



**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

---

## **“HOMOPARENTALIDAD”**

### **Un nuevo tipo de familia**

---

**Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y  
Sociales**

AUTORA: ARACELI ALEJANDRA PÉREZ GONZÁLEZ

PROFESORA GUÍA: FABIOLA LATHROP GÓMEZ

Santiago, Chile

2016

*A mi tata.*

*Gracias a mis padres, hermana y  
abuelos, sin ustedes esto no  
hubiese sido posible.  
A Jorge por ser siempre  
incondicional.*

## ÍNDICE

|  |    |
|--|----|
| ABREVIACIONES.....   | 1  |
| RESUMEN.....   | 2  |
| INTRODUCCIÓN.....  | 3  |
| I. LA FAMILIA HOMOPARENTAL.....  | 10 |
| 1.1. La familia homoparental.....  | 10 |
| 1.1.1. Breve mirada de la homosexualidad en el mundo.....  | 10 |
| 1.1.2. Discusiones previas entorno a la familia homoparental .....   | 14 |
| 1.1.3. Concepto y tipos de familia homoparental .....  | 23 |
| 1.1.4. Principales críticas a la familia homoparental que cría y educa<br>niños, niñas y/o adolescentes .....                    | 43 |
| 1.2. Derechos involucrados en las Familias Homoparentales .....  | 49 |
| 1.2.1. Derechos involucrados desde el punto de vista de parejas del<br>mismo sexo y de padres homosexuales.....                  | 51 |
| 1.2.1.1 Derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación .....   | 53 |
| 1.2.1.2. Derecho a formar una familia .....  | 61 |
| 1.2.2. Derechos de niños, niñas y/o adolescentes involucrados en familias<br>homoparentales.....                                 | 65 |
| 1.2.2.1. Principio rector: Interés superior del niño .....   | 68 |
| 1.2.2.2. Derecho a la Identidad y el Derecho a formar una familia y<br>pertener a ésta. ....                                     | 77 |
| 1.3. La discriminación a padres homosexuales y a niños, niñas y/o<br>adolescentes que provienen de familias homoparentales. .... | 79 |
| II. LEGISLACIÓN REFERENTE A LA HOMOPARENTALIDAD EN EL<br>DERECHO COMPARADO .....   | 89 |
| 2.1 Discusión internacional respecto a la familia homoparental .....   | 89 |
| 2.1.1 Fallos dictados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en<br>relación a la familia homoparental.....                  | 90 |
| 2.1.1.1. Caso Dudgeon con Reino Unido.....   | 93 |
| 2.1.1.2. Caso Salgueiro da Silva Mouta con Portugal.....   | 95 |

|  |     |
|--|-----|
| 2.1.1.3. Casos contra Francia .....  | 98  |
| 2.1.1.3.1. Caso Fretté con Francia .....   | 98  |
| 2.1.1.3.2. Caso EB con Francia .....   | 101 |
| 2.1.1.3.3. Caso Gas y Dubois con Francia .....   | 103 |
| 2.1.2.4. Caso X y otros con Austria .....  | 106 |
| 2.2. Discusión interna de países que han reconocido filiación homoparental .....   | 112 |
| 2.2.1. Países europeos que regulan normas relativas a la homoparentalidad .....  | 112 |
| 2.2.1.1. Holanda.....  | 112 |
| 2.2.1.2. España .....  | 118 |
| 2.2.2. Países que regulan normas relativas a las familias homoparentales en la región latinoamericana .....  | 128 |
| 2.2.2.1. Uruguay.....  | 128 |
| 2.2.2.2. Argentina.....  | 136 |
| III. HOMOPARENTALIDAD EN CHILE .....   | 147 |
| 3.1. Una mirada a los cambios trascendentales del Derecho de Familia ....  | 147 |
| 3.2. Nuevas perspectivas referidas a la no discriminación y a la identidad de género .....   | 150 |
| 3.3. Reconocimiento a la diversidad de familias en Chile: Acuerdo de Unión Civil.....  | 161 |
| 3.4 . Desafíos legislativos referentes a las familias homoparentales: matrimonio igualitario, adopción homoparental y modificación a las normas de reproducción asistida en Chile..... | 182 |
| 3.4.1. Matrimonio igualitario .....  | 182 |
| 3.4.2. Adopción homoparental .....   | 200 |
| 3.4.2.1. Adopción en Chile y sus modificaciones.....   | 201 |
| 3.4.2.2. Reformas legales que plantean la adopción homoparental ..   | 204 |
| 3.4.2.2.1. Discusión en proyecto de ley “Reforma integral al sistema de adopción en Chile” .....   | 204 |
| 3.4.2.2.2. Acuerdo de Unión civil y adopción homoparental .....  | 214 |

|  |     |
|--|-----|
| 3.4.2.2.3. Anteproyecto del matrimonio igualitario y filiación<br>homoparental.....    | 220 |
| 3.4.2.3. Debate político-social en Chile referente a la adopción<br>homoparental ..... | 221 |
| 3.4.3. Modificación a las normas de reproducción asistida en Chile .....               | 232 |
| IV. PROPUESTA REFERENTE A LA FAMILIA HOMOPARENTAL EN CHILE<br>.....                    | 233 |
| CONCLUSIONES .....   | 235 |
| BIBLIOGRAFÍA.....  | 237 |

## ABREVIACIONES

- **TEDH:** Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- **CIDH:** Corte Interamericana de Derechos Humanos
- **NNA:** Niños, niñas y/o adolescentes
- **AUC:** Acuerdo de unión Civil
- **CADH:** Convención Americana de Derechos Humanos
- **PIDESC:** Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- **SENAME:** Servicio Nacional de Menores

## RESUMEN

¿Puede una pareja del mismo sexo formar una familia? ¿Puede esta misma pareja reconocer o adoptar hijos/as? ¿Está obligado el Estado a reconocer, proteger y promocionar a este tipo de familia? ¿Es la discriminación un instrumento de exclusión?

Esta tesis tiene como objetivo conocer y comprender a las familias homoparentales desde una óptica jurídica, pero sin dejar de lado las posiciones sociales, políticas y psicológicas.

En el avance de la tesis el lector podrá ilustrarse respecto al concepto de familia homoparental y su clasificación, el tratamiento de este tipo de familia en el derecho comparado y al debate en el sistema chileno referente a esta materia.

Se deduce de esta tesis la obligación estatal referente al reconocimiento, protección y promoción de este tipo de familia. Este deber se condice con normas internacionales y derechos fundamentales que rigen nuestro sistema jurídico.

## INTRODUCCIÓN

La familia como núcleo de la sociedad está expuesta a numerosos cambios sociales, históricos, económicos y jurídicos. Por ende, no existe un concepto unitario de familia ya que es maleable y se acomoda a las exigencias de la época. Nuestro punto de partida serán las familias modernas porque se han exteriorizado en transformaciones tendientes al tipo de familia que nos referiremos en nuestra tesis.

Respecto a estos tipos de familias, se ha establecido que “las crisis y dificultades sociales, económicas y demográficas de las últimas décadas han hecho redescubrir que la familia representa un valiosísimo potencial para el amortiguamiento de los efectos dramáticos de problemas como el paro, las enfermedades, la vivienda, las drogodependencias o la marginalidad. La familia es considerada hoy como el primer núcleo de solidaridad dentro de la sociedad, siendo mucho más que una unidad jurídica, social y económica. La familia es, ante todo, una comunidad de amor y de solidaridad. Otras funciones que antes desempeñaba la familia rural, tales como el trabajo, la educación, la formación religiosa, las actividades de recreo y la socialización de los hijos, en la familia occidental moderna son realizadas, en gran parte, por instituciones especializadas. El trabajo se realiza normalmente fuera del grupo familiar y sus miembros suelen trabajar en ocupaciones diferentes lejos del hogar. La educación, por lo general, la proporcionan el Estado o grupos privados.

Finalmente, la familia todavía es la responsable de la socialización de los hijos, aunque en esta actividad los amigos y los medios de comunicación han asumido un papel muy importante.”<sup>1</sup>

En este mismo sentido, los cambios en la familia moderna también se revelan por la incorporación de la mujer al área laboral dando un vuelco a sus funciones tradicionales impuestas para ella. Por otro lado, desde los años 70’ las legislaciones actuales han incluido el divorcio creando familias monoparentales, es decir, familias compuestas por un padre o una madre con sus respectivos hijos/as. Luego de esto, desde el año 1990 a la fecha, parejas de distinto e igual sexo fueron uniéndose por uniones de hecho o de facto.<sup>2</sup> La promulgación de normas jurídicas relativas a acuerdos o pactos civiles y de matrimonios igualitarios terminaron por revolucionar el Derecho de Familia y la evocación a las familias homoparentales.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> ENCICLOPEDIA BRITÁNICA EN ESPAÑOL. 2009. La familia: Conceptos, tipos y evolución, <en línea>, [http://cvonline.uaeh.edu.mx/Cursos/BV/S0103/Unidad%204/lec\_42\_LaFam\_ConcTip&Evo.pdf], [Consultado: 10 de julio de 2016].

<sup>2</sup> Ídem. El antropólogo social, Joan Bestard señala que existen tres factores de orígenes históricos que han influido en la evolución de las relaciones familiares: La primera es la libertad de las parejas para conformar una familia, la segunda es la difusión del principio de igualdad entre géneros y finalmente está la centralidad del niño en las relaciones familiares. Agrega que “no sigue los parámetros de un ciclo familiar clásico, un imperativo de la estructura familiar. Las familias monoparentales, las recompuestas y las del mismo sexo han cambiado la relación con la descendencia. La filiación indivisible y biológica ya no se contempla como la única posible y las funciones de madre y padre han sido sustituidas por la noción de parentalidad, que sirve para conceptualizar el ejercicio de la filiación después del divorcio y quién tiene capacidad para establecer un buen lazo de filiación”. Citado desde: BESTEARD, J. 2012. Nuevas formas de familia EN NUEVAS FORMAS DE FAMILIA. 2012. Por Joan Bestard “et al”. Ayuntamiento de Barcelona. Barcelona: 4-5p.

<sup>3</sup> Referente a este punto, “las nuevas leyes sobre la reproducción asistida, sobre las adopciones, sobre los matrimonios del mismo sexo y, finalmente, sobre el cambio de apellidos, prueban que el estándar legal ha acabado conquistando nuevos dominios por la extensión de su terminología. Hemos entrado en un escenario donde la ley del Estado puede producir peculiaridades y donde el derecho parece abrirse a la especificidad de los sujetos y dar un lugar a sus invenciones.” Citado desde: PALOMERA, V. 2012. Nuevas familias, viejas angustias EN NUEVAS FORMAS DE FAMILIA, 2012. Por Joan Bestard “et al”. Ayuntamiento de Barcelona. Barcelona: 74p.

Existen diversos conceptos de la palabra “familia”. Desde un punto de vista etimológico, “algunos consideran que la palabra familia proviene del latín familiae, que significa “grupo de siervos y esclavos patrimonio del jefe de la gens”. En concepto de otros, la palabra se derivada del término famulus, que significa “siervo, esclavo”, o incluso del latín famēs (hambre) que es el conjunto de personas que se alimentan juntas en la misma casa y a los que un pater familias tiene la obligación de alimentar”.<sup>4</sup>

Desde un punto de vista genérico, el autor Luciano Febvre ha conceptualizado a la familia como el como el conjunto de individuos que viven alrededor de un mismo hogar. Ésta definición muestra la amplitud de su cobertura conceptual, pero con una cierta limitación desde el aspecto espacial, ya que no se ajusta a las nuevas realidades que impone la globalización con sus características migratorias y de movilidad de sus integrantes.<sup>5</sup>

Desde un punto de vista terminológico, la Real Academia Española ha definido a la familia como un “grupo de personas emparentadas entre sí y que viven juntas”.<sup>6</sup>

La relevancia de la familia es evidente ya que se le he otorgado rangos internacionales, constitucionales y legales. Por ejemplo, Declaración Universal

---

<sup>4</sup> OLIVA, E. y VERA, J. 2014. Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización. Revista Juris. I. (10): 12p.

<sup>5</sup> Febvre, L. 1961. La tierra y la evolución humana. Introducción geográfica a la historia. Segunda edición en español. Colección la evolución de la humanidad. (4). México. Unión Tipográfica. Editorial Hispanoamericana EN: OLIVA, E. y VERA, J. 2014. Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización. Revista Juris.I. (10): 12p.

<sup>6</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. [en línea]. < <http://dle.rae.es/?id=HZnZiow> >. [Consultado: 01 de julio de 2016].

de los Derechos Humanos ha dispuesto en su artículo dieciséis número tres: “la familia es el núcleo natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado.”<sup>7</sup>

Siguiendo este punto de vista, nuestra Constitución Política de la República en su artículo primero inciso segundo dispone que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad” y agrega en su inciso quinto “es deber del Estado resguardar de 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 en las oportunidades en la vida nacional”.<sup>8</sup>

Con respecto al derecho privado, podemos señalar que el Código Civil no establece una definición de familia. Sin embargo, se puede extraer un concepto desde el artículo ochocientos quince del mismo cuerpo legal.<sup>9</sup>

Nuestra legislación fundó un concepto de familia religioso y moralista. En general, la familia en Chile ha persistido en regímenes de patriarcado y

---

<sup>7</sup> CHILE.2009. Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos, marzo de 2009.

<sup>8</sup> CHILE. 2005. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile, septiembre de 2005.

<sup>9</sup> El artículo ochocientos quince establece que “El uso y la habitación se limitan a las necesidades personales del usuario o del habitador. En las necesidades personales del usuario o del habitador se comprenden las de su familia. La familia comprende al cónyuge y los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o el habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución; Comprende asimismo el número de sirvientes necesarios para la familia; Comprende, además, las personas que a la misma fecha vivían con el habitador o usuario y a costa de éstos; y las personas a quienes éstos deben alimentos”. Citado desde: CHILE.2000. Ministerio de Justicia. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil, mayo de 2000.

discriminación. No obstante, estos prejuicios han sido derrocados a medida que pasan los años. Sólo como ejemplo, podemos mencionar que antes no existían separación de bienes para cónyuges, se discriminaba a aquellos hijos nacidos fuera del matrimonio no otorgándole derechos, la adopción no modificaba el estado civil, entre otros.

Lo cierto es que desde los inicios hasta la actualidad la familia es la base fundamental de nuestra sociedad, por consiguiente, el Estado tiene la obligación de protegerla a través de la dictación de normas jurídicas. Es por esto que es importante reconocer a las familias homoparentales ya que actualmente son excluidas de esta protección y promoción sólo por no ser reconocidas jurídicamente. Es decir, existen parejas de hombres o de mujeres, con o sin hijos, que no pueden desarrollar los mismos derechos de aquellas personas que han contraído matrimonio o que han firmado el acuerdo de unión civil.

Hasta el año 2015 la familia reconocida jurídicamente en Chile era la familia matrimonial, socialmente y políticamente, todo otro tipo de familia no tenía una valoración jurídica. Sin embargo, luego de la promulgación de la Ley N° 20.830 se inició una discusión referente a la acogida de las familias homoparentales en el ordenamiento jurídico.

La presunción que desarrollaré se fundamenta en lo siguiente: en la actualidad coexisten diversos tipos de familia. En esta pluralidad, hallamos un

nuevo tipo de familia: la homoparentalidad. A pesar que es una realidad evidente, ésta no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico y, por consiguiente, los derechos de quienes conforman este tipo de familia son quebrantados día a día. Por último, el móvil de la exclusión de las familias homoparentales se basa en un solo concepto: la discriminación.

Los fundamentos que sustentan esta conjetura se descifrarán en el avance de los capítulos. En el primer capítulo desarrollaremos el concepto de familia homoparental, los tipos de familia homoparental, los derechos que les corresponden a quienes la conforman, para luego avocarnos en la discriminación como forma de exclusión

En el segundo capítulo dispondremos del análisis de distintas sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con el fin de ver la evolución respecto a esta materia. Analizaremos el proceso de diferentes legislaciones como: Holanda, España, Argentina y Uruguay.

El tercer capítulo situará los avances jurídicos en materia de derecho de familia y discriminación en Chile. Estos progresos abrirán las puertas a la dictación de la Ley N° 20.830 y a la actual discusión del matrimonio igualitario y la adopción homoparental.

El desarrollo en materia de familia homoparental tiene un objetivo general encubierto: comprender la importancia de su reconocimiento, esto es, la promoción y protección estatal.

Finalmente, se propondrá la forma en que debe ser acogida por nuestro sistema jurídico la familia homoparental en Chile.

El método utilizado para lograr esta tesis se basa en textos doctrinarios, jurisprudenciales, psicológicos, históricos y periodísticos. Además, de estadísticas y encuestas que permiten reforzar mi hipótesis. Las fuentes en su conjunto reflejan cual ha sido el contexto del debate político-jurídico referente a la familia homoparental y la futura modificación al Derecho de Familia.

## **I. LA FAMILIA HOMOPARENTAL**

### **1.1. La familia homoparental**

El objetivo de este capítulo es comprender qué es la homoparentalidad y cuál es su procedencia. Para entender este concepto es preciso abarcar brevemente la evolución de la homosexualidad en el mundo. Luego, nos enfocaremos en establecer la definición de la familia homoparental y su clasificación. Una vez presentado al lector el concepto, abordaremos el debate referente a este tipo de familias y cuáles son los derechos involucrados tanto de los progenitores como de los hijos/as. Para concluir, expondremos la noción de discriminación como método de exclusión a la diversidad de familias y por, sobre todo, de la familia homoparental.

#### **1.1.1. Breve mirada de la homosexualidad en el mundo**

La autora, Graciela Medina en su libro “Uniones de hecho” busca la definición más apropiada para las relaciones de personas del mismo sexo, dando en una primera instancia distintas denominaciones que se han ido expresando a través de los años en materia jurídica, como por ejemplo “pederasta” o “sodomita”. La palabra homosexual es la más utilizada y se le denomina a aquellas “relaciones sexuales entre personas del mismo sexo. Se trata de un neologismo introducido

a finales del siglo XIX y creado a partir del elemento griego homos (semejante, igual) y sexual.”<sup>10</sup>

Los temas referentes a la homosexualidad han sido controvertidos desde sus principios. Los consensos que se han obtenido para pactos de uniones civiles, matrimonios igualitarios o para el reconocimiento de filiaciones homoparentales han pasado por diversos y largos procesos. Por ende, la construcción de cada una de estas instituciones ha ido creciendo a través de las décadas. Sin embargo, aún existen países que no han modificado sus normas jurídicas y algunos incluso siguen considerando la homosexualidad como un delito. Tales son los casos de Honduras, India, Uganda, entre otros.

Si nos remontamos a la antigua Grecia, los homosexuales eran reconocidos social y culturalmente. Grandes filósofos de la época utilizaban la pasión entre maestros y aprendices para formar jerarquías en las distintas erudiciones. En cambio, el período del cristianismo conlleva a la confusión entre la Iglesia y el Estado y, por tanto, las leyes de esa época tienden a seguir directrices y principios del catolicismo. Es por esto, que la homosexualidad se transforma en un delito llamado Sodomía, penado por la ley divina.<sup>11</sup>

En la Edad Media, se intensificó el delito de sodomía y, por ende, se reprimió, persiguió y torturó a todas las personas que mantuvieron relaciones

---

<sup>10</sup> MEDINA, G. 2001. Uniones de hecho homosexuales. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni: 33p.

<sup>11</sup> MEDINA, G. 2001. Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni: 22- 27p.

sexuales con otras personas de igual sexo. Estos castigos se fundaban en la aberración que significaban este tipo de vinculaciones y lo contrario que era para las leyes divinas.<sup>12</sup>

La Revolución Francesa trae aparejadas ideas laicas y, por consiguiente, una separación radical entre la Iglesia y el Estado. Es por esto que en el “año 1791, la Asamblea Constituyente eliminó la pena de muerte para el delito de sodomía y Napoleón despenalizó la homosexualidad entre personas adultas, siempre que se tratara de relaciones privadas”.<sup>13</sup> Sin embargo, la homosexualidad seguía siendo una falta contra la moral y las buenas costumbres.

Desde la mitad del siglo XIX hasta el año 1974, la homosexualidad fue considerada una enfermedad mental. En Estados Unidos, la Asociación de Psiquiatras Americanos incluyó la homosexualidad en la primera calificación de enfermedades mentales realizadas en 1952 y la mantuvo hasta 1974. Recién en el año 1992, la Organización Mundial de la Salud (OMS) excluye a la homosexualidad como enfermedad mental puesto que no es un comportamiento sexual anormal. No obstante, a las declaraciones de las Asociaciones de

---

<sup>12</sup>Ídem: 32p.

<sup>13</sup>Ídem: 33p. La persecución siguió, incluso en el período de los regímenes autoritarios formados desde los años 1920 al 1945. En este período histórico, se restringen los avances que se habían logrado con la Revolución Francesa, ya que nuevamente un gran número de homosexuales sufre torturas y vejaciones. Todos los regímenes, sin diferencia política, establecen normas para discriminarlos, para reprimirlos y para aislarlos de la sociedad. Ídem.

Psiquiatría o de la OMS muchos psicólogos o psiquiatras siguen postulando que la homosexualidad es una enfermedad y que ésta puede curarse.

Hoy las referencias que se tenían de la homosexualidad han dado un vuelco en contra de las represiones y discriminaciones sociales, puesto que se ha reconocido a diversas asociaciones de homosexuales que luchan hasta el día de hoy por sus derechos. Tales son los casos de la Asociación Internacional de Homosexuales y Lesbianas, fundada en Inglaterra en el año 1978, la Comunidad Homosexual de Argentina y en nuestro país el Movimiento de Liberación Homosexual (MOVILH) fundado en el año 1991.

El reconocimiento internacional forjó en Chile nuevas formas de protección de los derechos homosexuales. En congruencia con los tratados internacionales y nuestra Constitución, se promulgó la Ley N° 20.609 también llamada “Ley Antidiscriminación”, como, asimismo, en el mes de abril del año 2015 se sancionó la Ley N° 20.830 denominada “Acuerdo de Unión Civil”. Sin embargo, la homoparentalidad no ha sido íntegramente legislada en nuestro país.

### 1.1.2. Discusiones previas entorno a la familia homoparental

En nuestra legislación no existe un concepto de familia. La doctrina nacional, se basa en el artículo ochocientos quince del Código Civil, sin embargo, “esta aproximación es un tanto pobre e incompleta y a su vez es considerada como vulgar por algunos catedráticos como René Ramos Pazos. Estos calificativos se deben a que Bello solo entrega la noción en comentario indirectamente a raíz de la regulación de los derechos reales de uso y de habitación”.<sup>14</sup>

Bajo la misma óptica, el profesor Manuel Somarriva define a la familia como “un conjunto de personas unidas por el vínculo de matrimonio, del parentesco o de la adopción.”<sup>15</sup>

Nuestra Constitución Política de la República, específicamente en su artículo primero inciso segundo dispone que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”. Por otro lado, la Ley N° 19.947 reitera en su artículo primero que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”, pero agrega, “el matrimonio

---

<sup>14</sup>ORTEGA, F. 2010. Uniones de hecho y adopción conjunta: Una forma de hacer familia. Revista de los Estudiantes de la Facultad de Derecho, Universidad Alberto Hurtado (2): 184p.

<sup>15</sup> SOMARRIVA, M.1963. Derecho de Familia. EN RAMOS R. 2007. Derecho de Familia. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile (I): 9 p. “Podemos apreciar como nuestros juristas, hasta finales del siglo recién pasado, circunscribían el concepto de familia a aquellas que tenían su origen en el matrimonio, a pesar del incremento progresivo de las familias de hecho. Realidad que sí fue considerada por la Comisión Nacional de la Familia creada por D.S N° 162 de 1992, comisión que entiende por familia a aquel “grupo social unido entre sí por vínculos de consanguinidad, filiación (biológica o adoptiva) y de alianza, incluyendo a las uniones de hechos cuando son estables”. Citado desde: Informe de la Comisión Nacional de Familia. 1994. Servicio Nacional de la Mujer. Santiago de Chile EN QUINTANA, M. 2013. Derecho de Familia. Chile. Ediciones Universitarias de Valparaíso: 16p.

es la base principal de la familia”. Ante esto, Susan Turner se cuestiona “¿Qué otro sentido puede tener la afirmación contenida en el artículo primero, inciso primero de la mencionada ley, que atribuye al matrimonio la función de ser “la base principal de la familia” sino la de aceptar que existen otras bases de familias?”<sup>16</sup> No es tan equivocado decir entonces, que en Chile existen diversos tipos de familia y que una de ellas tiene como base principal el matrimonio.<sup>17</sup>

Se refuerza el argumento anterior ya que el matrimonio es un contrato solemne entre un hombre y una mujer que establece deberes entre los contrayentes y que sirve de base para la formación de una familia, sin embargo, una familia podría constituirse de distintas formas y no exclusivamente por la vía del matrimonio. De esta manera “si el fin de las parejas del mismo sexo es constituir familia, la coincidencia de sexo en la pareja no es razón para afirmar que no son familia o que no poseen la actitud para tomar la decisión responsable

---

<sup>16</sup> TURNER, S. 2010. La Unión de Hecho como institución del Derecho de Familia y su régimen de efectos personales. *Revista Ius et Praxis*. (1): 91p.

<sup>17</sup> Uno de los detractores de la teoría de la pluralidad de familias es el profesor Hernán Corral. Su postura se basa en que la única familia que debe ser reconocida es la familia matrimonial a pesar que existan formas o modelos que provienen precisamente de un núcleo matrimonial (como sería en su caso la familia monoparental, ensamblada o reconstituida). Es por esto, que el autor señala que “la estrategia argumentativa de las varias formas de familia es falaz, porque no conduce a una liberación del concepto de familia de un modelo único, sino que suplanta el modelo tradicional, cuyos bienes públicos son bastante conocidos y apreciados, por otro modelo tan impositivo como el primero, pero cuyas ventajas para la felicidad de las personas y la sociedad son más que dudosas<sup>42</sup>. No hay, en consecuencia, ni retiro de la legalidad ni neutralidad en el sistema jurídico familiar, sino la sustitución de un modelo de familia por otro que se le contrapone por razones ideológicas camufladas bajo el pretexto de un aparente pluralismo en la organización y tutela jurídica de la familia. Sí hay una aplicación del subjetivismo individualista que se presenta bajo la apariencia de un respeto irrestricto a los derechos fundamentales, la autonomía y la expansión de la propia personalidad.” Citado desde: CORRAL, H. 2015. ¿Del Derecho de Familia a un Derecho de las Familias? *Reflexiones críticas sobre la teoría de la “pluralidad de formas de familia”*. *Revista de Derecho de Familia*. II (6):38p.

de fundarla y ser titulares de los derechos y obligaciones establecidos para los cónyuges, independientemente de la forma de la constitución de la familia.”<sup>18</sup>

Otra discusión que se ha establecido entorno a la familia se justifica en que los contrayentes del matrimonio deben ser capaces de procrear y así poder llevar a cabo la finalidad tanto legal como natural de los seres humanos. Por tanto, las personas del mismo sexo quedarían excluidas de la constitución de una familia ya que no pueden engendrar hijos/as entre ellos.

El autor Sergio Estrada critica este pensamiento señalando que “es innegable que la noción de familia implica dentro del imaginario social, la aptitud para tener hijos, pero es cierto igualmente que tener hijos no es un aspecto esencial a dicha institución, esto es, no deja de existir una familia si la pareja decide no tener hijos o simplemente, no puede tener hijos y en su lugar desean adoptar”.<sup>19</sup> En el fondo existen familias reconstituidas, familias monoparentales y

---

<sup>18</sup> ESTRADA S. 2011 Familia, matrimonio y adopción: algunas reflexiones en defensa del derecho de las parejas del mismo sexo a constituir familia y de los menores a tenerla. Revista de Derecho Universidad del Norte (36): 147p. Desde otro punto de vista, el autor Xavier Lacroix defiende la diferencia de sexo en el matrimonio y su argumentación va empujada a responder las demandas de movimientos homosexuales. Por ende, establece que “el matrimonio no es únicamente la celebración de un amor. En todas las culturas, es un punto de referencia cardinal de la institución familiar, que da visibilidad a tres diferencias fundamentales: entre hombre y mujer, entre padres e hijos, entre desposable o no desposable. Es necesario considerarlo desde un punto de vista global y antropológico, y no únicamente de uno punto de vista romántico o utilitario.” Citado desde: LACROIX, X.2006. La confusión de géneros: Respuesta a ciertas demandas homosexuales sobre el matrimonio y la adopción. España. Ediciones Mensajero:39p.

<sup>19</sup>Ídem. 146p. En oposición a este planteamiento, Hernán Corral establece una posición radical respecto a la procreación señalando que “la mirada de la familia hacia la procreación es indudable, y de allí justamente que el matrimonio entre hombre y mujer pueda ser considerado el momento constitutivo de la familia, en cuanto esa forma de unión incluye la potencialidad de la generación de la prole y la constitución de un ámbito de protección, socialización, civilización y humanización de los hijos”. Citado desde: CORRAL, H. 2015. ¿Del Derecho de Familia a un Derecho de las Familias? Reflexiones críticas sobre la teoría de la “pluralidad de formas de familia”. Revista de Derecho de Familia II (6):43p.

familias ensambladas, las cuales no consideran la procreación como su fin esencial.

En la misma línea, el profesor Fernando Muñoz también es detractor de la procreación como uno de los deberes fundamentales del matrimonio. Este pensamiento proviene de las afirmaciones realizadas por los ministros de la Corte de Apelaciones, en el fallo del Recurso de Protección de “Peralta y Arias”<sup>20</sup>, siendo tajante al afirmar que “los Ministros encuentran en la finalidad de la procreación el rasgo distintivo que justifica el acceso de las parejas heterosexuales a la institución matrimonial y que, correlativamente, justifica también la denegación de acceso de las parejas homosexuales a la misma. Quien pueda procrear, puede acceder al matrimonio; quien no pueda procrear, no puede acceder al matrimonio”.<sup>21</sup>

La crítica alcanza el punto de la protección de derechos según lo dispone el profesor Gabriel Hernández puesto que “ las uniones de hecho de las personas del mismo sexo deben ser tratadas de manera distinta por el derecho (no protegerlas o protegerlas en menor medida), atendida la circunstancia que los

---

<sup>20</sup>En el texto del profesor Fernando Muñoz se destacan los comentarios de uno de los ministros de la Corte de Apelaciones que conocieron de este recurso de protección citando directamente del fallo “El Ministro Bertelsen, por ejemplo, afirma que la importancia social del matrimonio se expresa en los fines que el artículo 102 del Código Civil le reconoce, entre los cuales incluye la procreación, por lo que es congruente que la ley reserve su celebración únicamente a personas de distinto sexo ya que sólo la unión carnal entre ellas, es la que naturalmente puede producir la procreación, y excluya de su celebración a personas del mismo sexo”. Citado desde: MUÑOZ, F. 2013. El núcleo fundamental de la sociedad: Los Argumentos contra la Crianza Homoparental en los casos Atala y Peralta. Revista Ius et Praxis (1):16p.

<sup>21</sup> Ídem.

miembros de dichas uniones no pueden procrear entre sí”.<sup>22</sup> El autor dispone de ejemplos en los cuales parejas de distinto sexo que han contraído matrimonio muchas veces no pueden procrear u otras veces simplemente, no quieren hacerlo.

No se condice que la doctrina nacional mantenga su posición respecto a la procreación puesto que desde el año 2004 la Ley N° 19.947 “elimina la impotencia del catálogo de impedimentos dirimientes absolutos para contraer matrimonio, lo que viene a ratificar algo ya que se concluía por la mayoría de los autores: que para contraer matrimonio no es necesaria la aptitud procreacional. Entonces, si esta aptitud no resulta necesaria en el caso del matrimonio, ¿por qué tendría que serlo para dar lugar a una unión afectivo-sexual de hecho?”.<sup>23</sup>

Por tanto, cabe preguntarnos: ¿Debemos entender la procreación como un acto natural sólo para engendrar hijos? o ¿lo entendemos como un concepto que destaque diversas aristas?

---

<sup>22</sup>HERNÁNDEZ, G. 2009, Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo. Santiago. Editorial Arcis: 81p. La protección de derechos consiste en que el Estado provea de todas las garantías necesarias a todas aquellas familias que se encuentren en nuestro territorio nacional. Ante esto, no se concibe que existan diferencias en el otorgamiento de estas garantías solo porque hay familias que se encuadran en la forma tradicional. El autor Xavier Lacroix es detractor de este razonamiento y, por tanto, plantea que “¿cuál es el objetivo de este razonamiento? Puesto que es el al Estado a quien se solicita, ¿de qué y por qué debería <<reconocer>> el simple hecho de que dos personas comparten una comunidad de mesa y cama? ¿Qué contribución al bien común se favorece así? Los derechos vinculados al matrimonio, en efecto, no son únicamente regalos, liberalidades consentidas a priori a individuos en razón de sus deseos. Son la contrapartida de deberes, de compromisos. Una concepción únicamente subjetiva de los derechos como credenciales o <<ventajas>> es totalmente insuficiente a los ojos de una filosofía del derecho. Por esto, antes de pensarse como un derecho subjetivo, el matrimonio debe pensarse en términos de responsabilidad, de funciones, de cargos. Es en efecto una institución, es decir, una forma de vida que una sociedad se da para asegurar su perennidad”. Citado desde: LACROIX, X.2006. La confusión de géneros: Respuesta a ciertas demandas homosexuales sobre el matrimonio y la adopción. España. Ediciones Mensajero:36p.

<sup>23</sup> Ídem: 84 p.

Este cuestionamiento ha sido respondido por el profesor Díaz de Guijarro, quien ha planteado la teoría de la “Voluntad procreacional”. En esta teoría se postula que existen tres aspectos de la procreación:

- i. La voluntad de la unión sexual,
- ii. La voluntad procreacional, y
- iii. La responsabilidad procreacional.

El autor Díaz de Guijarro señala que “la primera es la libertad de mantener relaciones sexuales-protegidas por el Estado-, que puede estar unida o no al deseo de procrear. La segunda es el deseo o intención de crear una vida, derecho que también merece la protección del ordenamiento jurídico al tutelarse a la persona en su decisión libre de tener un hijo, no admitiéndose el ejercicio de la fuerza para tal fin. Por último, la responsabilidad procreacional deriva del hecho de la procreación y de las consecuencias que ésta produce”<sup>24</sup>

La voluntad procreacional entonces permite que personas del mismo sexo que quieran tener hijos por el método de reproducción asistida o que quieran reconocer hijos biológicos de sus parejas puedan perfectamente hacerlo y con esto, se estaría conformando un tipo de familia. Incluso, y teniendo en consideración las críticas de esta norma, si se acepta la teoría de la voluntad procreacional, se puede establecer que la presunción de paternidad regida para

---

<sup>24</sup> DÍAZ E. 1965. La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación EN: Matrimonio igualitario y derecho constitucional de familia Ley 26.618. 2010. Por Andrés Gil “et al”. Buenos Aires. Ediar: 230-231p.

el matrimonio civil podría perfectamente calzar en matrimonios del mismo sexo, por tanto, se entendería que existe presunción de paternidad cuando exista fecha cierta que otorga el acto del matrimonio y por la voluntad procreacional que pueda inferirse de los cónyuges ante el acogimiento de un niño en la familia.<sup>25</sup>

Finalmente, existen diversos tipos de familia que merecen la protección y el reconocimiento del Estado; una de ellas es la familia homoparental.

Nuestra Constitución Política de la República en su artículo primero inciso quinto establece 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”.<sup>26</sup> En el avance de esta tesis, el lector podrá apreciar que la Constitución sólo protege a la familia que proviene de un contrato matrimonial no así a una familia homoparental. La promulgación de la Ley N° 20.830 inició una apertura de esta protección a familias no matrimoniales como son aquellas que acuerdan unirse civilmente. Sin embargo, aún queda camino por recorrer en esta materia.

---

<sup>25</sup>Matrimonio igualitario y derecho constitucional de familia Ley 26.618. 2010. Por Andrés Gil “et al”. Buenos Aires. Ediar: 237p.

<sup>26</sup> CHILE. 2005. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile, septiembre de 2005.

El profesor Gabriel Hernández resume las posturas referentes a la doctrina que aprueba una protección solo a la familia matrimonial y los argumentos de la posición contraria. Según él, quienes están a favor, señalan que la familia matrimonial es la única que surge de un acto jurídico (matrimonio), que tradicionalmente ha sido protegida y que las actas de la Constitución de 1980 así lo establecían. Además, arguyen que debe considerarse el artículo primero inciso primero de la Ley N° 19.947. En cambio, quienes fomentan la protección de todos los tipos de familia, esgrimen principios referidos a un Estado democrático de Derecho como son: el principio de igualdad y no discriminación, el principio de libre desarrollo de la personalidad y el principio del respeto a la diversidad.<sup>27</sup>

En definitiva, la problemática de las familias homoparentales no sólo se reconoce en la desprotección de este tipo de familias sino también en los prejuicios que ella misma sufre ya que la familia propiamente tal se ha considerado como una estructura del orden social y se ha entendido que las familias homoparentales desestructuran este orden social tradicional y lo convierten en uno totalmente distinto. De hecho, las autoras Andrea Torrincella e Inés Guido, gráficán que “la parentalidad y el matrimonio homosexual condensan estas transformaciones y provocan las imágenes apocalípticas de quienes

---

<sup>27</sup> HERNÁNDEZ, G. 2009, Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo. Santiago. Editorial Arcis: 203-205p. “Se piensa que nuestra Carta Magna tutela tanto a la familia matrimonial como la no matrimonial. Entre ellos, Gonzalo Figueroa Yáñez, quien postula que es “deber del Estado dar protección y propender al fortalecimiento de una y otra”. Citado desde: FIGUEROA, Y. 1995. Persona, pareja y familia. Santiago: 70-72p EN QUINTANA, M. 2013. Derecho de Familia. Chile. Ediciones Universitarias de Valparaíso: 18p.

insinúan una crisis terminal de la familia”.<sup>28</sup> Ante esto, todos los detractores de este tipo de familia basan sus argumentos en principios religiosos que buscan fundar miedo ante los nuevos cambios que se están expresando en materias de Derecho de Familia.

En este sentido, se añade que “la familia actúa como una instancia, ¿dispositivo?, disciplinadora y normalizadora, por qué no entender el discurso gay o lésbico que proyecta la constitución de familias (gays y lesbianas) como una estrategia de reapropiación del discurso dominante para conformar una experiencia histórica inédita. Si el principio fundador de la familia radica en la diferencia sexual, el ingreso de los homosexuales no perpetúa la norma, sino que la transforma, no produce desorden sino un reordenamiento”.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> TORRINCELLA, A. y GUIDO, I. 2007. La familia en Oxford Street. Homosexualidad: matrimonio, filiación y subjetividad. Programa de estudios sobre población y trabajo: 58p.

<sup>29</sup>Ídem: 69p.

### **1.1.3. Concepto y tipos de familia homoparental**

La “homoparentalidad” es un término moderno que ha sido adoptado socialmente entre los años 1960 y 1970 luego de la explosión de diferentes movimientos homosexuales. Jurídicamente, se ha mencionado este concepto en las modificaciones legislativas realizadas en el derecho comparado. En nuestro país, esta definición ingresó temerosa en las discusiones de la reforma integral del sistema de adopción en Chile y tomó fuerza en los debates finales referentes al acuerdo de unión civil.

Actualmente, la ciudadanía nacional ha manifestado su inquietud respecto a la homoparentalidad ya que no se encuentra determinado por la doctrina ni por la jurisprudencia. En efecto, su desarrollo ha tenido discrepancias y su exposición ha sido denegada.

Desde un punto de vista terminológico, se establece que la familia homoparental se relaciona con progenitores del mismo sexo que eduquen o críen hijos/as. Por tanto, se deduce que la palabra homoparental proviene de “homo” (semejantes, iguales) y parental (que se refiere a uno o ambos progenitores).

En mi opinión, esta definición es restringida desde el punto de vista de la diversidad de familias. Por ende, propondré un concepto amplio puesto que, para esta autora, la familia homoparental va más allá de la convivencia entre progenitores y sus hijos/as. La familia homoparental se identifica con la

posibilidad y libertad que tiene una pareja para decidir qué tipo de familia desea formar sin necesidad de enfrascarse en un solo prototipo de vida familiar. El hecho que la pareja decida no criar y educar hijos/as no significa que queda excluida de las normas jurídicas y sociales, al contrario, debe ser comprendida sin mediar prejuicios ni discriminación.

Por lo tanto, la familia homoparental *es aquel vínculo afectivo y estable conformado por dos personas del mismo sexo, quienes pueden o no criar y educar a niños/as*. Intrínseco a este concepto, se establece un subconcepto denominado “familia lesboparental”, el cual *consiste en un vínculo afectivo y estable conformado por dos mujeres, las cuales pueden o no convivir con niños/as*. Éste se crea por una identificación entre aquellas mujeres lesbianas que se sienten discriminadas por homosexuales hombres que mantienen en sus líneas argumentativas ideas patriarcales.<sup>30</sup>

En esta tesis se presentará la siguiente clasificación de la familia homoparental:

A. Según el vínculo que las une:

A.1 Unión de hecho

---

<sup>30</sup> Se puede señalar que “el concepto “lesboparental” es utilizado actualmente para hacer la diferenciación correspondiente a lo genérico de ser lesbiana, pues separa el concepto “homo”, relacionado al género masculino que se utiliza en la pluralidad para hablar de hombre y mujer, por el concepto “lesbo”, el que da una identidad particular a estas familias, no tanto en lo que se relaciona al ámbito sexual en sí mismo, sino que en cuanto al lenguaje y lo cultural”. Citado desde: GOMEZ, C. e INOSTROZA, C. 2015. Familias “lesboparentales”: maternidad y crianza. Tesis para optar al grado de Licenciado en Trabajo Social. Tesis para optar al título de Asistente Social. Santiago. Universidad Academia de Humanismo Cristiano: Facultad de Ciencias Sociales. Escuela de Trabajo Social: 45p.

- A.2 Acuerdos de uniones civiles o pactos civiles
- A.3 Matrimonio igualitario
- B. Según la existencia de hijos/as:
  - B.1 Familia adoptiva homoparental
  - B.2 Personas del mismo sexo utilizan medios de reproducción asistida para ser progenitores/as
  - B.3 Familia Lesboparental en el cual se reconoce al hijo biológico de su pareja

#### **A. Según el vínculo que las une**

##### **A.1 Uniones de hecho**

Hasta principios del siglo XX, las uniones de hecho o uniones de facto han sido sancionadas por las normas sociales, sin embargo, en estas últimas décadas las uniones de hecho se encuentran presentes en la diversidad de familias y, por ende, las legislaciones internas han asumido su regulación.

En Chile, las uniones de hecho han presentado sus peticiones ante los Tribunales de Justicia, por tanto, fueron los primeros en acoger sus demandas y en establecer un concepto sobre estas uniones.

La profesora María Quintana señala que en aquellos países que no se regulan las uniones de facto entre personas del mismo sexo y tampoco el matrimonio igualitario, se ha dispuesto un concepto amplio referente a las

uniones de hecho. Por ende, la unión de facto se entiende como “la unión afectiva de un hombre y una mujer con características de algún grado de estabilidad y permanencia, sin que medie entre ellos vínculo matrimonial, por ello, este tipo de relación, asimismo, recibe el nombre de unión de hecho, también convivencia *more uxorio*”.<sup>31</sup>

Con respecto a los principales elementos que componen a las uniones de hecho, y que expone la doctrina nacional, se encuentran los siguientes: unión libre y mutuamente consentida; permanencia y estabilidad; publicidad de la relación; comunidad de lecho y techo; capacidad nupcial, ausencia de solemnidades; pareja heterosexual y *affectio*.<sup>32</sup>

Ante esto, consideramos que el elemento “capacidad nupcial” y “pareja heterosexual” excluyen a las parejas del mismo sexo que se encuentren en esta situación jurídica. Por consiguiente, es preferible añadir el elemento de capacidad nupcial sólo en el caso que en nuestra legislación exista matrimonio igualitario y definitivamente, eliminar la exigencia de que una unión de hecho deba estar conformada por una pareja heterosexual porque las uniones de hecho pueden conformarse por parejas de igual o distinto sexo.

La Ley N° 20.830 que se refiere al acuerdo de unión civil no estableció normas respecto a las uniones de hecho. Por consiguiente, sólo regula aquellas

---

<sup>31</sup> QUINTANA, M.2013. Derecho de familia. Chile. Ediciones Universitarias de Valparaíso: 417-418p.

<sup>32</sup> Ídem: 419-421.

uniones que contraigan el acuerdo de unión civil desamparando a las uniones de parejas que no contraten este acuerdo ante el oficial del Registro Civil competente.

A pesar de la falta de regulación, nuestra legislación menciona en algunas normas jurídicas el concubinato y la convivencia. Por ejemplo, el artículo doscientos diez del Código Civil dispone que “el concubinato de la madre con el supuesto padre, durante la época en que ha podido producirse legalmente la concepción, servirá de base para una presunción judicial de paternidad. Si el supuesto padre probare que la madre cohabitó con otro durante el período legal de la concepción, esta sola circunstancia no bastará para desechar la demanda, pero no podrá dictarse sentencia en el juicio sin emplazamiento de aquél”.<sup>33</sup>

Respecto a las leyes especiales, encontramos la Ley N° 20.066 relativa a la violencia intrafamiliar que “la define, enumerando sus posibles sujetos pasivos, sancionando, entre ellos, al que la ejerce en contra de su conviviente. Esta ley, que derogó a la N° 19.325, presenta algunas diferencias significativas con ella que es conveniente tener en consideración”.<sup>34</sup>

En materia penal también se agregó el concepto de convivencia. Por ejemplo, el Código Penal en su artículo doscientos noventa complementó como sujetos activos y pasivos del delito de parricidio al conviviente y al ex

---

<sup>33</sup> CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. DFL 1, mayo 2000.

<sup>34</sup> QUINTANA, M.2013. Derecho de familia. Valparaíso de Chile. Ediciones Universitarias de Valparaíso: 424p.

conviviente.<sup>35</sup> En el mismo sentido, se modificó el artículo ciento ocho letra c) del Código Procesal penal el cual se refiere al concepto de víctima. Este artículo dispone que “para los efectos de este Código, se considera víctima al ofendido por el delito; En los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido y en los casos en que éste no pudiere ejercer los derechos que en este Código se le otorgan, se considerará víctima: c) al conviviente”.<sup>36</sup>

En materia jurisprudencial, se puede señalar que el veinte de junio del año 2016 la excelentísima Corte Suprema, en un fallo histórico, confirma la sentencia apelada y dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción referente al rechazo del recurso de protección interpuesto por Elba González Alvarado, madre del difunto Rodrigo Moreno González y quién fuera pareja del recurrido Vladimir Urrutia Arias.

El recurso de protección en cuestión se fundamentaba por lo dispuesto en el artículo 19 N°1 de la Constitución Política de la República. En las alegaciones, la recurrente señala que fue negada, de forma ilegal y arbitraria, la exhumación y cremación de Rodrigo Moreno González (su hijo) por los representantes del Parque de Chile S.A. El abogada recurrente establece que “a pesar de estar facultada legalmente su representada, esta se encuentra imposibilitada de realizar la exhumación y cremación de los restos mortales de su hijo debido al actuar ilegal y arbitrario de los recurridos, en específico, por parte de Parques de

---

<sup>35</sup> Ídem.

<sup>36</sup> CHILE.2000. Ministerio de Justicia. Establece Código Procesal Penal, octubre de 2000.

Chile S.A., al no permitir la exhumación de los restos mortales del hijo de su representada, en contravención a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 357, de 1970 del Ministerio de Salud, en sus artículos setenta y tres y setenta y cinco en relación con el hecho de ser la recurrente la única heredera de Rodrigo Moreno González, encontrándose legítimamente facultada, a su juicio, para disponer de sus restos mortales; y respecto de Urrutia Arias, por no conceder la autorización exigida por la otra recurrida para proceder a la apertura de la sepultura donde actualmente se encuentran los restos mortales de su hijo, conculcando la garantía consagrada en el numeral primero del artículo diecinueve de la Constitución Política de la República”.<sup>37</sup>

La Corte de Apelaciones dicta su sentencia denegando el recurso interpuesto, el seis de abril del año 2016, en el cual establece como fundamento que existe extemporaneidad en el recurso ya que la recurrente tomó conocimiento respecto a la sepultación el nueve de octubre del año 2014 además de estar de acuerdo en esa fecha con la realización de tal procedimiento. La Corte ahonda en su considerando undécimo que “para que pueda ser acogida la acción de protección es necesario que quien invoca el amparo constitucional tenga un

---

<sup>37</sup> Sentencia de Corte de Apelaciones de Concepción de seis de abril de 2016. Rol N° 1676-2016. Cabe destacar que la decisión de rechazar la cremación, según lo expuesto por la abogada Carla Román Gómez, fue que con “con fecha diez de octubre de 2014, don Vladimir Hernaldo Urrutia Arias y la sociedad Parques de Chile S.A., suscribieron contrato de compraventa de sepultura N° 1030047309, en virtud del cual el primero adquirió el dominio respecto de la sepultura N° 3637 ubicada en el sector A-25 del Cementerio Parque Santa María de los Ángeles. Sostiene que el nueve de octubre de 2014, el señor Urrutia dispuso la inhumación de los restos mortales de Rodrigo Alejandro Moreno González, hijo de la recurrente, en la sepultura de su propiedad”. Ídem.

derecho indubitado, que sea precisamente aquel que se ha visto amagado por la acción u omisión de un tercero”.<sup>38</sup>

Finalmente, la Corte establece en su considerando duodécimo y decimotercero que “según lo ha manifestado el recurrido Vladimir Urrutia al informar el presente recurso (fojas noventa y seis) y que fuera corroborado en estrados por el apoderado de la recurrente, él y el difunto Moreno González eran pareja al momento de la muerte. Que, por otra parte, según lo manifiesta el recurrido Urrutia Arias en su informe de fojas noventa y seis y noventa y siete, al momento del fallecimiento de Moreno González, vivían juntos ambos con la madre del interfecto, ahora recurrente. Indica, además, que siguiendo la última voluntad del fallecido se procedió a la compra de la sepultura y a su inhumación, contando con la autorización expresa de la madre en tal sentido”.<sup>39</sup>

De esta manera, tanto la Corte de Apelaciones de Concepción como la Corte Suprema, rechazan de manera histórica el recurso de protección interpuesto ya que no existe un derecho indubitado y la voluntad del difunto se extraía de lo dispuesto por el conviviente no así por la madre.

---

<sup>38</sup> Ídem

<sup>39</sup> Ídem. En el considerando decimocuarto, la Corte de Apelaciones de Concepción señala que “Que el artículo setenta y tres del Reglamento General de Cementerios establece que para que se proceda a incinerar un cadáver es necesario, además de otras exigencias, que se acredite la manifestación de voluntad en tal sentido, formulada por escrito, antes de su fallecimiento; a falta de esta manifestación de última voluntad, que la solicite el cónyuge sobreviviente y a falta de éste los hijos mayores de edad del fenecido o de ambos padres o del que sobreviviere en caso de la falta de aquellos”. Ídem.

### **A.3 Acuerdos de uniones civiles o pactos civiles**

Todo país que reglamente los acuerdos o pactos civiles se verá enfrentado a discutir la regulación de la familia homoparental.

Con respecto a la definición, podemos señalar que el profesor Gabriel Hernández propone su propio concepto referido a las uniones que él denomina “afectivo-sexuales estables”. Por tanto, a este tipo de unión la define como “convivencia afectiva-sexual, material estable entre dos personas, con o sin hijos, no nacida de la celebración de un acto jurídico”.<sup>40</sup>

La regulación de este tipo de familia trae aparejada diversos problemas al cual debe enfrentarse el legislador. El profesor Pablo Cornejo analiza dos problemas esenciales que nacen al alero del debate parlamentario de cualquier país que desee regular la familia proveniente de una unión de hecho.

La primera se fundamenta en el modelo de acuerdo que se dispondrá: por una parte se encuentran aquellos ordenamientos que han creado un estatuto de pareja paralelo al matrimonio, abierto solamente a las parejas homosexuales; y por otra, aquellos donde el legislador pretende crear un estatuto de pareja distinto

---

<sup>40</sup> HERNÁNDEZ, G. 2009. Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo. Santiago. Editorial Arcis: 68p.

al matrimonio, dotado de su propia especificidad, abierto a toda clase de parejas, tanto homosexuales como heterosexuales.<sup>41</sup>

La segunda se refiere al debate respecto a cómo se realizará el perfeccionamiento del estatuto. Por consiguiente, puede depender del cumplimiento de una determinada solemnidad (como puede ser el registro del acuerdo de unión de pareja o su celebración ante un oficial público) y aquellos que vienen a regular un estatuto factual, condicionando la atribución de determinados efectos jurídicos (generalmente, limitados) a la existencia de hecho, como es la convivencia.<sup>42</sup>

En el derecho comparado, podemos mencionar como ejemplo a Francia ya que promulgó en el año 1999 la modificación a su Código Civil a través de El Pacto Civil de Solidaridad también denominado PACS. A pesar del reconocimiento de Uniones de Hecho de personas del mismo sexo hubo un rechazo a la adopción o reproducción médica asistida. Lo anterior es revertido el diecisiete de mayo del año 2013, día que se aprobó la Ley N°2013-404 en el cual se reconoce y protege la familia homoparental y el matrimonio igualitario.<sup>43</sup>

Otro ejemplo de pacto de unión civil es el caso de Bélgica. En este país se promulgó la Ley de Cohabitación Legal, el veintitrés de noviembre de 1998. Esta

---

<sup>41</sup> CORNEJO, P. 2012. Regulación de las Uniones de Pareja del mismo sexo ¿qué lecciones nos entrega la legislación comparada? Gaceta Jurídica: (379). 11-12p.

<sup>42</sup> Ídem: 17p.

<sup>43</sup> CORNEJO, P. 2014. La pareja del mismo sexo y su protección por el Derecho de Familia en Francia. Revista de Ciencias Sociales: Facultad de Derecho y de las Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso: 64p.

norma permite que las parejas del mismo sexo registren su unión, pero este registro no genera un estado civil. En este sentido, con el registro no nacen efectos de carácter personal entre los registrados, tales como, las obligaciones de vivir bajo el mismo techo y la fidelidad. Los efectos de la registración son más bien de índole patrimonial.<sup>44</sup>

En nuestro país, luego de un arduo debate parlamentario, se promulgó el Acuerdo de Unión Civil el veintiuno de abril del año 2015. Esta ley establece que el acuerdo puede ser firmado por parejas de igual o distinto sexo. Además, establece como formalidad la presencia de un oficial del Registro Civil al momento de contraerlo.

#### **A.4 Matrimonios igualitarios**

El matrimonio igualitario tiene por objetivo ampliar su espectro de personas que puedan contraerlo. De esta manera, quienes están a favor de este tipo de contrato señalan que el matrimonio no debe estar definido por un hombre y por una mujer, sino por personas de igual o de distinto sexo. Este concepto es latamente analizado en el capítulo tercero de nuestra tesis referente a los desafíos legislativos en materia de homoparentalidad.

---

<sup>44</sup> HERNÁNDEZ, G. 2009. Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo. Santiago. Editorial Arcis: 127p.

## B. Según la existencia de hijos/as

### B.1 Familia adoptiva homoparental

La adopción inviste de distintos fundamentos considerados para una valoración jurídica. Los principios que debe alcanzar esta institución, para poder cumplir con los fines y estándares internacionales son el principio judicial (porque es otorgada a través de una sentencia judicial), el vínculo de parentesco (igual al que resulta de la paternidad y filiación biológica, extendiéndose a los descendientes del adoptado). Finalmente, el principio primordial establecido en el artículo veintiuno de la Convención de Derechos del Niño, es decir, el Interés Superior del Niño,<sup>45</sup> el cual dispone en su encabezado “Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial”<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> MEDINA, G. 2001. Uniones de hecho homosexuales. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni: 255-256p.

<sup>46</sup> El artículo veintiuno de la Convención de los Derechos del Niño dispone que “Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y;

- a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;
- b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;
- c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;
- d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;
- e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes. Citado desde: CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1990. Convención Internacional de los Derechos del Niño, septiembre 1990.

Estos argumentos conllevaron al exhaustivo debate referente a la adopción niños, niñas y/o adolescentes por personas del mismo sexo. Como supone el lector, nuestro país no ha regulado este tipo de familia homoparental ya que la Ley N° 19.620 no acoge la adopción conjunta a dos personas del mismo sexo.

La familia adoptiva homoparental consiste en aquella conformada por personas del mismo sexo que asumen la adopción de un hijo/a, bajo todos los efectos que la ley disponga.

Antes de mencionar lo que ocurre en nuestro país en esta materia, expondremos dos casos en los cuales tribunales internacionales han resuelto a favor de la adopción homoparental.

El primer caso es EB con Francia resuelto por la Corte Europea de Derechos Humanos en el año 2008.

El proceso se inicia en febrero de 1998 cuando una mujer francesa, quien tenía en ese momento una relación de pareja con otra persona del mismo sexo, solicitó la autorización administrativa al Departamento de Servicios Sociales para adoptar internacionalmente a un niño en Asia, Madagascar o Sudamérica. Luego de diversas entrevistas psicológicas, la petición fue rechazada en consideración a su orientación sexual<sup>47</sup> ya que parte de los argumentos era el vacío en la

---

<sup>47</sup> Caso EB con Francia. Aplicación N° 43546/02. 22 de enero de 2008: párrafo 7 a 10.

documentación respecto a la figura paterna, lo que eventualmente podía limitar el desarrollo del niño. Otro argumento se basaba en las conductas que eventualmente tenía la pareja.

La Corte resuelve señalando que los tribunales administrativos siguieron las normas jurídicas para resolver y aunque tuvieron en cuenta la orientación sexual de la demandante, no fue la base para la decisión y no fue considerada desde el punto más álgido de la controversia. Sin embargo, en opinión de la Corte, el hecho de que la homosexualidad de la demandante se presentó como un punto en el razonamiento de las autoridades nacionales termina siendo significativo. Además sus consideraciones sobre "estilo de vida" de la demandante, confirmó por encima de todo la decisión.<sup>48</sup>

El segundo caso ocurre en un país latinoamericano modelo de la adopción homoparental: Colombia. Ya en el año 2014, la Corte Constitucional de Colombia rechazaba a la Entidad Administrativa del mismo país que había negado el proceso de adopción entre la niña Lakmé y Fedora, quién tiene una relación de pareja con Turandot, mamá biológica de Lakmé. Por consiguiente, la Corte concedió el recurso de amparo interpuesto y, en consecuencia, revocó la decisión de declarar la improcedencia de la adopción ordenando que se prosiga con el respectivo trámite, sin que el carácter homosexual de la pareja conformada por Turandot y Fedora pueda ser invocado para excluir la adopción de Lakmé.

---

<sup>48</sup> Ídem: desde párrafo 84.

Adicionalmente, y en atención a la necesidad de proteger los derechos fundamentales afectados, que lo son de manera especial, precisamente, en razón de la indefinición jurídica que ha rodeado a este núcleo familiar, se dispuso que las autoridades actúen con estricta sujeción a los perentorios términos fijados en la ley. Además, se ordenó también preservar todas las actuaciones de impulso del trámite que se hayan cumplido con anterioridad a esta sentencia.<sup>49</sup>

Este fallo colombiano viene a cuestionar su propia legislación en base a la discriminación de personas del mismo sexo que están solicitando adoptar a una niña. En el mismo comunicado, la Corte Constitucional hace una crítica reafirmando “que en la decisión de reconocer de manera general esos derechos a las parejas del mismo sexo no es labor del juez constitucional, y mucho menos, de las autoridades administrativas, porque el escenario natural y propicio para ese efecto es el Congreso de la República, en donde hay un sustrato de representación democrática, pues allí tienen asiento los distintos grupos que conforman nuestra sociedad, elegidos por la voluntad popular, lo que permite una deliberación amplia y prolija sobre un asunto tan trascendental como el de los derechos de las parejas del mismo sexo, representación democrática que presenta un déficit tratándose de esta Corporación, porque si bien sus miembros son electos por el Senado de la República de sendas ternas que conforman el Presidente de la República, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia,

---

<sup>49</sup> Corte Constitucional de Colombia. 2014. Comunicado N° 35: 1 p.

no puede compararse con la que tiene el Congreso de la República ni mucho menos con su función deliberativa”.<sup>50</sup>

La Corte Constitucional colombiana dio un vuelco a su propia legislación en febrero de este año, en el cual establece que parejas homosexuales pueden adoptar. Sin embargo, introduce la limitación de que cualquiera de las personas que conforman la pareja debe ser el padre biológico o la madre biológica del menor adoptado.<sup>51</sup>

Ya en noviembre del 2015, la Corte Constitucional anteriormente citada, acoge de forma histórica una ponencia en el cual se declara que las parejas conformadas por personas del mismo sexo pueden adoptar. De tal manera, que los futuros padres homosexuales pueden solicitar adopción de niños, niñas y/o adolescentes a través del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar, sin necesidad de lo señalado anteriormente: que uno de los padres tenga un vínculo biológico con el adoptante.

---

<sup>50</sup> Ídem: 4 p.

<sup>51</sup> El dieciocho de febrero del año 2015, la Corte Constitucional de Colombia, en Sentencia C-071-15 resuelve que “En lo que atañe a la declaratoria de exequibilidad pura y simple de las normas sobre adopción conjunta, previstas en los artículos 64 numeral 1º, y 68 numeral 3º de la Ley 1098 de 2006, en concordancia con el artículo 1º de la Ley 54 del 90, salvaron su voto de forma parcial. En su criterio, si bien las normas demandadas antes referidas no podían ser declaradas inexecutable, consideran que la Corte ha debido efectuar un condicionamiento afirmativo para dejar claro que no pueden ser excluidas las parejas conformadas por personas del mismo sexo del grupo autorizado para solicitar la adopción conjunta. En lo concerniente al numeral segundo de la parte resolutive, decidieron aclarar el voto. Acompañaron la decisión de la mayoría de incluir, de forma expresa, el derecho de la pareja del mismo sexo a adoptar el hijo biológico de su compañero o compañera permanente. Precisaron que esta determinación no implica excluir, a contrario sensu, la posibilidad de estas mismas parejas de adoptar por consentimiento al hijo no biológico (por ejemplo, adoptivo) de uno de sus integrantes”. Citado desde: SENTENCIA C-071-2015. 2015. Corte Constitucional de Colombia: 7p.

En definitiva, en Chile aún no existe legislación referente a esta materia. En primer lugar, “la legislación chilena ha sido objeto de diversas transformaciones. Los principales cambios en la legislación chilena que se refieren a la adopción, dicen relación con los efectos de ésta, primordialmente con la constitución del estado civil y por ende con la permanencia o término de la relación entre el adoptado y su familia de origen. Otro cambio importante versa sobre los requisitos que deben cumplir los adoptantes, ya que en un principio éstos no debían tener descendencia legítima, más luego este punto dejó de ser relevante”.<sup>52</sup>

En segundo lugar, en nuestro país todavía no se discute a cabalidad la adopción de niños, niñas y/o adolescentes por personas del mismo sexo.<sup>53</sup> La Ley N° 19.620, denominada Ley Adopción de Menores, establece que la adopción puede ser otorgada a un matrimonio<sup>54</sup> y por tanto, excluye a las parejas homosexuales o lesbianas, personas solteras, sin que en este segundo caso, al menos en la letra de la ley, se señale una condición que excluya a una persona homosexual la posibilidad de adoptar.<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup>ORTEGA, F. 2010. Uniones de hecho y adopción conjunta: Una forma de hacer familia. Revista de los Estudiantes de la Facultad de Derecho, Universidad Alberto Hurtado (2): 175 p.

<sup>53</sup>Respecto a las discusiones referidas a la adopción homoparental en Chile, éstas se encuentran en el tercer capítulo de esta tesis.

<sup>54</sup>El artículo veinte de la referida norma señala que “Podrá otorgarse la adopción a los cónyuges chilenos o extranjeros, con residencia permanente en el país, que tengan dos o más años de matrimonio, que hayan sido evaluados como física, mental, psicológica y moralmente idóneos por alguna de las instituciones a que se refiere el artículo 6º, que sean mayores de veinticinco años y menores de sesenta, y con veinte años o más de diferencia de edad con el menor adoptado. Los cónyuges deberán actuar siempre de consuno en las gestiones que requieran de expresión de voluntad de los adoptantes”. Citado desde: CHILE.1999. Ministerio de Justicia. Dicta Norma sobre Adopción de Menores, agosto de 1999.

<sup>55</sup>Universidad Diego Portales. 2014. Informe Anual de Derechos Humanos en Chile. Santiago de Chile: 487p.

## **B.2 Personas del mismo sexo utilizan medios de reproducción asistida para ser progenitoras.**

La reproducción asistida o la procreación artificial ha abierto el debate sobre los principios de engendrar hijos, puesto que éste método ha permitido que no sólo parejas heterosexuales que no pueden concebir hijos puedan realizarlo, sino que también parejas de homosexuales pueden optar por la reproducción asistida. En nuestro país no existe una regulación expresa respecto a métodos de procreación artificial, y es por esto que sólo podemos basarnos en la Resolución Exenta 1072, de 1984, del Ministerio de Salud para entender la regulación jurídica en nuestro país. A partir de 2014, el sistema de salud público, FONASA, y las Isapres han incorporado, en su modalidad de libre elección, el tratamiento de fertilización. Tanto en la regulación como en la información pública entregada, se señala que los programas de salud son para “parejas”, sin especificar si estas son heterosexuales o no.

Por lo que en los Considerandos de la Resolución Exenta 1072 se dispone que “el creciente desarrollo de modernos conocimientos en el campo de la Medicina de la Reproducción y las recientes tecnologías derivadas que hacen aplicables procedimientos diagnósticos y terapéuticos avanzados al estudio y manejo clínico de casos de infertilidad, que despiertan variadas expectativas en

las potenciales parejas beneficiarias”.<sup>56</sup> Dadas las prácticas de discriminación prevalentes en nuestra sociedad, esta ambigüedad permite, en los hechos, discriminaciones hacia parejas no heterosexuales.<sup>57</sup>

Cabe destacar, que el artículo ciento ochenta y dos <sup>58</sup> de nuestro Código Civil “se encarga de definir quiénes son los padres del hijo concebido mediante la aplicación de esta técnica, basándose en un elemento eminentemente volitivo, como es la decisión de someterse a ella”.<sup>59</sup> Sin embargo, nuestro Código Civil no se hace cargo de quienes pueden optar por este tipo de técnicas de reproducción asistida, dejando un vacío legal.

### **B.3 Familia lesboparental en el cual se reconoce al hijo biológico de su pareja**

Generalmente las futuras madres lesbianas optan por poder ellas mismas concebir hijos. No obstante, en el caso de estas madres, sólo podrá ser inscritos los hijos de las madres biológicas y no de las parejas de ellas, ya que según las reglas de filiación determinadas en el artículo ciento ochenta y seis de nuestro Código Civil “La filiación no matrimonial queda determinada legalmente por el

---

<sup>56</sup>CHILE. Ministerio de Salud.1985. Resolución exenta 1072, junio de 1985.

<sup>57</sup>Ídem: 488p.

<sup>58</sup>El artículo ciento ochenta y dos del Código Civil dispone: “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. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta. Citado de: CHILE. Ministerio de Justicia. 2000.DFL 1, mayo 2000.

<sup>59</sup> CORNEJO, P. 2010. Estatuto Filiativo y Principios Constitucionales. Revista de Derecho y Humanidades II (16): 55 p.

reconocimiento del padre, la madre o ambos, o por sentencia firme en juicio de filiación”.

Por tanto, el citado artículo excluye la posibilidad de que las parejas del mismo sexo puedan inscribir la filiación de sus hijos, ya que la exigencia principal es la diferencia de sexos.

A consecuencia de este artículo es que nace la denuncia a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por las denunciadas Alexandra Benado y Alejandra Gallo, quienes en conjunto a la Corporación Humanas, precisan que se ha afectado el derecho a la igualdad, a la no discriminación, respeto y protección a la vida, la protección a la vida privada y a la honra de las personas y de su familia, incluyendo asimismo la integridad física y el derecho de los niños.<sup>60</sup> El Registro Civil de Santiago no permite dicha inscripción inscribir hijas mellizas con sus dos apellidos basándose en la norma jurídica del artículo ciento ochenta y seis del Código Civil.

---

<sup>60</sup> Universidad Diego Portales. 2014. Informe Anual de Derechos Humanos en Chile. Santiago de Chile: 31p.

#### **1.1.4. Principales críticas a la familia homoparental que cría y educa niños, niñas y/o adolescentes**

Las parejas de personas del mismo sexo que optan por extender su familia, deben tener en consideración los distintos aspectos referentes a la crianza y educación para con sus hijos, ya que efectivamente y hasta que no cese la discriminación, éstos se encuentran en situaciones totalmente diferente a las familias tradicionales. Todas estas consideraciones han sido reprochadas por quienes son contrarios al matrimonio igualitario como al ejercicio de la paternidad por personas homosexuales y lesbianas. Es por esto, que expondremos las principales críticas que se manifiestan en contra crianza y educación en una familia homoparental.

En primer lugar, los detractores señalan una preocupación por los niños criados en familias homoparentales pues estos no se formarían al alero de una familia tradicional. Además, destacan otro problema que deviene del primero: las personas del mismo sexo buscan en la parentalidad saciar caprichos personales y no necesariamente formar una familia, por lo que, una vez que los caprichos han sido saciados, la familia se termina. En respuesta a lo anterior, las progenitoras lesbianas señalan que la preparación para ser madres excede largamente los nueve meses que dura un embarazo. Los hijos por accidente no existen en su comunidad, puesto que antes de tratar de concebir un hijo, usualmente este es planificado con muchísima antelación, trámite que en algunos

casos toma varios años. De hecho, el proceso de adoptar toma más tiempo y requiere más esfuerzo que el embarazo.<sup>61</sup>

En este mismo sentido, la psicóloga Janet Nosedá señala “en mis más de diez años de experiencia con personas homosexuales, lesbianas y transexuales, he visto yo misma lo que los estudios han publicado: las parejas del mismo sexo que son padres o madres, crían a sus hijos de manera saludable, se involucran en la escuela, les entregan amor y afecto y sus hijos crecen psicológicamente sanos. Lo que los estudios arrojan siempre es que la variable que más influye en la salud mental de los hijos es la relación entre los padres y no su orientación sexual”.<sup>62</sup>

En segundo lugar, los opositores argumentan desde el punto de vista de los roles de género, es decir, los masculinos y femeninos. Ante esto, establecen que los niños criados por padres homosexuales no serán capaces de diferenciar cuáles son sus roles de género en la sociedad, puesto que estos deben ser considerados desde el momento mismo en que los infantes empiezan a descubrir qué es ser hombre y qué es ser mujer.<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup>JOHNSON, S. y O’CONNOR, E. 2005. Madres Lesbianas: guía para formar una familia feliz. Buenos Aires. Lumen: 41p.

<sup>62</sup>NOSEDA, J. 2015. Adopción de parejas del mismo sexo: 30 años de evidencia sólida que los respalda. [en línea]. El Mostrador en internet. 15 de julio del 2015. <<http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2015/07/2015/adopcion-de-parejas-del-mismo-sexo-30-anos-de-evidencia-solida-que-los-respalda/>>, [Consultado el 12 de julio del año 2016]

<sup>63</sup>En este sentido, Xavier Lacroix señala que “es esencialmente en la relación con la generación como se define la identidad sexual. Ser mujer es haber nacido de un ser del mismo sexo que el suyo; ser hombre es haber nacido de un cuerpo de sexo diferente. Por lo tanto, se nos envía aquí las indicaciones anteriores, que conciernen al anclaje corporal del parentesco y a la importancia de la dualidad sexual en la generación”. Citado desde: LACROIX X. 2006. La confusión de géneros: Respuesta a ciertas demandas homosexuales sobre el matrimonio y la adopción. España. Ediciones Mensajero: 65p.

En el área de la psicología, y sólo como una generalidad, se determina que existen dos períodos cronológicos de los infantes, los cuales se denominan “rigidez de género”.

Uno de ellos consiste en el reflejo de los niños o niñas a ser y hacer lo que “supuestamente” las mujeres o los hombres son o hacen. Otro período en que se presenta la “rigidez de género” es en la adolescencia, donde nuevamente los roles de los hombres y de las mujeres se encuentran marcados, no pudiendo los adolescentes entender porque las mujeres realizan actividades masculinas o viceversa. Ambos periodos de rigidez de género se presentan, a través de épocas cronológicas establecidas, en todos los infantes y adolescentes y, por tanto, el hecho que los menores sean hijos de padres homosexuales no les impide atravesar estas etapas psicológicas.

Es por esto que la mayoría de los estudios no han encontrado diferencias entre los menores que son hijos de madres lesbianas y los menores que son hijos de madres heterosexuales. Sin embargo, en un estudio de Green y otros, se comprobó que los menores que son hijos de lesbianas, en cuanto a las actividades por las cuales tenían preferencias, tenían una tipificación por sexos menos rígida.<sup>64</sup>

---

<sup>64</sup>JOHNSON, S. y O’CONNOR, E. 2005. Madres Lesbianas: guía para formar una familia feliz. Buenos Aires: 182p. En el mismo sentido, la “Asociación Canadiense de Psicología, en 2003, emitió su postura sobre el tema en cuestión, y concluyó que los hijos nacidos en familias heterosexuales no presentan diferencias con los hijos de familias homosexuales en cuanto a su desarrollo psicosocial y su identidad de género. La mencionada asociación afirmó, en 2003, que los factores de estrés encontrados en los padres gays, lesbianas y niños son en relación a la forma en que

El gran temor de las sociedades tradicionales es que al no existir una clara diferenciación de un padre y de una madre se introduce confusiones en el niño/a, tanto en su crianza como en su crecimiento.<sup>65</sup>

Uno de los inconvenientes que han tenido las familias homoparentales que participaron en la investigación de “Nuevas Estructuras Familiares” son precisamente los posibles problemas derivados de la ausencia de una figura masculina o de una figura femenina, presentando problemas, por ejemplo, la dificultad del niño en reconocer, en las familias constituidas por lesbianas, quien ejerce la autoridad.<sup>66</sup>

No obstante, las psicólogas Suzanne Johnson y Elizabeth O’ Connor, proporcionan ciertas respuestas a esta negativa que se presenta con el rol masculino, señalando que es necesario que las parejas del mismo sexo busquen referencias del género ausente en otros lugares, tales como sus propios padres, tíos e incluso en representaciones masculinas como es en el colegio; “muchas madres lesbianas logran este objetivo realizando visitas regulares a su propia

---

serán tratados por la sociedad, anteponiéndose a cualquier deficiencia en su rol parental”. Citado desde: KEREK, G.M. El matrimonio de parejas del mismo sexo. Canadá. Asociación Canadiense de psicología EN NAVARRO, L. 2013. Posiciones en contra y en favor de la adopción homoparental desde la sociología y la psicología. Instituto de Investigaciones Jurídicas: Universidad Nacional Autónoma de México: 194p.

<sup>65</sup> Respecto a este punto, se ha expuesto que los adolescentes que conforman una familia homoparental tiene problemas conductuales desatados por la confusión de géneros. No obstante, se dispone que “los estudios muestran que los adolescentes hijos de madres lesbianas tienen menos problemas conductuales y abuso de alcohol y drogas, con mejor relación con su madre, tal como lo demostró la medición a la edad de 17 años del estudio nacional longitudinal de madres lesbianas de USA y el mismo estudio que se lleva a cabo en Inglaterra”. Citado desde: NOSEDA, J.2015.Adopción de parejas del mismo sexo: 30 años de evidencia sólida que los respalda. [en línea]. El Mostrador en internet. 15 de julio del 2015. <<http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2015/07/2015/adopcion-de-parejas-del-mismo-sexo-30-anos-de-evidencia-solida-que-los-respalda/>>. [Consultado: 12 de julio de 2016]

<sup>66</sup>Análisis de los Problemas y Necesidades Educativas de las Nuevas Estructuras Familiares.2010. ARRANZ, E. “et al”. Madrid. Intervención Psicosocial. 19 (3): 248p

familia, para que los niños puedan trabar la relación con sus abuelos, tíos y primos”.<sup>67</sup> El hecho que los hijos se críen con padres del mismo sexo no significa que ellos dejen de conocer y relacionarse con personas de diferentes géneros, básicamente porque los menores se encuentran insertos en una sociedad en dónde se conjugan precisamente las diferencias de sexo.

Un ejemplo al respecto es el caso Atala/Riffo y niñas, en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos, haciendo alusión en su sentencia a la Corte Suprema chilena, argumentó que la confusión de roles de género se hace presente, mediante“ el testimonio de las personas cercanas a las menores [de edad], como son las empleadas de la casa, hacen referencia a juegos y actitudes de las niñas demostrativas de confusión ante la sexualidad materna que no ha podido menos que percibir en la convivencia en el hogar con su nueva pareja y aparte de los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, atendida sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producírseles por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores [de edad] respecto de la cual deben ser protegidas”.<sup>68</sup>

En tercer lugar, los críticos de las familias homoparentales plantean que los niños, niñas y/o adolescentes criados y educados por parejas homosexuales

---

<sup>67</sup>JOHNSON, S. y O’CONNOR, E. 2005. Madres Lesbianas: guía para formar una familia feliz. Buenos Aires: 193p.

<sup>68</sup>Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de febrero de 2012. Caso Atala/ Riffo y niñas: 42-43 p.

se “convertirán” en homosexuales. Este argumento, establece que los niños/as serán más propensos a la homosexualidad si ellos son criados por padres del mismo sexo y no por padres heterosexuales basándose en el juicio moral que la homosexualidad está mal y la teoría de que la homosexualidad es una respuesta aprendida vinculada a las influencias ambientales y el comportamiento.<sup>69</sup>

Alyson Taub establece que existe “una teoría que propone que el principal determinante de la orientación sexual son variables hormonales y neurológicas que operan durante la gestación de las personas y que se activan en la pubertad. Aunque la experiencia pre-adolescente y el medio ambiente pueden contribuir a la orientación sexual de una persona”.<sup>70</sup>

En consecuencia, la paternidad o maternidad homosexual no genera necesariamente que los niños se transformen en homosexuales ya que son distintos los factores que pueden influir en esa condición. Por lo antes dicho, no es posible afirmar que todos los niños, niñas y /o adolescentes que crezcan en un ambiente homosexual serán necesariamente homosexuales.

Lauren Schwartzreich analiza las críticas recién mencionadas y los encasilla en argumentos morales. Dispone que a pesar que estos argumentos morales pueden ser relativos e invisibles a las determinaciones judiciales, no es menor tenerlas en vista ya que estas condiciones morales provienen de grandes

---

<sup>69</sup>TAUB, A. 2007. The Parental/Child Relationship. Fit or Unfit? Homosexuality and Parenting. The Journal of Contemporary Legal Issues (29): 1p.

<sup>70</sup> Ídem: 2p.

grupos dominantes que buscan la manera de mantener en statuo quo sus propias ideas y beneficios personales.<sup>71</sup>

Al final, y según lo que señala Lauren Schwartzreich, es importante considerar qué tanto peso tienen los argumentos morales antes descritos, al momento que el Congreso modifique las normas jurídicas o que un Tribunal de la República resuelva una contienda en materia de personas del mismo sexo.

Lo preocupante de mantener este tipo de argumentos y no acomodarnos a una realidad familiar que se desarrollan en nuestro entorno social. La existencia de uniones de hecho y sus familias, son inminentes e innegables, por lo que existen muchos niños, niñas y/o adolescentes que se encuentran bajo el cuidado de parejas homosexuales sin tener la debida protección, pudiendo ser vulnerados sus derechos y sin ningún conducto jurídico para poder restablecerlo.

## **1.2. Derechos involucrados en las Familias Homoparentales**

Las normas jurídicas de nuestro país establecen la superioridad de la Constitución Política por sobre otras normas. Ante esto, las leyes se estructuran a partir de la combinación de una fuente interna (el texto constitucional) y una fuente externa (*ius cogens*, tratados internacionales, jurisprudencia internacional

---

<sup>71</sup>SCHWARTZREICH, L. 2005. Restructuring the Framework for Legal Analyses of Gay Parenting. Harvard BlackLetter Law Journal: 5 p.

y costumbre internacional) en donde cada fuente tiene su espectro de validez propio (y un respeto recíproco por el ámbito de validez ajeno).<sup>72</sup> Por lo tanto, nuestro país es un Estado Constitucional de Derecho.

Otro factor para poder argumentar que existe Estado de Derecho en Chile, es la presencia de una semi-rigidez constitucional, es decir, nuestras leyes no pueden modificarse fácilmente ya que necesitan altos quórum en las Cámaras de Diputados y del Senado. Finalmente, una vez que se han ratificado las normas jurídicas, nuestros jueces se encuentran obligados a dictar sentencias en conformidad a éstas.

A pesar que Chile se presenta ante el Derecho Internacional como un país que promueve el respeto por las normas internacionales de Derechos Humanos, en la práctica este tipo de derechos son generalmente quebrantados. Se puede mencionar que específicamente en temas de homosexualidad, identidad de género y familia el Estado no otorga garantías suficientes y concretas respecto a su reconocimiento y tampoco establece métodos de sanción en el caso que éstos sean vulnerados. Es por esto que las personas deben acudir a instancias internacionales para poder obtener respuesta a sus demandas.

Por consiguiente, este subcapítulo explicará y analizará cuáles son los derechos internacionales vinculados a la homoparentalidad desde la perspectiva

---

<sup>72</sup>Matrimonio igualitario y derecho constitucional de familia Ley 26.618. 2010. Por Andrés Gil "et al". Buenos Aires. Ediar: 21 p

del Estado Constitucional de Derecho. Dividiremos el subcapítulo en dos: En la primera parte, se expondrán derechos internacionales desde el punto de vista de parejas del mismo sexo y, en la segunda parte, basándonos especialmente en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, nos remitiremos al concepto del “niño como sujeto de derecho” y los distintos derechos del niño, niña y/o adolescente que deben ser protegidos por el Estado en lo que se refiere a las familias homoparentales.

#### **1.2.1. Derechos involucrados desde el punto de vista de parejas del mismo sexo y de padres homosexuales**

Nuestro país ha ratificado dos tratados internacionales que se relacionan directamente con esta materia:

- i. Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos,
- ii. Pacto de Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Además, estamos legalmente ligados a la Convención Americana de Derechos Humanos y a su jurisprudencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De hecho, personas naturales han denunciado al Estado de Chile por faltas y vulneraciones de derechos en materia de homoparentalidad,

como es el caso de Karen Atala y niñas, el caso Peralta-Arias y el actual caso de Gallo- Benado. El equivalente al Corte IDH en Europa es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En todos estos pactos no encontramos alguna referencia específica a la discriminación por orientación sexual ni menos a las familias homoparentales. No obstante, los órganos internacionales han buscado la forma de referirse a la problemática de género y “así, el Comité de Derechos Económicos y Sociales, órgano aplicador del PIDESC, en su Observación General 20, expresamente señala que el término “otra condición social”, contenido en el artículo dos número dos del PIDESC, relativo a la no discriminación, reconoce también la identidad de género, agregando que las personas transgénero, transexuales e intersexo son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos”<sup>73</sup>

Esta idea se reitera en sentencias dictadas por la CIDH, como es el caso Karen Atala y niñas, en el cual la Corte dispone que “los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo primero número uno de la Convención americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abierto los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1 de la Convención

---

<sup>73</sup>Universidad Diego Portales. 2014. Informe Anual de Derechos Humanos en Chile. Santiago de Chile: 482p.

debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo”.<sup>74</sup> Lo anterior se refuerza con la arista seguida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que dispone que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.<sup>75</sup>

### **1.2.1.1 Derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación**

El Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos define la discriminación como: “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”.<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup>Opinión consultiva OC-16/99. supra nota 93. párrafo 115 EN Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de febrero de 2012. Caso Atala/ Riffo y niñas: 30 p.

<sup>75</sup>Cfr. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999 EN Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de febrero de 2012. Caso Atala/ Riffo y niñas: Párrafo 83. 29 p.

<sup>76</sup>Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos de febrero de 2012. Caso Atala/ Riffo y niñas: 9 p.

La CADH, dispone en su artículo primero la siguiente cláusula general “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”<sup>77</sup>

Además, en su artículo veinticuatro establece la igualdad ante la ley y su protección por lo que dispone que “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.<sup>78</sup>

Los artículos referidos a la igualdad ante la ley y la no discriminación, siguen el “Principio *Pro Homine*”, que es un principio esencial y proviene de la categoría de los Derechos Humanos, siendo prerrogativas que se les otorgan a todo sujeto que tenga la condición de persona física con el fin de alcanzar el pleno desarrollo vital en la sociedad. Por tanto, este principio debe ser reconocido por todas las personas sin distinguir que sean del mismo o distinto sexo ya que tienen garantizados el máximo grado de protección de sus derechos en igualdad de condiciones.”<sup>79</sup> En conclusión, para la aplicación e interpretación del derecho, no

---

<sup>77</sup>CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1991. Convención Americana de los Derechos Humanos, enero de 1991.  
<sup>78</sup>Ídem.

<sup>79</sup>Matrimonio igualitario y derecho constitucional de familia Ley 26.618. 2010. Por Andrés Gil “et al”. Buenos Aires. Ediar: 66p

debiese existir distinciones por orientación sexual ya que contradice al núcleo del principio de la igualdad y no discriminación.

Por otra parte, el profesor Claudio Nash analiza el principio desde el punto de vista estatal, señalando que “para que exista discriminación, la acción estatal deberá consistir en una distinción, exclusión, restricción o preferencia, lo que implica necesariamente un elemento comparativo. Esto es, para que exista situación de ser tratada por el Estado en forma similar o diferente”.<sup>80</sup>

En el mismo sentido, el profesor Gabriel Hernández establece que “la igualdad debe ser concebida en un sentido material y no en un meramente formal. Esto quiere decir que el derecho debe dar cuenta de las características y circunstancias que sirven de base al tratamiento igualitario y no sólo otorgar beneficios o imponer cargas a un determinado grupo sin más, de manera de contentarse con cumplir con una igualdad normativo-formal”.<sup>81</sup>

A modo ejemplificador, podemos mencionar el caso ocurrido el veintiséis de junio del año 2015 en Estados Unidos. A pesar que en varios Estados de este país ya se reconocía no solo el matrimonio igualitario sino también la adopción

---

<sup>80</sup>NASH, C. 2012. Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile: Recepción y Aplicación en el ámbito interno. Santiago de Chile. Centro de Derechos Humanos: 39p. En sentido, se expone que “la protección de los derechos humanos del conglomerado social se encuentra en cabeza de los Estados, lo cual implica que sus esfuerzos deben encaminarse a la creación de políticas públicas orientadas a garantizar a través de medios idóneos los derechos de grupos discriminados y marginados de la sociedad, obligación sustentada en los principios y en los derechos constitucionales a la dignidad humana”. Citado desde: BERNAL, P.2015. La familia como Derecho Humano de la comunidad LGBTI en Colombia. Revista Prolegómenos: Derechos y Valores. XVIII (36):37p.

<sup>81</sup>HERNÁNDEZ, G. 2009. Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo. Santiago. Editorial Arcis: 153-154 p.

de NNA a parejas homosexuales, existían aún Estados que rechazaban esta idea. Sin embargo, “catorce parejas del mismo sexo y dos hombres cuyas parejas del mismo sexo habían fallecido presentaron demandas en diferentes tribunales de distrito federales en sus estados de origen, alegando que los funcionarios del estado demandado violan la enmienda constitucional decimocuarta al negarles el derecho a casarse, que sí era posible hacerlo en otros estados. Cada tribunal de distrito falló a favor de los peticionarios, pero uno de ellos lo hizo en contra. Ante estas soluciones totalmente contradictorias, el caso llega a la máxima instancia judicial del país”.<sup>82</sup>

Dentro de los argumentos expuestos por la Corte Suprema de Estados Unidos encontramos “1) la interacción o interrelación entre matrimonio y el concepto de la autonomía individual, es decir, entre matrimonio y libertad; 2) siguiéndose la doctrina del caso «Griswold v. Connecticut», en el que se defendió la protección del derecho de las parejas casadas a usar anticonceptivos, se afirma que hay un derecho fundamental a proteger las asociaciones/uniones de personas a disfrutar de su intimidad; 3) el derecho a contraer matrimonio relacionado con la salvaguarda y protección de las familias y de los niños, por lo tanto, al reconocer el matrimonio a la par, protegen otros derechos conexos como lo relativo a la procreación, crianza y educación de los hijos y 4) la consideración

---

<sup>82</sup>HERRERA, M. 2015. Cuando el principio de igualdad y no discriminación se expande: el matrimonio entre parejas del mismo sexo en Estados Unidos. Argentina. Microjuris.

de que el matrimonio es una piedra angular del orden social de la Nación, citándose el caso «Maynard v. Hill».<sup>83</sup>

Ante lo anterior, el máximo Tribunal de Estados Unidos falla fijando un hito histórico: decidió que personas del mismo sexo pueden contraer matrimonio y los Estados deben reconocer este derecho basado en su Décimo Cuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos.<sup>84</sup>

En el derecho nacional, la Constitución Política de la República establece la igualdad ante la Ley en el artículo 19 N°2.<sup>85</sup>

Por otro lado, los artículos que establece la CADH, su reconocimiento internacional y nacional a través del artículo quinto inciso segundo de nuestra Constitución Política de la República la cual exige que se encuentre ratificada la norma internacional y por tanto, según lo que señala el profesor Nash tendrían “rango constitucional a los derechos y obligaciones establecidos en los tratados

---

<sup>83</sup>Ídem.

<sup>84</sup>Esta enmienda en su sección uno establece que “Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos, y sujeta a su jurisdicción, es ciudadana de los Estados Unidos y del Estado en que resida. Ningún Estado podrá crear o implementar leyes que limiten los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá ningún Estado privar a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal; ni negar a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección legal igualitaria”. Por tanto, la decisión de la Máxima Corte se basa en el principio de igualdad entre las personas heterosexuales como la de homosexuales y en el principio de libertad individual. Ídem.

<sup>85</sup> El artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República “se refiere también a la consecución de la igualdad real en su artículo primero, en cuanto establece: a) que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir en crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución establece; y b) en cuanto que es deber del Estado asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. Esta segunda dimensión del principio de igualdad se denomina igualdad material o real y busca, concretizar, hacer realidad, el principio de igualdad consagrado normativamente”. BOBBIO, N. 1993. Igualdad y Libertad. Barcelona: Ediciones Paidós-I.C.E de la Universidad Autónoma de Barcelona: 75p EN LATHROP F. 2012, Ante la Ilustrísima Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informe Pericial Caso N° 12.502 Karen Atala Riffo y otras vs. Chile. Revista de Derecho Escuela de Postgrado. (2): 162p.

internacionales ratificados por Chile en todo su acervo: catálogo de derechos con su acervo jurisprudencial, obligaciones generales, normas de resolución de conflictos (suspensión de derechos y restricciones legítimas), de forma tal que se haga efectivo el pleno goce y ejercicio de los mismos”.<sup>86</sup>

En el año 2009 Chile en el Examen Periódico Universal de la ONU se compromete a aplicar los “Principios de Yogyakarta”, orientados al género, la sexualidad y la discriminación, dispuestos el año 2007 en donde exige que los Estados para mantener el principio de la igualdad de la ley y la no discriminación deben “adoptar todas las medidas legislativas y de otra índole que resulten apropiadas para prohibir y eliminar la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en las esferas pública y privada.”

No obstante, y como ya lo hemos mencionado anteriormente, aún existen falencias en temas de discriminación sexual. Si bien, se aceptó un tipo de familia homoparental, esto es, aquella en el que la pareja acuerda civilmente, aún no se legisla respecto al matrimonio igualitario y familia homoparental. Por ende, coexisten personas heterosexuales que tienen la posibilidad de contraer matrimonio y personas homosexuales, quienes no pueden obtener los derechos y deberes que provienen de este contrato.

---

<sup>86</sup>NASH, C. 2012. Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile: Recepción y Aplicación en el ámbito interno. Santiago de Chile. Centro de Derechos Humanos: 23p.

En materia de filiación, la posibilidad de reconocer o de adoptar un hijo/a también es diferente entre personas de distinto y del mismo sexo.

Algunas modificaciones que apuntan a resguardar el derecho de igualdad ante la ley lo encontramos en la Ley N° 19.585, la cual nace tras una serie de modificaciones al Derecho de Familia. En este proceso de reforma de los principios reguladores de familia chilena, se reconoce como uno de los puntos más significantes a la reforma de las relaciones paterno filiales, ocurrida el año 1998 por medio de la ley N° 19.585. En ésta, se estructuran los vínculos de filiación conforme al principio de igualdad y al interés superior del niño, eliminando la distinción hasta entonces existente entre hijos legítimos, ilegítimos y naturales, reconociendo los mismos derechos para todos ellos, con una prescindencia casi absoluta acerca de cuál será el marco que rige la relación de pareja de los progenitores.<sup>87</sup>

Esta modificación busca que no existan diferencias entre NNA y que todos aquellos hijos/as, sean reconocidos o adoptados por sus progenitores, posean los mismos derechos sin distinción alguna.

No obstante, este derecho no engloba toda la normativa filiativa y es por esto, que se señala que la situación de aquellos niños, niñas y/o adolescentes criados y educados por padres/madres homosexuales no se encuentra

---

<sup>87</sup>CORNEJO, P. y ARANCIBIA, M. 2014. El Derecho de Familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos. Revista Ius Et Praxis: 284 p.

decretada. Por consiguiente, NNA que conviven con parejas homosexuales se encuentran en un desamparo estatal absoluto. Ante esto, ¿existe una efectiva igualdad ante la ley para todos los NNA? El cuestionamiento es evidente ya que, a pesar de la existencia de familias homoparentales, no hay proyectos de ley actuales que se hagan cargo de ellas, quedando en un punto de desprotección.

A pesar que el Estado de Chile está obligado a prevenir o sancionar todo tipo de actuaciones que sean contrarias al principio de igualdad, éste en la práctica no se concreta.

A modo de ejemplo, nos referiremos al caso presentado ante la Corte IDH por Karen Atala Riffo. En este proceso, se expone que un supuesto discriminatorio que establece el Estado de Chile al no permitir que Karen Atala tenga la tuición de sus hijas sólo por el hecho de tener una condición sexual diferente. En uno de sus argumentos, la Corte es enfática “los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que,

bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”<sup>88</sup>.

El Estado de Chile omite regular situaciones de hecho, como es el caso a NNA que son formados por parejas homosexuales, y solo lo reglamenta a NNA que son criados y educados por padres. Es por esto que “si hablamos de derechos humanos hablamos de obligaciones por parte del Estado, de las responsabilidades del Estado asume de respetar y proteger esos derechos. Es decir, de no ser el propio Estado el que discrimine.” <sup>89</sup>

#### **1.2.1.2. Derecho a formar una familia**

En este apartado se considerarán las mismas nociones de familia y de familia homoparental establecidas en la primera parte de este capítulo.

La CADH agregó al término “condición social” de su artículo primero la orientación sexual de las personas, y en conjunto con los principios de Yogyakarta celebrado por esta misma Convención, se expresa que “que toda persona tiene derecho a formar una familia con independencia de su orientación sexual o identidad de género y que los Estados deberán adoptar medidas

---

<sup>88</sup> Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de febrero de 2012. Caso Karen Atala Riffo y niñas: 28p.

<sup>89</sup> ROTENBERG, E. y AGREST, B. 2007. Homoparentalidades: Nuevas familias. Lugar Editorial. Buenos Aires: 58p.

legislativas, administrativas o de otra índole que igualen el derecho de las personas del mismo sexo respecto de las personas de distinto sexo”.<sup>90</sup>

Por su parte, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre establece en su artículo que “toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.”

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo dieciséis dispone que: “1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio; 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrán contraerse el matrimonio; 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”<sup>91</sup>

El profesor Estrada expone que el artículo dieciséis de la Declaración Universal de los Derechos Humanos da hincapié a la familia derivada exclusivamente de la celebración del matrimonio. Ésta crítica ya ha sido analizada nos parece acertada ya que esta Declaración del año 1948 insiste en el matrimonio como derecho fundamental, promoviendo dos situaciones ajenas

---

<sup>90</sup> Matrimonio igualitario y derecho constitucional de familia Ley 26.618. 2010. Por Andrés Gil “et al”. Buenos Aires. Ediar: 46p.

<sup>91</sup>CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1991. Convención Americana de los Derechos Humanos, enero de 1991

al ordenamiento jurídico: la existencia de un derecho fundamental que sólo se puede ejercer en atención a la condición de género y no en razón de la calidad de la persona y el otorgamiento de la condición de derecho fundamental a la celebración del contrato matrimonial y no a la constitución de la familia.<sup>92</sup>

La sentencia dictada por Corte IDH en el caso Atala y Riffo, la Corte también resuelve sobre esta temática y nos permite obtener un modelo respecto a este principio. El artículo primero inciso primero y el artículo diecisiete de la Convención Americana de los Derechos Humanos<sup>93</sup> son explicitados en el considerando N° 176 de la sentencia ya que la Corte se hace cargo de los testimonios expuestos por Karen Atala en tribunales internos donde señala que “éramos una familia absolutamente normal. Un niño, tres niñas, un gato, un perro, una perra, una casa, teníamos proyecto como familia. Teníamos sueños como familia”.<sup>94</sup> Ante esta prueba testimonial, el CIDH señala que “por tanto, es visible que se había constituido un núcleo familiar que, al serlo, estaba protegido por los artículos 1.1.2 y 17.1 de la Convención Americana, pues existía una convivencia,

---

<sup>92</sup>ESTRADA, S. 2011. Familia, matrimonio y adopción: algunas reflexiones en defensa del derecho de las parejas del mismo sexo a constituir familia y de los menores a tenerla. Revista de Derecho Universidad del Norte (36): 151p.

<sup>93</sup> El artículo diecisiete de la CADH establece que: “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado; 2. 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 estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención; 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes; 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos; 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”. Ídem.

<sup>94</sup>Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de febrero de 2012. Caso Karen Atala Riffo y niñas:57p.

un contacto frecuente, y una cercanía personal y afectiva entre la señora Atala, su pareja, su hijo mayor y las tres niñas. Lo anterior, sin perjuicio de que las niñas compartían otro entorno familiar con su padre”.<sup>95</sup>

Otro ejemplo de este principio, lo encontramos en el caso “Braschi vs. Stahl” (1989), la Corte de Apelaciones de New York, Estados Unidos, quien reconoce en una pareja de homosexuales el derecho de familia que se da en contra de desalojos forzosos cuando uno de ellos sea el fallecido titular de un contrato de alquiler. Basado en una reciente percepción de “familia”, la misma Corte de Apelaciones fundamenta su sentencia “el termino de familia no puede ser restringido rígidamente a las personas que han formalizado su relación obteniendo, por ejemplo, un certificado de matrimonio o una orden de adopción. Por el contrario, la familia se origina en la exclusividad y longevidad de la relación y el nivel de compromiso emocional y financiero”.<sup>96</sup>

Como se ha reflexionado, la familia proviene de una construcción social que se plasma en un precedente legal. Son los cambios de nuestra sociedad los que deben observarse no sólo desde un punto de vista antropológico sino también jurídico, de tal manera de revestir todas aquellas lagunas legales que causen desprotección o desigualdad.

---

<sup>95</sup>Ídem.

<sup>96</sup> MEDINA, G. 2001. Uniones de hecho homosexuales. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni: 213p

Lo dispuesto por Diana Maffia refuerza nuestros dichos ya que dispone que “la familia es una unidad natural; que hay algo que los sujetos pactan, organizan entre sí voluntariamente mediante un contrato, pero que hay un núcleo que es como los átomos de esa configuración, y ese átomo es la familia”<sup>97</sup>

### **1.2.2. Derechos de niños, niñas y/o adolescentes involucrados en familias homoparentales**

La Convención de los Derechos del Niño fue ratificada por Chile en el año 1990 en conjunto con cincuenta y siete países. En esta Convención se estableció la protección de diversos derechos y principios que protegen al niño, niña y/o adolescente.

Antes de comenzar con la revisión de cada derecho, explicaremos una regla fundamental que da inicio a esta discusión: el niño como sujeto de derecho y no como objeto de derecho. Lo anterior significa que “la Convención se fundamenta en la doctrina de la protección integral, que reconoce a los niños como sujetos de derecho y ello implica que tienen capacidad, de acuerdo a su desarrollo, para involucrarse en los asuntos que les conciernen, asumiendo, de

---

<sup>97</sup> ROTENBERG, E. y AGREST, B. 2007. Homoparentalidades: Nuevas familias. Lugar Editorial. Buenos Aires: 58p.

igual modo, las responsabilidades inherentes al cumplimiento de deberes, es decir, les otorga el ejercicio paulatino de la ciudadanía”.<sup>98</sup>

Esta perspectiva de la Convención entiende que los NNA no son objeto de derecho, sino que son capaces de poder exigir aquellos derechos a las instituciones correspondientes.

Es por esto que la Convención da un vuelco a la doctrina de la situación irregular y la modifica por la doctrina de la protección integral. La doctrina de la situación irregular, consideraba que los niños eran incapaces de hacerse cargo de sus propias acciones: “por ello, se constituían en objetos pasivos de la intervención “proteccionista” o represiva del Estado. Además, esa doctrina creaba una distinción entre “niños”, que tenían cubiertas sus necesidades básicas, y “menores”, que eran miembros de la población infantil con sus necesidades básicas insatisfechas, y se encontraban, por lo tanto, en una “situación irregular”. Para este segundo grupo, el sistema tendía a judicializar e institucionalizar cualquier problema vinculado con su condición de menores, y la figura del “juez tutelar” sobresalía como una forma de restituir las carencias del niño”.<sup>99</sup>

Actualmente, la Convención dispone la doctrina de la protección integral, por ende, ya no se habla de menores sino de NNA, y se les reconoce la condición

---

<sup>98</sup>FREITES, L..2008. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: Apuntes Básicos. Venezuela. Universidad de Carabobo: 432p.

<sup>99</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-17/2002: 15p.

de sujetos de derecho, se incluyen a todas y todos, se promueven sus derechos, se asume el carácter de personas en desarrollo, capaces de ir, progresivamente, adquiriendo responsabilidades, con potestad para expresar su opinión. <sup>100</sup>

Un ejemplo de que los niños sean sujetos de derecho es que éstos sean oídos en procedimientos judiciales, que sean responsables de los actos penales cometidos ante el Juez de Familia. Por otro lado, la patria potestad se cambia el nombre a responsabilidad parental.

---

<sup>100</sup>FREITES, L. 2008. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: Apuntes Básicos. Venezuela. Universidad de Carabobo: 433p.

### 1.2.2.1. Principio rector: Interés superior del niño

El principio rector de la Convención Internacional de los Derechos del niño es el principio del Interés Superior del Niño, el cual se encuentra definido en su artículo veintiuno.<sup>101</sup>

El artículo doscientos veintidós de nuestro Código Civil dispone que “La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades”.<sup>102</sup>

Por su parte el artículo dieciséis inciso segundo de la Ley N° 19.968 establece que “esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de

---

<sup>101</sup> Además, en su artículo tercero dispone “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”. Citado desde: CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1990. Convención Internacional de los Derechos del Niño, septiembre 1990.

<sup>102</sup> CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. DFL 1, mayo 2000.

familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”.<sup>103</sup>

Finalmente, el artículo primero de la Ley N° 19.620 señala expresamente “la adopción tiene por objeto velar por el interés del adoptado”. Lo cual lo reitera el artículo tercero y quinceavo.

En su definición, el interés superior del niño es entendido como “la premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia, y que constituye, por ello, un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de decisiones relacionadas con los niños”.<sup>104</sup>

Desde esta perspectiva “este interés está unido al ejercicio de sus derechos fundamentales, los que deben ser respetados en las distintas etapas de desarrollo de la niñez. De esta forma, el interés superior inspira toda la normativa sobre las relaciones paterno-filiales, pero también es fuente de orientación para la interpretación de las normas y para resolver conflictos de normas o colisión de derechos”.<sup>105</sup>

El interés superior del niño es una garantía que se representa a través de acciones o procesos, que protegen la dignidad y las condiciones físicas y/o

---

<sup>103</sup> CHILE. Ministerio de Justicia. 2004. Crea los Tribunales de Familia, agosto 2004. En el mismo sentido, el artículo tercero inciso primero de la Ley N° 19.947 dispone que “Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil”. Citado desde: CHILE. Ministerio de Justicia. 2004. Establece nueva ley de matrimonio civil, mayo 2004.

<sup>104</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2002. Opinión consultiva OC-17/2002: 16 p.

<sup>105</sup> LEPIN, C. 2014. Los nuevos principios rectores del Derecho de Familia. Revista Chilena de Derecho Privado (3): 37p.

afectivas de los NNA. Esta garantía o principio rector, debe ser promovida por los países miembros por lo que las legislaciones internas deben ajustarse a él. En el caso de Chile, sus normas jurídicas persiguen proteger el interés de todo NNA y, por tanto, se contempla esta protección en materia de cuidado personal, regímenes comunicacionales, sistema de adopción, entre otros.

A continuación, expondremos dos posiciones referentes a este principio según los argumentos a favor y en contra de las familias homoparentales y de la crianza de hijos/as en base a argumentos doctrinarios y fundamentos provenientes de la sentencia dictada por la CIDH en caso Karen Atala e hijas.

#### **A. Los NNA deben formarse siempre al alero de una familia tradicional**

Existe una crítica que se ha generado en este último tiempo respecto a que permitir que personas homosexuales tengan relaciones filiales con NNA. Se piensa que las familias homoparentales, al no ser familias tradicionales, no podrán educar adecuadamente a los hijos/as que la conformen.

Se ha rechazado la posición referente a la adopción homoparental ya que se estipula que un NNA que proviene de una familia biológica vulnerable y, por ende, que ya no puede ser restituida, no mejorará su condición en una familia adoptiva que eventualmente es disfuncional. Bajo este precepto, y según el principio del interés superior del niño, se estaría vulnerando los derechos y garantías del aquel niño que viva al alero de una familia homoparental ya que no

se encuentra vinculada a un concepto tradicional de familia (matrimonio constituido por un padre y una madre). En este sentido, el profesor Hernán Corral dispone que “con todo, habrá que ver si la relación natural de la filiación surgida de la procreación no sufre el mismo proceso de privatización y subjetivización que ha afectado a las relaciones entre hombre y mujer. Se podría pensar que algo de esto se produce con la adopción, que constituye una relación filiativa en ausencia de un ligamen biológico. Pero nos parece que aquí no existe ese riesgo desde que se entiende que la adopción es una medida remedial, subsidiaria y de carácter excepcional, que opera siempre en beneficio del niño adoptado y no en interés de los padres adoptivos. La filosofía de la adopción es proporcionar una familia a un niño que ya existe y que se encuentra en desamparo; no es proporcionar un niño a una persona para satisfacer sus ansias de paternidad o maternidad.”<sup>106</sup> Entonces, se plantea que sería una técnica egoísta e individualista, vinculada a la necesidad de padres homosexuales por criar hijos/as y no a la protección del interés superior.

Este pensamiento se desmorona al momento de conceptualizar la capacidad de los adoptantes. No necesariamente un adoptante proveniente de una familia tradicional tendrá mejores aptitudes que aquel que conforma otro tipo

---

<sup>106</sup>CORRAL, H. 2015. ¿Del Derecho de Familia a un Derecho de las Familias? Reflexiones críticas sobre la teoría de la “pluralidad de formas de familia”. Revista de Derecho de Familia II (6):44p.

de familia. El cuidado y la educación de un futuro hijo/a debe basarse en aptitudes de crianza y educación y no por el vínculo que los adoptantes tienen entre ellos.

En este sentido, la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso Atala y niñas, se refiere a este punto señalando que “la Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen una vida en común por fuera del matrimonio”.<sup>107</sup>

#### **B. La discriminación afecta al interés superior del NNA**

Otra posición que se sustenta al alero de este principio rector es que los hijos/as que convivan con una pareja del mismo sexo será discriminada en su entorno, afectando profundamente su interés superior. En el sentido recién expuesto se disponen cuatro cosas: “primero, que los hijos criados por personas del mismo sexo arriesgan “salir” homosexuales o presentar mayores confusiones respecto de su identidad sexual, lo cual sería pernicioso; segundo, que aquellos no podrá ser formados en roles de género acordes a su sexo morfológico; tercero,

---

<sup>107</sup>Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de febrero de 2012. Caso Karen Atala Riffo y niñas: 49p.

que desarrollan malos hábitos, atendida su condición homosexual de los miembros de la pareja y; cuarto, que el niño/a y discriminado socialmente”.<sup>108</sup>

Sin embargo, y según todo lo anteriormente cuestionado y demostrado en el apartado de esta tesis respecto a las principales críticas a la familia homoparental, podemos señalar que las personas homosexuales se encuentran capacitadas para poder educar y criar NNA porque al ser un derecho inalienable de las personas, ellos no pueden ser excluidos sólo por su condición sexual. Por otro lado, los NNA también tienen derecho a participar en una familia homoparental y a no ser discriminados por sus pares, siendo ésta una de las grandes tareas que tiene el Estado de Chile.<sup>109</sup>

En el caso Atala y Riffo, se explícita la posición de la Corte Suprema referente al prejuicio de las familias homoparentales ya que argumenta que el “mundo social de las hijas las discriminaría y rechazaría por vivir con una madre lesbiana”<sup>110</sup>. Respecto a esto, la CIDH “considera que, para justificar una diferencia de trato y la restricción de un derecho, no puede servir de sustento la alegada posibilidad de discriminación social, probada o no, a la que se podrían

---

<sup>108</sup>HERNÁNDEZ, G. 2009, Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo. Santiago. Editorial Arcis: 103-104p.

<sup>109</sup> “Podría decirse que la evolución de las sociedades contemporáneas tiene un costo, que a veces-como en este caso-toca a los niños compartir; aunque el sufrimiento pueda evitarse o minimizarse, la configuración de una sociedad pluralista e inclusiva recomienda no hacerlo. Pero si esto es así, entonces se estaría admitiendo que el interés superior del niño se subordina al progreso social: los menores merecen protección siempre y cuando esta protección no impida alcanzar una sociedad más incluyente de todas las opciones de vida”. Citado desde: SILVA, L. 2012. Orientación sexual y parentalidad. Comentario crítico a la sentencia Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Revista de Derecho Escuela de Postgrado (2): 248p.

<sup>110</sup>Lathrop, F. 2012. Ante la Ilustrísima Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informe Pericial Caso N° 12.502 Karen Atala Riffo y otras vs. Chile. Revista de Derecho Escuela de Postgrado (2): 194p.

enfrentar los menores de edad por condiciones de la madre o el padre. Si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios. Los Estados están internacionalmente obligados a adoptar medidas que fueren necesarias “para hacer efectivos” los derechos establecidos en la Convención, como se estipula en el artículo segundo de dicho instrumento interamericano por lo que deben propender, precisamente, por enfrentar las manifestaciones intolerantes y discriminatorias, con el fin de evitar la exclusión o negación de una determinada condición”.<sup>111</sup>

No obstante, el autor Luis Silva establece que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se equivoca al fallar en contra del Estado de Chile y afecta al interés superior de las niñas.<sup>112</sup> Este razonamiento se basa en la distinción que existe en la condición de homosexual, por ende, “para determinar que la decisión sobre la tuición fue discriminatoria, la Corte cambio las reglas del juego. Porque comenzó diciendo que nadie puede ser discriminado por su condición homosexual, y esto estoy de acuerdo. Pero luego explica que esto significa que

---

<sup>111</sup> Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de febrero de 2012. Caso Karen Atala Riffo y niñas: 41p.

<sup>112</sup> El autor argumenta según lo dispuesto por la CIDH en su considerando número 116: “Por otro lado, en cuanto al argumento de que el principio del interés superior puede verse afectado por el riesgo del rechazo por la sociedad, la Corte considera que un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o del padre no puede considerarse un daño válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño. Si los jueces que analizan casos como el presente constatan la existencia de discriminación social es totalmente inadmisibles legitimar en discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad. En el presente caso, el Tribunal resalta que, además, la señora Atala no tenía porque sufrir las consecuencias de que en su comunidad presuntamente las niñas podrían haber sido discriminadas debido a su orientación sexual”. Citado desde: Ídem. 15p.

nadie puede ser discriminado por la forma en como exprese su opción sexual. Y en esto no estoy de acuerdo, porque son dos cosas distintas. Y la diferencia entre las dos es importante desde la perspectiva de la protección de los niños, porque ser homosexual no implica amenaza, pero el modo de vivir la homosexual puede llegar a ser una amenaza”.<sup>113</sup>

En respuesta a Luis Silva, pienso que la CIDH fue criteriosa en su argumentación ya que no se basó en posibles hechos que pudiesen ocurrir con las hijas de Karen Atala sino que se fundó en los testimonios de las niñas para poder fallar y, por lo tanto, pudo sopesar la existencia o no de la discriminación social. La Corte dispuso que la Excelentísima Corte Suprema de Chile, se basó en posibles prejuicios, que podrían ocurrir en el caso que las niñas vivieran al alero de sus mamás. Por consiguiente, estableció en su párrafo noventa y siete que la Corte Suprema de Justicia invocó las siguientes razones para fundamentar su sentencia: “i) el presunto “deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvolvía la existencia de las menores [de edad], desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual” y los efectos que esa convivencia podía causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas; ii) la alegada existencia de una “situación de un riesgo para el desarrollo integral de las menores [de edad] respecto de la cual debían ser protegidas” por “la eventual confusión de roles

---

<sup>113</sup>SILVA, L. 2012. Orientación sexual y parentalidad. Comentario crítico a la sentencia Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Revista de Derecho Escuela de Postgrado (2): 245 p.

sexuales que podían producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino”; iii) la supuesta existencia de “estado de vulnerabilidad en su medio social” por el presunto riesgo de su estigmatización social y iv) la priorización de los intereses de la señora Atala a lo de las menores de edad “al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual”.<sup>114</sup> Estos argumentos y el lenguaje utilizado muestran un vínculo entre la sentencia y el hecho que la señora Atala vivía con una pareja del mismo sexo, lo cual indica que la Corte Suprema otorgó relevancia significativa a la orientación sexual.<sup>115</sup>

En conclusión, nuestra Corte Suprema argumentó en base a prejuicios disfrazados a través del principio del interés superior de las hijas de Karen Atala. No obstante, la mirada es otra: el interés superior se ve afectado cuando existen niños o niñas que no tienen derecho a criarse en una familia conformada por personas del mismo sexo. Cuando el Estado obliga a que los niños o niñas solo pueden ser parte de un tipo de familia, el interés superior de aquellos niños excluidos se ve perturbado.

---

<sup>114</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Chile de 31 de mayo del 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folios 2669 a 2677) EN Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2012. Caso Atala/ Riffo y niñas: 36 P.

<sup>115</sup> Sentencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 febrero del 2012. Caso Atala/ Riffo y niñas: 36p.

### **1.2.2.2. Derecho a la Identidad y el Derecho a formar una familia y pertenecer a ésta.**

El derecho a la identidad se encuentra consagrado en el artículo octavo de la Convención de los Derechos del Niño, el cual dispone lo siguiente: “1. 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; 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.”<sup>116</sup>

Para entender el derecho a la identidad, debemos aclarar que “la identidad del ser humano presupone un complejo de elementos, una multiplicidad de aspectos relacionados entre sí, de carácter espiritual, psicológico o somático conviviendo con aspectos culturales, ideológicos, religiosos o políticos.”<sup>117</sup>

Como en Chile existen familias homoparentales, podemos constatar que muchos NNA han forjado su Derecho a la Identidad en base a este tipo de familias. Todas las familias son distintas por lo que su riqueza va a depender del

---

<sup>116</sup>CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1990. Convención Internacional de los Derechos del Niño, septiembre 1990.

<sup>117</sup>ROTENBERG, E. y AGREST, B. 2007. Homoparentalidades: Nuevas familias. Lugar Editorial. Buenos Aires: 71p.

tipo de crianza que los padres den a NNA. Por tanto, el derecho a la identidad se genera bajo el presupuesto de que un NNA pueda identificarse con su familia sin mediar discriminación social. Si una familia homoparental tiene progenitores competentes e idóneos para una crianza saludable, no hay fundamento para excluirla.

El NNA comienza entonces a cuestionarse respecto a qué es lo correcto y que no, todo en base a la constante discriminación que las personas ejercen sobre ellos. El Estado entonces, debiese tomar bajo esta posición un rol protagónico de educación para lograr que esta discriminación disminuya y que todos los NNA se vean incluidos en otros círculos de NNA. Esto fortalecerá que NNA no pierdan su derecho de identidad que se conforma en cada familia, sino que, logre reflejarla a otras personas y que estas aprendan de otro tipo de familia.

Los derechos anteriormente nombrados tienen completa relación con el derecho de formar una familia. Todos los NNA tiene el derecho de desarrollarse en el seno de una familia, cuando se habla de adopción por ejemplo se señala que “Es aquí donde debe recordarse una máxima del régimen jurídico de la adopción en consonancia con la doctrina internacional de derechos humanos: no hay un derecho a ser padre sino un derecho de todo niño a vivir en familia”<sup>118</sup>

---

<sup>118</sup>Matrimonio igualitario y derecho constitucional de familia Ley 26.618. 2010. Por Andrés Gil “et al”. Buenos Aires. Ediar: 403p.

### **1.3. La discriminación a padres homosexuales y a niños, niñas y/o adolescentes que provienen de familias homoparentales.**

El objetivo de este subcapítulo es enfocarnos en la discriminación que sufren las parejas del mismo sexo que forman una familia y los NNA que conviven con ellos. Ya adelantamos la discriminación que se realiza a través de las críticas establecidas por los opositores a estos vínculos. El fundamento de esta investigación es que la discriminación a familias homoparentales es consecuencia de los estereotipos y los prejuicios.

Para empezar, los estereotipos o arquetipos “son creencias, ideas y sentimientos negativos o positivos hacia ciertas personas pertenecientes a un grupo determinado. Cuando se realiza una valoración negativa de un grupo en base al estereotipo, el resultado es el prejuicio. Cuando los prejuicios llevan a una persona a actuar de un modo determinado respecto al grupo o individuo prejuizado, el resultado es la discriminación.”<sup>119</sup>

El autor Daniel Borillo expone la definición de discriminar señalando que “significa tratar de manera menos favorable a una persona (física o moralmente) de otra en una situación análoga”.<sup>120</sup> Desde este concepto, propone tres elementos de la discriminación a los que denomina: Tracto, Criterium y Spatium.

---

<sup>119</sup> TORO-ALFONSO, J. 2012. El Estado Actual Sobre Discriminación Sexual. *Terapia Psicológica* XXX (2): 73p.

<sup>120</sup> BORILLO, D. 2013. Elementos para una teoría general de la igualdad y la no-discriminación a partir de la experiencia del derecho europeo. *Revista de la Facultad de Derecho: Pontificia Universidad Católica del Perú* (71): 547p.

El elemento Tracto o tratamiento puede expresarse de dos formas: discriminación directa o una indirecta. Ésta última es derivada de los efectos de la primera. Sólo el primer tipo de discriminación conlleva a responsabilidad porque en la discriminación indirecta “no existe ninguna responsabilidad individual sino un efecto o resultado discriminatorio que se puede constatar”.<sup>121</sup>

Otro elemento es el Criterium que consiste en el “vínculo de causalidad entre el tratamiento menos favorable y el criterio prohibido. En ausencia de un nexo de causalidad, no habrá discriminación”.<sup>122</sup>

Finalmente, está el elemento llamado Spatium que es el perímetro de protección contra la discriminación<sup>123</sup>. Este perímetro va a ser determinado por cada legislación. Es por esto, que existen países con rangos de protección mayores a otros ya que no existe un reglamento estricto de antidiscriminación sino que principios o bases internacionales a los que cada país se va adaptando a medida que se modifiquen las normas jurídicas.

Respecto al concepto de discriminación en el Derecho Internacional podemos señalar que el “Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha expresado que no toda diferenciación de trato constituiría una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto Internacional de Derechos

---

<sup>121</sup> Ídem: 548 p.

<sup>122</sup> Ídem: 553 p.

<sup>123</sup> Ídem: 554 p.

Civiles y Políticos. De este modo, resulta posible entender que se está frente a una discriminación si se produce una diferencia de trato que no es razonable ni objetiva, ni persigue un fin legítimo en virtud de dicho Pacto”<sup>124</sup>.

Nuestra Carta Magna no establece explícitamente el concepto de discriminar, sin embargo, aparece tácitamente en el artículo 19 N° 1 en el cual se desarrolla la igualdad ante la ley. En base a este artículo se interpreta la norma jurídica y se desarrolla un concepto referente a la discriminación, por tanto, el autor Nogueira señala que “una discriminación es toda diferenciación hecha sobre sus fundamentos no razonables, irrelevantes o desproporcionados”.<sup>125</sup>

En el derecho europeo se determina que los Estados miembros se encuentran obligados a aplicar la normativa en materia de lucha contra la discriminación y a promover la igualdad”.<sup>126</sup> Este punto es relevante, ya que no sólo se restringe a legislar normas referentes a la discriminación sino que se entiende, que la discriminación como tal es un rasgo social que no debe ser obviado sino que promovido a través de principios de igualdad.

En nuestro país, la discriminación no ha sido tratada cabalmente y aún hay desafíos por cumplir. Sólo después de la muerte de Daniel Zamudio<sup>127</sup>, se otorga

---

<sup>124</sup> DIAZ, I. 2013. La Ley chilena contra la discriminación. Una evaluación desde los derechos internacional y constitucional. Revista chilena de Derecho II (40): 637p.

<sup>125</sup> NOGUEIRA, H. 2008. Derechos fundamentales y garantías constitucionales. Santiago de Chile. Librotecnia II EN DIAZ, I. 2013. La Ley chilena contra la discriminación. Una evaluación desde los derechos internacional y constitucional. Revista chilena de Derecho II (40):640p.

<sup>126</sup> Ídem: 555 p.

<sup>127</sup> La ley Antidiscriminación fue propuesta en el gobierno de Sebastián Piñera en el año 2012 luego de un ataque de neonazis en contra de un joven homosexual llamado Daniel Zamudio. El ataque consistió en distintas golpizas y

urgencia en el Congreso al proyecto de ley referente a medidas de antidiscriminación. La actual Ley N° 20.069 prohíbe y sanciona actos discriminatorios y arbitrarios. Sin embargo, no crea ninguna institución que promueva la igualdad.

En cambio, en Francia existe desde el año 2011 una institución denominada “Defensor de Derechos” que actúa frente a casos de discriminación. “Los particulares pueden acudir directamente al Defensor de Derechos o este puede acompañar a las víctimas asistiéndolas en el proceso. También tiene el poder de proponer mediación, permitiendo así la resolución del conflicto a nivel informal”.<sup>128</sup>

Por consiguiente, para disminuir los niveles de discriminación es ineludible sistematizar las normas jurídicas que sancionen actos discriminatorios y promover la igualdad como método preventivo antidiscriminatorio.

---

vejámenes que terminaron con la vida del joven luego de una larga lucha por mantenerse en vida. El revuelo social que causó la noticia, fue considerado por el gobierno de turno para darle suma urgencia al proyecto de ley. La ley 20.069 fue promulgada el 12 de julio del año 2012 y publicada el 24 de julio del mismo año. Esta ley antidiscriminación tiene por objetivo enmarcar mecanismos judiciales ante actos discriminatorios arbitrarios. De tal manera que se restablezca el imperio del derecho cada vez que estos actos se produzcan.

<sup>128</sup> BORILLO, D. 2011. Halde: Actions, limites et enjeux. París: La Documentation Française, coll. Etudes et Recherches EN BORILLO, D. 2013. Elementos para una teoría general de la igualdad y la no-discriminación a partir de la experiencia del derecho europeo. Revista de la Facultad de Derecho: Pontificia Universidad Católica del Perú. 555p. En el mismo sentido, el profesor Borillo establece que en “el 2011, el DD ha recibido 8.183 reclamaciones en materia de discriminación, de las cuales el 23,5% se refería a la discriminación racial y el 23% a la discapacidad y la salud. El género aparece como la tercera categoría, con 11,6% de reclamos presentados. El principal es el empleo”. Ídem: 555 p.

La discriminación tiene diversas aristas tales como raza, nacionalidad, condición social u orientación sexual. A continuación, expondremos ejemplos referidos a la discriminación en materia de familia homoparental en Chile.

En primer lugar, el informe Anual de la Universidad Diego Portales, describe el caso de Doris Palma (que la organización lésbica Rompiendo el Silencio lleva a su cargo) en el cual su hija fue expulsada del Colegio Garden School en la comuna de La Florida Santiago porque sus madres son lesbianas. Según narra el Informe, “la directora del colegio y profesora a cargo del curso las denunció delante de otros apoderados, llevando a votación si los otros padres deseaban que la niña siguiera en el curso. ‘Los niños deben tener clara la correcta estructura familiar, y el colegio es una de las bases primordiales para enseñar lo que corresponde y lo correcto’, dijo la educadora.”<sup>129</sup>

Tal como indica la Encuesta Nacional UDP, elaborada por ICSO, esa percepción negativa, sin duda aún mayoritaria, está cambiando. Así, ante la pregunta de si una pareja de mujeres lesbianas puede criar a un hijo tan bien como una pareja heterosexual, en 2013 un 39% estaba de acuerdo o muy de acuerdo con esa aseveración. En 2010, por ejemplo, la cifra era de un 29,9%. En cuanto a una pareja de hombres gays, la respuesta positiva fue de un 34% en 2013 y un 23% en 2010. Respecto a la adopción por parte de parejas

---

<sup>129</sup> Universidad Diego Portales. 2014. Informe Anual de Derechos Humanos en Chile. Santiago de Chile: 490p.

homosexuales, en cuanto a si debieran tener derecho a ello, la respuesta positiva (acuerdo o muy de acuerdo) fue de un 32,6 % en 2013 y un 22% en 2010”.<sup>130</sup>

Por otro lado, diversos estudios psicológicos llegaron a la conclusión que no existen diferencias entre familias de padres heterosexuales y homosexuales, por lo que ambas familias son capaces de educar a sus hijos en base del amor y del respeto. Sin embargo, concluyen que existe una discriminación social hacia las familias homoparentales.

El ejemplo de Doris Palma, puede complementarse con estudios americanos que desde el año 2005 han avizorado la discriminación y la han estudiado a nivel de detalle.

Uno de los estudios es el de “USN National Longitudinal Lesbian and family study”, el cual busca determinar, a través de un análisis psicológico de adolescentes, cuáles son los factores de riesgo y cuáles son los cambios emocionales que tiene a sus diecisiete años. El seguimiento se realiza entre los años 1986 y 1992, y consiste en la investigación a ciento cincuenta y cuatro mujeres lesbianas que planifican su nacimiento mediante la inseminación artificial. Además, se buscan distintas observaciones a los cambios de conductas ya sean emocionales o sociales. El resultado es que no presentaron síntomas

---

<sup>130</sup> Ídem: 489p.

ansiosos depresivos, ni de timidez ni de problemas psicoanalíticos, dificultades cognitivas ni problemas de concentración.

No obstante, hubo altos índices de factores discriminatorios que afectaron a los adolescentes que, por lo general, provenían de sus establecimientos educacionales o de las actividades que realizaban.<sup>131</sup>

Otro estudio a mencionar, es el análisis que se realiza a diversos tipos de familia como: familias reconstituidas, adoptivas, de partos múltiples y de familias homoparentales. Este estudio concluye que las familias homoparentales tienen una necesidad de demostrar que eran una familia y que podían hacer bien su tarea como padres y madres.<sup>132</sup> La exigencia que tienen las familias homoparentales son basadas en los prejuicios que señalan sobre ellas. El mismo estudio demuestra que las familias homoparentales tienen mejores puntuaciones en niveles socioeconómicos, educativos y sociales. No obstante, los padres homosexuales tienen miedo a cometer errores porque piensan que si cometen algún error con sus hijos esto significaría un desprecio social o perder todo lo que han logrado.

---

<sup>131</sup> TASKER, F. 2005. Lesbian Mothers, Gay Fathers and Their Children: A review, *Developmental and Behavioral Pediatrics* 26: (3) En este sentido, las psicólogas del libro "Madres Lesbianas" recomiendan "no sólo hablar con el director del colegio de tu hijo sino también con el maestro. Significa que te asegures que el niño no esté expuesto a una retórica antigay en la iglesia o en la clase de religión". Citado desde: JOHNSON, S. y O'CONNOR, E. 2005. *Madres Lesbianas: guía para formar una familia feliz*. Buenos Aires: 34p.

<sup>132</sup> ARRANZ, E. "et al". 2010. Análisis de los Problemas y Necesidades Educativas de las Nuevas Estructuras Familiares. Madrid. *Intervención Psicosocial* 19(3): 248p.

En segundo lugar, se menciona como ejemplo de discriminación lo ocurrido en nuestro país con el recién publicado “Nicolás tiene dos papás”. Ya en el año 1989, en Estados Unidos se publica el cuento para niños llamado “Heather has two mommies”, este cuento relata la historia de Heather y su vida en conjunto con sus dos mamas. Veintiséis años después, el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual lanza en Chile, apoyado por la Junta Nacional de Jardines Infantiles, el cuento para niños de pre-kinder y kínder denominado “Nicolás tiene dos papás”, el cual explica la diversidad de familias desde el punto de vista de un niño.

Detractores exigieron la detención de las publicaciones de “Nicolás tiene dos papás”. Incluso, se interpuso un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en el cuál la Junta Nacional de Jardines Infantiles tuvo que responder ante la Corte disponiendo ésta última que “la recurrida, por su parte, ha rechazado derechamente las afirmaciones del recurrente, en cuanto a que no es efectivo que se vaya a distribuir el mentado cuento en los jardines infantiles bajo su dependencia”.<sup>133</sup>

En tercer lugar, se alude al caso de Karen Atala y niñas contra el Estado de Chile. En la sentencia dictada por la CIDH se dispone explícitamente que la Corte Suprema actuó de forma arbitraria e ilegal, manejando términos discriminatorios hacia Karen Atala y su pareja.

---

<sup>133</sup>Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago de 27 de noviembre de 2014, ROL:3656-14

El informe N° 42/08 en el cuál se establece la admisibilidad del caso Karen Atala y niñas en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos establece en los hechos que “el padre de las menores interpuso una demanda de tuición ante el Juzgado de Menores de Villarrica aduciendo que el descuido y desamparo de la madre a través de opción sexual distinta alejaba y afectaba a las menores de su normal y verdadero desarrollo, y destacaba el riesgo de las niñas de contraer enfermedades de transmisión sexual como el herpes y el SIDA”.<sup>134</sup>

Bajo el razonamiento anterior, la Corte Suprema resuelve rechazar el recurso interpuesto por Karen Atala y su pareja en base a prejuicios y su orientación sexual. Es por esto que la CIDH dispone que “al haber tomado como fundamento para su decisión la orientación sexual de la madre, la decisión de la Corte Suprema discriminó, a su vez, a las tres niñas, puesto que tomó en cuenta consideraciones que no habrían sido utilizado si el proceso de tuición hubiera sido entre dos padres heterosexuales. En particular, la Corte reitera que el interés superior del niño es un criterio rector para la elaboración de normas y aplicación de éstas en todos los órdenes de la vida del niño”.<sup>135</sup>

En conclusión, cabe preguntarnos ¿está dispuesta la sociedad chilena a aceptar a aceptar la familia homoparental? ¿podría negarse a que NNA convivan

---

<sup>134</sup>Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2008. Informe N°42/08: 4p.

<sup>135</sup> Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de febero de 2012. Caso Karen atala y niñas: 50-51 p.

con parejas del mismo sexo sólo porque aún no se acepta a éste tipo de familias?

¿la discriminación está por sobre el derecho de igualdad?

## **II. LEGISLACIÓN REFERENTE A LA HOMOPARENTALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO**

En la primera parte de esta tesis se detallaron los principios rectores que uniforman el reconocimiento de las familias homoparentales. En este segundo capítulo nos enfocaremos en estudiar sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con el fin de exponer y analizar la aplicación de principios internacionales y la evolución del reconocimiento de las familias homoparentales. Este mismo objetivo nos guiará en la exposición y análisis de las modificaciones realizadas en legislaciones de países europeos y latinoamericanos.

### **2.1 Discusión internacional respecto a la familia homoparental**

La familia homoparental es uno de los conceptos más novedosos y distintivos en las modificaciones del Derecho de la familia. Estos cambios nacen desde la cuna de las uniones o pactos civiles<sup>136</sup>, matrimonios igualitarios<sup>137</sup> y

---

<sup>136</sup> Entre los países que han regulado uniones civiles podemos mencionar: Francia (1999), Reino Unido (2004), Nueva Zelanda (2005), Colombia (2007), Uruguay (2007), Ecuador (2008), Chile (2015), entre otros.

<sup>137</sup> Países como Holanda, Bélgica, España, Canadá, Islandia y Argentina han acogido la adopción homoparental luego de aprobar el matrimonio igualitario. Sin embargo, Portugal, ha sido uno de los países que aprobó el matrimonio igualitario y no la adopción homoparental. De hecho, autores señalan que “la nota distintiva de esta legislación es que se refiere a la adopción, la cual se encuentra expresamente prohibida”. Citado desde: Matrimonio igualitario y derecho constitucional de familia Ley 26.618. 2010. Por Andrés Gil “et al”. Buenos Aires. Ediar: 186 p.

finalmente la adopción homoparental.<sup>138</sup> Actualmente, los países regulan y discuten el respeto por la diversidad familiar por lo que la homoparentalidad está en constante ascendencia.

### **2.1.1 Fallos dictados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación a la familia homoparental**

El continente europeo se regula internacionalmente por el “Tribunal Europeo de Derechos Humanos” o también llamado “Tribunal de Estrasburgo”. El TEDH es la máxima autoridad judicial que busca garantizar los derechos humanos o libertades fundamentales que han sido vulnerados a víctimas pertenecientes a países que han reconocido el “Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales” o cualquiera de los protocolos dictados luego del convenio.

El TEDH fue fundado el tres de septiembre de 1953 y fueron modificado sus estatutos el día primero de noviembre del año 1998. Su sede se encuentra en Estrasburgo, Francia. Su jurisdicción se inicia una vez que la víctima de vulneración de Derechos Humanos haya agotado todas las instancias administrativas y judiciales dentro de su país. Ante esto, tiene un lapso de seis

---

<sup>138</sup> El país pionero en el reconocimiento de la adopción homoparental es Holanda en el año 2001, seguido por Suecia en el 2003 y Bélgica en el 2006.

meses desde que se dictó la última sentencia para pronunciarse frente al TEDH.<sup>139</sup>

Según la profesora Ximena Gauché, el TEDH se ha basado en dos líneas argumentativas que se han ido conjugando a medida que se han presentado distintas peticiones de personas homosexuales que ven vulnerados sus derechos. Una de estas líneas se enfoca en la expresión “sexo”, que viene recogida en casi todas las cláusulas de no discriminación de tratados internacionales, sean abiertas o cerradas, autónomas o no autónomas, que incluye en sí misma la orientación sexual. Otra línea argumentativa son las cláusulas abiertas de no discriminación, las cuales permiten incluir como “cualquier otra condición social” o “cualquier otra situación” al criterio de la orientación sexual cuando en una aplicación carente de razonabilidad y objetividad en su justificación, existiendo una conducta de exclusión para el titular de algún derecho de que se trate, como el derecho a la vida privada y los relativos a la constitución de la familia.<sup>140</sup>

---

<sup>139</sup>El profesor Daniel Borrillo, nos señala que “desde 1954 hasta la entrada en vigor del Protocolo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, los individuos no podían tener acceso directo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sino que debían acudir a la Comisión, que establecía si el caso estaba bien fundado como para ser analizado en el Tribunal. El Protocolo 11, cuya vigencia se inició el treinta y uno de octubre de 1998, abolió la Comisión, y permitió que los individuos pudieran acudir al Tribunal directamente. Sin embargo, de acuerdo con el Protocolo 11, la Comisión continuó en funciones durante un año más (hasta el treinta y uno de octubre de 1999) para instruir los casos declarados admisibles por ella antes de la entrada en vigor del Protocolo”. Citado desde: BORRILLO, D.2011. De la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la Homofobia: El Tribunal europeo de Derechos Humanos y la orientación sexual. Revista de Estudios Jurídicos. Universidad de Jaén (11): 2p.

<sup>140</sup>GAUCHÉ, X. 2013. La orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación y su tratamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Revista de Derecho Universidad de Concepción: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. (233-234) LXXXI: 166-167p.

Según se expuso en el primer capítulo la homosexualidad ha sido criminalizada en diversos países. A pesar que se reconozca la discriminación por orientación sexual es necesario estudiar los casos más emblemáticos que han sido fallados por el TEDH para comprender que falta una postura más radical respecto al reconocimiento de las familias formadas por parejas homosexuales.

El profesor Claudio Nash, nos explica a través de la teoría de Rawls, que para llegar a legislar temas tan complejos como la adopción homoparental se debe iniciar con una serie de etapas anteriores a este tema; una primera etapa es aquella en que la sociedad comienza a respetar aspectos básicos de la elección individual sobre orientación sexual(...), una segunda etapa sería aquella en que se van acordando cuestiones de mayor profundidad y amplitud en materia de tolerancia hacia las personas por su orientación sexual. En esta línea podemos situar los debates sobre tuición y cuidado o cuidado personal de los hijos de personas homosexuales, el reconocimiento de ciertos derechos mínimos de carácter patrimonial (...) Por último, se está avanzando a una etapa de “consenso superpuesto”, en palabras de Rawls, mediante sendos debates en temas “duros” como lo son el matrimonio y la adopción.<sup>141</sup>

Esta postura que nos plantea el profesor Nash, se manifiesta en las sentencias dictadas por el TEDH. A medida que el lector avance en la exposición de los fallos podrá percibir que ninguno orienta sus argumentos al

---

<sup>141</sup> NASH, C. 2013. Matrimonio entre personas del mismo sexo. Una mirada de los Derechos Humanos EN: GOMEZ M. y LEPIN, C. Parejas Homosexuales ¿unión civil o matrimonial? Santiago de Chile. Legal Publishing: 199-200p.

reconocimiento, protección o promoción de la familia homoparental. De hecho, la Corte a través de sus resoluciones deriva esa responsabilidad a los Gobiernos de los países que están en la contienda.

### **2.1.1.1. Caso Dudgeon con Reino Unido**

Uno de los casos a recordar es por ejemplo, Dudgeon con Reino Unido <sup>142</sup> del veintidós de octubre del año 1981 en el cual “el Tribunal analiza si la prohibición penal de los actos homosexuales consentidos entre hombres mayores de veintiún años es proporcionada a la finalidad que alega el Gobierno del Reino Unido-la protección de la moral y de los derechos y libertades de los demás- el cual aduce la existencia de notables diferencias entre la opinión pública de Irlanda del Norte y la del resto del Reino Unido y de una presión social que exige la medida. El Tribunal considera, sin embargo, que ni estas razones ni el nivel de riesgo, para los miembros vulnerables de la sociedad son suficientes para limitar de tal modo los derechos reconocidos en el artículo octavo de la CEDH, declarando por quince votos contra cuatro, que el mismo sea vulnerado”.<sup>143</sup> Se puede señalar que “aunque el TEDH reconoce el derecho del

---

<sup>142</sup>El ciudadano Jeffrey Dudgeon presentó una demanda ante el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos el día dieciocho de julio del año 1980. Luego de eso, fue resuelta su petición el veintidós de octubre del año 1981. Dentro de su petición el ciudadano Dudgeon señalaba que Reino Unido y el Norte de Irlanda lo habían criminalizado injustamente ya que fue perseguido a través de instituciones de policías sólo por su orientación sexual, pidiéndole al Tribunal de Derechos Humanos que el Reino Unido terminara con estas conductas ya que transgredía principios como la discriminación. Citado desde: Caso Dudgeon con Reino Unido. Aplicación N° 7525/76. 24 de febrero de 1983: párrafo 1 a 7.

<sup>143</sup>GILBAJA, E. 2014. La orientación sexual ante el Tribunal europeo de Derechos Humanos. Revista de Derecho Político (91): 308-309p.

Reino Unido a proteger la moral pública, considera que dicha legislación “por su amplitud y su carácter absoluto” es desproporcionada respecto al objetivo pretendido ya que provoca consecuencias dañosas e injustificadas en la vida privada del demandante. El TEDH señala, sin embargo, que “despenalizar” la homosexualidad no significa aprobar moralmente dichas prácticas, sino únicamente “eliminar los aspectos injustificables de la legislación penal”:<sup>144</sup>

Luego de la dictación de esta sentencia, comenzó toda una doctrina despenalizadora de la homosexualidad como ocurrió en Reino Unido. Esta posición se fundamenta en la protección de los artículos octavo y decimocuarto del Convenio de Derechos Humanos.<sup>145</sup>

---

<sup>144</sup>BORRILLO, D. 2011. De la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la Homofobia: El Tribunal europeo de Derechos Humanos y la orientación sexual. *Revista de Estudios Jurídicos*. Universidad de Jaén (11): 5 a 6p.

<sup>145</sup>El Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales establece en su artículo octavo el principio al respeto a la vida privada y familiar estableciendo “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”. Por otro lado, el artículo 14 del mismo Convenio prohíbe la discriminación disponiendo “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”. Citado desde: COUNCIL OF EUROPE. Tribunal europeo de Derechos Humanos. 2010. Convenio europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

### 2.1.1.2. Caso Salgueiro da Silva Mouta con Portugal

Otro caso de estudio es *Salgueiro da Silva Mouta con Portugal*. El TEDH dictó sentencia el veintiuno de diciembre del año 1999 y siguió el criterio del Convenio del artículo decimocuarto ya que en su parte final establece que dentro de los parámetros para prohibir la discriminación se homologa a la disposición final del artículo que se refiere “o cualquier otra situación”. En la primera parte de la sentencia se disponen los hechos: el demandante es un ciudadano portugués nacido en 1961 y residente en Queluz (Portugal). En 1983, el demandante se casó con C. D. S. El dos de noviembre de 1987, tuvieron una hija, M. Separado de su mujer desde abril de 1990, el demandante vive desde entonces con un adulto del sexo masculino, L. G. C. El Tribunal de Familia de Lisboa acordó el divorcio el treinta de septiembre de 1993, tras la solicitud presentada por C. D. S”.<sup>146</sup> Luego de una serie de demandas y contrademandas, lo que significó incluso acusaciones graves de abuso sexual contra la menor, todos los informes psicológicos apuntaban que existía una manipulación constante en contra de la niña y que tanto el padre y su pareja tenían mejores capacidades para cuidar de ella que la madre.<sup>147</sup>

---

<sup>146</sup> Caso Salgueiro da Silva Mouta con Portugal. Aplicación N° 33290/96. 21 de diciembre de 1999: párrafo 8 a 9.

<sup>147</sup> La sentencia extrae los informes psicológicos realizados en primera instancia al padre de la niña. En ellos se puede percibir que son concluyentes al detectar la manipulación hacia la menor con el fin de detener la adopción homoparental. De esta manera, el “informe final del gabinete de psicología sobre este asunto, fechado el doce de abril de 1994, percibe en M. cierta inestabilidad que resulta en parte de la situación conflictiva existente entre su familia

No obstante, el Tribunal de Apelación fue decisivo al señalar que “el padre de la niña, que reconoce ser homosexual, quiera vivir con otro hombre, es una realidad que hay que aceptar. Es notorio que la sociedad cada vez es más tolerante con este tipo de situaciones. Sin embargo, no podríamos afirmar que un entorno de esta naturaleza sea el más saludable y adecuado para el desarrollo moral, social y mental de un niño, sobre todo en el marco de un modelo dominante en nuestra sociedad, como advierte con mucha razón la recurrente. La niña debe vivir en el seno de una familia, de una familia tradicional portuguesa, que desde luego no es la que su padre ha decidido formar, ya que vive con otro hombre como si fueran marido y mujer. No es éste lugar para examinar si la homosexualidad es o no una enfermedad, o si es una orientación sexual hacia personas del mismo sexo. En ambos casos, se está en presencia de una anomalía y un niño no debe crecer a la sombra de acciones anormales; lo dice la naturaleza humana y recordemos que el propio (demandante) lo reconoció cuando, en la demanda inicial de cinco de julio de 1990, afirma que ha

---

materna y su padre, y una actitud defensiva que se manifiesta en el rechazo a afrontar situaciones que pudieran ser fuente de ansiedad. La niña es consciente de la oposición manifiesta de su familia respecto a los encuentros con su padre, oposición justificada por las descripciones efectuadas por la niña de una escena que habría tenido lugar entre ella y el compañero de su padre, L. G. C., en el curso de la cual, él le habría pedido que le masturbara. En cuanto a dicho relato, parece difícil que una niña de 6 años reproduzca con detalle una situación ocurrida varios años antes. De ello concluye que el hecho de que M. describa detalladamente la escena de la masturbación, anteriormente citada no significa que ésta tuviera realmente lugar. El informe confirma que el padre es un padre muy afectuoso, lleno de comprensión y ternura hacia su hija, sin no obstante olvidar los límites necesarios y seguros que él le impone de forma adecuada y pedagógica”. Citado desde: Caso Salgueiro da Silva Mouta con Portugal. Aplicación N° 33290/96. 21 de diciembre de 1999: párrafo 27.

abandonado definitivamente el domicilio conyugal para irse a vivir con un amigo, decisión que no es normal según los criterios habituales”.<sup>148</sup>

La resolución del Tribunal de Apelación claramente no se fundamenta en las capacidades parentales de los recurridos, al contrario, solo es un argumento discriminatorio que sirvió como fundamento para denegar la petición. El TEDH falló respecto a este punto de vista estableciendo que “en opinión del Tribunal, estos pasajes de la sentencia enjuiciada, lejos de constituir simples formulaciones torpes o desafortunadas, como sostiene el Gobierno, o simples «*obiter dicta*», hacen pensar, por el contrario, que la homosexualidad del demandante pesó de modo determinante en la decisión final. Esta conclusión está reforzada por el hecho de que el Tribunal de Apelación, al resolver sobre el derecho de visita del demandante, le disuadiera de mantener un comportamiento que permitiera a la niña, en los períodos de visita, comprender que su padre vivía con otro hombre en condiciones similares a las de los cónyuges”.<sup>149</sup>

---

<sup>148</sup>Caso Salgueiro da Silva Mouta con Portugal. Aplicación N° 33290/96. 21 de diciembre de 1999: párrafo 30.

<sup>149</sup>Hay pues que constatar, en vista de lo que antecede, que el Tribunal de Apelación hizo una distinción llevado por consideraciones relativas a la orientación sexual del demandante, distinción que no se puede tolerar según el Convenio. Por ello, el Tribunal no puede concluir con la existencia de una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido; por lo tanto, ha habido violación del artículo octavo en relación al artículo catorce. Citado desde: Caso Salgueiro da Silva Mouta con Portugal. Aplicación N° 33290/96. 21 de diciembre de 1999: párrafos 35-36.

### **2.1.1.3. Casos contra Francia**

#### **2.1.1.3.1. Caso Fretté con Francia**

El caso Fretté con Francia es resuelto el veintiséis de febrero del 2002. La sentencia se inicia relatando los hechos en el cual el demandante presenta en octubre del año 1991 una solicitud al Departamento de Servicios Sociales de París. Según el procedimiento normal fue evaluado para otorgar la autorización de adopción, el mismo Departamento evaluó positivamente al solicitante señalando que el “Sr. Fretté está motivado a adoptar un niño por un deseo de proporcionar afecto y una crianza adecuada. En la opinión del Sr. Fretté, lo esencial es amar y cuidar de un hijo ya que la adopción para él no es sólo un procedimiento legal y social. El Sr. Fretté cuenta con el apoyo de los amigos a su alrededor. El Departamento de Servicios establece que, sin embargo, su familia o bien no saben de sus planes o tiene dudas acerca de ellos”. Termina la evaluación agregando que el Sr. Fretté tiene indudables cualidades personales y una aptitud para la crianza de los niños. Incluso adiciona que “un niño probablemente sería feliz con él”. La pregunta es que en circunstancias particulares, como un hombre homosexual, se le permiten confiar a un niño”.<sup>150</sup> Luego de esto, el Departamento de Servicios Sociales rechaza la solicitud de Sr. Fretté.

---

<sup>150</sup> Caso Fretté con Francia. Aplicación N° 36515/97. 26 de febrero de 2002: párrafo 10.

La normativa francesa dispone que la adopción puede ser acogida a cónyuges que lleven a lo menos dos años de matrimonio o a cónyuges que recientemente han contraído matrimonio pero que sobrepasan los treinta y ocho años de edad. En el caso de las personas solteras pueden solicitar la adopción para luego ser sometidos a una evaluación y autorización del organismo correspondiente.

Sr. Fretté cumplía con los requisitos exigidos por la normativa francesa. Sin embargo, fue rechazada su petición. Por tanto, presenta una demanda al TEDH arguyendo que se transgredieron los principios del artículo octavo y decimocuarto del Convenio. El Tribunal señala dentro de su argumentación, que a pesar que estos artículos del Convenio no establecen la posibilidad de adoptar a personas homosexuales es importante tener en consideración que la legislación francesa establece que personas solteras que tengan capacidades para adoptar pueden hacerlo sin problema. Sin embargo, y a pesar que el demandante fue evaluado exitosamente por un profesional, éste fue rechazado. El Tribunal dispone que “no hay duda de que la resolución de denegación de la solicitud del solicitante de la autorización persigue un objetivo legítimo, es decir, proteger la salud y los derechos de los niños que podrían estar involucrados en un procedimiento de adopción, por el cual fue la concesión de la autorización en principio, un requisito previo. Queda por determinar si la segunda condición, a saber, la existencia de una justificación de la diferencia de tratamiento, también estaba satisfecho. El derecho a no ser objeto de discriminación en el goce de los

derechos garantizados por la Convención también se viola cuando los Estados sin una justificación objetiva y razonable, no tratan de manera diferente a personas cuyas situaciones son significativamente diferentes".<sup>151</sup> Sin embargo, el Tribunal decide rechazar la demanda ya que considera que científicamente no ha sido comprobado cómo se desenvuelve y cuáles son los efectos de la vida de un niño, niña o adolescente que esté al cuidado de una persona homosexual. Además, establece que por el interés superior del niño no es posible acoger esta demanda<sup>152</sup>.

Al momento de fallar, el TEDH no tenía información suficiente respecto al cuidado y crianza de niños por adultos homosexuales. Este argumento fue fundamental ya que limitó su decisión hasta el punto de rechazar la demanda.

---

<sup>151</sup> Ídem: párrafo 38-41.

<sup>152</sup> El TEDH agrega que "lo que importa son los intereses en competencia del solicitante y de los niños que son elegibles para adopción. El mero hecho de que ningún niño en particular se identifica cuando se presente la solicitud de autorización no implica necesariamente que no hay interés en competencia. La adopción significa "entrega de un niño con una familia, no una familia con un niño", y el Estado debe velar por que las personas elegidas para adoptar son aquellos que pueden ofrecer al niño la casa más adecuada en todos los aspectos. El Tribunal señala a este respecto que ya se ha encontrado que cuando se establece un vínculo familiar entre un padre y un hijo ", especial importancia se debe adjuntar a los mejores intereses del niño, que, en función de su naturaleza y gravedad, puede precediendo a las del padre ". Es preciso señalar que la comunidad científica - en particular los expertos en la infancia, psiquiatras y psicólogos - está dividida sobre las posibles consecuencias de un niño que está siendo adoptada por uno o más padres homosexuales, sobre todo teniendo en cuenta el número limitado de estudios científicos realizados sobre el tema hasta la fecha. Además, existen grandes diferencias en nacional e internacional, por no mencionar el hecho de que no hay suficientes niños a adoptar para satisfacer la demanda. Siendo esto así, las autoridades nacionales, y en particular el Consejo de Estado, que basa su decisión, entre otras cosas, sobre los envíos medidos y detalladas del Delegado del Gobierno, fueron legítima y razonablemente estimar que el derecho a poder adoptar en el que el solicitante se basó en virtud del artículo 343-1 del Código Civil se vio limitada por los intereses de los niños elegibles para su aprobación, a pesar de las aspiraciones legítimas de la demandante y sin llamar a sus opciones personales en tela de juicio. Si se tiene en cuenta el amplio margen de apreciación que se deja a los Estados en esta materia y la necesidad de proteger el interés superior de los niños para conseguir el equilibrio deseado, la negativa a la negativa a autorizar la adopción no violó el principio de proporcionalidad. Ídem: párrafo 42.

### 2.1.1.3.2. Caso EB con Francia

El caso EB con Francia es resuelto el veintidós de enero del año 2008, ya analizado en el primer capítulo.<sup>153</sup> Cabe destacar, que la decisión de este caso es materia de estudio porque cambia las directrices en la resolución anterior ya que el fallo final de los magistrado es que existe violación al artículo octavo y decimocuarto del Convenio. En la disposición ochenta y cinco de la sentencia disponen que “en opinión del Tribunal, el hecho de que la homosexualidad del solicitante aparece hasta tal punto en el razonamiento de las autoridades nacionales es significativo. Además de sus consideraciones respecto a "estilo de vida" del solicitante, que, sobre todo, confirmaron la decisión del Presidente del Consejo para el departamento. El Tribunal señala que este último alcanza su decisión a la luz de la opinión dada por la junta adopción cuyos diversos miembros había expresado individualmente por escrito, sobre todo recomendar, con motivos en apoyo de esta recomendación, que la solicitud sea denegada en razón de los dos motivos de que se trata. Se observa que la manera en que se expresaron ciertas opiniones fue hecho revelador en que la homosexualidad de la demandante era un factor determinante. En particular, el Tribunal observa que, en su opinión del doce de octubre de 1998, el psicólogo del servicio de bienestar

---

<sup>153</sup> Los hechos del caso se encuentran descritos en el primer capítulo de esta tesis.

de los niños recomienda que la autorización se denegará, en referencia a, entre otras cosas, una "actitud inusual" [por parte del solicitante]."<sup>154</sup>

Es por esto que, "la decisión valora, en primer lugar, las dos razones aportadas por las autoridades nacionales para denegar la solicitud de adopción. Encuentra a una de ellas, el escaso compromiso de la pareja de la demandante ante la solicitud de adopción por parte de ésta, razonable. En efecto, sostiene que la actitud de la pareja estable, aunque sea de hecho (como en el caso), de cualquier solicitante ante la adopción puede ser un elemento a tener en cuenta por las autoridades nacionales a la hora de valorar el interés superior del menor. Pero la segunda razón invocada para la denegación de la solicitud, es la carencia de un referente materno o paterno, sería inválida según el TEDH porque impediría la adopción por parte de individuos por el mero hecho de su homosexualidad. Los jueces van más allá: Aunque no se había alegado la homosexualidad de la demandante como la causa para denegar su solicitud de adopción y aunque el argumento del escaso compromiso de su pareja podría ser válido (y hubiera podido justificar la tesis de que en el caso no se produjo una discriminación por orientación sexual si no hubiera sido invalidada por el argumento de la carencia de modelo paterno o materno), el Tribunal, tras una lectura atenta del procedimiento administrativo seguido, constata que la

---

<sup>154</sup> Caso E.B con Francia. Aplicación N° 43546/02. 22 de enero de 2008: párrafo 85.

homosexualidad sí había sido un factor determinante, aunque de modo implícito y no explícito, para rechazar la solicitud”.<sup>155</sup>

### **2.1.1.3.3. Caso Gas y Dubois con Francia**

El tercer caso que se registra es Gas y Dubois con Francia, resuelto el día quince de marzo del año 2012. Los hechos comienzan con la Sra. Dubois, quien el año 2000 dio a luz a una niña concebida en Bélgica por reproducción asistida. Fue inscrita en el Registro Civil y reconocida por la madre biológica, conforme a la ley belga y la filiación respecto del padre (donante anónimo) no quedó establecida. Cuando la sra. Dubois formuló una solicitud de adopción simple de la hija de su compañera, a pesar de constarse que se cumplían las condiciones legales de la adopción y que las recurrentes se ocupaban activa y conjuntamente de la niña, se le denegó alegando autoridad parental, quedaría transferida totalmente a la adoptante, perdiéndola la madre biológica.<sup>156</sup>

Es por esto, que las demandantes acuden al TEDH para que se estableciera que existía una discriminación, por consiguiente, se resume su alegación en que “habían sido objeto de discriminación en relación con parejas heterosexuales puesto que no existe en Francia posibilidad jurídica que permita

---

<sup>155</sup> BORRILLO, D. 2011. De la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la Homofobia: El Tribunal europeo de Derechos Humanos y la orientación sexual. Revista de Estudios Jurídicos. Universidad de Jaén (11): 13p.

<sup>156</sup> GILBAJA, E. 2014. La orientación sexual ante el Tribunal europeo de Derechos Humanos. Revista de Derecho Político. (91): 324p.

a las parejas homosexuales acceder a la adopción por parte de la pareja. Invocando el artículo decimocuarto del Convenio en relación con el artículo octavo, las demandantes alegaban haber sufrido un trato discriminatorio basado en su orientación sexual y vulnerando su derecho al respeto de la vida privada y familiar.”<sup>157</sup>

El TEDH resolvió que no existe discriminación según lo dispuesto en el artículo octavo y decimocuarto del Convenio ya que hay una justa razonabilidad en la aplicación del derecho interno francés, por ende, la decisión tomada por los tribunales franceses no fue arbitraria. Se resuelve entonces que “según la reiterada jurisprudencia del Tribunal, para que se plantee un problema de acuerdo con el artículo decimocuarto, debe haber una diferencia de trato a personas en situaciones comparables. Dicha distinción es discriminatoria si carece de justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue una finalidad legítima o si no existe vínculo razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida. Por otro lado, los Estados Contratantes gozan de cierto margen de valoración para determinar si y en qué medida las diferencias entre situaciones análogas justifican las distinciones de trato, incluidas las distinciones de trato jurídico.” <sup>158</sup>

Sigue su resolución basándose en la sentencia dictada por el Tribunal del

---

<sup>157</sup> Caso Gas y Dubois con Francia. Aplicación N° 25951/07. 15 de marzo de 2012: párrafo 1 al 6.

<sup>158</sup> Ídem: párrafo 58.

Distrito y el principio del interés superior del niño señalando que “el Tribunal Regional también se basó en la imposibilidad legal de la adopción solicitada por los demandantes, pero también tuvo en cuenta otros factores. Expresó sus dudas acerca de si el segundo demandante podía estar representado por su madre en el procedimiento de adopción, debido a un posible conflicto de intereses. Sin embargo, consideró que no era necesario ser resuelta esta cuestión, ya que el Tribunal del Distrito se negó debidamente a conceder la adopción sin más indagaciones. En base a los materiales que este Tribunal tiene en posesión, no parece que el Tribunal Regional tomase declaración a algunas de las personas interesadas, a saber, los demandantes y el padre del segundo demandante. En cuanto al papel de éste último, el Tribunal se limitó a observar, en base al expediente, que éste mantenía un contacto regular con su hijo. Esto no se refiere a la cuestión acerca de si no había motivos, tal y como alegan los demandantes, para anular la negativa del padre a dar su consentimiento en virtud del artículo cinto ochenta y uno inciso tercero del Código Civil. Por el contrario, se prestó mucha atención al hecho acerca de que el concepto de “padres” en el derecho de familia austriaco, significa padres del sexo opuesto. También se tuvo en cuenta el interés superior del niño de mantener contacto con ambos padres de diferente sexo, que en su opinión influía claramente en contra de autorizar la adopción de un niño por la pareja del mismo sexo de uno de sus progenitores. Además, se examinó en virtud de la sentencia del Tribunal Karner, acerca de si

la legislación sobre adopción discriminaba a las personas del mismo sexo”.<sup>159</sup>

#### **2.1.2.4. Caso X y otros con Austria**

El diecinueve de febrero del año 2013, se presenta la demanda ante el Tribunal de Derechos Humanos caratulada X y otros con Austria. Las demandantes son una pareja estable de mujeres nacidas en el año 1967 y el tercer demandante es el hijo de una de ellas nacido en el año 1995. En los hechos de la sentencia se especifica que “el diecisiete de febrero de 2005, la primera demandante y el segundo demandante, representado por su madre, llegaron a un acuerdo mediante el cual, el segundo demandante sería adoptado por la primera demandante. La intención de los demandantes era crear una relación jurídica entre el primer y segundo demandante equivalente al vínculo entre ellos, sin romper la relación con la madre del niño, que es la tercera demandante. Los demandantes, conscientes de lo establecido en el artículo ciento ochenta y dos inciso segundo del Código Civil respectivo, en donde se prevé la exclusión de la adopción del hijo por una persona que mantiene una relación del mismo sexo con el padre o con la madre biológica del niño, sin que exista una relación de parentesco biológico, solicitaron al Tribunal Constitucional que declarase inconstitucional esta disposición, al considerar que era una discriminación contra ellas, a causa de su orientación sexual. En el caso de las parejas heterosexuales,

---

<sup>159</sup> Caso X y otros con Austria. Aplicación N° 19010/07. 19 de febrero del 2013: párrafo 120.

el artículo ciento ochenta y dos inciso segundo del Código Civil, permite la adopción por un segundo padre, esto es, la adopción por parte de una persona del hijo de su pareja, sin que la relación jurídica de este último con el niño se vea afectada”.<sup>160</sup>

A pesar de la petición, el catorce de junio del año 2005, el Tribunal Constitucional desestimó la solicitud de las futuras demandantes ya que consideraba que era contradictorio a lo establecido en el artículo ciento cuarenta de la Constitución Federal en Austria.

Ante esto, el Tribunal Constitucional señaló que las demandantes debían acudir al Tribunal del Distrito ya que era el organismo competente para decidir si se aprobaba la adopción correspondiente o no, basado en el artículo ciento ochenta y segundo inciso segundo del referido Código Civil. Por consiguiente, y en el caso que el Tribunal del Distrito se negare a aprobar el acuerdo de adopción podían libremente seguir a través de una apelación y luego de eso, la Corte correspondiente traspasaría el asunto recién al Tribunal Constitucional.<sup>161</sup>

Siguiendo las instrucciones entregadas por el Tribunal Constitucional, las demandantes acudieron al Tribunal del Distrito el veintiséis de septiembre del año 2005 para que aprobara el acuerdo de adopción.<sup>162</sup> A pesar de los esfuerzos, el

---

<sup>160</sup> Caso X y otros con Austria. Aplicación N° 19010/07. 19 de febrero del 2013: párrafos 11-12.

<sup>161</sup> Ídem: párrafo 13.

<sup>162</sup> Dentro de los argumentos de las partes se encontraba lo siguiente: “En sus observaciones, explicaron que tanto la primera como la tercera demandante habían desarrollado un importante lazo afectivo y que el segundo demandante se había beneficiado al residir en un hogar bajo el cuidado de dos adultos. Su objetivo era obtener el reconocimiento legal de facto, de su unidad familiar. La primera demandante, por tanto, reemplazaría al padre del segundo

diez de Octubre del año 2005 el Tribunal del Distrito negó el acuerdo y dispuso lo siguiente: “la demanda, cuyo objetivo principal era garantizar la custodia a la madre biológica y a la madre adoptiva -que mantienen una relación del mismo sexo-, carecía de fundamentos jurídicos. El artículo ciento setenta y uno del Código Civil prevé la adopción, ya sea por una persona o por una pareja casada. Únicamente bajo unas determinadas condiciones precisas, una persona casada podrá adoptar a un hijo como suyo. En virtud de la segunda frase del artículo ciento ochenta y dos inciso segundo del Código Civil, la relación jurídica en derecho de familia -por encima y más allá del propio parentesco legal- cesará únicamente respecto del padre o madre biológica y sus parientes, si el niño es adoptado únicamente por un hombre o una mujer. En la medida en que la relación con el otro progenitor se mantenga posteriormente intacta, esto es, después de la adopción, el Tribunal declarará que esa relación se ha cortado en relación con el padre en cuestión, con sujeción a su consentimiento”.<sup>163</sup>

Los demandantes interpusieron la apelación frente al Tribunal Regional el cual, sin audiencia previa, desestimó el recurso con fecha veintiuno de febrero

---

demandante. Indicaron que el padre del segundo demandante no había dado su consentimiento sobre la adopción, pero sin haber indicado los motivos sobre su posición. Además, sostuvieron que el padre del segundo demandante había demostrado una gran animadversión hacia la familia y que, por tanto, el tribunal debería anular su negativa a dar su consentimiento, en virtud del artículo ciento ochenta y uno inciso segundo del Código Civil, ya que la adopción supondría un gran beneficio para los intereses del segundo demandante. En apoyo a sus observaciones, los demandantes aportaron un informe realizado por la Oficina del Bienestar de la Juventud, en donde se confirmaba que la primera y la tercera demandante compartían las tareas diarias, participaban en el cuidado del segundo demandante (lo subrayado es nuestro), así como compartían la responsabilidad general de su educación, concluyendo al mismo tiempo que expresaba sus dudas sobre la situación jurídica, siendo lo más conveniente la concesión de la custodia compartida”. Citado desde: Caso X y otros con Austria. Aplicación N° 19010/07.19 de febrero del 2013: párrafo 14.

<sup>163</sup> Ídem: párrafo 15.

del año 2006. Luego de eso, acudieron al Tribunal Supremo interponiendo recurso de casación el cual también desestimó el recurso.<sup>164</sup>

Luego de presentada la demanda ante TEDH en febrero del año 2013, la Corte dicta sentencia. En su argumentación establece que “la legislación austriaca permite la adopción por un segundo padre a las parejas solteras de diferente sexo. En términos generales, las personas pueden adoptar de conformidad con el artículo ciento setenta y nueve del Código Civil, y no se dispone nada en el artículo ciento ochenta y dos inciso segundo del Código Civil, en donde se regulan los efectos de la adopción, que evite a una persona que forma una pareja soltera heterosexual, adoptar al hijo de su pareja sin que ponga fin a los vínculos existentes entre la pareja y su hijo. Por el contrario, la adopción por un segundo padre en una pareja del mismo sexo, es jurídicamente imposible. Así se deriva del artículo ciento ochenta y dos inciso segundo del Código Civil, según el cual, toda persona que adopta sustituye al progenitor biológico del mismo sexo. En el presente caso, ya que la primera demandante es una mujer,

---

<sup>164</sup> El Tribunal Supremo de Austria, argumentó que “la jurisprudencia también deja claro que el vínculo entre el niño y sus padres adoptivos debe entenderse como una relación social y psicológica, similar a la existente entre los padres biológicos y sus hijos. El modelo de la relación entre padres e hijos en el contexto de la adopción de menores es instruido mediante unos vínculos sociales y psicológicos específicos existentes entre los padres y los jóvenes que se acercan a la edad adulta. Además de los típicos lazos sociales de proximidad física y personal, esto es, un hogar común y el cuidado de las necesidades físicas y psicológicas del niño por parte de sus padres, éstos abarcan unos lazos emocionales comparables con el amor existente entre padres e hijos y papel específico de los padres como mentores y modelos a seguir. El artículo ciento ochenta y dos inciso segundo del Código Civil impone una prohibición general, esto es, no solamente en el caso de parejas del mismo sexo, acerca de la adopción por un hombre o por una mujer, siempre y cuando todavía existan lazos de parentesco con el padre o madre biológica del niño. Por lo tanto, en virtud del artículo ciento ochenta y dos inciso segundo, una persona que adopta a un niño como suyo propio, no ocupa el lugar de del progenitor que quiera, sino únicamente el lugar del progenitor del mismo sexo. Por tanto, la adopción de un niño por la pareja de la madre biológica no es legalmente posible”. Citado desde: Caso X y otros con Austria. Aplicación N° 19010/07. 19 de febrero del 2013: párrafo 20.

la adopción del segundo demandante por ella, solamente podría poner fin a la relación que la tercera demandante mantiene con su hijo, que es su pareja del mismo sexo. La adopción, por lo tanto, no puede servir para crear una relación padre-hijo entre la primera y el segundo demandante, además de la relación que mantiene la tercera demandante con su hijo. Aunque a primera vista, el artículo ciento ochenta y dos inciso segundo del Código Civil excluye la adopción por un segundo padre por un pareja del mismo sexo”.<sup>165</sup>

Según el TEDH es el Gobierno Austriaco quien tiene que definir qué diferencias existen entre una familia tradicional y una familia formada por una pareja homosexual, ya que el Tribunal solo debe velar por si se ha garantizado o no por el Estado el artículo 8 y 14 del Convenio. Las alegaciones del Gobierno no incluían posturas científicas ni tampoco contradicciones a las familias homoparentales. “Por el contrario, han reconocido que, en términos personales, las parejas del mismo sexo pueden ser igual de adecuadas o no a la hora de adoptar niños, que una pareja de diferente sexo. Por otra parte, el Gobierno indicó que el Código Civil no tenía la finalidad de excluir la adopción por un segundo

---

<sup>165</sup> El Tribunal explicita que “en aras de la exhaustividad, observó que desde la entrada en vigor el primero de enero de 2010, de la Ley de Parejas de Hecho, las parejas del mismo sexo han tenido la oportunidad de registrarse como parejas de hecho. La primera y la tercera demandante no han hecho uso de esa posibilidad. En cualquier caso, esto no les permitiría la posibilidad de la adopción por un segundo padre, ya que el artículo 8.4 de la Ley, prohíbe explícitamente la adopción del hijo de una persona por su pareja del mismo sexo. Por tanto, no cabe duda de que la legislación aplicable lleva a una distinción entre las parejas solteras heterosexuales de las parejas homosexuales en materia de la adopción por un segundo padre. Según la legislación austriaca en la actualidad, la adopción por un segundo padre era y sigue siendo imposible para el caso de los demandantes. Esto sería así incluso si el padre biológico del segundo demandante hubiera fallecido, fuera desconocido y si hubiera motivos para anular su negativa a dar su consentimiento con respecto a la adopción. Incluso sería imposible si el padre del segundo demandante estaba dispuesto a dar su consentimiento a la adopción. Esto no ha sido discutido por el Gobierno”. Citado desde: Caso X y otros con Austria. Aplicación N° 19010/07.19 de febrero del 2013: párrafos 114 al 116.

padre a las parejas del mismo sexo. No obstante, destacaron que el legislador había querido evitar una situación en la que un niño tenga dos madres o dos padres a efectos legales. La explícita exclusión de la adopción por un segundo padre por las parejas del mismo sexo, se había implementado con la Ley de Parejas de Hecho en 2010, que no estaba en vigor, cuando los tribunales nacionales trataron el caso y por lo tanto, no es de aplicación en el presente caso”.<sup>166</sup>

La Corte de Derechos Humanos tienden a buscar el principio de la proporcionalidad en sus resoluciones ya que dicta fallos con una aplicación justa y razonable entre los principios internacionales y la normativa interna de cada país en cuestión. Esta proporcionalidad, que puede percibirse como una justa resolución por algunos, para otros, es más bien sospechosa. Esto porque, “delega a los Estados la solución del espinoso problema del matrimonio gay y la homoparentalidad. A primera vista el argumento del consenso europeo parece explicar la timidez del TEDH quien considera que la existencia de dicho consenso respecto de una cuestión dada favorece a la ejecución de las sentencias”.<sup>167</sup>

Por consiguiente, a pesar que la mayoría de los países que se encuentran adheridos al Convenio de Derechos Humanos, ha modificado su legislación interna respecto a la homoparentalidad, igualmente la Corte no ha fallado en la

---

<sup>166</sup>Idem.

<sup>167</sup> BORRILLO, D.2011 De la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la Homofobia: El Tribunal europeo de Derechos Humanos y la orientación sexual. Revista de Estudios Jurídicos. Universidad de Jaén (11): 15p.

directriz del reconocimiento de estas instituciones y tampoco se ha valido de argumentos sustanciales referidos al interés superior del niño. Es por esto, que falta mayor liderazgo por parte del TEDH al momento de fallar respecto a las familias de padres homosexuales. En general, busca solo referirse a la estructura de los principios, pero no al fondo del asunto: la discriminación a las familias homoparentales no solo por los tribunales internos de cada país sino por los Estados adheridos al Convenio.

## **2.2. Discusión interna de países que han reconocido filiación homoparental**

Este subcapítulo tiene como objetivo conocer y analizar diversas legislaciones que han regulado de forma sistemática a la familia homoparental.

### **2.2.1. Países europeos que regulan normas relativas a la homoparentalidad**

#### **2.2.1.1. Holanda**

Los países europeos fueron los primeros en iniciar cambios legislativos y adoptar regulaciones acordes a las normas internacionales. Uno de los primeros países en promulgar el matrimonio igualitario y legislar la adopción homoparental

es Holanda. En el año 1993 normó el contrato de convivencia que permite a las parejas heterosexuales y homosexuales celebrar un contrato ante notario sobre aspectos patrimoniales y sucesorios de la unión. Cabe destacar que en el caso que una pareja conviva sin contrato de convivencia no la excluye de ciertas consecuencias jurídicas como es el caso de la seguridad social y el cobro de impuestos.

En enero del año 1998, se legisló la Ley de la Pareja Registrada entre personas homosexuales, otorgando mayores derechos y deberes entre quienes registren su convivencia en el Registro Civil correspondiente.<sup>168</sup>

Sin embargo, Holanda debatía desde el año 1996 el matrimonio y la adopción homoparental ya que consideraba que el matrimonio es un vínculo simbólico y que tiene una valoración especial para sus conciudadanos. Además, percibía que si se regulaba el matrimonio para parejas del mismo sexo debía reglamentarse en conjunto con la adopción homoparental.

Por otro lado, se ha señalado que durante el periodo de enero de 1998 y finales del año 2000, 10.804 parejas- 4.433 de diferente sexo, 3.398 parejas de hombres y 2.973 parejas de mujeres- registraron sus acuerdos a través del

---

<sup>168</sup> “En base a esta legislación los efectos jurídicos concedidos a las parejas registradas (hetero y homosexuales) pasan a ser casi idénticos a los del matrimonio, salvo en lo relativo a la posibilidad de la adopción conjunta y que en el caso de nacer un hijo de una mujer que forma parte de una unión civil registrada, su pareja no se convierte automáticamente en madre de la criatura. Además, la unión civil puede terminar por un procedimiento administrativo en base a la mera voluntad de sus miembros, lo que no ocurre en caso de matrimonio, que debe terminar por resolución judicial”. Citado desde: HERNÁNDEZ, G. 2009. Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo. Santiago de Chile. Editorial Arcis: 125p.

sistema de registro holandés. Si se compara estas cifras con otros países, es evidente que Holanda tiene un número mayor de parejas registradas.<sup>169</sup>

Es por esto, que el primero de abril del año 2001 entró en vigencia la Ley de Acceso al Matrimonio (*Wet Openstelling Huwelijk*) reguladora del matrimonio igualitario y la adopción homoparental. “La ley holandesa modifica el Libro I del Código Civil permitiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo. Al respecto, se ha dicho que no hubo una reforma de la regulación legal del matrimonio, sino únicamente una apertura de la institución existente a personas del mismo sexo. Esto implica que el régimen jurídico del matrimonio había de seguir siendo unitario; es decir, los derechos y deberes de los cónyuges son los mismos independientemente de que sean de distinto o el mismo sexo.”<sup>170</sup>

El reconocimiento legal del matrimonio de personas de igual y distinto sexo en el país bajo no significó que se excluyera a las parejas registradas. Al contrario, existe una libertad de cada pareja a seguir este tipo de regulación o de convertirse al matrimonio.<sup>171</sup>

---

<sup>169</sup> MERIN, Y. 2002. Equality for same- sex couples. Estados Unidos. The University of Chicago Press: 115p.

<sup>170</sup> Matrimonio igualitario y derecho constitucional de familia Ley 26.618. 2010. Por Andrés Gil “et al”. Buenos Aires. Ediar: 172 al 173p.

<sup>171</sup> La profesora Graciela Medina nos explica que “en agosto de 1999, el gobierno holandés sacó un comunicado en donde explicaba el significado que la nueva legislación tendría para las parejas del mismo sexo. Básicamente el informe daba cuenta de las similitudes y las diferencias existentes entre el matrimonio y el registro de parejas. A modo de ejemplo explicaba que si una pareja de homosexuales decidía casarse tenía que tener presente que su unión estaría sujeta a las formalidades matrimoniales tanto en lo que concierne a la celebración como a la disolución y a las consecuencias del matrimonio: si luego quisieran divorciarse tendrían que acudir a una corte, al tiempo que tendrían la obligación de mantener a su esposo/a, como lo hacen los ex esposos bajo el régimen holandés”. Citado desde: MEDINA, G. sin año. Informe de derecho comparado. La legislación favorable a los homosexuales en Nueva Zelanda y Holanda. [en línea]. < <http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/derecho-comparado/legislacion-favorable-homosexuales-nueva-zelanda-holanda-vivienda.pdf> > . [Consultado: 14 de mayo de 2016]

En general, la Ley de Parejas Registradas es similar a la nueva Acta de matrimonio. En ambos casos, uno de los requisitos es que las parejas deben ser mayores de dieciocho años. Además, no debe mediar parentesco en la pareja y no pueden estar registrados con otras parejas o ligados a un vínculo matrimonial al momento de celebrar el registro. Se diferencia en que sólo los futuros contrayentes del acta de matrimonio deben jurar al momento de su celebración, en cambio, en el caso de la pareja registrada basta solo con el consentimiento de ambos.<sup>172</sup>

Antes de la dictación del acta de matrimonio en abril del 2001, en Holanda solo se permitía la adopción a parejas o padrastros que hubieren contraído matrimonio, por tanto, las parejas del mismo sexo eran excluidas. Sin embargo, el parlamento holandés consideró pertinente legislar conjuntamente con el matrimonio, la adopción homoparental. Por tanto, la adopción otorgada luego de abril del año 2001, debe ser inscrita en la nueva acta holandesa de matrimonio respectiva.

Las exigencias reguladas en la adopción homoparental son similares a los requisitos establecidos en las normas de adopción anterior. Pueden solicitarlas aquellas parejas que convivan a lo menos tres años continuos e inmediatos al momento de solicitar la adopción de un niño/a. Además, se requiere que ambas partes hayan cuidado por lo menos por un año al hijo/a. Existe una excepción

---

<sup>172</sup> Ídem: 116.

referente a las parejas lesboparentales ya que en caso que la pareja de la madre biológica del hijo/a quiera adoptarlo/a, no se le exigirá el periodo de un año para adoptar, sin embargo, se aplica igualmente el período de tres años de convivencia consecutiva.<sup>173</sup>

La estabilidad del cuidado y crianza de los hijos se ven vinculados en tres situaciones que la ley holandesa previó: en el primer caso, el matrimonio solo puede realizarse en Holanda y es obligación que uno de los contrayentes debe vivir en Holanda o tener nacionalidad holandesa. Además, una vez reconocido por los padres al hijo, el que se case nuevamente o se convierta de pareja registrada a matrimonio no se altera la relación filial con el hijo.

En el año 2014, se dictó la ley de Co-Maternidad la cual busca que las parejas femeninas tengan menos complicaciones al momento del reconocimiento de sus hijos. Por consiguiente, se realizan modificaciones referentes a la filiación determinada de los niños agregando las siguientes situaciones:

- a) La co-madre, puede tener un vínculo filial siempre y cuando, ella haya contraído matrimonio con la madre o tiene registros de pareja con ella y que la esperma proceda inicialmente de un donante anónimo.

---

<sup>173</sup> Ídem: 120-121.

- b) La co-madre puede tener relación filial con el hijo/a de la cónyuge o la pareja femenina registrada, incluso si esta persona murió durante el embarazo.
- c) La mujer que ha obtenido la maternidad a través de una decisión judicial.<sup>174</sup>

Finalmente, desde la modificación a ley holandesa el año 2005, las parejas del mismo o distinto sexo pueden adoptar internacionalmente y sólo se encuentran limitadas por aquellos países que no aceptan la adopción homoparental.<sup>175</sup>

Al ser el primer país en regular la adopción homoparental, Holanda dio pie a que otros países se inicien en este tipo de regulación. Es por esto, que su legislación sirvió como fundamento de las legislaciones que veremos a continuación.

---

<sup>174</sup> NUYTINCK, A. 2014. New law on lesbian parenthood and transgender individuals, [en línea], <<http://www.ru.nl/english/research/radboud/themes/law/vm/new-law-lesbian/>>. [Consultado el día 10 de mayo de 2016].

<sup>175</sup> MEDINA, G. sin año. Informe de derecho comparado. La legislación favorable a los homosexuales en Nueva Zelanda y Holanda. [en línea]. <<http://www.graciamedina.com/assets/Uploads/derecho-comparado/legislacion-favorable-homosexuales-nueva-zelanda-holanda-vivienda.pdf>> Consultado: [14 de mayo de 2016]

### 2.2.1.2. España

El segundo país de análisis es España el cual se ha identificado con la causa de familias homosexuales ya que es el cuarto país en acoger el matrimonio igualitario y regular la adopción homoparental.

En España existen varias jurisdicciones que cuentan con una ley de uniones civiles entre personas del mismo sexo, por ejemplo, Andalucía, Aragón, Valencia, Cataluña, Castilla y León. En estas jurisdicciones se concede a los miembros de las parejas derechos similares al matrimonio. La primera de estas leyes fue la de Cataluña en el año 1998.<sup>176</sup>

Antes de sancionar la Ley N° 13/2005, se presenta el Anteproyecto al Consejo de Estado español a través de un expediente N° 2628/2004, el dieciséis de diciembre del mismo año. La Comisión Permanente del Consejo de Estado reflexionó a través de distintos argumentos <sup>177</sup> para luego dictaminar unánimemente que las “exigencias de reconocibilidad por la conciencia social

---

<sup>176</sup> HERNÁNDEZ, G. 2009. Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo. Santiago de Chile. Editorial Arcis: 126p.

<sup>177</sup> El Consejo de Estado es un ente consultivo, por ende, el Consejo de Ministros españoles decide enviar el informe del Anteproyecto para que sea analizado con detalle. El Consejo de Estado inicia el dictamen exponiendo el objetivo de la reforma señalando que es “incorporar al ordenamiento las reformas técnicas imprescindibles que permitan dar cabida, en el ámbito de la aplicación del actual régimen jurídico del matrimonio, a cualquier tipo de unión conyugal, con independencia del sexo de los individuos que lo componga; una consecuencia de ello, se añade, es que quedan configuradas como uniones familiares encuadradas dentro del sistema vigente; y alude a los problemas sustanciales planteados por los hijos habidos en el seno de estos matrimonios. En este punto, y aunque precisa que no es objeto de la proyectada ley regular las cuestiones que suscita la procreación de estas parejas, el informe entiende que es deber ineludible facilitar la mejor atención por parte de estos cónyuges a los menores que pudieran quedar integrados en tales unidades familiares”. Citado desde: ESPAÑA. 2004. Consejo de Estado. Expediente N° 2628/2004: 25p.

de cada tiempo y lugar, unida a la necesaria estabilidad de la materia abordada y a exigencias de seguridad jurídica, imponen que las innovaciones que el legislador introduzca en esta materia estén respaldadas por un amplio consenso político y social, y dotadas de especial certeza. Es preferible una acción gradual firmemente sustentada a un cambio traumático desprovisto de la necesaria seguridad y firmeza , aunque ello no suponga acoger en esta iniciativa el reconocimiento de un “derecho al matrimonio” de las parejas homosexuales”.<sup>178</sup>

El Consejo General del Poder Judicial también emite un dictamen el veintiséis de enero del 2005 con argumentos parecidos al Consejo del Estado.<sup>179</sup> De hecho, parte de sus conclusiones es que “el número de personas homosexuales y el número de las que estarían dispuestas a contraer matrimonio, por insignificante, no justifica la alteración de una institución jurídica como el matrimonio. Fundar la reforma en bases movedizas como la conciencia o la demanda social o un mal entendido sentido de la dignidad de la persona o de búsqueda de la igualdad, dejan a nuestro ordenamiento sin resortes ni bases

---

<sup>178</sup>ALZATE, P. 2005. Análisis a la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de Derecho a Contraer Matrimonio, España. [en línea]. < [www.formatolegal.com](http://www.formatolegal.com)>, [Consultado: 5 de mayo de 2016]: 6p.

<sup>179</sup> Los argumentos son diversos y al igual que el Consejo de Estado, intenta frenar la modificación del matrimonio. Establece que “la ley puede y debe fijar la forma del matrimonio, los derechos de los cónyuges, las causas de separación y hasta la edad, pero no puede alterar el concepto mismo del matrimonio”. Por otro lado, argumenta que “en lo que respecta el matrimonio homosexual y la adopción, sostiene que la filiación adoptiva tiene como modelo la filiación biológica, por lo que la adopción conjunta por una pareja homosexual es contraria a la protección integral que los poderes públicos (también legislativo) deben asegurar a los hijos precisamente por ser contraria al interés del menor. Además, no admitir la adopción conjunta con una pareja homosexual no vulnera el principio de igualdad, no es injustamente discriminatoria”. Citado desde: ALZATE, P.2005. Análisis a la Ley 13/2005 por la que se modifica el Código Civil en materia de Derecho a Contraer Matrimonio. España. [en línea]. < [www.formatolegal.com](http://www.formatolegal.com)>, [Consultado: 5 de mayo de 2016]: 7p.

jurídicas para rechazar modelos matrimoniales ajenos a nuestra cultura jurídica que con entera facilidad acabarían por imponerse”.<sup>180</sup>

Finalmente, no solo en el debate participaron las instituciones recientemente mencionadas sino también se adhirió la Real Academia Española de la Lengua a través de un dictamen emitido el 20 de enero del año 2005. Esta opinión es desde el punto de vista léxico y no jurídico, por consiguiente, señaló que “el matrimonio (del latín *matrimonium*) es la unión entre un hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales. La propiedad lingüística de la palabra matrimonio es precisa y no es aconsejable desvirtuarla.”<sup>181</sup>

Como se puede apreciar, los resultados de los dictámenes son contrarios a la modificación del Código Civil español. En general, los argumentos apuntan a que no existan cambios traumáticos a la institución del matrimonio, no sólo por un cambio léxico sino también por sus consecuencias: personas del mismo sexo tendrán los mismos derechos y obligaciones como cónyuges o como futuros progenitores en materia filiatoria.

No obstante a lo anterior, el Proyecto de Ley fue presentado ante la Comisión de Justicia del Congreso. Luego de diversos debates, “la ley fue aprobada por la Cámara de Diputados que votó en primero término por ciento

---

<sup>180</sup> Ídem: 8p.

<sup>181</sup> Ídem.

ochenta y tres votos a favor, y ciento treinta y seis en contra. Después en Senadores la ley fue vetada por ciento treinta y un votos en contra y ciento diecinueve a favor. De vuelta al Congreso el veto fue levantado y la ley finalmente fue aprobada por un total de ciento ochenta y siete votos a favor y ciento cuarenta y siete en contra.”<sup>182</sup>

La Ley N° 13/2005 fue publicada en el Boletín Oficial del Estado N° 157 del dos de julio del año 2005. Al momento de sancionar la ley española, Juan Carlos I Rey de España, es enfático en relacionar el cambio legislativo con el artículo catorce de la Constitución española. <sup>183</sup> Además, establece que “no cabe duda de que la realidad social española de nuestro tiempo deviene mucho más rica, plural y dinámica que la sociedad en que surge el Código Civil de 1889. La convivencia como pareja ha sido objeto de reconocimiento y aceptación social creciente, y ha superado arraigados prejuicios y estigmatizaciones. “<sup>184</sup>

Esta ley modificó al Código Civil español en asuntos de matrimonio, familia, régimen patrimonial y adopción.

---

<sup>182</sup> Matrimonio igualitario y derecho constitucional de familia Ley 26.618. 2010. Por Andrés Gil “et al”. Buenos Aires. Ediar: 176 p.

<sup>183</sup> El artículo catorce dispone que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Citado desde: ESPAÑA. 1978. Constitución española.

<sup>184</sup> ESPAÑA. Juan Carlos I Rey de España. 2005. Ley 13/2005, julio del año 2005.

Las modificaciones más relevantes son las siguientes:

#### **A. Respecto al matrimonio**

Se agrega un segundo párrafo en el artículo cuarenta y cuatro del Código Civil Español de la siguiente manera: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.”<sup>185</sup>

#### **B. Respecto a cambios conceptuales**

Se modifican las significaciones de “marido y mujer” a cónyuges, también el cambio de padre o madre a la palabra progenitores.<sup>186</sup>

#### **C. Respecto a la adopción**

Se añade en el apartado cuarto del artículo ciento setenta y cinco del Código Civil quedando redactado de la siguiente manera: “Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. En el caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179, es posible una nueva adopción del adoptado”.<sup>187</sup>

---

<sup>185</sup> Ídem.

<sup>186</sup> BAZAN, J. 2009. Informe sobre el impacto de la ley española del matrimonio entre personas del mismo sexo en el derecho interno. Profesionales por la Ética-Servicio Jurídico: 7p.

<sup>187</sup> ESPAÑA. Juan Carlos I Rey de España. 2005. Ley 13/2005, julio de 2005.

En el caso de la adopción, todas las parejas homosexuales estén casadas o no pueden adoptar niños según la reglamentación de instituciones españolas autorizadas. La diferencia es que en el caso que las parejas no estén casadas sólo pueden adoptar de forma individual y las parejas que estén casadas pueden adoptar en forma conjunta según lo establecido en el artículo ciento setenta y cinco inciso cuarto del Código Civil español.

La profesora María Linacero, explica los cambios en materia de adopción en el Derecho español. Ante esto, señala que en materia de niñez debe tenerse en cuenta el principio prevalente del interés superior del niño. Y así, siendo este principio la consideración primordial, en el ámbito ya no sólo de la adopción, sino también del acogimiento, habrá de determinarse la idoneidad de los adoptantes (o en su caso, acogedores preadoptivos), para el ejercicio de la patria potestad en función del referido *favor filii*. Su argumentación apunta a un requisito más amplio que la edad de los futuros padres o si existe un vínculo de matrimonio o no, sino que la idoneidad de los futuros padres adoptivos deben ser en función de la formación integral y la protección de los intereses y derechos del niño.<sup>188</sup>

#### **D. Respecto a la reproducción asistida**

En consonancia con las modificaciones de los vínculos filiatorios, se regula las técnicas de reproducción asistida por la Ley N° 14/2006 dictada el veintiséis

---

<sup>188</sup> LINACERO, M. 2005. Ley 13/2005 de 1 de julio por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Foro Nueva Época. España (2): 432-436p.

de mayo del mismo año. En esta ley se dispone que la mujer podrá usar las técnicas de reproducción asistida con independencia de su estado civil y orientación sexual.<sup>189</sup>

Además de legislar respecto al matrimonio igualitario y las familias homoparentales, España comprendió que la sola aplicación de la norma no es necesaria. Debe existir un cambio más profundo que se exprese a través de una modificación en la discriminación en la sociedad. Es por esto, que reguló a través de la Ley Orgánica 2/2006 del 3 de mayo del año 2006, ésta impuso una nueva área de conocimiento llamado Educación para la Ciudadanía (Epc), que introduce cuatro nuevas asignaturas obligatorias en los niveles de Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria o ESO, y Bachillerato entre los diez y los dieciséis años, aproximadamente. El currículo nacional de EpC incluye temas relativos a la educación sexual, y afectiva y a la ideología de género.<sup>190</sup>

Es clave la posición española al momento de dictar una normativa referente a la discriminación y la educación. Esto ha permitido que la sociedad española no solo integre una nueva ley y la comprenda, sino que también la acepte. El fondo del reconocimiento de las familias homoparentales y el respeto

---

<sup>189</sup> BAZAN, J.2009, Informe sobre el impacto de la ley española del matrimonio entre personas del mismo sexo en el derecho interno. Profesionales por la Ética-Servicio Jurídico. 8p. En relación con el artículo seis número uno se establece que “toda mujer mayor de dieciocho años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa. La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual”. Citado desde: ESPAÑA. Juan Carlos I Rey de España. 2006. Ley N°14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, mayo de 2006.

<sup>190</sup> BAZAN, J. 2009. Informe sobre el impacto de la ley española del matrimonio entre personas del mismo sexo en el derecho interno. Profesionales por la Ética-Servicio Jurídico: 11p.

de los Derechos Humanos se vincula directamente con la aceptación. Un pueblo que acepta al otro sin mediar discriminación, es un país que puede llamarse Estado democrático de derecho.

Estos avances en materia legislativa y el reconocimiento de esta normativa en la sociedad española, tuvo sus primeros resultados el año 2010 con estudio Pulso de España 2010 de la Fundación Ortega- Marañón y Metroscopia. Según lo anterior, “la opinión pública española ha evolucionado, y mucho, en esta materia en los últimos años. Hoy, un 56% se muestra favorable no solo a que los homosexuales puedan casarse y que esta unión se denomine matrimonio, sino que el mismo porcentaje está de acuerdo con que estas parejas adopten. Incluso está a favor el 32% de quienes se autodenominan "católicos practicantes".

“En esta cuestión se aprecia, no obstante, una brecha ideológica y otra generacional. Así, un 55% de los votantes del Partido Popular preferirían que la unión entre personas del mismo sexo no se denominara matrimonio. Además, mientras los menores de 34 años apoyan abrumadoramente la equiparación en todos los sentidos, entre los mayores de 55 años solo a favor un 36%. Entre los católicos, en ambos casos, la oposición es mayor cuanto más implicación declaran sentir con la institución. La adopción recibe más contestación en estos

colectivos. Un 66% de los votantes del PP dice estar poco o nada de acuerdo, lo mismo que un 53% de los mayores de 55 años y un 64% de los practicantes”.<sup>191</sup>

Otra de las estadísticas que reflejó el estudio es que “un año antes de aprobarse la ley, el 66% de los españoles declaraba estar a favor del matrimonio igualitario según un estudio del CIS, y solo el 48% a favor de que las parejas del mismo sexo pudieran adoptar. Un estudio sobre discriminación en 2013 revelaba que el respaldo al matrimonio igualitario había crecido hasta el 71% y el apoyo a la adopción, hasta el 64%, sumados los porcentajes de quienes decían estar totalmente de acuerdo y algo de acuerdo. Este pasado 29 de junio, un 74% se mostraba a favor de la adopción entre parejas del mismo sexo; y para un 88% “lo realmente importante para un niño es poder crecer en un ambiente de cariño y protección y da igual que se lo proporcione una pareja formada por un hombre y una mujer que una pareja formada por personas del mismo sexo, o incluso por una sola persona”, según la última encuesta de Metroscopia”.<sup>192</sup>

Finalmente, las principales preocupaciones de las familias homoparentales son que se rechace a sus hijos en el colegio o que no hagan amigos, según una investigación de Enrique Arranz y otros publicada en 2010.

---

<sup>191</sup> RIVERO, A. 2015. Matrimonio gay: Un país que cambia [en línea]<[http://sociedad.elpais.com/sociedad/2011/05/11/actualidad/1305064811\\_850215.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2011/05/11/actualidad/1305064811_850215.html)> [Consultado: 2 de mayo de 2016].

<sup>192</sup> RIVEIRO, A. 2011. La mayoría de los españoles aprueban el matrimonio y la adopción homosexual. [en línea]. <[http://politica.elpais.com/politica/2015/06/23/actualidad/1435075099\\_139603.html](http://politica.elpais.com/politica/2015/06/23/actualidad/1435075099_139603.html)> [Consultado: 2 de mayo del año 2016].

“Pero lo que experimentan son grados de aceptación muy buenos, y ellos tienen una vivencia de género más flexible”, continúa Gómez, portavoz de la FELGBT. “La familia en sí misma es muy tradicional, y con gays y lesbianas se normaliza y visibiliza, es un elemento vinculador de la diversidad como una riqueza social”. Esa percepción ha cambiado, ahora un 82% cree que en la adopción y a la hora de determinar qué es lo mejor para el menor, no debe influir en absoluto la orientación sexual de los adoptantes, según Metroscopia.”<sup>193</sup>

Del estudio recién mencionado se puede deducir que los fundamentos de los detractores al momento de presentar el Anteproyecto de la Ley N° 13/2005 no eran los correctos. Esto porque señalaban que las modificaciones al Derecho de Familia podrían ser traumáticas para la sociedad española y podría existir mayor discriminación a todos los niños, niñas y adolescentes que se críen en una familia homoparental. Como se manifiesta en el estudio, esto no es así, ya que la institución del matrimonio y la familia no fueron “desnaturalizados” como se especulaba, sino que incluyó a otros tipos de familia que antes de la dictación de la ley, solo eran de facto y ahora pueden ser reguladas jurídicamente.

---

<sup>193</sup>ídem.

## **2.2.2. Países que regulan normas relativas a las familias homoparentales en la región latinoamericana**

### **2.2.2.1. Uruguay**

Los países de la región latinoamericana han cuestionado fuertemente la existencia de las familias homoparentales. Sin embargo, la República Oriental de Uruguay es un país precursor dentro del continente ya que fue el primero en legislar la adopción homoparental.

El diez de enero del año 2008 se aprueba la Ley N° 18.246 también llamada Ley de Unión Concubinaria<sup>194</sup>, la cual produce cambios jurídicos en aquellas parejas que conviven de forma ininterrumpida por más de cinco años o aquellas parejas que hayan solicitado el reconocimiento judicial de su concubinato.

---

<sup>194</sup> Antes de sancionar la ley N°18.246, se ha señalado que “son escasas las menciones que se hicieron sobre el concubinato en el derecho patrio, el Código Civil apenas lo recogía en el art. 148 (actualmente modificado) como causal para la Separación de Cuerpos y el Divorcio, y disponía que la separación sólo podría tener lugar: “Por el adulterio de la mujer en todo caso, o por el del marido cuando lo cometa en la casa conyugal o cuando se produzca con escándalo público, o tenga el marido concubina”. También el art. 241 del Código Civil hoy derogado por el Código de la Niñez y la Adolescencia hacía mención al concubinato en sede de investigación de la paternidad cuando establecía que: “el presunto padre haya vivido en concubinato notorio con la madre durante el período de la concepción”. Luego de esto pocas leyes hicieron mención al concubinato, ya que prácticamente el legislador nacional no se ocupó del tema hasta ahora. Por último, un posible argumento que se sostenía para afirmar la existencia y protección del concubinato era el art. 40 de la Constitución, el cual dispone que “la familia es la base de la sociedad” no haciéndose diferencia entre legítima y la proveniente de una unión concubinaria. Citado desde: ROSAS G. 2008. Informe especial de la Unión Concubinaria, [en línea], <<http://www.diazrosas.com/index.php/informes/familia/50-informe-especial-union-concubinaria>> [Consultado: 16 de mayo de 2016]. El artículo primero establece su ámbito de aplicación, disponiendo que “La convivencia ininterrumpida de al menos cinco años en unión concubinaria genera los derechos y obligaciones que se establecen en la presente ley, sin perjuicio de la aplicación de las normas relativas a las uniones de hecho no reguladas por ésta”. Citado desde: URUGUAY. 2008. Ley N°18.246: Ley de Unión Concubinaria. 10 de enero de 2008.

Antes de la promulgación de la Ley de Unión Concubinaria, la adopción en Uruguay se dividía en dos tipos: una simple, esto es, un vínculo jurídico que se establece entre adoptante y adoptado en el cual este último no termine su vínculo con la familia de origen. El segundo tipo es la adopción como legitimidad activa, es decir, existe una ruptura total entre la familia de origen y el adoptado.

Por consiguiente, antes del año 2008, Uruguay seguía las siguientes normas de adopción basado en los requisitos del Código de la Niñez y Adolescencia:

- a.- Podían adoptar los cónyuges.
- b.- Podían adoptar uno de los integrantes de una pareja que convivía.
- c.- Podían adoptar la pareja del padre o madre biológico.<sup>195</sup>

El dieciocho de septiembre del año 2009, se modifica el Código de la Niñez y Adolescencia (CNA) a través de la Ley N° 18.590. Esta ley, elimina la diferencia entre adopción simple y adopción de legitimidad activa para suplirlo por adopción plena.<sup>196</sup>

Se modifica el artículo ciento treinta y siete del CNA en el cual se establece que la adopción de niños, niñas y adolescentes es un instituto de excepción, que tiene como finalidad garantizar el derecho del niño, niña o adolescente a la vida

---

<sup>195</sup> AMERICO, C. CORA, V. PEREZ, L. 2012. Análisis de la Ley N° 18.246: Unión Concubinaria y sus efectos en la disolución de estas sociedades". Tesis para optar al título de Contador Público. Universidad de la República. Uruguay: 50p.

<sup>196</sup> Ídem.

familiar, ingresando la calidad de hijo, con todos los derechos de tal, a una nueva familia.

En consonancia a este artículo se dispone el artículo 143 el cual establece que la adopción sólo se otorgará por justos motivos y existiendo conveniencia para el niño, niña o adolescente”<sup>197</sup>

Según lo anterior, la institución de la adopción en Uruguay se puede establecer de la siguiente manera<sup>198</sup>:

#### **A. Adopción individual**

Puede ser adoptado un niño, niña o adolescente ya sea por una persona soltera, viuda o divorciada. Por otro lado, y según el artículo ciento treinta y nueve de la Ley N° 18.590 “se permitirá la adopción por parte del nuevo cónyuge o concubino del padre o madre del hijo habido dentro del matrimonio o habido fuera del matrimonio reconocido del otro cónyuge o concubino siempre que el niño, niña o adolescente haya perdido todo vínculo con el otro progenitor. En este caso, quien ejerce la patria potestad sobre el niño, niña o adolescente adoptado por su pareja, continuará su ejercicio. Esta adopción podrá llevarse a cabo una sola vez, respecto al niño, niña o adolescente”.<sup>199</sup>

---

<sup>197</sup> Ídem.

<sup>198</sup> Ídem.

<sup>199</sup> URUGUAY. Asamblea General. 2009. Ley N° 18.590: Código de la Niñez y la Adolescencia. 18 de septiembre de 2009.

## **B. Adopción conjunta**

En primer lugar, puede ser otorgada a dos cónyuges o dos concubinos según lo establecido en el artículo ciento cuarenta del CNA. En segundo lugar, el artículo ciento cuarenta y uno del CNA establece que dos ex cónyuges o dos ex concubinos podrán adoptar siempre que existe la correspondiente conformidad entre las partes y cuándo se la tenencia o la guardia del niño, niña o adolescente haya surgido en el matrimonio o en el concubinato.<sup>200</sup>

Respecto al procedimiento de adopción se puede señalar que éste es voluntario y para solicitarlo se presenta una solicitud ante el Juzgado Letrado de Familia del domicilio del adoptante. Luego de la solicitud, se notifica al Instituto del Niño y Adolescente de Uruguay<sup>201</sup> de tal manera que si se opone a la solicitud, entonces el proceso se convierte en contencioso.

Se puede señalar, que según las modificaciones tanto de la Ley Concubinaria o la Ley N° 18.590 no existe una regulación especial para parejas homosexuales. Al contrario, las parejas homosexuales solo se asemejan al concepto de concubinos o personas solteras. En esta situación, puede entenderse que la normativa es confusa ya que no se explicita la adopción

---

<sup>200</sup> Ídem.

<sup>201</sup> El INAU es un organismo encargado de la evaluación de los futuros adoptantes. El artículo ciento treinta y seis inciso segundo del Código de la niñez y adolescencia establece que “El único órgano competente para la selección y asignación de familias adoptivas es el Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay a través de equipos especializados en la materia y del Registro General de Adopciones”. Ídem.

homoparental como tal. Esta confusión puede resolverse a través de la Ley N° 18.246 ya que establece en su artículo segundo que las personas concubinas no deberán ser discriminadas por su orientación sexual.<sup>202</sup>

El diez de abril del año 2013, Uruguay es nuevamente catalogado como país pionero: es el segundo país de Latinoamérica en aprobar el matrimonio igualitario, pregonando a todos los países de la región que se pueden promulgar normas que estén en consonancia con los principios de la igualdad, la no discriminación y el interés superior del niño.

El seis de diciembre del año 2012, la Comisión de Constitución y Códigos aprobó por ocho votos a favor y uno en contra el proyecto del matrimonio igualitario. Finalmente, y luego de modificaciones, la Ley N° 19.075 fue sancionada el dos de julio del año 2013.

Esta ley reforma el concepto de matrimonio y, por consiguiente, la nueva descripción es que el matrimonio civil es la unión permanente, con arreglo a la ley, de dos personas de distinto o igual sexo.<sup>203</sup>

---

<sup>202</sup> El artículo segundo de la Ley N° 18.246 dispone que “A los efectos de esta ley se considera unión concubinaria a la situación de hecho derivada de la comunidad de vida de dos personas -cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual- que mantienen una relación afectiva de índole sexual, de carácter exclusiva, singular, estable y permanente, sin estar unidas por matrimonio entre sí y que no resulta alcanzada por los impedimentos dirimentes establecidos en los numerales 1º, 2º, 4º y 5º del Artículo 91 del Código Civil”. Citado desde: URUGUAY. Asamblea General. 2008. Ley N° 18.246: Ley de Unión Concubinaria, enero de 2008.

<sup>203</sup> El inciso segundo del artículo ochenta y tres de la Ley N° 19.075 dispone que “el matrimonio civil es obligatorio en todo el territorio del Estado, no reconociéndose, a partir del veintiuno de julio de 1885, otro legítimo que el celebrado con arreglo a este Capítulo y con sujeción a las disposiciones establecidas en las leyes de Registro de Estado Civil y su reglamentación” Citado desde: URUGUAY. Asamblea General. 2013. Ley N° 19.075, mayo de 2013.

En ella no solo modifica el matrimonio incluyendo a personas del mismo sexo como futuros contrayentes, sino que también se realizan cambios respecto a la inclusión de parejas homosexuales que puedan adoptar conjuntamente bajo el régimen matrimonial y respecto de los apellidos de aquellos niños, niñas o adolescentes que serán adoptados.

**A. Modificaciones respecto a los nombres de niños, niñas o adolescentes adoptados**

El artículo veintisiete de la Ley N° 19.075 regula detalladamente una serie de situaciones las cuales se señalan a continuación:

A.1 En el caso que el hijo nazca dentro del matrimonio heterosexual llevará como primer apellido el de su padre y como segundo el de su madre. Los padres podrán optar por invertir el orden establecido precedentemente siempre que exista acuerdo entre ellos.

A.2 En el caso que el hijo nazca dentro del matrimonio homosexual llevará los apellidos de sus padres en el orden que ellos opten expresamente. En caso de no existir acuerdo, el orden de los apellidos se determinará por sorteo al momento de la inscripción, realizado por el Oficial de Estado Civil.

A.3 Si el hijo nace fuera del matrimonio e inscribe la filiación una pareja heterosexual, llevará como primer apellido el de su padre y como segundo el de

su madre. Los padres podrán optar por invertir el orden establecido precedentemente siempre que exista acuerdo entre ellos.

A.4 En el caso que el hijo nace fuera del matrimonio y solo es inscrito por uno de sus padres entonces, llevará los dos apellidos de éste. Si el mismo no tuviere segundo apellido el niño llevará como primero el de quien lo está reconociendo seguido de uno de uso común.

A.5 En el caso que el hijo nace fuera del matrimonio y no es inscrito por ninguno de sus padres, llevará el apellido de quien lo concibió, de conocerse, y otro de uso común seleccionado por el inscribiente. En el caso que se desconozcan los padres, se inscribe de oficio y llevará dos apellidos de uso común seleccionados por el Oficial de Estado Civil interviniente.

A.6 En los casos de adopción va a depender si esta última será realizada por parejas heterosexuales u homosexuales. En el primer caso, si son cónyuges o concubinos entre sí, el hijo sustituirá sus apellidos por el del padre adoptante en primer lugar y el de la madre adoptante en segundo lugar. Los padres adoptantes podrán de común acuerdo optar por invertir el orden establecido precedentemente. En el segundo caso, si son cónyuges o concubinos entre sí, el hijo sustituirá sus apellidos por los de los padres adoptantes en el orden que ellos opten expresamente. En caso de no existir acuerdo, el orden de los apellidos se determinará por sorteo entre los apellidos de los padres adoptantes realizado por el Juez que autorice la adopción.

A.7 En el caso que el hijo sea adoptado por una sola persona se sustituirá solamente uno de los apellidos, siguiendo las reglas previstas en los numerales precedentes. Si el adoptado fuese adolescente podrá convenir con el o los adoptantes mantener uno o ambos apellidos de nacimiento. La sentencia que autorice la adopción dispondrá el o los nombres y apellidos con que será inscripto el adoptado. Salvo razones fundadas, se conservará al menos uno de los nombres asignados al niño en la inscripción original de su nacimiento.

#### **B. Modificaciones respecto a la reproducción asistida**

Uruguay regula la reproducción asistida a través de la Ley N° 19.167 del año 1997, la cual no menciona en su articulado la orientación sexual de la mujer solo señala que cualquier mujer puede solicitar realizar este tipo de procedimiento no importando su estado civil.

### **2.2.2.2. Argentina**

Como podemos observar, Latinoamérica no ha querido quedarse atrás y ha buscado la forma de transformar una legislación excluyente y discriminatoria en una más inclusiva e igualitaria. Dentro de esta tónica encontramos a Argentina.

Las uniones civiles en Argentina fueron dictadas dependiendo de cada distrito. Por ejemplo, Buenos Aires promulgó la unión civil en diciembre del año 2002. En aquella normativa se exigía como requisito una relación de afectividad estable de por lo menos dos años y uno de los miembros de la pareja debiese tener domicilio en el distrito de Buenos Aires con una anterioridad de cinco años a la solicitud de la inscripción del acuerdo.

Referente al matrimonio igualitario, este país fue el primero en dictar este tipo de norma en la región latinoamericana.

El quince de julio del año 2010 se sancionó la conocida Ley N° 26.618 “la cual extiende la institución del matrimonio civil a las parejas del mismo sexo, es decir, habilita esta figura a todas las personas con total independencia de su

orientación sexual, convirtiéndose así en el primer país de América Latina que adopta una postura legislativa de este tenor”.<sup>204</sup>

La relevancia de la extensión del contrato de matrimonio a personas homosexuales no sólo se basa en los derechos y obligaciones entre contrayentes sino en una nueva formación de familia.

Respecto a la discusión parlamentaria de la Ley N° 26.618 se puede señalar algunos argumentos dichos en la Cámara de Diputados, como por ejemplo, la Diputada Storni, quien en esa época señaló “es importante que podamos reconocer la existencia de los derechos considerados de cuarta generación, como es el derecho a ser diferente, que deriva del derecho a la libertad. No podemos equiparar homosexualidad con perversión. Existen perversos homosexuales y existen perversos heterosexuales. La mayor cantidad de casos de abuso sexual que conocemos transcurren en seno de familias heterosexuales, y se trata de garantizar el interés superior del niño”. Por otro lado, la diputada Rodríguez enfatizó en que “la discriminación no sólo es una categoría sospechosa sino que también socava el ejercicio de otros derechos. El Estado se encuentra obligado a garantizar el ejercicio de estos derechos básicos para cumplir tanto con los tratados internacionales como con las obligaciones que se han comprometido y asumido internacionalmente. La utilización del discurso de

---

<sup>204</sup> HERRERA, M. y GROSMAN, C. 2013. Tensiones y desafíos del derecho a contraer matrimonio de las parejas del mismo sexo. La experiencia en el derecho argentino EN: GOMEZ, M. y LEPIN, C. Parejas Homosexuales ¿unión civil o matrimonial? Santiago de Chile. Legal Publishing: 139p.

los derechos humanos en materia de este tipo de leyes tiene un efecto de doble vía. Ofrece los mejores argumentos y fundamentos a los fines de justificar este tipo de normas y medidas, pero a la vez permite construir una concepción más robusta de los derechos humanos y de la responsabilidad estatal por la omisión de garantizarlos”.<sup>205</sup>

La nueva ley de matrimonio igualitario modificó el sistema filiatorio en Argentina. Según lo anterior, se puede establecer que los vínculos filiatorios de parejas heterosexuales se homologaron a las parejas homosexuales. Por consiguiente, la nueva normativa la filiación de progenitores homosexuales e hijos se establece de la siguiente manera:

#### **A. Filiación matrimonial de dos personas del mismo sexo**

##### **A.1 Adopción homoparental**

La Ley N° 24.779 del año 1997, “reserva esta figura a las parejas matrimoniales, dejando afuera de la posibilidad de adoptar a parejas no casadas. Sin embargo, varios precedentes jurisprudenciales han declarado la inconstitucionalidad de las normativas mencionadas por encontrarse violados varios derechos y principios de derechos humanos, en particular el derecho a la igualdad y no discriminación, siendo que la calidad para ser adoptante es lo que realmente importa en la decisión final de otorgar una adopción y no en la

---

<sup>205</sup> Matrimonio igualitario y derecho constitucional de familia Ley 26.618. 2010. Por Andrés Gil “et al”. Buenos Aires. Ediar: 72-77.

formalidad del vínculo que une a los peticionantes, es decir, el estar o no casados”.<sup>206</sup>

Respecto a la adopción homoparental en Argentina, la autora Marisa Herrera establece que pueden darse los siguientes supuestos: “1) la adopción unipersonal cuya persona que pretende adoptar es homosexual; 2) la adopción de integración, es decir, la adopción por parte de una persona del hijo o hijos biológicos o adoptivos de su pareja del mismo sexo; y 3) la adopción conjunta por personas del mismo sexo, sean matrimoniales o unidades de hecho o convivencial.”<sup>207</sup>

Los requisitos que establece el Código Civil argentino se encuentra en el artículo trescientos quince el cual establece que podrá ser adoptante toda persona que reúna los requisitos establecidos en este Código cualquiera fuese su estado civil, debiendo acreditar de manera fehaciente e indubitable, residencia permanente en el país por un periodo mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda. No podrá adoptar a) Quienes no hayan cumplido treinta años de edad, salvo los cónyuges que tengan más de tres años de casados. Aún por debajo de éste término, podrán adoptar los cónyuges que acrediten la

---

<sup>206</sup> HERRERA, M. y GROSMAN, C. 2013. Tensiones y desafíos del derecho a contraer matrimonio de las parejas del mismo sexo. La experiencia en el derecho argentino EN: GOMEZ, M. y LEPIN, C. Parejas Homosexuales ¿unión civil o matrimonial? Santiago de Chile. Legal Publishing: 165-166p.

<sup>207</sup> Ídem: 165p.

imposibilidad de tener hijos; b) los ascendientes a sus descendientes c) un hermano a sus hermanos o medios hermanos.

Estos requisitos establecidos en el artículo trescientos quince nada señalan respecto a la orientación sexual. Por consiguiente, y al igual que la legislación uruguaya, la normativa argentina no coloca en una posición diferente a las personas homosexuales. Una vez promulgada la ley del matrimonio igualitario, todas las personas del mismo sexo que contraigan matrimonio deben cumplir los mismos requisitos que las parejas heterosexuales para poder adoptar.

Es por esto, que al momento de otorgar un niño, niña o adolescente en adopción prima el interés superior del niño.<sup>208</sup> De este modo, “puede observarse que el enfoque en la legislación argentina está puesto en el niño y en el respeto al interés superior de éste el cual de ser analizado en cada caso particular para arribar la mejor solución posible. Las cualidades de los adoptantes son relevantes para conseguir esto, pero la orientación sexual no es criterio que la legislación juzgue importante, ni un condicionante para el otorgamiento de la adopción”.<sup>209</sup>

---

<sup>208</sup> El artículo trescientos veintiuno del Código Civil, establece que en el juicio de adopción deberán observarse las siguientes reglas: a) La acción debe interponerse ante el juez o tribunal del domicilio del adoptante o del lugar donde se otorgó la guarda; b) Son partes el adoptante y el Ministerio Público de Menores; c) El juez o tribunal de acuerdo a la edad del menor y a su situación personal, oirá personalmente, si lo juzga conveniente, al adoptado, conforme al derecho que lo asiste y a cualquier otra persona que estime conveniente en beneficio del menor. Citado desde: Noel, M. Ortiz, F. y Wajsman M. 2014. El interés superior del niño en las adopciones homoparentales. Revista Lecciones y ensayos. (92): 224p.

<sup>209</sup> Ídem.

## A.2 Reproducción asistida

La ley N° 14.208 regula escuetamente la Reproducción asistida en argentina, no mencionando la orientación sexual de las mujeres. Por consiguiente, es más bien difuso interpretar esta norma ya que no explicita de manera detallada su ámbito de aplicación.

A modo ejemplificador, la jurisprudencia argentina expone el siguiente caso: una “mujer que fue sometida a técnicas de procreación asistida con donante anónimo. Antes de que naciera el niño, se sanciona la ley y ella y su pareja del mismo sexo contraen matrimonio. Al poco tiempo nace Vicente y juntas fueron a inscribirlo para que la filiación quedara determinada con ambas mujeres. El Registro Civil entendió que el mencionado artículo 36 sólo le reconocía la filiación con la mujer que lo dio a luz pero no así con su cónyuge, al considerar que la presunción de filiación de paternidad del marido de la madre sólo puede serlo con un hombre y por ende, solo se asentó en la partida que la madre que dio a luz se encontraba casada con otra mujer, pero no se dejó establecida la filiación con esta última ni, en consecuencia, se le pudo agregar su apellido, portando sólo el de la mujer que lo parió, con la que tendría filiación.”<sup>210</sup>

---

<sup>210</sup> Matrimonio igualitario y derecho constitucional de familia Ley 26.618. 2010. Por Andrés Gil “et al”. Buenos Aires. Ediar: 225 y ss.

Finalmente, la Ley N° 26.618 también añade efectos jurídicos provenientes de los vínculos de filiación, tales como:

**A. Cuidado personal o custodia de hijos/as de familias homoparentales**

En el caso del matrimonio de personas de distinto sexo, existen actualmente diversos conflictos que se ven envueltos los progenitores una vez que terminan su relación matrimonial tanto legalmente como de hecho. Estas separaciones dan pie para la discusión respecto al cuidado personal que puede presentarse respecto a los hijos.

La legislación argentina ha sustituido el artículo doscientos seis del Código Civil argentino por el artículo cuarto de la ley 26.618. Por lo tanto, la nueva disposición reza así: “Separados por sentencia firme, cada uno de los cónyuges podrá fijar libremente su domicilio o residencia. Si tuviese hijos de ambos a su cargo, se aplicarán las disposiciones relativas al régimen de patria potestad. Los hijos menores de cinco años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. En casos de matrimonios constituidos por ambos cónyuges del mismo sexo, a falta de acuerdo, el juez resolverá teniendo en cuenta el interés del menor. Los mayores de esa edad, a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo. Los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos.”

## **B. Cambio de nombre**

El artículo séptimo de la Convención de los Derechos del niño, establece que los niños, niñas y/o adolescentes deben tener un nombre y apellido basado en el principio de la identidad.

Respecto a esto, el criterio que rige la Ley N° 26.618 va a depender de las siguientes situaciones:

### **B.1 Hijos/as matrimoniales**

En este caso la legislación argentina hace una diferencia entre los hijos matrimoniales entre parejas del mismo sexo o de diferente sexo. En el primer caso, los hijos pueden llevar el primer apellido del padre o puede, con consentimiento de los progenitores, se puede inscribir el apellido compuesto del padre o agregar el apellido de la madre ya que este último no es obligatorio para los hijos. En el caso de los hijos matrimoniales de progenitores del mismo sexo se establece a través de la ley 26.618 que llevará el primer apellido de alguno de los padres. “La norma dispone que una vez adicionado el apellido no pueda suprimirse, aplicando el principio de inmutabilidad del nombre. Por otra parte se establece que todos hijos deben llevar el mismo apellido de acuerdo al modo en que se decidió la integración del apellido para el primero de los hijos”.<sup>211</sup>

---

<sup>211</sup> HERRERA, M. y GROSMAN, C. 2013. Tensiones y desafíos del derecho a contraer matrimonio de las parejas del mismo sexo. La experiencia en el derecho argentino EN: GOMEZ, M. y LEPIN, C. Parejas Homosexuales ¿unión civil o matrimonial? Santiago de Chile. Legal Publishing: 173 p.

## B.2 Hijos adoptivos

Respecto a los hijos adoptivos hay que tener claro las diferencias que hace la legislación argentina entre la adopción plena y simple y entre esta última: plena o conjunta.

El artículo dieciséis sustituye el artículo trescientos veintiséis del Código Civil argentino disponiendo que el hijo adoptivo llevará el primer apellido del adoptante, o su apellido compuesto si éste solicita su agregación. En caso que los adoptantes sean cónyuges de distinto sexo, a pedido de éstos podrá el adoptado llevar el apellido compuesto del padre adoptivo o agregar al primero de éste, el primero de la madre adoptiva. En caso que los cónyuges sean de un mismo sexo, a pedido de éstos podrá el adoptado llevar el apellido compuesto del cónyuge del cual tuviera el primer apellido o agregar al primero de éste, el primero del otro. Si no hubiere acuerdo acerca de qué apellido llevará el adoptado, si ha de ser compuesto, o sobre cómo se integrará, los apellidos se ordenarán alfabéticamente. En uno y otro caso podrá el adoptado después de los dieciocho años solicitar esta adición. Todos los hijos deben llevar el apellido y la integración compuesta que se hubiera decidido para el primero de los hijos. Si él o la adoptante fuese viuda o viudo y su cónyuge no hubiese adoptado al menor, éste llevará el apellido del primero, salvo que existieran causas justificadas para imponerle el del cónyuge premuerto. La misma autora, señala que “varios precedentes jurisprudenciales han declarado la inconstitucionalidad de las

normativas mencionadas por encontrarse violados varios y principios de derechos humanos, en particular, el derecho a la igualdad y no discriminación, siendo que la calidad para ser adoptante es lo que realmente importa en la decisión final de otorgar una adopción y no en la formalidad del vínculo que une a los peticionantes.

En conclusión, el estudio de los fallos dictados por el Tribunal de Derechos Humanos y la legislación de la familia homoparental en el derecho comparado dispuso al lector el tratamiento de este tipo de familia en otros sistemas jurídicos.

En este sentido, el concepto de orientación sexual se ha utilizado de forma gradual. Es decir, los Estados intentan frenar por un lado hechos discriminatorios en contra de personas homosexuales, pero por otro lado no legislan respecto al reconocimiento del matrimonio igualitario y las familias homoparentales. Esto conlleva a legislaciones confusas que a partir de arduos debates parlamentarios y a través de los años, se han podido ir modificando.

Por otro lado, el interés superior del niño es un principio que puede ser utilizado para una doble argumentación: por un lado, los detractores arguyen que no debe permitirse la adopción homosexual por este principio ya que los niños, niñas y adolescentes se verían perjudicados y discriminados ante una sociedad no está preparada para poder aceptar familias homoparentales. Sin embargo, las personas que creen en la diversidad de familia y su aceptación, establecen que

el principio del interés superior del niño se aplica y se protege en todos aquellos casos de niños, niñas y adolescentes que sean adoptados por organismos competentes que evalúan y velan por la protección integral de los niños. Las instituciones al momento de otorgar la adopción de los niños, niñas o adolescentes deben enfocarse en las capacidades de los adoptantes y no en su orientación sexual.

Finalmente, los países que han avanzado a un modelo de adopción homoparental se otorgaban anteriormente a la dictación de esa norma jurídica, adopciones monoparentales. Esto significó que personas homosexuales solicitaban la adopción y, por consiguiente, existían familias homoparentales de facto no reguladas por las normativas vigentes estableciéndose diferencias entre los niños, niñas y adolescentes criados bajo familias reguladas jurídicamente y las no reguladas jurídicamente.

### **III. HOMOPARENTALIDAD EN CHILE**

Este último capítulo tiene por objetivo conocer, analizar y criticar las innovaciones nacionales referidas a normas jurídicas de uniones de hecho, relaciones paterno-filiales y orientación sexual. Además, se estudiarán los nuevos proyectos de ley de matrimonio igualitario y filiación homoparental. Para llegar a este objetivo, es inevitable conocer las reformas trascendentales en el Derecho de Familia y normas referidas a la antidiscriminación. Estos dos últimos estudios nos otorgarán las herramientas necesarias para comprender el profundo debate jurídico e ideológico respecto al reconocimiento y regulación de la familia homoparental en Chile.

#### **3.1. Una mirada a los cambios trascendentales del Derecho de Familia**

Como ya hemos mencionado anteriormente, nuestra normativa se modifica según los principios internacionales de la Convención de los Derechos del Niño. Por ende, se promulga en el año 1998 la Ley N° 19.585 la cual eliminó la distinción entre hijos legítimos, naturales e ilegítimos y, como consecuencia de ello, modificó sustancialmente lo relativo a la patria potestad y los derechos

hereditarios.<sup>212</sup> Esta nueva ley equipara los derechos de aquellos hijos nacidos al alero de un vínculo matrimonial a aquellos hijos que no tuvieron esa posibilidad y por tanto, se reconoce implícitamente que pueden existir niñas, niñas o adolescentes ajenos al contrato de matrimonio que merecen igual protección del Estado.

En el año 2004 se promulgó la Ley N° 19.947<sup>213</sup> la cual trae aparejada en su artículo primero inciso segundo que el “matrimonio es la base principal de la familia”, más no la única. Esta ley trajo cambios significativos en materia de familia como por ejemplo, al divorcio vincular como forma de término del matrimonio.<sup>214</sup> Otra de las “modificaciones de mayor contenido simbólico introducidas por la nueva normativa matrimonial ocurrió en el plano del tratamiento de la impotencia de uno de los cónyuges, trastorno que en la actualidad no permite per se la declaración de nulidad del matrimonio (a

---

<sup>212</sup> RAMOS PAZO, R. 2007. Derecho de Familia. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. Séptima Edición. (I): 32 p.

<sup>213</sup> Cabe destacar, que en el debate del proyecto de ley se propuso la inclusión de las uniones de hecho. Por ende, “el debate legislativo sobre la materia (pactos civiles) encuentra su origen durante la tramitación de la NLMC, adquiriendo mayor importancia cuando los senadores socialistas Núñez y Viera-Gallo, mediante dos indicaciones, propusieron la inclusión en las normas del proyecto de ley en estudio, de una regulación de las uniones de hecho mediante la validación jurídica de pactos de convivencia, definiendo estas uniones como relaciones afectivas heterosexuales, vinculadas de manera estable por un lapso no inferior a un año, establecidas de forma libre, pública y notoria. Anteriormente, un proyecto referido específicamente a las uniones homosexuales, presentado por el diputado Accorsi, había sido archivado”. Citado desde: DEL PICÓ RUBIO, J. 2013. La pareja homosexual y su reconocimiento civil: tolerancia social, pactos jurídicos de convivencia y matrimonios entre personas del mismo sexo EN: GOMEZ, M. y LEPIN, C. Parejas Homosexuales ¿unión civil o matrimonial? Santiago de Chile. Legal Publishing: 49-50p.

<sup>214</sup> Profundizando en este punto, “cabe aclarar que Chile es uno de los Estados en que los cambios que ha experimentado el Derecho de Familia se han asumido de manera más lenta en el ámbito del Derecho occidental. Sólo a modo de orientación, en épocas en que el divorcio estaba omnipresente en todos los ordenamientos jurídicos Chile sin concordato de por medio no lo introdujo en su legislación sino hasta el año 2004, manteniendo aun conceptualmente un matrimonio de carácter indisoluble dentro de su Código Civil”. Extraído desde: ESPINOZA, A. 2015. La juridificación de las uniones de hecho y la propuesta valórica contenida en el proyecto legislativo de Acuerdo de Vida en Pareja en Chile. Revista Ius et Praxis (21): 115p.

diferencia de lo que ocurría con la ley de 1884, donde era tratada como un impedimento dirimente absoluto, artículos cuarto número tres y veintinueve de la Ley N° 19.947).”<sup>215</sup> Este cambio realizado a los impedimentos absolutos logra apreciar que ya no es una imposibilidad casarse entre parejas heterosexuales, aunque uno de los cónyuges sufra de infertilidad y, por consiguiente: la procreación no es el fundamento del matrimonio ni excluye a la familia. Referente a las uniones de personas del mismo sexo y el matrimonio heterosexual, el profesor Gabriel Hernández establece que “tanto las uniones de hecho entre personas del mismo sexo como las existentes entre personas de distinto sexo afectadas por la esterilidad, son incapaces de procrear entre sí. Por lo demás, no se sabe cuál sería el motivo para que una unión de hecho deba tener la aptitud biológica para procrear para ser tal. Si así fuese, jamás podríamos decir que una unión estable entre personas de distinto sexo, pero afectadas (una o ambas) por esterilidad, lo fuese. Y, aún más, sostener que toda unión afectivo-sexual o familia de hecho debe contar con la aptitud para engendrar hijos para ser tal implicaría que una unión de hecho sin hijos biológicos, atendida la esterilidad que la afecta, pero con hijos por adopción, no sería una familia. En esta perspectiva, tampoco tendría que serlo un matrimonio en idéntica situación.”<sup>216</sup>

---

<sup>215</sup> CORNEJO, P. y ARANCIBIA, M. 2014. El derecho de Familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos. Revista Ius Et Praxis: 286p

<sup>216</sup> HERNÁNDEZ, G. 2009. Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo. Santiago. Editorial Arcis: 82-83p.

### **3.2. Nuevas perspectivas referidas a la no discriminación y a la identidad de género**

Me parece prudente acotar que este tema refleja la evolución de nuestro legislador en este último tiempo. La tendencia nacional es la búsqueda de una normativa más inclusiva y menos discriminatoria, basado siempre en los principios internacionales de la igualdad y la no discriminación. Por tanto, se han adoptado en esta última década cambios referentes a la no discriminación y a la diversidad de familias. Si bien, no todas estas reformas se refieren exclusivamente al Derecho de Familia, es importante conocerlas y analizarlas para razonar los avances que existen respecto a la materia. Cada vez que se promulga una norma jurídica en materia de no discriminación, homosexualidad y familia se establece un precedente que sirve de base para nuevas modificaciones legales.

La **Ley N° 20.609** o también denominada “Ley Zamudio” se promulga después de siete años de tramitación parlamentaria el doce de julio de 2012 y tiene por objetivo establecer medidas contra la discriminación. Esta norma fue

presentada ante la opinión pública como la piedra angular de una nueva etapa contra la discriminación.<sup>217</sup>

La tramitación de esta norma adquirió carácter de urgente por la ocurrencia de dos hechos: En primer lugar, la muerte de Daniel Zamudio, joven homosexual de veinticuatro años, que luego de estar seriamente lesionado y con grave riesgo vital, muere en la posta central el día veintisiete de marzo de 2012. La muerte de Daniel es consecuencia de un ataque neonazi atendida su orientación sexual.

En segundo lugar, la Corte IDH dispuso en la sentencia del caso Karen Atala y niñas, que el Estado de Chile debía dictar y regular nuevas políticas públicas que tuvieran como objetivo terminar con actos u omisiones discriminatorias.<sup>218</sup> Sin embargo, hasta el año 2012 el proyecto de ley contra la discriminación se encontraba “dormido” en el Congreso.

Esta norma tiene por objeto restablecer el imperio del derecho toda vez que haya existido un acto discriminatorio.<sup>219</sup> Además, define la discriminación

---

<sup>217</sup> Díaz de Valdés, J. 2013. ¿Es la ley Zamudio verdaderamente una Ley General Antidiscriminación? Revista Actualidad Jurídica (28): 279p.

<sup>218</sup> En la sentencia dictada en contra del Estado de Chile, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispuso en su petitorio que a consecuencia de ser declarado responsable por la violación de los derechos de las víctimas antes mencionadas debe “adoptar medidas de no repetición que incluyan legislación, políticas públicas, programas y directivas para prohibir y erradicar la discriminación con base a la orientación sexual en todas las esferas del ejercicio del poder público, incluyendo la administración de justicia”. Citado desde: Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de febrero de 2012. Caso Atala/ Riffo y niñas: 43 p.

<sup>219</sup> El artículo primero establece el propósito de la ley, y dispone que “Esta ley tiene por objetivo fundamental instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria. Corresponderá a cada uno de los órganos de la Administración del Estado, dentro del ámbito de su competencia, elaborar e implementar las políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la

arbitraria de la siguiente manera: “Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad. Las categorías a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público. Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4º, 6º, 11º, 12º, 15º, 16º y 21º del artículo

---

República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Citado desde: CHILE. Ministerio Secretaría General de Gobierno. 2012. Ley N° 20.069, julio 2012.

19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima.”<sup>220</sup>

El artículo segundo establece tres requisitos copulativos para determinar en qué caso se está frente a una discriminación. Ellos son: “1) que se trate de una distinción, exclusión o restricción, 2) que carezca de justificación razonable y 3) que cause privación perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Es irrelevante si la conducta proviene de agentes del Estado o de particulares.”<sup>221</sup>

Por otro lado, el mensaje del proyecto de ley explica la definición de discriminación arbitraria señalando que existen cuatro variables a considerar: la primera variable es la definición de las modalidades que pueda adoptar la discriminación arbitraria, sea que esta ocurra en el ámbito público o privado. Esta se puede traducir en distinciones, exclusiones, en restricciones o en preferencias. Cualquiera de estas modalidades se puede realizar por acción u omisión. Se busca con esta amplitud evitar que se alegue no discriminación fundado en que no hay una diferenciación. Las distinciones son diferenciaciones en base a alguna particularidad. Las exclusiones se traducen en quitar a alguien el lugar

---

<sup>220</sup> CHILE. Ministerio Secretaría General de Gobierno. 2012. Ley N° 20.069, julio 2012.

<sup>221</sup> DIAZ, I. 2013, La Ley chilena contra la discriminación. Una evaluación desde los derechos internacional y constitucional. Revista chilena de Derecho II (40): 642p.

que ocupa. Las restricciones son reducciones a menores límites. Las preferencias, finalmente, son ventajas que se conceden a una persona sobre otra. Con el fin de acotar más este tipo de discriminación, el proyecto considera una segunda variable: esta debe basarse en cierto criterio de distinción, exclusión, restricción o preferencia. Dichos criterios están en nuestro ordenamiento jurídico, tanto en el Código del Trabajo como en el Estatuto Administrativo. Pero se han incorporado otros, atendidos los nuevos desafíos que plantea la ciencia, como es la estructura genética. Todos estos criterios son condiciones individuales o sociales que remarcan algún grado de identidad. Son en total veinte criterios: raza, color, origen étnico, edad, sexo, género, religión, creencia, opinión política, nacimiento, origen nacional, cultural o socioeconómico, idioma o lengua, estado civil, orientación sexual, enfermedad, discapacidad, estructura genética o cualquier otra condición social o individual. Se ha preferido diferenciar algunas situaciones análogas para evitar discusiones sobre si están o no comprendidas. Así, el proyecto separa el criterio del sexo, del género y de la orientación sexual. Lo mismo hace respecto de la religión y la creencia; del idioma y la lengua. La tercera variable que utiliza el proyecto para definir la discriminación arbitraria, es que la calificación de la conducta discriminatoria no está asociada a un resultado determinado, ya sea de anulación o menoscabo, en el reconocimiento o ejercicio de un derecho. No se requiere daño para que la discriminación sea reprochable. Finalmente, la discriminación debe ser arbitraria. No se exige, por tanto, la ilegalidad como factor de configuración, sino que la falta de fundamento o de

proporcionalidad o de desviación de fin. Basta con que la conducta sea calificada de arbitraria, cuestión que le corresponde al juez construir caso a caso, conforme a la investigación que realice, para que estemos frente a un acto u omisión ilegítimo.<sup>222</sup>

Luego de la dictación de esta ley, existen ciertas críticas que se argumentan por la falta de consistencia de esta misma. El autor José Manuel Díaz de Valdés señala que la Ley N° 20.609 es deficiente no solo en el concepto de la discriminación arbitraria sino también en las medidas que establece esta norma. Es por esto que dispone que “las numerosas deficiencias de la Ley nos permiten concluir que la Constitución continúa siendo la principal norma antidiscriminatoria, no sólo por jerarquía sino principalmente por su contenido. En el mejor escenario, la Ley constituiría un sistema de protección antidiscriminación paralelo al constitucional, más acotado y de menor jerarquía. En el peor, la ley adolecería de importantes vicios de constitucionalidad”.<sup>223</sup>

---

<sup>222</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, 2016, Historia de la Ley N° 20.069: 6-7p. El mensaje de la Ley N° 20.609 establece la relevancia de la dictación de una norma antidiscriminación, “no obstante la consagración a nivel constitucional de los motivos o factores que pueden llevar a discriminar, no parece ser la única fórmula jurídica para tutelar adecuadamente el principio de no discriminación arbitraria. De hecho, si se compara las normas anteriormente transcritas, se constata que ellas sólo se limitan a enumerar, incluso de manera no coincidente, algunas formas de discriminación, pero no, necesariamente, establecen una acción general o especial de protección. Por ello, resulta pertinente considerar otras alternativas de reglamentación, que, sin implicar introducir una modificación de la Constitución, otorgue un tratamiento integral y más efectivo a la no discriminación. México, por ejemplo, cuenta con la Ley Federal Para Prevenir y Eliminar la Discriminación, del año 2003, iniciativa que constituye un verdadero esfuerzo normativo por erradicar la discriminación. Ídem: 4p.

<sup>223</sup> Díaz de Valdés, J. 2013. ¿Es la ley Zamudio verdaderamente una Ley General Antidiscriminación? Revista Actualidad Jurídica (28): 296p.

El autor Iván Díaz sigue el mismo presupuesto y nos dispone que “conviene advertir que la sola diferencia de trato, sea por distinción, exclusión o restricción, que carece de fundamento no es, desde el punto de vista de esta ley constitutiva de discriminación. Para serlo es necesario que, además, produzca una lesión en el disfrute de derechos fundamentales otorgados por la Constitución o por tratados internacionales ratificados y vigentes”.<sup>224</sup> Por ende, cualquier petición que se fundamente en un hecho discriminatorio y que no se encuadre en los derechos fundamentales de la Constitución, el Tribunal competente puede objetarlo por no cumplirse los requisitos copulativos establecidos por la norma jurídica.

Bajo esta misma lógica, el artículo seis de la Ley N° 20.609 dispone que no se admitirá a tramitación la acción de no discriminación arbitraria en los siguientes casos en su letra a) “Cuando se impugnen los contenidos de leyes vigentes”. La redacción de esta norma produce una contradicción en contra del objetivo de la misma. ¿Si la norma jurídica establece medidas contra la discriminación porque las excluye en el caso que existan otras normas vigentes que sean discriminatorias?

Pongamos un ejemplo, cualquier persona que considere que el matrimonio es discriminatorio ya que no permite que personas del mismo sexo puedan

---

<sup>224</sup> DIAZ, I. 2013. La Ley chilena contra la discriminación. Una evaluación desde los derechos internacional y constitucional. Revista chilena de Derecho II (40): 642p.

contraerlo no tienen ninguna medida para restablecer el imperio del derecho. O en el caso de una pareja del mismo sexo que sean convivientes civiles y que inicien el procedimiento de adopción a través del SENAME, esta petición podría ser rechazada por no estar incluidos en el orden de prelación establecido en la Ley N° 19.620, por ende, se discrimina arbitrariamente.

Pareciera que el legislador modifica directa o indirectamente las reglas generales de la solución de conflictos entre normas jurídicas, en particular los criterios de especialidad (ley especial prefiere la ley general) y temporalidad (ley posterior prefiere a la ley anterior). “En efecto, la ley limita sus efectos al señalar que, en caso de conflicto con otra norma legal, aun cuando aquella sea más general o anterior, la otra norma primará. Más aún, demuestra así el legislador una suerte de pudor- o derechamente temor- a los efectos de su reciente creación sobre el conjunto del ordenamiento jurídico”.<sup>225</sup>

Por otro lado, se encuentra el proyecto **relativo a la identidad sexual o de género** que actualmente se encuentra archivado en el Congreso.<sup>226</sup> El ingreso del proyecto fue el treinta de abril del año 2010 en el cual se presentó una moción del senador Alejandro Navarro en conjunto con el Movimiento de Integración y

---

<sup>225</sup> Ídem: 286p.

<sup>226</sup> Este proyecto de ley fue archivado el catorce de marzo del año 2014 a consecuencia del artículo treinta y seis bis inciso segundo del Reglamento del Senado. El artículo treinta y seis bis inciso segundo establece que “Sin perjuicio de ello, transcurrido el plazo de dos años sin que la Comisión se hubiere pronunciado sobre los asuntos sometidos a su conocimiento, éstos pasarán automáticamente al archivo.” Citado desde: SECRETARIA DEL SENADO.2015. Reglamento del Senado. [en línea]. < [http://www.senado.cl/reglamento-del-senado/prontus\\_senado/2012-11-07/110101.html](http://www.senado.cl/reglamento-del-senado/prontus_senado/2012-11-07/110101.html)>. [Consultado: 03 de julio de 2016].

Liberación Homosexual. El mensaje del proyecto de ley propuso en su época los siguientes objetivos “a) regular el cambio de prenombre y de la mención relativa al sexo de una persona en el Registro Civil, cuando dicha inscripción no corresponde a su verdadera identidad sexual y/o de género, es decir, permitir a las personas elegir el género con que quieren ser identificadas ante la ley. Asimismo, busca regular el procedimiento que han de ser llevado a cabo por los médicos en los establecimientos del Sistema de Salud Público y Privado, respecto de la atención en casos de reasignación de sexo, para garantizar la salud integral de los ciudadanos entendida como el completo bienestar físico, psíquico, social y legal. De este modo, se plantea un procedimiento administrativo que mita la etapa jurisdiccional dispuesto en la ley que autoriza el cambio de nombre para estos casos, para así, evitar la exposición de la persona y simplificar un procedimiento constitutivo de un mero trámite.”<sup>227</sup>

Actualmente, el cambio de nombre se puede tramitar por vía judicial en un procedimiento no contencioso. Este procedimiento consiste en presentar una solicitud para la rectificación de la partida de nacimiento ante el Juez de Letras competente según lo establecido en la Ley N° 17.344. Según lo establecido en el artículo primero las personas por una sola vez puede solicitar al Tribunal

---

<sup>227</sup> Biblioteca del Congreso Nacional.2010. Boletín N° 6.913-07. “Relativo a la identidad sexual o de género”.

competente el cambio de nombre respectivo en el caso que cumpla los requisitos.<sup>228</sup>

En materia de discriminación, aquellas personas transexuales que han iniciado la solicitud del cambio de nombre también han solicitado el cambio de sexo respectivo. Sin más, al presentar la petición ante el Tribunal se argumenta que el cambio de nombre debe realizarse en base al artículo primero letra a) y b) de la Ley N° 17.344, es decir, no sólo les causa un menoscabo el nombre inscrito en su certificado de nacimiento y cédula de identidad, sino que también se les conoce por otro nombre por más de cinco años. Para solicitar el cambio de sexo, se arguye en la petición final que el artículo treinta y uno inciso tercero de la Ley N° 4.808<sup>229</sup> establece que debe existir un correlato entre el nombre y el sexo de

---

<sup>228</sup> El artículo primero establece que: “Toda persona tiene derecho a usar los nombres y apellidos con que haya sido individualizada en su respectiva inscripción de nacimiento. Sin perjuicio de los casos en que las leyes autorizan la rectificación de inscripciones del Registro Civil, o el uso de nombres y apellidos distintos de los originarios a consecuencia de una legitimación, legitimación adoptiva o adopción, cualquiera persona podrá solicitar por una sola vez, que se la autorice para cambiar sus nombres o apellidos, o ambos a la vez, en los casos siguientes: a) Cuando uno u otros sean ridículos, risibles o la menoscaben moral o materialmente; b) Cuando el solicitante haya sido conocido durante más de cinco años, por motivos plausibles, con nombres o apellidos, o ambos, diferentes de los propios, y c) En los casos de filiación no matrimonial o en que no se encuentre determinada la filiación, para agregar un apellido cuando la persona hubiera sido inscrita con uno solo o para cambiar uno de los que se hubieren impuesto al nacido, cuando fueren iguales. En los casos en que una persona haya sido conocida durante más de cinco años, con uno o más de los nombres propios que figuran en su partida de nacimiento, el titular podrá solicitar que se supriman en la inscripción, en la de su matrimonio y en las de nacimiento y en las de nacimiento de sus descendientes menores de edad, en su caso, el o los nombres que no hubieren usado.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, la persona cuyos nombres o apellidos, o ambos, no sean de origen español, podrá solicitar se la autorice para traducirlos al idioma castellano.

Podrá, además, solicitar autorización para cambiarlos, si la pronunciación o escritura de los mismos es manifiestamente difícil en un medio de habla castellana; si se tratare de un menor de edad que careciere de representante legal o, si teniéndolo éste estuviere impedido por cualquier causa o se negase a autorizar al menor para solicitar el cambio o supresión de los nombres o apellidos a que se refiere esta ley, el juez resolverá, con audiencia del menor, a petición de cualquier consanguíneo de éste o del Defensor de Menores y aún de oficio”. Citado desde: CHILE. Ministerio de Justicia. 1970. “Autoriza el cambio de nombres y apellidos en los casos que indica. Modifica Ley N° 4.808. sobre Registro Civil”, septiembre de 1970.

<sup>229</sup> El artículo treinta y uno en su inciso tercero señala que: “No podrá imponerse al nacido un nombre extravagante, ridículo, impropio de personas, equívoco respecto del sexo o contrario al buen lenguaje”. Citado desde: CHILE, Ministerio de Justicia. 1930. Reforma Ley sobre Registro Civil, febrero de 1930.

la persona inscrita, por ende, al modificar el nombre del solicitante también se debe cambiar el sexo.

A pesar que los Tribunales han acogido las solicitudes, la tramitación es tediosa y tortuosa a la vez. Los solicitantes deben someterse a pruebas psicológicas, psiquiátricas y físicas que logren convencer al juez el respectivo cambio de sexo. Es por esto, que el proyecto de ley relativo a la identidad de género expone que al existir confusiones por motivo de las discordancias entre el documento legal y la apariencia fenotípica de las personas transexuales y transgéneros, expone a los/as afectados a situaciones de discriminación y agravio personales.<sup>230</sup>

La importancia de la promulgación de una ley que normalice la identidad de género como concepto no solo apunta a la protección de las personas transexuales sino también a todas aquellas personas que tienen una condición sexual diferente. Desde esta perspectiva, la precariedad en el debate respecto a este proyecto de ley y la poca voluntad política nos permite percibir un desinterés respecto a la dignidad y trato a personas del mismo sexo. Esta voluntad también se vio reflejada con la ley antidiscriminación la cual fue promulgada con una mirada más bien populista.

La dictación de estas normas jurídicas, son caminos previos que han logrado otros países antes de la dictación de uniones de hecho, matrimonios

---

<sup>230</sup>Biblioteca Congreso Nacional.2010. Boletín N° 6.913-07. "Relativo a la identidad sexual o de género".

igualitarios y adopciones homoparentales. Además, demuestra que la igualdad y la no discriminación triunfan frente a la desidia de aquellos parlamentarios que obstruyen este tipo de debates. Finalmente, nos otorga un atisbo concerniente a cuanto nos tardaremos en ser una sociedad más inclusiva.

### **3.3. Reconocimiento a la diversidad de familias en Chile: Acuerdo de Unión Civil**

Nuestra sociedad dio un paso muy relevante en el año 2015 ya que se promulgó la Ley N° 20.830. El siete de octubre del año 2014, se envió a la Cámara de Diputados el proyecto de ley cuyo título primero se denominaba “Del acuerdo de vida en pareja y convivientes civiles”. Este proyecto fue aprobado con el voto favorable de veintiocho senadores, de un total de treinta y siete en ejercicio. A diferencia de los anteriores proyectos, este reconocía un nuevo estado: pareja civil.<sup>231</sup>

Luego que se hicieran modificaciones al acuerdo, como cambiar el nombre de la institución a “Pacto de Unión Civil” (PUC), “el proyecto fue enviado para su tercer trámite constitucional, el veintiuno de enero del 2015. El Senado, en sesión del veintisiete de enero, rechazó todas las proposiciones de la Cámara de Diputados, por tanto, se debió constituir una Comisión Mixta para que resolviera

---

<sup>231</sup> QUINTANA, M. 2015. El acuerdo de Unión Civil. Su regulación. Semejanzas y diferencias con el matrimonio en el ordenamiento jurídico chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (44): 123p.

las divergencias suscitadas en la tramitación del proyecto de ley. El mismo día se resolvió y acordó el proyecto definitivo que fue presentado a ambas Cámaras para su aprobación y en el cual se efectuaron, a su vez, variaciones, entre otras, el nombre del contrato-acuerdo de unión civil-; la designación de las partes contrayentes- y, la denominación del nuevo estado civil-convivientes civiles.”<sup>232</sup>

El veintinueve de enero del 2015, el Congreso Nacional envió el proyecto en trámite al Tribunal Constitucional<sup>233</sup> para un control de preventivo de constitucionalidad. Ante esto, el seis de abril del mismo año, el Tribunal Constitucional desestimó el requerimiento de inconstitucionalidad previamente interpuesto por el Congreso.

Finalmente, el proyecto fue aprobado y promulgado el día veintiuno de abril del año 2015. Esta ley contenía un artículo transitorio señalando que la vigencia de la ley era de seis meses luego publicada en el Diario Oficial.

La justificación de esta nueva norma jurídica se basa en tres argumentos “a) el dato sociológico, justificado en la demanda de amplios sectores de la población que apoyan la causa; asimismo, en el aumento del número de parejas que conviven y su progresiva aceptación en la sociedad<sup>234</sup> ; b) los requerimientos

---

<sup>232</sup> Ídem.

<sup>233</sup> “Cabe destacar que en su sentencia el Tribunal reconoció que las características de la institución (matrimonio), referidas a la protección y desarrollo de la misma, han podido 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 aspectos”. Citado desde: Instituto Nacional de Derechos Humanos. 2014. Informe Proyecto de Ley Acuerdo de Vida en pareja: 13p.

<sup>234</sup> Según las conclusiones del Censo 2002 se puede extraer que “en el censo anterior, casi un 6% de la población declaró vivir en convivencia, mientras, en 2002 esta categoría representa un 9%, tanto para el sexo masculino como

en relación con conceptos constitucionales. Los principales son: - la demanda de protección de la familia existente en la convivencia estable y duradera; el respeto al libre desarrollo de la personalidad; -el derecho de igualdad con la prohibición de discriminación (este último se presenta principalmente en la demanda de la población homosexual). En este mismo sentido, se alude también al derecho a no contraer matrimonio, y a optar por un modelo de familia distinto; c) un tercer argumento de fundamentación es la remisión a las orientaciones y resoluciones de organismos internacionales, vinculadas a la protección de los Derechos Humanos”.<sup>235</sup>

Para el profesor Pablo Cornejo, “el proyecto significa un avance en lo que se refiere a la regulación de las relaciones de pareja, que pretende, por vía de la creación de una nueva institución, paralela y distinta del matrimonio, dotada de una propia y singular naturaleza y características, proveer a las personas que deciden formar un proyecto de vida en común de un nuevo mecanismo de protección y reconocimiento, orientado a la regulación de las consecuencias patrimoniales de su unión”.<sup>236</sup>

---

para el femenino. Los separados aumentaron de 2,7% y 4,1% a 3,9% y 5,5%, en hombres y mujeres, respectivamente”. Citado desde: Instituto Nacional de Estadística. 2002. Censo 2002: 13p. Cabe destacar, que en el Censo del año 2012 se estableció que en Chile existen 2.078.727 parejas convivientes de distinto sexo y 34.976 parejas convivientes del mismo sexo. Extraído desde: CENSO. 2012. [en línea]. < <http://www.censo.cl>>. [Consultado: 20 de junio de 2016].

<sup>235</sup> ESPINOZA, A.2015. La juridificación de las uniones de hecho y la propuesta valórica contenida en el proyecto legislativo de Acuerdo de Vida en Pareja en Chile. Revista *Ius et Praxis* (21): 104p.

<sup>236</sup> CORNEJO, P. 2013. Análisis legislativo del proyecto de ley que establece el Acuerdo de Vida en Pareja (Boletín N°7873-07). Revista de Derecho: Escuela de Postgrado (3): 271p.

En el mismo sentido, el ex Presidente de la República Sebastián Piñera al presentar el proyecto de ley señaló en el mensaje que “nos asiste la convicción de que el Estado no está cumpliendo adecuadamente con su finalidad ni sus deberes primordiales si no ofrece un marco jurídico que, al menos, reconozca, respete y otorgue certeza jurídica a los derechos de esos aproximadamente dos millones de compatriotas, que viven en pareja sin estar casados, regulando los efectos patrimoniales, sociales y sucesorios de su convivencia. Ello, por cierto, se aplica tanto a parejas de distinto como del mismo sexo, toda vez que en ambas es posible desarrollar el amor, afecto, respeto y solidaridad que inspiran un proyecto de vida en común y con vocación de permanencia.”<sup>237</sup>

Según lo anterior, el profesor Gabriel Hernández establece que el Acuerdo de Unión Civil reconoce el Derecho de Familia de convivencia, señalando dentro de sus argumentos que este acuerdo tiene como finalidad regular efectos jurídicos de la vida afectiva y que, además, el acuerdo crea un estado civil (el de conviviente civil), atributo de la personalidad vinculado con las relaciones de

---

<sup>237</sup> PIÑERA, S. 2011. Mensaje N° 156-359: S.E. el Presidente de la República con el que inicia un Proyecto de Ley que Crea el Acuerdo de Vida en Pareja. Extraído desde: Historia de la Ley N° 20.830. [en línea]. [www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/45283/1/HL20830.pdf](http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/45283/1/HL20830.pdf). [Consultado: 03 de junio del año 2016]. El ex Presidente Sebastián Piñera refuerza este mensaje destacando que “todas y cada una de esas formas de familia merece respeto, dignidad y va a tener el apoyo del Estado. Porque todas esas familias son fruto del amor que es el principal elemento que une y que define a una verdadera familia (...) Y por eso, cualquier esfuerzo efectivo para cumplir el mandato constitucional de promover y fortalecer la familia, supone entenderla en un sentido amplio y que asuma y valore todas las distintas expresiones y realidades en que se da la vida en familia. Y eso es precisamente lo que hemos querido hacer con el proyecto de ley que hoy día vamos a firmar y enviar al Congreso”. Citado desde: Palabras de S.E el Presidente de la República, Sebastián Piñera Echeñique, contenidas en el mensaje que antecede el proyecto de ley que establece y regula el acuerdo de vida en pareja. Santiago de Chile EN Instituto Nacional de Derechos Humanos. 2014. Informe Proyecto de Ley Acuerdo de Vida en pareja: 14 p.

familia. Incluso, todos los conflictos referidos a este tipo de acuerdo debe ser resuelto por los Tribunales de Familia.<sup>238</sup>

Por otro lado, el autor agrega que las normas del Acuerdo de Unión Civil “son aplicables a actos del Derecho de Familia y, sobre todo, al matrimonio. Así, al igual que este, no puede estar sujetos a modalidades; crea parentesco por afinidad con los consanguíneos del conviviente; se celebra ante un oficial del Registro Civil<sup>239</sup>; está prohibido suscribirlo entre determinados parientes y entre casados; el mandato para pactarlo es solemne; se le aplica un régimen de bienes y las figuras del bien familiar y la compensación económica; termina por algunas causales similares (por ejemplo, muerte y nulidad); y se contempla para los convivientes derechos sucesorios como los de los cónyuges. Asimismo, las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones aplicables a los cónyuges se extienden a los convivientes y estos son asimilados a aquellos en numerosos cuerpos normativos”.<sup>240</sup>

---

<sup>238</sup> HERNANDEZ, G. 2016. Valoración, aspectos destacados y crítica de la ley que crea el Acuerdo de Unión Civil EN HERNANDEZ, G. y TAPIA, M. Estudios sobre la nueva ley de Acuerdo de Unión Civil. Santiago de Chile. Legal Publishing: 2p.

<sup>239</sup> El proyecto de ley contemplaba que el AUC podría realizarse ante un oficial Registro Civil o ante notario competente. Sin embargo, esta última opción fue excluida. Para el profesor Joaquín Polit, “la opción a los convivientes civiles iba en absoluta consonancia con el principio de la autonomía de la voluntad que debe imperar en materia civil. Quien deseaba que el acuerdo fuese celebrado ante el oficial del Servicio de Registro Civil e Identificación (por las razones que tuviese) tenía la opción. En cambio, quienes estimaban que lo más rápido era celebrar el acuerdo ante un Notario también tenía esta opción en la regulación inicial del proyecto. Creemos que fue un retroceso quitar la opción de celebrar el AUC ante Notario, como alternativa válida, para quienes quisiesen hacerlo así”. Citado desde POLIT, J. 2016. A propósito del Acuerdo de Unión Civil (AUC): Algunas reflexiones en torno a la función del derecho civil en el derecho de las personas y de la familia; críticas y situación del conviviente civil en la ley AUC EN HERNANDEZ, G. y TAPIA, M. Estudios sobre la nueva ley de Acuerdo de Unión Civil. Santiago de Chile. Legal Publishing: 57p.

<sup>240</sup> Ídem.

Por consiguiente, el reconocimiento a una nueva forma de familia se encuentra plasmado en la nueva normativa. La pregunta es ¿qué tipo de familia se encuentra regulada por la Ley N° 20.830? El artículo primero pareciera darnos una respuesta ya que dispone: “el acuerdo de unión civil es un contrato celebrado entre dos personas que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente. Los contrayentes se denominarán convivientes civiles y serán considerados parientes para los efectos previstos en el artículo cuarenta y dos del Código Civil”.<sup>241</sup> Por tanto, la familia que se constituye en este tipo de contrato sostiene los siguientes requisitos:

- i. Pueden ser personas de igual o distinto sexo.
- ii. El acuerdo debe ser contraído ante un oficial del Registro Civil competente.
- iii. Deben compartir un hogar.
- iv. Deben tener como propósito regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente.

Existen diversas diferencias entre el acuerdo de unión civil y el matrimonio por lo que, se expone que “mientras el matrimonio se define como la unión de un hombre y de una mujer, por toda la vida, el Acuerdo de Unión Civil puede celebrarse igualmente entre personas del mismo sexo, pues el legislador dice

---

<sup>241</sup> CHILE. Ministerio Secretaría General de Gobierno. 2015. Ley N° 20.830: Crea el Acuerdo de Unión Civil, abril de 2015.

“entre dos personas”, sin distinguir. El matrimonio, conforme a la definición es indisoluble, - a pesar de que puede terminar por divorcio, pero siempre que se cumplan los requisitos prescritos por el legislador-: el Acuerdo de Unión Civil es de “carácter estable y permanente”, si bien, puede terminarse de manera excesivamente fácil”.<sup>242</sup>

A pesar del notorio avance social, histórico y normativo que significó la sanción de la Ley N° 20.830, ésta no está exenta de críticas. La discusión en el Congreso significó que bandos políticos conservadores y liberales moldearan una norma jurídica que cubre necesidades sociales, pero no apunta a una protección absoluta de este nuevo tipo de familia que se está reconociendo. Por ende, la suscrita explicará y analizará las principales críticas que se han realizado a esta ley según la protección que se ha otorgado a este nuevo tipo de familia, dándole un enfoque referente a la familia homoparental.

---

<sup>242</sup> QUINTANA, M. 2015. El acuerdo de Unión Civil. Su regulación. Semejanzas y diferencias con el matrimonio en el ordenamiento jurídico chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (44): 124p. Existen otro tipo de diferencias entre el Acuerdo de Unión Civil y el matrimonio los cuales son las siguientes: “el AUC se celebra con menos formalismos; no rigen a su respecto las finalidades del matrimonio (destacadamente, la procreación) ni los deberes conyugales (como el de fidelidad), salvo el de ayuda mutua; no hay derecho de alimentos entre quienes lo celebran; su régimen de bienes legal y supletorio es la separación de bienes; el régimen de comunidad que eventualmente se le apliquen no se rige por las reglas de la sociedad conyugal, sino por las de comunidad del Código Civil; y si terminación es bastante más flexible, pudiendo concluir (por mutuo o voluntad unilateral) “. Citado desde: HERNANDEZ, G. 2016. Valoración, aspectos destacados y crítica de la ley que crea el Acuerdo de Unión Civil EN HERNANDEZ, G. y TAPIA, M. Estudios sobre la nueva ley de Acuerdo de Unión Civil. Santiago de Chile. Legal Publishing: 6p.

## **A. El acuerdo de unión civil no contempla a las uniones de hecho**

En efecto, solo aquellas parejas que decidan pactar este acuerdo a través del Registro Civil respectivo pueden acogerse a la regulación estipulada en la Ley N° 20.830. Por tanto, la pregunta inmediata es ¿qué pasa con la situación de aquellas personas que conviven, pero no han querido regular su situación a través del matrimonio o a través del Acuerdo de Unión Civil? Para el autor Pablo Cornejo “esta realidad, la de la convivencia desformalizada, es merecedora de protección, tanto desde la perspectiva de los intereses de cada uno de los integrantes de esta unión, como desde la perspectiva de la protección de las diversas formas que pueda adoptar la realidad familiar. La solución pasa, por permitir validar los desarrollos jurisprudenciales realizados por nuestros Tribunales, que han proveído a estas realidad de protección en el ámbito patrimonial; complementadas por ciertas reglas legales de mínimos que se encarguen de regular la situación en que quedan los miembros de la pareja una vez producida la ruptura y otras reglas que le permitan acceder a beneficios proporcionados por el Estado o del ámbito de la seguridad social”.<sup>243</sup>

En este mismo sentido, la profesora Fabiola Lathrop en conjunto con Nicolás Espejo, plantean que “debiera permitirse la prueba en juicio de la convivencia de hecho hetero u homosexual transcurridos ciertos años y, con ello, reconocerse la comunidad de bienes si la hubiere, la posibilidad de proteger su

---

<sup>243</sup> CORNEJO, P. 2013. Análisis legislativo del proyecto de ley que establece el Acuerdo de Vida en Pareja (Boletín N°7873-07). Revista de Derecho: Escuela de Postgrado (3): 281p.

vivienda familiar a través de la declaración de bienes familiares, como asimismo, ciertas prerrogativas hereditarias. Ello, en aras de proteger adecuadamente a la familia de hecho: hijos si los hubiere, conviviente en posición desmedrada y patrimonio familiar en general”.<sup>244</sup>

Antes de la dictación de la Ley N° 20.830 tampoco existía una normativa que regulara condiciones mínimas ni reglas referentes a las parejas de hecho. No obstante, existían parejas de facto las cuales tenían problemas jurídicos que eran necesarios resolver. Por consiguiente, los Tribunales de la República dictaron sentencias estableciendo y favoreciendo la convivencia en base de los principios y de la lógica <sup>245</sup> ya que existe una necesidad fehaciente de regular este tipo de situaciones jurídicas. Sin lugar a dudas, la profesora Magdalena Bustos plantea que “podría parecer razonable sostener que los convivientes de hecho deben quedar en una situación diferenciada del conviviente civil y del cónyuge, ello en tanto al no casarse (siendo una pareja heterosexual) o al no “pactarse” (siendo parejas de igual o distinto sexo), han

---

<sup>244</sup>ESPEJO, N. y LATHROP, F. 2016. Salir del clóset: La necesidad del matrimonio homosexual y los límites del acuerdo de unión civil EN HERNANDEZ, G. y TAPIA, M. Estudios sobre la nueva ley de Acuerdo de Unión Civil. Santiago de Chile. Legal Publishing: 12p.

<sup>245</sup> En el Recurso de Casación presentado ante la Corte Suprema y con fecha 27 de diciembre del año 2011 se dicta sentencia rechazando tal recurso. La Corte Suprema reúne parámetros considerados por otros tribunales respecto a la convivencia o el concubinato señalando en su disposición decimocuarto que “según ha dejado sentado esta Corte en fallos anteriores, las uniones de hecho no matrimoniales, denominadas también concubinatos y convivencias, están determinadas por la existencia de la unión de hecho de dos personas, en que el elemento de voluntad o consentimiento -esencial en todo negocio jurídico-, se desplaza frente al carácter fáctico de la citada relación ligada a “la afectividad”. Si bien el derecho civil positivo chileno no ha esbozado definición alguna respecto de qué debe entenderse por “unión de hecho no matrimonial”, la jurisprudencia y la doctrina han convenido en afirmar que se trata de una “unión lícita entre un hombre y una mujer fundada en un hecho que consiste en la convivencia afectiva con contenido sexual y a la que el derecho reconoce ciertos efectos”. Citado desde: Sentencia de Corte Suprema de 27 de diciembre de 2011, Rol N° 48.034.

renunciado y se han sustraído voluntariamente a la aplicación de la ley y sus efectos jurídicos. Pero la situación no es tan simple, ello porque las uniones de hecho son una realidad (más de dos millones de personas según la moción al proyecto presentada por el senador Allamand, conviven en Chile en una situación de hecho) y en ellas, se seguirán presentando los mismos problemas que ya hemos advertido se originan necesariamente en este tipo de uniones (destino de los bienes adquiridos de los bienes adquiridos durante la vigencia de la unión, inexistencia de los derechos sucesorios, necesidad de reconocimiento de derechos de seguridad social, etc.) y porque independiente de la existencia de un pacto o acuerdo, éstas constituyen una forma de familia, la que por mandato de la propia Constitución debe ser amparada y promovida sin ningún tipo de discriminación”.<sup>246</sup>

El problema se agrava en el caso que estas parejas hayan formado una familia con hijos. Como no existe una regulación que las avale, las reglas que se seguirán dependerá de la conformación de la pareja: si es una pareja de distinto sexo y ambos han reconocido a sus hijos se regularan por las normas de filiación o adopción en el caso que corresponde. En cambio, en el caso que las parejas del mismo sexo que críen y eduquen hijos/as sólo se encontrará regulado la situación filiativa entre el progenitor biológico y el hijo o entre el progenitor adoptivo y el hijo/a o adoptado/a, ya que en Chile no existe la adopción conjunta

---

<sup>246</sup>BUSTOS, M. 2016. Una mirada de los efectos de la Ley N° 20.830 sobre Acuerdo de Unión Civil EN HERNANDEZ G. y TAPIA, M. Estudios sobre la nueva ley de Acuerdo de Unión Civil. Santiago de Chile. Legal Publishing: 62p.

otorgadas a personas del mismo sexo y no se permite la filiación de niños niñas o adolescentes por dos personas del mismo sexo.

**B. El acuerdo de unión civil se avoca principalmente en los efectos patrimoniales entre los convivientes civiles más no en los efectos extrapatrimoniales**

En primer lugar, al momento de celebrar el acuerdo los convivientes civiles pueden pactar comunidad de bienes o separación total de bienes. Por otro lado, los convivientes civiles conservaran la propiedad, goce y administración de los bienes adquiridos a cualquier título antes de la celebración del contrato y de los que adquieran durante la vigencia de éste.<sup>247</sup>

En segundo lugar, la Ley N° 20.830 dispone, desde el artículo dieciséis en adelante, el carácter de heredero del conviviente civil sobreviviente y las reglas referentes a la sucesión hereditaria.

Respecto a los efectos personales entre convivientes, sólo se regula como deber entre convivientes la ayuda mutua (excluyendo todos los otros deberes regulados en el matrimonio: como, por ejemplo, la fidelidad, respeto y protección (artículo ciento treinta y uno del Código Civil), cohabitación (artículo ciento treinta y tres del Código Civil), entre otros.<sup>248</sup>

---

<sup>247</sup> El artículo quince se encuentra en: CHILE. Ministerio Secretaría General de Gobierno. 2015. Ley N° 20.830: Crea el Acuerdo de Unión Civil, abril de 2015.

<sup>248</sup> Según esta idea, "los convivientes civiles no están obligados a guardarse fidelidad, vivir juntos ni procrear. La vida afectiva, la estabilidad y la permanencia son mencionadas en su definición, mas no explicitadas como deberes". Citado

Cabe recordar que los convivientes civiles no pueden solicitar pensión de alimentos entre ellos, lo que se diferencia entre los cónyuges los cuales tiene la posibilidad de solicitarlo frente a un mediador o frente a un juez.<sup>249</sup>

La nueva ley de matrimonio civil sigue el principio rector del derecho de familia: la protección del “cónyuge más débil”. En este caso, el cónyuge que se encuentre desmedro económico puede solicitar compensación económica. Se podría decir, que este principio también es rige a la Ley N° 20.830.<sup>250</sup> Sin embargo, el profesor Cristian Lepin señala que existe un debate respecto a si este principio puede ser reconocido en otras normas jurídicas ya que “el principio de protección del cónyuge más débil, como se ha señalado, fue reconocido e incorporado expresamente por la NLMC en el artículo tercero. Por tanto, solo sería aplicable a las materias reguladas por ésta, es decir, a la separación, nulidad o divorcio.<sup>251</sup> No obstante, esta afirmación resulta discutible, ya que

---

desde: ESPEJO, N. y LATHROP, F. 2016. Salir del clóset: La necesidad del matrimonio homosexual y los límites del acuerdo de unión civil, EN HERNANDEZ, G. y TAPIA, M. Estudios sobre la nueva ley de Acuerdo de Unión Civil. Santiago de Chile. Legal Publishing: 10-11p.

<sup>249</sup> El profesor Pablo Cornejo señala que no es necesario agregar más deberes entre convivientes civiles basado en el planteamiento del acuerdo de vida en pareja ya que “encontrándonos en presencia de un estatuto de terminación libre, la introducción de estos elementos carecería de toda relevancia práctica: ¿de qué serviría por ejemplo, que se establezca una obligación alimentaria, si en la crisis de la pareja, cuando realmente cobraría relevancia esta obligación, aquél en contra de quien pretende hacerse efectiva puede liberarse de su cumplimiento terminando el contrato?”. Citado desde: CORNEJO, P. 2013. Análisis legislativo del proyecto de ley que establece el Acuerdo de Vida en Pareja (Boletín N°7873-07). Revista de Derecho: Escuela de Postgrado (3): 273p.

<sup>250</sup> El artículo veintisiete de la Ley N° 20.830 señala que “si como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los convivientes civiles no pudo desarrollar su actividad remunerada o lucrativa durante la vigencia del acuerdo de unión civil, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el término del acuerdo por las causales señaladas en las letras d), e) y f) del artículo precedente, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa. Esta compensación se regulará y determinará en la forma prevista en los artículos 62 a 66 de la Ley N° 19.947”. Citado desde: CHILE. Ministerio Secretaría General de Gobierno. 2015. Ley N° 20.830: Crea el Acuerdo de Unión Civil, abril de 2015.

<sup>251</sup> LEPIN, C. 2014. Los nuevos principios rectores del Derecho de Familia. Revista Chilena de Derecho Privado (23): 41p.

algunos autores han señalado que “no se trata de un principio creado por la Ley de Matrimonio Civil, pues ya estaba consagrado en el Código Civil, por ejemplo, en las normas relativas a los bienes familiares (artículos ciento cuarenta y uno a ciento cuarenta y nueve); en las disposiciones de la sociedad conyugal destinadas a proteger a la mujer (especialmente en lo que se refiere a las limitaciones a la administración ordinaria de la sociedad conyugal, establecidas en el artículo mil setecientos cuarenta y nueve, en las normas que favorecen a la mujer para el pago de las recompensas que se le adeuden, al liquidarse la sociedad conyugal, según lo dispuesto en el artículo mil setecientos setenta y tres, y en el beneficio de emolumento que opera a favor de la mujer, consagrado en el artículo mil setecientos setenta y siete; y en aquellas que se consagran en el crédito de participación en los gananciales, al término de dicho régimen. Lo mismo ocurre con las normas de alimentos, tanto del Código Civil (artículos trescientos veinte y uno al trescientos treinta y siete) como de la Ley N° 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias.”<sup>252</sup>

---

<sup>252</sup> ORREGO, J. 2007. Los alimentos en el Derecho Chileno. Santiago: Editorial Metropolitana. Santiago EN LEPIN, C. 2014. Los nuevos principios rectores del Derecho de Familia. Revista Chilena de Derecho Privado (23): 41p.

### **C. El Acuerdo de Unión Civil no modifica normas referentes a filiación ni adopción**

La norma jurídica precedente no considera en sus artículos modificaciones relativas a la filiación ni adopción. Es más, excluye inmediatamente a los convivientes civiles del mismo sexo en temas de paternidad ya que el artículo veintiuno de esta ley señala que “para efectos de la presunción de paternidad, en caso de convivientes civiles de distinto sexo se estará a las normas que la regulan en el artículo ciento ochenta y cuatro del Código Civil”.<sup>253</sup> Cabe preguntarnos, ¿el poder legislativo estima que las parejas del mismo sexo que acuerdan unirse civilmente no tienen hijos/as?. El vacío legal es evidente y complejo ya que crea una situación de desamparo frente a todos aquellos niños, niñas o adolescentes que son criados por personas del mismo sexo que son convivientes civiles. El profesor Gabriel Hernández hace una crítica a este punto, señalando que “se debería regular la cuestión de la filiación, sobre todo para permitir en términos igualitarios el acceso conjunto a la paternidad/maternidad a los convivientes, especialmente a los del mismo sexo. Esto implicaría permitirles adoptar niños/as, acceder a las técnicas de reproducción humana asistida y reconocer a los hijos/as del otro cuando no tengan filiación determinada; aplicarles la presunción de

---

<sup>253</sup> CHILE. Ministerio Secretaría General de Gobierno. 2015. Ley N° 20.830: Crea el Acuerdo de Unión Civil, abril de 2015.

paternidad/maternidad; y que pudieran acreditar la filiación a través de la figura de la posesión notoria.<sup>254</sup>

En este punto, hay una clara diferencia entre el acuerdo de unión civil y el matrimonio, ya que en este último se permite explícitamente que los cónyuges reconozcan a su hijo/a al momento de la celebración del contrato según lo establecido en el artículo ciento ochenta y siete del Código Civil. Inclusive, “el este artículo establece formas de reconocimiento similares a los casos de reconocimiento voluntario del hijo natural que se regían por el antiguo artículo doscientos setenta y uno del Código Civil. Es decir, por la declaración formulada ante el oficial del Registro civil al momento de inscribirse el nacimiento del hijo o en el acto de matrimonio de los padres, por acta extendida en cualquier tiempo, ante cualquier oficial del Registro Civil; por escritura pública o en acto testamentario”.<sup>255</sup>

En el caso que se hubiese incluido una norma semejante al artículo ciento ochenta y siete sólo hubiese sido referente a las parejas heterosexuales y sólo con la intención que aquellas parejas determinen la filiación para con sus hijos/as. En el caso que la futura pareja de convivientes quiera reconocer a su hijo en el acto del acuerdo de unión civil esto no es posible. Más que restringir a los convivientes de distinto sexo, lo hace respecto a los convivientes de igual sexo

---

<sup>254</sup> HERNANDEZ, G. 2016. Valoración, aspectos destacados y crítica de la ley que crea el Acuerdo de Unión Civil [EN](#) HERNANDEZ, G. y TAPIA, M. Estudios sobre la nueva ley de Acuerdo de Unión Civil, Chile, Legal Publishing: 7p.

<sup>255</sup> GOMEZ DE LA TORRE, M. 2007. El sistema filiativo chileno. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile: 15p.

ya que no pueden optar por un reconocimiento determinado. Por lo tanto, este vacío está en congruencia con la exclusión que los parlamentarios quieren demostrar a todas las parejas homosexuales que quieran formar una familia homoparental.

En mi opinión, el motivo de la exclusión de las parejas homosexuales respecto al reconocimiento de hijos/as se fundamenta en la incongruencia que tendría con el actual artículo veintiuno de esta ley, ya que el legislador también las suprimió al considerar pertinente que la presunción de paternidad sea solo para parejas de distinto sexo. Se ha establecido que “con esto se produce un tratamiento distinto para los hijos que nazcan durante la convivencia civil entre parejas heterosexuales y homosexuales, justificándose posiblemente, este diferente trato en que podría considerarse una diferencia objetiva o excepción justificada. Pero también podría surgir la pregunta si de si constituye una discriminación arbitraria”.<sup>256</sup>

Pareciera que el legislador hace una distinción entre aquellos hijos/as nacidos en una convivencia de padres heterosexuales y homosexuales. Por ende, no otorga la misma protección ni el mismo otorgamiento de beneficios a aquellos niños, niñas y/o adolescentes que se ven menoscabados por no tener la misma regulación que aquellos que pueden optar por una presunción de

---

<sup>256</sup> GOMEZ DE LA TORRE, M. 2016. La presunción de paternidad en la ley de Acuerdo de Unión Civil EN HERNANDEZ, G. y TAPIA, M. Estudios sobre la nueva ley de Acuerdo de Unión Civil. Chile. Legal Publishing: 108p.

paternidad que les permitiría no estar al alero de la razonabilidad e la intención del padre o madre en su caso.<sup>257</sup>

Finalmente, el acuerdo de unión civil, “permite al juez entregar el cuidado personal del hijo al cónyuge o conviviente civil del padre o madre. Ello es positivo en cuanto reconoce la existencia de hogares recompuestos o ensamblados; en particular, asume expresamente la conformación de hogares homoparentales al referirse al conviviente civil del padre o madre (el cual podrá ser o no del mismo sexo de dicho padre o madre) (...) Sin embargo, el Proyecto es restrictivo en tres sentidos. En primer lugar, la redacción propuesta continúa refiriéndose solo a la hipótesis de inhabilidad física o moral, excluyendo el caso de muerte del padre o madre. En segundo lugar, el texto literal de la norma exige la inhabilidad de “ambos” padres, descartando que la inhabilidad afecte solo a uno de ellos. Por último no cubre la totalidad de los aspectos indentitarios y relacionales entre un niño y un adulto que ejerce funciones parentales”.<sup>258</sup>

Ante esta misma idea, la Ley N° 20.830 no planteo la posibilidad de la modificación a las normas referentes a pensiones de alimentos ni tampoco los

---

<sup>257</sup> Se establece que “al extender esta presunción de paternidad para los hijos que durante la convivencia civil se está reconociendo una realidad en nuestro país, donde más del 60 por ciento de los hijos que nacen lo hacen afuera del matrimonio. Los hijos que nazcan durante el AUC tendrán determinada su filiación desde el nacimiento, sin que el padre posteriormente deba reconocerlo. Lo favorable de la presunción es que el niño (a) cuente, a partir del momento de su nacimiento, con una filiación determinada, que no dependa de la voluntad del padre, quien deberá asumir en forma inmediata la responsabilidad de la crianza, mantención y educación, quedando abiertas las acciones legales pertinentes si así lo hiciera”. Ídem: 112p.

<sup>258</sup> ESPEJO, N. y LATHROP, F. 2016. Salir del clóset: La necesidad del matrimonio homosexual y los límites del acuerdo de unión civil EN HERNANDEZ, G. y TAPIA, M. Estudios sobre la nueva ley de Acuerdo de Unión Civil. Santiago de Chile. Legal Publishing: 12-13p.

artículos del Código Civil relacionados con la relación directa y regular. Sin embargo, el legislador en una contienda sui generis modifica el artículo doscientos veinticinco del Código Civil y otorga la posibilidad de que el otro padre/madre pueda solicitar ante el Tribunal de Familia competente el cuidado personal del niño, niña o adolescente estando en la misma preferencia que los abuelos, siempre teniendo consideración el acuerdo de unión civil.

La crítica es evidente: el legislador por una parte asegura la protección del cuidado personal de hijos/as regularizando su situación, no obstante, aumenta la desprotección de aquellos niños, niñas y/o adolescentes que no pueden ser reconocidos por padres o madres, significándoles en un futuro no poder solicitar pensiones de alimentos o un régimen comunicacional con quien lo crío y educó durante la vigencia del acuerdo.

#### **D. La Ley N° 20.830 es diferente al matrimonio desde el punto de vista del término del contrato**

En el caso del término del acuerdo de vida en pareja, los convivientes pueden finalizar el acuerdo a través del mero consentimiento. En el caso del matrimonio, el término de éste tiene diversos requisitos dependiendo si es un divorcio-remedio, un divorcio unilateral o un divorcio por culpa. Sólo considerando los primeros dos divorcios, el mero consentimiento sólo es requisito para el divorcio de común acuerdo y no para el divorcio unilateral. Respecto a la exigencia de plazos, pueden ser uno o tres años, dependiendo si un divorcio-

remedio o un divorcio unilateral. En el caso del acuerdo de unión civil no existen tales plazos. A pesar de estas diferencias basadas en los requisitos, existe una diferencia sustancial que no fue percibida al momento de sancionar la Ley N° 20.830 y es que el acuerdo entre convivientes sólo “que debe constar en escritura pública o acta otorgada ante oficial del Registro Civil. Comparando esta causal con el divorcio consensual, se aprecia diferencias sustanciales. En efecto este requiere como todo divorcio en nuestro ordenamiento jurídico de una sentencia judicial que lo decrete. El juez así lo hará cuando los cónyuges se presenten, en el Tribunal de Familia competente, una solicitud mancomunada, acompañada de un acuerdo regulador de sus relaciones mutuas y para con los hijos, de haberlos, y que se acredite cese de convivencia por el periodo superior a un año.”<sup>259</sup>

Al no existir un acuerdo completo y suficiente que sea aprobado por un juez, deja un vacío legal muy peligroso: los niños, niñas o adolescentes provenientes de familias formadas por un acuerdo de unión civil quedan marginados de la normativa legal, existiendo una grave discriminación entre aquellos niños, niñas o adolescentes que sus relaciones para con sus papás son reguladas sin problema y aquellos que no son percibidos por un tercero imparcial.

Otro problema que se genera en el caso de la terminación del AUC es que éste puede “quedar sin efecto por la voluntad de uno de los convivientes que conste en escritura pública o acta ante Oficial de Registro Civil. En el segundo

---

<sup>259</sup>Instituto Nacional de Derechos Humanos. 2014. Informe Proyecto de Ley Acuerdo de Vida en pareja: 133-134p.

caso se exige que el otro conviviente sea notificado por receptor mediante gestión voluntaria ante Juez de Familia, dentro de los veinte días hábiles siguientes a la subinscripción de la escritura o acta. De manera imprecisa, se establece que la falta de dicha notificación no afecta el término del AUC, pero hace responsable al contratante negligente de los perjuicios que la ignorancia del término ocasione al conviviente, salvo si quien debe ser notificado está desaparecido, se ignora su paradero o ha dejado de estar en comunicación con los suyos; no pudiendo alegarse ignorancia después de tres meses de efectuada la subinscripción”.<sup>260</sup>

Por ende, el no regular una terminación adecuada y semejante a la del matrimonio, trae aparejada un inconveniente para los convivientes civiles y para los hijos /as que están al alero de la crianza de aquellos convivientes.

En consecuencia, el acuerdo de unión civil tuvo muchas variantes al momento de promulgarse. La discusión parlamentaria fue ardua y para poder llegar a un consenso por lo que se desistieron temas tan relevantes como filiación y la adopción.

Antes de la promulgación de la Ley N° 20.830, los parlamentarios argumentaban que el acuerdo de unión civil sería un nuevo matrimonio y que la regulación de este pacto esta banderizado por los movimientos homosexuales. Sin embargo, el director del Registro Civil don Luis Acevedo señaló a la prensa

---

<sup>260</sup> ESPEJO, N. y LATHROP, F. 2016. Salir del clóset: La necesidad del matrimonio homosexual y los límites del acuerdo de unión civil, EN HERNANDEZ, G. y TAPIA, M. Estudios sobre la nueva ley de Acuerdo de Unión Civil. Santiago de Chile. Legal Publishing: 11p.

nacional que, según las estadísticas, al primero de febrero del año 2016 el 72% de celebraciones de acuerdo de unión civil eran de parejas de distinto sexo y sólo el 28% de parejas del mismo sexo habían acordado ante el Registro Civil.<sup>261</sup>

Sin embargo, se espera que las cifras se equiparen ya que existe una gran motivación de parejas homosexuales que son consideradas familias pero que aún no regulan su relación a través del acuerdo de unión civil.

---

<sup>261</sup> GONZALEZ, C. 2016. 2.808 parejas han optado por el Acuerdo de Unión Civil y otras 5.347 ya reservaron hora, [en línea]. La Tercera. 01 de febrero de 2016 < <http://www.latercera.com/noticia/tendencias/2016/02/659-666533-9-2808-parejas-han-optado-por-el-acuerdo-de-union-civil-y-otras-5347-ya-reservaron.shtml>>[ Consultado: 20 de junio de 2016]

### **3.4. Desafíos legislativos referentes a las familias homoparentales: matrimonio igualitario, adopción homoparental y modificación a las normas de reproducción asistida en Chile**

Mencionamos los avances en materia de familia y discriminación, sin embargo, es necesario estudiar cuales son los desafíos que están en la palestra. Referente a estos desafíos nos avocaremos al: matrimonio igualitario, la adopción homoparental y la modificación de la normativa referida a la reproducción asistida.

#### **3.4.1. Matrimonio igualitario**

Existe un debate profundo en nuestra doctrina respecto al matrimonio igualitario. Una vez vigente nuestro Código Civil el primero de enero del año 1857, su redactor don Andrés Bello, dispuso en el artículo ciento dos la definición del contrato de matrimonio. En esta definición establece requisitos de existencia del matrimonio, en el cual uno de ellos es que el contrato sólo puede ser celebrado por un hombre y una mujer y el otro es la presencia del oficial del Registro Civil, “la falta de alguno de esos requisitos produce la inexistencia del matrimonio (nótese: inexistencia, no nulidad). En efecto, si se casan dos varones o dos mujeres, es evidente que esa unión no es matrimonio. No se requiere que un

Tribunal así lo resuelva.”<sup>262</sup> Por ende, “Andrés Bello, nuestro codificador civil, no vaciló en admitir una constitución cristiana de la familia, muy propia de su tiempo, estableciendo como la única base de ésta un matrimonio entre personas de distinto sexo e indisoluble, estimándola como el núcleo fundamental de la sociedad. Es decir, tenía una idea más pedagógica que terapéutica del derecho de familia. Una noción similar fue posteriormente reproducida en nuestra Carta Fundamental.”<sup>263</sup>

En consecuencia, desde el siglo XVIII nos normaliza un artículo que configura el vínculo matrimonial basando en una posición histórico- social muy diferente a la que existe hoy en día. A pesar de eso, y los distintos esfuerzos de entes políticos por modificarlo, la definición del matrimonio se mantiene inamovible.

El primer proyecto que tuvo por objeto modificar nuestro Código Civil fue ingresado al Congreso el veinte de marzo del año 2008 y se denominaba “Modifica el Código Civil en relación al concepto de matrimonio”. Éste fue impulsado por el ex diputado Marco Enríquez-Ominami en conjunto con el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual. En el escueto mensaje se plantea el objetivo del proyecto que “consiste en modificar el actual concepto de matrimonio dispuesto en el Código Civil, eliminando dos rasgos o características

---

<sup>262</sup> RAMOS PAZO, R. 2007. Derecho de Familia, Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. Séptima Edición (I): 34 p.

<sup>263</sup> POLIT, J. 2016. A propósito del Acuerdo de Unión Civil (AUC): Algunas reflexiones en torno a la función del derecho civil en el derecho de las personas y de la familia; críticas y situación del conviviente civil en la ley AUC, EN HERNANDEZ, G. y TAPIA, M. Estudios sobre la nueva ley de Acuerdo de Unión Civil. Santiago de Chile. Legal Publishing: 47p.

del precepto vigente. En efecto, la idea matriz es eliminar, por una parte, el requisito de que los contrayentes deban ser un hombre y una mujer, es decir personas de diferentes sexos, y por otra, la finalidad de procreación del matrimonio. A lo anteriormente expuesto, debe agregarse que el actual concepto de matrimonio del Código Civil representa una exclusión arbitraria respecto de una cantidad importante de habitantes de nuestra República, quienes pretenden celebrar el matrimonio, pero con personas del mismo sexo. A su vez, estimamos oportuno excluir la procreación como uno de los objetivos del matrimonio, por cuanto, en la actualidad un porcentaje importantes de los matrimonios, especialmente los más jóvenes, no celebran el matrimonio con el objeto de procrear, sino solamente de vivir en pareja y contraer las obligaciones y ejercer los derechos que provienen de la celebración del matrimonio”.<sup>264</sup>

Este proyecto tuvo una desvalorada tramitación y fue archivado el primero de junio del año 2010 por la Comisión de Familia.

El segundo proyecto fue presentado tres de agosto del año 2010. Este proyecto fue impulsado por los senadores de la época, don Fulvio Rossi, Guido Girardi y doña Isabel Allende. Sin urgencia ni éxito, fue archivado el siete de septiembre del año 2010 por el artículo 36 bis inciso segundo del Reglamento del Senado.

---

<sup>264</sup> Biblioteca del Congreso Nacional. 2008. Boletín 5780-18. “Modifica el Código Civil en relación al concepto de matrimonio”.

En el mensaje se establecía que “el objeto del presente proyecto de ley consiste en modificar el actual concepto de matrimonio dispuesto en el Código Civil, eliminando dos características del precepto vigente. En primer término, el requisito de que los contrayentes deban ser un hombre y una mujer, es decir personas de diferentes sexos, y por otra, la finalidad de procreación del matrimonio. El actual concepto de matrimonio del Código Civil representa una exclusión arbitraria respecto de una cantidad importante de habitantes, quienes pretenden celebrar el matrimonio, pero con personas del mismo sexo, más si consideramos que la propia Ley de Matrimonio Civil reconoce en su artículo segundo que la facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, y no está condicionado al ejercicio de orientación sexual. Asimismo, por razones sistemáticas deben efectuarse adecuaciones en la ley de matrimonio civil, así como las otras que resulten necesarias para la adecuada armonía”.<sup>265</sup>

Al igual que la moción presentada en el año 2008, se busca modificar la definición del contrato de matrimonio sustituyéndose la frase “entre un hombre y una mujer” por “dos personas” y eliminar la frase “de procrear”.

El veinte de octubre del año 2010, tres parejas de hombres interpusieron en conjunto un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago

---

<sup>265</sup>Biblioteca del Congreso Nacional. 20120. Boletín 7099-07. “Sobre el contrato de matrimonio entre personas del mismo sexo”.

ya que no se inscribieron en el Registro Civil sus correspondientes matrimonios. Los recurrentes se acogieron al artículo diecinueve número dos en conjunto con el artículo veinte de la Constitución Política de la República. En dicho recurso, se expuso que “dos de ellos habían solicitado hora para contraer matrimonio entre sí ante el Registro Civil, solicitud que les fue denegada por el Oficial encargado. Las otras dos parejas solicitaron que se registrara el matrimonio que se había contraído en el extranjero (una de ellas en Argentina y la otra en Canadá), lo que también fue negado por el mismo Oficial. De esta forma los seis varones interponen recurso de protección porque estiman que la negativa a celebrar o inscribir el matrimonio entre ellos, fundada en su condición sexual, constituye un atentado al derecho de la igualdad consagrado en el artículo diecinueve número dos de la Constitución, y piden que la Corte declare arbitrario el actuar del Oficial del Registro Civil y orden al servicio público otorgar hora para celebrar su matrimonio y proceder a inscribir los matrimonios celebrados en el extranjero”.<sup>266</sup>

Antes de resolver el recurso de protección, la Corte de Apelaciones de Santiago solicita, como medida para mejor resolver, un informe respecto a la

---

<sup>266</sup> CORRAL, H. 2011 Tribunal Constitucional y matrimonio homosexual. Comentario a la sentencia ROL N°1881-2010, de 03 de noviembre de 2011. Revista de Derecho. Escuela de Postgrado. Facultad de Derecho, Universidad de Chile (1): 252p.

constitucionalidad del artículo ciento dos del Código Civil al Tribunal Constitucional el veintisiete de diciembre del año 2010.<sup>267</sup>

Finalmente, el Tribunal Constitucional, por nueve votos contra uno, “llegó a la conclusión de que el requerimiento de inaplicabilidad debía ser rechazado. La razón invocada por el fallo se refiere a la naturaleza y propósito de esta forma de control de constitucionalidad que según la Corte, solo puede hacerse cuando un precepto legal contrario a la Constitución resulte decisivo para la resolución judicial donde se pretende aplicarlo”.<sup>268</sup>

Un fragmento del argumento que se encauzó el Tribunal Constitucional fue que no era de su competencia la aplicación o no de las normas relativas del Código Civil y de la Ley de Matrimonio Civil. “En otras palabras, lo que pretenden los recurrentes es que se les reconozca la aplicación del mencionado estatuto, cuestión que no es de competencia de este Tribunal, pues éste no se encuentra facultado para modificar y regular las instituciones que contempla el

---

<sup>267</sup> El abogado de las recurrentes, Jaime Silva Alarcón, se hizo parte en autos del recurso de inaplicabilidad estableciendo como parte de su argumento que “al negar a dos personas la posibilidad de contraer matrimonio y formar una familia, por su orientación sexual, la autoridad está atentando contra su libertad y su derecho a ser consideradas iguales ante la sociedad y la ley, discriminándolas arbitrariamente pues, mientras las parejas heterosexuales pueden decidir entre contraer matrimonio o mantener relaciones de hecho, las homosexuales sólo pueden convivir, sin tener derecho a ningún tipo de protección legal, con la consiguiente desigualdad de derechos que ello conlleva. Añade que el concepto de matrimonio contenido en el artículo ciento dos del Código Civil no se condice con la igualdad ante la ley que proclaman la sociedad y la Constitución chilenas, y que la Carta Fundamental debe ser interpretada por este Tribunal Constitucional teniendo en consideración el contexto social en el momento histórico actual, que difiere del vigente a mediados del siglo XIX, en que se dictó el Código Civil”. Citado desde: Sentencia de Tribunal Constitucional de 03 de noviembre de 2011, ROL N° 1881-10-INA.

<sup>268</sup> CORRAL, H. 2011. Tribunal Constitucional y matrimonio homosexual. Comentario a la sentencia ROL N°1881-2010. de 03 de noviembre de 2011. Revista de Derecho. Escuela de Postgrado. Facultad de Derecho, Universidad de Chile (1): 254p.

ordenamiento jurídico mediante un pronunciamiento de inaplicabilidad. A mayor abundamiento, el requerimiento de autos tampoco puede considerarse bien formulado, toda vez que dos de las parejas que son parte en la acción de protección *sub lite* se casaron en el extranjero, sin que la Corte de Apelaciones de Santiago solicitara la inaplicabilidad de diversas normas de la Ley de Matrimonio Civil y, en especial, del artículo ochenta de aquel cuerpo normativo que establece 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.” De esta manera, el reproche al artículo ciento dos del Código Civil no resulta decisivo en la resolución de la gestión pendiente en lo que se refiere a las aludidas parejas”.<sup>269</sup>

Más allá de ser rechazado el recurso, los autores María José Arancibia y Pablo Cornejo, reflexionan que “un debido entendimiento de esta decisión supone considerar un elemento sustantivo fundamental, como es la comprensión del rol que le corresponde a la magistratura en un sistema democrático. ¿Qué otra razón llevaría al Tribunal a resolver el rechazo del requerimiento por este motivo, después de haber declarado su admisibilidad formal por medio de otra resolución? ¿Qué otra razón explicaría que los miembros del Tribunal no

---

<sup>269</sup> Sentencia de Tribunal Constitucional de 03 de noviembre de 2011, ROL N° 1881-10-INA.

concurrieron al voto de mayoría, rechazando el requerimiento por razones formales, hayan redactado extensas prevenciones, dando cuenta de sus concepciones sobre las exigencias que plantea el principio de igualdad, sobre la protección constitucional de familia y sobre la posición institucional del matrimonio en el sistema chileno?.”<sup>270</sup>

El Ministro Hernán Vodanovic dispuso en su voto disidente que “no debe desatenderse que la institución matrimonial, como cualquier otra, es una construcción social histórica. Sus elementos esenciales no son, necesariamente, los de ayer ni serán forzosamente los de mañana. Ha sido tradicionalmente una forma de institucionalizar la vida en común de una pareja heterosexual, pero nada impide -desde una visión secular- que acoja a parejas homosexuales o del mismo sexo (ambas cuestiones no son lo mismo; así, dentro de la actual legislación chilena no hay impedimento para que celebren el acto matrimonial uno o ambos contrayentes homosexuales). En el matrimonio actual se ha perdido la función relevante de procrear (la mayoría de los hijos nacen fuera del matrimonio y la aptitud para generar descendencia no es un requisito para celebrarlo), en desmedro de las finalidades propias de la vida en común. El objetivo esencial, más bien, expresa fines de solidaridad, afecto y asistencia recíproca”.<sup>271</sup>

---

<sup>270</sup> CORNEJO, P. y ARANCIBIA, M. 2014. El derecho de Familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos. Revista Ius Et Praxis: 314p

<sup>271</sup> Sentencia de Tribunal Constitucional de 03 de noviembre de 2011, ROL N° 1881-10-INA.

Una vez remitido el informe constitucional a la Corte de Apelaciones de Santiago, en el cual se rechazaba la acción de inaplicabilidad por los argumentos mencionados anteriormente, la Corte rechazó el recurso de protección el nueve de diciembre del año 2011.<sup>272</sup>

Ese mismo año, pero en agosto, el ex Presidente Sebastián Piñera inició el proyecto del acuerdo de vida en pareja. En dicho mensaje, se estableció dentro de los puntos de argumentación que este pacto entre convivientes no alteraría la “naturaleza” del matrimonio y por consiguiente, señaló que “el presente proyecto no altera de modo alguno la definición legal de matrimonio contenida en el artículo ciento dos de nuestro Código Civil, ni tampoco la definición que de dicha institución hace el Diccionario de la Real academia de la Lengua Española: “la unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales”. Al proceder de esta manera lo hacemos honrando una convicción muy profunda de nuestro gobierno, en el sentido de que el matrimonio corresponde a un contrato que, por su naturaleza, debe ser celebrado entre un hombre y una

---

<sup>272</sup> A pesar que el Ministro Alejandro Solís Muñoz concurrió al rechazo del recurso en cuestión, tuvo la osadía de extender el fallo a través de un cuestionamiento a la normativa vigente. Uno de sus argumentos fue que “La familia considerada como una convivencia fundada en el matrimonio indisoluble, heterosexual y con finalidad reproductora, ha cambiado “por la modificación de la manera de concebir las relaciones sexuales, por el cambio de los valores tradicionales y el predominio de la autonomía de la voluntad individual, por la salida de la homosexualidad de lo patológico, por la incorporación de la mujer en el mundo laboral y por la pérdida de influencia de la moral católica en la vida social”. Efectivamente, se advierten cambios en un sector de nuestra sociedad que exige nuevas satisfacciones a sus demandas hasta ahora desoídas, respuestas jurídicas; contestaciones alusivas a una comunidad de vida y afectos, antes considerados perversos, respuestas a las luchas por sus actuales proyectos vitales vinculados al desarrollo personal, profesional y familiar, en fin, a sus reclamos de justicia, para legitimar sus conductas, siendo deber del Estado propender a la protección y fortalecimiento del núcleo convivencial, como se puede desprender del artículo 1° de la Constitución Política de la República en cuanto dispone que esta entidad está al servicio de la persona humana y debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”. Citado desde: Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago de 09 de diciembre de 2011, ROL N°6787-2010.

mujer. Convicción que quedó claramente plasmada en el programa de gobierno de la Coalición por el Cambio, que literalmente señala que “el matrimonio, por esencia, es la unión entre un hombre y una mujer que se complementan para formar un hogar”.<sup>273</sup>

El tercer proyecto fue ingresado a tramitación el diez de diciembre del año 2014 y tuvo como título “Modifica el Código Civil y la ley de Matrimonio Civil, con el propósito de posibilidad el matrimonio igualitario”. Este proyecto de ley fue originado en la Cámara de Diputados por diputados del partido político de la Democracia Cristina. El mensaje de este proyecto señaló como objeto que “la sociedad nos exige actualizar nuestra legislación para poner fin a la discriminación y la segregación expresada en el no reconocimiento del derecho a gozar en igualdad de condiciones de todas las instituciones contempladas en nuestro ordenamiento jurídico. Por ello es necesario modificar el actual concepto de matrimonio del Código Civil, el cual, al establecer que dicho vínculo sólo puede ser celebrado entre un hombre y una mujer, representa una exclusión arbitraria que perjudica a los grupos de la diversidad sexual que aspiran a contraer matrimonio. No está de más recordar que la Ley de Matrimonio Civil, en su artículo dos, establece que la facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, cuyo ejercicio se puede realizar cuando

---

<sup>273</sup> PIÑERA, S. 2011. Mensaje Nº 156-359: S.E. el Presidente de la República con el que inicia un Proyecto de Ley que Crea el Acuerdo de Vida en Pareja. Extraído desde: Historia de la Ley N° 20.830. [en línea]<[www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/45283/1/HL20830.pdf](http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/45283/1/HL20830.pdf) > [Consultado: 03 de junio de 2016].

se adquiere la edad para ello. Dicha disposición nada indica sobre la orientación sexual de los contrayentes, por lo que se hace necesario hacer que la norma que regula la materia sea concordante con los principios constitucionales y con la realidad actual”.<sup>274</sup>

Este proyecto no solo establece la modificación de la definición de matrimonio también solicita la sustitución de diversos artículos referidos a materias como son el estado civil, materias testamentarias, curaduría de bienes, régimen patrimonial, entre otros. Actualmente, el proyecto se encuentra sin tramitación ya que no está dotado de urgencia.

Finalmente, el treinta y uno de marzo del 2016 se presenta al presidente del Senado don Ricardo Lagos Weber, el primer proyecto de ley de matrimonio igualitario que incluye la posibilidad de filiación a parejas del mismo sexo. Este proyecto fue presentado por la Fundación Iguales en conjunto con profesores y ayudantes de la Universidad de Chile.

El anteproyecto dispone que “la consagración positiva del derecho a formar una familia es insuficiente si no genera mecanismos de acceso efectivos a ella. En particular, la posibilidad de tener hijos e hijas, en calidad social y jurídica de tales, no ha sido reconocida integralmente para las parejas del mismo sexo que optan por ejercer la parentalidad. Esta desregulación se erige hoy como un

---

<sup>274</sup> Biblioteca del Congreso Nacional. 2014. Boletín 9778-18. “Modifica el Código Civil y la ley de Matrimonio Civil, con el propósito de posibilidad el matrimonio igualitario”.

sensible vacío para la consecución plena del respeto a las relaciones familiares de adultos, niños y niñas en nuestro país.”<sup>275</sup>

Dentro del contenido esencial del anteproyecto se encuentra el siguiente: “el proyecto modifica todo el derecho sustantivo de familia referido al matrimonio y la filiación (Código Civil, Ley de Matrimonio Civil, Ley de Adopción, Ley de Menores, Ley de Pensiones de Alimentos y Ley de Tribunales de Familia), con el fin de introducir de forma sistemática y completa la figura del matrimonio igualitario”.<sup>276</sup>

Los cambios van dirigidos a cambiar terminología dentro de la legislación como modificar el artículo ciento dos de “hombre y mujer” a “dos personas”. En materia de filiación, se cambia las palabras “padre y madre” por “progenitores.

Meses después de presentada la propuesta de ley, parlamentarios de la bancada política de derecha en conjunto con el diputado Juan Antonio Coloma, despliegan en junio del 2016 un proyecto de ley denominado “Modifica la Carta Fundamental para establecer que el matrimonio solo puede celebrarse entre un hombre y una mujer, y prohibir la adopción homoparental”<sup>277</sup>. En el punto tres de

---

<sup>275</sup> ANTEPROYECTO.2016. “Ley de matrimonio igualitario”.

<sup>276</sup> Ídem.

<sup>277</sup> A pesar de la presentación de este proyecto de ley, el partido Unión Demócrata Independiente se ha caracterizado por su férrea oposición al matrimonio igualitario. Sin embargo, algunos políticos de la bancada han decidido cambiar su posición y apoyar el proyecto que busca legislar respecto a este tipo de matrimonio. Ante esto, el diputado Joaquín Lavín León expresó en una carta al diario La Tercera que “en la sociedad actual el concepto de familia va más allá de la unión entre un hombre y una mujer, por lo que debemos asumir la existencia de distintos tipos de familia, incluyendo aquellas construidas por parejas del mismo sexo. El matrimonio, más allá de un rango de beneficio civiles, da a la pareja un reconocimiento social que refuerza a la familia y tiene un impacto positivo en el bienestar físico y mental de quienes la componen. Necesitamos construir sociedad sin prejuicios ni discriminación, en donde las personas se sientan valoradas por quienes son, sin importar su apariencia, origen, ideología, nacionalidad u

este proyecto se establece que “nos parece del todo conveniente refrendar estos principios sustentados en el carácter humanista de nuestra constitución y en las tradiciones cristianas que la inspiran, entendiendo en primer término al matrimonio como una institución por esencia heterosexual y por el otro, como consecuencia, la imposibilidad de adoptar por parte de personas que formen una pareja del mismo sexo”.<sup>278</sup>

La propuesta va vinculada en un cambio constitucional y, por consiguiente, tiene un artículo único el cual establece “introdúzcase una segunda parte en el inciso segundo del artículo primero de la Constitución Política de la República, pasando el actual punto aparte a ser seguido, de conformidad al siguiente tenor: El matrimonio constituye únicamente el vínculo entre un hombre y una mujer sobre el cual se erige preponderantemente la sociedad. Es contrario a las normas de esta constitución la adopción de menores ejecutadas por parejas de un mismo sexo.”<sup>279</sup>

Por lo tanto, el debate político respecto a la modificación del Código Civil es arduo. Por una parte, están aquellos que están en contra del matrimonio igualitario y la adopción homoparental basado en principios cristianos y, por otro lado, están aquellos que están convencidos que una modificación permitiría un

---

orientación sexual”. Citado desde: LAVÍN, J. 2016. Matrimonio y adopción homosexual. La Tercera. Santiago. Chile. 17 junio. A-2.

<sup>278</sup> BOLETIN 10764-07, “Modifica la Carta Fundamental para establecer que el matrimonio solo puede celebrarse entre un hombre y una mujer, y prohibir la adopción homoparental”.

<sup>279</sup> Ídem.

acercamiento a los principios internacionales como es la igualdad y no discriminación y el derecho a formar una familia, establecido en las Convenciones suscritas por nuestro país.

Como exponente de los detractores, el profesor Hernán Corral expone que “la ley civil, siguiendo los criterios de justicia inherentes a la naturaleza humana, sólo puede legítimamente proteger y promover la familia propiamente tal, esto es, aquella comunidad generada por un compromiso de justicia y amor entre un hombre y una mujer para formar un hogar donde puedan nacer y criarse los hijos. Ese compromiso lo llamamos matrimonio, pero la denominación no es lo importante. Lo importante es el concepto: no basta la convivencia ni el mero afecto para constituirlo, sino el vínculo jurídico que nace de la promesa de entrega del hombre y la mujer como cónyuges. Es un amor: sí, pero un amor que pasa a ser debido en justicia por causa de la promesa matrimonial. Pues bien, estamos entre aquellos que piensan que la práctica homosexual es una forma de ejercicio del sexo objetivamente no se condice con la dignidad humana”.<sup>280</sup>

Sin entenderse a sí mismo, el autor expone que “en todo caso, sea o no la homosexualidad una disfuncionalidad o anomalía, las personas homosexuales tienen igual dignidad que los heterosexuales y no deben ser discriminados en cuanto a personas y ciudadanos. Pero no pueden esperar-no sería justo-que la

---

<sup>280</sup> CORRAL, H. 2015, Matrimonio, parejas del mismo sexo y Derecho de Familia EN BASAURE, M. y SVENSSON, M., 2015. Matrimonio en conflicto: Visiones rivales sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. Santiago de Chile. Editorial Cuarto propio: 195p.

ley civil otorgue a sus relaciones el trato preferencial que corresponde a la familia fundada en el matrimonio, que está llamado a cumplir funciones sociales de tanta magnitud y relevancia”.<sup>281</sup>

Siguiendo este mismo pensamiento, Acción Familia<sup>282</sup> dispone que “la opción personal en el matrimonio se ejercita en la opción por el estado marital y en la elección del esposo. Sin embargo, los futuros esposos no son libres para alterar el fin esencial o las características del matrimonio. Éstos no dependen de la voluntad de los contrayentes. Se basa en el derecho natural y no cambian. El derecho natural, no los esposos, determina el fin de la unión, así como el número y el sexo de los contrayentes. La idea de que los homosexuales puedan realizar un “matrimonio” con el mismo sexo usando su opción individual, es falsa. Finalmente, la proposición de que el “Estado no debe interferir en su decisión” también es falsa. Cuando el Estado proscribe la unión entre los individuos del mismo sexo, no viola el derecho humano básico a la unión ni su derecho a elegir libremente a un esposo, porque esta unión no es un matrimonio. Aún más, promulgando leyes que permitan que los hombres homosexuales se casan, el Estado violaría su propio fin, que es asegurar el bien común de la sociedad y la salvaguarda de la moral pública”.<sup>283</sup>

---

<sup>281</sup> Ídem: 199p.

<sup>282</sup> Acción Familia es una organización denominada “pro-defensa” de los valores cristianos en Chile.

<sup>283</sup> ACCIÓN FAMILIA. 2004. En defensa de una ley superior: Por qué debemos oponernos al pseudo “matrimonio” y movimiento homosexual. Santiago de Chile. Colección Acción Familia: 102p.

Otra parte de la doctrina, piensa que el matrimonio igualitario debe ser legislado por nuestros parlamentarios.

El profesor Joaquín Polit ha establecido que “el Estado debe proporcionar las herramientas para que cada individuo logre su máxima realización espiritual posible. Al negar la posibilidad que dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio o puedan adoptar hijos, el Estado está restringiendo la posibilidad que dichos individuos desarrollen y desenvuelvan su vida y proyectos personales como mejor les parezca. En definitiva, se les está conculcando su “libertad civil”. Una conclusión de esta envergadura no puede predicarse de un aparato estatal encargado de generar las condiciones, aunque sean mínimas, para que los sujetos puedan, sin vulnerar la “libertad” de los demás, lograr su propia felicidad”.<sup>284</sup>

El profesor Mauricio Tapia plantea que las necesidades sociales no pueden satisfacerse con el matrimonio que actualmente tenemos en nuestra normativa. Se necesita entonces, un “matrimonio funcional, libertario y protector, que sea una respuesta adecuada para las distintas formas de relación. Después de todo, no es que existan “matrimonios” y convivencias”, pues esas son sólo vestimentas jurídicas. Detrás de esas regulaciones, lo que en verdad existe, y merece atención, son las relaciones afectivas y de pareja, de riqueza irreductible,

---

<sup>284</sup> POLIT, J. 2016. A propósito del Acuerdo de Unión Civil (AUC): Algunas reflexiones en torno a la función del derecho civil en el derecho de las personas y de la familia; críticas y situación del conviviente civil en la ley AUC EN HERNANDEZ, G. y TAPIA M. Estudios sobre la nueva ley de Acuerdo de Unión Civil. Santiago de Chile. Legal Publishing: 49p.

pero reconducibles a denominadores comunes: como la necesidad de compartir y administrar lo que se adquiere en común, y la protección frente al quiebre o la muerte”.<sup>285</sup>

Respecto a las encuestas realizadas en nuestro país en los últimos años podemos señalar la encuesta realizada en el año 2014 por la Universidad Diego Portales denominada Transformaciones Culturales, realizada a través de la Agenda Liberal. En ella se puede percibir un alza en los porcentajes de aceptación de la ciudadanía referente a si las parejas homosexuales tienen derecho a contraer matrimonio, aumentando un 42,3% del año 2013 al 45,7% el año 2014.<sup>286</sup>

La encuesta CADEM realizada en febrero del año 2014, demostró que entre las preguntas si los homosexuales tienen derecho a casarse el 50% de los chilenos encuestados señalaron que sí tienen derecho a contraer matrimonio. En la misma encuesta se le consultó si las parejas homosexuales tienen derecho a adoptar hijos a lo que la negativa de los chilenos en el año 2014 fue de un 59%.<sup>287</sup>

---

<sup>285</sup>TAPIA, M. 2016. Acuerdo de Unión Civil: Una revisión de su justificación, origen y contenido EN HERNANDEZ, G. y TAPIA, M. Estudios sobre la nueva ley de Acuerdo de Unión Civil, Chile. Legal Publishing: 44p.

<sup>286</sup> El universo de la población es de 18 años y más, residentes en 89 comunas del país. Representa al 84,1% de la población urbana y al 73,2% de la población total del país. La encuesta señala que se entrevistó cara a cara a 1.302 personas, con un error muestral de + 2,72% considerando un nivel de confianza de 95%. Cabe destacar, que las entrevistas se realizaron entre los días 22 de septiembre y 20 de octubre de 2014. Citado desde: UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. 2014. Agenda Liberal. [en línea] <<http://encuesta.udp.cl/descargas/publicaciones/2014/Agenda%20Liberal%20Encuesta%20UDP%202014.pdf>>. [Consultado: 9 julio de 2016]

<sup>287</sup> CADEM, 2014. Plaza pública: Informe de discusión valórica. [en línea], <<http://www.cadem.cl/wp-content/uploads/2014/07/Informe-Discusión-Valórica.pdf>>, [Consultado: 5 julio de 2016].

En mi opinión es urgente regular el matrimonio igualitario en pro de cumplir con los estándares internacionales que se nos han propuesto. Un nuevo tipo de matrimonio derribaría todas aquellas barreras que se han mantenido estoicas con el solo fin de mantener principios morales y éticos. Esta urgencia no sólo se ve reflejada en la opinión de la ciudadanía sino también en la Convocatoria realizada el once de junio del año 2016 entre el Gobierno de turno y la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos. En esta reunión el Gobierno de Michelle Bachelet anunció que “ingresará al Parlamento un proyecto de ley que permita el matrimonio entre dos personas del mismo sexo en el primer semestre de 2017, y que actualmente se encuentra en una mesa de discusión”.<sup>288</sup>

El reconocimiento, la protección y la promoción de este nuevo tipo de familia otorgaría a sus partícipes una serie de beneficios de los cuales actualmente se encuentran excluidos, ya que parejas del mismo sexo podrán optar por contraer matrimonio y adquirir todos los derechos y obligaciones que este contrato dispone.

---

<sup>288</sup> ANÓNIMO. 2016. DIARIO EL DÍA. Estado se compromete a regular matrimonio igualitario ante el CIDH [en línea], <<http://www.diarioeldia.cl/pais/estado-se-compromete-regular-matrimonio-igualitario-ante-cidh>>[Consultado: 10 junio de 2016].

### **3.4.2. Adopción homoparental**

Como ya explicamos, la familia homoparental puede ser de diversos tipos. Están en aumento las parejas, tanto de hombres como de mujeres, que desean criar y educar hijos/as. Esta forma de extensión puede darse a través de una adopción homoparental.

Nuestro país ha modificado las normas jurídicas relativas a la adopción en estas últimas décadas en concordancia con los cambios históricos, sociales y la suscripción a normas internacionales de Derechos Humanos y la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Sin embargo, aún no se han establecido modificaciones referentes a la adopción homoparental.

Antes de llegar a este último punto, daremos una mirada a la adopción en Chile y sus últimas modificaciones. El objetivo de esta mirada es relacionar que las últimas modificaciones son pasos previos a un cambio tan profundo como la adopción homoparental. Existe un proceso de inclusión anterior entre las normas adoptivas que permitirán que esos cambios puedan apoyar indirectamente a una reforma en materia de adopción. Luego de eso, veremos los principales proyectos de ley que han intentado y que intentan incorporar a parejas homosexuales como posibles adoptantes. Finalmente, encasillaremos el debate político-jurídico que envuelve la adopción homoparental.

### 3.4.2.1. Adopción en Chile y sus modificaciones

Se ha entendido que la adopción es una “ficción legal dirigida a considerar como hijo a quien no lo es biológicamente”.<sup>289</sup> El profesor René Abeliuk ha dispuesto que el concepto de filiación adoptiva es más bien negativa ya que “es aquella que no deriva de la naturaleza, esto es, no es biológica, sino que está determinada por la ley, donde intervienen la voluntad de las partes y la autoridad judicial, que finalmente la constituye”.<sup>290</sup>

Los cambios legislativos en materia de adopción han sido significativos. Por ejemplo, la Ley N° 7.613 promulgada el veintiuno de octubre del año 1943 “establece que la adopción se realiza mediante un contrato solemne entre adoptante y adoptado, que debe ser autorizado por la justicia e inscribirse en el Servicio del Registro Civil y que sólo produce efectos entre ellos. Además, no constituye estado civil y el adoptado continúa perteneciendo a su familia de origen. Al no adquirir el adoptado la calidad de hijo del adoptante, no constituía una real solución para los matrimonios sin hijos que normalmente, aspiraban a constituir una con hijos propios. Ello motivó que, en muchos casos, en vez de

---

<sup>289</sup> GOMEZ DE LA TORRE, M. 2007. El sistema filiativo chileno (filiación biológica, por técnicas de reproducción asistida y por adopción). Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile: 222p.

<sup>290</sup> ABELIUK, R. 2000. La filiación y sus efectos (la filiación, su determinación. Acciones judiciales. La filiación adoptiva. Sucesión intestada y asignaciones forzosas. Otras reformas de las leyes N° 19.585 y N°19.620). Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile: 225p.

adoptar se siguiera el camino fraudulento de inscribir como propios a hijos ajenos” .<sup>291</sup>

“Posteriormente la Ley N° 16.346, de veinte de octubre de 1965, estableció la institución de la legitimación adoptiva, en cuya virtud los legitimados adoptivos adquirieron el estado civil de hijos legítimos de los legitimantes adoptivos con sus mismos derechos y obligaciones. En consecuencia, el legitimado adoptivo tenía, y los que adquirieron esta calidad bajo su vigencia tienen, los mismos derechos que los demás hijos”.<sup>292</sup>

Esta norma fue derogada el diez de mayo del año 1988 a la entrada en vigencia de la Ley N° 18.703 en la cual se contempló dos tipos de adopción: la adopción simple y la adopción plena. En el primer caso, “permite a los adoptantes tener al adoptado en su hogar, bajo su cuidado, con obligación de criarlo, alimentarlo y educarlo, por lo menos hasta que termine su educación primera o una profesión u oficio”.<sup>293</sup> En el segundo caso, la adopción plena es “irrevocable y exige una diferencia de diez años o más entre adoptante y adoptado. Como crea un estado civil, hace desaparecer los vínculos con la familia de origen del

---

<sup>291</sup> GOMEZ DE LA TORRE, M. 2007. El sistema filiativo chileno (filiación biológica, por técnicas de reproducción asistida y por adopción). Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile: 215-216p.

<sup>292</sup> ABELIUK, R. 2000. La filiación y sus efectos (la filiación, su determinación. Acciones judiciales. La filiación adoptiva. Sucesión intestada y asignaciones forzosas. Otras reformas de las leyes N° 19.585 y N°19.620). Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile: 233p

<sup>293</sup>GOMEZ DE LA TORRE, M. 2007, El sistema filiativo chileno (filiación biológica, por técnicas de reproducción asistida y por adopción). Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile: 217p.

adoptado, salvo en los impedimentos para contraer matrimonio y en ciertos tipos penales, como el parricidio”.<sup>294</sup>

Finalmente, nos encontramos con la Ley N° 19.620 la cual se publicó en el Diario Oficial el cinco de agosto del año 1999, entrando en vigencia el veintisiete de octubre del mismo año en conjunto con la Ley N° 19.585. “El proyecto inicial de la nueva Ley de Adopción se mantenía esta triple situación, ya que sólo se derogaban algunas disposiciones de la Ley N° 7.613, se mantenía vigentes otras de la Ley N° 18.703, y la nueva legislación también distinguía entre adopción plena y simple. Afortunadamente en el segundo trámite constitucional ante el Senado se reemplazó por entero el proyecto, considerando que era absurdo que por un lado se tratara de igualar a los hijos, y por otro se mantuvieran categorías entre los de filiación adoptiva, y se optó por un sistema más radical, derogando toda la legislación anterior, y preocupándose específicamente de la situación en que quedaban los adoptados conforme a ley que se derogaban en los casos que generaban conflicto, esto es, aquellos que no otorgaban estado civil”.<sup>295</sup>

---

<sup>294</sup> Ídem. Cabe destacar que “la adopción plena, equivalía a la anterior legitimación adoptiva. Ella otorgaba la calidad de hijo legitimación adoptiva. Ella otorgaba la calidad de hijo legítimo de los adoptantes y hacía caducar los vínculos de la filiación de origen del adoptado. En consecuencia, no hay duda que el adoptado tenía y tiene todos los derechos de hijo legítimo, hoy simplemente hijo. Incluso, al igual que en la legitimación adoptiva, contará con un certificado de nacimiento en que figura como hijo de los adoptantes”. Citado desde: ABELIUK, R. 2000. La filiación y sus efectos (la filiación, su determinación. Acciones judiciales. La filiación adoptiva. Sucesión intestada y asignaciones forzosas. Otras reformas de las leyes N° 19.585 y N°19.620). Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile: 234p.

<sup>295</sup> Ídem: 234p.

A pesar de los cambios profundos que realizó la Ley N° 19.620 y su reglamento en materia de tramitación, la adopción sufre de vacíos legales y de falencias que son imprescindibles de modificar.

### **3.4.2.2. Reformas legales que plantean la adopción homoparental**

A pesar de la dictación de la Ley N° 19.620, los cambios sociales e históricos han logrado ser percibidos por los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. Por ende, se han establecido propuestas de reformas que debaten la adopción homoparental. Estas reformas son las siguientes:

#### **3.4.2.2.1. Discusión en proyecto de ley “Reforma integral al sistema de adopción en Chile”**

El ocho de octubre del año 2013, el ex Presidente Sebastián Piñera Echeñique, presenta un proyecto de ley ante el Congreso llamado “Reforma integral al sistema de adopción en Chile”. El objetivo planteado en el mensaje es “establecer los lineamientos y criterios esenciales a ser considerados para impulsar la reforma integral al sistema de adopción. Dicho marco jurídico pretende establecer un nuevo enfoque en materias de adopción, abarcando también los vacíos y deficiencias de la actual ley, que permitirá orientar a los

distintos actores sociales en la toma de decisiones que puedan afectar a los niños, niñas y adolescentes gravemente vulnerados en sus derechos, luego de agotar todas las posibilidades de inserción en su propia familia. Así, en términos generales, se incorporan los principios que sustentan y orientan el sistema de adopción, garantizando la subsidiariedad de ésta, otorgando agilidad a sus procedimientos con la incorporación de mecanismos más eficientes y plazos más acotados para dar respuesta con mayor celeridad. A su vez, se establecen requisitos y condiciones tanto para que un niño, niña y adolescente pueda ser adoptado, como para que las personas interesadas en adoptar puedan convertirse en madres y o padres.”<sup>296</sup>

Según el argumento de esta tesis, sólo nos avocaremos a analizar los puntos relativos a las modificaciones de la estructura de la Ley N° 19.620 que expongo a continuación:

- i. El proyecto de ley argumenta complementar el sistema de adopción internacional en Chile según las normas de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Es por esto que plantea consagrar el interés superior del niño, niña o adolescente de vivir en familia. Además, plantea establecer los principios de subsidiariedad de la adopción, el derecho a

---

<sup>296</sup> Biblioteca del Congreso Nacional. 2013. Boletín 9119-18. “Reforma integral al sistema de adopción en Chile”.

ser oído, el derecho del adoptado a conocer sus orígenes, y la reserva de la adopción.<sup>297</sup>

- ii. El proyecto de ley busca modificar en parte el sistema de preferencia en nuestro país. Es decir, se mantiene el sistema de preferencia, pero se igualan a los matrimonios residentes en Chile con aquellos que residen en el extranjero. Además, se agrega que un guardador o cuidador puede solicitar la adopción del niño, niña o adolescente en cuestión solo en el caso que lo haya tenido mínimo seis meses bajo su cuidado.<sup>298</sup>
- iii. Finalmente, agrega en la proposición que se debe realizar una declaración de idoneidad de los adoptantes realizado por el Servicio Nacional del Menor SENAME. Según lo establecido en el proyecto de ley, se regula

---

<sup>297</sup> El proyecto original del año 2013, establece en su Título II los principios referentes a la adopción en Chile. En su artículo 9 define el interés superior del niño, niña o adolescente de la siguiente manera: “El interés superior del niño es el principio rector y, en consecuencia, obligatorio de todo procedimiento relacionado con la adopción. Se entenderá por interés superior del niño la satisfacción integral y simultánea de los derechos de las niñas, niños y adolescentes consagrados en la Constitución Política de la República y las leyes, el Convenio, la Convención de los Derechos del Niño, y los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes; El interés superior del niño debe considerarse en la resolución de conflictos de derechos, en la determinación de las políticas públicas en la materia y en toda resolución judicial y administrativa concerniente a la adopción de las niñas, niños y adolescentes”. Ídem.

<sup>298</sup> El artículo treinta y uno del proyecto original establece que “Los postulantes a adopción serán seleccionados conforme al siguiente orden de prelación: 1.- Matrimonios entre cónyuges con residencia permanente en Chile o matrimonios entre cónyuges que no residen permanentemente en Chile, siempre que ambos o uno de ellos tenga la nacionalidad chilena; 2.-Persona soltera, divorciada o viuda con residencia permanente en Chile o matrimonios entre cónyuges extranjeros con residencia permanente en el extranjero; 3.-Por motivos calificados, basados en el interés superior de la niña, niño o adolescente, podrá alterarse el orden de prelación precedente. En la adopción de una niña, niño o adolescente, sujeto al cuidado de un guardador o guardadora de un programa de acogimiento familiar que solicite la adopción del primero y que cumpla los requisitos previstos por esta ley para adoptar, el Servicio, los organismos acreditados nacionales y los tribunales deberán considerar especialmente, a efectos de seleccionar al postulante y acoger la adopción, respectivamente, el tiempo transcurrido bajo su cuidado, el cual no podrá ser inferior a seis meses ininterrumpidos”. Ídem.

taxativamente la “idoneidad de los adoptantes en su artículo treinta y cuatro, en el cual se propone la evaluación de idoneidad.”<sup>299</sup>

Luego de ingresado el proyecto de ley, la Cámara de Diputados solicitó un informe a los integrantes de la Corte Suprema a través del Oficio N° 141-2013. Cabe destacar, que la excelentísima Corte Suprema establece una serie de críticas al proyecto de ley que van desde el errado concepto de adopción que se estableció en el articulado propuesto hasta la falta de normas relativas al financiamiento del SENAME. La Corte hace hincapié respecto a las definiciones de los principios como el del interés superior del niño, el cual es un riesgo dotarlo de un concepto que puede ser acotado por su propia definición.<sup>300</sup> También critican los nuevos requisitos del proceso de adoptabilidad incorporado en el nuevo proyecto, ya que en algunas ocasiones esto significaría no considerar a parientes más cercanos y, por consiguiente, no se mantendría la voluntad estatal de mantener al niño, niña o adolescente el máximo tiempo posible con su familia

---

<sup>299</sup> El artículo treinta y cuatro del proyecto establece que “El procedimiento de postulación para la evaluación de idoneidad se inicia con la solicitud formulada por los cónyuges, o persona interesada en adoptar, ante el Servicio o un organismo acreditado nacional, conforme a lo establecido en el reglamento de la presente ley, así como en los respectivos lineamientos técnicos elaborados por el Servicio. La declaración de idoneidad consiste en la evaluación que se realiza a quienes postulan a adoptar, respecto de sus capacidades para desempeñar la parentalidad adoptiva, considerando aspectos legales, médicos, psicológicos, sociales y morales. De manera excepcional, el Servicio o un organismo acreditado nacional podrá evaluar a un guardador o guardadora de un programa de acogimiento familiar a fin de determinar el cumplimiento del requisito de idoneidad para los fines del artículo 31 inciso final. En caso de disconformidad con los resultados de su evaluación, los interesados podrán recurrir ante el Director del Servicio, conforme al procedimiento regulado en el reglamento de esta ley, si la evaluación hubiere sido realizada por un organismo acreditado. Si la evaluación hubiere sido realizada por el Servicio, la reclamación se realizará de conformidad a la Ley N°19.880.” Ídem.

<sup>300</sup> Respecto a este punto, la Corte Suprema enfatiza que “es primera vez que el legislador entrega un concepto de “interés superior del niño”, cuestión que ni siquiera hace la Convención de los Derechos del Niño. Si bien la falta de definición que existe actualmente podría considerarse un riesgo en cuanto a que podría generar una errónea aplicación del principio, la definición propuesta puede significar el mismo riesgo y la necesidad de dotar de contenido a la propia definición, toda vez que no queda claro lo que se busca al utilizar la frase satisfacción integral y simultánea de los derechos. Ídem.

biológica. Finalmente, la Corte Suprema establece que el proyecto de ley permite que el juez altere el orden de prelación mientras justifique esta modificación a través del principio del interés superior del niño. Pero no soluciona el problema que si existen varios solteros o viudos que se encuentren en las mismas condiciones de adoptar como sí lo hace el actual artículo veintiuno de la Ley N° 19.620.<sup>301</sup>

La Corte Suprema no señala ninguna referencia al orden de prelación propuesto por el ejecutivo. El hecho que no se haya excluido el orden de prelación evidencia que el matrimonio se encuentra por sobre cualquier otro tipo de familia, como por ejemplo la familia monoparental o la homoparental.

El cuatro de noviembre del año 2014, en sesión ordinaria número ochenta y seis, el vicepresidente de la época, don Rodrigo Peñailillo Briceño y el ex Ministro de Justicia don José Antonio Gómez Urrutia, presentaron indicaciones al proyecto original. Ante esto, se cambia el artículo referido a los adoptantes por la siguiente disposición: “podrán postular para ser adoptantes los matrimonios, y las personas solteras, divorciadas o viudas con residencia permanente en Chile. Sólo a falta de los anteriores, podrá considerarse para la adopción a matrimonios con residencia permanente en el extranjero. En la adopción de una niña, niño o adolescente, sujeto al cuidado de un guardador o guardadora de un programa de acogimiento familiar que solicite la adopción del primero y que cumpla los

---

<sup>301</sup> Ídem.

requisitos previstos por esta ley para adoptar, el Servicio, los organismos acreditados nacionales y los tribunales deberán considerar especialmente, a efectos de seleccionar al postulante y acoger la adopción, respectivamente, el tiempo transcurrido bajo su cuidado, el que no podrá ser inferior a seis meses ininterrumpidos.”<sup>302</sup>

Como se observa, los matrimonios residentes en el extranjero pasan del primer puesto en el orden de prelación al último sin justificación alguna.

Con respecto a la idoneidad de los adoptantes, se añade la siguiente frase al articulado de lo propuesto primitivamente: “no se podrá declarar la falta de idoneidad por causales que constituyan discriminación arbitraria conforme a lo establecido en el artículo 2° de la Ley N° 20.609.”<sup>303</sup>

No hay modificaciones referentes a declaración de idoneidad ni tampoco respecto a los principios del sistema de adopción en Chile.

El treinta y uno de julio del año 2015, la ex Presidenta de la República doña Michelle Bachelet Jeria en conjunto con su Ministra de Justicia doña Javiera Blanco Suárez y su Ministro de Desarrollo Social don Marcos Barraza Gómez, expusieron ante el Congreso nuevas indicaciones al proyecto original de reforma integral del sistema de adopción en Chile.

---

<sup>302</sup> Biblioteca del Congreso Nacional. 2014. Cámara de Diputados: Sesión ordinaria número ochenta y seis: 135p.

<sup>303</sup> Ídem.

En las indicaciones establece un cambio radical respecto al orden de prelación y los adoptantes ya que elimina el sistema de prelación establecido en la Ley N° 19.620. En su nuevo artículo treinta y seis se dispone que: “podrán ser adoptantes los cónyuges, las personas solteras, divorciadas o viudas con residencia permanente en Chile. Entre ellos no existirá un orden de prelación. Dentro de las personas a que se refiere el inciso anterior deberá considerarse especialmente al guardador de un programa de acogimiento familiar cuando solicite la adopción de una niña, niño o adolescente sujeto a su cuidado, siempre y cuando cumpla con los siguientes requisitos: a) Que la niña, niño o adolescente se encuentre bajo su guarda por un plazo no inferior a ocho meses ininterrumpidos; b) Los requisitos previstos por esta ley para adoptar.”<sup>304</sup> Según lo dispuesto en este último punto, la autora Carmen Domínguez Hidalgo, reflexiona respecto al orden de prelación señalando que “este orden (de prelación) se va a construir sobre la base de que hay un bien comprometido en darle al niño la posibilidad, en la medida de que ello cabe, de padres vinculados

---

<sup>304</sup> Biblioteca del Congreso Nacional. 2013. Boletín 9119-18. Cámara de Diputados, Formula indicaciones al proyecto de ley de reforma integral al sistema de adopción en Chile: 9p. Respecto al orden de prelación y el Acuerdo de Unión Civil, la organización “Comunidad y Justicia” expuso que estaba en contra de suprimir el orden de prelación y más aún de incluir a convivientes civiles como posibles adoptantes. Dentro de sus argumentos, señala “la existencia de un orden de prelación que prefiera a los matrimonios como postulantes, no es arbitraria, sino que tiene en cuenta precisamente el interés superior del niño, que exige para su debida educación, una familia estable, que se asemeje a su familia biológica”. Agrega que la adopción otorgada a parejas del mismo sexo no era posible ya que “en primer lugar, debido a que el niño no estaría bajo el cuidado de un hombre (padre) y una mujer (madre), sino de una pareja del mismo sexo. En este sentido, la filiación se entregaría a ambos en calidad de padre-padre o madre-madre, lo que contravendría el sentido primario del derecho de familia, que se funda en la familia originada por un vínculo entre personas de distinto sexo. En segundo lugar, dado que dicha unión también se caracteriza ser una unión esencialmente disoluble, que no genera obligaciones entre los cónyuges, y que pone en riesgo la educación y cuidado del niño, al no asegurar estabilidad”. Citado desde: COMUNIDAD Y JUSTICIA. 2015. Exposición sobre proyecto de ley de reforma integral al sistema de adopción en Chile relativo al orden de prelación de la adopción y el acuerdo de unión civil presentado ante la Comisión de Familia y Adulto Mayor de la Cámara de Diputados.

al matrimonio. La reforma pareciera razonar en relación a la idea de que no hay un bien comprometido en el matrimonio y que, por lo mismo, todos los adoptantes deben ser tratados en igualdad de condiciones”.<sup>305</sup>

También plantea modificaciones respecto al examen de idoneidad modificándolo por una declaración de idoneidad en el cual se dispone que “se inicia con la solicitud formulada por el o los interesados en adoptar, ante el Servicio o un organismo acreditado nacional. La declaración de idoneidad se basa en el examen de las capacidades para desempeñar la parentalidad adoptiva, considerando los aspectos legales, médicos, psicológicos y sociales, lo que será debidamente certificado. No se podrá declarar la falta de idoneidad por causales que constituyan discriminación arbitraria conforme a lo establecido en el artículo once de esta ley y en el artículo segundo de la ley N° 20.609. El procedimiento de declaración de idoneidad, la emisión y vigencia del correspondiente certificado, así como la reclamación en caso de disconformidad con los resultados de dicha evaluación, serán regulados en el reglamento de la presente ley.”<sup>306</sup>

El cuatro de agosto del año 2015, el ex Presidente de la Cámara de Diputados don Marco Antonio Núñez Lozano remite un Oficio N° 12.020 a la

---

<sup>305</sup> DOMINGUEZ, C. 2015, Acerca de la reforma de la ley de adopción en debate: aspectos jurídicos y de política pública a considerar EN: FUNDACIÓN SAN JOSÉ. 2015. El tiempo de los niños: Tensiones y desafíos ante una nueva ley de adopción en Chile. Santiago de Chile. Fundación San José: 93p.

<sup>306</sup> Ídem: 10p.

excelentísima Corte Suprema, con las modificaciones realizadas por la Presidenta Michelle Bachelet y sus ministros.

La Corte Suprema realizó nuevamente un análisis exhaustivo, exponiendo en su primera parte que las indicaciones realizadas por la Presidenta Bachelet alteran totalmente la Reforma presentada por el ex Presidente Sebastián Piñera Echeñique ya que varían tanto los objetivos como sus propias disposiciones.

En el numerando décimo, la Corte expresa que el artículo treinta seis del nuevo proyecto “no menciona entre los adoptantes a las personas que hayan celebrado un acuerdo de unión civil. Por otra parte, el inciso segundo establece que se debe tener en especial consideración al guardador de un programa de acogimiento familiar cuando solicite la adopción de un niño, niña o adolescente sujeto a su cuidado, siempre que haya estado bajo su guarda al menos ocho meses ininterrumpidos y cumpla los demás requisitos para ser adoptante, establecidos en el proyecto de ley. A este respecto la norma no entrega preferencias ni tampoco establece requisitos menores para estas personas, salvo establecer que no se les excluya y, aún más, exige que se les considere especialmente.”<sup>307</sup>

Por otro lado, la Corte Suprema critica al nuevo proyecto señalando que no se menciona en el procedimiento de adopción por integración “a las personas

---

<sup>307</sup> Biblioteca del Congreso Nacional. 2013. Boletín 9119-18.

que hayan celebrado un acuerdo de unión civil entre quienes pueden adoptar en esta modalidad, circunscribiéndolo sólo a los cónyuges”.<sup>308</sup>

Según lo establecido por la Corte Suprema, se acordó paralizar la tramitación de este proyecto ya que primeramente se debe aprobar la Ley de Garantías de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Una vez aprobada esta ley, que asegurará todas las prerrogativas referentes a la Convención de los Derechos del Niños podrá retomarse la discusión respecto al sistema de adopción en Chile.

A pesar que en esta reforma no se explicita la homoparentalidad, se puede observar que en las últimas discusiones del proyecto tanto el poder ejecutivo como el poder judicial establecen que debe añadirse a los convivientes civiles como posibles adoptantes. Este pensamiento se condice que la discusión de la época por el Acuerdo de Vida en Pareja y por la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso Atala y niñas.

A nuestra opinión, en una nueva discusión parlamentaria respecto al sistema de adopción en Chile, debe considerarse la eliminación del orden de prelación como método de igualar la posición de las familias que quieran participar en el proceso. Además, es obligatorio que se regule el sistema de idoneidad que tendrán todos los posibles postulantes de tal manera de no permitir que se excluyan potenciales adoptantes solo por su orientación sexual sino

---

<sup>308</sup> Ídem.

únicamente por su falta de capacidad para criar o educar a un hijo/a. Protegiendo entonces el principio rector del interés superior del niño/a.

#### **3.4.2.2. Acuerdo de Unión civil y adopción homoparental**

Como dispusimos en la primera parte de este último capítulo, el mensaje del ex Presidente Sebastián Piñera referente al ex Acuerdo de Vida en Pareja no propuso modificar normas referentes a filiación o adopción. Por consiguiente, no era la intención del poder ejecutivo otorgar derechos filiativos a aquellas parejas de personas de igual sexo que contrajera este acuerdo. Sin embargo, una vez ingresado el proyecto al Congreso el debate respecto a esta materia fue ineludible.

Al igual que la Reforma integral del sistema de adopción en Chile, la excelentísima Corte Suprema (según los artículos setenta y siete de la Constitución Política y el artículo dieciséis de la Ley Orgánica del Congreso Nacional), se le remitió el Oficio N° 140 respecto al Boletín N°7.873-07 el cual establece la creación del Acuerdo de Vida en Pareja.<sup>309</sup>

El trece de septiembre del año 2011, la Corte Suprema dispuso su informe al proyecto de ley N° 36-2011. En este informe, sólo hizo indicaciones referentes

---

<sup>309</sup> Cabe destacar que en esa misma fecha se le remitió el Oficio N°105 referido a emitir un informe por el Boletín 7.011-07 referente al proyecto de ley "Acuerdo de vida en común". Ambos proyectos se unieron en uno solo y, por ende, la Corte Suprema emite su informe respecto a ambos proyectos.

a la competencia de los tribunales y propuestas respecto a normas jurídicas que afectaban a los cónyuges y, por ende, se les debía incluir a los convivientes civiles.

El once de diciembre del año 2011 se conformó en sesión número ochenta de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento en el Senado. En esta sesión se redactó un informe referido a los refundidos boletines números 7.011-07 y 7.873 respectivamente.

En la sesión número ochenta, fueron expuestas ciertas mociones como, por ejemplo, la de ex Senadores de la época don Ricardo Núñez y José Antonio Viera-Gallo quienes expresaron que el “Estado tiene por finalidad promover el bien común de sus habitantes, por lo que debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional a su mayor realización espiritual y material posible. Agregan que ha crecido significativamente el fenómeno de la convivencia por lo que resulta indispensable establecer un estatuto legal que regule este fenómeno social que no solamente produce consecuencias en el plano afectivo de las personas, sino que también en el ámbito de las relaciones filiales y patrimoniales. En virtud de estas consideraciones la regulación de las uniones de hecho entre un hombre y una mujer. No se les otorgaban a quienes se encontraban en esta situación derechos equivalentes a los de los cónyuges, sino aquéllos que resultan más indispensables y significativos en materia patrimonial y de resguardo y protección

de los hijos, como son el destino de sus bienes y, en especial, del hogar común y la presunción de paternidad de los menores, respectivamente”<sup>310</sup>

Otra intervención fue realizada por el escritor Pablo Simonetti, el cual expuso respecto al matrimonio igualitario y la adopción homoparental. En este último punto señaló “así vemos cómo el argumento de que es necesario que el niño tenga un padre y una madre nace solamente cuando se presenta la posibilidad de que sus cuidadores sean una pareja gay. Se preguntó si en esto ¿No radica la esencia del prejuicio? Y si ¿no hay acto de amor más noble que el querer adoptar a un niño, sea de parte de heterosexuales o de homosexuales? Seguidamente, señaló que se puede demostrar que quienes dicen que están cautelando el derecho de los niños están pensando en sus prejuicios. Por ejemplo, una madre tiene un hijo natural o por inseminación artificial y conforma un hogar con otra mujer. Si esa madre muere, el hijo no solo pierde a su madre biológica sino que también a su madre putativa.”<sup>311</sup>

Entre otros expositores, se encuentra el ex director del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, Jorge Contesse también fue invitado al debate. En sus argumentos dispuso que “Chile no ha definido el concepto de familia. Recordó que el artículo ochocientos quince del Código Civil enumeró, a efectos de derechos personalísimos, como se constituye, para esos

---

<sup>310</sup> Biblioteca del Congreso Nacional. 2016. Historia de la Ley N° 20.830: 41p.

<sup>311</sup> Ídem: 44p.

efectos, la familia, pero no da un concepto. Sostuvo que lo anterior no es negativo pues las familias hoy día son incrementalmente diversas. El interés debe ser darle estabilidad a los vínculos que generan consecuencias jurídicas y emocionales que sean permanentes y en los cuales los hijos puedan crecer y desarrollarse de manera íntegra. Los estudios demuestran que los niños cuando crecen en ambientes que son críticos, independiente si son parejas del mismo sexo o son parejas heterosexuales, están más expuestos a un desarrollo no integral que parejas del mismo sexo en los cuales el afecto y el amor se entrega a los hijos. No es un problema referente al sexo de las personas que crían a uno o más niños si no cuál es la manera como se relacionan esas personas.”<sup>312</sup>

Luego del señalado informe, se establecieron discusiones en sala de los respectivos parlamentarios. Finalmente, se derivó la discusión al Segundo Trámite Constitucional realizado en la Cámara de Diputados.

En la Cámara de Diputados, la discusión también fue ardua acudiendo a las sesiones los líderes de movimientos homosexuales, de organizaciones detractoras de este nueva ley y profesores de prestigiosas universidades.

Unos de los intervinientes fue el profesor Hernán Corral. Al ser consultado respecto al Acuerdo de Vida en Pareja señaló que “respecto de los sectores homosexuales, lo más paradójico es que este estatuto cuasi matrimonial del AVP tampoco los dejará conformes, ya que reconocen que esto sólo constituye el

---

<sup>312</sup> Ídem: 61p.

primer paso, requiriéndose el estatuto del matrimonio y, lo más importante, el nombre de tal. Junto con ello, seguirán instando por conseguir la adopción, la homoparentalidad y otros derechos. No se ve razón alguna para que, atendido el hecho de que se establece un estatuto casi matrimonial, no se legisle derechamente por uno matrimonial, propiamente tal, que reconozca en plenitud los derechos de estos sectores. En su opinión, la existencia del AVP será considerada, respecto de estos sectores, una discriminación, incluso más manifiesta que lo actualmente existente. Efectivamente, las parejas heterosexuales podrán optar entre AVP y matrimonio, en cambio las homosexuales sólo podrán hacerlo respecto de la primera de las figuras.”<sup>313</sup>

También expuso ante la Cámara, la profesora Fabiola Lathrop en el cual dispuso: “el instrumento jurídico en materia de familia es siempre deficiente porque no hay área del Derecho en el que las transformaciones sociales se producen de manera tan vertiginosa como aquél. De manera que siempre quedará corto porque la realidad social desborda el instrumento. Por esta razón, el legislador debiera preocuparse de construir instituciones que fueran más respetuosas de los derechos fundamentales de las personas en materia de familia, como por ejemplo, lo relativo a los derechos del niño. Estas instituciones deben formar un todo coherente, armónico, que se explique por sí mismo. Mencionó que en el último tiempo han existido reformas como, por ejemplo, la

---

<sup>313</sup> Ídem: 788p.

relativa al cuidado personal compartido, las que, si bien tienen una inspiración coherente con los derechos fundamentales, han quedado muy cortas en cuanto a la resolución de situaciones concretas. El Derecho, como instrumento social, no puede dar señas vagas respecto del respeto de los derechos fundamentales de las personas. Por eso, en el caso del AVP, no se puede obviar el debate relativo a la homoparentalidad”.<sup>314</sup>

A pesar de la importancia de discutir referente a la adopción homoparental, la diputada de la época doña Marisol Turres expresó “que esta no es la instancia adecuada para debatir si corresponde que dos personas del mismo sexo puedan adoptar un menor. Este debate debe tener lugar cuando el Gobierno envíe el proyecto sobre nueva ley de adopción. Preguntó a los representantes de UNICEF si existen estudios sobre la experiencia de niños criados por parejas del mismo sexo”.<sup>315</sup>

A pesar de las discusiones señalados en ambos informes constitucionales, la promulgación de la Ley N° 20.830 no añadió la adopción homoparental como parte de la norma jurídica. Sin embargo, el debate parlamentario y doctrinario da un paso importante para los futuros proyectos que discutan respecto a las personas del mismo sexo y la adopción.

---

<sup>314</sup> Ídem: 790p.

<sup>315</sup> Ídem: 798p.

### **3.4.2.2.3. Anteproyecto del matrimonio igualitario y filiación homoparental**

Como bien estudiamos en este capítulo, ninguno de los proyectos de matrimonio igualitario anteriores a este ante proyecto modificaba disposiciones referentes a la filiación o a la adopción. Es por esto que este anteproyecto es tan novedoso ya que regula de forma inmediata la situación de niños, niñas o adolescentes susceptibles de adopción por padres o madres homosexuales.

De hecho, en el anteproyecto presentado se señaló que “A diferencia de la Ley de Acuerdo de Unión Civil, este anteproyecto no sólo regula la relación jurídica de las parejas del mismo sexo, sino que también aborda expresamente y de forma integral la situación de la filiación, dando lugar a la posibilidad de que aquellas accedan a la paternidad y/o maternidad en igualdad de condiciones, incluyendo la adopción”.<sup>316</sup>

---

<sup>316</sup> ANTEPROYECTO. 2016. “Ley de matrimonio igualitario”.

### **3.4.2.3. Debate político-social en Chile referente a la adopción homoparental**

Como estudiamos en el capítulo anterior, las discusiones de adopción homoparental en otros países duraron años antes de implementarlos en sus legislaciones. Nuestro país no está alejado de esa realidad, por lo que el debate no sólo se genera en el Congreso sino en conjunto con la ciudadanía.

Chile se ha regido por bases patriarcales que, como colectividad, no hemos podido eliminar. Es por esto, que consideramos “normal” como sociedad que sólo un papá y una mamá puedan adoptar y criar un niño o niña, excluyendo a todas aquellas familias que no cumplan con este requisito. Esta idea está avalada por nuestra sociedad y por la legislación a través de las normas de adopción y a través del proceso selectivo de los futuros adoptantes.

Pero los cambios han sido más rápidos de lo que podemos esperar, en éstas últimas décadas las mujeres se incorporaron en la vida laboral y se promulgó en el año 2004 el divorcio vincular, permitiendo que las familias se diversificaran. Ante esto, hemos incluido sin ningún problema a nuestra sociedad a todas las familias monoparentales que nacen de separaciones o divorcios o también aquellas familias que no contraen matrimonio. ¿Por qué entonces nos cuesta aceptar que dos papás o mamás y un hijo/a también es familia?

La pregunta tiene un planteamiento que puede ser visto desde el punto de vista de la epistemología normativa: “como tal, no trasciende una noción del parentesco fundado en la procreación y mantiene a pie firme la idea de que el individuo ingresa a la cultura y adquiere una identidad de género a partir de la complementariedad de los opuestos que implica la heterosexualidad, en tanto división tajante entre lo femenino y lo masculino. En efecto, frente a la pregunta por la homoparentalidad, tanto la Historia como la Antropología del género en Chile no han demostrado mayor preocupación permaneciendo circunscritas dentro del paradigma de la parentesco estrictamente heterosexual”.<sup>317</sup>

La globalización nos ha permitido conocer que existen distintos tipos de realidades que también se conocen en nuestro país. Es por esto, que el paradigma de la normalidad y la heterosexualidad se ha destruido año a año. “Asombrarse por el camino que lleva la discusión acerca de la adopción por parte de parejas homosexuales, desestima la complejidad del debate que ha estado a la base de la progresiva incorporación de los derechos de las personas a autodeterminarse sexualmente y muestra una ceguera frente al valor que ha adquirido culturalmente la diversidad. Los niños y niñas de nuestro país crecen hoy mirando a este Chile que salió de la insularidad, que de pronto se reconoce mestizo, complejo, heterogéneo, han crecido desconociendo los miedos de sus padres y viendo la fuerza creativa de sus jóvenes. El temor al debate sobre estos

---

<sup>317</sup> ROBALDO, M. 2011. La homoparentalidad en la destrucción y reconstrucción de la familia. Aportes para la discusión. Revista punto de Género (1): 174p.

temas, en cambio, se aferra desesperado a creencias que permiten mantener la ilusión de un orden afectivo-patrimonial patriarcal y heteronormativo, que no necesariamente corresponde a las realidades complejas y diversas que se expresan en la vida cotidiana de los sujetos. El peligro aquí es que bajo ese temor, se alimenta una profunda sospecha que recae sobre las personas homosexuales, un juicio, una patologización -a veces abierta, a veces velada- de su orientación sexual y de sus capacidades para establecer relaciones afectivas satisfactorias, para generar espacios de desarrollo emocional, para vivir con otros”.<sup>318</sup>

La respuesta a nuestra pregunta va dirigida a dos puntos: el primero, es la discriminación como lo planteamos en el capítulo primero. El otro, se basa en una desconfianza profunda de todas aquellas personas que no quieren que se derrumben sus pensamientos y principios dogmáticos. Como el lector ha podido notar, todos los argumentos de los detractores del matrimonio igualitario y de la adopción homoparental apuntan al reforzamiento de la religión y la moral como base de la estructura social.

Más allá de esta reflexión, las autoridades competentes deben responsabilizarse por una realidad existente y, por ende, el Estado debe proteger

---

<sup>318</sup> SOTO, P. 2015, Adopción por parte de parejas homosexuales en un debate que comienza. [en línea], <<http://ciperchile.cl/2015/07/13/adopcion-por-parte-de-parejas-homosexuales-un-debate-que-comienza/>> [Consultado: 04 julio de 2016]

a todas aquellas familias que se encuentran al margen de la ley, bajo el principio de igualdad ante la ley dispuesto en nuestra Constitución Política de la República.

A continuación, presentaré los fundamentos que, a nuestro parecer, son los más idóneos al momento de exponer una reforma al sistema de adopción en Chile y el reconocimiento de la adopción homoparental.

**A. Existe en Chile una realidad de familias homoparentales que no pueden esconderse ni negarse.**

Las encuestas relacionadas con la aceptación y el derecho que tienen las parejas homosexuales de poder criar y adoptar niños han demostrado que la ciudadanía aprueba la adopción homoparental.

Una de las encuestas fue liderada por la Universidad Diego Portales a través de la llamada “Agenda Liberal”. Esta investigación del año 2013-2014 consultó respecto a la aprobación o desaprobación de la siguiente frase: las parejas homosexuales deberían tener derecho a adoptar hijos. El porcentaje de aprobación aumentó de un 32,6% en el año 2013 al 38,3% en el año 2014.

Esta encuesta también nos señala que de las personas encuestadas, en el rango de edades entre 18 a 29 años, tienen mayor preferencia respecto a los vínculos homoparentales<sup>319</sup>.

---

<sup>319</sup> Entre 18-29 años las personas han establecido en un 49,6% que pueden adoptar hijos. En cambio, en el rango de edad de 61 años o más, sólo el 20,5% lo acepta como una afirmación válida. Citado desde: UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, 2014, Agenda Liberal, [en línea],

Otra encuesta fue realizada por el Instituto Nacional de la Juventud en agosto del año 2014 y fue denominada “Percepciones de la diversidad sexual”. En ella se consultó respecto a la afirmación de si una pareja de lesbianas puede criar un hijo tan bien como una pareja heterosexual, teniendo como aprobación entre el grupo de encuestados de un 70%. Por otro lado, la encuesta consultó si una pareja de hombres homosexuales pueden criar un hijo/a en la cual el porcentaje de aprobación disminuyó al 64%.<sup>320</sup>

Luego de la dictación de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a favor de Karen Atala y su pareja, la discusión respecto a la crianza y educación de hijos/as por personas homosexuales ha permitido que familias lesboparentales y homoparentales se den a conocer.

Un ejemplo se encuentra explícito en el diario de circulación nacional denominado “The Clinic”. En éste se realizó un reportaje referente a dos chilenas que educan en conjunto a Gabriela, su hija que ya asiste a tercer básico. La pareja menciona su vida cotidiana y la normalidad de su crianza señalando: “sabemos que merecemos derechos igualitarios, pero para nosotros lo primero son los derechos de todas las Gabrielas, de todos los niños de familias que no son heterosexuales. Que nuestra niña sea reconocida por ambas y que legalmente pueda poner sus dos apellidos en las tareas. Ella lo hace, porque esa

---

<<http://encuesta.udp.cl/descargas/publicaciones/2014/Agenda%20Liberal%20Encuesta%20UDP%202014.pdf>>, [Consultado: 9 julio de 2016]

<sup>320</sup> INJUV. 2014. Estudio “Percepciones en torno a la diversidad sexual”, [en línea].

<[http://www.injuv.gob.cl/portal/wp-content/files\\_mf/revista10\\_final.pdf](http://www.injuv.gob.cl/portal/wp-content/files_mf/revista10_final.pdf)>, [Consultado: 9 julio de 2016].

es su silenciosa protesta, comenta Claudia Amigo. La hija de Claudia y Clau no ha sufrido bullying por parte de sus compañeros. De hecho fue ella quien logró que el tema se pusiera en la mesa, que la profesora le explicara al curso lo que es la diversidad sexual y que existen distintos tipos de familia”.<sup>321</sup>

El veintidós de abril del año 2015 se entrevistó en la Revista Paula a la Chef Carolina Bazán y a su pareja, respecto a la conformación de su familia. La joven pareja lleva diez años de relación y decidieron tener un hijo a través de inseminación artificial. A medida que avanza la entrevista, la pareja plantea que saben que vienen “situaciones difíciles, responder las preguntas de Iñaki cuando crezca de por qué tiene dos madres, pero las iremos contestando paso a paso, sin esconderle nada. Además, somos unas convencidas de que Chile cambió y para cuando Iñaki esté grande esto ya no será tema.”<sup>322</sup>

El veinticuatro de julio del año 2016 se entrevistó a Silvia Quezada y Carolina Jiménez, una pareja de mujeres provenientes de Pitrufquén. Ambas dieron una entrevista al diario El Austral de Temuco respecto al lesbianismo, familia y discriminación. Ambas crían a Simón, un niño de cuatro años que es hijo biológico de Carolina. En este artículo, el periodista les consultó respecto a la realidad de su familia homoparental en Chile, a lo que ellas contestaron que “en

---

<sup>321</sup> HUERTA E., 2014, Las dos Claudias y Gabriela, la historia de una familia lesboparental, [en línea], < <http://www.theclinic.cl/2014/03/18/las-dos-claudias-y-gabriela-la-historia-de-una-familia-lesboparental/>>, [Consultado: 10 julio de 2016].

<sup>322</sup> RODRIGUEZ, V. 2015. Tener un hijo juntas. [en línea] < <http://www.paula.cl/reportajes-y-entrevistas/tener-un-hijo-juntas/>> [Consultado: 10 julio de 2016].

el colegio tuvimos mucha suerte, porque mi mamá trabaja ahí y la directora es mamá de la mejor amiga de la Caro. (...) Simón está feliz porque tiene una enorme capacidad de ganarse el amor de la gente. Pero sí hay gente que cuestiona que sea criado por dos mamás, como los papás de la Caro (...)”<sup>323</sup>, por otro lado, Silvia contesta que “al principio mi familia también lo cuestionaba, pero es sólo por falta de información. Ellos pensaban que Simón iba a ser gay (...) En broma les tratábamos de explicar que si ellos eran héteros no tenía mucho sentido que yo fuese lesbiana (...) Ahora mis papás son sus abuelos y él se va sagradamente un fin de semana por medio a estar con ellos”.

En Chile las familias homoparentales no pueden esconderse ni negarse ya que son parte de nuestra sociedad. La diversidad de familias se crea por los cambios sociales e históricos que hemos contemplado como país. Cada vez más las parejas del mismo sexo quieren desarrollar los mismos derechos que tendría una pareja heterosexual y, por ende, ese desarrollo y la protección de esos derechos debe ser concedido por el Estado.

---

<sup>323</sup> NAHUELPI, C. 2016. Queremos que llegue el día en que ser una pareja de lesbianas no sea mediático. [en línea]. Austral de Temuco. 24 de julio de 2016 <<http://www.australtemuco.cl/impres/2016/07/24/full/cuerpo-reportajes/8/>>.[Consultado: 25 de julio de 2016]

**B. Chile ha suscrito normas internacionales referentes a los Derechos Humanos y a la Convención Internacional de los Derechos del Niño**

Respecto a este punto se puede señalar nuestro país debe reforzar aquellas normas jurídicas que no cumplan con la normativa internacional. En el caso de la adopción homoparental encontramos la defensa al derecho de igualdad y la no discriminación, el derecho a formar una familia y al derecho del interés superior del niño. Este tema es abordado en profundidad el primer capítulo de esta tesis.

**C. Por la finalidad de la Ley N° 19.620 y por la capacidad de los adoptantes al momento de adoptar a un niño, niña o adolescente**

Al parecer nuestro, las familias lesboparentales tienen mayor aceptación que una familia de hombres homosexuales. El proceso de las personas y su cambio de mentalidad respecto a un nuevo tipo de familia es paulatino y, por consiguiente, se acepta que las mujeres, aunque sean lesbianas, pueden ejercer con mayor naturalidad la maternidad y la crianza. Pero una cosa es la aceptación y otra muy diferente son las capacidades que tienen los padres o madres a la hora a adoptar. Si nuestra sociedad acepta la idea que la maternidad y la crianza están unidas solo a las mujeres es porque en realidad el debate de la homoparentalidad mantiene un sesgo patriarcal y discriminatorio.

Es por esto, que es necesario abrir la puerta desde un punto de vista amplio y sin tabúes: ya sea si las parejas son heterosexuales u homosexuales, los hombres también tienen la posibilidad de educar o criar. Ahora bien, quien tiene la función de descubrir si existe esta capacidad o idoneidad para adoptar a un niño, niña o adolescente debe ser realizada precisamente por el SENAME.

Respecto a este último punto, el artículo primero inciso primero de la Ley N° 19.620 establece que “la adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen”.<sup>324</sup>

En este mismo sentido, la profesora Mari Cruz Gómez de la Torre establece que “esta ley tiene como finalidad que toda adopción sea otorgada en beneficio del niño que va a ser adoptado y no en el de los posibles adoptantes, por lo cual debe proporcionarle a éste una familia que lo cuide, proteja, otorgue cariño y donde pueda alcanzar un desarrollo integral”.<sup>325</sup>

El sistema de adopción en Chile no sólo sigue el principio del interés superior del niño sino también el principio de subsidiariedad.

---

<sup>324</sup> CHILE. 1999. Ministerio de Justicia. Dicta normas sobre la adopción de menores, julio de 1999.

<sup>325</sup> GOMEZ DE LA TORRE, M. 2007. El sistema filiativo chileno, Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile: 224p.

Ante esto, en el caso que un niño, niña o adolescente se encuentre vulnerado por su familia biológica y, por lo tanto, no pueda ser criado por ella, es el momento en que otra familia puede iniciar el proceso de adopción ya que el niño o niña se encuentra susceptible de ser adoptado.

En el procedimiento de adopción el juez tiene la actuación de oficio de poder solicitar al SENAME todas las diligencias pertinentes que conlleven a descifrar la capacidad de los posibles padres o madres del adoptado. Ante esto, expuso en el cónclave realizado en la Universidad Alberto Hurtado en julio del año 2014, la ex directora del SENAME doña Marcela Labraña respecto a las familias homoparentales refiriéndose positivamente.<sup>326</sup>

En junio del año 2016, ocurrió otro hito histórico en nuestro país: se otorgó la adopción de una niña de cinco años a una pareja de mujeres. Como sabemos, no existe la adopción homoparental en Chile por lo que sólo una de ellas tendrá la adopción. Sin embargo, ambas se registraron en el proceso de adopción como una familia lesboparental, ambas fueron también entrevistadas por los especialistas del SENAME.

---

<sup>326</sup> En dicho cónclave se reunieron personeros del SENAME y de las minorías sexuales. Estos dichos tuvieron repercusiones en los debates del proyecto de ley referido al sistema de adopción en Chile. “Luego que manifestara a mediados de julio que el trabajo de dicha institución es “buscar los mejores padres para los niños, no discriminar”, se ha generado una álgida discusión en torno a que parejas del mismo sexo tengan la misma posibilidad que parejas heterosexuales para poder adoptar niños”. Citado desde: LARA P., 2014, Adopción homoparental en Chile: mitos y realidades [en línea] <<http://www.ciudadliberal.cl/2015/07/adopcion-homoparental-en-chile-mitos-y-realidades/>> [Consultado: 10 julio de 2016].

Este caso mediático fue comentado también por parlamentarios. Ante esto, “la diputada de la UDI Marisol Turres sostuvo que lo ideal es que la adopción se produzca dentro de una pareja heterosexual. Ahora, cuando hemos visto casos de chicos muertos por estar en hogares del SENAME, indudablemente que uno piensa que quizás podrían estar mejor en un hogar aunque fuera con dos personas de un mismo sexo, pero que recibiera cariño y apoyo durante su desarrollo”.<sup>327</sup>

---

<sup>327</sup> COOPERATIVA. 2016. SENAME declaró idónea para adoptar a una pareja de lesbianas [en línea] <<http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/infancia/sename-declaro-idonea-para-adoptar-a-una-pareja-lesbiana/2016-06-01/155819.html>> [Consultado: 10 julio de 2016].

### **3.4.3. Modificación a las normas de reproducción asistida en Chile**

No hay en nuestro país una regulación que incluya a parejas del mismo sexo como posibles tratantes de este tipo de método. No existe tampoco una normativa específica respecto a este tipo de procreación artificial por lo que sólo podemos basarnos en la Resolución Exenta 1072, de 1984, del Ministerio de Salud. Tampoco el Código Civil en el artículo ciento ochenta y dos se hace cargo de quienes pueden ser los posibles tratantes a este tipo de técnica.

Es por esto que se hace necesario iniciar una discusión respecto a este tema médico ya que no solo las parejas heterosexuales pueden optar a esta forma de reproducción sino también podrían eventualmente, realizar todas aquellas parejas del mismo sexo que quieran expandir su familia.

Es necesario un proyecto de ley que establezca una regulación apropiada referente a parejas del mismo sexo que quieran tener hijos/as a través de inseminación artificial. Esto permitiría facilitar la extensión de aquellas familias que no tienen el dinero suficiente para acudir a otros países en los cuales se encuentra regulada esta materia y, por tanto, puedan iniciar este tipo de procedimiento en nuestro país.

#### **IV. PROPUESTA REFERENTE A LA FAMILIA HOMOPARENTAL EN CHILE**

En consonancia con lo expuesto en esta tesis, es preciso configurar una propuesta referente a la familia homoparental.

Según expusimos, la diversidad de familias en Chile comenzó a ser reconocida a través de la Ley N° 20.830. Sin embargo, esta normativa sufre de falencias.

Es por esto que es necesario modificar esta ley con la finalidad de complementar la institución del acuerdo de unión civil otorgándole a sus miembros, mayores derechos extrapatrimoniales, legislando referente a la filiación y la adopción.

Además, no se puede excluir a las uniones de hecho, por tanto, es obligatorio disponer de normas o reglas que permitan distinguir a una unión de hecho a otro tipo de relaciones de pareja. Los cambios mencionados permitirán reconocer y resguardar estatalmente a familias que actualmente se encuentran desprotegidas.

Respecto a la discusión del matrimonio igualitario planteo repetir la experiencia argentina y uruguayana puesto que ambas legislaciones igualaron a las personas de igual o distinto sexo, modificando “entre un hombre y mujer” a la palabra “personas” en la definición del matrimonio. Este tipo de norma, en el cual no se hacen distinciones, no obstaculiza las celebraciones del contrato ni

tampoco las normas referentes a los efectos del matrimonio. En mi opinión, el igualar la institución del matrimonio tradicional con el matrimonio igualitario no da pie para vacíos legales que tendrán que ser subsanados en lo futuro.

Una vez instaurado el matrimonio igualitario, es inevitable no regular la adopción homoparental. El sistema de adopción en Chile se encuentra colapsado y, por tanto, es preferible que los cambios sean realizados por el proyecto de Reforma integral del sistema de adopción en Chile en conjunto con los nuevos proyectos de ley que establecen cambios de filiación. Es perentorio que nuestros legisladores inicien un debate prudente respecto a esta materia puesto que, hay realidades de familias homoparentales que conviven con niños/as que actualmente se encuentran en indefensión.

Respecto a la promoción de la familia homoparental, España no solo sistematizo a este tipo de familia, sino que también añadió cambios educativos entorno a esta. Es necesario que un país en el cual aún existen prejuicios y estereotipos se embarque en una cruzada a favor de la diversidad de familias. Los cambios educativos en establecimientos educacionales y en el sistema público son primordiales para cumplir este desafío.

Al principio, estas normas jurídicas serán vilipendiadas, no obstante, al momento de ser aprobadas, nuestra sociedad se adecuará a ellas y comprenderá, que existen principios que están sobre la discriminación y los prejuicios.

## CONCLUSIONES

El desarrollo de esta tesis permitió profundizar en una temática que recién está siendo instaurada en nuestro país. En Chile era impensado plantear que personas homosexuales podían unirse civilmente, podrían contraer matrimonio o adoptar hijos. El desarrollo de las familias homoparentales ha ido en aumento día a día al igual que la acogida de la sociedad para con este tipo de familia.

Por ende, las conclusiones se fundamentarán en las siguientes afirmaciones:

- i. Es una realidad que existen diversos tipos de familias: La doctrina contraria a esta afirmación se está extinguiendo ya que no puede obviarse que la realidad se basa en el hecho de su existencia. Es innegable que las familias matrimoniales coexisten con otros tipos de familias, tales como: monoparentales, reconstituidas, ensambladas y homoparentales.
- ii. La familia homoparental debe ser entendida desde un concepto amplio. Esto permitirá incluir a todas aquellas familias que han decidido no criar y educar hijos/as pero que viven bajo un régimen de convivencia.

iii. El Estado de Chile debe reconocer, proteger y promocionar a todas las familias que convivan en nuestro territorio. En primer lugar, el Estado reconoce a un tipo de familia cuando se dispone en su ordenamiento jurídico. De esta manera se conceptualiza y se le otorga derechos y deberes.

En segundo lugar, el Estado está obligado a proteger a todo tipo de familia sin diferencias. Nuestra Carta Magna no establece explícitamente a la familia matrimonial como la única forma de familia. Los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo, tales como el principio de igualdad y derecho de formar una familia, son actualmente quebrantados, por tanto, es urgente tomar medidas jurídicas para restablecer el imperio del derecho en aquellas familias que se encuentren en actual desprotección.

iv. El argumento de la discriminación es añejo y no tiene consistencia jurídica, psicológica o social. Según lo expuesto en esta tesis el método de exclusión utilizado por los detractores es precisamente la discriminación, la cual tiene su origen en pensamientos moralistas y religiosos. La ruptura de este concepto permitirá consolidar un Estado democrático de Derecho, con la finalidad de perseguir normas y principios internacionales.

## BIBLIOGRAFÍA

### I. Libros

1. ABELIUK, R. 2000. La filiación y sus efectos (la filiación, su determinación. Acciones judiciales. La filiación adoptiva. Sucesión intestada y asignaciones forzosas. Otras reformas de las leyes N° 19.585 y N°19.620). Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.
2. ACCIÓN FAMILIA. 2004. En defensa de una ley superior: Por qué debemos oponernos al pseudo “matrimonio” y movimiento homosexual. Santiago de Chile. Colección Acción Familia.
3. BASAURE, M. y SVENSSON, M. 2015. Matrimonio en conflicto: Visiones rivales sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. Santiago de Chile. Editorial Cuarto propio.
4. FUNDACIÓN SAN JOSÉ. 2015. El tiempo de los niños: Tensiones y desafíos ante una nueva ley de adopción en Chile. Santiago de Chile. Fundación San José.
5. GOMEZ DE LA TORRE, M. 2007. El sistema filiativo chileno (filiación biológica, por técnicas de reproducción asistida y por adopción). Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.
6. GOMEZ, M. y LEPIN, C. 2013. Parejas Homosexuales ¿unión civil o matrimonial? Santiago de Chile. Legal Publishing,

7. HERNÁNDEZ, G. 2009. Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo. Santiago de Chile. Editorial Arcis.
8. HERNANDEZ, G. y TAPIA, M. Estudios sobre la nueva ley de Acuerdo de Unión Civil. Santiago de Chile. Legal Publishing
9. JOHNSON, S. y O'CONNOR, E. 2005. Madres Lesbianas: Guía para formar una familia feliz. Buenos Aires. Lumen.
10. Matrimonio igualitario y derecho constitucional de familia Ley 26.618. 2010. Por Andrés Gil "et al". Buenos Aires. Ediar.
11. MEDINA, G. 2001. Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni.
12. MEDINA, G. 2001. Uniones de hecho homosexuales. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni.
13. MERIN, Y. 2002. Equality for same- sex couples. Estados Unidos. The University of Chicago Press.
14. Nuevas formas de familia. 2012. Por Joan Bestard "et al", Barcelona. Ayuntamiento de Barcelona.
15. LACROIX, X. 2006. La confusión de géneros: Respuesta a ciertas demandas homosexuales sobre el matrimonio y la adopción. España. Ediciones Mensajero.
16. QUINTANA, M. 2013. Derecho de familia. Valparaíso de Chile. Ediciones Universitarias de Valparaíso.

17. RAMOS PAZO, R. 2007. Derecho de Familia. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. Séptima Edición. (I).
18. ROTENBERG, E. y AGREST, B. 2007. Homoparentalidades: Nuevas familias. Buenos Aires. Lugar Editorial.

## **II. Tesis**

1. AMERICO, C. CORA V., PEREZ L. 2012. Análisis de la Ley N° 18.246: Unión Concubinaria y sus efectos en la disolución de estas sociedades”. Tesis para optar al título de Contador Público. Universidad de la República. Uruguay
2. GOMEZ, C. e INOSTROZA, C. 2015. Familias “lesboparentales”: maternidad y crianza. Tesis para optar al grado de Licenciado en Trabajo Social, Tesis para optar al título de Asistente Social. Santiago de Chile. Universidad Academia de Humanismo Cristiano: Facultad de Ciencias Sociales, Escuela de Trabajo Social.

### III. Artículos

1. ALZATE, P. 2005. Análisis a la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de Derecho a Contraer Matrimonio, España. [en línea]. <[www.formatolegal.com](http://www.formatolegal.com)>, [Consultado: 5 de mayo de 2016].
2. Análisis de los Problemas y Necesidades Educativas de las Nuevas Estructuras Familiares.2010. ARRANZ E “et al”. Madrid. Intervención Psicosocial 19 (3).
3. BAZAN, J. 2009. Informe sobre el impacto de la ley española del matrimonio entre personas del mismo sexo en el derecho interno. Profesionales por la Ética-Servicio Jurídico.
4. BERNAL, P. 2015. La familia como Derecho Humano de la comunidad LGBTI en Colombia. Revista Prolegómenos: Derechos y Valores. XVIII (36).
5. BORRILLO, D. 2011. De la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la Homofobia: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la orientación sexual. Revista de Estudios Jurídicos, Universidad de Jaén (11).
6. BORILLO, D. 2013. Elementos para una teoría general de la igualdad y la no-discriminación a partir de la experiencia del derecho europeo. Revista de la Facultad de Derecho: Pontificia Universidad Católica del Perú (71).

7. CORNEJO, P. 2010. Estatuto Filiativo y Principios Constitucionales. Revista de Derecho y Humanidades II (16).
8. CORNEJO, P. 2012. Regulación de las Uniones de Pareja del mismo sexo ¿qué lecciones nos entrega la legislación comparada? Gaceta Jurídica (379)
9. CORNEJO, P. 2013. Análisis legislativo del proyecto de ley que establece el Acuerdo de Vida en Pareja (Boletín N°7873-07). Revista de Derecho: Escuela de Postgrado (3)
10. CORNEJO, P. y ARANCIBIA, M. 2014. El Derecho de Familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos. Revista Ius Et Praxis.
11. CORNEJO, P. 2014. La pareja del mismo sexo y su protección por el Derecho de Familia en Francia. Revista de Ciencias Sociales: Facultad de Derecho y de las Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso.
12. CORRAL, H. 2011. Tribunal Constitucional y matrimonio homosexual. Comentario a la sentencia ROL N°1881-2010, de 03 de noviembre de 2011. Revista de Derecho. Escuela de Postgrado. Facultad de Derecho. Universidad de Chile (1)
13. CORRAL, H. 2015. ¿Del Derecho de Familia a un Derecho de las Familias? Reflexiones críticas sobre la teoría de la “pluralidad de formas de familia”. Revista de Derecho de Familia II (6)

14. Díaz de Valdés, J. 2013. ¿Es la ley Zamudio verdaderamente una Ley General Antidiscriminación? Revista Actualidad Jurídica. N° 28.
15. DIAZ, I. 2013. La Ley chilena contra la discriminación. Una evaluación desde los derechos internacional y constitucional. Revista chilena de Derecho II (40).
16. ESPINOZA, A. 2015. La juridificación de las uniones de hecho y la propuesta valórica contenida en el proyecto legislativo de Acuerdo de Vida en Pareja en Chile. Revista Ius et Praxis (21),
17. ESTRADA, S. 2011. Familia, matrimonio y adopción: algunas reflexiones en defensa del derecho de las parejas del mismo sexo a constituir familia y de los menores a tenerla. Revista de Derecho Universidad del Norte (36)
18. FREITES, L. 2008. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: Apuntes Básicos. Venezuela. Universidad de Carabobo.
19. GAUCHÉ, X. 2013. La orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación y su tratamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Revista de Derecho Universidad de Concepción: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales LXXXI (233-234).

20. GILBAJA, E. 2014. La orientación sexual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Revista de Derecho Político (91)
21. HERRERA, M. 2015. Cuando el principio de igualdad y no discriminación se expande: el matrimonio entre parejas del mismo sexo en Estados Unidos. Argentina. Microjuris.
22. MUÑOZ, F. 2013. El núcleo fundamental de la sociedad: Los Argumentos contra la Crianza Homoparental en los casos Atala y Peralta. Revista Ius et Praxis (1)
23. LATHROP F. 2012. Ante la Ilustrísima Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informe Pericial Caso N° 12.502 Karen Atala Riffo y otras vs. Chile. Revista de Derecho Escuela de Postgrado (2).
24. LEPIN, C. 2014. Los nuevos principios rectores del Derecho de Familia. Revista Chilena de Derecho Privado (23)
25. LINACERO, M. 2005. Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Foro Nueva Época (2)
26. NASH, C., 2012, Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile: Recepción y Aplicación en el ámbito interno. Santiago. Centro de Derechos Humanos.

27. NAVARRO, L. 2013. Posiciones en contra y en favor de la adopción homoparental desde la sociología y la psicología. Instituto de Investigaciones Jurídicas: Universidad Nacional Autónoma de México.
28. Noel, M. Ortiz, F. y Wajsman, M. 2014. El interés superior del niño en las adopciones homoparentales. Revista Lecciones y ensayos (92)
29. MEDINA, G. Informe de derecho comparado. La legislación favorable a los homosexuales en Nueva Zelanda y Holanda. [en línea], <<http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/derecho-comparado/legislacion-favorable-homosexuales-nueva-zelanda-holanda-vivienda.pdf>>. [Consultado: 14 de mayo de 2016]
30. OLIVA, E. y VERA, J. 2014. Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización. Revista Juris I (10)
31. ORTEGA, F. 2010. Uniones de hecho y adopción conjunta: Una forma de hacer familia. Revista de los Estudiantes de la Facultad de Derecho. Universidad Alberto Hurtado (2).
32. QUINTANA, M. 2015. El acuerdo de Unión Civil. Su regulación. Semejanzas y diferencias con el matrimonio en el ordenamiento jurídico chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XLIV.

33. ROBALDO, M. 2011. La homoparentalidad en la destrucción y reconstrucción de la familia. Aportes para la discusión. Revista punto de Género (1)
34. ROSAS, G. 2008. Informe especial de la Unión Concubinaria. [en línea]. <<http://www.diazrosas.com/index.php/informes/familia/50-informe-especial-union-concubinaria>>. [Consultado: 16 de mayo de 2016].
35. SCHWARTZREICH, L. 2005. Restructuring the Framework for Legal Analyses of Gay Parenting. Harvard BlackLetter Law Journal.
36. SILVA, L. 2012. Orientación sexual y parentalidad. Comentario crítico a la sentencia Atala Rifo y Niñas vs. Chile. Revista de Derecho Escuela de Postgrado.
37. TASKER, F., 2005, Lesbian Mothers, Gay Fathers, and Their Children: A review, Developmental and Behavioral Pediatrics. 26 (3)
38. TAUB, A. 2007. The Parental/Child Relationship. Fit or Unfit? Homosexuality and Parenting, The Journal of Contemporary Legal Issues (29).
39. TORO-ALFONSO, J. 2012. El Estado Actual Sobre Discriminación Sexual, Terapia Psicológica XXX (2)

40. TORRINCELLA, A. y GUIDO, I. 2007. La familia en Oxford Street. Homosexualidad: matrimonio, filiación y subjetividad. Programa de estudios sobre población y trabajo.
41. TURNER, S. 2010. La Unión de Hecho como institución del derecho de familia y su régimen de efectos personales. Revista *Ius et Praxis*.

#### **IV. Informes y documentos**

1. Anteproyecto. 2016. Ley de matrimonio igualitario.
2. Biblioteca del Congreso Nacional. 2016. Historia de la Ley N° 20.069.
3. Biblioteca del Congreso Nacional. 2015. Historia de la Ley N° 20.830.
4. Biblioteca del Congreso Nacional. 2014. Boletín 9778-18. “Modifica el Código Civil y la ley de Matrimonio Civil, con el propósito de posibilidad el matrimonio igualitario”.
5. Biblioteca del Congreso Nacional. 2013. Boletín 9119-18. “Reforma integral al sistema de adopción en Chile”.
6. Biblioteca del Congreso Nacional. 2010. Boletín N° 6.913-07. “Relativo a la identidad sexual o de género”.

7. Biblioteca del Congreso Nacional. 2010. Boletín 7099-07. “Sobre el contrato de matrimonio entre personas del mismo sexo”.
8. Biblioteca del Congreso Nacional. 2008. Boletín 5780-18. “Modifica el Código Civil en relación al concepto de matrimonio”.
9. Corte Constitucional de Colombia. 2014. Comunicado N° 35.
10. ESPAÑA. Consejo de Estado. 2004. Expediente de Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. N° 2628/2004. 16 de diciembre de 2004
11. Universidad Diego Portales. 2014. Informe Anual de Derechos Humanos en Chile.
12. Instituto Nacional de Derechos Humanos. 2014. Informe Proyecto de Ley Acuerdo de Vida en pareja.
13. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2002. Opinión consultiva OC-17/2002.

## **V. Estudios estadísticos**

1. CADEM. 2014. Plaza pública: Informe de discusión valórica. [en línea].<<http://www.cadem.cl/wpcontent/uploads/2014/07/Informe-Discusión-Valórica.pdf>>. [Consultado: 05 de julio de 2016].
2. Instituto Nacional de Estadísticas. 2002. Censo 2002. [en línea] < <http://www.censo.cl> >
3. Instituto Nacional de Estadísticas. CENSO. 2012. [en línea] <<http://www.censo.cl>>
4. UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. 2014. Agenda Liberal.[en línea].<<http://encuesta.udp.cl/descargas/publicaciones/2014/Agenda%20Liberal%20Encuesta%20UDP%202014.pdf>>. [Consultado: 09 de julio de 2016].
5. INJUV. 2014. Estudio “Percepciones en torno a la diversidad sexual”. [en línea].<[http://www.injuv.gob.cl/portal/wpcontent/files\\_mf/revista10\\_final.pdf](http://www.injuv.gob.cl/portal/wpcontent/files_mf/revista10_final.pdf)>.[Consultado:09 de julio de 2016].

## **VI. Noticias en medios comunicacionales**

1. ANÓNIMO. 2016. Diario el día Estado se compromete a regular matrimonio igualitario ante el CIDH. [en línea]. < <http://www.diarioeldia.cl/pais/estado-se-compromete-regular-matrimonio-igualitario-ante-cidh>>. [Consultado: 10 de junio de 2016].
2. COOPERATIVA. 2016. SENAME declaró idónea para adoptar a una pareja de lesbianas. [en línea].

<<http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/infancia/sename-declaro-idonea-para-adoptar-a-una-pareja-lesbiana/2016-06-01/155819.html>>. [Consultado: 10 de julio de 2016].

3. HUERTA, E. 2014. Las dos Claudias y Gabriela, la historia de una familia lesboparental. [en línea]. <<http://www.theclinic.cl/2014/03/18/las-dos-claudias-y-gabriela-la-historia-de-una-familia-lesboparental/>>. [Consultado:10 de julio de 2016].
4. GONZALEZ, C. 2016. 2.808 parejas han optado por el Acuerdo de Unión Civil y otras 5.347 ya reservaron hora. [en línea]. La Tercera. 01 de febrero de 2016.<<http://www.latercera.com/noticia/tendencias/2016/02/659-666533-9-2808-parejas-han-optado-por-el-acuerdo-de-union-civil-y-otras-5347-ya-reservaron.shtml>>.[Consultado:20 de junio de 2016].
5. NAHUELPI, C. 2016. Queremos que llegue el día en que ser una pareja de lesbianas no sea mediático. [en línea]. Austral de Temuco.24 de julio de 2016.<<http://www.australtemuco.cl/impresas/2016/07/24/full/cuerpo-reportajes/8/>>. [Consultado: 25 de julio de 2016]

6. NOSEDA, J. 2015. Adopción de parejas del mismo sexo: 30 años de evidencia sólida que los respalda. [en línea]. El Mostrador en internet. 15 de julio del 2015. <[http://www.elmostrador.cl/noticias/opini3n/2015/07/2015/adopci3n-de-parejas-del-mismo-sexo-30-años-de-evidencia-sólida-que-los-respalda/](http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2015/07/2015/adopcion-de-parejas-del-mismo-sexo-30-años-de-evidencia-sólida-que-los-respalda/)>, [Consultado: 12 de julio de 2016]
7. LARA, P. 2014. Adopci3n homoparental en Chile: mitos y realidades. [en línea]. <<http://www.ciudadliberal.cl/2015/07/adopcion-homoparental-en-chile-mitos-y-realidades/>>. [Consultado: 10 de julio de 2016].
8. LAVÍN, J. 2016. Matrimonio y adopci3n homosexual. La Tercera. Santiago de Chile. 17 junio. A-2.
9. NUYTINCK, A. 2014. New law on lesbian parenthood and transgender individuals. [en línea], <<http://www.ru.nl/english/research/radboud/themes/law/vm/new-law-lesbian/>>. [Consultado: 10 de mayo de 2016].
10. RODRIGUEZ, V. 2015. Tener un hijo juntas. [en línea], <<http://www.paula.cl/reportajes-y-entrevistas/tener-un-hijo-juntas/>>, [Consultado: 10 de julio de 2016].
11. RIVEIRO, A. 2011. La mayoría de los españoles aprueban el matrimonio y la adopci3n homosexual. [en línea].

<[http://politica.elpais.com/politica/2015/06/23/actualidad/1435075099\\_139603.html](http://politica.elpais.com/politica/2015/06/23/actualidad/1435075099_139603.html)>. [Consultado: 2 de mayo del año 2016].

12. RIVEIRO A., 2015. Matrimonio gay: Un país que cambia. 2015. [en línea].

<[http://sociedad.elpais.com/sociedad/2011/05/11/actualidad/1305064811\\_850215.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2011/05/11/actualidad/1305064811_850215.html)>. [Consultado: 2 de mayo de 2016].

13. SOTO, P. 2015. Adopción por parte de parejas homosexuales, en un debate que comienza. [en línea], <<http://ciperchile.cl/2015/07/13/adopcion-por-parte-de-parejas-homosexuales-un-debate-que-comienza/>>. [ Consultado: 04 de julio de 2016].

## **VII. Legislación**

1. CHILE. Ministerio de Justicia. 1930. Reforma Ley sobre Registro Civil, febrero de 1930.
2. CHILE. Ministerio de Justicia. 1970. Autoriza el cambio de nombres y apellidos en los casos que indica. Modifica Ley N° 4.808, sobre Registro Civil, septiembre de 1970.
3. CHILE. Ministerio de Salud. 1985. Resolución exenta 1072. junio de 1985.
4. CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1990. Convención Internacional de los Derechos del Niño, septiembre 1990.

5. CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1991. Convención Americana de los Derechos Humanos, enero de 1991
6. CHILE. 1999. Ministerio de Justicia. Dicta Norma sobre Adopción de Menores, agosto de 1999.
7. CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. DFL 1, mayo 2000.
8. CHILE. Ministerio de Justicia. 2004. Establece nueva ley de matrimonio civil, mayo 2004.
9. CHILE. Ministerio de Justicia. 2004. Crea los Tribunales de Familia, agosto 2004
10. CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2005. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile, septiembre de 2005.
11. CHILE. Ministerio Secretaría General de Gobierno. 2012, Ley N° 20.069, julio 2012.
12. CHILE. Ministerio Secretaría General de Gobierno. 2015. Ley N° 20.830: Crea el Acuerdo de Unión Civil, abril de 2015
13. COUNCIL OF EUROPE. Tribunal europeo de Derechos Humanos. 2010. Convenio europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.
14. ESPAÑA. Constitución española, 1978

15. ESPAÑA. Juan Carlos I Rey de España. 2005. Ley 13/2005, julio de 2005
16. ESPAÑA. Juan Carlos I Rey de España. 2006. Ley N°14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, mayo de 2006.
17. URUGUAY. 2008. Ley N°18.246: Ley de Unión Concubinaria, enero de 2008.
18. URUGUAY. Asamblea General. 2009. Ley N° 18.590: Código de la Niñez y la Adolescencia, septiembre de 2009.
19. URUGUAY. Asamblea General. 2013. Ley N° 19.075, mayo de 2013.

#### **VIII. Jurisprudencia**

1. Caso Dudgeon con Reino Unido. 1983. Aplicación N° 7525/76, febrero de 1983.
2. Caso Salgueiro da Silva Mouta con Portugal. 1999. Aplicación N° 33290/96, diciembre de 1999.
3. Caso Fretté con Francia, Aplicación. 2002. N° 36515/97, febrero de 2002.
4. Caso EB con Francia. 2008. Aplicación N° 43546/02, enero de 2008.
5. Caso Gas y Dubois con Francia. 2012. Aplicación N° 25951/07, marzo de 2012.

6. Caso X y otros con Austria.2013 Aplicación N° 19010/07, febrero del 2013.
7. Sentencia de Corte de Apelaciones de Concepción de seis de abril de 2016. Rol N° 1676-2016.
8. Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago de 27 de noviembre de 2014, ROL:3656-14
9. Sentencia de Corte Constitucional de Colombia. 2015.C-071-2015. 2015.
- 10.Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de febrero de 2012. Caso Atala/ Riffo y niñas.
- 11.Sentencia de Corte Suprema de 27 de diciembre de 2011, Rol N° 48.034.
- 12.Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago de 09 de diciembre de 2011, ROL N°6787-2010.
- 13.Sentencia de Tribunal Constitucional de 03 de noviembre de 2011, ROL N° 1881-10-INA.

## **IX. Sitios Web**

1. ENCICLOPEDIA BRITÁNICA EN ESPAÑOL, 2009, La familia: Conceptos, tipos y evolución, <en línea>, [[http://cvonline.uaeh.edu.mx/Cursos/BV/S0103/Unidad%204/lec\\_42\\_LaFam\\_ConcTip&Evo.pdf](http://cvonline.uaeh.edu.mx/Cursos/BV/S0103/Unidad%204/lec_42_LaFam_ConcTip&Evo.pdf)], [Consultado: 10 de julio de 2016].