

**INFORME DE LA COMISIÓN DE MUJERES Y EQUIDAD DE GÉNERO
RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY QUE SUPRIME LA CAUSAL DE
CONDUCTA HOMOSEXUAL EN EL DIVORCIO POR CULPA.**

Boletín N° 14.170-07 (S).

HONORABLE CÁMARA:

La Comisión de Mujeres y Equidad de Género viene en informar, en segundo trámite constitucional y primero reglamentario, el proyecto de ley individualizado en el epígrafe, originado en moción de las senadoras Isabel Allende Bussi, Adriana Muñoz D'Albora, Yasna Provoste Campillay, Ximena Rincón González y Marcela Sabat Fernández.

I.- IDEA MATRIZ O FUNDAMENTAL DEL PROYECTO.

La idea matriz del proyecto, según consigna el informe de la Comisión especial encargada de conocer iniciativas y tramitar proyectos de ley relacionados con la mujer y la igualdad de género del H. Senado, consiste en eliminar la conducta homosexual como uno de los hechos causantes del divorcio por culpa.

II.- CONSTANCIAS REGLAMENTARIAS.

Para los efectos de lo establecido en los números 4, 5, 6 y 7 del artículo 304 del Reglamento de la Corporación, la Comisión dejó constancia de lo siguiente:

**1.- DISPOSICIONES DE CARÁCTER ORGÁNICO CONSTITUCIONAL
O DE QUÓRUM CALIFICADO:**

No hay normas en tal calidad.

**2.- ARTÍCULOS QUE DEBEN SER CONOCIDOS POR LA COMISIÓN
DE HACIENDA:**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 244, N° 15, en relación con lo dispuesto en el artículo 303, N° 6, ambos del Reglamento de la Corporación, la Presidenta de la Comisión determinó que no habían artículos en esta situación.

3.- ARTÍCULOS E INDICACIONES RECHAZADAS:

No hay normas en tal calidad.

4.- ADICIONES Y ENMIENDAS APROBADAS:

No hubo.

5.- DIPUTADA INFORMANTE:

Se designó como informante a la diputada **Maya Fernández Allende**.

III.- ANTECEDENTES.

El proyecto de ley en informe fue presentado a tramitación en el H. Senado el 14 de abril de 2021, dándose cuenta de él en la sesión 15ª/369, de la misma fecha, ocasión en la que fue destinado, para su tramitación e informe, a la Comisión Especial encargada de conocer iniciativas y tramitar proyectos de ley relacionados con la mujer y la igualdad de género.

Dicha Comisión destinó una sesión a analizar, así como a votar en general y en particular, este proyecto de ley, despachándolo para su examen por la Sala del H. Senado, la que a su vez procedió a su discusión general y particular en la sesión 37ª/369, celebrada el día 2 de junio de 2021, aprobándolo por 19 votos a favor, ninguno en contra y 4 abstenciones, tras lo cual fue despachado a la Cámara de Diputados, para dar paso a su segundo trámite constitucional.

En esta Corporación, se dio cuenta del oficio del Senado que informaba de la aprobación del proyecto de ley, y su texto, en la sesión 42ª/369, celebrada el día 3 de junio de 2021, destinándose dicha iniciativa para su tramitación e informe a la Comisión de Mujeres y Equidad de Género.

En cuanto a su estructura, el proyecto de ley consta de un artículo único que suprime el numeral 4 del artículo 54 de la ley N° 19.947, que establece nueva ley de matrimonio civil.

En efecto, es dicho numeral 4 del artículo 54 de la citada ley el que contempla la posibilidad de que un cónyuge demande al otro para obtener el divorcio imputándole culpa por las conductas allí descritas, entre las cuales figura la conducta homosexual de uno de ellos.

IV.- FUNDAMENTOS.

Según señala la moción en sus antecedentes, la Ley de Matrimonio Civil tuvo una reforma profunda con la incorporación de la figura del divorcio, en el año 2004, ya que hasta ese momento Chile era uno de los pocos países en el mundo sin la posibilidad de terminar con el vínculo matrimonial por esta vía.

Señalan las autoras que el divorcio tiene dos grandes categorías: uno por cese de convivencia, que puede ser de mutuo acuerdo o unilateral, o el divorcio por culpa, definido como “como una institución fundada en la existencia de un acto culpable de uno de los cónyuges, de manera que el otro pueda impetrar la declaración judicial de divorcio, que aparece, así como una sanción para el cónyuge culpable”.

En el divorcio por culpa, la mayoría de las causales se establecen en el artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil, las que provienen de incumplimientos en las obligaciones matrimoniales o familiares, como son los atentados contra la vida o los malos tratos al cónyuge o a los hijos en común; la transgresión del deber de convivencia, socorro y fidelidad, entre otros. Entre las causales consignadas como suficientes para solicitar el divorcio por culpa está la del número 4 de dicho artículo, en que se procede al divorcio al tener uno de los cónyuges una “conducta homosexual”.

Manifiestan que la conducta homosexual, como se ha entendido en la doctrina, se refiere a la orientación sexual del individuo, siendo necesaria la comisión de actos calificados como homosexuales, es decir, que el cónyuge haya violado su deber de fidelidad, no valiendo los meros pensamientos o el fuero interno del individuo.

Hacen presente que dicha causal ha sido impugnada, en razón de la discriminación que pretende justificarla, ya que la orientación sexual de una persona no puede producir efectos jurídicos, especialmente si ellos significan una adjudicación de culpa. Agregan además que, si se quería contemplar en esta causal el adulterio con una persona del mismo sexo, esta conducta ya se encuentra contemplada en la ley, al tratarse del incumplimiento de las obligaciones de fidelidad.

Recuerdan también que en diversas ocasiones se han interpuesto requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de dicha norma. Por ejemplo, en el año 2014, el Tribunal Constitucional rechazó un requerimiento de inaplicabilidad por esta causa, señalando que: “Analizada en sí misma esta causal, hay que recordar que el legislador la definió como una causal externa y objetiva,

que no puede confundirse la “conducta homosexual” con “homosexualidad” y, en consecuencia, que se sancionan hechos y no inclinaciones o tendencias.”.

Sin embargo de lo anterior, agregan, este año la jurisprudencia del Tribunal Constitucional modificó su criterio y acogió un requerimiento de inaplicabilidad, ya que esta norma atentaría contra el principio de igualdad ante la ley. Conociendo de la petición del Tribunal de Familia de Coquimbo, el Tribunal Constitucional resolvió acoger dicho requerimiento, debido a que la causal “no se condice con el reconocimiento de la igualdad de las personas, denigrando y sancionando solo a ciertos cónyuges a nivel de culpabilizar por algo que no es punible”.

V.- DISCUSIÓN DEL PROYECTO.

DISCUSIÓN GENERAL

Con ocasión de la discusión general, se recibió la opinión de la señora **Lorena Recabarren Silva**, Subsecretaria de Derechos Humanos, quien señaló que, como Ejecutivo, tienen gran interés en seguir formando parte de la discusión de la presente moción, presentada por las Honorables Senadoras Isabel Allende Bussi, Adriana Muñoz D'albora, Yasna Provoste Campillay, Ximena Rincón González y Marcela Sabat Fernández, pues constituye un avance en la adecuación normativa de la legislación nacional a los estándares internacionales de derechos humanos. En particular, en la promoción de la igualdad y la no discriminación.

Como Subsecretaría de Derechos Humanos participaron el 29 de abril de 2021 en la Comisión especial encargada de conocer iniciativas y tramitar proyectos de ley relacionados con la mujer y la igualdad de género del Senado, instancia en la cual se discutió en general y particular este proyecto de ley, y pudieron exponer sus consideraciones sobre la iniciativa, destacando su importancia y manifestando una opinión favorable, las que procedió a señalar.

En primer lugar, argumentó que el artículo 1° de la Constitución Política de la República establece que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y establece, como deber del Estado, 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. A su vez, el artículo 19 N° 2 asegura a todas las personas la igualdad ante la ley y dispone que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias. Esto implica que, *“lo mandado, prohibido o permitido por las leyes sea igual para todos, o desigual si*

así corresponde, sobre la base o en función, exclusivamente, de la justicia. Lo contrario es formular privilegios o imponer perjuicios arbitrarios”.

La igualdad y no discriminación ha sido reconocida como un principio esencial de la Constitución y a nivel internacional se ha reconocido que constituye una norma de *ius cogens*.

En segundo lugar, atendido el contexto normativo del divorcio por culpa, explicó que, de conformidad al artículo 42 de la Ley N° 19.947, el divorcio es una de las causales de terminación del matrimonio, distinto a la nulidad, razón por la cual, en el divorcio se parte de la premisa de que se está en presencia de un matrimonio exento de vicio.

La doctrina distingue dos tipos de divorcios, en primer lugar, se reconoce un divorcio “por culpa o sanción”, el cual termina el vínculo matrimonial por cuanto uno de los cónyuges ha incurrido en una conducta jurídicamente reprochable que implica un grave incumplimiento de los deberes matrimoniales o para con los hijos; en ese sentido, el divorcio pone término al matrimonio como una forma de sanción o pena al cónyuge culpable por haber incumplido sus deberes, ya sea con su cónyuge, ya sea con los hijos. En segundo lugar, se reconoce el divorcio “remedio”, el cual no se plantea como una sanción a alguno de los cónyuges, sino como una solución cuando ellos han cesado su convivencia en común; en ese sentido, el término del matrimonio no implica reproche alguno, sino que se estatuye como un reconocimiento de que, en los hechos, los cónyuges se encuentran separados de hecho.

Teniendo presente todo lo anterior, y de conformidad a la legislación vigente, la conducta homosexual se inserta dentro de lo que doctrinariamente se conoce como “divorcio por culpa o sanción”.

Profundizó que la causal genérica del divorcio por culpa o sanción, se encuentra establecida en el inciso 1° del artículo 54 de la Ley N° 19.947 *“El divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común.”.*

Al efecto, dicha causal requiere una falta —la cual presupone una obligación preexistente que ha sido quebrantada—, que esta sea grave, esto es, que tenga por resultado, hacer intolerable la vida en común, el cual lleva implícito una lesión o atentado insoportable a la integridad física y psíquica, o a la protección a la salud.

En mencionado inciso, establece una causal genérica de divorcio por culpa o sanción, para luego establecer una serie de causales específicas —dentro de la cual se encuentra “la conducta homosexual”— las que se entienden como una concreción de esta, pero no la agotan. Que este artículo 54 se trate de una causal general conlleva a dos corolarios: en primer lugar, las hipótesis fácticas descritas en las causales específicas deben tener similar “entidad” para que respondan a la idea matriz de la causal general; en segundo lugar, es la causal general la que da aplicación al divorcio por culpa o sanción, razón por la cual, puede ser configurada por hechos distintos a los descritos en las causales específicas, estatuyéndose estas como descripciones o ejemplos de la primera, para fijar su sentido y alcance.

En efecto, el enunciado del inciso 2° del artículo 54, antes de enunciar las diferentes hipótesis señala “Se incurre en dicha causal, entre otros casos, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos:”. Se ha sostenido que la única diferencia de la invocación de una causal específica de las contempladas en la ley es que es el legislador quien entiende que las conductas contenidas en ellas son particularmente graves.

En particular, respecto de la conducta homosexual como causal de divorcio por culpa, explicó que constituye una novedad en el ordenamiento jurídico chileno, incorporada por primera vez en la Ley N° 19.947.

Como ya se ha dicho, es dable sostener que las causales específicas de divorcio por culpa o sanción deben de configurarse como un reproche a quien incurre en una de ellas, por conductas particularmente graves que hacen intolerable la vida en común, castigándose al cónyuge imputable con la terminación del matrimonio. Ello por cuanto el contexto, como la estructura de la causal genérica de este divorcio deben “iluminar” el entendimiento de las causales específicas.

A su turno, estas causales debieren ser particularmente graves, toda vez que el legislador las ha utilizado para ilustrar y dotar de contenido interpretativo a la causal genérica, por lo que, deben entenderse como hipótesis calificadas que ameritan la terminación del vínculo matrimonial en perjuicio del cónyuge culpable. Así, por ejemplo, sucede con los malos tratamientos graves al cónyuge o los hijos, o la tentativa de prostituir a estos o a aquél.

Teniendo lo anterior presente, a su entender, la “conducta homosexual” no cumple con los estándares para constituir una causal específica de divorcio por culpa, tanto en atención a los razonamientos de igualdad y no discriminación esbozados al comienzo de su intervención, como tampoco desde la perspectiva de los parámetros civiles ya referidos que contextualizan al divorcio por culpa dentro

de nuestro ordenamiento jurídico. Como nota preliminar, hizo presente que se ha descartado que la mera orientación sexual sea suficiente para hacer concurrir la causal; así consta en la historia de la ley, como también del tenor literal de la norma y de la interpretación jurisprudencial. En efecto, lo que configura la causal es una “conducta”, no una orientación homosexual.

Un primera problemática es definir qué se entiende por “conducta homosexual” toda vez que no queda claro, del tenor literal de la norma, qué se entiende por “conducta homosexual”, más allá de que debe tratarse de un comportamiento externo y objetivo, quedando su determinación específica entregada a la jurisprudencia, quien ha ido precisando que la “conducta homosexual”, consiste en actos exteriores, teniéndolos por acreditados, por ejemplo, a través de presunciones, o través de peritos que den cuenta de interacciones con personas del mismo sexo a través de chats. Esto da cuenta de la imprecisión del concepto y que, a nuestro juicio, lesiona la privacidad e intimidad del cónyuge demandado.

Por otra parte, la “conducta homosexual” no parece corresponderse con la estructura propia del Derecho civil. En efecto, el contrato de matrimonio no exige para su existencia que haya una “conducta heterosexual”, sino que diversidad de sexo entre los contratantes, razón por la cual, satisfecho dicho requisito, el matrimonio tiene valor. Por ello, el legislador no toma en consideración la conducta sexual de los contratantes para proceder al matrimonio, razón por la cual, no es coherente que luego la considere como un hecho equiparable a atentados contra la vida, malos tratos graves o tentativa de prostitución del cónyuge o la prole, entre otros. Ello resulta contrario a los estándares internacionales relativos al respeto a la diversidad e igualdad ante la ley y no discriminación, señalados anteriormente.

Ninguno de los deberes matrimoniales contemplados en la legislación civil impone un actuar que se oponga expresamente a la “conducta homosexual”, razón por la cual, esta causal no puede ser consecuencia de incumplimiento alguno de dichos deberes.

Además, podría alegarse que la conducta homosexual es contraria a los deberes de fidelidad, lealtad o cohabitación, pero en ese caso no se entiende por qué se hace mención, con ese fundamento, sólo a la conducta homosexual en tanto estos deberes pueden ser quebrantados, igualmente, a través de conductas heterosexuales. Si este fuere el argumento para mantener esta causal, toda vez que entiende que la conducta homosexual es presuntiva de lesión a dichos derechos, en contraposición a la conducta heterosexual, esto resulta, a nuestro entender, discriminatorio.

Asimismo, si la conducta homosexual solo concretiza la lesión a los deberes matrimoniales ya anotados, entonces la causal se torna superflua e innecesaria, toda vez que, si dicha conducta lesionare gravemente dichos deberes de modo que tornen en intolerable la vida en común, dicho caso sería subsumible en la causal N° 2 del artículo 54 de la Ley N° 19.947, a saber, trasgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio, o en la causal genérica del divorcio por culpa.

En otras palabras, la conducta homosexual, no constituye por sí sola una premisa fáctica para que se aplique, como vía de consecuencia, la terminación del matrimonio a través del divorcio por culpa. No cumple con la lógica inherente a este divorcio, por lo que su concreción resulta discriminatoria e innecesaria.

Acotó que las causales específicas del artículo 54 de la Ley N° 19.947, deben tener la suficiente “entidad” para ilustrar y dotar de contenido a la causal genérica. Así, las causales específicas exigen estándares “reforzados” de gravedad, reiteración de conductas o énfasis en que dicha conducta debe romper el vínculo conyugal, todos los cuales permiten que el estándar de estas sea particularmente alto.

Ello no se cumple con la “conducta homosexual”, la cual no exige ni reiteración, ni una gravedad especial, ni una cualidad especial para romper el vínculo conyugal, ni ningún elemento que permita garantizar un alto estándar tal y como las demás causales. Implícitamente, entonces, se entendería que la “conducta homosexual” contiene por sí sola la gravedad suficiente como para ser equivalente a las demás causales específicas, lo cual no sólo parece discriminatorio, sino que también desproporcionado.

Hizo notar que la causal de “tentativa a prostituir al otro cónyuge o a los hijos”, del artículo 54 inciso 2° N°6 de la Ley N° 19.947, es la única otra causal que procede solo concurriendo la premisa fáctica sin estándares jurídicos que la cualifiquen, al igual que la “conducta homosexual”, por cuanto el legislador estimó que dicha conducta es por sí sola tan particularmente grave que merece ser sancionada con el divorcio. La actual redacción de la ley pareciera hacer homologable ambas causales, lo cual refuerza la afirmación de que su inclusión en el catálogo de causales de divorcio sanción es desproporcionada, discriminatoria y no se justifica como fundamento para incoar una acción de divorcio por culpa.

En consideración a lo expresado, sostuvo que la causal de “conducta homosexual” no satisface la lógica y estructura inmanente en el divorcio sanción, constituyendo su inclusión en discriminatoria, sobreabundante, innecesaria, desproporcionada y contraria al mandato constitucional y al derecho internacional

de los derechos humanos, en particular, con relación al principio de igualdad y no discriminación.

Consultada sobre las alternativas que quedan al cónyuge que toma conocimiento posterior de que el otro de los cónyuges es homosexual, explicó que podría operar la figura civil del vicio de “error en la cualidad de la persona” en el consentimiento al momento de celebrarse el matrimonio que da lugar a la nulidad matrimonial.

En todo caso, por las razones que explicó anteriormente, la moción busca despojar a la “conducta homosexual” del carácter culposo o sancionable que le otorga la legislación vigente, por la afectación que genera al Principio de Igualdad y No Discriminación y que, además, pareciera ser redundante e innecesaria, en relación a las demás causales, cuando se analiza en la práctica. El proyecto de ley insta a reflexionar si la “conducta homosexual” requiere de la misma entidad de reproche que la infidelidad, que puede ser hetero u homosexual, o de las otras causales contenidas en el inciso 2 del artículo 54 de la Ley N° 19.947.

Aclaró que la supresión de la causal genera efectos entre los cónyuges y en nada afecta la regulación legal de la situación de los hijos de ese matrimonio.

Finalmente, explicó que quedan a salvo, las otras vías legales para poner término al vínculo matrimonial, como la nulidad, a la que refirió, el divorcio por cese de convivencia o de común acuerdo, y otras figuras jurídicas como la separación judicial, de hecho. E incluso, si alguien quisiera ir más lejos, con todos los costos que esa decisión implica, a través de la causal genérica del divorcio “por culpa” del inciso 1 del artículo 54 de la Ley N° 19.947.

La diputada **Orsini** (Presidenta) acotó que el divorcio “remedio” no necesita de una causal, basta que una de las dos partes manifieste su voluntad de poner término al vínculo matrimonial. El proyecto de ley busca eliminar esta causal del divorcio “por culpa”, que tiene implicancias para el cónyuge que ha incurrido en la causal.

La diputada **Fernández** manifestó su apoyo al proyecto de ley que pone término a una discriminación odiosa que, además, trae aparejada una sanción.

Además, hizo presente que presentó una moción en la misma línea, que se encuentra actualmente radicada en la Comisión de La Familia de la Cámara de Diputados y Diputadas.

VOTACIÓN GENERAL

Sometido a votación general el proyecto de ley, fue **aprobado por la mayoría** de las parlamentarias presentes (8-0-2).

Votaron a favor las diputadas Maite Orsini Pascal (Presidenta), Maya Fernández Allende, Marcela Hernando Pérez, Erika Olivera De La Fuente, Joanna Pérez Olea, Camila Rojas Valderrama, Patricia Rubio Escobar y Marisela Santibáñez.

Se abstuvieron de votar las diputadas Ximena Ossandón y Virginia Troncoso.

DISCUSIÓN Y VOTACIÓN PARTICULAR

Durante la discusión particular las diputadas integrantes de la Comisión reafirmaron sus dichos sobre la justicia de sus fundamentos, por lo que sin mayor debate procedieron a su votación particular.

Sometido a votación particular el proyecto de ley, en los mismos términos en que fue despachado por el H. Senado, **fue aprobado por la unanimidad** de las diputadas presentes (7-0-0).

Votaron a favor las diputadas señoras Maite Orsini (Presidenta), Maya Fernández, Erika Olivera, Ximena Ossandón, Joanna Pérez, Camila Rojas y Marisela Santibáñez.

Se designó informante a la diputada **Maya Fernández Allende**.

VI.- TEXTO DEL PROYECTO DE LEY APROBADO POR LA COMISIÓN:

Por las razones señaladas y por las que expondrá oportunamente la Diputada Informante, esta Comisión recomienda aprobar el siguiente proyecto de

ley, en los mismos términos en que fuera despachado en su primer trámite constitucional por el H. Senado:

PROYECTO DE LEY

“Artículo único.- Suprímese el número 4° del artículo 54 de la ley N° 19.947, que establece nueva Ley de Matrimonio Civil.”.

Tratado y acordado, según consta en las actas correspondientes en sesiones de fechas 5 y 19 de julio de 2021, con la asistencia de las diputadas Maya Fernández Allende, Marcela Hernando Pérez, María José Hoffmann Opazo, Erika Olivera De La Fuente, Maite Orsini Pascal (Presidenta), Ximena Ossandón Irrázabal, Joanna Pérez Olea, Camila Rojas Valderrama, Patricia Rubio Escobar, Marisela Santibáñez Novoa y Virginia Troncoso Hellman.

Sala de la Comisión, a 22 de julio de 2021.

CARLOS CÁMARA OYARZO
Abogado Secretario de la Comisión