de familia la competente para resolver de los asuntos suscitados con motivo de un AVP, por lo dicho ya en las repuestas 1, y en especial 2, 3 y 4.

Más aún, en su mensaje el AVP habla claramente de familias. “Tal como otras iniciativas que estamos impulsando para promover y fortalecer la familia”, indica el mensaje presidencial, por tanto dicho fin entra en contradicción con la idea de que estos temas lo resuelvan tribunales civiles.

Tanto el principio de especialización, como el procedimiento e infraestructura de los tribunales de familia resultan idóneos para resolver los conflictos que puedan ocurrir en un AVP, los que por cierto escapan del ámbito meramente patrimonial propio de los tribunales civiles. Creemos que el radicar estos asuntos en los juzgados civiles obedece nuevamente a motivaciones ideológicas, que pretenden negar el AVP como núcleo familiar, generando con ello una consecuencia práctica nefasta, toda vez que se negaría un trato digno a las convivencias, que esté acorde con sus necesidades y características.

8.- ¿Quién debiera estar habilitado para pedir la nulidad de este contrato y por qué causales?

Estimamos que las normas generales de nulidad absoluta y relativa contempladas en el Código Civil para los actos jurídicos en general debieran bastar para el caso del AVP. Con todo, al tratarse de un contrato *intuitu personae*, el error en la persona de la otra parte vicia el consentimiento y por ende es causal de nulidad. Respecto del alcance de este error, éste debiera comprender 1) la identidad de la persona con quien se celebra el AVP, y además 2) alguna de las cualidades personales de ésta que, atendido la naturaleza o fines del AVP, ha de ser estimada como determinante para otorgar el consentimiento.

En lo que toca a la titularidad de la acción de nulidad, nuevamente nos remitimos al estatuto del Código Civil en la materia, según se trate de un vicio que devenga en la nulidad absoluta o relativa del AVP.

9. ¿Corresponde que los matrimonios o acuerdos de vida en pareja celebrados en el extranjero entre personas del mismo sexo se inscriban en el Registro Especial que establece este proyecto?

En efecto. Al igual a como ocurre con el matrimonio, los pactos como el AVP celebrados en el extranjero, sean entre parejas homosexuales o heterosexuales, deberían tener validez en Chile, en la medida que se inscriban ante el Registro Civil. No vemos ninguna razón que sugiera lo contrario. El tratamiento para el AVP debiera ser en todo sentido idéntico tanto en lo que concierne a parejas del mismo como distinto sexo.

10. ¿Es conveniente que este contrato termine por la mera voluntad unilateral de una de las partes contratantes? ¿Es suficiente para darlo por terminado que una parte declare su voluntad de darle fin por escritura pública y que lo anterior lo comunique mediante una carta certificada notarial dirigida a la otra parte?

La voluntad unilateral de una de las partes sí debiera bastar como causal de término del AVP, pero en modo alguno compartimos la forma de notificación de dicho término. La notificación por carta certificada nos parece liviana, poco prolija e incluso despectiva para la seriedad que merece una relación afectiva entre dos seres humanos. Tampoco es un método de notificación infalible ni que confiera la suficiente certeza jurídica que un término de esta naturaleza requiere.

Sugerimos que la notificación del término unilateral se haga por vía notarial o notificación judicial por medio de un procedimiento no contencioso. Además, el término debe ser notificado con la debida antelación a la otra parte.

11.- ¿Cuál es el régimen de bienes al que deberían quedar sujetas las partes contratantes? ¿Se debe constituir una comunidad de bienes que sólo abarque los bienes muebles adquiridos a título oneroso no sujetos a registro (artículo 8° del proyecto del Ejecutivo) o ambas partes debieran conservar la propiedad, goce y administración de los bienes adquiridos a cualquier título del contrato y de los que adquiriera durante la vigencia de éste, a menos que se sometan a las reglas que establece el proyecto (artículo 8° del proyecto del Senador señor Allamand)?

Atendido que en la gran mayoría de los casos este régimen será celebrado por personas que pueden, pero no desean contraer matrimonio, éste debe conferir la mayor libertad posible a las partes para decidir sus consecuencias patrimoniales.

Por ende, proponemos que las partes decidan libremente qué bienes incluyen y cuáles excluyen de la comunidad al momento de formalizar el vínculo, estableciendo una presunción meramente legal de integrar el haber común, salvo que en el mismo título se exprese la voluntad de excluir el bien adquirido o exista autorización expresa y especial de quien no comparece.

En todo caso, existen ciertas medidas que creemos debieran extenderse al AVP en pos de proteger el núcleo familiar. Así, la enajenación, gravamen o promesa de enajenar o gravar inmuebles debería requerir de autorización de ambas partes; del mismo modo, el bien inmueble que sirve de habitación principal de la familia debiese ser susceptible de ser declarado bien familiar.

12.- ¿Se debe exigir el transcurso de un plazo determinado para que las partes contratantes sean considerados herederos entre sí?

No. En general, resulta incomprensible que el proyecto exija plazos de duración del AVP para reconocerle determinados efectos. En el matrimonio, por ejemplo, todos sus efectos se confieren por su sola celebración, sin exigirse plazos en momento alguno. No vemos por qué éstos sí debieran existir en el AVP. Al hacerlo, la ley reputará al AVP como un enlace de segunda categoría y no como norma distinta, que en su propio mérito, viene a resolver aspectos como el indicado.

No debe olvidarse que la formalización del vínculo viene antecedida por una relación previa, mientras que la decisión de acogerse al AVP justamente tiene entre sus fines el derecho de heredarse, el cual no puede negarse por razones de tiempo si se considera que en cualquier momento puede ser necesario hacer uso de esta garantía.

13. ¿En qué condición debiera suceder la parte sobreviviente cuando fallece uno de los contratantes?

Para todos los efectos sucesorios, la parte en un AVP debiese tener idénticos derechos al cónyuge sobreviviente, pues no se trata de relaciones familiares de segunda categoría.

14. En caso de muerte de una de las partes contratantes ¿debe tener parte sobreviviente la calidad de legitimario?

En efecto, con los mismos derechos que la ley actualmente confiere al cónyuge sobreviviente. Por lo demás, ambas figuras no pueden concurrir en una misma sucesión pues son excluyentes.

15. ¿Considera usted que determinadas normas del Acuerdo de Vida en Pareja pudiesen tener el carácter de supletorias para quienes tengan una convivencia de hecho acreditable?

Sí, pero sólo en la medida que ello sea aplicable a parejas de igual y distinto sexo y no implique poner restricciones a parejas que no desean estar ligadas por vínculo legal alguno.

16. ¿Tiene alguna otra observación o comentario concreto al proyecto que formular?

a) Las partes en un AVP deben deberse ayuda mutua y alimentos durante la duración del pacto, y debiesen tener derecho a compensación económica en caso de su término, en las mismas circunstancias en que ésta puede ser otorgada en el matrimonio.

b) Se deben garantizar expresamente los derechos de los hijos de la pareja, en especial al momento de fallecimiento de una de las partes. Sería del todo negativo para el derecho superior del niño, que el hijo o la hija fuese despojada de su hogar sólo en virtud de que el sobreviviente no es el padre o la madre biológica. En ese sentido, debe estipularse que para los efectos de la crianza de los menores, no incidirá bajo ningún punto de vista la orientación sexual o la identidad de género del padre o la madre, tal cual lo ha sentenciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

c) El régimen de bienes del AVP debe extender a toda clase de bienes adquiridos a título oneroso, no sólo a aquellos bienes muebles no sujetos a registro. Dicha norma supone una abierta discriminación y no tiene justificación práctica alguna.

d) Se debe reconocer en el AVP el carácter expreso de familia para todos los efectos legales.

e) En las normas modificatorias, sugerimos incluir a las partes en el AVP en la Ley N°20.066 sobre Violencia Intrafamiliar.

f) En todas las normas modificatorias, la otra parte en un AVP debe gozar de iguales derechos de los que corresponderían al cónyuge sobreviviente.

g) En general, toda exigencia de plazos de duración para al AVP, con el fin de acceder a derechos, debe ser eliminada por las mismas razones expuestas en la pregunta 12.