

Llg
C.A.Valparaíso.

Valparaíso, quince de junio de dos mil dieciocho.

Vistos:

Que doña Mayra Opazo Méndez y doña Constanza Paz Monsalves, por sí y en representación de la niña Martina Ignacia Opazo Monsalve, interponen recurso de protección en contra del Servicio de Registro Civil e Identificación, en razón del acto ilegal y arbitrario, consistente en la negativa por parte de éste servicio de inscribir en la partida de nacimiento de la niña Martina Opazo a sus dos mamás, inscribiendo a solo una de ellas, acto que constituye una infracción al legítimo ejercicio de los derechos y garantías constitucionales establecidas en los artículos 19 N° 1, 2 y 4 de la Constitución Política de la República.

Luego de hacer una reseña a la relación de pareja que mantiene las recurrentes desde el año 2014 y que firmaron un acuerdo de unión de civil, exponen que decidieron tener un hijo, para ello se sometieron a un tratamiento de inseminación artificial, resultando embarazada Constanza y dando a luz a Martina. Expone que al momento de inscribir a la menor ante el Servicio de Registro Civil, únicamente quedó inscrita sólo como su mamá Constanza.

Exponen que tal situación no las dejó conforme como familia, por lo que concurrieron nuevamente al Servicio de Registro Civil el día 26 de marzo de 2018, y al consultar por la posibilidad de corregir la inscripción la Martina y que ambas recurrentes se inscribieran como sus mamás, se indicó que ello no era posible, ya que la ley no lo permitía, lo que les pareció un acto discriminatorio, pues en caso de tratarse de una pareja heterosexual sometida al mismo procedimiento de inseminación artificial, ningún problema habrían tendido para inscribir al hijo.

Señalan que la negativa del Servicio de Registro Civil, vulnera la integridad psíquica de las recurrentes en atención al desconocimiento de que ambas son las madres de la menor, al someterse al proceso de fertilización in vitro, y que ambas llevan el rol de madre en su vida diaria. Alegan asimismo, que existe una discriminación por orientación sexual, puesto que si hubiese sido una pareja heterosexual sometida a un tratamiento de fertilización, no se habría reparado en la inscripción del padre no biológico, afectándose el derecho a la protección de la familia, la protección del niño y el derecho a la vida privada.

Piden que se reestablezca el imperio del derecho y se ordene que se inscriba a Martina Opazo con doble filiación materna.

A fojas 46, informa el Servicio de Registro Civil e Identificación, y expone que en la inscripción N° 2.322 del año 2017 de la Circunscripción Viña del Mar, correspondiente a Martina Ignacia Opazo Monsalves, registra como fecha de nacimiento el 17 de abril de 2017, y da cuenta que se acreditó mediante comprobante de atención de parto que la madre que dio a luz es Constanza Paz Monsalves Infante, y que en el rubro “identidad de los padres”, se consignó el de la madre y no se consignó el nombre del padre.

Hace presente lo dispuesto en el artículo 31 N° 4 de la Ley N° 4.808, artículo 113 N° 1 y 5 del DFL N° 2.128, artículo 183 del Código Civil, el cual prescribe “ Que la maternidad queda legalmente determinada



por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y la mujer que lo han dado a luz constan en las partidas del Registro Civil; en los demás casos la maternidad se determina por el reconocimiento o sentencia firme en juicio de filiación”: 182 del Código Civil, que señala que el padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas”.

Expone que el Servicio no incurre en discriminación al aplicar las normas vigentes, por lo que no resulta procedente para este caso hacer distinciones de ninguna especie. Las normas jurídicas son iguales para todas las personas en se encuentren en las mismas circunstancias y diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes.

Señala que en base a las disposiciones legales citadas y teniendo presente la Convención de los Derechos del Niño, que consagran el derecho a la identidad y el interés superior del niño, corresponde que el servicio cumpla con su función registral, transcribiendo en la partida de nacimiento de la menor, los datos contenidos en el respectivo comprobante de parto.

Con lo relacionado y considerando:

Primero: Que la acción constitucional de protección, consagrada en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, ha sido establecida a favor de quien, por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidas en el artículo 19 de la Carta Fundamental.

Segundo: Que, conforme lo señalan las partes en este recurso, la recurrente pretende que se restablezca el imperio del derecho y se detenga la vulneración de derechos fundamentales, a través de que el Servicio de Registro Civil inscriba a Martina Opazo Monsalves con doble filiación materna, incluyendo en su certificado de nacimiento a Mayra Opazo como su mamás; en tanto este último organismo informa que nuestra legislación no contempla las figuras paternas padre – padre y/o madre – madre y por ende las inscripciones de nacimiento consignan en el rubro “identidad de los padres”, al padre y madre del inscrito. Agrega que respecto a la determinación de la maternidad, debe estarse a lo señalado en el artículo 183 del Código Civil y que en el presente caso no se afecta del derecho de igualdad ante la ley, cumpliendo al efecto con su función registral, transcribiendo en la partida de nacimiento de la menor Martina Ignacia Opazo Monsalves los datos contenidos en el respectivo comprobante de parto; y por ello, si en el documento fundante de la inscripción se indica que la persona que fue atendida por parto es doña Constanza Paz Monsalves Infante, se debe consignar dicho nombre en la partida de nacimiento, en el rubro correspondiente a la madre.

Tercero: Que, así las cosas, lo que corresponderá pronunciarse a esta Corte es si la negativa del Registro Civil e Identificación de efectuar una inscripción de nacimiento, en que amén de consignarse el nombre de la madre biológica de la menor, tal como aparece en el documento de fojas 2, debe también agregarse el de Mayra Opazo Méndez, recurrente de autos y conviviente civil de la primera, según se consigna a fojas 8, constituye un acto arbitrario e ilegal y corolario de ello, se infringen las garantías constitucionales que se indican en el libelo de autos.

Cuarto: Que para los efectos de dilucidar lo anterior, debe consignarse que a través de la presente acción constitucional se pretende modificar el tenor del certificado de nacimiento de fojas 2, en cuanto señala como nombre de la madre a **Constanza Paz Monsalves Infante**, pretendiéndose agregar como madre el de **Mayra Opazo Méndez**, fundado en que ambas constituyen una familia junto a la hija de la primera



Martina Ignacia Opazo Monsalvez. Que, sin perjuicio de que lo anterior excede claramente los términos en que se desenvuelve, se tramita y resuelve un recurso de protección, que por definición debe abocarse a cuestiones urgentes e impostergables, dado que el trasfondo de la presente acción pretende incursionar en una acción de filiación, lo que debe tramitarse en otra sede, en un procedimiento diferente y en donde resulta fundamental el acopio de las pruebas que demuestren las pretensiones de las partes, igualmente esta Corte se referirá al fondo del asunto, toda vez el claro tenor del artículo 20 de la Constitución Política de la República.

Quinto: Que, en efecto, la inscripción de nacimiento que ahora se objeta, se ha efectuado conforme a la normativa legal y reglamentaria que rige esta materia. El artículo 31 N° 4 de la Ley 4.808, sobre Registro Civil, establece el contenido de las partidas de nacimiento, debiendo consignarse los nombres, apellidos, nacionalidad, profesión u oficio y domicilio de los padres, si el recién nacido fuere hijo legítimo y si fuese ilegítimo, los del padre o madre que le reconozca o haya reconocido. En igual sentido el artículo 113 N°s. 1 y 5 del DEFL N° 2.128, que aprueba el Reglamento Orgánico del Registro civil, indica que están obligados a requerir la inscripción de nacimiento el padre si es conocidos y puede declararlo y la madre en cuanto se halle en estado de hacer dicha declaración. En la especie, de acuerdo a los antecedentes que emanan de este recurso de protección, la inscripción se hizo a nombre de la madre biológica de la menor y que respecto del padre, se utilizó el procedimiento de inseminación artificial. En concreto, la inscripción de nacimiento de que se trata aparece en regla, pues la madre de la menor es su madre biológica, de acuerdo al certificado de parto que ha servido de antecedente a esta inscripción.

Sexto: Que, por otro lado, como la determinación de la maternidad está establecida por el parto, conforme lo señala el artículo 183 del Código Civil, las identidades y calidades tanto de la madre como del hijo se encuentran claramente determinadas y el certificado de inscripción de nacimiento que se ha expedido refleja tal circunstancia. Esto es, las partidas del Registro Civil, como en el presente caso, son suficientes para concluir que la referida inscripción se ajusta a la ley. Además, las otras formas de determinar una filiación distinta pueden hacerse por reconocimiento (cuando tal situación corresponda) o por sentencia firme en juicio de filiación, todo lo cual escapa a este análisis.

Séptimo: Que, por otro lado, tratándose de la fertilización asistida, el artículo 182 del Código Civil indica para los efectos de la determinación de la filiación al padre y a la madre del hijo concebido en estas circunstancias. Como en la especie se desconoce el nombre del donante o de los donantes que intervinieron en esta fertilización, es suficiente para estos efectos señalar sólo el de la madre.

Octavo: Que lo anterior guarda coherencia con el mérito del proceso, toda vez que al efectuarse el primer trámite de inscripción, no se indicó nombre de padre alguno, pero inscribiéndose a la hija con los apellidos paternos de las dos mamás. Esa fue la decisión y determinación en ese momento y la legislación que cubre el acto en cuestión aparece bien aplicada.

Noveno: Que todas las consideraciones anteriores permiten entonces concluir que el acto impugnado por la recurrente no resulta ni arbitrario ni ilegal. No es arbitrario, pues la negativa del Registro Civil se funda en que no existe en nuestra legislación una forma que permita válidamente inscribir a dos mujeres como madres de un menor. Es cierto que las recurrentes, junto a sus hija conforman una familia, la que si bien no se encuentra definida en nuestra legislación, puede estar constituida a través de la reunión de parejas hetero y homo sexuales, siendo indistinto que se trate en



este último caso de hombres y mujeres. No podría discutirse ni cuestionarse el peso de la realidad y la libertad intrínseca del ser humano. Otra cosa, sin embargo, es que la legislación regule con retraso situaciones que no se han contemplado originalmente. La situación que se ha planteado no tiene un correlato legal que permita acceder a la petición que se ha planteado, por lo que la actuación del Registro Civil no resulta arbitraria. Tampoco es ilegal, pues este Servicio ha aplicado perfectamente la normativa vigente, normas que ya se han indicado y que correspondía que fueran consideradas en el presente caso.

Décimo: Que, por otro lado, las razones que se esgrimen en el recurso, y señalado también en el alegato, de que la petición se funda en mejorar la situación de la madre que no aparece en el certificado de nacimiento, en el evento de que la madre inscrita fallezca, lo que le acarrearía dificultades ante los Tribunales, no es posible abordar y resolver por esta vía, pues la filiación se funda en normas de orden público que no pueden ser alterados al arbitrio de las partes interesadas. Además, las normas invocadas por el Servicio, garantizan los derechos y garantías que le competen a la menor de autos, especialmente su derecho de identidad, debiendo recordarse, tal como se ha dicho, que ella lleva los apellidos de sus dos madres.

Undécimo: Que, de todo lo anterior, se desprende que en la especie ninguna de las garantías constitucionales que se han señalado, establecidas en los números 1, 2 y 4 del artículo 19 de la Constitución Política de la República y explicitadas en el recurso, se encuentra afectada o conculcada, por lo que este arbitrio será rechazado.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre la materia, **SE RECHAZA** el recurso de protección deducido por don Mayra Opazo Méndez y Constanza Paz Monsalves, por sí y en representación de la niña Martina Ignacia Opazo Monsalves en contra del Servicio del Registro Civil e Identificación.

Acordada con el voto en contra de la Ministra señora Silvana Donoso Ocampo, quien fue de opinión de acoger la presente Acción Cautelar, por las razones que pasan a exponerse:

1º) Que, en primer término cabe analizar las argumentaciones de derecho que esgrime la recurrida para negarse a inscribir a la menor de autos como hija de ambas recurrentes.

2º) Que, el Servicio de Registro Civil afirma que, conforme al comprobante de parto presentado a ese organismo, quedó asentada la filiación materna entre Martina y Constanza Paz Monsalves Infante, quedando así consignado, siendo la requirente Mayra Victoria Opazo Méndez (conviviente civil de Constanza Monsalves).

3º) Que, el primer escollo al que alude la recurrida es que “las inscripciones de nacimiento consignan en el rubro “IDENTIDAD DE LOS PADRES”, al padre y madre de un inscrito.”, desprendiéndose de lo afirmado que no existiendo formularios, ítems o lugar para proceder a la inscripción de dos madres (o dos padres), debe rechazarse la petición, argumento que en sí mismo ninguna relevancia tiene para el debate de autos puesto que la falta de diagramación o de documentos aptos para realizar un trámite, no puede ser excusa para vulnerar derechos.

4º) Que, a continuación cita el artículo 31 N° 4 de la Ley 4.808 transcribiendo el siguiente texto: “Las partidas de nacimiento deberán contener, además de las indicaciones comunes a toda inscripción, las siguientes:



4. Los nombres, apellidos, nacionalidad, profesión u oficio y domicilio de los padres, si el recién nacido fuese hijo legítimo, y si fuese ilegítimo, los del padre o madre que le reconozca o haya reconocido”.

5º) Que, la disposición legal citada, amén de no encontrarse vigente puesto que alude a las calidades de hijos legítimos e ilegítimos que han sido proscritas de nuestro ordenamiento jurídico, ninguna relevancia tiene para el asunto que se ventila desde que su única valía pudo tenerla cuando las familias homoparentales no tenían reconocimiento legal.

6º) Que, colaciona asimismo, en apoyo de su tesis, lo dispuesto en el DFL N° 2.128 Reglamento Orgánico del Registro Civil, en particular, los numerales 1 y 5 del artículo 113, que expresa:

“Están obligados a requerir la inscripción las siguientes personas:

1º) El padre, si es conocido y puede declararlo;.....”

5º) La madre, en cuanto se halle en estado de hacer dicha declaración;”

7º) Que, como puede apreciarse de la disposición legal antes trascrita, ésta tampoco aporta antecedente legal alguno que pudiera servir de sustento a la negativa emitida por la recurrida limitándose, dicha norma, a establecer una obligación para requerir la inscripción del recién nacido que pesa sobre las personas que indica, cuya finalidad no es otra que dar vigencia al derecho a la identidad de los niños y, en general, de toda persona.

8º) Que más adelante, colaciona el artículo 126 del referido reglamento, el que señala:

“Al inscribir un nacimiento se designará al inscrito por el nombre que designe la persona que requiera la inscripción. Si el nacido es hijo legítimo, se le pondrá a continuación el apellido del padre y en seguida el de la madre. Si se tratare de hijo ilegítimo, se le inscribirá con el apellido del padre o madre que hubiere pedido se deje constancia de su paternidad o maternidad, y si ambos lo hubieren solicitado, se procederá como en el caso del hijo legítimo.”

9º) Que, nuevamente la norma citada carece de vigencia en cuanto alude a la arbitraria y derogada discriminación habida entre hijos legítimos e ilegítimos, pero, además, contiene una serie de reglas concernientes a la forma de apellidar al inscrito, sin contener una prohibición acerca del punto que hoy nos ocupa.

Pero, más aún, conforme a la disposición trascrita, el Servicio debe proceder a la inscripción respecto del padre o madre que hubiere pedido se deje constancia de su paternidad o maternidad, no encontrarse prevista la situación en examen, más no por ello, vedado el trámite que se persigue en estos autos.

10º) Que finalmente alude la recurrida a lo dispuesto en el artículo 183 del Código Civil, “Art. 183. La maternidad queda determinada legalmente por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil.

En los demás casos la maternidad se determina por reconocimiento o sentencia firme en juicio de filiación, según lo disponen los artículos siguientes.”

11º) Que, ésta norma es la que en opinión de esta disidente resuelve el problema que esta Corte fue llamada a dirimir, la que deberá interpretarse armónicamente con otros preceptos legales, constitucionales e internacionales, vigentes en Chile.

12º) Que, el artículo 186 del Código Civil establece “La filiación no matrimonial queda determinada legalmente por el reconocimiento del padre, la madre o ambos, o por sentencia firme en juicio de filiación.”

A su turno, el artículo 187 del mismo texto legal señala “El reconocimiento del hijo tendrá lugar mediante una declaración formulada



MXGZFOXXXF

con ese determinado objeto por el padre, la madre o ambos, según los casos:

1.º Ante el Oficial del Registro Civil, al momento de inscribirse el nacimiento del hijo o en el acto del matrimonio de los padres;

2.º En acta extendida en cualquier tiempo, ante cualquier oficial del Registro Civil;

3.º En escritura pública, o

4.º En acto testamentario.”

Por último, el artículo 188 del código del ramo, reza “El hecho de consignarse el nombre del padre o de la madre, a petición de cualquiera de ellos, al momento de practicarse la inscripción del nacimiento, es suficiente reconocimiento de filiación.

Si es uno solo de los padres el que reconoce, no será obligado a expresar la persona en quien o de quien tuvo al hijo.

El reconocimiento que no conste en la inscripción de nacimiento del hijo, será subinscrito a su margen.”

13º) Que, de las normas recién colacionadas, es posible afirmar que todas ellas pertenecen a un momento social, económico y político muy anterior al reconocimiento de las familias homoparentales, época en que sólo pudo preverse la familia tradicional conformada por un hombre y una mujer como pilares de la misma.

Sin embargo, a partir de la ardua discusión de la Ley que sancionó el Acuerdo de Unión Civil (primitivamente, Acuerdo de Vida en Pareja), no puede desconocerse que la existencia de parejas del mismo sexo conforman hoy, familias, amén de aquellas monoparentales o monomarentales.

14º) Que, sobre el particular, necesario resulta consignar que desde el comienzo de la discusión de la ley en comento se expresó que “El acuerdo de vida en común, en cuanto a las parejas de un mismo sexo, asume una premisa fundamental: No hay razón alguna para estigmatizar las relaciones homosexuales, libremente consentidas entre personas mayores de edad. El ordenamiento jurídico que reserva el matrimonio para personas de distinto sexo, no puede ignorar a las parejas homosexuales y debe brindarles reconocimiento legal.”

15º) Que, es del caso consignar que la Constitución Política de la República en su artículo 1º establece que “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

Añade, además, que “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.”

En consonancia con la Carta Fundamental, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 16.3 dispone que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

A su vez, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 23.1, señala que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

Asimismo, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 10.1, dispone que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posible, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo”.



Y, desde luego, debe colacionarse la Convención de los Derechos del Niño en cuyo preámbulo señala que “la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”.

Añade que el “niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”.

Su artículo 8 dispone 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”.

Por último, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 17.1, dispone que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

16º) Que, como puede observarse de las normas recién transcritas, la familia requiere del máximo resguardo y como expresa el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se le debe brindar “la más amplia protección y asistencia posible, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo”.

17º) Que, sin embargo, en la actualidad, se ha producido una discriminación arbitraria y sin correlato con las normas internas, tampoco internacionales, desde que, aún con la existencia del AUC, no se ha propendido a un trato igualitario a las diversas familias, manteniendo una posición hegemónica aquella compuesta por un hombre y una mujer, atentándose, de este modo, contra el artículo 1º de la Constitución Política de la República, puesto que si Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos y la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, resulta ininteligible el sustento normativo para mantener situaciones fácticas de desigualdad, vulnerando de este modo lo dispuesto en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República en tanto asegura “La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados”.

18º) Que, asimismo, conforme a lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño, éste, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, debiendo los Estados Partes 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.

19º) Que, al impedir que una familia homoparental se yerga como familia de una niña que fue gestada mediando inseminación artificial, respecto de la cual, desde luego, nunca habrá un padre que reclame tal calidad, deviene en incumplimiento de las normas internacionales puesto que le estamos negando la posibilidad de preservar su identidad en tanto mediante un reproche jurídico, no aceptamos esta forma de familia y, en consecuencia, dañamos uno de los atributos de su persona.

20º) Que, por otra parte, reaparece la vulneración al principio de igualdad, al reconocer al hombre una capacidad y aptitud que desconocemos en la mujer, pareja en este caso, de la madre biológica de la niña en cuanto, conforme a lo prescrito por el artículo 187 del Código Civil, basta que un hombre se apersona al Servicio de Registro Civil requiriendo la inscripción de un menor sin filiación paterna, para que automáticamente quede registrado como progenitor de aquel, sin que tenga injerencia alguna la efectividad de haber contribuido, con sus gametos, a la existencia del reconocido, asunto que sin embargo está vedado para la pareja de la madre



biológica, aun cuando la hija haya sido concebida mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida a la que ambas madres se sometieron, colacionando, con lo expresado, los conceptos contenidos en el artículo 182 del Código Civil.

21º) Que, Corte Interamericana de Derechos Humanos, adoptó una opinión consultiva sobre identidad de género, y no discriminación a parejas del mismo sexo opinión, de 24 de noviembre de 2017, en respuesta a una solicitud presentada por el Estado de Costa Rica que buscaba responder a cinco preguntas en torno a dos temas relacionados con derechos de personas LGTBI.

En ella señaló que la Convención Americana protege, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo. La Corte estima también que deben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterosexuales, de conformidad con el derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículos 1.1 y 24), todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar protegido entre personas del mismo sexo. Sin perjuicio de lo anterior, la obligación internacional de los Estados trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como a los derechos y obligaciones reconocidos en el derecho interno de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales.

VII. Sobre los mecanismos por los cuales el Estado podría proteger las familias diversas.

La Corte observó que existen medidas administrativas, judiciales y legislativas de diversa índole que pueden ser adoptadas por los Estados para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo. Como fue mencionado con anterioridad, los artículos 11.2 y 17 de la Convención no protegen un modelo en particular de familia, y ninguna de estas disposiciones puede ser interpretada de manera tal que se excluya a un grupo de personas a los derechos allí reconocidos. Agregó que si un Estado decide que para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo no es necesaria la creación de nuevas figuras jurídicas, y por ende, opta por extender las instituciones existentes a las parejas compuestas por personas del mismo sexo –incluyendo el matrimonio–, de conformidad con el principio pro persona contenido en el artículo 29 de la Convención, tal reconocimiento implicaría que esas figuras extendidas estarían también protegidas por los artículos 11.2 y 17 de la Convención. El Tribunal consideró que este sería el medio más sencillo y eficaz para asegurar los derechos derivados del vínculo entre parejas del mismo sexo. Por otra parte, la Corte reiteró su jurisprudencia constante en cuanto a que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países respecto del respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. En lo que se refiere al instituto del matrimonio, la Corte señaló que establecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo en la forma en que puedan fundar una familia –sea por una unión marital de hecho o un matrimonio civil– no logra superar un test estricto de igualdad pues, a juicio del Tribunal, no existe una finalidad que sea convencionalmente aceptable para que esta distinción sea considerada necesaria o proporcional. Con base en ello, la Corte indicó que no era admisible la existencia de dos clases de uniones solemnes para consolidar jurídicamente la comunidad de convivencia

heterosexual y homosexual, ya que se configuraría una distinción fundada en la orientación sexual de las personas, que resultaría discriminatoria, y por tanto incompatible con la Convención Americana.

Que, de esta forma, es la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos quien interpreta, acorde a los tiempos que corren, el artículo 17.2 de la Convención puesto que, aún cuando dicha norma expresa “Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.”, en esta opinión consultiva afirma que “Como fue mencionado con anterioridad, los artículos 11.2 y 17 de la Convención no protegen un modelo en particular de familia, y ninguna de estas disposiciones puede ser interpretada de manera tal que se excluya a un grupo de personas a los derechos allí reconocidos. Agregó que si un Estado decide que para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo no es necesaria la creación de nuevas figuras jurídicas, y por ende, opta por extender las instituciones existentes a las parejas compuestas por personas del mismo sexo –incluyendo el matrimonio–, de conformidad con el principio pro persona contenido en el artículo 29 de la Convención, tal reconocimiento implicaría que esas figuras extendidas estarían también protegidas por los artículos 11.2 y 17 de la Convención”. (Lo destacado, es nuestro)

22º) Que del contenido extractado de la opinión consultiva indicada, no cabe duda que las medidas o decisiones judiciales tendientes a evitar discriminaciones arbitrarias, constituyen herramientas necesarias para cumplir con los estándares internacionales cuando las legislativas o administrativas no alcanzan ese fin y, en consecuencia, resultando lícito, proporcional y manifestación concreta del principio de progresividad de los derechos humanos, esta disidente fue de opinión de acoger el presente recurso de protección y ordenar al Servicio de Registro Civil que, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 1º y 19 Nº 2 de la Constitución Política de la República, 183, 186, 187 y 188 del Código Civil y las restantes disposiciones contenidas en los tratados internacionales citadas, estimando arbitrario el actuar del Servicio de Registro Civil, proceda a inscribir el reconocimiento de Martina Ignacia Opazo Monsalves, solicitado por su madre doña Mayra Victoria Opazo Méndez.

23º) Que, sólo a mayor abundamiento necesario resulta consignar que la equidad, como herramienta integradora del derecho, también debe servirnos para sustentar esta disidencia, como ya lo ha señalado la Excm. Corte Suprema, en fallo de 7 de marzo de 2012, ROL 337-2011.

En efecto, en dicha sentencia, recurriendo a ese elemento interpretativo, rechazó el recurso de casación en el fondo deducido en contra de la sentencia dictada por esta Corte de Apelaciones que acogió la demanda intentada por la conviviente de hecho en contra de la sucesión de su pareja, recurso de nulidad fundado en una incorrecta aplicación de los artículos 61 y 62 de la Ley de Matrimonio Civil, por cuanto ellos no autorizaban el pago de compensaciones económicas por término de una relación de concubinato derivado de la muerte de uno de los concubinos.

En dicho fallo, se expresa:

“VIGÉSIMO: Que en el caso que nos ocupa, la sentencia recurrida recogió acertadamente los fundamentos de la acción, que no se confina en el mero hecho de la convivencia entre doña Rosa Sánchez Ponce y don Marcelo Parada Merino, antecedente que por lo demás no resultó ser cuestionado, según se aprecia del recurso en estudio, sino que asigna transcendencia, con consecuencias jurídicas, a la circunstancia que durante largos años de convivencia y hasta el fallecimiento del mencionado Parada



Ponce, la mujer, ahora demandante, bajo este régimen cuasi marital, permanente, público, voluntario y de cuidados recíprocos, cooperó con la mantención del patrimonio propio del causante, desde que la administración de aquello que permitía a ambos su subsistencia”.

“VIGÉSIMO PRIMERO: Que dentro del contexto que se planteó la controversia, resulta palmario que la pretensión de la actora se ha fundado en la aplicación de la equidad al caso concreto, puesto que a su juicio, y no obstante no existir norma legal que así lo defina, es acreedora, entre otros, del derecho a ser compensada económicamente por el deterioro de sus posibilidades de ejercer una actividad lucrativa, en atención a la dedicación que debió emplear en el cuidado de su conviviente, derecho que dice le asiste, no por aplicación directa de las disposiciones que la legislación positiva contempla sobre la materia, particularmente en el artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil, sino porque dicha norma confrontada con la situación fáctica que a su respecto concurre, logra identidad en el sustrato que permite su razón de ser;”

“VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, para el Diccionario de Legislación y Jurisprudencia de Escriche, "la palabra equidad tiene dos acepciones en jurisprudencia; pues ora significa la moderación del rigor de las leyes, atendiendo más a la intención del legislador que a la letra de ellas, ora se toma por aquel punto de rectitud del juez que a falta de ley escrita o consuetudinaria consulta en sus decisiones las máximas del buen sentido y de la razón, o sea, de la ley natural." Agrega Escriche, "La ley no es nada sin la equidad y la equidad lo es todo sin la ley", añade: "Por muy profundo que sea un legislador, no es posible que prevea todos los casos particulares relativos a la ley que publica: preciso es que los jueces, después de haber penetrado bien el espíritu de ella, encuentren en la equidad su suplemento, y decidan por sí como el mismo legislador lo habría decidido. Siguiere de aquí que el estudio de los principios de equidad es el estudio por excelencia del magistrado y del jurista, quienes tienen que buscar en él la ilustración y sabiduría que deben caracterizarlos. No basta ser íntegro, es necesario además ser equitativo y justo; la integridad por sí sola puede ser patrimonio de un hombre muy limitado; más la equidad no lo es sino de un hombre a un mismo tiempo esté lleno de rectitud, de luces y de discernimiento." "A veces la equidad misma es la única ley que hayamos de arreglarnos sobre muchas materias que nos han llamado la atención del legislador." "Más la equidad no puede servir de regla en la Administración de Justicia sino cuando la cuestión que se va a juzgar no está decidida expresamente por la ley”;

“VIGÉSIMO OCTAVO: Que en la línea argumentativa anotada, el sentenciador no puede constreñir su análisis mediante la extensión al concubinato de soluciones que sólo se amparan en la legislación positiva civil, particularmente, en los derechos y obligaciones que se consagran para los cónyuges, puesto que justamente ello comporta la aplicación de normas que suponen un presupuesto fáctico con efectos jurídicos diversos. Empero, ello no obsta al reconocimiento de la legitimación de la concubina para efectuar el reclamo en su carácter de damnificada por un hecho que genera una obligación reparatoria. El fundamento para reconocer una indemnización, radica en la existencia cierta del perjuicio personal y en su nexo causal con el obrar imputado al demandado, lo que lleva a sostener incluso, que en el caso de la indemnización para la concubina, la legitimación para efectuar el reclamo no se funda en su carácter de tal, sino en su condición simple de perjudicada por el hecho que origina la reparación. Por lo tanto, el damnificado puede serlo “de facto” y no exclusivamente “de iure”.



De esta manera, la equidad es, entre otros, un instrumento para determinar daños resarcibles, que permite asilar aquellos que no derivan de los derechos subjetivos expresamente reconocidos por la ley.

En el caso específico, el concubinato es un hecho social, entendido como la unión permanente, con apariencias de matrimonio, con fidelidad de parte de los integrantes de la pareja, con aportaciones económicas -o susceptibles de poseer un valor económico-, con notoriedad, y desde luego con hijos en común -cuando los hay-, y constituye título más que suficiente sobre la base de la equidad y de la solidaridad social para legitimar a la concubina a fin de que pueda efectuar una reclamación indemnizatoria que le ha causado un daño.”

TRIGÉSIMO PRIMERO...”

“...Lo antedicho lleva a concluir, ineludiblemente, que los preceptos legales que en el libelo de casación se denuncian infringidos no han podido serlo, desde que los sentenciadores construyeron su fallo sobre los elementos de la esencia de la equidad, que ante la realidad de los hechos, llevaron a acoger la demanda, imponiéndose, en consecuencia, el rechazo de la nulidad sustantiva postulada.”

24º) Que, conforme a los extractos del fallo precedente, en situaciones que sólo abarcan dimensiones patrimoniales, nuestro máximo tribunal, recurriendo en este caso a la equidad, ha adoptado decisiones que no tenían en su momento solución legal, pero que con una interpretación que a todas luces trasuntaba la progresividad de los derechos, logró una resolución justa y proporcional.

Redacción del Ministro Sr. Jaime Arancibia Pinto y del voto disidente, su autora.

Regístrese, notifíquese y archívese, en su oportunidad.

Protección-Nº 3335 – 2018.-



Pronunciado por la Quinta Sala de la C.A. de Valparaíso integrada por los Ministros (as) Patricio Hernan Martinez S., Jaime Patricio Alejandro Arancibia P., Silvana Juana Aurora Donoso O. Valparaiso, quince de junio de dos mil dieciocho.

En Valparaiso, a quince de junio de dos mil dieciocho, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 13 de mayo de 2018, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.