

ISSN 0719-210X

R E V I S T A
TRIBUNA
INTERNACIONAL

Publicación del Departamento de
Derecho Internacional

Volumen 2 / N°3 / 2013

FACULTAD DE
DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

Rector de la Universidad de Chile

Víctor Pérez Vera
Av. Alameda Libertador Bernardo
O'Higgins 1058, Santiago

Representante legal

Roberto Nahum Anuch
Decano de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Chile

Director Responsable

Mario Ramírez Necochea

Editoras de Contenidos

Rita Lages
Claudia Sarmiento Ramírez

Comité Editorial

Gonzalo Aguilar
José Carlos Fernández Rosas
Claudio Grossman
Mattias Kumm
Hugo Llanos
Cecilia Medina
Elina Mereminskaya
Mónica Pinto

Comité de Árbitros

Sergio Alburquenque Lillo (Chile)
Paulina Astroza (Chile)
Carolina Belmar (Chile)
María Paz Canales (Chile)
Alberto Coddou (Chile)
Zoya Galarza (Bolivia)
Nadia Franco-Bazán Ó Laighín (Panamá)
Rodrigo Lledó Vásquez (Chile)
Andrea Lucas Garín (Argentina)
Ignacio Mujica Torres (Chile)
Gloria Ramos Fuentes (Chile)
Marcela Ruiz Calderón (Chile)
Christian Sommer (Argentina)
Carolina Stefoni (Chile)
Gustavo Tocopillán (Argentina)
Miguel Torres (Cuba)
Cecilia Urbina (Chile)
Gustavo Luiz Von Bahten (Brasil)

Revista Tribuna Internacional

Publicación del Departamento de Derecho
Internacional de la Facultad de Derecho de
la Universidad de Chile
Volumen 2 / N° 3 / 2013
www.tribunainternacional.uchile.cl
ISSN: 0719-210X

Diseño y producción:

Productora Gráfica Andros Ltda.
www.androsimpresores.cl
Impreso en Chile/ Printed in Chile

ÍNDICE

Artículos

- Matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero y sus efectos jurídicos en Chile. Análisis crítico del artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil 9
Pablo Andrés Cornejo Aguilera
- La responsabilidad en el derecho penal internacional: una aproximación desde la filosofía de John Searle. Reflexiones a partir del caso Lubanga 33
Rodrigo A. González Fernández y M. Soledad Krause Muñoz
- Effectiveness of REDD programs in the protection of *sui generis* indigenous rights 55
Paloma Infante M.
- Los usos. Si las inversiones y operaciones comerciales en diversos sectores implican diversos riesgos y oportunidades, ¿por qué no se invocan adecuadamente “los usos” en el procedimiento arbitral? 83
Hernany Veytia

Comentarios de jurisprudencia

- La Orden de Medidas Provisionales del Tribunal Internacional del Derecho del Mar en el caso del buque de guerra ARA Libertad 113
Martín Cabrera Mirassou
- A Case of Equitable Maritime Delimitation: Nicaragua and Colombia in the Western Caribbean Sea 129
Paul S. Reichler

Recensiones

- “Guerra de las Malvinas. Noticia en desarrollo 1982-2012” 163
(Editorial *El Mercurio*, Santiago, 2012), de José RODRÍGUEZ ELIZONDO,
por Juan Emilio Cheyre
- “La Convención sobre Derechos del niño. Instrumento de progresividad 169
en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”
(Editorial Dykinson, Madrid, 2011), de María del Rosario CARMONA LUQUE,
por Lucía Rizik Mulet

Matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero y sus efectos jurídicos en Chile. Análisis crítico del artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil¹

Marriages between persons of the same sex held abroad and its legal effects in Chile. Critical analysis of Article 80 of the Civil Marriage Law

Pablo Andrés Cornejo Aguilera²

polocornejoa@gmail.com

Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Becario del gobierno suizo para estudios de posgrado. Actualmente cursando Master de *Droit international et comparé*, Universidad de Lausanne. Académico del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Resumen: Durante el proceso de reforma de la ley de matrimonio civil de 1884 se decidió por nuestro legislador la incorporación de una regla destinada expresamente a privar de efectos a los matrimonios celebrados en el extranjero, cuando los cónyuges sean del mismo sexo, el artículo 80 de la Ley N° 19.947. En el presente trabajo se pondrá énfasis en las consecuencias que se derivan de la actual regulación –considerando que el matrimonio es una institución que ocupa un lugar central en nuestro ordenamiento– cuya importancia trasciende el ámbito estrictamente familiar, con el fin de analizar las implicancias que presenta esta decisión legislativa desde la perspectiva de la protección de la familia. Finalmente, se destacarán su disímil tratamiento frente a la infracción de las prohibiciones de celebración del matrimonio establecidas por la misma ley y las contradicciones que presenta con aquellos casos donde la propia ley chilena limita su pretensión de aplicación.

Palabras clave: parejas del mismo sexo, matrimonio, unión civil, orden público, sucesión.

Abstract: During the reform process to the Civil Marriage Law of 1884, our legislator decided to enact a provision in order to expressly deprive of legal effects any and all same sex marriages celebrated under a foreign jurisdiction. This paper emphasizes the

¹ Fecha de recepción: 15.04.2013 y fecha de aceptación: 23.04.2013.

² El autor agradece a la profesora María José Arancibia por su colaboración en la preparación del presente artículo y por los comentarios efectuados a sus versiones preliminares.

consequences derived from the current legislation –considering that marriage is a cornerstone legal and social institution which transcends the restricted family sphere– in order to further analyze the implications that this legislative decision presents, from the perspective of family protection. Lastly, this paper also focus on the dissimilar legal treatment regarding breach of prohibitions for celebrating marriages that the law enacts, as well as the contradictions that itself presents with those cases in which the very Chilean law limits its validity claim.

Keywords: *same-sex couples, marriage, civil union, public policy, inheritance.*

1. Planteamiento general: la ley de matrimonio civil de 2004 y el matrimonio entre personas del mismo sexo

Si existe un hecho que permite caracterizar al proceso de reforma de la legislación matrimonial chilena es lo extraordinariamente compleja que resultó su negociación en sede parlamentaria, la cual se extendió por más de nueve años: desde el día 28 de noviembre de 1995, cuando ingresó para su discusión la moción presentada por un grupo de diputados de la Concertación³, hasta el día 17 de mayo de 2004, en que finalmente fuera publicada en el Diario Oficial. Si bien la discusión estuvo centrada primordialmente en la conveniencia de reconocer la figura del divorcio vincular y las condiciones que lo harían procedente, la temática del reconocimiento de los matrimonios celebrados entre personas del mismo sexo no estuvo ajena al debate.

Esto no podría ser de otra manera, si consideramos las profundas transformaciones que se produjeron en este extenso lapso en el Derecho comparado, las cuales tuvieron su punto de partida en Dinamarca el año 1989, con la aprobación del *registreret partnerskab*, primera regulación que reconoce y protege a las parejas del mismo sexo, mediante la creación de

³ Boletín 1759-18, Moción de los diputados Isabel Allende Bussi, Mariana Aylwin Oyarzún, Carlos Cantero Ojeda, Sergio Elgueta Barrientos, Víctor Jeame Barrueto, Eugenio Munizaga Rodríguez, María Antonieta Saa, José Antonio Viera-Gallo Quesney e Ignacio Walker Prieto. v. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 19.947, p. 5. Recurso disponible en línea: http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=19947&anio=2013 [fecha de consulta: 26 de abril de 2013].

una institución paralela, “espejo” del matrimonio, hasta llegar el año 2001 a la primera regulación igualitaria de la institución matrimonial, aprobada en los Países Bajos⁴.

De esta forma, el legislador nacional se vio enfrentado a una nueva realidad, hasta el momento completamente desconocida por el Derecho chileno, que demandaba una respuesta. ¿Cuál sería la posición de la ley chilena frente a ella? Según consta en la Historia de la Ley N° 19.947 (en adelante, indistintamente ley de matrimonio civil o LMC), a lo menos en dos oportunidades nuestros legisladores discutieron sobre la admisibilidad de esta nueva figura por parte de nuestro ordenamiento: cuando se trató de determinar su procedencia de cara a la nueva regulación matrimonial que se estaba creando y al momento de determinar los efectos que el ordenamiento jurídico chileno reconocería a los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados válidamente conforme a la legislación de un país extranjero.

Como tendremos la oportunidad de apreciar, si bien la discusión se llevó a efecto en sedes e instantes distintos, la solución proporcionada por el legislador es coherente en orden a privar de reconocimiento a estas uniones, aunque en un caso ésta descansa sobre una norma expresa y en el otro sobre una determinada interpretación de las reglas sobre el matrimonio.

En primer término, en lo que concierne a la posibilidad de celebrar en Chile un matrimonio entre personas del mismo sexo, nuestro legislador estimó innecesario incorporar una disposición expresa que declare como un elemento de la esencia del matrimonio la diferencia de sexo, o que sancione con la inexistencia el matrimonio que se haya celebrado. Simplemente consideró que, acorde lo había expuesto la doctrina unánime⁵, una unión de ese tipo no podía ser calificada en nuestro ordenamiento como matrimonial, teniendo en consideración que el artículo 102 del Código civil (en adelante, CC), al momento de definir qué debemos entender por matrimonio, parte de la base que este es un contrato solemne por medio del cual “un hombre y una mujer” se unen actual e

⁴ Sobre el punto, v. CORNEJO AGUILERA, Pablo. “La Regulación de las Uniones de Pareja del Mismo Sexo: ¿Qué Lecciones nos Entrega la Legislación Comparada?”. *Gaceta Jurídica*. Nº 379. Santiago. 2012. pp. 7-26.

⁵ v. BARRIENTOS GRANDÓN, Javier. *Derecho de las Personas. El Derecho Matrimonial*. Santiago. Editorial Abeledo-Perrot/LegalPublishing. 2011. pp. 272-278; Barrientos Grandón, Javier. “De la Inexistencia del Matrimonio en el Derecho Chileno”. *Revista de Derecho Universidad Austral*. Vol. XIX. Nº 2. Valdivia. 2006. pp. 57-61.

indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente. De esta forma, no concurriendo el requisito de la diferencia de sexos, exigido por nuestra legislación desde el año 1855 como uno de los elementos que permite definir el matrimonio, resulta imposible reconocer algún efecto a esta unión, correspondiendo en consecuencia solamente que sea “constatada” su inexistencia, si por alguna circunstancia llegase a celebrarse dentro del país.

En efecto, cuando en el seno de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado se discutió a instancias del senador Stange la inclusión como un requisito para la celebración del matrimonio la diferencia de sexos de los contrayentes, se rechazó en forma unánime la precisión por estimarse innecesaria, habida consideración de que está consignada expresamente en la propia definición del matrimonio, contemplada en el artículo 102 del Código Civil; agregándose, como argumento adicional, que en el entonces inciso tercero del artículo 81 del proyecto (correspondiente hoy al artículo 80 LMC) se exige el mismo requisito para reconocer los matrimonios celebrados en el extranjero⁶.

Sin embargo, esta visión considerada prácticamente como “natural” por nuestro medio y no sujeta a mayor cuestionamiento, sería desafiada durante el año 2010 por organizaciones de la sociedad civil, que por vía de la interposición de un recurso de protección buscaron un pronunciamiento judicial sobre el carácter legítimo o no que tiene, frente al principio constitucional de igualdad, la solución adoptada por el legislador patrio⁷. Conociendo de este recurso, y ejerciendo los poderes que le confiere el artículo 93 de la Constitución (en adelante, indistintamente CPol), la Corte de Apelaciones de Santiago solicitó previamente un pronunciamiento al Tribunal Constitucional, en el entendido que la declaración que este órgano efectuara resultaba esencial en un proceso donde, en definitiva, lo que se estaba haciendo era impugnar la constitucionalidad de dos preceptos legales, que habían permitido justificar la negativa del oficial civil.

Sin embargo, si bien entre los requirentes existían parejas que habían contraído matrimonio en el extranjero, al momento de efectuarse el requerimiento la Corte, por razones que

⁶ Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 19.947, *op. cit.*, p. 1686.

⁷ V. MUÑOZ LEÓN, Fernando, “Que Hable Ahora o Calle para Siempre: La Ética Comunicativa de Nuestra Deliberación sobre el Matrimonio Igualitario”. *Revista de Derecho Universidad Austral*. Vol. XXIV. N° 1. Valdivia. 2011, pp. 9-30.

desconocemos, circunscribió su objeto a la declaración de constitucionalidad del artículo 102 CC, excluyendo el artículo 80 LMC, razón por la cual la decisión del Tribunal recaería solamente sobre la primera de las disposiciones señaladas⁸. Pues bien, el Tribunal Constitucional, conociendo de la materia controvertida, resolvería por 9 votos contra 1 rechazar el requerimiento y declarar conforme a la Constitución la exigencia de diversidad de sexos de los contrayentes dispuesta por el artículo 102 CC, por entender que la regulación de los requisitos para la celebración del matrimonio es una materia entregada por la Constitución al legislador, correspondiendo a este la definición de sus elementos. En este sentido, se puede leer en sus considerandos quinto a séptimo:

QUINTO: Que, respecto al matrimonio, la reserva de ley referida a la regulación de sus efectos, tiene un doble fundamento constitucional en la Carta Fundamental. Por una parte, se desprende del N° 3 del artículo 63 de la misma, que al señalar cuales son las materias de ley, indica como una de ellas las que 'son objeto de la codificación civil'. Y, por otra parte, del N° 20 del mismo artículo, que establece que también lo es 'toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico;

SEXTO: Que, en efecto, está fuera de toda duda que el matrimonio es una de las materias más importantes relativas a las personas y es por ello que desde su aprobación, en 1855, el Código Civil de Bello, en su Libro Primero, relativo a 'Las personas' incluye el título IV 'Del matrimonio', lo que demuestra que éste es un asunto propio de la codificación civil y, por ende, es materia de ley. Refuerza esta conclusión lo dispuesto en el artículo 63, N° 20, de la Constitución antes citado, pues resulta evidente que la definición de lo que se entenderá por matrimonio con carácter general y obligatorio, por su importancia social, estatuye una de las bases esenciales del ordenamiento jurídico civil y de ahí que sea propio que la ley lo establezca;

SÉPTIMO: Que, a mayor abundamiento, cabe precisar que los efectos y la regulación de las proyecciones del matrimonio son propios de la reserva legal y constitucional. Ello quedó en evidencia en la discusión de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución referida a la disolución del matrimonio, la que, por lo demás, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Carta de 1980 fue aceptada y regulada bajo la forma del divorcio vincular. Es así como las características de la institución, referidas a la protección y desarrollo de la misma, han podido

⁸ En este sentido, v. considerando 4°. Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 1881-2010.

mutar en virtud de diversas normas de rango legal, las que han efectuado cambios en lo que atañe, por ejemplo, al régimen de bienes, a la adopción y a la filiación, entre otros aspectos⁹;

Descartada la inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas, el actuar del oficial civil que rechazó realizar las formalidades previas a la celebración del matrimonio por tratarse de una pareja de personas del mismo sexo no podía ser calificado de “ilegal” o de “arbitrario” en los términos del artículo 20 CPol, resultando en consecuencia esperable que la Corte rechazare el recurso. Sin embargo, en su pronunciamiento, la Corte Suprema fue más allá de eso, exponiendo el carácter justificado de la diferencia de sexo como requisito de la esencia del matrimonio, fundada en las diferencias que existen entre hombre y mujer. En este sentido, se puede leer en el considerando sexto de la sentencia de 4 de abril de 2012:

Que, en todo caso y con la finalidad de hacerse cargo de la alegación expuesta en el recurso de apelación acerca de la infracción de la igualdad ante la ley, cabe hacer presente que este tribunal coincide con lo expresado por el ministro del Tribunal Constitucional, don Raúl Bertelsen Repetto, en su voto de prevención en los autos rol 1881-10, especialmente cuando razona: ‘Que, teniendo en cuenta que es materia de ley la regulación del matrimonio, la definición del mismo contenida en el art. 102 del Código Civil de 1855, y mantenida en la nueva Ley de Matrimonio Civil de 2004, al reservar su celebración sólo a personas de distinto sexo, no puede estimarse que constituye una diferencia arbitraria o caprichosa, sino fundamentada en las diferencias entre varón y mujer, que la ley, legítimamente, ha considerado y puede seguir considerando relevantes para establecer que los contrayentes sólo pueden ser un hombre y una mujer, razón por la que se conforma con la garantía constitucional de la igualdad ante la ley y de ahí que la aplicación judicial del precepto no resulta contraria a la Constitución¹⁰.

Por el contrario, como anticipáramos, en lo que concierne a la posibilidad de reconocimiento de las uniones matrimoniales válidamente celebradas en el extranjero por parte del ordenamiento jurídico chileno, el legislador prefirió contemplar una regla expresa,

⁹ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 1881-2010.

¹⁰ Corte Suprema, Sentencia Rol 12.635-2011.

que resuelva de manera clara la problemática: se trata del artículo 80 LMC, disposición que, dada la importancia para nuestro trabajo, será analizada a continuación.

2. Posición del legislador nacional frente a los matrimonios celebrados en el extranjero: el artículo 80 LMC

A diferencia de lo que ocurre con los matrimonios que pudieran celebrarse en nuestro país entre dos personas del mismo sexo, el legislador nacional se encargó de establecer una regla expresa privando de efectos a los matrimonios válidamente celebrados en un país extranjero, cuando sus contrayentes sean del mismo sexo. En este sentido, dispone el artículo 80 inciso 1° LMC que:

Los requisitos de forma y fondo del matrimonio serán los que establezca la ley del lugar de su celebración. Así, el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad con las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno, siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer.

La regla recién expuesta, que priva de efectos a un matrimonio celebrado válidamente en el extranjero entre personas del mismo sexo, presenta un carácter excepcional dentro del sistema de reconocimiento establecido por el propio artículo 80 LMC, que tiende a dejar entregada la determinación de la validez del matrimonio celebrado a la ley del lugar donde se lleve a efecto la unión¹¹, constituyendo una declaración formal realizada por nuestro legislador en orden a que este tipo de enlaces no pueden reclamar protección a título de matrimonio dentro del Derecho de familia chileno. De esta forma, por más que el matrimonio haya tenido lugar en una jurisdicción que reconoce el matrimonio

¹¹ V. RAMÍREZ NECOCHEA, Mario. *Derecho Internacional Privado*. Santiago. Editorial Lexis-Nexis. 2005. pp. 141-148; AGUIRRE VELOSO, Patricio. “Derecho internacional privado del matrimonio y reconocimiento de sentencias extranjeras sobre divorcio y nulidad en la Ley N° 19.947”. En: VIDAL OLIVARES, Álvaro (Coordinador). *El Nuevo Derecho Chileno del Matrimonio (Ley N° 19.947 de 2004)*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2006. pp. 293-308.

igualitario¹², se tratará de un acto que carecerá de efectos en Chile, no pudiendo en principio los cónyuges solicitar su reconocimiento por parte de la legislación nacional.

Ahora bien, el carácter excepcional de la solución propuesta por nuestro legislador resalta aún más si tomamos en consideración que nuestro Derecho internacional privado presenta un carácter fuertemente territorial¹³, lo que implica como contrapartida una negativa a pronunciarse respecto de la validez de las situaciones jurídicas constituidas bajo el amparo de otra legislación; y que, en materia de Derecho de familia, los correctivos para evitar el fraude a la ley nacional están presentes en nuestro Código civil desde 1855, atendidas aquellas disposiciones que permiten imponer la legislación nacional aun cuando se trate de relaciones que se consolidan conforme a una legislación extranjera, en la medida en que se trate de nacionales chilenos (art. 15 N° 1 CC)¹⁴, la cual a la luz de lo establecido en el artículo 102 CC impedía por sí sola que nuestros compatriotas pudiesen haber contraído válidamente estas uniones en otro país.

Por esta razón, dados sus radicales efectos y la ausencia de cualquier tipo de factor de conexión para que opere la regla, es posible argumentar que el artículo 80 LMC expresa la existencia de una definición de orden público acerca del tipo de familia que nuestro legislador quiere reconocer y proteger, que resuelve el eventual problema de calificación jurídica que podría suscitarse al momento de definir la compatibilidad de la institución reconocida por otras legislaciones de cara a nuestro ordenamiento matrimonial, y lo hace

¹² En la actualidad Argentina, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Islandia, Noruega, los Países Bajos, Portugal, Sudáfrica y Suecia, además de ciertos estados de los Estados Unidos.

¹³ Como se ha criticado en el extranjero, en el caso chileno se experimenta una notable paradoja: mientras el país es la economía más internacionalizada de latinoamérica, su sistema de Derecho internacional privado continúa siendo uno de los más nacionalistas. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. "What's New in Latin American Private International Law?". *Yearbook of Private International Law*. Volume VII. Lausanne. 2005. p. 106.

¹⁴ Como señala VIAL, el artículo 15 del Código civil constituye un ejemplo típico de norma de policía, siendo una disposición de Derecho internacional privado que remite a la aplicación del Derecho interno chileno sin crear una solución específica para el caso, como lo hacen las normas de conflicto materiales clásicas. Más aún, continúa la autora citada, la remisión que efectúa a la *lex fori* es unilateral e inderogable, encontrándose fundamentada en la necesidad de defensa de la organización social, familiar, política o económica del país. VIAL UNDURRAGA, María Ignacia. "Validez y Alcance de las Sentencias Extranjeras de Divorcio en Chile: Análisis Legal y Jurisprudencial". *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 28. N° 4. Santiago. 2001. p. 716. Con todo, como expone AGUIRRE, es un asunto que ha suscitado cierta controversia en la doctrina nacional. v. AGUIRRE. *op. cit.*, pp. 305-307.

privando de efectos por parte de nuestra legislación a uniones que considera pugnan gravemente con los valores afirmados por nuestro ordenamiento.

Esto queda bien reflejado en la Historia de la Ley Nº 19.947, particularmente en la discusión habida en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado donde, al momento de tratarse los temas de Derecho internacional privado relacionados con el matrimonio, y a instancias del senador Moreno, se incluyó una regla especial destinada a privar de efectos frente a la ley nacional a esta clase de uniones. En este sentido, se puede leer el Informe preparado por la señalada instancia que:

El Honorable Senador señor Moreno manifestó su acuerdo con las sugerencias, pero reiteró su preocupación ante la proliferación en otros países de las uniones entre homosexuales, que en el lenguaje común denominan matrimonios y que se pudiera intentar hacerlas valer en Chile.

El Honorable Senador señor Aburto dijo que, en su opinión, un matrimonio entre dos personas del mismo sexo sería inexistente, aun cuando el Registro Civil, inadvertidamente, llegara a inscribirlo. Se aplicará el axioma de que, en Derecho, las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son.

El Honorable Senador señor Viera-Gallo observó que, en los países que las aceptan, estas uniones se plantean como pactos de convivencia. No se califican de matrimonios.

El Honorable Senador señor Silva señaló que bastaría con dejar constancia de que ese acto no se considera matrimonio de acuerdo a la ley chilena.

La Comisión estuvo de acuerdo en que, en tal caso, el Registro Civil debería rechazar la inscripción por no constituir matrimonio de acuerdo a la definición que de él da el artículo 120 del Código civil, ya que es de la esencia del matrimonio la diferencia de sexo entre los contrayentes.

Sin perjuicio de ello, el Honorable Senador señor Moreno propuso condicionar la aplicación de la ley que rija en el lugar de celebración del matrimonio, a la circunstancia de que se trate

de la unión de un hombre y de una mujer, cualquiera sea el valor que se le pueda asignar como matrimonio de acuerdo con la ley extranjera.

Votaron por la incorporación de esa condición los Honorables Senadores señores Chadwick, Espina y Moreno, en tanto que los Honorables Senadores señores Aburto y Silva la estimaron innecesaria. En lo demás, se acogió la propuesta del profesor señor Barros¹⁵.

Ciertamente, es una solución que, si bien puede ser justificable en términos de coherencia de nuestro sistema jurídico, o con miras a la forma como nuestros Tribunales han entendido el problema de la calificación tratándose de los elementos de la esencia del matrimonio¹⁶, resulta criticable desde la perspectiva de la protección de la buena fe como principio general de nuestro ordenamiento, sobre todo si consideramos la legítima expectativa de protección que pueden albergar quienes han cumplido con las solemnidades establecidas por el ordenamiento donde contraen matrimonio con el fin de validar su unión, y al hecho de que incluso pueda no existir un factor de conexión relevante que permita justificar la pretensión de aplicación de la ley chilena.

Todos estos factores, que dan cuenta de la completa ausencia de una voluntad de integración por parte de nuestro legislador en materia de Derecho internacional privado, que atenta en contra de la libre circulación de las personas¹⁷, y que contraría el carácter

¹⁵ Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 19.947, *op. cit.*, p. 482. V. también, ESCANILLA MENESES, Marta. *Matrimonio y Divorcio en Chile*. Santiago. Ediciones Metropolitana. 2005. pp. 163-165.

¹⁶ En este sentido, señala AGUIRRE que “*Si bien, como se ha indicado, la antigua ley no contenía entre sus disposiciones una norma como la mencionada, la Corte Suprema había arribado a idéntica conclusión, por vía de la excepción de orden público, sosteniendo que un matrimonio entre personas del mismo sexo no puede ser reconocido en Chile, cualquiera sea el valor que se le atribuyera en el país en que se contrajo. La posición del máximo tribunal, que compartimos, nos lleva a concluir que la nueva Ley de Matrimonio Civil al incluir en forma expresa una exigencia como la señalada no ha hecho más que explicitar un principio de orden público presente en nuestro ordenamiento aun antes de su emisión, cuestión que nada tiene de criticable y que contribuye quizás a evitar discusiones en torno al siempre incierto y discutible contenido del orden público*”. El autor hace referencia a una sentencia de la Corte Suprema, de 14 de diciembre de 1992, que se pronuncia sobre la posibilidad de reconocimiento en Chile de un matrimonio celebrado en la República de China sin cumplir con formalidad alguna. AGUIRRE. *op. cit.*, p. 302.

¹⁷ En este sentido, refiriéndose a las consecuencias del artículo 80 LMC, señala PUSTILNICK que las injusticias que provoca la aplicación de esta regla legal se traducen en verdaderas limitantes jurídicas a la globalización y a la esencia misma del Derecho internacional privado, dado que, en lugar de fomentar el reconocimiento de los actos celebrados bajo otras jurisdicciones, se trata de una norma que impide y desconoce actos válidamente celebrados

flexible y pluralista que debe tener una legislación moderna, fundada en la primacía de la persona y la posibilidad de libre desarrollo de su personalidad, terminan por hacer especialmente arbitraria e injustificable la negación de reconocimiento establecida por nuestra ley, resultando sumamente cuestionable su constitucionalidad de cara al imperativo de protección de la familia establecido en el artículo 1 inc. 2° y 5° CPol¹⁸ y al derecho a la igualdad ante la ley reconocido en el artículo 19 N° 2 CPol, sobre todo si consideramos la diferencia de tratamiento que existe con los otros casos en que el legislador nacional permite la intervención de la ley chilena frente a matrimonios celebrados en el extranjero¹⁹, lo que puede llevar a que en la práctica nuestra legislación establezca verdaderas restricciones no escritas a la inmigración por parte de parejas del mismo sexo extranjeras.

Es esta una cuestión todavía abierta al debate, dado que, como señalamos, pese a que entre los requirentes de protección de la causa que motivó el pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional chileno se encontraban dos parejas casadas en otras jurisdicciones (Canadá y Argentina), el Tribunal no extendió su decisión a la constitucionalidad del artículo 80 LMC.

Habiendo expuesto estas consideraciones de carácter general, nos enfocaremos en determinar cuáles son las consecuencias jurídicas que se siguen de la aplicación del artículo 80 LMC, para cuyos efectos distinguiremos entre una hipótesis general, donde la cuestión discutida será el matrimonio en sí mismo (2.1 y 2.2), de ciertos casos especiales, donde el

en el extranjero. PUSTILNICK ARDITI, Tammy. “Nueva Ley de Matrimonio Civil ¿Y su Armonía Internacional? Santiago. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. 2011. pp. 40-41. En el mismo sentido, el profesor RAMÍREZ ha señalado que nuestro legislador considera que solo es matrimonio la unión monogamia y heterosexual que contempla nuestro derecho interno, sin preocuparse por los resultados injustos que puede ocasionar el desconocimiento de otras realidades, que pueden ser tan legítimas como las nuestras, viéndose elevados nuestros conceptos jurídicos a la categoría de verdades universales, que impiden reconocer que la convivencia internacional nos introduce en un escenario donde impera la diversidad. RAMÍREZ NECOCHEA, Mario. *Observaciones a la Nueva Ley de Matrimonio Civil* [doc. inédito].

¹⁸ Mandato que se ve complementado por Tratados Internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, en los cuales es posible encontrar otras disposiciones relativas a la protección de la familia: se trata de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 17) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23).

¹⁹ Sea a partir de la aplicación del artículo 15 del Código civil, o de lo dispuesto en el artículo 80 inciso 2° y 3° LMC, en relación con los artículos 5, 6 y 7 del mismo cuerpo legal.

matrimonio aparece solamente como una cuestión previa para la aplicación de otras reglas legales (3.1 y 3.2).

2.1. Principal consecuencia: inexistencia de los matrimonios celebrados válidamente ante una autoridad extranjera

Como anticipáramos, la principal consecuencia que se deriva de la regla establecida en la parte final del artículo 80 LMC es que el matrimonio celebrado en el extranjero entre dos personas del mismo sexo, aun cuando pueda ser válido en la jurisdicción donde fue celebrado, no será reconocido por el Derecho chileno, pudiendo ser calificado como un matrimonio “claudicante” frente a nuestro ordenamiento²⁰.

En términos prácticos, como consecuencia de la regla descrita, la pareja casada en el extranjero no podría solicitar la inscripción de su matrimonio en el Registro de la Primera Sección del Registro Civil de la Comuna de Santiago, como sí pueden hacerlo otras parejas casadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 135 inc. 2° CC; ni sería en principio posible atribuir ninguna de las múltiples consecuencias jurídicas que nuestro ordenamiento confiere al matrimonio²¹: no existiendo matrimonio, resulta

²⁰ En Derecho internacional privado se afirma que un matrimonio es “claudicante” cuando su existencia no puede superar el paso de la frontera del Estado donde han sido celebrados, dado que las autoridades extranjeras ante quienes se pueda hacer valer los considerarán inexistentes o desprovistos de cualquier efecto legal. Ciertamente, como señalan CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, se trata de un fenómeno negativo, pues vulnera la seguridad jurídica e incrementa los costes para los particulares. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. “Derecho Internacional Privado y Matrimonios entre Personas del Mismo Sexo”. *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia. Nº 23. 2005. p. 55. En el ámbito nacional, BULNES los define de manera incompleta como “aquellos que tienen valor en el país en que se celebran, pero no en el país de origen de los contrayentes”. BULNES R., FRANCISCO. “Capítulo III. Derecho de Familia”. En: HAMILTON, Eduardo (Director) *Soluciones de Conflictos de Leyes y Jurisdicción en Chile. Derecho Internacional Privado*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1966. p. 98.

²¹ Un buen ejemplo sobre la importancia del matrimonio en el razonamiento jurídico de los ordenamientos jurídicos modernos lo proporciona el profesor ATIYAH, al decir que *Marriage is surely an excellent illustration of a formal reason for making many decisions. So many different questions arise about how we are to treat two parties in some sort of relationship that is exceedingly convenient and cost-effective to make the answers turn uniformly on one simple formal proposition. Are they married or are they not? Marriage thus becomes, within limits, a conclusive formal reason, for instance, in defining social security entitlements or interstate succession rights. We could, of course, abolish marriage as a legal institution, and answer all these questions by looking behind the formal tie for substantive reasons. Indeed, in some circumstances we do already do this; in particular, we tend to do it as regard property and maintenance rights on divorce. But to do the same thing for all the other circumstances in*

imposible considerar que los miembros de la pareja tienen el estado civil de “casado” o que son “cónyuges”, de manera que no disfrutarán de las diversas prerrogativas que nuestra legislación les proporciona con miras a la protección de la familia.

Así, por ejemplo, los miembros de la pareja no podrán optar por someterse a un régimen de bienes solidario que refleje la existencia de una comunidad de vida entre ellos, como podría ser la sociedad conyugal o la participación en los gananciales; no podrán solicitar el resguardo de su vivienda común mediante la declaración de un bien como familiar; en caso de ruptura de la relación, esta no se encontrará sujeta a los resguardos y protecciones instituidos en nuestra legislación a propósito del matrimonio, no pudiendo establecerse una obligación alimentaria mientras dura la separación en beneficio de aquel miembro de la pareja que necesite de una ayuda financiera para solventar sus gastos de subsistencia; no podría un tribunal chileno conocer de una eventual causa de divorcio, ni mucho menos declarar la existencia de un derecho de compensación económica en beneficio de uno de los miembros de la pareja en razón de los sacrificios realizados con miras a desarrollar una vida en común; y así, un largo etcétera, que comprende tanto materias de Derecho público como privado.

En efecto, el realizado es solamente un breve recuento. Según estimaciones realizadas por Libertades Públicas, A.G., son 8.767 las disposiciones presentes en nuestro ordenamiento que consideran el estado civil de “casado” para efectos de la atribución de un determinado efecto jurídico²², sea el reconocimiento de un derecho o de una exención, o para la imposición de una obligación, deber, carga o prohibición. Por esta razón, podemos decir que la situación de desprotección de estas parejas que celebraron válidamente un matrimonio en el extranjero y que deciden avocarse en el país llega a tal extremo que, en la práctica, es posible advertir la existencia de un verdadero obstáculo construido a partir de esta discriminación, que juega en contra de su inmigración al país.

Sin embargo, en este recuento merece que detengamos especialmente nuestra atención en las lesivas consecuencias que la ausencia de efectos del matrimonio desarrolla en el campo

which we wish to have special rules for long-term cohabitants and also for intending long terms cohabitants would be immensely costly and troublesome business. Formal reasoning thus has great advantages. ATIYAH, Patrick S. *Essays on Contract*. Oxford. Clarendon Press. 1986. p. 107.

²² V. LIBERTADES PÚBLICAS A.G. “Unión Legal de Parejas del Mismo Sexo”, Recurso disponible en línea: http://www.libertadespublicas.org/?page_id=23 [fecha de consulta: 26 de abril de 2013].

del Derecho sucesorio, tratándose de sucesiones regidas por la ley chilena acorde con el artículo 955 CC: en caso de muerte de uno de ellos, el miembro supérstite no gozará de la protección que confiere la atribución de la calidad de legitimario en la herencia del causante, e incluso, en el caso de ser instituido heredero testamentario, solamente podrá ser beneficiario como máximo de un cuarto de la herencia del causante en caso de existir algún legitimario, debiendo siempre pagar el impuesto establecido por la Ley N° 16.271, sin beneficiarse de las exenciones establecidas en su artículo 2. Incluso, en caso de no existir un testamento ni herederos legales, deberán ver como su posición es ignorada por nuestra legislación en beneficio del propio interés del Fisco chileno, que heredará todos los bienes del causante en conformidad con lo establecido en los artículos 983 y 995 CC.

Como corolario de lo señalado hasta este momento, existen ciertas reglas presentes en nuestro ordenamiento que podrán ser aplicadas a los miembros de la pareja: aquellas que consideren no la existencia de un vínculo matrimonial, sino el mero hecho de la convivencia²³. Así, por vía ejemplar, podemos decir que las parejas del mismo sexo casadas en el extranjero gozarán de las inmunidades que reconoce la legislación procesal penal a los “convivientes” (artículos 177 y 302 Código Procesal Penal), podrán ser imputadas bajo el tipo de parricidio (art. 390 Código Penal), y les resultará plenamente aplicable la Ley N° 20.066 sobre violencia intrafamiliar. Tratándose de la situación de los bienes, los miembros de la pareja podrían optar por una protección mínima, supeditada al cumplimiento de los requisitos establecidos por la jurisprudencia nacional a propósito del concubinato: sin embargo, como es bien sabido, estos atenderán antes a la existencia de aportes o sacrificios comunes, acorde con la institución cuya aplicación se demanda (comunidad, sociedad de hecho, etc.) que a la sola existencia de una relación familiar que justifique la protección patrimonial²⁴.

Finalmente, en este punto dejaremos abierta una interrogante, que retomaremos hacia el final de este artículo. Según hemos expuesto, el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero es inexistente para el Derecho chileno, sin perjuicio del hecho que resulten aplicables a la pareja ciertas disposiciones que consideran la “convivencia” como supuesto de hecho. ¿Se altera esta situación por la aprobación de

²³ BARRIENTOS (2011) *op. cit.*, p. 286.

²⁴ v. DONOSO VERGARA, Florencia; RIOSECO LÓPEZ, Andrés. *El Concubinato ante la Jurisprudencia*. Santiago. Editorial Lexis-Nexis. 2007; BARRIENTOS GRANDÓN, Javier. *De las Uniones de Hecho*. Santiago. Editorial Legalpublishing. 2008.

un nuevo estatuto convencional de pareja? La respuesta a esta pregunta no es evidente, desde el momento que esta regulación se construye precisamente como un modelo de regulación de la conyugalidad distinto del matrimonio, lo cual puede importar una barrera insalvable en sede de calificación para extender los efectos de la primera al segundo.

2.2. Comparación con los efectos que tiene la infracción de las prohibiciones de celebrar matrimonio, establecidas en la LMC.

Para finalizar este apartado y poder apreciar el radical carácter que tienen las consecuencias de la decisión adoptada por el legislador chileno, resulta ilustrativo hacer un contraste con otra medida de resguardo del orden público nacional presente en la ley de matrimonio civil: nos referimos a los casos en que el matrimonio en el extranjero fue celebrado con infracción a las prohibiciones establecidas en los artículos 5, 6 y 7 LMC, o en que no haya existido un consentimiento libre y espontáneo. De esta forma, según lo dispuesto en los incisos 2° y 3° del artículo 80 LMC:

Sin embargo, podrá ser declarado nulo de conformidad a la ley chilena, el matrimonio celebrado en país extranjero que se haya contraído en contravención a lo dispuesto en los artículos 5º, 6º y 7º de esta ley.

Tampoco valdrá en Chile el matrimonio que se haya contraído en el extranjero sin el consentimiento libre y espontáneo de los contrayentes.

Como puede apreciarse, en este caso nos encontramos en presencia de matrimonios que no podrían haber sido celebrados válidamente en Chile, bien por infringir las prohibiciones de celebración establecidas por la ley de matrimonio civil, o bien por faltar alguno de los elementos que la ley ha exigido para la validez del matrimonio, destacándose especialmente la existencia de un consentimiento libre y exento de vicios, de manera tal que, independientemente de cuales sean los factores de conexión que existan entre este matrimonio y el ordenamiento jurídico chileno, la legislación patria reclamará su intervención. De esta forma, estamos nuevamente en presencia de una solución que rompe con el principio de territorialidad de nuestra legislación, y que ha sido justamente criticada por la doctrina

nacional²⁵, por considerar que afecta la seguridad jurídica en el contexto de un Derecho internacional privado cada vez más globalizado, y que supone la imposición unilateral de determinados valores afirmados por la legislación nacional en desmedro de una visión más pluralista, basada en la coordinación entre los ordenamientos jurídicos.

Ahora bien, sin perjuicio de las críticas que se efectúan a esta disposición, es preciso destacar que el tratamiento que confiere nuestro legislador a estas hipótesis es sustancialmente más favorable que aquel proporcionado a la ausencia de diferencia de sexo entre los contrayentes, la cual radica en el hecho de que, mientras en el primer caso nos encontraremos en presencia de un matrimonio afecto a un vicio, pero existente y considerado válido mientras no sea declarada esa nulidad, en el segundo lo que existirá para la legislación nacional será solamente una apariencia desprovista de trascendencia jurídica²⁶. De esta forma, mientras que, tratándose de un matrimonio celebrado entre dos personas que se encuentran impedidas de contraer matrimonio en razón de su grado de parentesco nos encontraremos con un acto anulable, que desarrollará los efectos que le son propios en la medida en que no sea declarada judicialmente su nulidad, en el caso de un matrimonio entre dos personas del mismo sexo nos encontraremos en presencia de un acto privado *ab initio* de todo efecto jurídico.

Como una consecuencia de lo expuesto con anterioridad, el matrimonio válidamente celebrado en el extranjero pero nulo frente a la legislación chilena puede dar lugar a la aplicación de una especial regla de protección: en aquellos casos donde las partes se encontraren de buena fe, sin tener conocimiento del vicio de nulidad que lo afectaba, podrán valerse de los efectos de la declaración de la nulidad putativa del matrimonio, lo que implica en términos prácticos un límite a la retroactividad con que opera la nulidad (art. 51 LMC). Por el contrario, tratándose del matrimonio entre personas del mismo sexo, este nunca podrá ser declarado nulo putativo con la finalidad de proteger la buena fe de los contrayentes y las legítimas expectativas que tenían como

²⁵ V. autores citados *supra* nota 17.

²⁶ Sobre las diferencias entre los efectos de la nulidad y de la inexistencia, v. BARRIENTOS (2011) *op. cit.*, pp. 286-287; BARRIENTOS (2006) *op. cit.*, pp. 61-63; RAMOS PAZOS, René. *Derecho de Familia. Tomo I*. Quinta Edición Actualizada. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2005. pp. 34-35.

consecuencia de su celebración, dado que la sanción prevista en nuestro ordenamiento es su inexistencia.

Si bien este especial y más gravoso tratamiento podría ser justificado como la consecuencia de la aplicación de una regla de calificación, que exigiría de manera conforme con la legislación nacional chilena la diferencia de sexos entre los contrayentes como un elemento indispensable para reconocer la unión celebrada como “matrimonial”, no es posible dejar de observar las diferencias que existen en el tratamiento conferido por nuestro legislador para el tratamiento de dos materias donde está comprometido el orden público familiar chileno, las cuales repercutirán gravemente sobre las consecuencias de la unión, dando un tratamiento mucho más duro a las parejas del mismo sexo.

3. Situaciones particulares: ¿Es posible reconocer ciertos efectos al matrimonio extranjero? El problema de la cuestión previa

Habiendo expuesto en términos generales la posición en que se encuentra el matrimonio contraído válidamente por dos personas del mismo sexo frente al ordenamiento jurídico chileno, cabe referirnos a aquellas situaciones especiales, donde la conexión con la legislación chilena resulta a tal punto tenue que sería criticable extender sus efectos a la unión celebrada, o cuando esta llega incluso al extremo de renunciar a su aplicación, sometiendo la reglamentación del asunto de relevancia jurídica a una normativa de fondo diversa. Es lo que ocurrirá en todos aquellos casos donde la existencia del matrimonio aparezca como una cuestión previa²⁷ a la aplicación de la legislación extranjera.

Por su relevancia en materia de Derecho internacional privado, hemos querido analizar en este trabajo dos casos en que la existencia del matrimonio aparece típicamente como una cuestión que debe ser resuelta en forma previa a la aplicación de las reglas de otro ordenamiento: se trata de la aplicación de las reglas sobre el régimen de bienes y de las

²⁷ Sobre la cuestión previa, v. RAMÍREZ (2005) *op. cit.*, pp. 92-97; VILLARROEL BARRIENTOS, Carlos; VILLARROEL BARRIENTOS, Gabriel. *Curso de Derecho Internacional Privado. Parte General*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2004. pp. 49-52.

reglas sobre la sucesión, cuando el único factor de conexión con el ordenamiento chileno sea la existencia de bienes de propiedad de uno de los miembros de la pareja en el país.

3.1. El problema de la cuestión previa, tratándose de la aplicación de un régimen de bienes

Una de las cuestiones que tradicionalmente más problemas han ocasionado en el Derecho comparado es la referida a las reglas que resultarán aplicables para la determinación del destino de los bienes adquiridos durante la vigencia del matrimonio, dada la amplia variedad de soluciones adoptadas por cada legislación y a su habitual confluencia con las reglas del Derecho sucesorio. Sin embargo, en esta materia, el Derecho chileno en lugar de contener una norma que permita distinguir según cuales sean los factores de conexión más relevantes para efectos de determinar la legislación de fondo aplicable a este particular efecto del matrimonio (domicilio de los cónyuges, residencia, nacionalidad), simplemente se limita a distinguir si el matrimonio ha sido celebrado dentro o fuera del país.

Acorde con lo expuesto, el artículo 81 LMC se encarga de establecer que los matrimonios celebrados en el extranjero se regirán por la ley chilena, aunque los contrayentes sean extranjeros y no residan en Chile, en una disposición que se ve complementada por lo dispuesto en el artículo 135 inciso 2° CC, conforme con el cual quienes se hayan casado en el extranjero se mirarán en Chile como separados de bienes, a menos de que al momento de realizar la inscripción de su matrimonio acuerden someterse a las reglas de la sociedad conyugal o de la participación en los gananciales²⁸. De esta forma, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, el chileno evita cualquier complicación, negando la existencia de cualquier régimen de bienes que deba ser liquidado.

De esta forma, tratándose de parejas del mismo sexo que hayan adquirido bienes en el país, resulta estéril realizar cualquier construcción argumentativa destinada a obtener un reconocimiento de la existencia de un régimen de bienes al cual se apliquen reglas extranjeras, desde el momento que esta posibilidad está excluida *ex ante* y para todo tipo de parejas por nuestra legislación, que en este punto y con miras a facilitar la aplicación del Derecho por parte de los operadores nacionales, simplemente extiende las reglas

²⁸ Para una explicación detallada, v. AGUIRRE. *op. cit.*, pp. 315-319.

propias de la separación de bienes a todas estas situaciones, deviniendo irrelevante cualquier interrogante que pueda plantearse a propósito de la cuestión previa.

3.2. El problema de la cuestión previa, tratándose de la aplicación de reglas sucesorias extranjeras

Por el contrario, mucho más interesante resulta la problemática sucesoria que enfrenta aquella pareja extranjera que, habiendo adquirido bienes en Chile, conserva su domicilio en el extranjero al momento de producirse la muerte de uno de los cónyuges. En este caso, es la propia ley chilena la que se encarga de precisar que la sola existencia de estos bienes en el país no es un factor de conexión suficiente para pretender que la ley chilena sea aplicada, ni siquiera respecto de estos bienes, prevaleciendo el principio general de unidad en la sucesión: de esta manera, será aplicable al conjunto de la herencia la legislación del último domicilio del causante (art. 955 CC).

Sin embargo, lo expuesto hasta este momento solo dice relación con la legislación de fondo llamada a regir la sucesión y no con las autoridades llamadas a conocer de los procedimientos a que dé lugar la sucesión por causa de muerte. En este último caso, la legislación chilena, con la finalidad de asegurar el pago de los impuestos establecidos por la Ley N° 16.271, ordena a los sucesores solicitar la posesión efectiva de los bienes situados en Chile, procedimiento no contencioso que deberá llevarse a efecto ante el Tribunal del lugar en que tuvo el causante su último domicilio, o en el lugar del domicilio del que la pida, si aquel no lo hubiese tenido (art. 149 Código Orgánico de Tribunales y 27 Ley N° 16.271)²⁹.

Pues bien, siendo esta la situación, cabe que nos preguntemos si podría este Tribunal chileno negar la posesión efectiva al cónyuge supérstite, en razón de lo dispuesto en el artículo 80 LMC, y llamar a las restantes personas que la ley extranjera declare herederos legales. Si bien reconocemos que se trata de una cuestión controvertible, atendidos los

²⁹ V. ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. *Derecho Sucesorio*. Segunda edición actualizada. Santiago. Editorial Abeledo-Perrot/Legalpublishing. 2010. p. 60; BRAVO V., Fernando. "Capítulo VII: Sucesiones". En: HAMILTON (Director) *op. cit.*, pp. 331-332.

términos generales en que está redactado el artículo 80 LMC, creemos que en la especie el juez nacional debe reconocer la calidad de heredero al cónyuge supérstite.

En primer término, porque se trata de un caso donde la propia legislación nacional reconoce la inexistencia de un factor de conexión suficiente para justificar su aplicación, lo cual queda en evidencia si consideramos que es la misma ley chilena la que declara como competente para regir la sucesión a una legislación extranjera. En este contexto, la aplicación del artículo 80 LMC resultaría contradictorio con lo dispuesto en el artículo 955 CC, sobre todo si consideramos que la existencia del matrimonio será una cuestión previa y anexa a la cuestión principal (la determinación de quienes son herederos según la ley extranjera) y que esta última, ante la ausencia de factores de conexión con la *lex fori*, debería resolverse sin considerar lo dispuesto en la ley nacional³⁰.

En segundo lugar, porque en este caso no se verá comprometido el orden público chileno. En efecto, en materia sucesoria existen reglas especiales destinadas a proteger ciertas relaciones jurídicas que podrían ser afectadas por la aplicación de la legislación extranjera, como son los artículos 15 N° 2 CC (aplicable a los chilenos) y el artículo 998 CC (aplicable a los extranjeros). Habiendo identificado previamente el legislador nacional aquellas situaciones en que la legislación extranjera podría afectar el orden público familiar chileno, y habiendo además proporcionado una solución especial aplicable para aquellos casos, que hace excepción a lo dispuesto en el artículo 955 CC, no parece justificado crear una nueva excepción con miras a excluir a este heredero mediante una aplicación extensiva de lo dispuesto en el artículo 80 LMC.

Finalmente, existe una razón de coherencia por la cual la determinación de quienes tienen la calidad de herederos para efectos de la posesión efectiva de la herencia debe realizarse solamente tomando en consideración las reglas previstas en el ordenamiento extranjero: en el Derecho comparado, el matrimonio no ha sido la única forma de afrontar la demanda de reconocimiento formulada por las parejas del mismo sexo, siendo incluso posible que un mismo ordenamiento confiera protección valiéndose de diversos institutos propios

³⁰ Es menester recordar que la legislación aplicable al asunto principal no determina *per se* cual será la normativa competente para resolver la cuestión previa, siendo necesario considerar qué otros factores de conexión posibles confluyen en el caso. En este contexto, nuevamente se pone de manifiesto la ausencia de conexión entre el conflicto y la legislación chilena, que solamente reclama competencia para sus autoridades con la finalidad de asegurar el pago de un impuesto.

del Derecho de familia, como ocurre por ejemplo en el caso de los Países Bajos o de ciertas regulaciones autonómicas españolas, donde coexisten el matrimonio igualitario con otras formas de regulación de la vida afectiva en común, confirmando ambos estatutos derechos en la sucesión.

Pues bien, de aplicarse el artículo 80 LMC con el propósito de desconocer la calidad de heredero que la legislación extranjera confiere al cónyuge supérstite, el juez chileno estaría proporcionando a este miembro de la pareja un trato más desventajoso que aquel que nuestra legislación proporciona actualmente al miembro de la pareja superviviente de una unión civil: en este último caso, viéndose el juez nacional en la necesidad de aplicar una legislación extranjera para reglar la sucesión del causante, no cabe duda que deberá reconocer la calidad de heredero que la unión civil confiere al miembro de la pareja, no siendo relevante para estos efectos el desconocimiento de la institución por parte del Derecho nacional, desde el momento que no contraría el orden público chileno³¹. Pretender por una parte negar la calidad de heredero que la ley extranjera reconoce a las parejas casadas y por otra reconocer la misma calidad a las parejas que hayan celebrado una unión civil, implica desatender de manera absoluta a la coherencia legislativa que inspira la solución adoptada por esa normativa, llegando al extremo de configurar una falsa aplicación de la ley extranjera.

4. A modo de conclusión: Necesidad de intervención legislativa. Posibles soluciones a partir de la creación de un nuevo estatuto de pareja

Como hemos podido exponer a lo largo de este artículo, la posibilidad de reconocimiento de las uniones conyugales celebradas válidamente en el extranjero entre dos personas del mismo sexo es extremadamente restringida en nuestra legislación, pudiendo afirmarse que, en el mejor de los casos, el único evento en que resultaría posible atribuirle algún efecto sería en el ámbito sucesorio, cuando por aplicación de las reglas especiales que rigen esta materia la ley chilena cese en su pretensión de regulación y ordene que el asunto

³¹ Sobre todo en circunstancias que en nuestro país ha existido un progresivo reconocimiento de la realidad familiar que subyace a las relaciones de pareja del mismo sexo.

sea sometido a una legislación extranjera, todo esto aun cuando existan procedimientos que deban llevarse a efecto ante autoridades chilenas, como ocurrirá con la posesión efectiva de la herencia.

En todos los restantes casos, en que sí recibirá aplicación la ley chilena (y consecuentemente, el artículo 80 LMC), el matrimonio celebrado en el extranjero deberá considerarse como una unión claudicante, que no desarrollará ningún efecto jurídico frente al ordenamiento jurídico chileno.

Como es fácil advertir, la solución desarrollada por la legislación chilena no se aviene con las exigencias de pluralismo que formula un Derecho internacional privado destinado a facilitar los procesos de integración, y lo que es peor, no se condice con los imperativos de protección de la vida familiar establecidos por nuestra Constitución y por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscritos y ratificados por Chile. Por estas razones, es posible llegar a atribuir a la legislación chilena un discriminatorio efecto de barrera en contra del establecimiento de parejas del mismo sexo dentro del territorio nacional³².

Esta situación demanda una solución por parte de nuestro legislador, la cual, no existiendo en la actualidad un consenso político para derogar la regla actualmente vigente y dotar de un amplio reconocimiento a estas uniones en su calidad de “matrimonio”, debería ser debatida a propósito del acuerdo de vida en pareja³³, estatuto contractual de regulación de la vida en común aplicable a todo tipo de parejas, hetero u homosexuales, que actualmente se encuentra en discusión en el Congreso.

Sin embargo, debemos destacar en este punto que la sola aprobación del acuerdo no implicará una solución para las parejas del mismo sexo casadas en el extranjero. En efecto, por la manera como es concebida esta institución en el proyecto de ley, es posible advertir que nuestro legislador nacional buscó crear una institución nueva y distinta al

³² En este sentido, como afirma PUSTILNICK, nuestra legislación matrimonial al momento de negar el reconocimiento a una institución tan básica y esencial como el matrimonio, lo que está haciendo es hacer menos atractivo para los extranjeros radicarse en el país, con lo cual Chile limita sus propios horizontes, al privarse de la diversidad cultural propia de un mundo globalizado. PUSTILNICK. *op. cit.*, p. 60.

³³ Boletín N° 7873-07.

matrimonio, cuya diferencia radica en su contenido y no en sus destinatarios³⁴; mientras el acuerdo dará lugar a la aplicación de un estatuto contractual que mira preferentemente a la regulación de las consecuencias patrimoniales que tenga la vida afectiva en común, el matrimonio comprenderá no solamente los aspectos patrimoniales de la vida en pareja, sino que incorporará un extenso catálogo de deberes recíprocos entre los cónyuges, los cuales tienen un carácter marcadamente ético; siendo esta una diferencia que repercutirá particularmente en el modo de terminación de cada uno de estos estatutos³⁵. Atendido lo anterior, parece sumamente cuestionable que la sola aprobación del proyecto de ley importe una extensión de las reglas del acuerdo a los matrimonios del mismo sexo celebrados en el extranjero, dado que encontrándonos en presencia de dos instituciones claramente distintas, puede resultar en principio imposible calificar como “acuerdo de vida en pareja” un tipo de unión que tiene claramente una naturaleza distinta.

Por esta razón, con la finalidad de solucionar la problemática expuesta y de evitar posibles problemas de calificación que atenten en contra de la seguridad jurídica, resulta aconsejable que el legislador nacional incorpore dentro del proyecto una regla específica que extienda los efectos del acuerdo a los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero, siguiendo en este punto las soluciones que han adoptado otras legislaciones comparadas³⁶, y que admita la inscripción de la unión marital en el registro especial de acuerdos de vida en pareja que llevará el Servicio de Registro Civil para efectos de facilitar su prueba ante terceros.

³⁴ El acuerdo de vida en pareja, a diferencia de lo que ocurre con otros estatutos de uniones civiles contruidos según el modelo danés de 1989, no intenta crear una suerte de segundo matrimonio abierto exclusivamente a las parejas del mismo sexo, sino regular una nueva institución contractual, pero perteneciente al Derecho de familia, a la cual tengan acceso tanto las parejas del mismo como de distinto sexo.

³⁵ Régimen de terminación libre en el caso del acuerdo de vida en pareja, por medio de acuerdo entre las partes o incluso por voluntad unilateral de una de ellas; régimen de terminación sujeto a control judicial en el caso del matrimonio, mediante la regulación del divorcio y sus causales.

³⁶ En este sentido, el artículo 45.3 de la Ley de Derecho internacional privado suiza, que extiende las reglas propias del *partenariat enregistré* reconocido por esa legislación a los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero. Similares soluciones se contemplan en la legislación alemana e inglesa. Pese a las ventajas que supone esta solución, ha sido criticada por considerarse que, además de algunos problemas prácticos relacionados con la calificación de la relación (vg. para efectos de su terminación), responde a una aproximación nacionalista y “legeforista” del Derecho internacional privado, que solo admite las categorías jurídicas y las instituciones del Derecho nacional. CALVO y CARRASCOSA. *op. cit.*, pp. 56-57.

