



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

COPATERNIDAD Y COMATERNIDAD

JORGE EDUARDO LARA ÁLVAREZ

Profesor Guía: Dr. Gabriel Hernández Paulsen

Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas Sociales

-Santiago, 2021-

“The question that imposed itself: Why me?”

The image doesn't fit: my thick glasses, my stretched-out blue Nordic sweater, the student head slaps, the too-good grades, the feminine gestures.

Why me?

He says: Because you are not like all the others, because I don't see anyone but you and you don't even realize it.

He adds this phrase, which for me is unforgettable: Because you will leave and we will stay.

Even now I remain fascinated by this sentence. Understand, it isn't the premonition that fascinates me, nor even the fact that it has been realized. It's also not the maturity or poignancy implied. It's not the arrangement of the words, even if I'm aware that I probably wouldn't have been able to come up with those exact ones myself. It's the violence that the words carry within them, their admission of inferiority and, at the same time, of love.

He tells me something I did not know: that I will leave.”

- Lie with me, Philippe Besson. 2017.

“Para la ley no será su hijo, aunque lo es desde el primer instante que estuvo alojado en el útero de GDGDa, y lo ha sido cada día desde que ha crecido en su hogar. Lo seguirá siendo en el futuro, porque siempre será su hijo.”

- Sentencia RIT C-10028-2019. Segundo Juzgado de Familia de Santiago. 8 de Junio de 2020.

AGRADECIMIENTOS

Esta tesis sólo es posible gracias a Jorge Álvarez y Teresa Carvajal, los mejores padres adoptivos que la vida me pudo haber dado. A Jorge, por amarme aún cuando no tenías las palabras para expresarlo. A Teresa, por hacer de mi el hombre que soy hoy en día, llenarme la infancia de tus historias de tu vida en Sewell y alejarme de todo lo que habías sufrido. Los extraño.

A mi madre Elizabeth, por haber luchado para que yo tuviese una vida mejor, fomentar todas mis ideas, apoyarme en todos mis proyectos, y estar ahí para mí aún cuando no lo merecí. A Juan, por enseñarme el amor que una persona puede tener por un hijo no biológico y siempre poner mis pies sobre la tierra. A Viviana, Gabriel, Elizabeth Antonia, Liliana, Marcela y Marcia.

A todas las personas que a lo largo de estos años en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile me han apoyado en todas mis locuras: Camila Ramírez, Leonel Ruiz, Cristófer Rufatt, Antonia Urrutia, Carolina Vera, Florencia Cabrera y aquellos que me dieron una sonrisa y una palabra de apoyo durante esta interminable carrera. A Lía Ramírez, por estar en los momentos más tristes. A Mansi, por enseñarme a amar, y estar ahí conmigo, en los momentos más hermosos de mi vida.

A Gabriel Hernández Paulsen, por aceptar ayudarme en este trabajo y recorrer este camino a mi lado, siendo un profesor guía que siempre estuvo ahí para mí. A los profesores que me han marcado a lo largo de mi vida: Tomás Ramírez, por ser un referente respecto a lo que significa ser un abogado y encausarme a serlo. Fabiola Maldonado, por mostrarme la dura realidad del Derecho de familia en Chile, y los cambios que podemos contribuir como abogados en las vidas de las personas.

A todos aquellos escritores a los que acudí en los momentos más duros: Hanya Yanagihara, Philippe Besson, Adam Silvera y Haruki Murakami. A aquellos cineastas, directores y artistas que me hicieron soñar y escapar: Xavier Dolan, Eytan Fox, Tom Ford y John Galliano.

Por último, a aquellos valientes hombres y mujeres que han decidido embarcarse en proyectos familiares no reconocidos por el derecho ni amparados por el Estado.

ÍNDICE

ABSTRACT	1
Introducción	2
1. Capítulo I: La familia homoparental	8
1.1. La familia homoparental en Chile	8
1.1.1. El concepto de familia en la legislación chilena y el reconocimiento de la familia homoparental.....	9
1.1.2. El concepto de familia en la jurisprudencia y el reconocimiento de la familia homoparental.....	13
1.1.3. El concepto de la familia en la doctrina y el reconocimiento de la familia homoparental.....	18
1.2. Medios para la constitución de la familia homoparental:	20
1.2.1. Técnicas de reproducción asistida	21
1.2.2. La adopción homoparental	27
1.3. Derecho internacional de los derechos humanos: Principios y derechos involucrados en el reconocimiento de la familia homoparental	34
1.3.1. Igualdad y no discriminación.....	35
1.3.2. Derecho a la identidad y orientación sexual entendida como una categoría protegida.....	38
1.3.3. Derecho a la vida familiar y protección a la familia.....	40
1.3.4. Derecho a la filiación y maternidad sin discriminación por orientación sexual.....	42
1.3.5. Interés superior del niño	43
2. Capítulo II: La copaternidad y comaternidad en el derecho comparado	46
2.1. Reconocimiento de la copaternidad y comaternidad en el derecho argentino	47
2.1.1. La filiación: filiación por naturaleza en las parejas entre personas del mismo sexo en Argentina	50
2.1.2. La adopción entre parejas del mismo sexo en Argentina	52
2.1.3. Las técnicas de reproducción asistida en parejas entre personas del mismo sexo en Argentina	54
2.2. Reconocimiento de la copaternidad y comaternidad en el derecho español	55
2.2.1. Filiación matrimonial en parejas entre personas del mismo sexo en España	57
2.2.2. Filiación no matrimonial en el caso de parejas de hecho del mismo sexo en la legislación española	59
2.2.3. Filiación por adopción en parejas entre personas del mismo sexo en la legislación española	61

2.3. Reconocimiento de la copaternidad y comaternidad en el derecho de Reino Unido.	62
.....	
2.3.1. Primer reconocimiento de las relaciones entre personas del mismo sexo como unidad familiar.....	63
2.3.2. La entrada en vigencia del <i>Adoption and Children Act 2002</i> : Reconocimiento de la adopción homoparental en Reino Unido.....	65
2.3.3. La entrada en vigencia de <i>Civil Partnership Act 2004</i> : Reconocimiento de las uniones civiles entre personas del mismo sexo en Reino Unido.....	66
2.3.4. La actualidad: <i>The Marriage (Same-sex Couples) Act 2013</i> : Reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en Reino Unido.....	67
3. Capítulo III: La copaternidad y comaternidad en el derecho chileno	68
3.1. Primer reconocimiento legal de las familias homoparentales en Chile: El acuerdo de unión civil.	68
3.2. Falta de reconocimiento de norma expresa que permita o prohíba la filiación de un niño o niña por dos padres o dos madres: Ley N° 19.585 -Ley de Filiación-	74
3.3. Primer reconocimiento jurisprudencial de la comaternidad en Chile: Sentencia De Ramón con Di Giammarino, RIT C-10028-2019, Segundo Juzgado de Familia de Santiago	81
.....	
3.4. Futuro reconocimiento de la copaternidad y comaternidad en el derecho chileno: Proyecto de Ley de matrimonio igualitario.....	96
3.5. Reconocimiento de la maternidad subrogada en Chile: Análisis de sentencia del Segundo Juzgado de Familia de Santiago.	100
Conclusiones	104
Bibliografía	107

ABSTRACT¹

Los conceptos de copaternidad y comaternidad se refieren al hecho de que dos hombres o dos mujeres puedan ser padres o madres de un niño, niña o adolescente y que, a su vez, este vínculo sea reconocido y amparado por el ordenamiento jurídico.

En Chile, tanto la copaternidad como la comaternidad no son reconocidas de manera uniforme por el ordenamiento jurídico, lo que tiene como resultado que las familias homoparentales se encuentren en una situación precaria y desigual, con relación a las familias que están formadas por padres de distinto sexo. En consecuencia, los hijos que nacen en el seno de familias homoparentales carecen de los derechos que otorga la filiación determinada respecto de ambos padres o madres.

El presente trabajo busca estudiar la homoparentalidad en Chile, comenzando desde el concepto de familia recogido en la ley, la doctrina y la jurisprudencia, y cómo ese concepto ha evolucionado con el paso del tiempo. De la misma manera, me referiré a los métodos bajo los cuales se puede constituir la familia homoparental y, los derechos y principios involucrados en su reconocimiento a través del derecho internacional de los derechos humanos. Con este objetivo, se hará una revisión del tratamiento de la copaternidad y comaternidad en Argentina, España y Reino Unido, para así dar cuenta de la situación actual en otros territorios respecto de sus políticas de reconocimiento.

Finalmente, a través del estudio de la Ley de Acuerdo de Unión Civil, la Ley de Filiación y de la reciente jurisprudencia del Segundo Juzgado de Familia de Santiago que reconoce la comaternidad de un niño de cuatro años de edad, se buscará dar cuenta del tratamiento actual de la copaternidad y comaternidad en Chile.

Palabras clave: Homoparentalidad – Copaternidad – Comaternidad – Filiación.

¹ Esta tesis fue realizada durante el año 2021, mientras el proyecto de ley de “matrimonio igualitario” se encuentra en su segundo trámite constitucional en la Cámara de diputados, con fecha octubre de 2021.

Introducción

Durante los últimos años, el derecho de familia ha experimentado transformaciones sustanciales, las que han cuestionado los paradigmas tradicionales de esta rama del derecho. Históricamente sólo ha existido un reconocimiento y una protección legal de la familia basada en el vínculo entre dos personas de distinto sexo, de acuerdo a la supremacía de la familia fundada en el matrimonio heterosexual².

Este cambio de paradigma reconoce el principio de igualdad como un elemento fundamental en el ámbito de las relaciones filiales. El legislador deja atrás el modelo contemplado en el Código Civil originario, que supuso la consagración de un ideal de familia que se encontraba fundada en la existencia de un matrimonio³, y evoluciona hacia un sistema en el cual esta relación no resulta relevante al momento de determinar la filiación entre los hijos y sus padres. Es en este contexto en el que debe ser analizado el caso de las familias formadas por parejas del mismo sexo.

En la actualidad, existe un reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico a la existencia de múltiples relaciones respecto de las cuales se puede estructurar una familia⁴. Lo anterior dio paso a que el derecho le diera protección a otros tipos de organizaciones familiares que durante décadas fueron ignoradas.

De esta manera, entre las transformaciones que ha tenido el derecho de familia en Chile, durante finales del siglo XX y principios del siglo XXI, tenemos como primer antecedente la dictación de la Ley N° 19.585 –Ley de Filiación– en el año 1998. Esta ley estructura los vínculos de filiación en torno al principio de igualdad de los hijos y el interés superior del niño, eliminando distinciones entre hijos legítimos, ilegítimos y naturales. La Ley N° 19.585 reconoce la plena igualdad entre todos los niños, niñas y adolescentes; permitiendo ampliar la protección hacia otras

² BENÍTEZ, Dinka. *Filiación y Mujeres lesbianas*. (Santiago, Chile. Rubicón Editores, 2018). pp. 13.

³ ARANCIBIA, María y CORNEJO, Pablo. “El Derecho de familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos”. *Revista Ius et Praxis*, Año 20, N.1. (2013). pp. 279 – 318.

⁴ CORNEJO, Pablo. *Regulación de las uniones de pareja del mismo sexo: ¿Qué lecciones nos entrega la legislación comparada?* (Gaceta Jurídica N° 379, 2012). pp. 8.

formas de familia existentes, pero que hasta ese momento habían sido ignoradas por el ordenamiento jurídico⁵.

Posteriormente, el derecho de familia sufre una de sus transformaciones más importantes desde la entrada en vigencia del Código Civil en 1857, con la dictación de la Ley N° 19.947 –Ley de Matrimonio Civil–, en el año 2004. Esta reforma legal no solamente reconoce el divorcio como un modo de poner fin al vínculo matrimonial, sino que también estipula en su artículo 1° la existencia de otras organizaciones familiares no fundadas en torno a la institución del matrimonio. Si bien la ley dispone que el matrimonio es la base principal de la familia, al mismo tiempo indica que no es la única forma en la que se puede estructurar la familia.

Hasta ese momento, la institucionalidad vigente dejaba fuera de la regulación del derecho de familia a las parejas entre personas del mismo sexo, las que no recibían ningún tipo de reconocimiento o protección legal. En particular, tratándose de la convivencia de pareja y la crianza de hijos, el proyecto de vida de parejas del mismo sexo simplemente no era amparado por el derecho. Este tratamiento continuó hasta la dictación de la –Ley N° 20.830–, Ley de Acuerdo de Unión Civil, en el año 2015. Esta nueva regulación tuvo como objeto reconocer y amparar situaciones de convivencia entre parejas, no importando si estas estaban conformadas por uniones entre personas del mismo sexo o de distinto sexo. También permitió dotar a las parejas entre personas del mismo sexo de un estado civil constitutivo legal de familia⁶.

Es en este sentido, y debido a estas transformaciones, que el diputado Juan Luis Castro afirma en la tramitación de la ley sobre acuerdo de unión civil, que: *“El concepto de familia ha cambiado. Ya no es sólo un hombre, una mujer y sus hijos; hoy es también una madre o un padre y sus hijos, dos hombres y dos mujeres, un anciano y sus mascotas. Hoy la familia no la define un paradigma en el que fuimos mentalizados, sino el afecto”*⁷.

⁵ ARANCIBIA, María y CORNEJO, Pablo. “El Derecho de familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos”. *Revista Ius et Praxis*, Año 20, N°1 (2013). pp. 279 – 318.

⁶ RODRÍGUEZ, María. “El acuerdo de unión civil en Chile. Acuerdos y desaciertos”. *Revista Ius et Praxis*, N.2. pp 139-182. Citando a RIOSECO, Andrés. *Acuerdo de unión civil, ¿regulación patrimonial en perjuicio de las parejas de hecho?*. *Estudios sobre la nueva ley de acuerdo de unión civil* (Santiago, Chile, 2016). pp. 81-90.

⁷ Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.830. Santiago. pp. 959.

Tal protección resulta deficiente, en el entendimiento que esta institución formaliza las uniones entre personas del mismo sexo y les otorga una cercanía a la institución del matrimonio, pero manteniendo su estatus como una institución ajena a este. Asimismo, el acuerdo de unión civil resulta insuficiente debido a que no regula la filiación en conjunto que puede existir respecto de un niño, niña o adolescente por una pareja del mismo sexo.

Debido a esa falta de regulación y reconocimiento de las familias homoparentales, existe un sistema que tiene categorías de hijos. En la práctica no es verdad que todos los hijos sean iguales, pues los hijos de familias homoparentales no tienen ningún derecho respecto de uno de sus padres⁸. Esta diferenciación es inaceptable si se tiene en consideración que la familia se define como “*El núcleo fundamental de la sociedad*” en el artículo primero de la Constitución Política de la República, pues invisibiliza y deja de lado a la familia construida dentro de una relación entre personas del mismo sexo.

Los cambios en el derecho nacional han apuntado al reconocimiento de las uniones entre personas del mismo sexo, ignorando aspectos filiativos. La familia homoparental es reconocida por el Estado, pero no se reconoce la copaternidad y comaternidad, respecto de los hijos concebidos dentro de esta. El derecho no regula el hecho de que las parejas entre personas del mismo sexo puedan tener hijos y ser padres o madres. No obstante, la realidad social supera al lento progreso de la legislación.

La copaternidad y comaternidad existen, y su falta de reconocimiento legal a través de un sistema filiativo que permita la doble maternidad o doble paternidad respecto de un hijo o hija, produce consecuencias negativas para sus integrantes en aspectos tales como el estado civil del hijo, el cuidado personal, la relación directa y regular, los alimentos e, incluso, respecto de los derechos hereditarios abintestato.

⁸ VERDUGO, Javiera. “*Dos mamás, dos problemas: Comentario sobre la sentencia que reconoce la doble maternidad para un niño en Chile*”. En *Jurisprudencia Crítica II* (Santiago. 2020). pp. 34-44.

El actual sistema, basado en una filiación biparental o binaria heterosexual, constituye un vínculo que une a un individuo con su padre (filiación paterna) y con su madre (filiación materna)⁹, imponiéndose así un modelo familiar, donde la heterosexualidad resulta obligatoria.

En 2017, la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó el recurso de protección presentado por Emma de Ramón y Gigliola Di Giammarino en contra del Registro Civil, en razón del acto ilegal y arbitrario de haberse negado dicho servicio a la rectificación administrativa de la partida de nacimiento de Attilio José de Ramón di Giammarino por contener esta un error al consignarse como madre sólo a Di Giammarino, su madre biológica, omitiendo a su madre no biológica, Emma de Ramón¹⁰.

En el mismo fallo, se estableció que no ha existido una real vulneración a las garantías y derechos de los integrantes del grupo familiar, por lo que no existiría un caso de discriminación por la identidad sexual ni el desconocimiento de la familia. Por otra parte, tampoco existiría un desconocimiento del principio de interés superior del niño, ya que, según el fallo, el estado civil de una persona se rige de acuerdo con la normativa vigente, no pudiendo ser modificado por la voluntad de las personas ni tampoco por la celebración de un acuerdo de unión civil¹¹. Dicho caso viene a ser solamente una muestra de la insuficiencia del acuerdo de unión civil y de la Ley de Filiación, como medios de protección y reconocimiento de derechos de hijos de parejas entre personas del mismo sexo en Chile.

Posteriormente, y de forma histórica, el Segundo Juzgado de Familia de Santiago el 8 de junio de 2020, en juicio de reclamación de maternidad, ordena al Registro Civil a realizar una nueva inscripción en la que se establezca como madres de Attilio a Emma de Ramón y Gigliola Di Giammarino¹². El fallo es el primer antecedente de reconocimiento de la comaternidad en nuestro

⁹ GÓMEZ, Maricruz. *Sistema Filiativo: Filiación Biológica*. (Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2017). pp. 26.

¹⁰ IRIARTE, Claudia. *Comaternidad y Reglas de filiación en el ordenamiento chileno: Hacia una interpretación de acuerdo a los tratados internacionales de Derechos Humanos*. En *Jurisprudencia Crítica II*. (Santiago, Chile, Rubicón Editores, 2020). pp. 17-32.

¹¹ Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 74.926-2017.

¹² Segundo Juzgado de Familia de Santiago. RIT C-10028-2019. Sentencia de 8 de junio de 2020.

derecho, por lo que sin duda viene a suplir la insuficiencia ya planteada del acuerdo de unión civil y también de los vacíos legales que presenta la Ley de Filiación¹³.

Bajo dichos antecedentes y ante un panorama regido por paradigmas tradicionales que ya no dan abasto en cuanto a la variedad de tipos de familias existentes en nuestra sociedad y en donde se hace implícita la heterosexualidad obligatoria de los padres dentro de la estructura familiar, el foco de esta tesis estará puesto en plantear la necesidad de reconocimiento de la comaternidad y de la copaternidad por parte de nuestro ordenamiento jurídico y en el estudio de la multiplicidad de temas jurídicos que surgen en ocasión de las uniones entre personas del mismo sexo y la utilización de técnicas de reproducción asistida.

Dentro del primer capítulo, se analiza el concepto de la familia homoparental y el tratamiento que se le otorga en la legislación nacional; asimismo, se aborda la necesidad de reconocimiento de la comaternidad y copaternidad así como los medios por los que se puede constituir la familia homoparental. También se estudia la adopción en conjunto y la adopción por integración, al igual que las interrogantes que surgen a partir de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada. Hacia el final del primer capítulo, desde una perspectiva de derecho internacional de los derechos humanos, nos aproximamos a los principios y derechos involucrados en el reconocimiento de la familia homoparental; entre ellos, el principio de igualdad y no discriminación; el derecho a la identidad y orientación sexual como categoría protegida; el derecho a la vida familiar y el principio de interés superior del niño¹⁴.

En el segundo capítulo, se hace referencia a la copaternidad y a la comaternidad en el derecho comparado, tomando en cuenta para esto el reconocimiento que se le ha dado a la copaternidad y comaternidad en América Latina, utilizando como modelo comparativo a la legislación sobre este tema en Argentina. Luego, se hará referencia a la comaternidad y copaternidad en España y Reino Unido.

¹³ TAPIA, Mauricio. *Procedencia de Acción de reclamación de Filiación no matrimonial en el Juicio "Di Giammarino con De Ramón" (Informe en Derecho)*. Citando a fallo Corte Suprema de 4 de abril de 2011, Rol N. 10016-2010. En *Jurisprudencia Crítica* II. (Santiago, Chile, Rubicón Editores, 2020). pp. 45-82.

¹⁴ IRIARTE, Claudia. 2020. *Op Cit.* p. 23.

En el tercer capítulo, se analiza la copaternidad y comaternidad en el derecho chileno, tomando en cuenta los primeros antecedentes de reconocimiento que ha tenido en nuestro ordenamiento jurídico, a través del acuerdo de unión civil y la regulación de filiación, que existe en la Ley N° 19.585. Si bien ambas normativas fueron revolucionarias para el derecho de familia, sin embargo, en nuestro sistema se perpetúa una filiación heterosexual y binaria, la que debe ser dejada de lado, para reconocer finalmente una nueva estructura de maternidad y paternidad¹⁵. Este análisis se realiza basándose en la sentencia de reclamación de maternidad del Segundo Juzgado de Familia de Santiago dictada en el año 2020, de RIT C-10028-2019.

Finalmente, la conclusión de esta tesis ofrecerá una propuesta crítica a la luz de los principios consagrados por el derecho internacional de los derechos humanos; el derecho comparado argentino, español y británico; y la jurisprudencia reciente de los Tribunales de Familia, de reconocimiento de la comaternidad y copaternidad en el ordenamiento jurídico chileno.

¹⁵ GÓMEZ, Maricruz. *Doble maternidad. En Estudios de Derecho de Familia IV*. (Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2019). pp. 383-408.

1. Capítulo I: La familia homoparental

1.1. La familia homoparental en Chile

En febrero del año 2012, La Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió el caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. En dicho caso, Karen Atala Riffo había sido privada del cuidado personal de sus hijas a través de sentencia de recurso de queja presentado en contra de los ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco; aquellos ministros habían confirmado, el 30 de marzo de 2004, la resolución del Juzgado de Menores de Villarrica de 29 de octubre de 2003. Esta resolución determinaba que la orientación sexual de Atala, quien era una mujer lesbiana en una relación con otra mujer al momento de interponerse la demanda de cuidado personal, no representaba un impedimento para ejercer una maternidad responsable¹⁶.

La Cuarta Sala de la Corte Suprema acogió el recurso de queja presentado por el padre de las niñas, el 31 de mayo de 2004, en un fallo dividido de tres votos contra dos. Entre uno de sus argumentos, la Corte señaló el hecho que la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Temuco, afectaba el derecho de las niñas a vivir y desarrollarse en el seno de una familia tradicional, que estuviese compuesta por un padre y una madre¹⁷.

Este fallo de la Corte Suprema, terminó por privar del cuidado personal de sus tres hijas a Karen Atala Riffo, solamente por el hecho de ser una mujer lesbiana que desarrollaba su vida afectiva con base en su orientación sexual, teniendo una pareja mujer, con quien convivía en conjunto a sus tres hijas.

La Corte Suprema determinó que existirían cuatro fundamentos directamente relacionados con la orientación de su madre que perjudicarían a sus hijas, los que serían: (i) en primer lugar, la presunta discriminación social que las niñas sufrirían; (ii) en segundo lugar, la confusión de roles que presentarían las niñas; (iii) en tercer lugar, la prevalencia que su madre le daría a su vida personal sobre los intereses de sus hijas y (iv) por el último, su derecho a crecer en una familia tradicional¹⁸.

¹⁶ LATHROP, Fabiola. “*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*, N° 2 (2012). Pp. 192.

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2012. Caso Atala Riffo y niñas vs Chile. Párrafo 113. Pp. 40.

¹⁸ *Ibidem*. Pp. 40. Citando a Sentencia de la Corte Suprema de Chile de 31 de mayo de 2004.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia de 24 de febrero de 2012, constata que, en la Convención Americana de Derechos Humanos, no se encuentra establecido un conjunto unívoco de familia ni se protege un modelo “*tradicional*” de la misma. La familia abarca el matrimonio y otros lazos de hecho, debiendo protegerse también otras uniones familiares que se encuentran al margen del matrimonio¹⁹.

Esta noción tradicional o conservadora de familia, era la que hasta ese momento el ordenamiento jurídico protegía, pero aquella noción ha evolucionado permitiendo que en la actualidad se reconozca y proteja la unión entre personas del mismo sexo por medio del acuerdo de unión civil. Sin embargo, ni la copaternidad ni la comaternidad han sido reconocidas por nuestro derecho, por lo que verdaderamente no se puede decir que la legislación da protección a la familia homoparental, sino que solamente regula y protege las uniones entre personas del mismo sexo.

Para referirse a la “*familia homoparental*” es necesario, en primer término, abordar el concepto de familia que tiene la ley, la doctrina y la jurisprudencia chilena, y cómo cada uno de estos conceptos, provenientes de distintas fuentes de derecho, reconoce a la familia homoparental, en forma separada.

1.1.1. El concepto de familia en la legislación chilena y el reconocimiento de la familia homoparental:

La concepción jurídica nos muestra a la familia como un conjunto de personas ligadas por el matrimonio o la filiación, o bien, como individuos vinculados por consanguinidad o afinidad resultantes de las relaciones matrimoniales o paterno filiales²⁰. Asimismo, la Constitución Política de la República establece en su artículo 1° que: “*La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Es deber del Estado darle protección y propender a su fortalecimiento*”.

Muñoz Bonacic, en su texto “Evolución del Concepto de Familia”, establece que: “*De los cuerpos legislativos que se gestaron en la dictadura militar se aprecia la importancia asignada a la familia, ya que del análisis de las diversas cartas políticas anteriores de nuestro país, en ninguna de ellas se había mencionado y tratado*

¹⁹ PACHECO, Jorge. *El Interés Superior del Niño y la Adopción Homoparental*. Santiago. (Santiago, Chile, Ediciones Hammurabi, 2019) citando el fallo de la CIDH. 2012. Respecto del caso Atala vs Chile. p.58.

²⁰ TRONCOSO, Hernán. *Derecho de Familia*. (Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2017). p. 6.

*tan detalladamente a la institución como cédula o núcleo fundamental; y su relevancia como cuerpo intermedio para la consecución de los fines personales como sociales*²¹. El claro ejemplo de este planteamiento fue la propuesta que se gestó en la sesión 191º de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República, de fecha 18 de marzo de 1976, en ella el comisionado Jaime Guzmán proponía que se estableciera en el artículo 2º de la carta rectora que: *“la defensa de la integridad de la familia es un deber básico para todos los miembros de la comunidad nacional”*²².

Por otro lado, el Código Civil no proporciona una definición del término *“familia”*, esto debido a la volatilidad del concepto y a los cambios en los contextos sociales e históricos que repercuten en la forma de entenderla o comprenderla, obligando así a adaptar o modificar continuamente los distintos cuerpos normativos que tienen incidencia en ella²³.

El artículo 815 del Código Civil 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 aún cuando el usuario o el habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución”*. De la disposición anterior, se desprende que la familia está compuesta por los cónyuges y por sus hijos, pero resulta claro de su lectura, que este artículo define a la familia de forma remota y limitada.

Desde su promulgación en 1855, y hasta el desarrollo de esta tesis, el Código Civil contiene una definición de matrimonio en su artículo 102, estableciendo que: *“El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente”*. De la definición anterior, resulta claro que se incorpora la diferencia de sexos entre sus contrayentes como un elemento que permite definir la institución del matrimonio, en términos tales que ha sido entendido que se trata de un elemento de la esencia del contrato, cuya ausencia implicaría la inexistencia del matrimonio²⁴.

²¹ MUÑOZ, Gabriel. *“Evolución del concepto de familia”*. (Santiago de Chile, Ediciones Hammurabi). P. 107.

²² *Ibidem*. P. 107.

²³ MUÑOZ, Gabriel. *“Recepción del concepto “familia” en la legislación de Chile”*. *Revista de Derecho de Familia*, N°14 (2017).

²⁴ ARANCIBIA, María y CORNEJO, Pablo. *“El Derecho de familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos”*. *Revista Ius et Praxis*, Año 20, N.1 (2013). pp. 279 – 318.

La importancia que le da el Código Civil a la institución del matrimonio se puede observar en el conjunto de normas protectoras aplicables a los cónyuges entre sí, y por ende a la familia que con este se gesta, de este modo, el artículo 131 del Código Civil establece que: *“Los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. El marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos”*. Por lo tanto, la delimitación que nos ofrece el Código Civil resulta insuficiente por sí sola, debido a que no reconoce ni protege, explícitamente, a la familia homoparental.

La Ley de Matrimonio Civil –Ley N.º 19.947– del año 2004, establece en su artículo 1º que: *“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia”*. Es a partir de este precepto legal que se puede concluir que el matrimonio no es la manera exclusiva de formar una familia, en el entendimiento que para el legislador va a ser la base principal de esta, pero no la única. Esto último resulta problemático, ya que no solamente pone en una situación de privilegio y preferencia a las uniones entre personas de distinto sexo, al carecer nuestra legislación de un reconocimiento al matrimonio entre personas del mismo sexo, en la actualidad. Muñoz establece que, de este precepto del Código Civil, se desprende que: *“existen otras manifestaciones que igualmente son familia y que ninguna disposición legal describe, siendo la relación de hecho su rostro más concreto”*²⁵.

La Ley de Violencia Intrafamiliar –Ley N.º 20.066– permite a lo menos en abstracto la inclusión de personas homosexuales y parejas entre personas del mismo sexo como eventuales víctimas u ofensores en materia de violencia intrafamiliar²⁶, en vista de que el art. 5º de la ley establece que: *“Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él (...)”*.

Por lo tanto, al momento de determinar que el maltrato puede provenir de quien tenga o haya tenido una relación de convivencia con la víctima de violencia, no resulta necesaria la exigencia que sean cónyuges insertos en una unión matrimonial heterosexual reconocida por la ley. Es por esto que, la Ley de Violencia Intrafamiliar no hace una distinción en la orientación sexual de las

²⁵ MUÑOZ, Gabriel. *Evolución del concepto de familia y su recepción en el ordenamiento jurídico*. (Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho Privado, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2014). p. 221. Recuperado de: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/116109>

²⁶ NÚÑEZ, Alexander. *Márgenes de lo doméstico: La Violencia intrafamiliar bajo una visión postfeminista*. (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2017). p. 47-55. Recuperado de: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/146222>

personas afectadas, existiendo un reconocimiento a la noción de convivientes del mismo sexo como una unión familiar, en la que de igual manera puede existir violencia.

Por su parte, la Ley de Adopción –Ley N° 19.620–, establece en su art. 1° que: *“La adopción tiene por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el 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”*.

El legislador, para esta tarea, ha preferido a la familia constituida a través del matrimonio y no la que deriva de la simple convivencia, pues estima que en la unión matrimonial se podrá proteger o cautelar de mejor manera los intereses de los niños, niñas y adolescentes adoptados, sin perjuicio de la subsidiaria facultad de adoptar de las personas solteras, viudas o divorciadas. Sin embargo, no se considera a las parejas del mismo sexo en conjunto, como sujetos capaces de adoptar, siendo esto el fiel reflejo de un cuerpo legislativo que concibe a la familia como aquella constituida mediante el matrimonio²⁷.

Por último, es necesario referirme a la Ley de Acuerdo de Unión Civil –Ley N° 20.830–. El acuerdo de unión civil protege a la pareja entre personas del mismo sexo, al concederle derechos similares que el matrimonio a los contrayentes, estableciendo la Ley 20.830 en su art. 1° que: *“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”*.

A pesar de lo establecido en el art. 1° de la Ley N° 20.830, esta institución no aborda adecuadamente la situación de los hijos, pues no reconoce de manera suficiente las relaciones familiares homoparentales, ni tampoco la adopción o las técnicas de reproducción asistida, por parte de las parejas entre personas del mismo sexo que celebren un acuerdo de unión civil. Con esto presente, es aparente la necesidad de garantizar el derecho de los niños, niñas y adolescentes a acceder a un estatuto filiativo respecto de aquel conviviente civil que, habiendo contribuido significativamente a su crianza y educación, quiera reconocer formalmente esa relación familiar²⁸.

²⁷ MUÑOZ, Óp. Cit. p. 14.

²⁸ ESPEJO, Nicolás y LATHROP, Fabiola. *Salir del Clóset: La necesidad del matrimonio homosexual y los límites del Acuerdo de Unión Civil. En Estudios sobre La Nueva Ley de Acuerdo de Unión Civil.* (Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2016). pp. 9-16.

De este modo, se observa que la ley en Chile sí protege las uniones entre personas del mismo sexo, pero no las posiciona en un mismo estrato de protección que al matrimonio, institución que se encuentra reservada actualmente para las parejas heterosexuales.

La ley reconoce que se puedan dar situaciones de violencia entre parejas del mismo sexo y a los hijos dentro de estas parejas, pero como se puede analizar en la Ley de Adopción, en la Ley de Matrimonio Civil y en la Ley que crea el Acuerdo de Unión Civil, no existe un reconocimiento de la copaternidad o comaternidad en la legislación chilena, por lo que se excluye a la familia homoparental del reconocimiento como tal.

1.1.2. El concepto de familia en la jurisprudencia y el reconocimiento de la familia homoparental:

La idea de que una familia pueda estar válidamente compuesta por una pareja entre personas del mismo sexo no es nueva para la judicatura nacional²⁹. El primer reconocimiento que da la jurisprudencia al hecho que una familia pueda estar compuesta por una pareja entre personas del mismo sexo y sus hijos, se da a través del fallo dictado por la Corte de Apelaciones de La Serena, el 8 de enero de 2007³⁰, en el contexto de un recurso de nulidad en materia penal, de Rol 373-2006.

Los hechos versan respecto a la condena de un hombre, Honorino Muñoz Tapia, por el delito de violencia intrafamiliar, quien fue condenado por ejercer violencia física y psicológica en contra de su pareja, Manuel Iglesias Aguilar, y en contra del hijo de este, Manuel Iglesias Rojas. Debido a ello, el condenado presenta un recurso de nulidad penal en vista de que según él, en la sentencia dictada por la jueza de Garantía de Combarbalá, doña Ana Naranjo Bischof, existe una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al haberse aplicado erróneamente el artículo 5° y artículo 14° (artículos referentes al maltrato habitual) de la Ley N° 20.066.

El recurrente argumenta que los hechos mencionados en la sentencia no serían constitutivos de violencia intrafamiliar, debido a que no se encuadran dentro del concepto de convivencia determinado en la figura tipificada, ya que esta se encontraría determinada por aquella convivencia

²⁹ VERDUGO, *Óp. Cit.* pp. 35-44.

³⁰ Corte de Apelaciones de La Serena, 8 de enero de 2007. Rol 373-2006 (2006).

de personas que mantienen una relación heterosexual en el núcleo familiar. Una pareja entre personas del mismo sexo no constituiría un núcleo familiar, de acuerdo a lo establecido por la Ley N° 20.066.

Por ende, no existiría protección por parte de la Ley de Violencia Intrafamiliar al hijo de Manuel, quien habitaba con ellos. En resumen, el condenado establece que no habría una protección a su pareja y al hijo de aquella, pues este hecho no sería constitutivo de violencia intrafamiliar en vista de que las uniones entre personas del mismo sexo, aun cuando aquellas parejas cohabiten con hijos de por medio, no sería constitutivo de familia.

A este respecto, el art. 5° de la Ley N° 20.066, establece que: *“Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él (...). También habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta referida en el inciso precedente ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad, adulto mayor o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar”*³¹.

La Corte de Apelaciones de La Serena concuerda con el fallo de alzada (el que condena por violencia intrafamiliar al recurrente de acuerdo a lo que establece el art. 5 de la Ley 20.066), en vista de que el concepto de conviviente incluye en forma extensiva a aquel unido a otro en una relación de convivencia homosexual, a quien se considera, además, como integrante del grupo familiar. En consecuencia, se rechaza el recurso de nulidad deducido en contra de lo resuelto por el fallo, y se condena a 41 días de presidio nocturno a Honorino Muñoz Tapia³².

Cabe destacar que este fallo resulta histórico para el momento en el que fue dictado, debido a que es el primer reconocimiento al hecho de que puede existir una unión familiar entre personas del mismo sexo y los hijos de uno de los integrantes de esa pareja, por parte de la jurisprudencia. Esto ocurre diez años previo al reconocimiento legal que se daría a la unión entre personas del mismo sexo a través de la institución del acuerdo de unión civil.

³¹ MORALES, Alejandra y SANDRINI, Renata. *Lesiones y violencia de género frente a la jurisprudencia*. (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2010). pp. 40.

³² Corte de Apelaciones de La Serena, 8 de enero de 2007. Rol 373-2006 (2006).

De forma posterior, la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, en el contexto de un fallo de recurso de protección en el año 2014, presentado por dos pastores evangélicos, Flavio Hernández y Pedro Carvajal, en contra de la Junta Nacional de Jardines Infantiles, establece que el concepto de familia no ha sido limitado a una modalidad determinada³³. Los pastores dicen actuar en representación de los niños y niñas matriculados en establecimientos educacionales, tanto en la región de Magallanes como en el resto de Chile, estimando que la difusión del libro *“Nicolás tiene dos papás”*³⁴ vulneraría los derechos de libertad de conciencia e integridad física y psíquica de los niños y el derecho de los padres a educar a sus hijos. Es por esta razón que los pastores evangélicos solicitarían la incautación de los libros y la orden de no distribución de ejemplares del libro en menores de edad.

La Corte en el considerando séptimo del fallo, establece que: *“La Constitución política de la República no ha definido el concepto de familia, menos aun lo ha limitado a una modalidad determinada. Esta ha sido una opción del legislador, que no puede restringirse tampoco porque la legislación civil, regula los derechos y obligaciones de sus miembros sobre bases como la institución del matrimonio o los estatutos filiativos, utilizando las nociones de padre y madre, porque la falta de regulación no significa, de por sí, negación de la existencia de diversas figuras de organización de grupos humanos, con rasgos comunes, identificables, como características familiares”*³⁵.

En dicho sentido, este fallo toma como base las consideraciones y entendimientos amplios de familia provenientes del derecho internacional de los derechos humanos, de forma previa a la existencia de un reconocimiento de las uniones entre personas del mismo sexo en nuestro país³⁶.

Por su parte, la Corte Suprema determinó, frente al recurso de casación interpuesto en contra de sentencia de Corte de Apelaciones que revocó una sentencia del Tercer Juzgado de Familia de Santiago sobre cuidado personal en el año 2017, que: *“La orientación sexual de los padres no es una consideración relevante para decidir acerca del cuidado personal de los hijos”*³⁷.

³³ Corte de Apelaciones de Punta Arenas. Causa N° 435/2014. Resolución N° 15475 de 22 de diciembre de 2014. *Considerando séptimo*.

³⁴ Cuento que relata la vida de un niño viviendo en el seno de una familia homoparental. Primera edición octubre 2014, MOVILH.

³⁵ Corte de Apelaciones de Punta Arenas. Causa N° 435/2014. Resolución N° 15475 de 22 de diciembre de 2014.

³⁶ VERDUGO, *Op. Cit.* pp. 39.

³⁷ Corte Suprema. Causa N° 99861/2016. Resolución N° 233692 de 23 de Mayo de 2017.

El Tribunal Constitucional de Chile ha sido tradicionalmente conservador al momento de reconocer las uniones entre personas del mismo sexo y de dar la posibilidad a dos personas del mismo sexo de tener una filiación sobre un niño, niña o adolescente. Es así como, en el año 2010, tres parejas de hombres asistieron al Servicio de Registro Civil e Identificación con distintas pretensiones jurídicas.

Una primera solicitud presentada por César Peralta y Hans Arias, buscaba que ambos pudiesen celebrar un matrimonio civil reconocido por el ordenamiento jurídico; y una segunda, presentada por Stephane Abran y Jorge Monardes, y por Víctor Arce y Miguel Lillo, parejas que buscaban obtener el reconocimiento en Chile de sus matrimonios celebrados en el extranjero, los primeros habiendo celebrado su matrimonio en Canadá y en caso de la segunda pareja, en Argentina³⁸.

El Registro Civil rechazó la pretensión de estas tres parejas, bajo el entendimiento que el matrimonio, de acuerdo al artículo 102 del Código Civil, tiene el ya mencionado requisito de existencia que se lleve a cabo entre personas de distinto sexo. Por esta razón, se interpuso un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, fundado en el carácter arbitrario que tendría la actuación de la funcionaria del servicio requerido, que lesionaba a juicio de los recurrentes el derecho a la igualdad ante la ley reconocido en el artículo 19° N°2 de la Constitución Política de la República³⁹. Por su parte, la entidad administrativa solicitó que se tuviese por rechazada la acción intentada, debido a que su actuar se encontraba perfectamente en concordancia con la normativa vigente.

Finalmente la Corte de Apelaciones declaró admisible el recurso y ofició al Tribunal Constitucional, como medida para mejor resolver, para que este emitiera un pronunciamiento sobre una posible inaplicabilidad del ya mencionado artículo del Código Civil. Posteriormente, el Tribunal Constitucional rechazaría el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en los Autos Rol N° 1881-10-INA, en sentencia de 3 de noviembre de 2011, entendiendo que la facultad de modificar los requisitos de existencia del matrimonio era de reserva legal y no constitucional.

³⁸ PACHECO, *Óp. Cit.* pp. 54.

³⁹ ARANCIBIA, María y CORNEJO, Pablo. “El Derecho de familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos”. *Revista Ius et Praxis*, Año 20, N.1 (2013). pp. 279 – 318.

El Tribunal Constitucional, parte de la premisa que: *“El recurso de inaplicabilidad sólo puede tener cabida cuando un determinado precepto legal resulta contrario a la constitución, en términos tales que sea decisivo para un caso particular en donde se pretenda aplicarlo. Lo anterior no se cumpliría en el caso sub lite, toda vez que el artículo 102 del Código Civil se encuentra inserto en un amplio campo de normas que conforman el matrimonio, así las cosas, lo que se pretende por intermedio es reformular un sistema de normas de modo integral modificando la institución conyugal de un modo distinto del actual, lo que no es competencia del tribunal, ya que éste no se encuentra facultado para modificar o regular las instituciones del ordenamiento jurídico mediante un recurso de inaplicabilidad”*⁴⁰.

Tanto el ministro Bertelsen como la ministra Peña sostendrían que el fin principal del matrimonio sería la procreación, argumento que dejaría fuera la posibilidad de la adopción y las técnicas de reproducción asistida por parte de parejas entre personas del mismo sexo. Por su parte, el ministro Fernando Muñoz indica que: *“Es perfectamente válida y posible la unión conyugal entre personas que no puedan procrear”*⁴¹. Mientras que el voto disidente de Hernán Vodanovic, indica que la Constitución no recoge un concepto de matrimonio, sino como un grupo intermedio que debe ser protegido. La Constitución consagra la igualdad ante la ley y la dignidad intrínseca de que está dotada la persona, permitiéndoles desarrollar sus planes de vida autónomamente con igual acceso a las instituciones sociales. Privar a un grupo de personas de acceder al matrimonio importa negarles la dignidad que la propia Constitución les reconoce, impidiéndoles acceso a su pleno desarrollo de vida⁴².

De la misma manera, el Tribunal Constitucional en los Autos Rol N° 7774-19-INA, se refiere a la posibilidad de la filiación de un niño por una pareja de personas del mismo sexo y el reconocimiento de un matrimonio entre ellas, estableciendo que: *“Vigente un estatuto jurídico que regula la familia, su protección y sus efectos, no puede darse a todas las uniones afectivas el mismo reconocimiento y protección. Y en lo que respecta a las uniones del mismo sexo, el Estado de Chile reconoce su existencia en la Ley N° 20.830”*.

Frente a lo anterior, se puede observar que la jurisprudencia ha tendido a no ser uniforme en la protección y reconocimiento de la familia homoparental. Sobre esto, en el último capítulo de

⁴⁰ MUÑOZ, Óp. Cit. p. 14.

⁴¹ MUÑOZ, Fernando. “El núcleo fundamental de la sociedad: los argumentos contra la crianza homoparental en los casos Atala y Peralta”. *Ius Et Praxis*. Vol. N°19 (2013), pp 18-19.

⁴² MUÑOZ, Óp. Cit. p. 171.

esta tesis, se analizarán los fallos Rol N° 74.926-2017 de la Corte de Apelaciones de Santiago y el fallo de causa RIT C-10028-2019 del Segundo Juzgado de Familia de Santiago.

1.1.3. El concepto de la familia en la doctrina y el reconocimiento de la familia homoparental:

El concepto de familia ya ha sido discutido extensamente por la doctrina. De acuerdo a Jorge del Picó *“la dificultad para establecer un concepto de familia que suscite aceptación general o mayoritaria, es ya una referencia común en la doctrina de las ciencias sociales y, particularmente, en las ciencias jurídicas. De igual modo, una pretensión de alcance más reducido, como establecer una concordancia en sus bases mínimas o en la selección de los criterios necesarios para la construcción conceptual, también parece lejana, reconociendo esta dificultad su origen en la radicación de la noción de familia en distintas esferas disciplinarias, allende el derecho”*.⁴³

Resulta claro que a través de una aproximación doctrinaria del concepto de familia, se va a apreciar tempranamente la ausencia de coincidencia en cuanto al significado de esta institución, debido a la influencia de criterios ideológicos, que van a determinar su construcción conceptual. Es necesario, dar cuenta que la concepción predominantemente social de la familia, ha tendido a dejar atrás la imagen institucional de la familia, erigida sobre la base del matrimonio entre personas de distinto sexo, con un orden jerárquico y con una dirección a la consecución de fines propios del entendimiento tradicional familiar, los que han tendido a ser valorados socialmente.

Por su parte, Pacheco establece que: *“Se identificará como familia todo grupo en que exista un vínculo entre dos o más personas, que mantengan un ánimo de ser familia, que provenga de una relación de pareja, filiación o de convivencia, y que tengan una organización interna, los que deseablemente deben vivir juntos para la satisfacción y persecución de sus propios intereses”*⁴⁴.

Por otro lado, la profesora Maricruz Gómez de la Torre se refiere también a este ánimo de ser familia estableciendo que tendrá dos dimensiones: una interna y otra externa. La dimensión

⁴³ DEL PICÓ, Jorge. Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno. *Revista Ius et Praxis*, año 17, N°1, 2011. P. 31-56.

⁴⁴ PACHECO, Óp. Cit. p. 18.

interna no incide sobre la orientación sexual de quienes la establecen, solamente basta que exista la voluntad eficaz de establecer una comunidad afectiva⁴⁵.

De estas definiciones se puede entender que se ha dejado atrás la visión tradicional del concepto de familia, que establecen autores como Somarriva, al mencionar que: *“La familia es el conjunto de personas unidas por el vínculo del matrimonio, del parentesco o de la adopción”*⁴⁶. Somarriva, al comentar la definición de matrimonio del artículo 102 del Código Civil, se refiere a que a diferencia de los contratos patrimoniales en que no importa el sexo ni el número de los contratantes, *“en el matrimonio, las partes sólo pueden ser dos y de diferente sexo, dada la finalidad que se persigue. Y tan esencial es la diferencia de sexo, que ello no sólo constituye un requisito de validez, sino que de existencia”*⁴⁷.

Esta definición muestra una visión arcaica de familia existente hace algunas décadas en nuestro país, la cual giraba en torno al matrimonio y que no representa la realidad social y jurídica en Chile, en la actualidad. Por lo tanto, se hace esencial entender que la familia es una institución dinámica que, sin duda, irá a evolucionando con el transcurso del tiempo.

Por su parte, Corral define a la familia como: *“Aquella comunidad que, iniciada o basada en la unión permanente de un hombre y una mujer destinada a la realización de los actos humanos propios de la generación, está integrada por personas que conviven bajo la autoridad directiva o las atribuciones de poder concedidas a una o más de ellas (...) se hallan unidas por un afecto natural derivado de la relación de pareja o del parentesco de sangre”*⁴⁸.

Este autor es crítico de lo que él define como *“multiformismo familiar”*, el que identifica con una neutralidad de derecho, una desregularización y privatización del derecho de familia y, por último, un subjetivismo individualista. Es así como este nuevo entendimiento de familia resulta ser un instrumento para la autorrealización de los miembros que la componen, por sobre un interés familiar supraindividual⁴⁹.

⁴⁵ GÓMEZ, Maricruz. *Parejas Homosexuales. Su tratamiento en el Derecho Chileno. Uniones entre personas del mismo sexo. Revista de Derecho Comparado*. Citado por HERNÁNDEZ, Gabriel. *Uniones Afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo: Análisis a partir de la teoría del Estado democrático de Derecho* (2006). (Santiago, Chile, Editorial Arcis, 2001). p.74.

⁴⁶ SOMARRIVA, Manuel. *Derecho de Familia*. (Santiago, Chile, Editorial Nascimento, 1963). p. 10.

⁴⁷ *Ibidem*. Pp. 19.

⁴⁸ CORRAL, Hernán. *Familia y Derecho*. (Santiago, Chile, Colección Jurídica, Universidad de los Andes, 1994). p. 30

⁴⁹ CORRAL, Hernán. “¿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*, Volumen II (2015). pp. 21-48.

Tomando en cuenta los conceptos de familias planteados anteriormente, es necesario señalar que la familia es una institución que evoluciona con el paso del tiempo y parece ser que siempre estará en discusión por parte de la doctrina. La familia es lo que un ser humano aspira íntimamente a formar como núcleo afectivo de su vida, con independencia de cualquier lineamiento legal, judicial o doctrinal, ya que el eje esencial de nuestra estructura social, primario e irreductible dependerá de la visión u óptica de cada sujeto, con independencia de las denominaciones que puedan proporcionar los distintos estamentos de una sociedad⁵⁰.

1.2. Medios para la constitución de la familia homoparental:

Para el estudio de esta materia, es necesario establecer que tradicionalmente se ha sostenido que las uniones de hecho entre personas del mismo sexo deben ser tratadas de manera distinta por el derecho, en vista de que los miembros de dichas uniones no pueden procrear entre sí⁵¹. Es bajo esta premisa que el Profesor Hernández cita a la Congregación para la doctrina de la fe, la cual establece que: *“Dado que las parejas matrimoniales cumplen el papel de garantizar el orden de la procreación y son por lo tanto de eminente interés público, el derecho civil les confiere un reconocimiento institucional. Las uniones homosexuales, por el contrario, no exigen una específica atención por parte del ordenamiento jurídico, porque no cumplen con dicho papel para el bien común”*⁵².

Como se mencionó previamente, la ministra Peña del Tribunal Constitucional de Chile, en causa Rol 1881-10-INA, en fallo de 3 de noviembre de 2011, afirmó que: *“el matrimonio entre un hombre y una mujer constituye base esencial de la familia amparada por la Constitución, porque muchas de las funciones atribuidas a esta se relacionan con los fines que el legislador del Código Civil asigna al matrimonio, pero particularmente, con la de procrear. Así, la familia constituida por la unión matrimonial estable entre un hombre y una mujer no sólo contribuye con las funciones del matrimonio, sino que resulta decisiva para la supervivencia y proyección de la sociedad a través del tiempo, perspectiva que, sin duda, debe ser tomada en cuenta por el legislador al regular los efectos del matrimonio.”*⁵³

⁵⁰ MUÑOZ. *Óp. Cit.* p. 14.

⁵¹ HERNÁNDEZ, Gabriel. *Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo.* (Santiago, Chile, Editorial Arcis. 2009). p. 81.

⁵² HERNÁNDEZ. *Óp. Cit.* p. 85. Citando a Congregación para la doctrina de la fe. Las Uniones entre personas homosexuales. Consideraciones acerca de los proyectos de reconocimiento.

⁵³ Tribunal Constitucional de Chile. Fallo Rol 1881-10-INA (inaplicabilidad por inconstitucionalidad). 3 de noviembre de 2011.

No obstante, lo mencionado anteriormente no resulta del todo cierto pues, aunque las personas dentro de parejas del mismo sexo no pueden procrear entre sí, esto no significaría que no puedan constituirse como padres o madres biológicas. Desde la concepción tradicional que se tiene de la familia, la llegada de hijos es un asunto que si bien hoy en día puede ser opcional, se da a través de un sólo proceso: la procreación con un óvulo y un espermatozoide, entre un hombre y una mujer⁵⁴.

La forma en que las parejas entre personas del mismo sexo acceden a la paternidad y a la maternidad está cargada con referentes estratégicos. Es necesario tener en cuenta que, en el caso de las parejas entre dos mujeres, podrán someterse a técnicas de reproducción asistida y, por otro lado, las parejas entre dos hombres podrían someterse a la utilización de maternidad subrogada. Así también, esta afirmación sería incorrecta al no considerar la posibilidad de adopción por parte de parejas del mismo sexo. Tanto las técnicas de reproducción asistida, como la adopción homoparental serán analizadas, a continuación:

1.2.1. Técnicas de reproducción asistida

A pesar de que, en Chile existe una amplia y sofisticada oferta de técnicas de reproducción asistida por parte del sector privado de salud, accesibles a personas que tienen los recursos económicos para poder costearlas⁵⁵, así como también por parte del sector público, aunque con una oferta más limitada, no existe en Chile una ley que regule el acceso de parejas entre personas del mismo sexo a técnicas de reproducción asistida⁵⁶.

Esto se debería al hecho de que en nuestro país no existe un reconocimiento de la familia homoparental como institución dentro de la cual puedan existir hijos mutuos entre las personas que la componen, la llamada “comaternidad” o “copaternidad”. Sobre esto, dentro del artículo 182 del Código Civil se establece que: *“El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de*

⁵⁴ LIMA, Edith. 2017. *Los medios que usan Lesbianas y Gays para acceder a la Maternidad y Paternidad*. Revista Xibmai XII (23), 9-28, Enero-Junio 2017.

⁵⁵ UNDURRAGA, Verónica. “¿EXISTE UN DERECHO A TENER HIJOS? Una respuesta desde el Derecho constitucional chileno sobre autonomía y acceso a técnicas de reproducción asistida”. RJUAM, N° 35 (2017). pp.115-144.

⁵⁶ JARUFE, Daniela. *Las filiaciones “no biológicas” derivadas de la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA)*. En *Técnicas de reproducción humana asistida*. (Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2013). p. 72.

reproducción 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”.

Esta disposición legal da a entender que las parejas entre personas del mismo sexo quedan excluidas de la regulación de las técnicas de reproducción asistida en nuestro país. Ahora bien, al momento de referirnos respecto de las técnicas de reproducción asistida, debemos establecer que estas han sido definidas como: *“Todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye (pero no se limita) a la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la crio preservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado”*⁵⁷.

Dentro de las técnicas de reproducción asistida se encuentran: (i) en primer lugar, la inseminación artificial homóloga (inseminación con semen del marido o cónyuge de la mujer que se está sometiendo al procedimiento); (ii) en segundo lugar, la inseminación artificial heteróloga (inseminación con semen de un hombre distinto al marido o cónyuge de la mujer que se está sometiendo al procedimiento); (iii) en tercer lugar, la fecundación in vitro homóloga (la fecundación del óvulo de la mujer se produce en un laboratorio, con semen de su marido o cónyuge); (iv) en cuarto lugar, la fecundación in vitro con semen de donante (la fecundación del óvulo de la mujer ocurre en un laboratorio, con semen de un donante); (v) por último, la fecundación in vitro con donación de óvulos (el semen puede provenir del cónyuge de la mujer o de un donante, pero el óvulo fecundado es distinto que el de la mujer gestante)⁵⁸.

Las técnicas de reproducción asistida plantean conflictos éticos en temas como el inicio de la vida, la filiación y otros asuntos propios del derecho de familia abordados por nuestra legislación, así como también por tratados internacionales que han sido ratificados por Chile en esta materia⁵⁹. Esto ha provocado que surja una variedad importante de preguntas de carácter legislativo respecto a la posibilidad de reconocer como padres o madres a las parejas entre personas del mismo sexo

⁵⁷International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology y OMS. 2009. Glosario de Terminología en técnicas de reproducción asistida (TRA). p. 10.

⁵⁸ GARCÍA, Gabriel. *La filiación en el caso de la utilización de técnicas de reproducción asistida. Derecho, Procreación y Ética. Cuadernos de Bioética 1999/3*. P. 482.

⁵⁹ RAENIERI, Gina. *El que está por nacer ante la jurisprudencia. En Técnicas de reproducción humana asistida*. (Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2013). p. 249.

que se someten a estas técnicas. Sin embargo, sobre esta temática también surgen interrogantes acerca de la valoración ética de las actividades de los médicos y científicos en el campo de la reproducción humana⁶⁰.

Por otro lado, actualmente en Chile, no existe normativa que garantice o proteja el derecho a acceder a técnicas de reproducción asistida⁶¹, sólo existe legislación acotada, que se encuentra asociada a esta materia: (i) en primer lugar, la Ley N° 19.585 –Ley de filiación–, de 1999, la que establece la filiación de un hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción asistida; (ii) en segundo lugar, la Ley N° 20.120, de 2006, la que garantiza la protección de la vida humana desde la concepción y prohíbe la clonación y la destrucción de embriones para la obtención de células troncales; (iii) en tercer lugar, Resolución 3E/2843, de 2014, Fonasa e Isapres cubren el tratamiento de fertilización asistida de baja complejidad; en cuarto lugar, Resolución exenta N°814, de 2013, aprobó la norma general técnica N°159 sobre “orientaciones técnicas para el manejo de la infertilidad compleja”; (iv) por último, Resolución exenta N° 241, de 2015, aprobó la “guía para el estudio y tratamiento de la infertilidad”⁶².

No obstante a lo anterior, la regulación de las técnicas de reproducción asistida con respecto a parejas del mismo sexo es nula, al menos en la actualidad. Dinka Benítez plantea que, jurídicamente, la reproducción asistida es relevante, porque el resultado de su utilización es la persona humana y el reducido tratamiento legislativo que se le da es el resultado de que esta viene a remover todo lo dispuesto en los códigos decimonónicos, los que reconocen una única forma de reproducción (las relaciones sexuales entre personas fértiles de distinto sexo), al igual que una única forma de familia, que se constituye a través del matrimonio y los tipos tradicionales de filiación⁶³.

Es claro que nuestro sistema jurídico presenta graves vacíos legales que derivan, en su mayoría, de la ausencia de una ley de técnicas de reproducción asistida que, no sólo regule los

⁶⁰ SANTAMARÍA, Luis. 2000. *Técnicas de Reproducción Asistida: Aspectos Bioéticos. Cuadernos de Bioética 2000/1*. Pp. 37-47.

⁶¹ De acuerdo a JARUFE, solo han existido infructuosos intentos de regulación: (i) el primero de ellos data de julio de 1993, archivado en agosto del año 2008; el segundo data de julio de 2006, archivado también en agosto de 2008; y el tercero de ellos fue presentado en octubre de 2006 y archivado en enero de 2009.

⁶² Primer informe salud sexual, salud reproductiva y Derecho Humanos en Chile. Reproducción Asistida. Fundación Miles. 2016.

⁶³ BENÍTEZ. *Óp. Cit.* p. 42.

aspectos médicos de su aplicación, sino que también, y de forma exhaustiva, los efectos jurídicos que de ellas se derivan en relación con una institución básica del derecho civil como es la filiación⁶⁴.

Existe un entendimiento sobre la existencia de variadas discusiones de corte jurídico, ético y moral respecto de las técnicas de reproducción humana asistida, una regulación reducida y un cambio de paradigma respecto de concepciones tradicionales de reproducción, familia y filiación.

Respecto de las discusiones que se dan en torno a las técnicas de reproducción asistida, una parte de la doctrina ha indicado que estos procedimientos no solamente vienen a afectar a los embriones o *“la vida del que está por nacer”*, sino que también a la familia tradicional, permitiendo que parejas entre personas del mismo sexo cumplan su deseo de ser padres o madres⁶⁵.

Además, se menciona en la discusión, que el uso de las técnicas de reproducción asistida, en el caso de que no exista infertilidad, parece ser un hecho transgresor a variados límites tanto ideológicos (al ignorar la figura paterna y materna) como biogenéticos (al evadir las relaciones sexuales). Este planteamiento doctrinario conservador indica que se debe hacer una distinción entre fertilidad social y médica para negarle el acceso a parejas entre personas del mismo sexo a las TRA⁶⁶, al señalarse sólo causas naturales de la infertilidad como de tratamiento, excluyendo causas sociales, como lo sería la convivencia dentro de una pareja entre personas del mismo sexo.

Respecto a ello, Pavicevic analiza las posturas de parlamentarios chilenos en el año 2016 respecto de las técnicas de reproducción asistida, en relación con parejas entre personas del mismo sexo, y da cuenta de un sector parlamentario chileno que sigue la doctrina anterior. En una de sus declaraciones menciona que: *“El hecho que una pareja entre personas del mismo sexo deseara tener hijos, sería problemático, debido a que estamos insertos en una sociedad, en donde existiría un choque ideológico, que podría generar controversias y por lo tanto afectar de forma negativa al niño que sea producto de la relación, y de la misma*

⁶⁴ JARUFE. *Op. Cit.* p. 73.

⁶⁵ KARNEIN, Anja. *Parenthood - whose right is it anyway. Reproductive Donation: Practice, Policy and Bioethics*”. Cambridge University Press (2012). pp. 51-69.

⁶⁶ PAVICEVIC, Yanko. 2017. *Análisis de las posturas de parlamentarios chilenos respecto al acceso de personas homosexuales a la reproducción asistida. Methaodos, Revista de Ciencias Sociales*, 5. Citando a PEREÑA, M. 2012. *Autonomía de la voluntad y filiación: los desafíos del siglo XXI*”, Revista IUS, 6. Pp. 232.

*forma existiría un egoísmo por parte de la pareja entre personas del mismo sexo, que a toda costa desearán tener hijos*⁶⁷.

Al analizar los argumentos en torno a los que gira esta discusión, se observa que el punto central es la noción de “*lo tradicional*”, así como también respecto de las aptitudes de los integrantes dentro de una pareja entre personas del mismo sexo de ser padres y el bienestar del niño, que se encuentra dentro de esta familia. Sería precisamente este argumento el que va a ser refutado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile.

Dentro de los argumentos que plantea este sector conservador sobre las técnicas de reproducción asistida, existe el entendimiento de que estas técnicas son “*anti-naturales*” cuando aquellas se apliquen dentro de parejas entre personas del mismo sexo. Lo anterior es dejado claro en dos declaraciones de parlamentarios chilenos entrevistados por Pavicevic, quienes establecen como uno de sus argumentos más fuertes en contra de la aplicación de técnicas de reproducción asistida en parejas entre personas del mismo sexo, su carácter “*anti-natural*”. Este carácter anti-natural vendría, claramente, del hecho que dos hombres o dos mujeres no pueden reproducirse entre sí. Este punto sería para aquellos parlamentarios una realidad evolutiva y natural, por lo que, la comaternidad y la copaternidad, no serían situaciones que pudiese ser reguladas por la ley moral o incluso a la ley positiva, pues atentarían en contra de la ley natural.

El parlamentario ofrece un argumento basado en su concepción de lo que es “*natural*” e increpa a la sociedad a que debe respetar dicha naturaleza. Bajo estas reglas, las parejas entre personas del mismo sexo, no pueden ser padres o madres, en conjunto⁶⁸. Becker, al momento de hacer un análisis de las objeciones iusnaturalistas al matrimonio igualitario, cita a Carlos Martínez de Aguirre, quien establece que: “*El carácter antinatural, de este tipo de uniones que contradicen objetivamente el sentido—finalidad— natural de la diferenciación y complementariedad sexual: masculinidad y femineidad encuentran su sentido biológico en su respectiva complementariedad, y la procreación de nuevos seres humanos que sigue de su unión. Las prácticas homosexuales contradicen objetivamente, por su misma naturaleza, esa realidad biológica*”⁶⁹.

⁶⁷ PAVICEVIC. *Óp. Cit.* p. 235.

⁶⁸ PAVICEVIC. *Óp. Cit.* p. 237.

⁶⁹ BECKER, Sebastián. “Análisis críticos a las objeciones iusnaturalistas en contra del matrimonio entre personas del mismo sexo”. *Revista de Derechos Fundamentales*, volumen N°13 (2015), p. 22.

En el mismo sentido, otro parlamentario declararía estar a favor del reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, en la medida que estas personas no puedan tener hijos, pues esto atentaría contra la naturaleza, llegando a indicar, incluso, que a pesar de comprender el vínculo afectivo que pueden desarrollar dos personas del mismo sexo, así como también el hecho de que puedan desear la protección de su relación de un punto de vista patrimonial. No obstante, estaría en contra de que dos hombres o dos mujeres en convivencia, puedan ser madres o padres en conjunto respecto de un niño o niña, esto debido al hecho de que biológicamente no sería factible⁷⁰.

Con todo, este tipo de argumentos resulta antojadizo y vacío de real contenido. Dichos argumentos son dejados sin sustento en el entendimiento de que los parlamentarios aluden al “orden natural” como el referente ético, cayendo en una falacia al utilizar a la naturaleza como una entidad externa y objetiva⁷¹.

El silencio normativo respecto de la regulación de las técnicas de reproducción asistida acarrea dificultades al reconocimiento de los derechos filiativos de las parejas del mismo sexo. Este silencio, existente debido a que tanto legisladores como actores políticos no las han regulado de forma legal, aun cuando se tiene amplia conciencia de lo que este vacío normativo acarrea. De modo que, mientras no exista una correcta regulación de las técnicas de reproducción asistida en el ordenamiento jurídico con miras a regularizar la situación de una gran cantidad de parejas entre personas del mismo sexo en cuanto a la copaternidad y a la comaternidad, este tipo de familia se seguirán topando con obstáculos en su reconocimiento.

La tarea de regulación de las técnicas de reproducción asistida es compleja, debido a que ha existido un rechazo a su regulación respecto de las parejas entre personas del mismo sexo⁷², pero a pesar de aquello, no resulta ser imposible. Así lo ilustra el caso de Attilio, en el que se demanda una reclamación de maternidad por una pareja de madres lesbianas que se habrían sometido a técnicas de reproducción asistida para poder concebir a su hijo, y de las cuales se determinó filiación,

⁷⁰ *Ibidem*. *Óp. Cit.* p. 237.

⁷¹ PAVICEVIC, Yanko y SALCES, Matías. “Es un tema que hay que abordar, una vez que se declare la infertilidad como enfermedad”: estudio de los mecanismos discursivos utilizados por diputados chilenos para justificar sus posturas respecto de la rep. Asistida”. *Anuario Electrónico de Estudios en Comunicación Social* “Disertaciones” (2015), p. 152.

⁷² Instituto de Investigaciones en Ciencias sociales. Encuesta nacional UDP: Los chilenos frente a la homosexualidad. Universidad Diego Portales. 2012.

respecto de ambas. Sin embargo, previo a este suceso, transformador dentro del derecho chileno, se encontraba aún en la nebulosa de la desregularización.

Tal y como se analizará al final del capítulo, al momento de revisar los derechos involucrados en la familia homoparental, no cabe duda de que el derecho a tener hijos es una manifestación de la autonomía personal y del libre desarrollo de nuestra personalidad, en el entendimiento de poder acceder de forma libre e igual a acciones de salud y beneficiarse del progreso científico para poder formar una familia, situación que deberá ser amparada y protegida por el derecho.

1.2.2. La adopción homoparental

La adopción es un tipo de filiación y constituye una relación jurídica que se entabla entre el adoptante y el adoptado, la que va a proporcionar al adoptado una familia que ha de brindarle afecto, procurar los cuidados tendientes para satisfacer tanto necesidades espirituales como afectivas y materiales, en cuanto a los derechos que emanan de su naturaleza como persona, en el momento en que esta no pueda ser proporcionada por su familia de origen⁷³.

La adopción remite un parentesco social, que no tiene un fundamento biológico, pero si el carácter voluntario de hombres o mujeres para asumir el ejercicio parental, respecto un niño, niña o adolescente. De esta manera, la institución de la adopción está regulada en el entendimiento que existen niños, niñas y adolescentes que van a ser susceptibles de ser adoptados y, a la vez, adoptantes que sean “idóneos” para hacerlo⁷⁴.

En nuestro ordenamiento la adopción se encuentra regulada en la Ley N° 19.620, titulada “*Dicta normas sobre adopción de menores*”, en el Decreto N° 944 de 1999 del Ministerio de Justicia, esta ley derogó a las Leyes N° 7.613 y 18.703. La Ley N° 19.620 –Ley de Adopción– señala en su artículo 1° que: “*La adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado (concepto que se analizará al final de este capítulo), 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 esto no pueda ser proporcionado*

⁷³ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. *El sistema filiativo chileno. Filiación biológica, por técnicas de reproducción asistida y por adopción*. (Santiago, Chile, Editorial jurídica de Chile, 2007). p. 223.

⁷⁴ PACHECO. *Op. Cit.* p. 71.

por su familia de origen". Mientras que el proyecto de ley original definió la adopción en su artículo 1° como *"un proceso social y legal por el cual se establece la relación padres e hijos entre personas que no están necesariamente vinculadas por lazos de parentesco"*.

La actual regulación de la adopción en Chile constituye un avance considerable en comparación con la normativa anterior, pero a pesar de ello, la Ley N° 19.620 plantea nuevos desafíos para un derecho de familia que se encuentra en evolución, esto debido a que aquella, resulta problemática, por no decir excluyente, respecto a la familia homoparental.

La Ley N° 19.620 establece en sus artículos 20, 21 y 31 qué personas pueden adoptar y, primeramente, hace una distinción entre matrimonios con residencia permanente en nuestro país y matrimonios que no cuentan con residencia permanente en Chile. De esta manera, se determina un primer orden de prelación, pues el legislador prefiere a aquellos matrimonios que cuenten con residencia permanente en Chile sobre aquellos que no cuenten con residencia en Chile. Existe una elevada apreciación respecto del hecho que los adoptantes estén unidos en vínculo matrimonial, lo que directamente condicionaría una preferencia a las parejas entre personas de distinto sexo, en vista de que este es un requisito de existencia del matrimonio⁷⁵.

Sólo en el caso en que no hubiese cónyuges con o sin residencia en nuestro país, podrán adoptar personas solteras, divorciadas o viudas, quienes, al igual que en el caso de los matrimonios, deben ser declaradas idóneas para adoptar. Al contener nuestra normativa una lista taxativa de los sujetos que se encuentran legitimados para adoptar, tanto las parejas de hecho como los convivientes civiles se encuentran completamente excluidos de cualquier posibilidad de adopción conjunta.⁷⁶

Sin embargo, se permitirá la adopción de una persona homosexual por sí misma, por lo que se ha dicho que no existiría una discriminación por orientación sexual. Esto no es del todo cierto, debido a que la ley no reconoce a la familia homoparental en que, dos hombres o dos mujeres puedan, en conjunto, y de forma reconocida y amparada por el derecho, ser padres y madres de un niño, niña o adolescente adoptado.

⁷⁵ DEL PICÓ, Jorge. *Derecho Matrimonial Chileno*. (Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2015). p. 142.

⁷⁶ PACHECO. *Op. Cit.* p. 38.

El SENAME, ha indicado que: *“La orientación sexual no influye, ya que lo que se evalúa, dice relación con las capacidades o habilidades parentales de los posibles adoptantes, para poder responder adecuadamente a las necesidades psico-socio afectivas del futuro hijo/a adoptado”*⁷⁷. Pero lo anterior, no resulta del todo cierto, debido al hecho, ya mencionado, que las parejas entre personas del mismo sexo, no pueden adoptar en forma conjunta, un niño, niña o adolescente.

Es a través del Proyecto de Ley N° 20-2019, el cual promueve una reforma integral del sistema de adopción chileno, que se podría permitir la posibilidad de la adopción de niños, niñas y adolescentes por parejas entre personas del mismo sexo. Dentro del informe de este proyecto, elaborado por la Corte Suprema en su boletín N° 9119-18, se establece que: *“El proyecto permite que adopte una o dos personas, sin que exista una preferencia en cuanto al número y estado civil de los adoptantes, a diferencia de los que ocurre actualmente (...) Por otra parte, no se exige un determinado tipo de relación cuando son dos personas las que solicitan la adopción. Una muestra de la apertura de los diversos tipos de relación se puede encontrar en el art. 40 el cual, a propósito del fallecimiento de uno de los solicitantes de adopción, se refiere a los cónyuges, convivientes civiles y personas con quien se mantiene una relación de convivencia. El correlato de esta apertura puede encontrarse en la prioridad del derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en familia —cualquiera sea su composición — (...) Asimismo, el proyecto permite que dos personas, sin distinción de sexo, orientación sexual o identidad de género, puedan solicitar la adopción en conjunto de niños, niñas y adolescentes, lo que constituye un avance hacia la plena igualdad ante la ley y dignidad de todas las personas”*⁷⁸. Esto se daría en el marco de continuidad de la línea establecida en otros países latinoamericanos que han reconocido la adopción por parte de parejas entre personas del mismo sexo⁷⁹.

Esta opinión consultiva, a través del informe recién citado, permite que el sistema de adopción en Chile se encuentre acorde a los principios del derecho internacional de los derechos humanos. No obstante, es necesario establecer que este informe no resulta vinculante y que, además, generó discusión dentro de los sectores conservadores del Congreso que acusaron de *“ideológica”* y *“valórica”* la determinación hecha por la Corte Suprema. La discusión respecto de este

⁷⁷ ALBERDI, Ignacio y MARDONES, Javiera. *Filiación Homoparental: Necesidad de su reconocimiento en el ordenamiento jurídico chileno a la luz de los Derechos Humanos*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. (2016). Pp. 36.

⁷⁸ Corte Suprema. 2019. Oficio N° 129-2019, Informe Proyecto de Ley N° 20-2019, Boletín N° 9119-18. Santiago de Chile.

⁷⁹ CHAPARRO, Laura y GUZMÁN, Yudy. “Adopción homoparental: Estudio de derecho comparado a partir de las perspectivas de los países latinoamericanos que la han aprobado”. *Revista CES Derecho*, (8), 2 (2017). p. 269

Proyecto de Ley, que reconoce el derecho de las parejas entre personas del mismo sexo a adoptar un niño, niña o adolescente, ha sido larga y cargada de aprehensiones por parte de los sectores políticos conservadores.

Es así como, el 13 de junio de 2018, la comisión de familia aprobó la adopción homoparental, bajo el entendimiento de que *“la crianza puede desarrollarse en el seno de una familia, cualquiera sea su composición”*⁸⁰. Mientras que, el 26 de septiembre del mismo año aprobó expresamente la adopción por integración para parejas del mismo sexo y de distinto sexo, fueran respecto de uniones de hecho o convivientes civiles⁸¹.

El 24 de enero de 2019, la Comisión de Familia, despacha el proyecto de reforma integral a la Ley de Adopción, luego de aprobar varias indicaciones realizadas por el MOVILH (Movimiento de Integración y Liberación homosexual). En mayo de ese mismo año, la Cámara de Diputados aprueba el art. 1º del proyecto, el cual señala que los niños merecen vivir en familia, cualquiera sea la composición de esta.

A partir de lo establecido en el párrafo anterior, se debe determinar cuáles son los tipos de adopción que se pueden dar dentro de la familia homoparental, los que son dos. En primer lugar, la adopción conjunta por la pareja entre personas del mismo sexo. En segundo lugar, la adopción por integración. Ambas serán exploradas a continuación.

1.2.2.1. Adopción en conjunto por parejas del mismo sexo

Como se mencionó previamente, el legislador nacional prefiere a las parejas unidas en vínculo matrimonial para optar a la adopción de un niño, niña o adolescente, viéndose esto reflejado en el orden de prelación que establece la ley, para poder adoptar. Este deja afuera a las parejas que han celebrado un acuerdo de unión civil o a las parejas de hecho, excluyendo de forma intencional a las parejas entre personas del mismo sexo, al menos en la actualidad, al estar reconocidas estas parejas por instancias distintas al matrimonio.

⁸⁰ Honorable Cámara de Diputados. Comisión de Familia y del adulto mayor, 2018.

⁸¹ *Ibidem*.

Al momento de hablar de adopción conjunta, vale decir, por un padre y una madre a la vez⁸², es necesario recurrir al artículo 20 de la Ley de Adopción, el que sólo la establece en caso de un vínculo matrimonial existente. Sin embargo, sí se deja abierta la posibilidad a que una persona homosexual, ya sea un hombre gay o una mujer lesbiana, pueda optar por sí sola a la adopción. No obstante lo anterior, aún no existe un reconocimiento de la familia homoparental, como entidad familiar que puede adoptar a un niño, niña o adolescente. La justificación que se le ha dado al planteamiento anterior se basa en el entendimiento del principio de interés superior del niño⁸³, al ser la institución del matrimonio la que sería capaz de darle suficiente estabilidad al niño, niña o adolescente.

Con esto, se ha dejado de lado la posibilidad de que los convivientes civiles adopten dado que, tal como establece la historia de la Ley N° 20.830, esta institución se ha visto más bien como un reconocimiento a una realidad social que busca proteger intereses económicos entre parejas (incluidas las parejas del mismo sexo), pero que no ofrece las mismas condiciones de estabilidad que sí existen en la institución del matrimonio, por el hecho de tener un carácter más sencillo en su término en comparación a la del vínculo matrimonial⁸⁴.

De tal manera, las parejas entre personas del mismo sexo se ven imposibilitadas de adoptar, pero no así la persona homosexual, por lo que en el papel no habría discriminación en base a orientación sexual. Sin embargo, y como ya se ha mencionado, en la práctica la ley sí sería excluyente al dejar sin reconocimiento ni amparo a una gran cantidad de parejas entre personas del mismo sexo, que desean ser padres o madres, y que tienen las condiciones para serlo.

La Corte Suprema en rol N° 9088-11, establece que: *“la finalidad de la adopción se centra principalmente en el beneficio del menor que va a ser adoptado, más allá de los adoptantes, pues lo que pretende es proporcionar a este una familia que lo proteja y le brinde las condiciones para su adecuado desarrollo ”*⁸⁵, por lo que se busca un entorno en donde se protejan los derechos del niño y se custodie el interés superior de este⁸⁶, dando espacio a que se pueda desarrollar de forma integral. Por ende, resulta

⁸² BASOALTO, Constanza. “Alcances de la adopción homoparental a la luz del interés superior del niño”. *Revista chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 10 (2019). pp. 10-30.

⁸³ PACHECO, 2019. *Óp. Cit.* pp. 41.

⁸⁴ Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.830. Santiago de Chile.

⁸⁵ Corte Suprema. Rol N° 9088-11. Sename con V.I.K.S. 28 febrero 2012.

⁸⁶ PACHECO, *Óp Cit.* p. 41.

discriminatorio y equivocado establecer que la familia homoparental es una entidad familiar que excluye esas posibilidades, pues el modelo familiar de la “familia tradicional”, ha evolucionado y finalmente, ha quedado obsoleto.

Asimismo, cabe destacar que resulta claro que los estudios científicos han establecido que la crianza por parejas entre personas del mismo sexo no tiene una influencia negativa en el bienestar y el desarrollo del adoptado. Sobre esto, Brett Heasman establece que: *“Las parejas entre personas del mismo sexo son capaces de proveer el mismo cuidado y protección que cualquier otro padre; los niños, niñas y adolescentes criados por padres del mismo sexo no encuentran más problemas en el desarrollo que aquellos que han sido criados en familias “tradicionales” compuestas por dos padres heterosexuales de distinto sexo; no hay evidencia que los niños, niñas o adolescentes criados en el seno de una familia homoparental desarrollen algún tipo de orientación sexual como podría ser la homosexualidad”*⁸⁷.

Esta ha sido una respuesta a los planteamientos que no sólo se han hecho en las discusiones legislativas en Chile sobre la idoneidad de que un niño, niña o adolescente crezca dentro de una familia homoparental, sino que a nivel mundial. Es así como, el mismo Colegio de Psicólogos de Chile, en las discusiones dentro de la comisión de familia y adulto mayor, en el año 2015, establece que no existe evidencia que señale que haya diferencias entre niños criados dentro de una familia homoparental y dentro de una familia “tradicional”, esto citando estudios de la Academia Americana de Pediatría y la Academia Americana de Psicología y Psiquiatría⁸⁸.

Es por esta razón que el impedimento a que las parejas entre personas del mismo sexo puedan adoptar a un niño, niña o adolescente es simplemente un hecho discriminatorio por orientación sexual y no la búsqueda de la protección del interés superior del niño como se ha querido argumentar. La familia homoparental existe, las parejas entre personas del mismo sexo desean adoptar, y su derecho a hacerlo debe ser reconocido y amparado por el legislador.

⁸⁷ HEASMAN, Brett. *The psychology of children with same-sex parents*. (2021, de London School of Economics and Political Science). Disponible en: <https://blogs.lse.ac.uk/psychologylse/2016/11/28/the-psychology-of-children-with-same-sex-parents/>

⁸⁸ Honorable Cámara de Diputados. Comisión de la Familia y Adulto Mayor. 2015. Sesión 38°, correspondiente al periodo legislativo 2014-2018.

1.2.2.2. Adopción por integración en las parejas del mismo sexo

La adopción por integración en las parejas del mismo sexo consiste en aquellos casos en que un niño, niña o adolescente ha sido abandonado por uno de sus padres o, simplemente, tiene determinada su filiación respecto de sólo uno de sus padres, el que ejerce su cuidado, quien, en conjunto a su cónyuge, conviviente civil o pareja, desean integrarlo como hijo en común⁸⁹.

Es así como este tipo de adopción reconoce a las “familias ensambladas” como un modelo familiar que requiere una regulación específica. Quien se integra a la familia -formada por el adoptado y su progenitor biológico u adoptivo- es el cónyuge o conviviente de este último que, en los hechos ha estado comportándose como un verdadero padre o madre con respecto al menor⁹⁰. El reconocimiento de la adopción por integración en el caso de parejas entre personas del mismo sexo, permitiría que el ordenamiento jurídico protegiese a una práctica social que es común en nuestro país.

En septiembre del año 2018, la Comisión de Familia y Adulto Mayor, analizó el proyecto de ley de reforma integral al sistema de adopción. En tal ocasión, se votaron las causales por las que podría iniciarse un procedimiento de adopción con relación a la situación de niños; niñas o adolescentes. El Art. 13 del proyecto indica que *“el niño, niña o adolescente deberá ser abandonado por uno de sus padres, por lo que el cuidado personal lo ejercería el otro, quien en conjunto a su cónyuge, deseen integrarlo dentro del matrimonio”*. Con todo, resulta claro que la redacción de este artículo es problemática para el objeto de estudio de esta tesis, en el sentido de que el matrimonio entre parejas del mismo sexo no es reconocido en Chile, por lo que no cabría una situación en que un infante o adolescente pueda ser sujeto de adopción por integración.

Al momento en que se votó la indicación, hecha por un grupo de diputados (diputadas Cariola, Castillo, Jiles y Marzán, y diputado Soto) para incluir al conviviente civil y el conviviente de hecho dentro del artículo mencionado, el resultado fue de 8 votos a favor y 5 en contra, respecto a

⁸⁹ FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN. “Proyecto de ley de reforma integral al sistema de adopción en Chile. Ideas y Propuestas”, N.252 (2018), pp.1-11.

⁹⁰ CANO, María. La adopción de integración en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Comentario al fallo S, G.A.S/Adopción simple”. *Revista Interdisciplinaria de Familia*, N°4 (2015), p. 3.

la posibilidad de que las parejas homoparentales puedan adoptar por integración tal y como pueden las parejas unidas por vínculo matrimonial.

Esto resulta relevante debido a que en Chile, existe un número importante de niños; niñas o adolescentes que son abandonados por uno de sus padres y, también, que no tienen una filiación determinada respecto de uno de los padres. Sobre ello, la diputada Castillo señaló que: *“La legislación nacional ya reconoce y protege a los convivientes civiles (...) a su vez, el posibilitar la adopción para los convivientes de hecho, asume una realidad, que es que las familias actualmente se conforman de múltiples maneras y no únicamente bajo el modelo tradicional e institucional”*⁹¹. Por su parte, la diputada Cariola señalaría que: *“Se persigue reconocer las diversas formas que tienen las familias de constituirse, no acotadas a la versión tradicional de la familia matrimonial. En el país ya existe una regulación sobre acuerdos de unión civil, y eso debe reconocerse”*⁹².

De este modo, se deja ver la importancia de la situación en la que la pareja del mismo sexo, de un padre o madre, pueda adoptar al hijo de uno de estos, al resultar como un pleno reconocimiento de la comaternidad y copaternidad, ajustándose, también, a la evolución que se ha tenido en la materia en otros países latinoamericanos como Argentina, Brasil, Uruguay, México y Colombia⁹³.

1.3. Derecho internacional de los derechos humanos: Principios y derechos involucrados en el reconocimiento de la familia homoparental

Resulta claro que nuestra legislación no contempla una protección a la comaternidad ni a la copaternidad en parejas del mismo sexo. La ley positiva chilena no es suficiente para dar un correcto tratamiento a la familia homoparental, ya que no ofrece una regulación integral de aquella. Es necesario recurrir al derecho internacional de los derechos humanos, para una debida interpretación del contexto que acompaña los cambios de las realidades de las personas, tales como los cambios históricos y los cambios en las condiciones de vida actuales⁹⁴.

⁹¹ Acta de sesión N.19, ordinaria. Comisión de Familia y Adulto Mayor. 26 de septiembre de 2018.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ CHAPARRO y GUZMÁN, *Óp. Cit.* p. 269.

⁹⁴ IRIARTE, *Óp. Cit.* pp. 17-32.

El estudio de los diversos instrumentos internacionales, tanto declaraciones de principios como tratados internacionales ratificados por Chile, en conjunto con los principios que se pueden desprender de nuestra propia Constitución, permitirá comprender los contornos que separan a la familia de aquellos grupos que no lo son, a fin de otorgarle a esta la debida protección necesaria, para su correcto desenvolvimiento social⁹⁵. Dentro de los principios y derechos que se deben considerar para el reconocimiento de la copaternidad y comaternidad, se encuentran los siguientes:

1.3.1. Igualdad y no discriminación

La igualdad ante la ley constituye un principio básico y general, relativo a la protección de los derechos humanos, reconocido normativamente en la mayoría de las constituciones de los Estados y diversos tratados internacionales de derechos humanos⁹⁶. El ordenamiento jurídico, en aplicación de este principio, asume que los miembros de un determinado grupo son iguales entre sí desde el punto de vista de un conjunto de características o circunstancias que el mismo considera relevantes y que concurren en relación con dichos individuos⁹⁷.

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 2.1, establece que: *“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”*.

En nuestro ordenamiento jurídico el principio de igualdad se encuentra consagrado, en el artículo 1° de la CPR, que establece: *“las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*. En este mismo sentido, el artículo 19 N° 2 de la misma dispone que: *“La Constitución asegura a todas las personas: la igualdad ante la ley. En Chile, no hay persona ni grupo privilegiados (...) Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”*.

Bajo este entendimiento, el principio de igualdad y no discriminación, resulta ser un pilar de justificación para el reconocimiento y protección de la familia homoparental por parte del legislador, ya que consagra el hecho de que no existen grupos privilegiados, aun cuando, claramente, la familia

⁹⁵ PACHECO, *Óp. Cit.* p. 27.

⁹⁶ BENÍTEZ. *Óp. Cit.* p. 29.

⁹⁷ HERNÁNDEZ. *Óp. Cit.* Pp. 153.

tradicional, compuesta por padres de distinto sexo, se posiciona sobre otros tipos de familia, en nuestro ordenamiento jurídico. Así, tampoco, podrá la autoridad establecer diferencias arbitrarias como el no reconocimiento de la comaternidad ni de la copaternidad por parte del derecho chileno, en el entendimiento que se podría discriminar respecto de otras entidades familiares.

La profesora Maricruz Gómez de la Torre establece que: *“La igualdad se expresa en dos dimensiones: de una parte, debe corregir las desigualdades de hecho, producto de situaciones que derivan de causas naturales o de la realidad social y de otra, debe eliminar toda diferencia arbitraria o discriminación”*⁹⁸. Por lo tanto, a la luz del principio de igualdad y no discriminación, es necesario el reconocimiento no sólo de la igualdad de las personas de poder contraer matrimonio sin importar que aquella institución se base en uniones entre personas de distinto sexo o del mismo sexo, sino que también resulta necesario analizar el principio de igualdad en el entendimiento de la igualdad respecto de los hijos.

Es en este sentido que, en el artículo 33 del Código Civil, el que establece que: *“La ley considera iguales a todos los hijos”*, se ve expresada esta igualdad. De la misma manera, en la jurisprudencia de la Corte Suprema, al respecto, determina que: *“En general, el principio de igualdad se recoge en diversos artículos que eliminan toda diferencia entre los hijos, pero sin duda se consagra también al permitir que una persona que no tenga determinada su filiación, pueda accionar contra quien estime que es su progenitor”*⁹⁹.

El Profesor Lepín establece que: *“La totalidad de las discriminaciones en materia de filiación han sido eliminadas, en su mayoría por la Ley N° 19.585 y por la Ley N° 19.620, equiparando los derechos a todos los hijos de filiación determinada, nacidos dentro o fuera del matrimonio, ya sea por filiación biológica, por técnicas de reproducción asistida o por adopción.”*¹⁰⁰ Sin embargo, esto en la práctica no es así, debido a que si bien se ha podido avanzar en la protección de las diversidades sexuales, los hijos de padres homosexuales o de madres lesbianas no son considerados iguales por parte del ordenamiento jurídico, ya que no existe un reconocimiento del legislador de que estos niños, niñas y adolescentes tengan filiación determinada respecto de sus dos padres o madres.

⁹⁸ GÓMEZ, Maricruz. *El sistema filiativo chileno*. (Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2007). p. 36.

⁹⁹ TAPIA, *Op Cit.* pp.45-82.

¹⁰⁰ LEPÍN, Cristián. Los Nuevos Principios del Derecho de Familia. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N. 23 (2014). pp. 9-55.

La Corte Interamericana, en su opinión consultiva N° 24 sobre *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, otorgó el máximo reconocimiento posible a nivel internacional a los derechos de las personas de la diversidad sexual, exigiendo a los Estados de la región (entre ellos Chile) la adecuación integral de los ordenamientos jurídicos de los países en cuestión para eliminar todo tipo de discriminaciones respecto de esta materia¹⁰¹.

En consecuencia, la Corte ha determinado que la igualdad se desprende de forma directa de la persona humana y no puede ser separada la dignidad esencial de la persona, por lo que los países están obligados a adoptar las medidas necesarias para revertir cualquier tipo de situación que sea discriminatoria en sus sociedades, entendiendo que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención y cualquier práctica o acto discriminatorio sería contrario a esta y a sus principios.

Por ende, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno puede disminuir o restringir de modo alguno los derechos de una persona a partir de su orientación sexual¹⁰², entendiendo que, el no reconocimiento de la copaternidad y la comaternidad en nuestro país, sería un acto discriminatorio basado en la orientación sexual que tienen los padres dentro de la familia homoparental.

Resulta claro que el principio de igualdad es una máxima imperativa que debe permear toda actuación del Estado, por lo que no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de las personas por su orientación sexual o por ser hijos de parejas entre personas del mismo sexo. Sin embargo, lo cierto es que la familia homoparental debe ser entendida en el contexto de una sociedad heteronormada en donde se privilegian las relaciones heterosexuales en contraposición a las relaciones entre personas del mismo sexo, las cuales con frecuencia son estigmatizadas y consideradas como menos válidas que las del modelo binario tradicional.

¹⁰¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva Oc-24/17 del 24 de noviembre de 2017 solicitada por Costa Rica. Identidad de género, igualdad y no discriminación a las parejas del mismo sexo.

¹⁰² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva Oc-24/17 del 24 de noviembre de 2017 solicitada por Costa Rica. Identidad de género, igualdad y no discriminación a las parejas del mismo sexo.

1.3.2. Derecho a la identidad y orientación sexual entendida como una categoría protegida

Al momento de hablar de “*orientación sexual*”, se debe tener claro que este es un concepto que: “*Se refiere a la atracción emocional, afectiva, sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a las relaciones íntimas y/o sexuales con estas personas. La orientación sexual es un concepto amplio que crea espacio para la auto identificación*”¹⁰³.

De la definición anterior podemos entender que la orientación sexual se encuentra en estrecha relación con la identidad como categorías protegidas. Es así como el derecho de identidad se relaciona con la libertad de las personas y la autodeterminación de aquellas, que significa escoger libremente las opciones y circunstancias que dan sentido a nuestra propia vida¹⁰⁴ y también al derecho que tiene toda persona a “*ser uno mismo, en la propia conciencia, y en la opinión de los otros*”¹⁰⁵.

En sí, el derecho a la identidad se refiere a “*derecho a la afirmación de la propia individualidad, a ser para los demás igual a uno mismo porque se tiene un interés jurídicamente protegido a la afirmación social de nuestra propia verdad, y a que no sean alterados los elementos integrantes de nuestra identidad, como derecho fundamental de la persona*”¹⁰⁶.

En la demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la jurisprudencia de Karen Atala Vs. el Estado de Chile, se establece que “*existe un nexo claro entre la orientación sexual y el desarrollo de la identidad y el plan de vida de un individuo, incluyendo su personalidad y sus relaciones con otros seres humanos*”, es por ello que la profesora Iriarte indica que la orientación sexual de una persona es una realidad que queda indisolublemente vinculada a su identidad, por lo que debe ser protegida y amparada¹⁰⁷.

Respecto a lo anterior, cabe señalar que la protección de la expresión de la orientación sexual como parte de la identidad no será sólo la referida a los padres homosexuales o madres lesbianas al momento de querer constituir una familia con otra persona de su mismo sexo, sino que también

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ IRIARTE, *Óp. Cit.* p. 17-32.

¹⁰⁵ HERNÁNDEZ, *Óp. Cit.* Pp. 153.

¹⁰⁶ HERNÁNDEZ, María Dolores. “Notas sobre el derecho a la identidad del niño y la verdad biológica”. *Revista de Derecho Privado*, N. 7-8 (2005). p. 25.

¹⁰⁷ IRIARTE, *Óp. Cit.* pp. 17-32.

hace referencia del derecho de un niño, niña o adolescente a expresar su identidad, identidad que no puede dissociarse de su familia, la que podrá ser una familia homoparental. Tal es lo que se indica en la sentencia del Segundo Juzgado de Familia de Santiago, de la reclamación de filiación de Attilio, que indica que *“La identidad ha sido definida como el “conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad” (...) El estado de Chile se comprometió a “respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley de injerencias ilícitas”*¹⁰⁸.

En este sentido, la profesora María Paz Gatica indica que *“La identidad de una persona alude a sus elementos distintivos o caracterizadores y, por otra, se refiere a la conciencia que tiene esa persona de dichos elementos”*¹⁰⁹. Por su parte, la profesora Maricruz Gómez de la Torre, ha dicho que: *“La identidad como derecho ha sido analizada desde el punto de vista del derecho civil y desde el derecho público, al entenderla como derecho humano. Desde el derecho civil, la identidad personal se entiende como un derecho “que integra los llamados derechos de la persona, derechos esenciales o fundamentales de las personas, derechos de la propia persona, derechos personalísimos o derechos de la personalidad. Desde el derecho público, el derecho de la identidad se entiende como uno de los tantos derechos humanos, perteneciente a la gama de los derechos de tercera generación”*¹¹⁰.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha reconocido el derecho a la identidad personal como: *“la posibilidad de que todo ser humano sea uno mismo y no otro y, también como el derecho de la persona de ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento, a tener un nombre desde que nace y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos. Desde este punto de vista existe una estrecha vinculación entre el derecho a la identidad personal y la dignidad humana —piedra angular de todo el edificio de los derechos fundamentales— pues esta sólo se afirma cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede aspirar a ser reconocida como tal dentro de la sociedad”*¹¹¹.

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional de Chile también reconoció y amparó el derecho a la identidad, estableciendo que: *“debe reconocerse, en efecto que los diversos instrumentos internacionales, ratificados por Chile y vigentes, que cita el juez requirente en apoyo de su argumentación, consagran*

¹⁰⁸ Segundo Juzgado de Familia de Santiago. RIT C-10028-2019. Sentencia de 8 de junio de 2020.

¹⁰⁹ GATICA, María Paz. *La noción de la identidad en el Derecho de Familia*. (Trabajo presentado en el curso “Derecho de Familia: un derecho en transformación”, Magister en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2013).

¹¹⁰ GÓMEZ, Maricruz. *El derecho a conocer los orígenes en la filiación adoptiva. En Técnicas de reproducción humana asistida*. (Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2013). p. 229.

¹¹¹ Tribunal Constitucional. Sentencia de 13 de mayo de 2008. Rol N° 834-2008.

el derecho a la identidad personal generando, por ende, la obligación de los órganos del Estado de respetarlos y promoverlos, en los términos aludidos en el inciso segundo del artículo 5º de la Carta Fundamental”¹¹².

Por último, es necesario citar a la Corte Constitucional Colombiana, la que en Sentencia N° C-098/96, de 7 de marzo de 1996, establece que: *“La sexualidad, heterosexual u homosexual, es un elemento esencial de la persona humana y de su psique y, por consiguiente, e integra en el marco más amplio de la sociabilidad. La protección constitucional de la persona en su plenitud, bajo la forma del derecho de la personalidad y a su libre desarrollo, comprende en su núcleo esencial el proceso de autónoma asunción y decisión sobre la propia sexualidad. Carecería de sentido que la autodeterminación sexual quedara por fuera de los linderos de los derechos al reconocimiento de la personalidad y a su libre desarrollo, si la identidad y la conducta sexuales, ocupan en el desarrollo del ser y en el despliegue de su libertad y autonomía, un lugar tan destacado y decisivo”¹¹³.*

1.3.3. Derecho a la vida familiar y protección a la familia

Uno de los tantos derechos de los que son titulares los niños y niñas es el derecho a vivir y permanecer con su familia, especialmente, a vivir y permanecer con su familia de origen. La prioridad de la familia en la crianza y educación de los hijos es reconocida en el derecho internacional de los derechos humanos y reafirmada por las leyes de infancia en nuestro país¹¹⁴.

De este modo, quedan claras dos aristas importantes sobre la familia y el derecho a pertenecer a esta, en primer lugar, el derecho de las personas a conformar una vida familiar, y en segundo lugar, el derecho del niño, niña o adolescente de formar parte de una familia y de permanecer con aquella familia. Es justamente ese derecho el que se ve vulnerado para los integrantes de familias homoparentales, debido a que no existe un reconocimiento de paternidad o maternidad de uno de los padres o madres del niño, niña o adolescente, en vista de que nuestra legislación no ha reconocido la filiación por parte de dos padres o dos madres sobre un niño, descuidando los derechos de sobre los niños, como lo pueden ser: el cuidado personal, la relación directa y regular, viéndose vulnerados también en caso de muerte del padre o madre que tiene la filiación determinada sobre el hijo o, incluso, en la separación que podría darse dentro de la pareja.

¹¹² BARCIA, Rodrigo y RIVEROS, Carolina. *El derecho al conocimiento del origen biológico como un derecho fundamental. En Técnicas de reproducción humana asistida* (Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2013). Pp. 193.

¹¹³ Corte Constitucional Colombiana, la que en Sentencia N° C-098/96, de 7 de marzo de 1996. Párrafo 4.

¹¹⁴ LAMA, Belén. *El derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en familia* (Santiago, Chile, Thomson Reuter, 2019). Pp. 82-131.

El inciso 5° del artículo 1° de la Constitución Política de la República establece que es deber del Estado darle protección a la familia. El profesor Lepín entiende que este deber se refiere a que tanto el poder ejecutivo como el legislativo tienen que dictar normas que conformen el estatuto protector de la familia y que el poder judicial deberá aplicar las normas siguiendo este fin, tanto las normas como las políticas públicas deben estar encaminadas a mantener tales vínculos familiares, velando por el interés familiar, pero con respeto a las garantías constitucionales¹¹⁵.

Es por esto que la legislación actual, con respecto a la filiación, estaría vulnerando el principio de protección a la familia, debido a que no está protegiendo la homoparentalidad al no reconocer la copaternidad y la comaternidad, situación que no sólo afecta a los padres en el ejercicio de sus derechos, sino que también afectaría a los hijos de este tipo de familia.

Esta protección a la familia no sólo se encuentra reconocida en el ordenamiento jurídico nacional, sino que también en el internacional. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 17, establece que *“la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”* y, en el artículo 6 de la Declaración Americana de Derechos del Hombre, se señala que *“toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”*, por lo que se va a proteger un concepto de familia en el sentido amplio, sin distinción respecto de la relación que tengan los padres o madres. De manera que, respecto a ello, la jurisprudencia de la CIDH se ha inclinado a la protección del derecho de los niños, niñas y adolescentes a la vida familiar en un sentido amplio, interpretando de manera extensiva a todo tipo de familias, como sería el caso de la familia homoparental¹¹⁶.

Por su parte, La Convención sobre Derechos del Niño, establece en su preámbulo que: *“la familia (...) debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad (...) que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor, y comprensión”*.

¹¹⁵ LEPÍN, *Óp. Cit.* pp. 9-55.

¹¹⁶ LAMA, *Óp. Cit.* pp. 82-131.

1.3.4. Derecho a la filiación y maternidad sin discriminación por orientación sexual

La profesora Claudia Iriarte, se refiere a la importancia del artículo 1° de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el que determina el sentido de la noción de discriminación contra la mujer¹¹⁸. Este artículo establece que: *“Denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil (...) de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económicas, sociales, culturales y civiles o en cualquiera otra esfera”*.

Por su parte, el artículo 16 de la Convención establece que: *“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:*

- a) El mismo derecho para contraer matrimonio;*
- b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento;*
- c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución;*
- d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial (...).”*

Es en este sentido que las mujeres lesbianas en Chile son sujetas a discriminación, no sólo por el hecho de ser mujeres, sino que también en el ejercicio al derecho de maternidad junto a su pareja del mismo sexo y en tener una filiación en conjunta con esta. El CEDAW (Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer) en su informe del 20 de marzo de 2018, se refiere a los obstáculos que afrontan las mujeres lesbianas para poder acceder a la justicia, y recomienda que es necesario establecer “procesos para eliminar las decisiones y prácticas discriminatorias contra las mujeres lesbianas en el sistema de justicia chileno”¹¹⁹. Por lo tanto, resulta necesario por parte del Estado establecer políticas que protejan los derechos filiativos de las mujeres en relaciones entre personas del mismo sexo.

¹¹⁸ IRIARTE, *Óp. Cit.* pp. 17-32.

¹¹⁹ IRIARTE, *Óp. Cit.* pp. 17-32. Citando la Convención Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (CEDAW) – Chile (2018). Informe del 20 de marzo de 2018. Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Chile, párrafo. 15 y 16.

1.3.5. Interés superior del niño

El Interés superior del niño es uno de los principios más relevantes del ordenamiento jurídico en cuanto al derecho de familia, pues este determina que los agentes de los poderes públicos deben cautelar de un modo imperativo el respeto de los derechos fundamentales del niño y la niña¹²⁰.

El artículo 3.1 de la Convención de Derechos del Niño (suscrita por Chile en 1990) establece que: *“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. Se trata de un principio transversal tanto por los sujetos e instituciones a que vincula (instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, órganos legislativos, padres, tutores o cuidadores); como por su extensión material (todas las medidas concernientes a los niños)”*.

El objetivo del artículo anterior es velar porque el interés superior del niño se observe en todas las decisiones y medidas relacionadas con las personas menores de edad. Esto significa que, en cualquier actuación o intervención que afecte a uno o varios niños, su interés superior deberá ser una consideración primordial a la que se atenderá preferentemente¹²¹.

Aun así, la noción de interés superior del niño es un concepto jurídicamente indeterminado, tanto para nuestro legislador como para los organismos internacionales, debido a que sus límites no han sido precisados con exactitud. A pesar de esto, ha existido cierta unanimidad con base en la definición que da el profesor Cillero, quien se ha referido a este principio como: *“la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derecho en este caso se identifican. Es decir, el principio le recuerda al juez o a la autoridad que se trate, que ella no construye soluciones jurídicas desde la nada, sino en estricta sujeción, no sólo en la forma también en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente”*¹²². Por su parte, el profesor Mauricio Tapia, establece que: *“la noción de interés superior del*

¹²⁰ DEL PICÓ, Jorge. *Derecho de familia*. (Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2017). pp. 39-43.

¹²¹ RAVETLLAT, Isaac y PINOCHET, Ruperto. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño y su configuración el Derecho Chileno”. *Revista Chilena de Derecho*, volumen 42, N°3 (2015).

¹²² CILLERO, Miguel. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. *Justicia y Derechos del Niño*, vol. N°1 (2016), UNICEF. p. 134.

niño tiene un marcado carácter valórico y jerárquico, de forma al que puede entenderse que unos intereses (el de los niños) priman por sobre otros (el de los padres)¹²³.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, estableció que: *“El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además imperioso. En relación al interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”¹²⁴.*

Por su parte, La Excm. Corte Suprema de Chile ha fallado que: *“Cabe tenerse presente que en estas materias debe tenerse siempre en consideración el interés superior del niño, como principio fundamental e inspirador de nuestro ordenamiento jurídico, de relevancia transversal en la legislación de familia y menores. Así lo dispone, por lo demás, el artículo 16 de la Ley N° 19.968 y, aun cuando su definición se encuentra en desarrollo o constituya un concepto indeterminado, cuya magnitud se aprecia cuando es aplicado al caso concreto, puede afirmarse que el mismo, alude al pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, buscándose a través del mismo, el asegurador el ejercicio y protección de los derechos fundamentales de los menores y posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de su vida, orientados al desarrollo de su personalidad”¹²⁵.*

El principio de interés superior del niño permea la legislación de derecho de familia en Chile, por lo que aparece en el Código Civil, pero también en la Ley de Matrimonio Civil, Ley de Tribunales de Familia y en la Ley de Adopción. Más allá del alcance conceptual de este principio, es necesario establecer que no es posible sostener que la protección de los derechos de los niños sea resguardada bajo un único modelo de familia¹²⁶. Así, este interés está ligado a su identidad, a su ser o esencia como persona, que supone una protección a poder pertenecer a una familia, como menciona el profesor Mauricio Tapia en el informe en Derecho presentado ante el Segundo Juzgado de Familia de Santiago para la reclamación de maternidad de Attilio¹²⁷.

¹²³ TAPIA, Mauricio. *Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas* (Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2005). p. 132.

¹²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2012. Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile. Párrafo 108.

¹²⁵ Corte Suprema. 2008. 4° sala. Rol de ingreso N° 3202-2008.

¹²⁶ BASOALTO, 2019. *Óp. Cit.* pp. 10-30.

¹²⁷ TAPIA, 2020. *Óp. Cit.* pp. 45-82.

De esta forma, al momento en que el Estado, obliga a que los niños sean parte de un tipo determinado de familia sin consideración a su identidad, ni tampoco sin evaluar o sopesar los distintos intereses, específicos a su origen en un tipo de familia determinada (como sería el caso de la familia homoparental), provocara que su interés superior se vea perturbado de forma arbitraria.

Se puede observar que en la sentencia del Segundo Juzgado de Familia de Santiago en el caso de Attilio (RIT C-10028-2019) se hace referencia a esto último al establecerse que: *“El interés superior de Attilio debe ser determinado teniendo en cuenta su derecho a la identidad, es decir, de manera que el elemento dinámico de su identidad –dado por el ejercicio de la maternidad afectiva y social de la demandada– se vea reflejado en la filiación legal de él, pues sólo así se satisface tal derecho a la identidad”*¹²⁸.

La plena satisfacción de los derechos de un niño o niña sólo se dará en el momento en que exista también un pleno reconocimiento de su unidad familiar, la que, en este caso, se encuentra compuesta por dos mujeres en una relación de pareja, pero bien podría ser el caso de dos hombres que se encontraran emparejados y que decidieren tener un hijo o hija.

A partir de esto, declaraciones como las de la senadora Ena Von Baer, en el contexto del debate, en particular de la norma que permite la filiación de menores de parejas homoparentales, la que estableció que: *“se ha dicho que esta norma busca poner en el centro a los niños, pero no es así, sino que prioriza el interés de aquellos que quieren ser madres de un niño, que no ha sido concebido biológicamente por ellas. El enfoque es equivocado, se piensa desde el adulto”*¹²⁹, quedarían sin sustento, entendiendo que, dentro del interés superior del niño (que conlleva la máxima y plena satisfacción de sus derechos, entre ellos el derecho a la identidad, igualdad y no discriminación) se encuentra el hecho, de que su filiación, respecto de sus dos madres o dos padres, pueda ser reconocida por el derecho.

¹²⁸ Segundo Juzgado de Familia de Santiago. RIT C-10028-2019. Sentencia de 8 de junio de 2020. Considerando décimo cuarto.

¹²⁹ Primer trámite constitucional respecto de proyecto de Ley que “Regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo”. 1 de Julio de 2020. <https://www.senado.cl/noticias/filiacion/avanza-a-su-debate-en-particular-norma-que-permite-la-filiacion-de>

2. Capítulo II: La copaternidad y comaternidad en el derecho comparado

Al momento de estudiar la copaternidad y la comaternidad, se vuelve necesario recurrir al derecho comparado, pues será este el que nos entregue respuestas y claridades para el futuro reconocimiento de estas instituciones en nuestro país.

Es sabido que otros países se encuentran mucho más avanzados respecto a esta temática y que, de hecho, han implementado políticas de reconocimiento de las familias homoparentales desde principios del siglo XXI. La tarea de encontrar sistemas y tradiciones jurídicas comparables con Chile en esta materia no es sencilla.

Lo anterior, se manifiesta en el entendimiento de Bradley, quien establece que: *“el derecho de familia provee un medio indispensable para promover objetivos políticos (...), las leyes de derecho de familia involucran un gran abanico de preocupaciones políticas. En un primer nivel, es necesario establecer, que las políticas legales que afectan a los niños serán particularmente sensibles, con regulación de la autoridad parental estableciendo una intervención estatal en la familia y el rol de esta en la sociedad. En otro extremo, un cambio radical, en las leyes de la familia, puede consolidar una revolución política. La adopción de un nuevo sistema de Derecho de Familia, puede operar como un aspecto identificable de la construcción de un Estado y Nación”*¹³⁰.

En este respecto, los modelos de derecho comparado que se usarán en esta tesis son los del ordenamiento jurídico argentino, el ordenamiento jurídico español y por último, el ordenamiento jurídico del Reino Unido. Esta selección de normativas se hizo con el objetivo de estudiar cómo se fueron incorporando de forma temporal las modificaciones en los ordenamientos jurídicos, de los países que se estudiarán en esta tesis.

Primeramente, el derecho argentino será utilizado debido a los avances que ha tenido el país trasandino en políticas de reconocimiento de la familia homoparental dentro de Latinoamérica, tal como el reconocimiento al matrimonio entre personas del mismo sexo en el año 2010¹³¹ y la

¹³⁰ BRADLEY, David. *Family Law*. Second Edition (Maastricht, Países Bajos, Elgar Encyclopedia of Comparative Law, 2014) p. 331.

¹³¹ VON OPIELA, Carolina. *Los mismos derechos con los mismos nombres. Una mirada sobre el matrimonio igualitario en Argentina y en el mundo. En Matrimonio entre personas del mismo sexo. Antecedentes. Implicancias. Efectos Ley 26.618*. (Buenos Aires, Argentina, La Ley, 2011) p. 146.

implementación de una fórmula de adecuación de la nomenclatura de sus normas, en donde se reemplazó el binomio “padre y madre” por el término de “padres”. Luego el nuevo Código Civil y Comercial vigente desde el año 2015 reguló la filiación, estableciendo los mismos efectos para aquella originada por la naturaleza, la adopción o por las técnicas de reproducción asistida¹³². También, resulta necesario tomar en cuenta la cercanía histórica y cultural, que tiene Argentina con nuestro país.

En segundo lugar, se analizará el derecho español por el hecho de que España ha reconocido el matrimonio entre personas del mismo sexo desde el año 2005, debido a que modificó su Código Civil y Ley de Registro Civil, para establecer terminologías neutras en lo referente al matrimonio. Resulta importante resaltar que España implementó políticas de integración de la comunidad LGBTIQ+ desde finales del siglo XX. Al igual que en el caso de Argentina, España comparte cercanías históricas con nuestro país.

Por último, Reino Unido, país que, aunque en términos de reconocimiento del matrimonio igualitario se posiciona como más tardío en cuanto a políticas de esta índole en comparación a los otros dos países, reconociéndolo sólo desde 2020 (Inglaterra y Gales desde marzo 2014, Escocia desde diciembre de 2014 e Irlanda del Norte desde 2020), sí ha reconocido la adopción por parte de parejas del mismo sexo desde el año 2005. A su vez, resulta importante explorar los casos de países fuera de nuestra tradición jurídica de derecho continental, en contraste con los dos países anteriormente señalados.

2.1. Reconocimiento de la copaternidad y comaternidad en el derecho argentino

Dentro de la Constitución de la Nación Argentina, en su artículo 16, se consagra el principio de igualdad, debido a que este establece que: *“La nación argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”*¹³³.

¹³² CIFUENTES, Pamela; GUERRA, Pedro; TRUFELLO, Paola. *Terminología jurídica aplicable a la filiación de padres y madres del mismo sexo. Casos de España, Argentina y Uruguay*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Abril de 2021.

¹³³ Constitución de la Nación Argentina. Artículo 16.

Con ello, en el derecho vigente de este país, existe un conjunto normativo de respeto a la libertad y a la dignidad de todas las personas en condiciones de igualdad, no discriminación y con un alcance universal, que en caso de violación no reparada compromete la responsabilidad internacional de la Argentina¹³⁴. De manera que dentro del Plan Nacional contra la discriminación se establece que: *“Es preciso reconocer que existe en nuestra sociedad un espectro de diferentes expresiones de sexualidad: gays, lesbianas, bisexuales, homosexuales, travestis, transexuales, transgénero, intersexuales, etc. (...) Las personas de las diversas orientaciones sexuales e identidades de género figuran entre los grupos humanos discriminados en nuestra sociedad, a los cuales se les reservan etiquetas negativas y epítetos peyorativos y ofensivos”*¹³⁵.

En el año 2010, Argentina da un avance institucional en materia de reconocimiento de los derechos humanos, en particular respecto del derecho de igualdad y no discriminación: La Ley de Matrimonio Igualitario –Ley N° 26.618–, la que fue producto de un trabajo intenso por parte de las organizaciones del movimiento LGBTIQ+, los cuales 20 años antes no pudieron lograr el reconocimiento de su Personalidad Jurídica. El artículo 42 de la Ley N° 26.618, estableció que: *“Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo como al constituido por dos personas de distinto sexo. Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones. Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo como al formado por dos personas de distinto sexo”*¹³⁶.

Cabe destacar que el reconocimiento del matrimonio igualitario en Argentina tiene como antecedente el reconocimiento de las uniones civiles en el año 2002, y el hecho de que varios jueces y juezas comenzaron a producir fallos que declaraban la inconstitucionalidad planteada en el Código Civil argentino sobre la materia, por lo que habilitaban a las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio¹³⁷. Lo anterior es debido a que Argentina tiene un sistema de control constitucional

¹³⁴ PINTO, Mónica. *La Constitución de la Nación Argentina consagra la igualdad de todas las personas y sus iguales Derechos. En Matrimonio entre Personas del mismo sexo. Ley 26.618. Antecedentes. Implicancias. Efectos* (Buenos Aires, Argentina, Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2011). pp. 2-3.

¹³⁵ Plan Nacional contra la discriminación. La discriminación en Argentina. (Buenos Aires, Argentina, 2005) p. 50

¹³⁶ Ley de Matrimonio Civil. Ley N° 26.618. Artículo 42.

¹³⁷ FIGARI, Carlos. *Matrimonio Igualitario: Ciencia y Acción Política. En Matrimonio entre Personas del mismo sexo. Ley 26.618. Antecedentes. Implicancias. Efectos* (Buenos Aires, Argentina, Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2011). pp. 101-103.

difuso, es decir, todos los jueces están facultados para decretar la inconstitucionalidad de una norma con efecto para el caso concreto y no erga omnes¹³⁸, como en el caso de Chile.

El Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Nro. 15, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con fecha 10 de noviembre de 2009, en caso “F.A. c. GCBA”, estableció que: *“Resulta procedente la acción de amparo impetrada contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a fin de que se ordene a las autoridades del Registro Civil y Capacidad de las Personas celebrar un matrimonio entre dos personas del mismo sexo, ya que la exclusión de los actores del derecho a contraer matrimonio se funda en una categoría sospechosa de discriminación, y el Estado no ha logrado demostrar que el empleo de esa categoría sea estrictamente necesario para el cumplimiento de un fin legítimo”*.

Respecto al histórico reconocimiento sistemático del matrimonio entre personas del mismo sexo en Argentina, en el año 2010, surgieron variadas discusiones respecto del rol de la familia tradicional y del lugar de los niños y niñas dentro de la pareja entre personas del mismo sexo, como también respecto de la filiación.

Se plantearon argumentos similares a aquellos dados en nuestro país respecto a la habilidad parental de las parejas entre personas del mismo sexo. Estos argumentos en realidad no son veraces, de acuerdo a variadas investigaciones en los campos de la psicología y la psiquiatría, los que dan cuenta que no es posible concluir que los niños, niñas y adolescentes que sean hijos de parejas del mismo sexo vayan a experimentar problemas o ventajas en comparación a aquellos de las parejas heterosexuales¹³⁹. Lo que ocurre en este caso es, más bien, la consagración del respeto a la dignidad y libertad, en condiciones de igualdad y no discriminación¹⁴⁰.

La Ley N° 26.618, modificó las expresiones de esposo y esposa por aquella de “cónyuges”, así como el Art. 172 del Código Civil argentino vigente al momento posterior de la dictación de la Ley, que establecía: *“Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado*

¹³⁸ GROSMAN, Cecilia y HERRERA, Marisa. *Tensiones y desafíos del derecho a contraer matrimonio de las parejas del mismo sexo. La experiencia en el derecho argentino. Parejas Homosexuales ¿Unión Civil o Matrimonial?* (Santiago de Chile, 2013). P.149.

¹³⁹ FIGARI, *Óp Cit.* p. 119.

¹⁴⁰ VON OPIELA, *Óp Cit.* p.146.

*personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean de el mismo o de diferente sexo (...)*¹⁴¹.

A continuación, se analizarán tres asuntos relevantes en materia de copaternidad y comaternidad en Argentina. (i) En primer lugar, referente al régimen de filiación por naturaleza que existe en Argentina en cuanto a las parejas del mismo sexo. (ii) En segundo lugar, respecto de la filiación mediante adopción hecha por parejas del mismo sexo en Argentina, puede ser la ya analizada adopción por integración y, también, la adopción en conjunto por la pareja entre personas del mismo sexo. (iii) Por último, ciertas cuestiones referentes al tratamiento que se les da a las técnicas de reproducción asistida en el ordenamiento jurídico argentino, desde la política del reconocimiento.

2.1.1. La filiación: filiación por naturaleza en las parejas entre personas del mismo sexo en Argentina.

El Art. 558 del Código Civil y Comercial de la Nación, vigente desde el año 2015, establece que¹⁴²: “*La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código (...)*”. De manera que, el Código Civil y Comercial argentino establece que la filiación sólo puede dar origen a dos vínculos que son aquellos de madre y padre, dos padres y dos madres¹⁴³. En este sentido, la filiación constituye el conjunto de relaciones jurídicas que determinan la paternidad y la maternidad de una persona, reconociéndose, en este caso, la filiación por naturaleza, por adopción o adoptiva y a través de las técnicas de reproducción asistida.

Respecto de la maternidad, el art. 565 del Código Civil y Comercial establece que: “*En la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido*”¹⁴⁴, lo cual no presenta cambios respecto del antiguo Código Civil vigente al momento de la dictación de la Ley de Matrimonio Igualitario, que se encuentra derogado desde el año 2015.

¹⁴¹ Desde entonces ese Código Civil se encuentra derogado, luego de la dictación del Código Civil y de Comercio de la Nación, en el año 2015.

¹⁴² Código Civil y Comercial de la Nación. Artículo 558 (Buenos Aires, Argentina, 2015).

¹⁴³ LOPES, Cecilia. *Familias Formadas por parejas del mismo sexo y el Código Civil y Comercial de la Nación. Derecho y Ciencias Sociales*. pp. 22-44.

¹⁴⁴ Código Civil y Comercial de la Nación. Artículo 565 (Buenos Aires, Argentina, 2015).

En el caso de una pareja entre dos mujeres, el vínculo maternal de la madre no biológica con el niño; niña o adolescente, quedará supeditado al estado civil en el que se encuentre aquella con la mujer quién dio a luz, quien será la madre biológica del niño o niña¹⁴⁵, referente a esto, el art. 566, establece que: *“Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta 300 días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte”*¹⁴⁶. Lo anterior, resulta revelador en el entendimiento que las maternidades de dos mujeres unidas por vínculo matrimonial, que deseen tener hijos, estarán determinadas por el Código Civil y Comercial. Una de ellas, por el simple hecho del nacimiento de niño o niña, y la otra, por el hecho de que las madres se encuentran casadas, ya que el derecho la reconoce como la madre del hijo o hija de su esposa, solamente por ser su cónyuge.

Esta presunción de maternidad que nos ofrece el Código Civil y Comercial es un avance respecto del Código Civil vigente al momento de dictación de la Ley de Matrimonio Igualitario, el que en su artículo 242, establecía que: *“La maternidad quedará establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba de nacimiento y la identidad del nacido”*¹⁴⁷. A partir de la norma mencionada anteriormente, se puede entender que la cónyuge de la mujer que da a luz no tenía ningún vínculo jurídico sobre el hijo, que tuviese su esposa, salvo que hubiese deseado adoptarlo posteriormente a su nacimiento¹⁴⁸. Se reconocía el hecho que dos mujeres pudiesen estar casadas y además ser madres en conjunto de un niño o niña, solamente que no era un hecho que ocurriese de pleno derecho, sino que debía existir un proceso de adopción.

En caso de que no exista una unión matrimonial, el segundo vínculo jurídico de filiación se establecerá con el reconocimiento del niño o niña por la madre no biológica, de acuerdo al art. 570 del Código Civil y Comercial, el que establece que: *“la filiación extramatrimonial queda determinada por el reconocimiento, por el consentimiento previo, informado y libre uso de las técnicas de reproducción humana asistida, o por la sentencia en juicio de filiación que la declara tal”*.

¹⁴⁵ LOPES, *Óp. Cit.* p. 29.

¹⁴⁶ Código Civil y Comercial de la Nación. Artículo 566 (Buenos Aires, Argentina, 2015).

¹⁴⁷ Código Civil de la República Argentina. Artículo 242.

¹⁴⁸ BIGLIARDI, Karina. *La Filiación: Problemas y Soluciones. En Matrimonio entre Personas del mismo sexo. Ley 26.618. Antecedentes. Implicancias. Efectos.* (Buenos Aires, Argentina, Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2011). p. 337

Respecto a la copaternidad no existe la presunción del artículo 566 del Código Civil y Comercial de la nación, debido a que el fundamento de la presunción es la posibilidad de establecer quién es el padre de los hijos de la mujer casada.

2.1.2. La adopción entre parejas del mismo sexo en Argentina

La adopción por parejas entre personas del mismo sexo no es algo reciente para la judicatura argentina. En agosto del año 2003 un Juzgado de Familia de la Ciudad de Córdoba, en el contexto de la discusión de cuidado personal de dos niños, de 5 y 2 años, estableció que:

“No escapa a la suscripta que las razones, invocadas en el escrito donde expone su petición, se fundan en la orientación sexual del progenitor y su conformación de una pareja homosexual con la cual convive. En este espinoso y difícil tema traído de manera tangencial a consideración, no puede dejar de señalarse la intolerancia y hostilidad que subyace en la sociedad frente a la elección en la orientación sexual de las personas distinta a la esperada, y que cuando se habla de homosexualidad no se señala una conducta o comportamiento humano, sino que la misma categorización pretende, peligrosamente, hacer de ello un diagnóstico; trasladando, equivocadamente, el eje de discusión, al hecho de si ser homosexual es bueno o malo, si es beneficioso o perjudicial, cuando en realidad la preocupación del juzgador debe ser, cualquiera sea la orientación sexual de los progenitores, averiguar si éstos reúnen las condiciones necesarias para desempeñar y cumplir el rol parental adecuadamente y tratar de desentrañar que es lo mejor para el hijo”¹⁵⁰.

El Título VI del Código Civil y Comercial argentino, se refiere a la adopción, específicamente, entre los artículos 594 y 637¹⁵¹. Por su parte, el art. 594, establece un concepto de adopción¹⁵²: *“La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen”.*

Del precepto anterior se desprende que el Código Civil y Comercial argentino tiene un entendimiento amplio del concepto de familia, debido a que se refiere a esta sin hacer una especificación respecto de la diferencia de sexo entre los padres integrantes de la familia, ni tampoco

¹⁵⁰ TESTA, Graciela. *Adopción y parentalidad homosexual ¿Impedimento natural o perjuicio social? La Ley*, Buenos Aires, Vol. 26, pp. 3.

¹⁵¹ PACHECO, 2019. *Óp Cit.* Pp. 67.

¹⁵² Código Civil y Comercial de la Nación. Artículo 594 (Buenos Aires, Argentina, 2015).

estableciendo un orden de precedencia legal respecto de quienes son considerados como sujetos más deseables para adoptar un niño, niña o adolescente como sí lo hace el ordenamiento jurídico chileno, prefiriendo a una pareja entre personas de distinto sexo que se encuentre casada (entendiendo que el matrimonio en Chile es una institución reservada para las parejas heterosexuales) y que tenga residencia en Chile.

De modo que, en primer lugar, podrán adoptar los matrimonios, pudiendo estos estar compuestos por dos hombres, dos mujeres o por un hombre y una mujer. En segundo lugar, ambos integrantes de una unión convencional. Por último, por una única persona, como ocurre en el caso de nuestro país¹⁵³. Además que se encuentran regulados tres tipos de adopción: plena, simple y de integración.¹⁵⁴

Respecto de las distinciones entre adopción plena y simple, es necesario indicar que ambas podrán ser categorizadas dentro de lo que denominamos adopción en conjunto. La diferencia entre las dos radicaría en que la adopción plena confiere al adoptado la calidad de hijo y extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen¹⁵⁵, mientras que en el caso de la adopción simple confiere el estado de hijo al adoptado, pero no crea vínculos jurídicos con los parientes ni con el cónyuge del adoptante¹⁵⁶. Esta distinción resulta irrelevante al momento de analizarla comparativamente con la adopción en Chile, debido a que en nuestro país no se realiza esa distinción.

La adopción por integración, es aquella en la que se tiende a modificar el estado de quien ya se encuentra unido por lazos de sangre a un núcleo familiar o a una parte de él, puesto que ya existiría tal vínculo al momento de que una persona íntegra o completa jurídicamente su núcleo familiar con la figura del adoptante, quien a su vez quiere tenerlo como hijo, y es cónyuge o concubino de su progenitor biológico o legal¹⁵⁷. De manera que la adopción por integración produce

¹⁵³ Ídem. Artículo 599.

¹⁵⁴ LOPES, 2018. *Óp Cit.* p. 32.

¹⁵⁵ Código Civil y Comercial de la Nación. Artículo 620 (Buenos Aires, Argentina, 2015).

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ BIGLIARDI, Karina. “Reflexiones sobre la adopción. En Matrimonio entre Personas del mismo sexo. Ley 26.618. Antecedentes. Implicancias. Efectos”. Fondo Editorial de Derecho y Economía, citando a MORENO, Gustavo. “La adopción integrativa y la necesidad de una nueva reforma del régimen de adopción”. *Revista de Derecho de Familia*, N. 17. p. 48.

entre el adoptado y el adoptante que el primero se inserte en la familia del adoptante con los efectos de la adopción plena¹⁵⁸.

La adopción es la única manera prevista por el ordenamiento jurídico argentino para que una pareja compuesta por dos hombres se conviertan en padres debido a que, como se indicará posteriormente, no se prevé que ellos puedan acceder a técnicas de reproducción asistida en conjunto¹⁵⁹.

2.1.3. Las técnicas de reproducción asistida en parejas entre personas del mismo sexo en Argentina.

Las técnicas de reproducción asistida se encuentran reguladas en su propio capítulo dentro del Código Civil y Comercial vigente desde 2015 en Argentina, desde el artículo 560 hasta el artículo 564. Esto resulta importante debido al hecho que hasta el 2015, Argentina no contaba con una alternativa legal para aquellos vínculos filiativos que eran producto de la aplicación de técnicas de reproducción asistida, por lo que se aplicaba aquello prescrito para el caso de parentesco por consanguinidad o filiación biológica, de manera analógica. La interpretación anterior afectaba de manera específica a las familias formadas por parejas del mismo sexo, en las que el elemento carnal o biológico aparecía debilitado frente al deseo de convertirse en madres o padres¹⁶⁰.

El artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, indica que: *“Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”*¹⁶¹. De la lectura de este artículo podemos entender que se excluye a las parejas compuestas por dos hombres de poder someterse a estas técnicas de reproducción asistida. Debido a lo anterior, sólo existe un reconocimiento de que las parejas entre personas de distinto sexo y las parejas entre dos mujeres puedan optar por las técnicas de reproducción asistida y que, a su vez, el niño o niña que nazca de ese tratamiento pueda tener reconocimiento legal de ser hija o hijo de dos madres o de un padre y una madre.

¹⁵⁸ Código Civil y Comercial de la Nación. 2015. Argentina. Artículo 631.

¹⁵⁹ LOPES, 2018. *Óp Cit.* p.33.

¹⁶⁰ LOPES, 2018. *Óp Cit.* p. 25.

¹⁶¹ Código Civil y Comercial de la Nación Artículo 562 (Buenos Aires, Argentina, 2015).

Es precisamente este hecho al que se le debe poner particular interés, al momento en que se regulen las técnicas de reproducción asistida en Chile, en el marco de la tramitación del proyecto de matrimonio igualitario, el que dará paso al reconocimiento de copaternidad y comaternidad. Lo anterior, para no dejar desregularizada, la posibilidad que una pareja de dos hombres puedan optar por la utilización de técnicas de reproducción asistida, y que el niño o niña, que sea producto de la aplicación de tal técnica, tenga la filiación determinada respecto de ambos padres.

2.2. Reconocimiento de la copaternidad y comaternidad en el derecho español

*“Hablar de historia de los derechos de los homosexuales en España es hablar de la historia de España (...) La historia de la homosexualidad en España es también una historia de sobresaltos (...)”*¹⁶². Es difícil recordar el hecho que bajo la dictadura franquista en España, período que comenzó en 1939 y terminó en 1975, los integrantes del colectivo LGBTIQ+ eran perseguidos. Lo anterior, se debe al hecho de que en la actualidad España ha sido uno de los países que constantemente ha impulsado una agenda legislativa y social en favor del grupo humano que durante los años de dictadura se persiguió.

La Ley 13/2005 de 1 de julio de 2005, modificó el Código Civil español en materia matrimonial, constituyéndose esta modificación legislativa, como una concesión máxima y definitiva de derechos para la población LGTBIQ+ por parte del Estado, reconociéndose mediante esta reforma, el mal llamado “matrimonio homosexual”, refiriéndose al matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo¹⁶³.

La Ley de Matrimonio Igualitario fue el resultado del trabajo y de la lucha de años de la Federación Estatal de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales¹⁶⁴. Como era de esperarse, este hecho histórico no se vio exento de críticas, debido a que, después de la entrada en vigencia de la ley, el Partido Popular interpondría un recurso en contra de ella ante el Tribunal Constitucional español. La interposición de este recurso se debió a que, se consideraba que existía una vulneración

¹⁶² PARDINAS, Marcos. *El fin de la homofobia. Derecho a ser libres para amar*. (Madrid, España, Editorial La Catarata, 2016) pp. 60-61.

¹⁶³ DE LA ROSA, Ricardo. *El tratamiento jurídico de la filiación en el seno de las parejas homoparentales* (Doctor). (Barcelona, España, Universitat de Barcelona, 2017) p. 273.

¹⁶⁴ BOTI GARCÍA, Rodrigo. “*La Ley 13/2005 de Matrimonio Igualitario y la FELGTB*. RJUAM, 27”, pp.321-323.

al Art. 32 de la Constitución española. El artículo mencionado anteriormente establece que: *“El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”*.

De la misma forma, se argumentó que la entrada en vigencia de la Ley 13/2005, habría violado otras disposiciones legales. Así fue como, durante los siete años que tardó en fallarse este recurso por parte del Tribunal Constitucional español, estuvo en peligro la legalidad de las uniones entre personas del mismo sexo y los derechos que se les había reconocido a los hijos e hijas de aquellas parejas¹⁶⁵. Finalmente, este recurso terminaría siendo desestimado, bajo el entendimiento evolutivo de la Constitución, y el mismo tribunal señaló que, el matrimonio es una institución independiente de que los cónyuges sean de igual o de distinto sexo, y no debería tomarse en cuenta la sexualidad de los contrayentes, para su realización¹⁶⁶.

El artículo 44 del Código Civil español, desde la entrada en vigor de la Ley 13/2005, establece que: *“El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo sexo o de diferente sexo”*¹⁶⁷. Con el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, cinco años antes que su reconocimiento en Argentina, y diez años antes que el reconocimiento de las uniones civiles entre personas del mismo sexo en Chile, queda claro el avance de la legislación española al momento de amparar las relaciones entre personas del mismo sexo. Con todo, es inevitable que vuelvan a surgir las mismas interrogantes que ya han sido discutidas a lo largo de esta tesis: ¿Qué ocurre con los niños, niñas y adolescentes que nacen o se crían en el seno de la familia conformada entre dos padres o dos madres? ¿Existe un reconocimiento de la copaternidad y de la comaternidad por el derecho español?

A lo largo de la historia, las parejas entre personas del mismo sexo han tenido descendencia, con todas las dificultades que esto ha implicado¹⁶⁸. En la actualidad, la filiación se encuentra regulada en el Código Civil español desde el art. 108 al 141. El artículo 108, establece que: *“La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí (...)”*¹⁶⁹. Del estudio del precepto anterior, se

¹⁶⁵ BOTI GARCÍA, *Óp. Cit.* pp. 322.

¹⁶⁶ Ídem. p. 322.

¹⁶⁷ Código Civil Español. 1889. Artículo 44.

¹⁶⁸ DE LA ROSA, *Óp. Cit.* p. 323.

¹⁶⁹ Código Civil Español. 1889. Artículo 108.

pueden observar dos distinciones: (i) la primera respecto de sí la filiación es por naturaleza o por adopción, y (ii) la segunda, respecto si es que la filiación por naturaleza es matrimonial o no matrimonial. Para un correcto estudio de esta materia, se analizará en primer lugar las hipótesis de filiación matrimonial; en segundo lugar, aquellas de filiación no matrimonial y, por último, la de filiación adoptiva.

2.2.1. Filiación matrimonial en parejas entre personas del mismo sexo en España.

En este caso, al igual como ocurre en el derecho argentino, es necesario realizar una distinción respecto de sí el matrimonio ha sido celebrado entre dos mujeres o entre dos hombres, debido a que el tratamiento de ambos es diferente.

2.2.1.1. Matrimonio celebrado entre dos mujeres.

Cuando nos referimos al nacimiento de un niño o niña dentro de un vínculo matrimonial entre dos mujeres, es necesario recurrir a la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, la que en su artículo 7.1 y 7.3 establece que: “7.1. *La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los siguientes tres artículos*” y “7.3. *Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.*”¹⁷⁰

Se establece una regulación de la filiación ajena al hecho biológico y determinadamente no natural¹⁷¹. En este caso, la cónyuge no gestante del niño o niña deberá manifestar su consentimiento para que cuando nazca el hijo o hija de su cónyuge se determine a su favor, la filiación respecto del niño o niña, ante el encargado de registro del lugar de domicilio¹⁷². Por este motivo, el sistema normativo español reconoce la doble filiación materna entre dos mujeres casadas que hayan sido madres a través de técnicas de reproducción asistida. Una filiación será establecida por naturaleza y la otra por adopción¹⁷³.

¹⁷⁰ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Art. 7.1 y 7.3

¹⁷¹ JARUFE. *Op. Cit.* p. 100.

¹⁷² BENAVENTE, Pilar. “*La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual. ADC*”, Tomo LXIV. p. 97.

¹⁷³ JARUFE. *Op. Cit.* p. 100.

2.2.1.2. Matrimonio celebrado entre dos hombres.

En el sistema jurídico español no es posible la aplicación de la Ley de técnicas de reproducción asistida para reconocer la copaternidad por naturaleza sobre un niño o niña, respecto de dos hombres que se encuentren casados. Cabe destacar que la vía a la que se ha recurrido en la práctica -la gestación por sustitución o también llamada maternidad subrogada- ha traído variadas discusiones y ha resultado ser polémica para varios sectores doctrinales¹⁷⁴. Lo anterior debido a que la maternidad subrogada o gestación por sustitución se encuentra prohibida en España¹⁷⁵, de acuerdo a lo que establece el art. 10 de la Ley de técnicas de reproducción asistida¹⁷⁶: “1. *Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.*”

En razón de esto se ha discutido la aplicación del principio de igualdad, debido a que no se reconoce la doble filiación paterna matrimonial, como si ocurre en el caso de la doble filiación materna matrimonial. Lo anterior, tiene como fundamento que la filiación paterna se basa en una presunción de paternidad respecto del marido de la mujer que ha dado a luz¹⁷⁷. Por lo que ocurriría exactamente la misma situación que en la legislación argentina, en donde existe un reconocimiento de la comaternidad entre la mujer que se somete a técnicas de reproducción asistida y su cónyuge, debido al vínculo matrimonial. No obstante, esto no ocurre en el caso de una posible copaternidad pues, al igual que en Argentina y en Chile, la maternidad es determinada por el parto.

El Tribunal Supremo de España, en sentencia 835/2013 de recurso de casación interpuesto en contra de sentencia dictada por Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia, deniega la solicitud de inscripción en el Registro Civil de España de dos niños nacidos en California, Estados Unidos, dentro de un matrimonio español, y cuya gestación se dio a través de maternidad subrogada o también llamada gestación por sustitución, en vista de que esto era contrario al orden público español, yendo en contra, específicamente, del artículo 10 de la Ley de técnicas de reproducción asistida.

¹⁷⁴ *Ibidem.* p. 103.

¹⁷⁵ DE LA ROSA, *Óp. Cit.* p. 436.

¹⁷⁶ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Art. 10.

¹⁷⁷ Código Civil de España. 1889. Art.116.

Los padres argumentaron en el recurso de casación que no permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación por naturaleza de sus dos hijos nacidos en California en favor de los dos hombres resultaría discriminatorio y que además, privar de su filiación a los niños vulneraría el interés superior de aquellos, así también su posición jurídica, y les dejaría desprotegidos. Los recurrentes expresan que ellos son los mejores padres por naturaleza que los niños podrían tener, frente a la mujer que los dio a luz, que asumió su papel de mera parte en un contrato y se limitó a cumplir con las prestaciones asumidas en el mismo.

En dicha sentencia, el Tribunal Supremo de España, sostiene que este no sería un acto discriminatorio por la orientación sexual de la pareja de dos hombres que buscaban inscribir la filiación en el Registro Civil español (y que sería denegada, debido a que el principal argumento de la pareja era el artículo 14 de la Constitución española que consagra el principio de igualdad). Esta inscripción vulneraría el orden jurídico español al resultar, de acuerdo con el Tribunal, *“incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares”*.

La inscripción también pasaría a llevar derechos fundamentales como la dignidad de la persona y el interés superior del niño consagrados en instrumentos internacionales, debido a que el interés superior del niño, a pesar de ser un concepto jurídicamente indeterminado, no puede suponer el amparo de situaciones jurídicas que han sido prohibidas o limitadas por el legislador¹⁷⁸. Sin embargo, esto no impide que se pueda establecer la copaternidad a través de adopción en conjunto o sucesiva según prevé el vigente artículo 175.4 del Código Civil o por la adopción de los hijos de uno de ellos, por el otro¹⁷⁹.

2.2.2. Filiación no matrimonial en el caso de parejas de hecho del mismo sexo en la legislación española.

La filiación no matrimonial es la que procede de progenitores no casados entre sí ni en el momento de la concepción, ni en el del parto, ni tampoco con posterioridad al parto. La filiación no matrimonial podrá ser determinada respecto de uno de los progenitores, o bien, respecto de

¹⁷⁸ Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo civil, Sentencia 835/2013 de 6 de febrero de 2014, Rec. 245/2012.

¹⁷⁹ BENAVENTE MOREDA, Pilar. *Registro y Filiación en Parejas LGBT*. En *La Protección de los Derechos Fundamentales de Personas LGBTI*. (Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 2019) p. 346.

ambos¹⁸⁰. La determinación de la filiación no matrimonial se puede dar respecto de los supuestos que establece el art. 120 del Código Civil español.

El primero de estos supuestos recae en el art. 120 de filiación no matrimonial, el cual establece que: *“En el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil”*¹⁸¹. De este modo, de acuerdo a lo que indica De la Rosa, este primer supuesto quedaría restringido a las parejas heterosexuales, pues la mera declaración del cónyuge del padre o madre, sea hombre o mujer, en su caso específico, no basta para determinar en su favor la filiación¹⁸².

Lo mismo ocurriría en el segundo supuesto, el que indica: *“por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público”*¹⁸³, y en el tercer supuesto: *“Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil”*¹⁸⁴, los cuales se refieren a aquellos casos de reconocimiento a los hombres y mujeres que se encuentren en una relación de hecho con un padre o una madre, respectivamente, los cuales no tendrán derecho a acceder a esta posibilidad¹⁸⁵.

Por último, lo mismo ocurre en el cuarto supuesto: *“por sentencia firme”*, en caso de juicio de filiación, como también por el hecho de *“hacer constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil”*.

Respecto de las relaciones de hecho que mantienen dos mujeres, es importante establecer, como ya se mencionó anteriormente, que la maternidad viene a estar determinada por el parto y que, su pareja de hecho, mujer, no podrá acceder a ser madre por naturaleza del hijo o hija de su pareja no estando casadas¹⁸⁶. En ese caso, se deberá recurrir al proceso de la adopción. Respecto de las relaciones de hecho entre dos hombres, solamente quedaría limitado al supuesto de la adopción, no importando si es que la unión es o no matrimonial.

¹⁸⁰ DE LA ROSA, *Óp. Cit.* pp. 337.

¹⁸¹ Código Civil de España. 1889. Art. 120.1.

¹⁸² DE LA ROSA, *Óp. Cit.* p. 338.

¹⁸³ Código Civil de España. 1889. Art. 120.2.

¹⁸⁴ Ídem. Art. 120.3.

¹⁸⁵ DE LA ROSA, *Óp. Cit.* p. 341.

¹⁸⁶ BENAVENTE, *Óp. Cit.* p. 116.

2.2.3. Filiación por adopción en parejas entre personas del mismo sexo en la legislación española.

Al momento de referirnos a la adopción por parte de matrimonios entre personas del mismo sexo en España, es necesario en primer lugar, hacer una distinción respecto de la adopción que se puede dar en conjunto por la pareja entre personas del mismo sexo y la adopción hecha por un cónyuge, respecto del hijo o hija de su pareja.

El Código Civil español regula la adopción a partir de su artículo 175. En este mismo artículo, en su numeral 4, se establece que: *“Nadie podrá ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges o por una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permitirá al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. Esta previsión será también de aplicación a las parejas que se constituyan con posterioridad (...)”*¹⁸⁷. El numeral anterior permite la adopción conjunta por parte de ambos cónyuges, no haciendo una distinción entre sí las personas casadas son una pareja entre personas de distinto o del mismo sexo.

De la misma manera, se permite y reconoce la adopción que haga uno de los cónyuges respecto de los hijos de su pareja¹⁸⁸. No obstante, de acuerdo a variadas organizaciones LGBTQ+ en España, el procedimiento de adopción doméstica es largo y tiene una tasa de éxito baja, especialmente para los matrimonios entre personas del mismo sexo¹⁸⁹. Es por esto que, en el caso de parejas compuestas por dos hombres, o en el caso de parejas de mujeres lesbianas que no se someten a técnicas de reproducción asistida, las opciones realistas son iniciar un procedimiento de adopción internacional como personas individuales o convertirse en familias de acogida¹⁹⁰.

A través del análisis de la copaternidad y comaternidad en el derecho español, se pueden identificar varios puntos en común con la legislación argentina, específicamente en el hecho de que, a diferencia del sistema jurídico chileno, ambos países reconocen la filiación que se puede dar respecto de un niño de dos padres o dos madres, la que se puede establecer de manera matrimonial,

¹⁸⁷ Código Civil de España. 1889. Art. 175.4.

¹⁸⁸ BENAVENTE, *Óp. Cit.* pp. 117.

¹⁸⁹ MESSINA, Roberta y D'AMORE, Salvatore. *“Adoption by Lesbians and Gay men in Europe: Challenges and Barriers on the Journey to Adoption. Adoption Quarterly”*. pp. 64.

¹⁹⁰ MESSINA y D' AMORE, pp. 64.

en el caso de la comaternidad, y a través de la adopción que se puede dar en caso de una pareja entre dos hombres y también entre dos mujeres.

2.3. Reconocimiento de la copaternidad y comaternidad en el derecho de Reino Unido.

Al momento en que revisamos la historia del tratamiento de las relaciones entre personas del mismo sexo en Reino Unido, podemos encontrar varios nombres que resultan conocidos, como el de Oscar Wilde; Christopher Isherwood; Alan Turing; Robert McBryde y Robert Colquhoun, por mencionar sólo algunos. Estos nombres corresponden a personas que vivieron en una época en la que la homosexualidad era penalizada y perseguida en Reino Unido, y cuyas vidas parecen lejanas al país que conocemos actualmente, el que ha asumido un compromiso fundamental en el reconocimiento del derecho de las parejas entre personas del mismo sexo de poder ser padres y formar una familia¹⁹¹.

La homosexualidad dejó ser un delito en Inglaterra y en Gales con la entrada en vigencia del *Sexual Offences Act 1967*. Posteriormente, grupos LGTBQ+ en Inglaterra como Gay Liberation Front, Campaign for Homosexual Equality, International Lesbian and Gay Association, Stonewall y Outrage!, demostraron su descontento en contra de las nuevas medidas que buscaban prevenir la “promoción de la homosexualidad” y establecían que las relaciones entre personas del mismo sexo eran “falsas relaciones de familia”¹⁹².

Un antecedente relevante al momento de referirse al tratamiento de las relaciones entre personas del mismo sexo en Reino Unido, fue el Caso *Dudgeon vs UK*, de 1981, en el que Jeffrey Dudgeon, residente de Irlanda del Norte, quien se auto identificaba como un hombre “gay”, denunció la existencia de leyes en Irlanda del Norte que criminalizaban actos homosexuales entre dos adultos en edad de consentimiento, a través de *Offences against the Person Act 1861 y Criminal Law Amendment 1885*¹⁹³.

¹⁹¹ TASKER, Fiona y BELLAMY, Clifford. “Adoption by same-sex couples - Reaffirming evidence: could more children be placed? Family Law”, *Birkbeck Institutional Research Online* (2019). p. 2.

¹⁹² ROUTLEDGE, G.J. *A Critical evaluation of the Law on Same-Sex Marriage*. Manchester, Manchester, Metropolitan University, 2015). p. 11.

¹⁹³ European Court of Human Rights. Case of Dudgeon v. The United Kingdom. Strasbourg. 22 de Octubre de 1981. p. 4.

Esta criminalización ya habría sido dejada sin efecto en Inglaterra y Gales en 1967 (*Sexual Offences Act 1967*), y en Escocia en el año 1980 (*Criminal Justice Act 1980*). Por ende, la Corte determinó que la existencia de leyes que prohibían ciertos actos homosexuales entre dos adultos que los consintieran, constituía una interferencia injustificada al derecho del Sr. Dudgeon a que se le respetara su vida privada, el que se encontraba consagrado en el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos¹⁹⁴. De esta manera, se puede observar la importancia del derecho internacional de los derechos humanos y su influencia dentro del derecho nacional de los Estados.

Para poder entender el reconocimiento de la copaternidad y de la comaternidad en el derecho de Reino Unido, entonces, es necesario referirse a cuatro momentos históricos de reconocimiento:

(i) En primer lugar, el reconocimiento de las relaciones entre personas del mismo sexo como unidades familiares, situación que se da en sucesiva jurisprudencia de finales de los años 90's; (ii) en segundo lugar, la entrada en vigencia de *Adoption and Children Act 2002*; (iii) en tercer lugar, la entrada en vigencia de *Civil Partnership Act 2004*, que reconoce las uniones civiles entre parejas del mismo sexo en Reino Unido, y (iv) por último, sobre *The Marriage (Same-sex Couples) Act 2013*, el que introduce al tratamiento actual de la comaternidad y copaternidad en el Reino Unido.

2.3.1. Primer reconocimiento de las relaciones entre personas del mismo sexo como unidad familiar.

Luego de que en 1988, bajo el Gobierno de Margaret Thatcher, se introdujera el *Local Government Act 1988* que en su *section 28* “Prohibía la promoción de la homosexualidad” por las autoridades locales llamadas “*local councils*”¹⁹⁵, correspondientes a instituciones de gran relevancia encargadas del cuidado social; de la administración de los colegios y de proveer de viviendas sociales a las personas que viven dentro de esas áreas.

Cabe destacar que esta ley fue parcialmente inspirada por el libro “*Jenny lives with Eric and Martin*” (“Jenny vive con Eric y Martin”) publicado en inglés en 1983, el que narra la historia de Jenny y su padre Martin junto con Eric, su pareja. Sobre este, su autora indica “*Me di cuenta de los*

¹⁹⁴ *Ibidem*. p. 22.

¹⁹⁵ *Local Government Act 1988*. Section 28.

*problemas que los niños enfrentaban al momento de conocer grupos familiares distintos de los que ellos estaban acostumbrados*¹⁹⁶.

De este modo, el libro empezó a ser distribuido en colegios públicos dirigidos por los *local councils*, erigiéndose como el origen del *Local Government Act 1988*. Es respecto a este libro, que la Primera Ministra, Margaret Thatcher, declararía en su momento que “*Los niños que necesitan ser enseñados a respetar los valores morales tradicionales, están siendo enseñados que tienen un derecho inalienable a ser gay. Todos estos niños están siendo desprovistos de un correcto comienzo a la vida.*”¹⁹⁷

Dentro de este contexto conservador, se observaría un giro a finales de la década de los 90’s cuando el concepto tradicional de familia se ve cuestionado en el fallo “*Fitzpatrick v Sterling House Association*”, el que cambiaría el concepto de familia recogido en el *Rent Act 1977* para la inclusión de las parejas del mismo sexo al momento de que un arrendatario haya muerto, permitiendo a estas parejas continuar con el arrendamiento de una propiedad determinada.

En este caso, dos hombres habían convivido en una relación estable desde 1976 hasta la muerte de uno de ellos en el año 1994, quien era el *Tenant* o arrendatario de la propiedad en la que ambos vivían. Al momento de la muerte del arrendatario, su pareja decide postular para el arrendamiento de la misma propiedad, siéndole denegado. Frente a ello, la pareja del difunto arrendatario alegó que al haber existido convivencia entre ellos dos, él debiese tener el derecho a continuar con el arrendamiento de la propiedad de acuerdo al *Rent Act 1977*. Sin embargo, la ley, hasta ese momento, no los reconocía como familia en el sentido tradicional.¹⁹⁸

Finalmente, la Corte fallaría a favor de incluir a las parejas homosexuales dentro de la protección que les otorgaba esta ley a las parejas heterosexuales. En dicho sentido, lo que hace la Corte es reconocer que las relaciones entre personas del mismo sexo pueden comprender las

¹⁹⁶ BOSCHE, Susanne. *Jenny, Eric, Martin and Me*

<https://www.theguardian.com/books/2000/jan/31/booksforchildrenandteenagers.features11>

Recuperado de <https://www.theguardian.com/books/2000/jan/31/booksforchildrenandteenagers.features11>

¹⁹⁷ THATCHER, Margaret. 1987. Speech to Conservative Party Conference. Recuperado de:

<https://www.margaretthatcher.org/document/106941>

¹⁹⁸ *Fitzpatrick v Sterling Housing Association Ltd*. Court of Appeal, 1999.

características de una familia, lo cual significaría la evolución de las condiciones sociales respecto de las personas que pueden calificar como familia¹⁹⁹.

El progreso, respecto del reconocimiento y protección de las parejas entre personas del mismo sexo, es precedido por la entrada en vigencia de *Human Rights Act 1998*, el cual promovió el hecho de que cualquier tipo de discriminación fuese inaceptable, y “trajo los derechos a casa”, reforzando aquellos principios establecidos en la Convención Europea de Derechos Humanos, aplicándolos en los fallos domésticos²⁰⁰.

2.3.2. La entrada en vigencia del *Adoption and Children Act 2002*: Reconocimiento de la adopción homoparental en Reino Unido.

El *Adoption and Children Act 2002* representó un cambio de paradigma respecto del entendimiento de la paternidad y la maternidad en el Reino Unido, y es el segundo antecedente legal de reconocimiento de las relaciones entre personas del mismo sexo como una unidad familiar.

En un primer término, El *Adoption and Children Act 2002* reconoce el *welfare principle* (“principio de bienestar”), en línea con el *Children Act 1989*, que en su “*section 1*” establece que aquellas decisiones que afecten a los niños, niñas y adolescentes deberán ser hechas en su “*best interest*” (“su mejor interés”) de la misma manera que en nuestra legislación nos referimos al interés superior del niño y, en concordancia, con la Convención Europea de Derechos Humanos²⁰¹. En un segundo término, a través del *Adoption and Children Act 2002*, la elegibilidad para adoptar en Inglaterra y Gales se ve completamente modificada, debido a que bajo el *Children Act 1976* sólo parejas que estuvieran casadas o personas solteras podían adoptar (de la misma manera que ocurre en la actualidad en nuestro país), por lo que, aun parejas entre personas de distinto sexo que no estuvieran casadas, no podían adoptar bajo esta ley.

¹⁹⁹ GLENNON, Lisa. *Fitzpatrick v. Sterling Housing Association Ltd - An Endorsement of the Functional Family?* *International Journal of Law Policy and the Family*, 14, abstract (2001).

²⁰⁰ ROUTLEDGE, G.J. *A Critical evaluation of the Law on Same-Sex Marriage*. (Manchester, Manchester Metropolitan University, 2015). pp.14. Citando a CRETNEY, Stephen. *Same sex relationships: From “Odious Crime” to “Gay Marriage.”* p. 43.

²⁰¹ FERGUSON, Lucinda. “*The Jurisprudence of Making Decisions Affecting Children: An Argument to Prefer Duty to Children's Rights and Welfare. Law in Society: Reflections on Children, Family, Culture and Philosophy - Essays in Honour of Michael Freeman*”(Brill 2015), 6/2017”. p. 17.

Posteriormente, con la entrada en vigencia del *Adoption and Children Act 2002, section 50*, tanto las parejas entre personas de distinto sexo (que no estuviesen casadas) como las parejas entre personas del mismo sexo podrían adoptar en un plano de igualdad con las parejas casadas²⁰², bajo el entendimiento de que²⁰³:

“50. *Adoption by couples.*

(1) *An adoption order may be made on the application of a couple were both of them have attained the age of 21 years.* (Una orden de adopción puede ser hecha en la postulación cuando ambos miembros de la pareja hayan cumplido la edad de 21 años).

(2) *An adoption order may be made on the application of a couple where* (Una orden de adopción puede ser hecha en la postulación de una pareja cuando:).

(a) one of the couple is the mother or the father of the person to be adopted and has attained the age of 18 years, and (b) The other has attained the age of 21 years. (a) uno de los integrantes de la pareja sea madre o padre del niño o niña que será adoptado, y haya alcanzado la edad de 18 de años, y (b) el otro integrante de la pareja haya alcanzado los 21 años). Más nada dice respecto del sexo de aquellas *couples* (parejas) que pueden adoptar.

2.3.3. La entrada en vigencia de *Civil Partnership Act 2004*: Reconocimiento de las uniones civiles entre personas del mismo sexo en Reino Unido.

El *Civil Partnership Act 2004* entro en vigencia en noviembre de 2004, y la primera unión civil tuvo lugar en diciembre de 2005. Esta ley se introdujo con el objeto de crear un nuevo estatus legal que permitiese a las parejas entre personas del mismo sexo ganar un reconocimiento formal de sus relaciones y permitirles acceder a un ancho número de derechos y responsabilidades²⁰⁴. Entre aquellos derechos y responsabilidades, se encuentra la obligación de proveer para la razonable mantención de hijos de la familia, entendiéndose este como una nueva protección y reconocimiento a los vínculos familiares en una pareja entre personas del mismo sexo (amparada por el derecho) y sus hijos.

²⁰² BALL, Caroline. “*The Adoption and Children Act 2002. A Critical Examination. Adoption and Fostering*”, Volume 29, Issue 2. p.10.

²⁰³ Adoption and Children Act 2002.

²⁰⁴ STYCHIN, Carl. *Couplings: Civil Partnership in the United Kingdom*. (New York, Estado Unidos, New York City Law Review, 2005) p. 547.

2.3.4. La actualidad: *The Marriage (Same-sex Couples) Act 2013*: Reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en Reino Unido.

El *Marriage (same sex couples) Act 2013* representa un hito en los derechos de las parejas entre personas del mismo sexo en Reino Unido, pues marca la culminación de la serie de cambios legales durante los últimos veinte años que han removido las desigualdades formales para las personas LGBTQ+²⁰⁵. Este es un cambio de paradigma no sólo respecto de las uniones entre personas del mismo sexo, sino que también respecto del concepto de familia en Reino Unido.

Actualmente, el número de familias que están basadas en una unión entre personas del mismo sexo asciende a 232.000 en el año 2018²⁰⁶. La introducción del reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en marzo de 2014 ha llevado a un rápido crecimiento en el número de hogares compuestos por parejas homosexuales²⁰⁷. A pesar de ser una institución más bien simbólica (bajo los términos mencionados a lo largo del capítulo), existía un reconocimiento de las parejas entre personas del mismo sexo como familia.

De igual forma, estas parejas podían acceder a uniones civiles que les otorgaban los mismos derechos que el matrimonio y también a adopción en conjunto. Sin embargo, la desigualdad formal en términos de acceso a la institución del matrimonio continuaba latente, de ahí el uso de la expresión “*Marriage of same sex couples is lawful*”²⁰⁸ (“El matrimonio entre personas del mismo sexo es legal”), pues pondría fin a la discriminación formal de acceso a derechos en Inglaterra y en Gales, y de forma posterior, en Escocia (2014) e Irlanda del Norte (2020).

²⁰⁵ CLEMENTS, Ben. “*Public Opinion Toward Homosexuality and Gay Rights in Great Britain. Public Opinion Quarterly*”, Vol. 78, N° 2. p. 524.

²⁰⁶ NATIONAL STATISTICS, Office. “*Families and households in the UK. Statistical Bulletin*”. p. 4.

²⁰⁷ Idem.

²⁰⁸ The Marriage (Same-sex Couples) Act 2013.

3. Capítulo III: La copaternidad y comaternidad en el derecho chileno

3.1. Primer reconocimiento legal de las familias homoparentales en Chile: El acuerdo de unión civil.

El proyecto de ley de acuerdo de unión civil, presentado en el año 2011, constituye el último de varios intentos legislativos de reconocimiento y protección a las uniones entre personas del mismo sexo, que habían sido discutidos desde principios del siglo XXI en Chile²⁰⁹.

Es importante establecer que las demandas por un reconocimiento de las uniones entre personas del mismo sexo fueron ignoradas luego de la entrada del país en democracia, y las problemáticas que sufría la comunidad LGBTQ+ en Chile fueron invisibilizadas por una sociedad, predominantemente heterosexual y tradicional. Es en el año 2003 cuando ingresa a tramitación, el primer proyecto de ley que buscaba regular las uniones civiles entre parejas del mismo sexo en Chile. Este proyecto sería rechazado, pero marcaría un importante precedente para posteriores discusiones en nuestro país²¹⁰.

Posteriormente, en marzo del año 2012, tras el asesinato de Daniel Zamudio Vera, se genera un repudio generalizado por parte de las organizaciones LGBTQ+ (entre ellas el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual, la Fundación Iguales y el Movimiento por la Diversidad Sexual y de Género), políticos y de la sociedad civil hacia la discriminación y situaciones de homofobia que se vivían en Chile²¹¹.

A finales de la primera década del siglo XXI, fueron múltiples los proyectos de ley presentados con motivo de la necesidad de regular la situación de las parejas entre personas del mismo sexo. Sin embargo, los tres proyectos de ley presentados para tramitación solamente buscaban regular los efectos patrimoniales respecto de estas uniones²¹². Este es el caso de los dos

²⁰⁹ TAPIA, Mauricio. Acuerdo de Unión Civil: Una revisión de su justificación, origen y contenido. *En Estudios sobre la nueva ley de Acuerdo de Unión Civil*. (Santiago de Chile. Editorial Thomson Reuters. 2016). Pp. 17-44.

²¹⁰ MOYA, Josefina. “Ley 20.830 de Acuerdo de Unión Civil: ¿un reconocimiento completo?” *Revista Academia y Crítica*, N° 03, p. 7.

²¹¹ *Ibidem*. p. 7.

²¹² QUINTANA, María Soledad. “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, pp. 121-140.

proyectos presentados en 2009 y 2010, y también en el proyecto presentado el 8 de agosto de 2011, el que actualmente es ley.

Luego de una ardua tramitación en el Congreso y, posteriormente, en el Tribunal Constitucional, el 13 de abril de 2015 fue promulgada por el Poder Ejecutivo la Ley N° 20.830, que regula el acuerdo de unión civil. Dicha normativa entró en vigencia seis meses después de su publicación en el Diario Oficial, el 21 de abril de 2015.

El artículo 1 de dicha ley, define al acuerdo de unión civil de la siguiente forma:²¹³ “(...) *Un contrato celebrado entre dos personas que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida en común, de carácter estable y permanente*”. Este concepto dista de aquel contemplado en el artículo 102 del Código Civil, el cual define al matrimonio en los siguientes términos: “*El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente*”²¹⁴.

El profesor Gabriel Hernández, al momento de referirse a las diferencias entre ambas instituciones, reconoce como una importante diferencia entre el matrimonio y el acuerdo de unión civil, que en este último “*no rigen a su respecto las finalidades del matrimonio (destacadamente, procreación)*”²¹⁵.

Las diferencias entre el acuerdo de unión civil y el matrimonio son múltiples. Mientras que el matrimonio origina el estado civil de “*casado*”, el acuerdo de unión civil (AUC) origina el estado civil de “*conviviente civil*”. El acuerdo de unión civil se celebra con una cantidad menor de formalismos, a diferencia del matrimonio. Además, el acuerdo de unión civil, solamente tiene dos posibles regímenes de bienes: la separación de bienes y la comunidad. Por su parte, en el matrimonio, existen tres regímenes de bienes: la sociedad conyugal, la separación de bienes y la participación de los gananciales.

Un punto no menor dice relación con la forma de poner término a estos contratos. En el caso del acuerdo de unión civil su terminación es más flexible, pudiendo terminar por mutuo

²¹³ Ley de Acuerdo de Unión Civil -20.830-. Chile. Art. 1. Año 2015.

²¹⁴ Código Civil. 1855. Chile. Art. 102.

²¹⁵ HERNÁNDEZ, Gabriel. *Valoración, aspectos destacados y crítica de la Ley que crea el Acuerdo de Unión Civil. En Estudios sobre la nueva Ley de Acuerdo de Unión Civil (1-8)*. (Santiago, Chile, Editorial Thomson Reuters, 2016), p. 8.

acuerdo o por voluntad unilateral de uno de los contrayentes. Por otra parte, en el caso del matrimonio, dicha culminación es más compleja debido a -entre otros factores- su carácter jurisdiccional.

A partir de las diferencias constatadas anteriormente, resulta curioso el hecho de que se produzca una disminución de los deberes consagrados en el acuerdo de unión civil y en el matrimonio. En el entendimiento de que el primero sólo se refiere al deber de ayuda mutua y al deber de solventar los gastos ocasionados por la vida en común, pero no consagra el derecho de alimentos recíprocos entre los convivientes civiles²¹⁶.

El acuerdo de unión civil es una institución compleja, debido a que a través de él, las parejas entre personas del mismo sexo pueden regular su convivencia, regulando así los efectos jurídicos de su vida afectiva, que resulta ser la columna vertebral de la vida familiar²¹⁷. Adicionalmente, las parejas entre personas del mismo sexo a través de la celebración de un acuerdo de unión civil podrán gozar de aquellos derechos que otorga el matrimonio, pero solamente a través de una figura especial, hecha a medida, para aquellas.

Es clara la distinción del estatuto de protección que gozan las parejas entre personas de distinto sexo y las parejas entre personas del mismo sexo. Esta problemática se conoce doctrinalmente como “*separados pero iguales*”²¹⁸, la que es recogida a partir de la sentencia Plessy Vs. Ferguson de la Corte Suprema de Estados Unidos de 1896, la que reconoce el derecho de igualdad respecto de personas de raza blanca y personas afroamericanas, pero que establece: “*en la naturaleza de las cosas no pudo ser entendido abolir aquellas distinciones basadas en el color de las personas*”²¹⁹.

Asimismo, la doctrina de *separate but equal* (“*separados, pero iguales*”) no sólo ha sido recogida en el contexto del racismo, sino que también respecto del trato de las parejas entre personas del mismo sexo, específicamente con el surgimiento del reconocimiento de uniones civiles entre personas del mismo sexo en EE.UU a principios de los años 2000. Ante esto Cox, establece que: “*La tradición de la legislatura ha sido la de respetar los límites del preferente estatus social del matrimonio para*

²¹⁶ QUINTANA, *Óp. Cit.* p. 129.

²¹⁷ HERNÁNDEZ, *Óp. Cit.* P. 9.

²¹⁸ ESPEJO y LATHROP, *Óp. Cit.* p. 9-16.

²¹⁹ Plessy v. Ferguson. 1896. United States Supreme Court.

parejas de distinto sexo, mientras que ha desfavorecido históricamente a las parejas entre personas del mismo sexo. En vez de poner fin a tal tradición, la legislatura la ha perpetuado al segregar a las parejas entre personas del mismo sexo en la institución de las uniones civiles, una institución que permanece solo como un “delgado disfraz” de igualdad y una “pálida sombra” de la institución del matrimonio heterosexual. (...) No basta que las parejas entre personas del mismo sexo, tengan la libertad para casarse lo que queda de esa “condición legal de inferioridad” será levantada de nosotros.”²²⁰.

Si bien el acuerdo de unión civil regula las uniones entre personas del mismo sexo desde una perspectiva patrimonial, no reguló la filiación de los hijos de parejas homoparentales. Lo que deja a las parejas del mismo sexo en una desigualdad al acceso de la paternidad y maternidad en conjunto.

Aquellos niños, niñas y adolescentes que sean parte de una familia formada por padres del mismo sexo, están desprotegidos respecto de uno de aquellos, debido a que el acuerdo de unión civil no da lugar a la posibilidad de la doble paternidad o doble maternidad. Tal fue el caso de Attilio, el niño nacido a través de una técnica de reproducción asistida en una pareja conformada por dos mujeres que habían celebrado un acuerdo de unión civil, de forma previa a su nacimiento. No obstante, a pesar de que la unión de sus madres sea reconocida por el ordenamiento jurídico, solamente se le reconoce el vínculo jurídico a Attilio con su madre biológica.

Para el ordenamiento jurídico, su madre no biológica, no era más que la pareja de su madre, a pesar de haber sido parte fundamental de su desarrollo, incluso de forma previa a su nacimiento. Esta falta de reconocimiento de la comaternidad respecto del niño, se mantendría así hasta la dictación de sentencia en caso de acción de reclamación de maternidad del Segundo Juzgado de Familia de Santiago, en junio de 2020.

Queda claro que, como menciona el profesor Mauricio Tapia respecto del acuerdo de unión civil, este: *“es un matrimonio corregido, pero sin hijos.”²²¹*. Es en esta misma línea que el profesor Jorge Del Picó establece que: *“El acuerdo de unión civil tiene una finalidad genérica consistente en la regulación de los*

²²⁰ COX, Barbara. “But Why Not Marriage: Some Thoughts on Vermont’s Civil Unions Law, Same-Sex Marriage, and Separate But (Un) Equal”. *Vermont Law Review* (2000). p. 25.

²²¹ TAPIA, Óp. Cit. pp. 17-44.

*efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común (...) la finalidad de procreación que se encuentra expresamente indicada en la definición legal de matrimonio (...) es omitida en la definición de AUC.*²²²

Según el profesor Corral, quién es crítico de la Ley N° 20.830 y del matrimonio entre personas del mismo sexo, el acuerdo de unión civil sería una iniciativa jurídica que busca dos objetivos, que a su juicio serían inconciliables. En primer lugar, establecería un estatuto jurídico para las uniones en parejas de distinto sexo (fuera del matrimonio). En segundo lugar, el otorgar legitimidad y estatus familiar a las parejas entre personas del mismo sexo (lo que no terminó ocurriendo, pues se reconoció a las parejas entre personas del mismo sexo como una unidad familiar, pero no contempló a aquellos niños, niñas y adolescentes que podrían ser hijos de aquellas familias homoparentales).²²³

En el caso de las parejas entre personas de distinto sexo el legislador creyó necesario regular aspectos patrimoniales sin aquellas formalidades propias del matrimonio, para que tales parejas que no desearan casarse optaran por contraer un acuerdo de unión civil.

En el caso de las parejas entre personas del mismo sexo, el acuerdo de unión civil falló. Debido a que, a pesar de ser un primer reconocimiento jurídico de tales uniones y ofrecer una protección patrimonial a los individuos dentro de parejas entre personas del mismo sexo, no contemplo aquellos efectos extra patrimoniales propios del derecho de familia, de la regulación que tiene tradicionalmente el matrimonio. En dicho sentido, no es suficiente un estatuto básico de efectos patrimoniales, sino que era necesario un régimen jurídico familiar²²⁴.

La ley que crea el Acuerdo de Unión Civil –Ley 20.830– sólo se refiere a la paternidad o la maternidad en su artículo 21, excluyendo a parejas entre personas del mismo sexo explícitamente, debido a que contiene una presunción de paternidad no matrimonial²²⁵. A este respecto, el artículo 21 establece que: *“para efectos de la presunción de paternidad, en caso de convivientes civiles de distinto sexo se*

²²² DEL PICÓ, Jorge. *Matrimonio y Acuerdo de Unión Civil: apreciación comparada centrada en la diferencia de los fines*. En *Estudios de Derecho Familiar I*. (Santiago, Chile, Legal Publishing, 2016) pp. 243-254.

²²³ CORRAL, Hernán. “Sobre la Ley N° 20.830, que crea el Acuerdo de Unión Civil: una primera (y crítica) mirada”. *Revista de Derecho de Familia*, vol. I N° 9.

²²⁴ CORRAL, Hernán. “Sobre la Ley N° 20.830, que crea el Acuerdo de Unión Civil: una primera (y crítica) mirada”. *Revista de Derecho de Familia*, vol. I N° 9.

²²⁵ RODRÍGUEZ, Óp. Cit. pp. 81-90.

estará a las normas que la regulan en el artículo 184 del Código Civil". Por su parte el citado artículo 184 del Código Civil dispone lo siguiente: *"se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación judicial de los cónyuges"*.

Lo anterior, resulta ser un acto discriminatorio en contra de las parejas entre personas del mismo sexo, que celebran un acuerdo de unión civil. Al respecto, la profesora Gómez de la Torre ha comentado que: *"Se puede señalar que esta ley es un avance porque otorga protección jurídica a las familias basadas en la convivencia, independiente de que sean heterosexuales u homosexuales (...) Por otra parte, establece diferencias entre los hijos de una pareja heterosexual y homosexual, que nacen durante la convivencia civil: los primeros están amparados por la presunción de paternidad, los otros no"*²²⁶.

A modo de conclusión, la ley que crea el acuerdo de unión civil constituye un importante avance en materia de reconocimiento legal de las parejas homosexuales. Pero no solamente eso, pues también ofrece un ámbito claro de protección a las relaciones entre personas del mismo sexo en varios aspectos: se crea un estado civil (el de conviviente civil) entre aquellos que celebran un acuerdo de unión civil²²⁷ y también existe un reconocimiento al lugar del conviviente en la vida de su pareja.

Además, existe un progreso sobre la protección de la familia formada entre los convivientes²²⁸, como lo son: (i) el hecho de que establezca el deber de ayuda mutua entre los convivientes; (ii) la obligación de los convivientes de solventar los gastos de la vida en común; (iii) existencia de derechos sucesorios entre los convivientes civiles (pasando a ser legitimarios uno del otro); (iv) la posibilidad de los convivientes civiles a incorporarse como beneficiarios de salud del otro conviviente; (v) el establecimiento de dos regímenes de bienes (comunidad y separación de bienes); (vi) el derecho de adjudicación preferente para el conviviente civil sobreviviente del inmueble en que resida y que haya sido residencia principal de la familia; (vii) la posibilidad del conviviente civil para reclamar las indemnizaciones derivadas de los perjuicios a que se hubieren dado lugar por la comisión de un hecho ilícito de un tercero que hubiese causado el fallecimiento

²²⁶ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. *La presunción de paternidad en la Ley de Acuerdo de Unión Civil*. En *Estudios sobre la nueva ley de acuerdo de unión civil*. (Santiago, Chile, Editorial Thomson Reuters, 2016). pp. 107-116.

²²⁷ TRONCOSO, Hernán. *Derecho de Familia*. 17 Ed. (Santiago, Chile, Legal Publishing, 2020). p. 253-255.

²²⁸ BUSTOS, Magdalena. *Efectos jurídicos para los convivientes civiles pactados de acuerdo a la ley N° 20.830*. En *Estudios sobre la nueva ley que crea el acuerdo de unión civil*. (Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2016). pp. 71-80.

del conviviente civil, o que lo imposibilitara de exigir la acción por sí mismo; (viii) la posibilidad de que uno de los cónyuges solicite al momento de disolución del acuerdo; la compensación económica por haberse dedicado a las labores propias del hogar, y por último, (ix) la declaración de la residencia principal de los convivientes como bien familiar.

Sin embargo, el acuerdo de unión civil resulta insuficiente como marco jurídico de la protección y reconocimiento de las uniones entre personas del mismo sexo. Esto, debido a que coloca a estas parejas en una situación de desigualdad en comparación a aquellas parejas entre personas de distinto sexo, al estar sujetos a un estatuto de protección distinto al matrimonial. Esta desigualdad se expresa en que si bien existe una protección de índole familiar, no existe un intento de regular la posibilidad de que ambos convivientes de ser padres o madres en conjunto de un hijo o hija en común.

A modo de cierre, resulta relevante lo establecido por el profesor Polit: *“El AUC, para quienes lo contraen, es una buena regulación a efectos de saldar nuestra deuda de igualdad con quienes teniendo una relación afectivo-sexual (ya sean hetero u homosexuales) no tenían reconocimiento por parte del Estado de constituir una familia ni la regulación de sus relaciones patrimoniales entre sí y para con terceros (...) el AUC es el primer paso en otorgar las herramientas legales para que las parejas del mismo sexo logren su mayor desarrollo espiritual en el ámbito de la familia, debemos avanzar más temprano que tarde hacia la consagración legal del matrimonio igualitario y la adopción por parte de parejas del mismo sexo”*²²⁹.

3.2. Falta de reconocimiento de norma expresa que permita o prohíba la filiación de un niño o niña por dos padres o dos madres: Ley N° 19.585 -Ley de Filiación-

*“La filiación se ha entendido como un hecho jurídico, que constituye un estado civil y que es fuente de derechos y obligaciones, este vínculo une al hijo con sus padres”*²³⁰.

²²⁹ POLIT, Joaquín. *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 Estudios sobre la nueva ley de acuerdo de unión civil.* (Santiago, Chile, Editorial Thomson Reuters, 2016). pp. 45-60.

²³⁰ GÓMEZ DE LA TORRE, Óp. Cit. pp. 27.

Una visión tradicional del concepto de filiación es aquella que la concibe como *“la relación entre dos personas que consiste en que una de estas personas es padre o madre de la otra”*²³¹. Sin embargo, este concepto de filiación resulta problemático para los objetivos de este trabajo, debido a que limita el concepto de filiación a aquel que existe entre una persona con su padre y madre. Lo anterior, no considera la copaternidad ni la comaternidad, en las que, una persona podrá tener un vínculo con dos padres o con dos madres, y que este vínculo sea reconocido por el derecho, dejándose de lado la concepción binaria heterosexual de la filiación.

En aquellos países que han reconocido el matrimonio igualitario, los conceptos de padre o madre se ven acoplados a un concepto más amplio, el de *“progenitor”*, de tal forma que los certificados de nacimiento, en vez de decir *“padre”* o *“madre”*, dicen progenitor, esto ocurre para no hacer diferencias de género entre aquellos que asumen la función jurídico-social de la maternidad o paternidad²³².

En Chile, el tratamiento jurídico de la filiación sufrió un cambio total de paradigma, a través de la dictación de la Ley 19.585 –Ley de Filiación–, publicada en el Diario Oficial el 26 de febrero de 1998, vigente desde octubre de 1999, la que, tal como su título indica, modificó el Código Civil y otras normas relevantes en materia de filiación. Antes de su entrada en vigencia, el ordenamiento jurídico distinguía entre hijos legítimos, naturales e ilegítimos, según si habían nacido dentro del matrimonio, fuera de él, pero habían sido reconocidos por su padre o madre o si no tenían reconocimiento alguno²³³.

La Corte Suprema, en sentencia de 14 de octubre de 2009, establece que: *“Así las cosas, la Ley 19.585, vigente a partir del 27 de octubre de 1999, introduce importantes cambios en materia de filiación, estableciendo la (filiación) matrimonial y no matrimonial, terminando de esta manera, con las anteriores categorías de hijos y las diferencias existentes entre ellos. El nuevo sistema se funda en principios como la igualdad de las personas, el derecho a la identidad y el de libre investigación de la paternidad o maternidad (...)”*²³⁴

²³¹ SOMARRIVA, Manuel. *La filiación. Estudio doctrinal y de legislación comparada*. (Santiago, Chile, Editorial Nascimento, 1931), p. 31.

²³² GÓMEZ DE LA TORRE, Óp. Cit. p. 28.

²³³ Boletín N° 12104-07. Modifica la Ley N° 19.585, en materia de filiación de los hijos naturales que hayan sido reconocidos mediante declaración antes el Servicio de Registro Civil, con anterioridad a su entrada en vigencia.

²³⁴ Corte Suprema de Chile. Rol 4783-2009. Sentencia de 14 de octubre de 2009.

Una situación que resulta evidente al momento de revisar las normas de filiación en nuestro país, es el hecho de que no existe ninguna consideración respecto de la copaternidad o comaternidad. En vista de ello, la discusión sobre la filiación se dividirá en dos partes: en primer lugar, se analizarán aquellos principios que informan el marco jurídico de la filiación en nuestro país y el reconocimiento necesario que debe tener la copaternidad y la comaternidad. En segundo lugar, se estudiará la manera en que se determina la filiación en nuestro país, tanto matrimonial como no matrimonial, para introducir el análisis de jurisprudencia de la siguiente parte de este capítulo.

I. Principios que informan el marco jurídico de la filiación en Chile:

Se hará un estudio de tres principios que inspiran el marco jurídico de la filiación en nuestro país, tales son: (i) La igualdad de todos los hijos; (ii) El interés superior de los hijos y, por último, (iii) El derecho a la identidad.

a) Igualdad de todos los hijos en la filiación:

El Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, en su observación N° 14, estableció que *“La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad”*²³⁵

La aplicación del principio de igualdad implica la no discriminación entre los hijos, no importando cuáles sean las circunstancias de su nacimiento, pudiendo haberse producido este dentro o fuera del matrimonio, y otorgándose así, una igualdad respecto al goce de derechos a todos los hijos.²³⁶

De acuerdo al artículo 33 del Código Civil, el cual establece el hecho que: *“La ley considera iguales a todos los hijos”*. Las discriminaciones a las personas en razón de su nacimiento, arbitrarias en tanto no sean justificables, constituyen un atentado en contra del principio de igualdad consagrado

²³⁵ Observación N° 14. Comité de los Derechos del Niño. Naciones Unidas.

²³⁶ DEL PICÓ, *Óp. Cit.* Pp. 36.

en los artículos 1º y 19 N° 2 de la Constitución. Se reconoce así, de forma expresa, la igualdad entre los hijos, con especial trascendencia en materias de filiación.²³⁷

El reconocimiento del principio de igualdad de los hijos es el cambio más relevante que trajo consigo la Ley N°19.585, al eliminar las injustas y arcaicas categorías de hijos que existían hasta antes de su dictación, esto es, hijos legítimos, ilegítimos y naturales. No obstante, es claro que esta protección ampara sólo a hijos cuyos padres son parejas heterosexuales, existiendo, por ende, una discriminación respecto de aquellos niños que nacen en el seno de una familia formada por la unión entre personas del mismo sexo. Los hijos de estas últimas no se encuentran protegidos por este principio del ordenamiento jurídico, entendiéndose que tendrán sólo la filiación establecida respecto a uno de sus padres o madres. Debido a que la ley no reconoce la copaternidad ni la comaternidad de forma expresa, se crea otra categoría de hijos, igualmente discriminatoria.

b) El interés superior de los hijos en la filiación.

Se tiende a hablar del interés superior de los niños como un principio que permea las normas de derecho de familia. Habiéndome referido a este principio como uno de aquellos que está involucrado en la familia homoparental, es necesario hacer una correlación de este principio como uno de carácter relevante en la filiación.

El interés superior del niño, en materia de filiación, se ve expresado, principalmente, en tres consideraciones relevantes²³⁸: (i) En primer lugar, respecto de la acción de reclamación, se permite al hijo o hija la indagación de su filiación cuando esta no esté determinada, pues se vincula a su derecho a la identidad personal, dentro de cuyos atributos está el de tener un nombre y conocer a sus padres o madres. (ii) En segundo lugar, al momento de analizar la sentencia del Segundo Juzgado de Familia de Santiago, “*De Ramón con Di Giammarino*”, se podrá dar cuenta que esta se da en el contexto de una acción de reclamación de maternidad respecto de Attilio De Ramón, legitimando su interés superior a tener una filiación determinada respecto de sus dos madres. (iii) Por último, en cuanto a la acción de impugnación, se permite al hijo o hija rechazar una filiación cuando esta no coincida con la verdad biológica y social.

²³⁷ ÁLVAREZ, Rommy. *Daños en las Relaciones Familiares y el Derecho a la Identidad en la Filiación*. (Santiago, Chile, Editorial Thomson Reuters, 2018). p. 128.

²³⁸ GÓMEZ DE LA TORRE, *Óp. Cit.* p. 100.

c) El Derecho a la identidad en la filiación.

Se constituye como el derecho de toda persona de conocer quiénes son sus padres y alcanzar su pertenencia en una determinada familia. Por tanto, a través de este derecho, una persona puede aspirar al reconocimiento social que merece²³⁹. Este principio no sólo apunta al reconocimiento de la verdad biológica de la identidad de una persona, sino que también respecto a aquella identidad social, siendo este el caso de los hijos de parejas homosexuales. Debido a que cuando un niño o niña crece dentro de una familia homoparental, esto constituye una experiencia que forma una identidad relacionada con quiénes son sus padres, la cual debe ser reconocida por el derecho.

II. Determinación de la filiación en Chile.

Habiendo analizado durante el primer capítulo, la adopción y las técnicas de reproducción asistida como formas de determinación de la filiación homoparental, me referiré a continuación al tratamiento de las clasificaciones de filiación que establece el ordenamiento jurídico chileno. En este punto, resulta claro que las formas de filiación consagradas en el derecho, excluyen la posibilidad de copaternidad y comaternidad.

En primer lugar, se debe distinguir entre la filiación determinada y la filiación no determinada. Determinar la filiación consiste en “la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta relativa a la paternidad y/o maternidad”²⁴⁰. La filiación determinada es aquella obtenida mediante el reconocimiento voluntario del padre, madre o ambos, o a través de una sentencia judicial en un juicio de filiación²⁴¹; tal es el caso de filiación determinada en la sentencia definitiva en causa RIT C-10028-2019, la que fue establecida de manera judicial, respecto la madre no biológica del niño.

La filiación no determinada o indeterminada, es aquella que no reúne ninguna de las circunstancias anteriores, por lo que no ha sido obtenida ni a través del reconocimiento voluntario ni tampoco a través de una sentencia judicial²⁴². De este modo, el artículo 180 del Código Civil,

²³⁹ DEL PICÓ, *Óp. Cit.* pp. 426-440

²⁴⁰ LACRUZ, José y SANCHO, Francisco. *Elementos del Derecho Civil. Tomo IV.* p. 504. (España, Editorial Dykinson, 2005).

²⁴¹ BARCIA, Rodrigo. *Estructura del Derecho de Familia y de la Infancia. Tomo II.* (Santiago, Chile, Legal Publishing, 2020) p. 876.

²⁴² BARCÍA, *Óp. Cit.* p. 876.

establece que: “*La filiación produce efectos civiles cuando queda legalmente determinada, pero éstos se retrotraen a la época de la concepción del hijo*”.

La filiación determinada puede ser dividida a su vez entre filiación matrimonial y no matrimonial. La filiación será matrimonial cuando exista matrimonio entre los padres al momento de la concepción o del nacimiento del hijo o hija. Existe también filiación matrimonial en caso de que el hijo o hija nacido antes del matrimonio de sus padres sea reconocido por ellos, antes o durante el acto del matrimonio. La filiación no matrimonial es aquella en la que no existe un vínculo matrimonial entre los padres al momento del nacimiento del niño o niña, ni tampoco de forma posterior²⁴³.

En la filiación matrimonial, existe una presunción de la paternidad de los hijos que hayan nacido después de la celebración del matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su celebración, la que se encuentra establecida en el artículo 184 del Código Civil y en el artículo 21 de la Ley N° 20.830 (debido a que la presunción también aplica en caso de los convivientes civiles)²⁴⁴. Esta presunción ocurre debido a la aplicación del principio “*pater is est quem nuptiae demonstrat*” (padre es quien las nupcias demuestran)²⁴⁵, por lo que esta atribución de paternidad al marido o conviviente civil de la madre no depende de la voluntad de aquellos, sino que es una presunción legal que opera cuando se establece el vínculo del hijo o hija con la mujer casada, sin importar la voluntad de los padres²⁴⁶.

Aquella presunción de paternidad ha perdido relevancia, debido al hecho que, según datos del Servicio de Registro Civil e Identificación, de los 260.513 nacimientos que hubo en Chile en el año 2015, sólo 73.205 ocurrieron dentro del matrimonio y 187.308 fuera de este, es decir, el 71,89%²⁴⁸. La presunción de paternidad en caso de que se haya celebrado un matrimonio o un acuerdo de unión civil entre los padres es simplemente legal, es decir, admite prueba de lo contrario.

²⁴³ GÓMEZ DE LA TORRE, *Óp. Cit.* p. 129.

²⁴⁴ Código Civil. 1855. Chile. Art. 184.

²⁴⁵ Díez-PICAZO, Luis y GUILLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV (Tomo I: Derecho de Familia)*. (Madrid, España, Editorial Tecnos, 2018). p. 169-170.

²⁴⁶ GÓMEZ DE LA TORRE, *Óp. Cit.* p. 132.

²⁴⁸ De acuerdo al Informe sobre datos registrales con enfoque de género, elaborado por Servicio de Registro Civil e Identificación, elaborado en Julio de 2016.

La determinación de la paternidad no matrimonial, se encuentra regulada entre los artículos 186 y 194 del Código Civil. El artículo 186 del Código Civil establece que la filiación no matrimonial *“queda determinada legalmente por el reconocimiento del padre, la madre o ambos, o por sentencia firme en juicio de filiación”*. El reconocimiento es un acto jurídico unilateral solemne consistente en la afirmación de admitir la propia paternidad o maternidad, hecha por el padre o madre que confiere el estado de hijo o hija del reconocedor²⁴⁹.

Respecto de la determinación de la maternidad, nuestro ordenamiento jurídico ha tenido una visión tradicional respecto del contenido de esta. Lo anterior, debido al hecho que el parto se ha considerado como fundante en su determinación, por lo que, no se considera relevante el origen genético del niño o niña, sino la figura de gestante que lleva el parto a término²⁵⁰ y, por ende, madre es aquella que da a luz a un niño o niña. De ahí que el artículo 183 del Código Civil establezca que *“La maternidad queda legalmente determinada por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil”*. Esto ocurre tanto para la determinación de la maternidad matrimonial como la no matrimonial.

Es interesante observar cómo en el derecho chileno, la filiación se ha construido tradicionalmente en torno al vínculo biológico. Ante esto, la profesora Maricruz Gómez de la Torre, menciona que: *“Si bien la procreación es el hecho biológico y el presupuesto fundamental en la constitución de la filiación, puede darse procreación sin filiación en la medida que exista una discordancia entre el presupuesto biológico y el vínculo jurídico. Mientras el hecho de la procreación no trascienda jurídicamente, no hay relación paterno/ materno filial (...). Inversamente, puede haber filiación sin procreación”*²⁵¹.

La filiación debe ser más amplia que el vínculo biológico, puesto a que esta se encuentra integrada por elementos afectivos y sociales, y la valoración de estos elementos debe ser ponderada por el derecho, bajo el entendimiento de que la relación jurídica que existe entre un niño o niña y sus padres, madres, o madre y padre no se basa puramente en la conexión biológica, sino que también en aquellos factores que son parte de su identidad afectiva y social²⁵². De manera que lo anterior corresponde, sin duda, a un reconocimiento a la realidad social de nuestro país, en la que

²⁴⁹ GÓMEZ, *Óp. Cit.* p. 153.

²⁵⁰ ÁLVAREZ, *Óp. Cit.* p. 130.

²⁵¹ GÓMEZ, *Óp. Cit.* pp. 13.

²⁵² ÁLVAREZ, *Óp. Cit.* pp. 130.-

los vínculos afectivos han provocado que la noción de familia tradicional se adapte radicalmente con el transcurso del tiempo y la evolución de la sociedad.

3.3. Primer reconocimiento jurisprudencial de la comaternidad en Chile: Sentencia De Ramón con Di Giammarino, RIT C-10028-2019, Segundo Juzgado de Familia de Santiago

A lo largo de esta tesis, se ha buscado realizar un estudio respecto de comaternidad y copaternidad, lo que conllevaría el reconocimiento de la familia homoparental en nuestro ordenamiento jurídico. En la actualidad, el antecedente de reconocimiento más relevante de la comaternidad en Chile es a través de la sentencia de causa RIT C-10028-2019, dictada por el Segundo Juzgado de Familia de Santiago, que falla una reclamación de maternidad respecto de Attilio José De Ramón Di Giammarino y de sus madres, Gigliola Di Giammarino y Emma De Ramón.

El análisis de la jurisprudencia se dividirá en cuatro partes: (i) En primer lugar, me referiré a los antecedentes de hecho de la causa; (ii) En segundo lugar, analizaré la sentencia dictada el día 28 de diciembre de 2017 de la Corte de Apelaciones de Santiago, de Rol 74.926-2017, la que declara inadmisibile el recurso de protección presentado por Gigliola Di Giammarino y Emma de Ramón, a partir de la negativa del Servicio Registro Civil e Identificación de inscribir como hijo de ambas a Attilio²⁵³; (iii) En tercer lugar, analizaré la sentencia de 8 de junio de 2020 en juicio de filiación, RIT C-10028-2019, seguida ante el Segundo Juzgado de Familia de Santiago, la cual reconoce la comaternidad respecto de Attilio y sus dos madres, y de los fundamentos de derecho que el Tribunal de Familia ocupa para reconocerla; (iv) finalmente, haré un estudio de las consecuencias que trae este fallo para el reconocimiento de la copaternidad y de la comaternidad en Chile.

I) Antecedentes de hecho del caso:

Gigliola Di Giammarino y Emma de Ramón contrajeron un acuerdo de unión civil el día 30 de diciembre de 2015, luego de ocho años de relación²⁵⁴, unión que les permitió adquirir el estado civil de convivientes civiles²⁵⁵. Gigliola y Emma celebraron el AUC con el propósito de regular los

²⁵³ BENÍTEZ, *Óp. Cit.* p. 171.

²⁵⁴ TAPIA, *Óp. Cit.* pp. 45-82.

²⁵⁵ GONZÁLEZ, Joel. *Acuerdo de Unión Civil*. (Santiago, Chile, Editorial Thomson Reuters, 2017), p. 40.

efectos jurídicos derivados de su vida en común de carácter estable y permanente. Respecto a la institución del acuerdo de unión civil, el Profesor Gabriel Hernández, quien sería citado en la sentencia, establece que *“finalmente (el AUC) queda perfilado como una institución de índole familiar”*²⁵⁶.

Luego de haber celebrado un acuerdo de unión civil, la pareja se sometió a técnicas de reproducción asistida para así poder ser madres en conjunto de un hijo o de una hija. Sería Gigliola a quien se le implantó el óvulo fecundado con semen de un donante, por lo que, bajo la concepción tradicional de la maternidad, ella sería considerada como madre de Attilio por el derecho chileno. Sin embargo, Emma sería su compañera durante todo el proceso de maternidad, desde la implantación del óvulo, seguida por el embarazo y posterior parto, así como la crianza del niño.

En septiembre de 2017 nace Attilio, de actuales cuatro años de edad, quien al momento de su nacimiento tiene filiación determinada respecto de su madre biológica, Gigliola, al ser ella quien ha dado a luz, según lo establecido en el artículo 183 del Código Civil. La maternidad no queda determinada respecto de Emma De Ramón, conviviente civil de la madre biológica, compañera durante todo el proceso de fertilización y embarazo, quien ha sido una madre de hecho de Attilio. Esto último se debería, tal y como se ha planteado, a que en el ordenamiento jurídico chileno no existe la presunción de maternidad respecto de la cónyuge o conviviente civil de la madre biológica, que sí existe en los ordenamientos jurídicos estudiados anteriormente.

II) Antecedente jurisprudencial previo: Sentencia de recurso de protección Rol 74.926-2017 de la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 28 de diciembre de 2017.

Al momento del nacimiento de Attilio, la inscripción de su nacimiento en el Servicio de Registro Civil e Identificación sólo consigna como madre a Gigliola Di Giammarino al ser esta su madre biológica, teniendo su filiación determinada por el simple hecho del parto en virtud de la aplicación del artículo 31 N° 4 de la Ley N° 4.808. Mientras que tal inscripción de nacimiento N° 7.200 no consigna a su otra madre, Emma De Ramón. En vista de esto, las convivientes civiles solicitaron la rectificación administrativa de la partida de nacimiento de Attilio, puesto a que esta

²⁵⁶ HERNÁNDEZ, *Óp. Cit.* p. 8.

contenía un error al consignar solamente a una de sus madres en aquella. No obstante, esta solicitud sería negada por el Servicio de Registro Civil e Identificación²⁵⁷.

Ante tal negativa del Registro Civil, entendiendo que aquello constituía un acto arbitrario e ilegal que ocasionaba una forma de privación, perturbación o amenaza en el ejercicio de un derecho constitucional²⁵⁸, las convivientes interpusieron un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago indicando que, aquel acto las había privado, perturbado y amenazado respecto del legítimo ejercicio de los derechos y garantías constitucionales consagradas en los artículos 19 N° 1, 19 N° 2 y 19 N° 4 referidos al derecho de integridad psíquica y física; igualdad ante la ley y prohibición de discriminaciones arbitrarias; a la protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia²⁵⁹.

Teniendo en cuenta esto, se advierte una vulneración de la igualdad ante la ley que se concibe como un *“valor y principio constitucional de la más alta relevancia”*²⁶⁰, lo que significa que las personas tienen derecho a ser tratadas de la misma forma por los organismos públicos²⁶¹, y de la misma manera respecto del artículo 33 del Código Civil que consagra la igualdad de todos los hijos. Las madres alegaron que la negativa de la oficial del Registro Civil de inscribir en la partida de nacimiento de Attilio a sus dos madres, no tomaría en consideración principios fundamentales de interpretación de la normativa de filiación como le es el principio de interés superior del niño.

Habría una vulneración de la vida privada y familiar en el entendimiento de que la Constitución Política de la República consagra en su artículo 1° que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, por lo que esta debe ser protegida y que, su protección, implique *“favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar”*²⁶².

Durante la tramitación del recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, se sostuvo que Attilio no tenía protección legal en relación a la mitad de su pertenencia familiar,

²⁵⁷ IRIARTE, Óp. Cit. p. 19.

²⁵⁸ FERNÁNDEZ, José. *Derecho Municipal Chileno*. (Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2011), pp. 176-177.

²⁵⁹ Recurso de Protección interpuesto por Emma De Ramón y Gigliola Di Giammarino.

²⁶⁰ CEA, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno. Tomo II*. (Santiago, Chile. Editorial Universidad Católica, 2015), p. 127

²⁶¹ *Ibidem*. p.136.

²⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica. 28 de noviembre de 2012.

algo que cualquier otro niño reconocido tendría. A pesar de que la unión de sus madres era reconocida y protegida por el Estado, debido al hecho de que ambas mujeres habían celebrado un acuerdo de unión civil, no le es reconocido el derecho a la filiación al hijo concebido en el seno de esta unión²⁶³.

El Registro Civil señala que no pudo acceder a la rectificación de la partida de nacimiento debido a que la ley sólo permite rectificar estas partidas en el caso de que la inscripción contenga errores manifiestos. La entidad administrativa indicó que tal situación no ocurriría en este caso, fundamentando su defensa en el hecho que el ordenamiento jurídico chileno no reconoce figuras parentales madre-madre, ni tampoco padre-padre²⁶⁴. Así, su defensa radicaría en la utilización del ya mencionado art. 183 del Código Civil, el cual establece que *“La maternidad queda determinada legalmente por el parto, cuando el nacimiento y la identidad de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil”*.

Finalmente, la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó el recurso de protección interpuesto por Emma y Gigliola en contra del Registro Civil²⁶⁵, debido a que no habría existido por parte del Registro Civil un acto ilegal, tal organismo actuó dentro de la esfera de su competencia al negarse a rectificar la partida de nacimiento de Attilio, puesto que ya tendría filiación determinada; y porque la actual legislación no contempla la posibilidad de que un individuo pueda estar inscrito a la vez por dos madres, pues la maternidad está determinada por el hecho del parto²⁶⁶.

La Corte establece que según los artículos 182, 183, 186, 187, 188 y 189 del Código Civil, un individuo no podría tener más de un padre o más de una madre reconocidos por el ordenamiento jurídico (esto excluiría a personas que han crecido en hogares ensamblados y que bien podrían tener dos padres y dos madres). También estableció que para poder impugnar la calidad de padre o madre es necesario hacerlo a través de acciones de filiación que contempla el Código Civil²⁶⁷, siendo la acción de reclamación de maternidad la utilizada en la demanda seguida ante el Segundo Juzgado de Familia de Santiago por Emma y Gigliola.

²⁶³ IRIARTE, *Óp. Cit.* p. 19.

²⁶⁴ IRIARTE, *Óp. Cit.* p. 19.

²⁶⁵ BENÍTEZ, *Óp. Cit.* p. 172.

²⁶⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 74.926-2017, Recurso de Protección. Sentencia de 28 de diciembre de 2017. *Considerando noveno.*

²⁶⁷ *Ibidem.* *Considerando décimo.*

Habiendo sido rechazado el recurso de protección interpuesto por Emma y Gigliola en contra del Servicio de Registro Civil e Identificación, se dedujo recurso de apelación respecto de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 28 de diciembre de 2017. La Corte Suprema, en sentencia de 14 de marzo de 2018, confirmó el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago²⁶⁹.

III) Análisis Sentencia De Ramón con Di Giamarino, Segundo Juzgado de Familia de Santiago, 8 de junio de 2020. RIT C-10028-2019.

La sentencia del 8 de junio 2020 del Segundo Juzgado de Familia de Santiago resolvió una acción de reclamación de maternidad presentada por Gigliola en representación de su hijo Attilio, en contra su conviviente civil Emma De Ramón, quien también es madre del niño, pero no reconocida como tal por el derecho.

En primer lugar, es necesario referirme a la acción de reclamación de filiación (maternidad y paternidad), debido a que esta busca establecer un estado filiativo que no se tiene. La posibilidad de impetrar una acción de filiación es un derecho, irrenunciable e imprescriptible²⁷⁰. Es necesario distinguir si esta consiste en una reclamación de filiación matrimonial o no matrimonial. En este caso, al ser Emma y Gigliola convivientes civiles, pero no encontrarse casadas se trataría de una acción de reclamación de filiación no matrimonial. La acción de filiación no matrimonial corresponde al hijo o a su representante legal, en el evento de que fuese incapaz, en el interés de este, en contra de su padre o madre²⁷¹.

- Argumentos de la parte demandante:

Respecto de los argumentos presentados en la demanda de Gigliola, en representación de su hijo Attilio en contra de su conviviente civil Emma De Ramón, ella indica que en conjunto a su hijo y a la demandada, serían una familia legalmente constituida, reconocida y protegida por el

²⁶⁹ LATHROP, Fabiola. “Comaternidad en Chile”. *Revista Derecho de Familia*, Volumen 2020 – VI. Citando el fallo de la Corte Suprema, 14 de marzo de 2018, Rol 971-2018. p. 222.

²⁷⁰ DEL PICÓ, Óp. *Cit.* pp. 461-466.

²⁷¹ *Ibidem*.

ordenamiento jurídico²⁷². La justificación de su pretensión estaría en el hecho que en el art. 1º de la CPR, se establece que: *“la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”*.

La Constitución Política de la República, recoge este precepto constitucional del artículo 16 N° 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Al momento en que el texto constitucional se refiere a este núcleo fundamental de la sociedad, deja indeterminada su composición, en estricto sentido nada dice respecto a que la *“familia”* deba constituirse con base en una relación entre personas de distinto sexo²⁷³.

De la misma manera, la demandante busca dar legitimación a su unión familiar debido al hecho de haber celebrado un acuerdo de unión civil con la demandada, el que constituiría una unión de índole familiar. La demandante arguye que no sólo debiese protegerse a su familia, sino que también fortalecerla.

Posteriormente, la demandante invoca el derecho a la identidad, bajo el entendimiento de que este *“comprende la posibilidad de que todo ser humano sea uno mismo y no otro, y en un sentido restringido, el derecho de la persona a ser inscrita inmediatamente después de su nacimiento, a tener un nombre desde que nace y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”*²⁷⁴, argumentando a que la falta de determinación de la maternidad estaría afectando el derecho de identidad de Attilio respecto de la familia de Emma²⁷⁵.

La demandante se refiere de la misma manera al principio del interés superior del niño, el que se entiende como *“la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso se identifican”*²⁷⁶, por lo que los derechos de Attilio debiesen equipararse con su interés general. Lo anterior tendría como consecuencia que en este caso al no tener la filiación determinada respecto de Emma, a Attilio se le negaría la posibilidad de ejercer aquellos derechos propios que otorga la calidad de hijo, tales como el derecho de alimentos y los derechos hereditarios respecto de una de sus madres.

²⁷² TAPIA, *Óp. Cit.* pp. 50, citando la página 7 y 8 de la demanda.

²⁷³ MUÑOZ, *Óp. Cit.* p. 11-12.

²⁷⁴ ÁLVAREZ, *Óp. Cit.* citando la sentencia pronunciada el 13 de mayo de 2008 por el Tribunal Constitucional, Rol N° 823-2007-INA.

²⁷⁵ Demanda. Pp. 10 y 11.

²⁷⁶ CILLERO, *Óp. Cit.* p. 134.

Por último, la demandante argumenta que nuestro ordenamiento jurídico no regula de forma expresa las técnicas de reproducción asistida de las parejas entre personas del mismo sexo, puesto a que el art. 182 del Código Civil establece que: *“El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas”*. Esta norma es la única que regula las técnicas de reproducción asistida dentro del Código Civil, y que corresponde a una presunción de derecho que no pretende dar validez a la aplicación de las mismas, menos aún en parejas entre personas del mismo sexo, sino que busca regular la situación filiativa de los niños y niñas nacidos como fruto de la donación de gametos.

Así, resulta claro que el ámbito de aplicación de estas técnicas es la pareja heterosexual matrimonial o no matrimonial, excluyendo a las parejas entre personas del mismo sexo²⁷⁷. Ahora bien, según el profesor Tapia: *“tal restricción es sólo aparente, y obedece únicamente al hecho de que a la época en que se promulgó el proyecto aún no se dictaba la Ley 20.830, que crea el AUC, ley que reconoce la unión afectiva, permanente y estable entre dos personas del mismo sexo como una familia. La norma es también anterior a la sentencia dictada por la CIDH, que sancionó al Estado de Chile por afectación al derecho a la igualdad y a la no discriminación (Atala vs. Chile)”*²⁷⁸.

- Argumentos de la parte demandada:

En el mismo sentido que la parte demandante, Gigliola; la parte demandada, Emma; hizo referencia al reconocimiento que hace la Constitución a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, debiendo ser protegida y fortalecida por el Estado²⁷⁹.

Resulta interesante que la demandada hace referencia a los artículos 182 y 183 del Código Civil, con respecto al artículo 182, indica los mismos puntos hechos por la parte demandante. Por otro lado, el artículo 183 del Código Civil establece que *“La maternidad queda determinada legalmente por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil. En los demás casos, la maternidad se determina por el reconocimiento o sentencia firme en juicio de filiación según lo disponen los artículos siguientes”*. En referencia a este artículo recién mencionado, la

²⁷⁷ GÓMEZ DE LA TORRE, *Óp. Cit.* p. 367-382.

²⁷⁸ TAPIA, *Óp. Cit.* p. 61.

²⁷⁹ Contestación de la demanda. pp. 3-4.

demandada indica que la maternidad se establece de las formas indicadas en el artículo 183. La maternidad de Gigliola se determinó en el parto y en el caso de Emma, debiese determinarse por sentencia firme en juicio de filiación, al clasificarse dentro de la expresión “*los demás casos*” empleada por el legislador. En este sentido, Attilio tenía una maternidad determinada en el parto por lo que, Emma, no tenía la posibilidad de reconocer a Attilio debido a que la maternidad ya se encontraba determinada. Por lo que tenía la opción a que se determinase su maternidad en un juicio de filiación, lo que finalmente terminaría ocurriendo²⁸⁰.

Por último, la demandada arguye que al no reconocerse su maternidad respecto de Attilio, se le estaría negando una lista importante de derechos que la calidad de hijo otorgaría respecto a la persona que en los hechos es su madre, como lo son el cuidado personal de Attilio en caso de muerte o separación de Emma y Gigliola; la relación directa y regular respecto de Attilio y Emma; el derecho de relación o visita de parientes de Emma; la crianza y educación de Attilio entendida como un deber y, también, respecto de derechos hereditarios²⁸¹.

- **La sentencia:**

En la audiencia preparatoria se fijan como hechos a probar: (i) En primer lugar, la filiación de Attilio; (ii) En segundo lugar, el vínculo entre la demandante y la demandada; (iii) En tercer lugar, el proceso de participación de ambas partes en procedimiento de reproducción asistida y (iv) por último el vínculo entre Attilio y la demandada²⁸².

Para probar estos hechos, la parte demandante incorporó en la audiencia de juicio: a) prueba documental: certificado de nacimiento de Attilio; certificado de AUC entre la demandante y demandada; informe de ginecóloga; copia del acta de inscripción de Attilio; b) prueba testimonial: el ginecólogo que practicó la técnica de reproducción asistida, una amiga de la demandante y el hermano de la demandante y, c) la declaración de la demandada.

²⁸⁰ VERDUGO, *Óp. Cit.* p. 37.

²⁸¹ DEL PICÓ, *Óp. Cit.* pp. 423-425.

²⁸² Sentencia. *Considerando tercero.*

Por su parte, la parte demandada incorporó: a) prueba documental: la misma que la parte demandante incluyendo, además, un set de 6 fotografías en donde se muestra la vida en común de los tres (Emma, Gigliola y Attilio); b) prueba testimonial: el hermano de Emma y la directora del jardín infantil en donde asiste Attilio, y c) prueba pericial: el informe de trabajadora social, el cual establece la vulneración de derechos por no reconocerse la maternidad de Emma sobre Attilio, informe en derecho del profesor Mauricio Tapia, ya citado con anterioridad²⁸³.

El curador ad litem de Attilio, al referirse a las cuestiones de derecho, citó el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece que *“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”*, y se refirió también, a aquellos derechos de protección a la familia; derecho del niño a la convivencia familiar; derecho a la identidad del niño; interés superior del niño; igualdad y no discriminación.

Por último, cuando se refiere a la normativa del Código Civil, cita el trabajo del profesor Tapia, quien establece que: *“resulta inequívoco que el artículo 33 consagra el principio de igualdad entre los hijos, estableciendo un trato jurídico igualitario entre ellos, sin discriminación en cuanto a la época o circunstancias de su nacimiento o de la condición de sus padres”*²⁸⁴.

Se estaría frente a dos normas que entran en conflicto al ser incompatibles una con la otra. Por un lado, el artículo 33 del Código Civil -el cual reconoce la igualdad de todos los hijos- y por otro, el artículo 182 del Código Civil -el cual no regula las relaciones filiales de los hijos de parejas entre personas del mismo sexo que se han sometido a técnicas de reproducción asistida-.

Esta situación presenta una antinomia, que en las palabras de Huerta, sería un *“conflicto normativo, [que] es aquel que se presenta cuando dos o más normas son formal o materialmente incompatibles”*²⁸⁵. Sobre esto, la profesora Henríquez ya se ha referido sobre los criterios que deben adoptar los jueces para la resolución de conflictos en que exista una antinomia, siendo uno de estos el de orden

²⁸³ *Ibidem*. Considerando cuarto y quinto.

²⁸⁴ TAPIA, *Óp. Cit.* pp. 59.

²⁸⁵ HENRÍQUEZ, Miriam. “Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del Derecho Constitucional chileno”. *Estudios Constitucionales*, Año 11, No 1, 2013. pp. 461, citando a HUERTA, 2007. p.52.

jerárquico, en el entendimiento de que, según este criterio, las “*normas de rango superior, en caso de conflicto normativo, prevalecerán sobre las de rango inferior*”²⁸⁶.

En este caso los principios analizados al comienzo de esta tesis, como lo son el derecho a la identidad; la igualdad y no discriminación y el interés superior del niño, consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos como la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención de Derechos del niño, y también en la Constitución, tienen una mayor jerarquía que aquella de una norma del Código Civil.

El profesor Tapia, por su lado, indica que respecto del artículo 182 existiría un vacío legal que debiese ser integrado a través de principios generales del derecho, como lo son el principio de igualdad entre los hijos; el derecho a la identidad; el interés superior del niño; el principio de protección a la familia, y el principio de certeza jurídica en las relaciones de familia²⁸⁷.

Finalmente, habiéndose incorporado la prueba referida anteriormente, la jueza la valora bajo los principios de la sana crítica y tiene por acreditados los siguientes hechos: En primer lugar, se da cuenta de la relación entre Gigliola y Emma, reconocida por el derecho a través de la celebración del acuerdo de unión civil. En segundo lugar, las dos decidieron formar una familia. En tercer lugar, ambas decidieron someterse a una técnica de reproducción asistida, acordando entre sí que fuese Gigliola la madre gestante. En cuarto lugar, ambas se acompañaron y prestaron apoyo durante el proceso. En quinto lugar, se da cuenta del nacimiento de Attilio en el año 2017. En último lugar, se da cuenta de la relación de madre que tiene con su hijo Attilio, respecto del vínculo de confianza y amor que sostienen uno con el otro²⁸⁸.

Luego de dar por acreditados esos hechos, la jueza realiza un análisis respecto de los antecedentes presentados, sobre si una pareja entre personas del mismo sexo y sus hijos, son una familia. Para esto, cita a Dinka Benítez, quien establece que: “*si el matrimonio es la base principal de la familia pueden existir otro tipo de familias no basadas en el matrimonio*”²⁸⁹. A este respecto, la reciente Ley N° 21.150 define a la familia como: “*núcleo fundamental de la sociedad compuesto por personas unidas por*

²⁸⁶ *Ibidem.* p. 464.

²⁸⁷ TAPIA, *Óp. Cit.* p. 68.

²⁸⁸ Sentencia. *Considerando octavo.*

²⁸⁹ BENÍTEZ, *Óp. Cit.* p. 138.

vínculos afectivos, de parentesco o de pareja, en que existen relaciones de apoyo mutuo, que generalmente comparten un mismo hogar y tienen lazos de protección, cuidado y sustento entre ellos”, resulta claro que se refiere a personas unidas por vínculos afectivos y no se especifica que dichos vínculos afectivos deben ser exclusivamente entre hombres y mujeres. Por último, que compartan un mismo hogar y tengan lazos de protección, cuidado y sustento entre ellos.

Resulta claro que Gigliola, Emma y Attilio se encuentran dentro de la categoría recién señalada. Por tanto, es evidente que el derecho de familia y el concepto de familia son instituciones que deben evolucionar a favor de reconocer a las diversas realidades que hoy existen. Se deja en claro el hecho de que dos mujeres sean madres de un niño que ha crecido conociéndolas como su referente de cariño, afecto y seguridad.

La jueza también es crítica de la ley N° 20.830, debido a que plantea las siguientes preguntas: *“Al privar el reconocimiento de hijo de ambas, ¿se atenta contra el derecho de igualdad? ¿De qué manera el ordenamiento jurídico nacional protege a la familia?”*. Ante estos cuestionamientos, la jueza deja establecido en forma clara, en la redacción de la sentencia, que: *“Es esencial que el estado civil de un hijo que nace y crece dentro de una familia encabezada por personas del mismo sexo, que han expresado voluntad de procrear, coincida con su filiación legal”*. Así mismo, haciendo referencia a los planteamientos de Cienfuegos, plantea que la desigualdad de las familias homoparentales se expresa tanto en la desigualdad de la representación familiar en el Derecho respecto de las uniones familiares concretas y, también, de que muchas familias de facto no son consideradas como tales²⁹⁰, como en el caso de las parejas entre personas del mismo sexo y de sus hijos que no pueden tener filiación conjunta. La respuesta de la autora resulta interesante en el sentido que establece que: *“la variedad de la familia en Chile, entonces, necesita ser visibilizada”*²⁹¹.

Al momento de plantearse la discusión respecto del art. 182 del Código Civil, reconoce la existencia de un vacío legal e indica que para llenar este vacío es necesario recurrir al derecho internacional de los derechos humanos, por lo que cita el caso *“Artavia Murillo vs. Costa Rica”* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por su parte la profesora Lathrop indica que, si bien el art. 182 del CC se refiere a *“el padre y la madre”* debe ser leído de tal manera que no atente contra

²⁹⁰ CIENFUEGO, Javiera. “Diversidad familiar y derecho en Chile: ¿una relación posible?”. *Revista de Estudios Sociales*, No. 52. pp. 170.

²⁹¹ *Ibidem*. p. 169.

el principio de igualdad de los hijos contenido en el art. 33 del Código Civil, teniendo presente, además que este artículo data de antes de la vigencia de la ley que crea el acuerdo de unión civil y de la condena en el caso “*Atala Riffó y niñas vs. Chile*”²⁹².

Por último, la jueza hace referencia a dos principios analizados en este trabajo: el derecho a la identidad y el principio del interés superior del niño.

Sobre el derecho a la identidad, es necesario establecer que la identidad es una construcción de carácter permanente, que se incorpora a la trayectoria de la persona con un sentido otorgado por el sujeto a su propia experiencia, implicando el reconocimiento de la persona en su propia individualidad de sus atributos y conllevando un aseguramiento de las condiciones que permitan el desarrollo de la misma, permitiendo un mejor resguardo de las posibles vulneraciones de derechos²⁹³.

En ese sentido, la identidad de Attilio está determinada por su origen y contexto familiar y social²⁹⁴. Attilio es un niño que ha nacido en el seno de una familia formada por dos mujeres que han decidido unirse y criarlo en conjunto, y este hecho se encuentra respaldado por un derecho amparado por el ordenamiento jurídico internacional, por lo que resulta imperativo que se proteja el derecho a la identidad de Attilio.

En lo que respecta al principio de interés superior del niño, se evidencia que este principio es una garantía a la vigencia de todos los demás derechos del niño y la satisfacción de todos ellos²⁹⁵. Estos son consagrados no sólo por el ordenamiento jurídico chileno, sino que también por la Convención Internacional de Derechos del Niño en su Art.8. La sentencia establece que el interés superior de Attilio debe determinarse con base a su derecho a la identidad, es decir, sobre cómo su identidad, siendo hijo de dos madres y el hecho de pertenecer a una familia homoparental, se debe ver reflejado en su filiación legal²⁹⁶.

²⁹² LATHROP, *Óp. Cit.* p. 224.

²⁹³ LAVERA, Domingo. Reconocimiento y protección del derecho a la identidad de género de niños, niñas y adolescentes. Minuta preparada para la discusión de 9 de abril de 2018, respecto de la Ley de Identidad de Género.

²⁹⁴ Sentencia. *Considerando Décimo Tercero*.

²⁹⁵ CILLERO, Miguel. “El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los Derechos del niño”. *Revista de justicia y derechos del niño*, 9. p. 134.

²⁹⁶ Sentencia. *Considerando Décimo Cuarto*.

Attilio ha crecido en una familia que ha procurado entregarle afecto. Esta familia nace de la relación entre dos mujeres, sus madres, hecho que la prueba testimonial así demuestra. En consecuencia, Attilio ha construido su identidad alrededor de esa familia, por lo que su interés superior sería vulnerado al momento en el que no se reconoce la maternidad de una de sus madres, bajo el entendimiento de que no se estaría satisfaciendo el reconocimiento a su derecho a la identidad. Además, se privaría a Attilio de todos aquellos derechos que nacen de la filiación respecto de su madre, Emma.

Debido a las consideraciones de hecho, y también, a aquellas de derecho se acoge la demanda de reclamación de maternidad presentada por Gigliola Di Giammarino en representación de Attilio, con respecto a su madre Emma De Ramón, y se ordena al Registro Civil que inscriba como madres tanto a Gigliola como a Emma, reconociéndose así la comaternidad de las convivientes sobre su hijo Attilio²⁹⁷. El Registro Civil acató el fallo y realiza la inscripción.

IV) Consecuencias que trae la sentencia para el reconocimiento de la comaternidad y copaternidad en Chile.

En el momento en que se dictó el fallo, este desató una serie de opiniones en autores nacionales y también por parte de la opinión popular, respecto si es que es posible o incluso correcta la posibilidad que dos mujeres o dos hombres, fuesen madres o padres de un niño o niña.

En su momento, el profesor Corral manifestó que: *“la crítica que hemos hecho al fallo es porque vulnera los derechos de ese niño al privarlo de una familia compuesta de padre y madre y de su derecho a la identidad en cuanto a su origen biológico. Todo para satisfacer la aspiración de una pareja lésbica de tener un hijo (...) Si la filiación no se funda en la biología, sino en una supuesta voluntad de ser padre o madre, nada justificaría que los que desean adoptar un niño tengan que someterse a controles de idoneidad. Bastaría acreditar que el niño esta al cuidado de uno o más adultos que lo consideran su hijo”*²⁹⁸.

De la misma manera, un sector discutió respecto si el fallo tendría validez debido al hecho de que las partes serían las únicas que podrían apelar, y al no hacerlo ninguna de ellas, la sentencia

²⁹⁷ Sentencia. *Considerando Décimo Sexto.*

²⁹⁸ CORRAL, Hernán. “¿Dos madres?”. Carta al Diario el Mercurio, 12 de Junio de 2020.

quedaría firme. Ante esto, la ministra vocera de la Corte Suprema, Gloria Chevesich, indicó que: *“las que pueden impugnar una determinada sentencia judicial son las partes litigantes, nada más. En medida que nadie apeló, va a quedar como un fallo de única instancia, que quedaría firme”*²⁹⁹.

Por su parte, la profesora Lathrop manifestó que: *“la sentencia reconociendo la comaternidad es excepcional en nuestra jurisprudencia. La regla general ha sido conocer de estos casos, cada vez más frecuentes en nuestro país, aplicando el paradigma filiativo contenido en el Código Civil, basado en un sistema binario, heterosexual y de parentesco biológico”*³⁰⁰. A partir de este planteamiento, surgen varias dudas: ¿Es este un asunto que debe ser resuelto por un tribunal y no por el Congreso? ¿Este fallo servirá como un precedente para futuras decisiones respecto a este tema? ¿Qué pasa con la copaternidad?

Respecto a la primera interrogante, resulta claro que este asunto debiese ser regulado de forma legislativa y que, de manera explícita, la ley le diese reconocimiento a la comaternidad y copaternidad en Chile, pero este fallo representa un avance para que esto ocurra.

Respecto de la segunda interrogante, es necesario establecer que el reconocimiento jurisprudencial de las familias homoparentales no es algo que sea uniforme en nuestro país. La misma semana en la que se dictó el ya comentado fallo del Segundo Juzgado de Familia de Santiago, el Tribunal Constitucional resolvió un caso en que dos mujeres, con un matrimonio celebrado en España, y teniendo un hijo, intentan inscribir su matrimonio en Chile el cual, se les comunica, será reconocido como un acuerdo de unión civil.

Las mujeres presentaron un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 80 de la LMC y el artículo 12 de la LMC, que niegan el reconocimiento en Chile de matrimonios entre parejas del mismo sexo celebrados en otros países³⁰¹. El Tribunal Constitucional en su fallo establece que *“Vigente un estatuto jurídico que regula la familia, su protección y efectos, no puede darse a todas las uniones afectivas el mismo reconocimiento y protección”*³⁰².

²⁹⁹ CHEVESEVICH, Gloria. Expertos debaten sobre los alcances del fallo que reconoció dos madres para un niño. (2020). Recuperado de: <https://colegioabogados.cl/expertos-debaten-sobre-los-alcances-del-fallo-que-reconocio-dos-madres-para-un-nino/>

³⁰⁰ LATHROP, Óp. Cit. p. 225.

³⁰¹ VERDUGO, Óp. Cit. p. 40.

³⁰² Tribunal Constitucional. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Rol 7774-19.

Un mes luego del fallo histórico del Segundo Juzgado de Familia de Santiago, la Tercera Sala de la Corte Suprema mantuvo su respaldo al orden legal vigente al negarse a las pretensiones de dos madres que buscaban la inscripción de la doble maternidad en el Registro Civil. La Corte Suprema validó la legalidad de la actuación del Registro Civil que se negó a registrar el nombre de una de las recurrentes como segunda madre de dos niños concebidos por una técnica de fertilización asistida. Por carecer de paternidad determinada, se admite que los niños usen el apellido de la conviviente civil de la madre como primer apellido, manteniendo el apellido de quien es la madre como segundo, pero no admite el registro del nombre de la conviviente civil de la mujer que dio a luz a los niños como segunda madre³⁰³.

Los hechos que motivaron el fallo de recurso de apelación en causa Rol 33.316-2019, son similares a aquellos del caso de Attilio. Las recurrentes unidas entre sí por un acuerdo de unión civil, concibieron mediante técnicas de reproducción asistida a dos niños el 20 de septiembre de 2017. Estos niños fueron inscritos como hijos de la mujer que dio a luz, quien es legalmente la madre de los niños. Las mujeres requieren la rectificación de las partidas de nacimiento de los niños, cuya solicitud fue desestimada por ser legalmente inadmisibles. Contra esta resolución se interpuso recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, la que en causa Rol 88.402-2019, rechaza la posibilidad de reconocimiento de la comaternidad, siendo lo anterior confirmado posteriormente en el fallo de la Corte Suprema³⁰⁴.

Por lo tanto, se evidencia en situaciones así que el reconocimiento de la comaternidad no puede quedar en manos de los tribunales y que debe existir un reconocimiento y protección a la copaternidad y comaternidad, expresamente reconocido por la ley.

Por último, en lo que respecta a la copaternidad, existe una sentencia dictada por una jueza suplente, quien reconoció a dos hombres la paternidad de sus hijos adoptados en EEUU. El rol de esta causa es reservado, pero fue dictado en julio de 2017 por el Quinto Juzgado Civil de Santiago (no deja de resultar interesante el hecho que fue dictado por la justicia civil y no un tribunal de

³⁰³ Corte Suprema. Sentencia de Recurso de Apelación. Rol 33.316-2019.

³⁰⁴ RODRÍGUEZ, María. Tercera Sala de la Corte Suprema mantiene su respaldo al orden legal vigente al negarse a las pretensiones de que ordene al Registro Civil la inscripción de una doble maternidad o paternidad. El Mercurio Legal. Jueves, 30 de julio de 2020.

familia) y comentado por la profesora Lathrop³⁰⁵. Estos dos hombres, quienes eran pareja desde el año 2000, contrajeron matrimonio en el año 2010, adoptaron a sus hijos en el año 2012 y posteriormente se trasladan a Chile el 2014, registrando su matrimonio como un AUC en nuestro país.

El certificado de nacimiento de sus hijos consignaba a ambos padres, pero la inscripción que se realizaría en Chile de este certificado, no podría hacerlo, permitiéndose sólo una inscripción marginal de la situación de los niños. Ante esta situación, los padres presentaron una gestión voluntaria de rectificación de las partidas de nacimiento, a lo que el tribunal accedió y ordenó la rectificación. Con todo, el Registro Civil tardó 3 años en acatar el fallo, y es la Corte de Apelaciones en el año 2019 la que ordena al juez de primera instancia que pidiese el cumplimiento del fallo del año 2017.

Asimismo, no fue hasta luego de la sentencia del Segundo Juzgado de Familia de Santiago es que el Registro Civil, el 26 de junio de 2020, accede a modificar el sistema informático creando una casilla para que un niño o niña pueda tener dos padres o dos madres³⁰⁶.

3.4. Futuro reconocimiento de la copaternidad y comaternidad en el derecho chileno: Proyecto de Ley de matrimonio igualitario.

Habiéndome referido al reconocimiento en Chile de la comaternidad y copaternidad en la jurisprudencia, y también de las consecuencias que han tenido los avances jurisprudenciales en la materia, es necesario referirme al reconocimiento en Chile del matrimonio entre personas del mismo sexo y como este, tendría de consecuencia el reconocimiento de la comaternidad y copaternidad de manera absoluta en el ordenamiento jurídico.

Mientras esta tesis se encuentra en proceso de redacción, el matrimonio entre personas del mismo sexo no es reconocido por el ordenamiento jurídico chileno. Actualmente, para las parejas entre personas del mismo sexo sólo existe la posibilidad de celebrar el acuerdo de unión civil, el que

³⁰⁵ LATHROP, *Óp. Cit.* p. 225

³⁰⁶ LATHROP, *Óp. Cit.* Pp. 225.

no se equipara al matrimonio ni tampoco tiene efectos sobre la filiación en el caso de parejas homosexuales³⁰⁷.

Tres fueron los proyectos de ley presentados a tramitación, que buscaban reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo: (i) El primero en 2008; (ii) el segundo en 2010; y (iii) el tercero en 2014. Ninguno de los tres proyectos contempló la filiación de un niño o niña respecto de ambos padres o madres. De hecho, el primer proyecto de matrimonio igualitario, presentado en el año 2008, buscaba la modificación del artículo 102 del Código Civil, cambiando así la expresión “hombre y mujer” por “dos personas”, y que se eliminase la expresión “de procrear” del mismo artículo³⁰⁸.

Mientras que, el proyecto presentado a tramitación en el año 2010 agrega una modificación a la Ley de Matrimonio Civil, cambiando su art. 54 (sobre las causales de divorcio), y que a continuación de la expresión “conducta homosexual” se agregase: “en el caso del matrimonio entre un hombre y una mujer”. También se buscaba suprimir de su art. 80 la expresión “siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer”, en favor de reconocer en Chile, los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero³⁰⁹. Por último, y a pesar de involucrar un cambio más bien sistemático de la legislación, el proyecto presentado el año 2014 resulta parecido al acuerdo de unión civil, debido a que no regula la filiación dentro del matrimonio entre personas del mismo sexo³¹⁰.

Actualmente, existe un nuevo proyecto de ley, presentado a tramitación el 5 de septiembre de 2017, este busca regular en igualdad de condiciones el matrimonio entre personas del mismo sexo. En los fundamentos de este proyecto se establece que este busca: “Terminar con la discriminación estructural que sufren las familias formadas por parejas homosexuales, y que afecta todas sus interacciones con la sociedad: el matrimonio no es, ni ha sido jamás, una simple regulación de la propiedad, la herencia y la procreación. Por el contrario, la elección de una pareja con la cual se desea convivir hasta la muerte no puede sino ser el resultado de una de las demostraciones más grandes de fidelidad, respeto y afecto. La normativa actual que regula el matrimonio

³⁰⁷ GOÑI, Elena. “El problema de la homosexualidad y la filiación en Chile. Situación en España y soluciones de Derecho Comparado”. *Revista Electrónica Iberoamericana*, Vol. 10, N°2. p. 6.

³⁰⁸ Boletín N° 5780-18. Modifica el Código Civil en relación con el concepto de matrimonio.

³⁰⁹ Boletín N° 7099-07.

³¹⁰ Boletín N° 9778-18.

*civil ignora que esa unión pueda darse entre diversas personas y condena a las personas homosexuales a un trato desigual, donde el Estado les señala que ese amor y ese compromiso no son iguales al de las parejas heterosexuales*³¹¹.

El proyecto constituye un cambio completo de paradigma, debido a que comprende modificaciones al Código Civil y a la Ley N° 19.947, a efectos de dar acceso igualitario al estatuto matrimonial³¹².

En primer lugar, modifica el artículo 102 del Código Civil, reemplazando así la expresión “*hombre y mujer*” por “*dos personas*”, reconociéndose el acceso igualitario al matrimonio, sin consideración a la orientación sexual. En materia de filiación, se modificaría el actual artículo 182 del Código Civil, el que establece que el hombre y la mujer que se hayan sometido a técnicas de reproducción asistida son el padre y la madre del niño o niña³¹³. Sin embargo, bajo el proyecto de matrimonio igualitario, este artículo sería modificado y en su inciso final se establecería: “*Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores tratándose de una pareja de mujeres, la filiación del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida se determinará conforme a lo dispuesto en los artículos 183, 187 y 188*”³¹⁴.

El artículo recién mencionado sería un reconocimiento expreso a la comaternidad, y el vacío legal mencionado por el profesor Mauricio Tapia en su informe presentado en el juicio de filiación de Attilio³¹⁶, dejaría de existir. En dicho sentido, ya no sería necesario recurrir a tribunales para que estos determinen la maternidad respecto de una de las madres de un niño o niña.

De la misma forma, los nuevos artículos 185 y 187 permitirían el reconocimiento de la copaternidad y de la comaternidad, ya que estos establecerían³¹⁷: “*Art. 185. La filiación matrimonial queda determinada por el nacimiento del hijo durante el matrimonio de sus progenitores, con tal que la maternidad o la paternidad de ambos estén establecidas legalmente en conformidad a los art. 183 y 184, respectivamente, o conforme a lo establecido en el inciso tercero del artículo 182. (...) y Art. 187. El reconocimiento del hijo tendrá lugar*

³¹¹ Mensaje N° 130-365. Mensaje de su excelencia la Presidenta de la República con el que da inicio a un Proyecto de Ley que modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio de parejas del mismo sexo (11.422-07).

³¹² Boletín N° 11422-07.

³¹³ GÓMEZ DE LA TORRE, *Óp. Cit.* p. 176.

³¹⁴ Boletín N° 11422-07.

³¹⁶ TAPIA, *Óp. Cit.* p. 65.

³¹⁷ Boletín N° 11422-07.

mediante una declaración formulada con ese determinado objeto por alguno de sus progenitores, o ambos según los casos (...)”

No se hace mención del padre y la madre por lo que, al usar la expresión “*los progenitores*”, se entiende que una persona podrá tener dos padres o dos madres. El reconocimiento, como acto familiar unilateral³¹⁸, dejaría de ser exclusivo para el padre o madre de hijos, que nacen producto de una relación entre personas del mismo sexo.

En consecuencia, un niño que tuviese la maternidad determinada solamente de su madre biológica, podría ser reconocido en forma posterior por la cónyuge de su madre (madre no biológica). Esto también permitiría la determinación de la filiación por el hecho del nacimiento de un niño o niña durante el matrimonio de sus progenitores (que podrían ser su madre y padre, sus dos padres o sus madres), y no de forma exclusiva respecto de su padre y madre, como ocurre en la actualidad³¹⁹.

De esta manera, el reconocimiento del matrimonio igualitario no sólo permitiría un reconocimiento expreso de la comaternidad y copaternidad en nuestro país, sino que, como se mencionó al comienzo de esta tesis, también permitiría la igualdad en el reconocimiento de relaciones entre personas del mismo sexo, y no un simple reconocimiento de derechos patrimoniales como el acuerdo de unión civil. El cambio de paradigma en lo que respecta al reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo permitiría una reforma estructural al ordenamiento jurídico chileno en lo que respecta a la familia, presentándose como la culminación de las reformas en esta materia iniciadas a finales del siglo XX.

De la misma forma, el proyecto de ley modificaría la Ley N° 4.808, sobre el Registro Civil, agregándose un nuevo artículo 30 bis, que establecería: “*Todos los hijos comunes de personas del mismo sexo deberán llevar el orden de los apellidos que se haya acordado para el primero de ellos*”. Por último, el proyecto de ley modificaría la Ley N° 19.620, sobre Adopción de Menores, agregando un nuevo artículo 24 bis, que establecería “*En caso que se acoja la solicitud de adopción de dos personas del mismo sexo que no tuvieren*

³¹⁸ GÓMEZ DE LA TORRE, *Óp. Cit.* p. 158.

³¹⁹ BARCIA, *Óp. Cit.* p. 877.

hijos comunes inscritos con antelación a la dictación de la sentencia definitiva, el juez, al dictar la sentencia dispondrá el orden de los apellidos con que se inscribirá al adoptado”.

3.5. Reconocimiento de la maternidad subrogada en Chile: Análisis de sentencia del Segundo Juzgado de Familia de Santiago.

El procedimiento de gestación por sustitución, también llamado por el término derogatorio “*vientre de alquiler*”, no se encuentra regulado en nuestro país³²⁰, esto debido a la ausencia de una normativa respecto de las técnicas de reproducción asistida fuera del ya analizado artículo 182 del CC.

El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, define a la gestación por sustitución como: *“una práctica de reproducción mediante un tercero, en la que el aspirante o aspirantes a progenitor y la madre de alquiler, convienen en que esta se quede embarazada, geste y dé a luz a un niño. Esto se formaliza mediante contratos o acuerdos de maternidad subrogada, los que suelen contemplar la expectativa o el acuerdo a efectos de que la madre de alquiler traslade jurídica y físicamente al niño al aspirante o aspirantes a progenitor, sin conservar la patria potestad ni la responsabilidad paterna”*³²¹.

La subrogación permitió la aparición de la figura de la maternidad subrogada, este procedimiento, descrito en el párrafo anterior, ha sido considerado por muchos como controversial debido a los efectos negativos que produce para las madres subrogadas, es decir, en aquellas madres que aceptarían quedar embarazadas y gestar un bebé en su cuerpo³²².

Es por esto que, la maternidad subrogada ha sido prohibida en algunos países, como es el caso de España. Lo cierto es que la maternidad subrogada es un tema polémico que afecta a la comunidad LGBTQ+, específicamente a las parejas entre personas del mismo sexo formadas por dos hombres, quienes se ven obligados a recurrir a la maternidad subrogada si es que desean optar

³²⁰ CIFUENTES, Pamela y GUERRA, Pedro. “Gestación por sustitución o maternidad subrogada: Chile y la legislación comparada”. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, septiembre de 2019. Asesoría Técnica parlamentaria. p.1.

³²¹ Organización de Naciones Unidas (ONU), Consejo de Derechos humanos. 37 período de sesiones de 26 de febrero a 23 de marzo de 2018. Informe de la relatora especial sobre la venta y explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños.

³²² RODRÍGUEZ-YONG, Camilo y MARTÍNEZ, Karol. “El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense”. *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXV. pp. 59-81.

a tener un vínculo biológico con el niño o niña fruto de este procedimiento, en vez de optar por la adopción, una opción mucho menos polémica y discutida.

La maternidad subrogada, en los términos planteados en los párrafos anteriores, no tendría cabida dentro del ordenamiento jurídico chileno. No obstante, recientemente, los tribunales vinieron a llenar el vacío legal que existía respecto de este tema cuando el Segundo Juzgado de Familia de Santiago acogió una reclamación e impugnación de maternidad de hijo concebido mediante gestación subrogada.

De acuerdo a lo que indica la página web del Poder Judicial: *“La sentencia estableció que ante el vacío de la legislación chilena, respecto de los hijos concebidos mediante técnicas de reproducción asistida, se debe recurrir a la legislación internacional en protección de los derechos del niño y establecer su filiación con su familia de crianza”*⁸²³.

Aunque los hechos de este caso no involucran a una pareja entre personas del mismo sexo, el resultado de esta sentencia resulta alentador para el reconocimiento de maternidad subrogada en nuestro país como una técnica de reproducción humana asistida, para que en el futuro se permita el acceso de esta a parejas constituidas por dos hombres. Así, se espera que la regulación de esta materia en nuestro país no sea como la de España, que en su Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, artículo 10, establece que: *“Es nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, **con o sin precio**, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero.”*⁸²⁴

En España, este asunto incluso llegó al Tribunal Supremo español a través de un recurso de casación respecto de una sentencia previa que negaba el acceso a una pareja entre personas del mismo sexo a la maternidad subrogada. Este recurso se sustenta en las bases del *“derecho a la igualdad sin discriminación, tanto de los menores, como de los padres, en cuanto a la no discriminación por razón a su orientación sexual, y el derecho a la intimidad familiar, en cuanto al derecho de la pareja de la procreación médica*

³²³ Poder Judicial de Chile. 2021. Segundo Juzgado de Familia de Santiago acoge reclamación e impugnación de maternidad de hijo concebido mediante gestación subrogada. 28 de Julio de 2021, de Noticias del Poder Judicial Sitio web: <https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/noticias-del-poder-judicial/6000>.

³²⁴ CIFUENTES, Pamela y GUERRA, Pedro. *“Gestación por sustitución o maternidad subrogada: Chile y la legislación comparada”*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, septiembre de 2019. Asesoría Técnica parlamentaria. p.18.

*asistida*³²⁵. Sin embargo, el fallo por parte del Tribunal Supremo español resulta negativo en cuanto a reconocer y amparar el derecho a la maternidad subrogada.

Por su parte, el caso chileno involucra la historia de dos mujeres Carolina y Sonia, quienes se conocieron cuando tenían 14 años, y desde ese momento fueron amigas inseparables. Carolina, conoce a su marido, Mario, en el año 2007, con quien contrajo matrimonio en el año 2010. Un año más tarde, en el año 2011, producto a un cáncer al colón y al recto, Carolina sufre una histerectomía que la dejó sin la posibilidad de tener hijos biológicos³²⁶. Debido a la posterior imposibilidad de poder adoptar, es que Sonia les propone, en el año 2014, la posibilidad de la maternidad subrogada, trato que la pareja acepta.

Es así que, durante los dos años siguientes, los tres se sometieron a un tratamiento psicológico y el posterior tratamiento de transferencia embrionaria de una donante anónima. Nueve meses después, en el año 2016, nace “D”, actualmente de 5 años de edad. Lo cierto es que, Carolina y Mario, son sus padres, y así lo ha reconocido también el establecimiento educacional del niño y las familias de ambos.

En nuestro país, una de las formas de determinar maternidad es por el parto³²⁷, por lo que Sonia es quien ocuparía el rol de la madre legal de “D”, sin ser en ningún caso a quien “D” reconocería como su madre. De este modo, queda claro que se deben ponderar los derechos analizados a lo largo de este trabajo como el derecho a la identidad en casos así. En este caso en particular, fue Carolina quien debió presentar una demanda de impugnación y reclamación de maternidad su favor en contra de Sonia para que se reconociese a “D” como su hijo.

La sentencia, (cuyo RIT de causa no es público) de julio de 2021, estableció que, ante el vacío de la legislación chilena respecto de los hijos concebidos mediante técnicas de reproducción asistida, se debe recurrir a la legislación internacional en protección de los derechos del niño y establecer su filiación con su familia de crianza, modificando de esta manera la partida de nacimiento

³²⁵ CIRIÓN, Aitziber Emaldi. “Implicancias Éticas y Jurídicas de la maternidad subrogada. Aproximación a una visión europea”. *Acta Bioethica*, Volumen 23, pp. 227-235.

³²⁶ PALMA, Sebastián. “¿Hasta dónde puede llegar la amistad entre dos mujeres?: La historia de una demanda por maternidad desde el amor”. Recuperado de: <https://www.theclinic.cl/2021/07/26/hasta-donde-puede-llegar-la-amistad-entre-dos-mujeres-la-historia-de-una-demanda-por-maternidad-desde-el-amor/>.

³²⁷ ÁLVAREZ, Óp. *Cit.* p. 130.

del niño³²⁸. Es en este mismo sentido, que la conclusión dada por el profesor Tapia en el informe presentado en el caso de Attilio³²⁹, es replicado en este fallo emitido por el mismo tribunal.

Por consiguiente, resulta claro que (tomando en cuenta los argumentos dados por el profesor Tapia y la profesora Lathrop a lo largo de este capítulo) en nuestro país no se ha legislado de forma integral sobre la TRA más allá del artículo 182 del CC. Así, es ante este vacío legal que el Tribunal concluye que, su resolución recae en la aplicación de principios generales de derecho y del derecho internacional (de la misma forma que ocurrió en el caso de Attilio), encuadrándolos en los derechos fundamentales de “D” y su interés superior, pues: *“Carolina y Mario, siempre desearon ser padres (...) desde sus primeros días de vida, han procurado velar por el bienestar de “D”, siendo responsables por su crianza y entregándole amor; el niño (...) está inserto en una familia armoniosa, que lo acoge y cuida. (...) por otra parte (...) ha quedado demostrado en autos (...) que Carolina y Mario son reconocidos afectiva y socialmente como padres; el niño es conocido en cuanto a su nombre, trato y fama como hijo de Carolina y Mario, lo que prevalece por sobre la verdad biológica, según reza el artículo 200 del CC y en el mejor interés del niño que siga formando parte de una familia unida por lazos afectivos, sociales y reconocidos por la comunidad, amigos y familiares”*³³⁰.

Es así como el Segundo Juzgado de Familia de Santiago acoge la demanda de impugnación de maternidad interpuesta, declarando que “D” es efectivamente hijo de Carolina y Mario, y ordenando al Registro Civil la nueva inscripción de filiación de “D”, sustituyendo el nombre de Sonia por el de Carolina en cumplimiento del artículo 221 del CC, y la modificación del nombre del niño en su partida de nacimiento.

³²⁸ Poder Judicial de Chile. 2021. Segundo Juzgado de Familia de Santiago acoge reclamación e impugnación de maternidad de hijo concebido mediante gestación subrogada. 28 de Julio de 2021, de Noticias del Poder Judicial Sitio web: <https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/noticias-del-poder-judicial/60000>.

³²⁹ TAPIA, 2020. *Op. Cit.* pp. 68.

³³⁰ Poder Judicial de Chile. Segundo Juzgado de Familia de Santiago acoge reclamación e impugnación de maternidad de hijo concebido mediante gestación subrogada. 28 de Julio de 2021, de Noticias del Poder Judicial Sitio web: <https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/noticias-del-poder-judicial/60000>.

Conclusiones

La evolución de nuestras costumbres sociales ha conducido a que el modelo único de familia que reconocía el Código Civil, al momento de su entrada en vigencia, haya caducado³³¹.

Tradicionalmente, se ha asociado la configuración jurídica de la familia con el modelo de Estado, se le atribuye a la familia una relevancia política y la función de formación de futuros ciudadanos³³². En este mismo sentido, se trataba de fundar el orden público respecto del orden doméstico a través de la supremacía de la familia “*legítima*” matrimonial³³³. Sin embargo, este paradigma ha cambiado, debido a que el derecho de familia es esencialmente dinámico y se ve influido por los cambios culturales que modelan la sociedad³³⁴.

Aún queda un camino largo por delante, pues dentro del concepto de familia tradicional no había un espacio para la consideración de las parejas entre personas del mismo sexo, mientras que, en la actualidad se han abierto nuevas perspectivas respecto al reconocimiento de otras nociones de familia desde finales del siglo XX, dadas las transformaciones jurídicas y sociales³³⁵.

La Ley de Filiación de 1998 cambió el paradigma jurídico respecto de los hijos, y modifica el ordenamiento jurídico para que se reconozca y proteja el principio de igualdad de todos los hijos, sin importar la naturaleza de la relación de los padres. De forma posterior, la Ley de Matrimonio Civil de 2004 reconoce el divorcio, rechazando la noción “*para toda la vida*” respecto del matrimonio consagrado en el Art. 102 del Código Civil. Finalmente, en el 2015, la Ley de Acuerdo de Unión Civil reconoció a las parejas entre personas del mismo sexo frente al derecho, y les otorgó un estatuto de protección, siendo consideradas estas parejas como una figura de índole familiar³³⁶, un reconocimiento que el derecho no les entregaba anteriormente.

³³¹ TAPIA, MAURICIO. Código Civil. 1855-2005. Evolución y perspectivas. (Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile 2005).

³³² RAUPP, Roger. Las uniones homosexuales y la familia homoafectiva: el derecho de familia como instrumento de adaptación y conservadurismo o la posibilidad de su transformación e innovación. En *Derechos sexuales y derecho de familia en perspectiva queer*. 2018. Porto Alegre. Editora da UFCSPA. pp. 221.

³³³ *Ibidem*. pp.218

³³⁴ HERNÁNDEZ, Gabriel. Las grandes reformas al Derecho de familia chileno a la luz de los derechos humanos, *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, N°13, 2009. P. 85-100.

³³⁵ *Ídem*. pp.221

³³⁶ HERNÁNDEZ, 2016. *Óp. Cit.* pp. 1-8.

Sin embargo, el ordenamiento jurídico chileno no reconoce de forma expresa ni la copaternidad ni la comaternidad, lo que desconoce una realidad social importante en nuestro país, y, en consecuencia, deja en total desprotección a los niños y niñas que han crecido en familias homoparentales.

Los estándares y principios del derecho internacional de los derechos humanos nos permiten realizar un análisis sistemático del ordenamiento jurídico³³⁷ y, a la luz de los principios de igualdad y no discriminación, derecho a la identidad y orientación sexual como categoría protegida; el derecho a la vida familiar; el de protección a la familia; el derecho a la filiación y maternidad sin discriminación por orientación sexual y, el interés superior del niño, se puede concluir que se debe reconocer la comaternidad y la copaternidad de forma expresa en el derecho chileno.

Los modelos de derecho comparado analizados, a lo largo de este trabajo nos entregan la misma respuesta que los estándares y principios del derecho internacional de los derechos humanos. El reconocimiento de la comaternidad y copaternidad es algo que ha ocurrido en los países estudiados en el Reino Unido en el año 2002; en España en el año 2005 y en Argentina desde el año 2010. Ante esto, la pregunta que surge es: ¿Qué detiene a nuestro país?.

La respuesta parece ser clara: la falta de regulación y de reconocimiento en un sistema que tiene categorías de hijos³³⁸ y categorías de familias, pues los hijos de dos padres o dos madres no tienen ningún derecho respecto de uno de sus padres o de una de sus madres, situación que bajo ningún caso cumple con aquellos estándares de derechos humanos que nuestro país reconoce y está obligado a respetar, así como tampoco con aquellos modelos de derecho comparado de países históricamente cercanos al nuestro.

La sentencia pronunciada por el Segundo Juzgado de Familia de Santiago en causa RIT C-10028-2019, reconoció la comaternidad respecto de Attilio José De Ramón Di Giammarino en base a aquellos principios de derecho internacional de los derechos humanos y modelos de derecho comparado que permean nuestro ordenamiento jurídico, y que permiten darles una lectura a las normas de filiación desde una perspectiva inclusiva e igualitaria.

³³⁷ IRIARTE, 2020. *Óp. Cit.* Pp. 17-32.

³³⁸ VERDUGO, 2020. *Óp. Cit.* Pp. 35-44.

Este fallo claramente es un avance en el reconocimiento de la comaternidad y copaternidad, pero resulta insuficiente en el entendimiento de que este no involucra un cambio expreso y general en el paradigma respecto a las familias homoparentales el que, en la opinión de este autor, no debiese darse, en la sala de un tribunal, sino que en el Congreso a través del reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo y de la adopción homoparental y, por ende, de la copaternidad y comaternidad de forma expresa y general.

No es posible seguir ignorando los derechos de los niños que nacen en el seno de familias homoparentales, ni tampoco los de sus padres. Si los niños no pueden ser discriminados en razón de las condiciones de sus padres y la orientación sexual de ellos, no es una consideración relevante al momento de decidir respecto del cuidado personal de los hijos³³⁹, siendo la negativa del legislador a reconocer la copaternidad y la comaternidad una vulneración de los derechos de los niños y niñas hijos de relaciones entre personas del mismo sexo al discriminarlos por una orientación sexual externa a ello: la de sus padres³⁴⁰.

³³⁹ BENITEZ, 2018. *Óp. Cit.* pp. 215.

³⁴⁰ *Idem.* pp. 215.

Bibliografía

- ÁLVAREZ, Rommy. *Daños en las Relaciones Familiares y el Derecho a la Identidad en la Filiación*. Santiago: Editorial Thomson Reuters, 2018
- ARANCIBIA, María y CORNEJO, Pablo. “El Derecho de familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos”. *Revista Ius et Praxis*, Año 20, N.1 (2013).
- BALL, Caroline. “The Adoption and Children Act 2002. A Critical Examination. Adoption and Fostering”, Volume 29 (2005), Issue 2.
- BARCIA, Rodrigo. *Estructura del Derecho de Familia y de la Infancia. Tomo II*. Santiago: Legal Publishing, 2020.
- BASOALTO, Constanza. “Alcances de la adopción homoparental a la luz del interés superior del niño”. *Revista chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 10 (2019).
- BENAVENTE, Pilar. “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual. ADC” Tomo LXIV (2011)
- BENAVENTE, Pilar. *Registro y Filiación en Parejas LGBT. En La Protección de los Derechos Fundamentales de Personas LGBTI*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019.
- BENITEZ, Dinka. *Filiación y Mujeres Lesbianas*. Santiago: Ediciones Rubicon, 2018.
- BIGLIARDI, Karina. *La Filiación: Problemas y Soluciones. En Matrimonio entre Personas del mismo sexo. Ley 26.618. Antecedentes. Implicancias. Efectos*. Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2011.
- BIGLIARDI, Karina. *Reflexiones sobre la adopción. En Matrimonio entre Personas del mismo sexo. Ley 26.618. Antecedentes. Implicancias. Efectos*. Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía, citando a MORENO, Gustavo. 2000. “La adopción integrativa y la necesidad de una nueva reforma del régimen de adopción”. *Revista de Derecho de Familia*, N. 17 (2011).
- BOTI GARCÍA, Rodrigo. 2013. La Ley 13/2005 de Matrimonio Igualitario y la FELGTB. RJUAM, 27.
- BUSTOS, Magdalena. *Efectos jurídicos para los convivientes civiles pactados de acuerdo a la ley N° 20.830. En Estudios sobre la nueva ley que crea el acuerdo de unión civil*. Santiago: Editorial Thomson Reuters, 2016.
- CANO, María. “La adopción de integración en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Comentario al fallo S, G.A.S/Adopción simple”. *Revista Interdisciplinaria de Familia*, N.4 (2015).
- CEA, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno. Tomo II*. Santiago: Editorial Universidad Católica, 2015.
- CIENFUEGO, Javiera. “Diversidad familiar y derecho en Chile: ¿una relación posible?” *Revista de Estudios Sociales*, No. 52 (2015).
- CILLERO, Miguel. “El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los Derechos del niño”. *Revista de justicia y derechos del niño*, 9 (2007).
- CILLERO, Miguel. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. *Justicia y Derechos del Niño*, vol N.1 , UNICEF (2016).
- CLEMENTS, Ben. “Public Opinion Toward Homosexuality and Gay Rights in Great Britain”. *Public Opinion Quarterly*, Vol. 78, N.2 (2014).
- CORNEJO, Pablo. “Regulación de las uniones de pareja del mismo sexo: ¿Qué lecciones nos entrega la legislación comparada?” *Gaceta Jurídica* N° 379 (2012).
- CORRAL, Hernán. *Familia y Derecho*. Santiago: Colección Jurídica, Universidad de los Andes (1994).

- CORRAL, Hernán. “¿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*, Volumen II (2015).
- CORRAL, Hernán. “Sobre la Ley N° 20.830, que crea el Acuerdo de Unión Civil: una primera (y crítica) mirada”. *Revista de Derecho de Familia*, vol. I N° 9 (2016).
- CORRAL, Hernán. “¿Dos madres?”. Carta al Diario el Mercurio, 12 de junio de 2020
- COX, Barbara. 2000. “But Why Not Marriage: Some Thoughts on Vermont’s Civil Unions Law, Same-Sex Marriage, and Separate But (Un) Equal”. *Vermont Law Review*, 25 (2000).
- DE LA ROSA, Ricardo. “El tratamiento jurídico de la filiación en el seno de las parejas homoparentales (Doctor)”. Barcelona: Universitat de Barcelona, 2017.
- DEL PICÓ, Jorge. *Derecho Matrimonial Chileno*. Santiago: Thomson Reuters, 2015.
- DEL PICÓ, Jorge. *Matrimonio y Acuerdo de Unión Civil: apreciación comparada centrada en la diferencia de los fines*. En *Estudios de Derecho Familiar I (243-254)*. Santiago: Legal Publishing, 2016.
- DEL PICÓ, Jorge. *Derecho de familia*. Santiago: Thomson Reuters, 2017.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GUILLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV (Tomo I: Derecho de Familia)*. Madrid: Editorial Tecnos, 2018.
- ESPEJO, Nicolás y LATHROP, Fabiola. *Salir del Clóset: La necesidad del matrimonio homosexual y los límites del Acuerdo de Unión Civil*. En *Estudios sobre La Nueva Ley de Acuerdo de Unión Civil*. Santiago: Thomson Reuters, 2016.
- FERGUSON, Lucinda. “The Jurisprudence of Making Decisions Affecting Children: An Argument to Prefer Duty to Children's Rights and Welfare. Law in Society: Reflections on Children, Family, Culture and Philosophy”, *Essays in Honour of Michael Freeman (Brill 2015)*, 6/2017 (2016).
- FERNÁNDEZ, José. *Derecho Municipal Chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011
- FIGARI, Carlos. *Matrimonio Igualitario: Ciencia y Acción Política*. En *Matrimonio entre Personas del mismo sexo. Ley 26.618. Antecedentes. Implicancias. Efectos*. Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2011.
- FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN. “Proyecto de ley de reforma integral al sistema de adopción en Chile. Ideas y Propuestas”, N° 252 (2018).
- GLENNON, Lisa. “Fitzpatrick v. Sterling Housing Association Ltd - An Endorsement of the Functional Family?”. *International Journal of Law Policy and the Family*, 14, abstract (2001).
- GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. “Parejas Homosexuales. Su tratamiento en el Derecho Chileno. Uniones entre personas del mismo sexo”. *Revista de Derecho Comparado*. Citado por HERNÁNDEZ, Gabriel. 2009. *Uniones Afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo: Análisis a partir de la teoría del Estado democrático de Derecho*. Santiago: Editorial Arcis, 2001.
- GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. *El sistema filiativo chileno. Filiación biológica, por técnicas de reproducción asistida y por adopción*. Santiago: Editorial jurídica de Chile, 2007.
- GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. *La presunción de paternidad en la Ley de Acuerdo de Unión Civil*. En *Estudios sobre la nueva ley de acuerdo de unión civil*. Santiago: Editorial Thomson Reuters, 2016.
- GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. *Sistema Filiativo: Filiación Biológica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. *Doble maternidad*. En *Estudios de Derecho de Familia IV*. Santiago: Thomson Reuters, 2019.
- GONZALEZ, Joel. *Acuerdo de Unión Civil*. Santiago: Editorial Thomson Reuters, 2017.

- GOÑI, Elena. “El problema de la homosexualidad y la filiación en Chile. Situación en España y soluciones de Derecho Comparado”. *Revista Electrónica Iberoamericana*, Vol. 10, no2 (2016).
- HEASMAN, Brett. The psychology of children with same-sex parents. 2021, de London School of Economics and Political Science. Disponible en: <https://blogs.lse.ac.uk/psychologylse/2016/11/28/the-psychology-of-children-with-same-sex-parents/>
- HENRÍQUEZ, Miriam. “Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del Derecho Constitucional chileno”. *Estudios Constitucionales*, Año 11, No 1 (2013).
- HERNÁNDEZ, Gabriel. *Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo*. Santiago: Editorial Arcis, 2009.
- HERNÁNDEZ, Gabriel. *Valoración, aspectos destacados y crítica de la Ley que crea el Acuerdo de Unión Civil. En Estudios sobre la nueva Ley de Acuerdo de Unión Civil*. Santiago: Editorial Thomson Reuters, 2016.
- International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology y OMS. 2009. Glosario de Terminología en técnicas de reproducción asistida (TRA).
- IRIARTE, Claudia. Comaternidad y Reglas de filiación en el ordenamiento chileno: Hacia una interpretación de acuerdo a los tratados internacionales de Derechos Humanos. En *Jurisprudencia Crítica II*. Santiago. Rubicón Editores, 2020.
- KARNEIN, Anja. *Parenthood - whose right is it anyway. Reproductive Donation: Practice, Policy and Bioethics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- LAMA, Belén. *El derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en familia*. Santiago: Thomson Reuters, 2019.
- LATHROP, Fabiola. “Comaternidad en Chile”. *Revista Derecho de Familia*, Volumen VI (2020).
- LAVERA, Domingo. Reconocimiento y protección del derecho a la identidad de género de niños, niñas y adolescentes. Minuta preparada para la discusión de 9 de abril de 2018, respecto de la Ley de Identidad de Género, 2018.
- LEPÍN, Cristián. “Los Nuevos Principios del Derecho de Familia”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N. 23 (2014).
- Local Government Act 1988. Section 28
- LOPES, Cecilia. “Familias Formadas por parejas del mismo sexo y el Código Civil y Comercial de la Nación”. *Derecho y Ciencias Sociales*, 19 (2018).
- MESSINA, Roberta y D'AMORE, Salvatore. “Adoption by Lesbians and Gay men in Europe: Challenges and Barriers on the Journey to Adoption”. *Adoption Quarterly*, 21 (2017).
- MOYA, Josefina. “Ley 20.830 de Acuerdo de Unión Civil: ¿un reconocimiento completo?” *Revista Academia y Crítica*, N° 03, Año 2019, 7 (2019).
- MUÑOZ, Fernando. “El núcleo fundamental de la sociedad: los argumentos contra la crianza homoparental en los casos Atala y Peralta”. *Ius Et Praxis*. Vol N.19 (2013).
- MUÑOZ, Gabriel. *Evolución del concepto de familia y su recepción en el ordenamiento jurídico*. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho Privado (2013). Santiago de Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Recuperada de: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/116109>
- MUÑOZ, Gabriel. “Recepción del concepto "familia" en la legislación de Chile”. *Revista de Derecho de Familia*, N.14 (2017).
- MUÑOZ, Gabriel. *“Evolución del concepto de familia”*. (Santiago de Chile, Ediciones Hammurabi).

- NÚÑEZ, Alexander. *Márgenes de lo doméstico: La Violencia intrafamiliar bajo una visión postfeminista*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (2017). Santiago de Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Recuperada de: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/146222>
- PACHECO, Jorge. *El Interés Superior del Niño y la Adopción Homoparental*. Santiago: Ediciones Hammurabi, 2019.
- PARDINAS, Marcos. *El fin de la homofobia. Derecho a ser libres para amar*. Madrid: Editorial La Catarata, 2016.
- PAVICEVIC, Yanko y SALCES, Matías. “Es un tema que hay que abordar, una vez que se declare la infertilidad como enfermedad”: estudio de los mecanismos discursivos utilizados por diputados chilenos para justificar sus posturas respecto de la reproducción asistida”. *Anuario Electrónico de Estudios en Comunicación Social “Disertaciones”*, 2015.
- PAVICEVIC, Yanko. “Análisis de las posturas de parlamentarios chilenos respecto al acceso de personas *homosexuales a la reproducción asistida*”. *Methaodos, Revista de Ciencias Sociales*, 5. Citando a PEREÑA, M. 2012. “Autonomía de la voluntad y filiación: los desafíos del siglo XXI”, *Revista IUS*, 6 (2017).
- PINTO, Mónica. *La Constitución de la Nación Argentina consagra la igualdad de todas las personas y sus iguales Derechos. En Matrimonio entre Personas del mismo sexo. Ley 26.618. Antecedentes. Implicancias. Efectos (2-3)*. Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2011
- Plan Nacional contra la discriminación. a discriminación en Argentina. Buenos Aires, 2005
- POLIT, Joaquín. *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 Estudios sobre la nueva ley de acuerdo de unión civil*. Santiago: Editorial Thomson Reuters, 2016.
- QUINTANA, María Soledad. “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 (2015)
- RADLEY, D. *Family Law. En Elgar Encyclopedia of Comparative Law, Second Edition*. Maastricht, Países Bajos, 2014.
- RAUPP, Roger. “Las uniones homosexuales y la familia homoafectiva: el derecho de familia como instrumento de adaptación y conservadurismo o la posibilidad de su transformación e innovación”. *En Derechos sexuales y derecho de familia en perspectiva queer*. Porto Alegre, Editora da UFCSPA (2018).
- RODRIGUEZ, María. “El acuerdo de unión civil en Chile. Acuerdos y desaciertos”. *Revista Ius et Praxis*, N.2 (2018).
- ROUTLEDGE, G.J. *A Critical evaluation of the Law on Same-Sex Marriage*. Manchester: Manchester Metropolitan University, 2015
- ROUTLEDGE, G.J. *A Critical evaluation of the Law on Same-Sex Marriage*. Manchester: Manchester Metropolitan University. Citando a CRETNEY, Stephen, 2006. Same sex relationships: From “Odious Crime” to “Gay Marriage.”, 2015.
- SANTAMARÍA SOLÍS, Luis. “Técnicas de Reproducción Asistida: Aspectos Bioéticos”. *Cuadernos de Bioética* 2000/1 (2000).
- STYCHIN, Carl. “Couplings: Civil Partnership in the United Kingdom”. *New York City Law Review*, 8 (2005).
- SOMARRIVA, Manuel. *La filiación. Estudio doctrinal y de legislación comparada*. Santiago: Editorial Nascimento, 1931.
- SOMARRIVA, Manuel. *Derecho de Familia*. Santiago: Editorial Nascimento, 1963.

- TAPIA, MAURICIO. *Código Civil. 1855-2005. Evolución y perspectivas*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005
- TAPIA, Mauricio. *Acuerdo de Unión Civil: Una revisión de su justificación, origen y contenido. En Estudios sobre la nueva ley de Acuerdo de Unión Civil*. Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuters, 2016.
- TAPIA, Mauricio. *Procedencia de Acción de reclamación de Filiación no matrimonial en el Juicio “Di Giammarino con De Ramón” (Informe en Derecho). En Jurisprudencia Crítica II*. Santiago: Rubicón Editores, 2020.
- TASKER, FIONA y BELLAMY, Clifford. “Adoption by same-sex couples - Reaffirming evidence: could more children be placed? Family Law” *Birbeck Institutional Research Online* (2019).
- TESTA, Graciela. “Adopción y parentalidad homosexual ¿Impedimento natural o perjuicio social?” *La Ley* (Buenos Aires), Vol. 26 (2012).
- TRONCOSO, Hernán. *Derecho de Familia*. Santiago: Thomson Reuters.
- TRONCOSO, Hernán. *Derecho de Familia*. Santiago: Legal Publishing, 2020.
- UNDURRAGA, Verónica. “¿EXISTE UN DERECHO A TENER HIJOS? Una respuesta desde el Derecho constitucional chileno sobre autonomía y acceso a técnicas de reproducción asistida”. *RJUAM*, N. 35 (2017).
- VERDUGO, Javiera. “Dos mamás, dos problemas: Comentario sobre la sentencia que reconoce la doble maternidad para un niño en Chile”. En *Jurisprudencia Crítica II* (2020) p. 34-44.

Jurisprudencia

- Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 74.926-2017.
- Segundo Juzgado de Familia de Santiago, RIT C-10028-2019. Sentencia de 8 de junio de 2020.
- CIDH. 2012. Caso Atala Riffo y niñas vs Chile.
- Corte de Apelaciones de Punta Arenas. Causa N. 435/2014. Resolución N. 15475 de 22 de diciembre de 2014.
- Corte Suprema. Causa n° 99861/2016. Resolución n° 233692 de 23 de Mayo de 2017.
- Corte Suprema. 2019. Oficio N. 129-2019, Informe Proyecto de Ley N.20-2019, Boletín N. 9119-18. Santiago de Chile.
- Corte Suprema. Rol N° 9088-11. Sename con V.I.K.S. 28 febrero 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva Oc-24/17 del 24 de noviembre de 2017 solicitada por Costa Rica. Identidad de género, igualdad y no discriminación a las parejas del mismo sexo.
- Court of Appeal. Fitzpatrick v Sterling Housing Association Ltd. 1999.
- Plessy v. Ferguson. 1896. United States Supreme Court.
- Segundo Juzgado de Familia de Santiago, RIT C-10028-2019. Sentencia de 8 de junio de 2020.
- European Court of Human Rights. Case of Dudgeon v. The United Kingdom. Strasbourg. 22 de Octubre de 1981.
- Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo civil, Sentencia 835/2013 de 6 de Febrero de 2014, Rec. 245/2012.
- Corte Suprema de Chile. Rol 4783-2009. Sentencia de 14 de octubre de 2009.
- Recurso de Protección interpuesto por Emma De Ramón y Gigliola Di Giammarino
- CIDH. Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica. 28 de noviembre de 2012

- Tribunal Constitucional. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Rol 7774-19.

Páginas Web

- The Guardian (2000). Jenny, Eric, Martin ... and Me. <https://www.theguardian.com/books/2000/jan/31/booksforchildrenandteenagers.features1>
- THATCHER, Margaret. 1987. Speech to Conservative Party Conference. En <https://www.margaretthatcher.org/document/106941>
- CHEVESEVICH, Gloria. 2020. Expertos debaten sobre los alcances del fallo que reconoció dos madres para un niño. <https://colegioabogados.cl/expertos-debaten-sobre-los-alcances-del-fallo-que-reconocio-dos-madres-para-un-nino/>

Boletines Legislativos

- Boletín N° 7099-07
- Boletín N° 11422-07
- Boletín N° 5780-18. Modifica el Código Civil en relación al concepto de matrimonio.
- Boletín N° 9778-18