



FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CHILE

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

**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

IGNACIO ALBERDI SOTO
JAVIERA PAZ MARDONES KRSULOVIC

Profesor Guía: Gabriel Hernández Paulsen

Santiago, Chile

2016

"El sueño que me parece más atractivo es el de una sociedad andrógina y sin género (aunque no sin sexo), en que la anatomía sexual no tenga ninguna importancia para lo que uno es, lo que hace y con quién hace el amor".

Gayle Rubin

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN.....	4
INTRODUCCIÓN.....	5
1. GENERALIDADES Y CONCEPTUALIZACIÓN.....	10
1.1. Heteronormatividad: Conceptualización y análisis crítico desde la teoría de la performatividad del género.....	10
1.2. Heteronormatividad familiar en la legislación chilena.....	15
1.3. Casos relevantes del derecho comparado.....	21
1.4. Normativa nacional e internacional: derechos relevantes.....	24
1.4.1. Derecho a la igualdad y no discriminación.....	26
1.4.2. Dignidad y derecho al libre desarrollo de la personalidad.....	28
1.4.3. Derecho a formar una familia.....	30
2. ADOPCIÓN HOMOPARENTAL.....	33
2.1. Adopción conjunta por pareja homosexual.....	39
2.2. Adopción por integración.....	49
3. OTROS SUPUESTOS DE FILIACIÓN HOMOPARENTAL.....	53
3.1. Técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	53
2.1.1. Madres lesbianas.....	58
2.1.2. Padres homosexuales: maternidad subrogada.....	60
3.2. Reconocimiento.....	64
3.3. Posesión notoria de la calidad de hijo.....	67
CONCLUSIONES.....	70
BIBLIOGRAFÍA.....	77
ANEXO.....	90

RESUMEN

Ante la variación sustancial que ha sufrido el Derecho de familia en los últimos años, en atención a los bienes jurídicos protegidos y a la incorporación de nuevos arreglos familiares, los autores buscan descubrir e ilustrar la concepción acogida por nuestra realidad jurídica con respecto al género y la sexualidad, sosteniendo que el Derecho de familia, y en especial el estatuto filiativo chileno del parentesco, mantienen arraigada una fuerte concepción “heteronormativa”, instaurando la heterosexualidad como único modelo válido para el pleno desarrollo de la sexualidad y el parentesco. Este trabajo sostiene que las familias homoparentales de hecho, tanto las parejas lesbianas y homosexuales que desean tener hijos/as, viven en una situación socio-cultural y jurídica de desprotección, invisibilización y discriminación. Los autores sostienen que los fundamentos existentes y la regulación actual en materia filiativa manifiestan una discriminación arbitraria basada en la orientación sexual, lo cual atenta no solo contra el derecho a la igualdad y no discriminación, sino también con el derecho al libre desarrollo de la personalidad y sexualidad de cada individuo, y el derecho a formar una familia, condiciones necesarias para el reconocimiento de la dignidad de las personas homosexuales y lesbianas.

Palabras claves: Homoparentalidad – Homosexualidad – Heteronormatividad – Filiación – Familia – Discriminación.

INTRODUCCIÓN

Desde la dictación del Código Civil chileno el año 1855 el estatuto filiativo ha experimentado una variación sustancial, especialmente en lo relativo a los bienes jurídicos considerados primordiales dentro de su marco de protección. De esta manera, principios tales como la igualdad, el interés superior del niño o la protección de la familia -comprendida en términos amplios-, comienzan a adquirir un rol fundamental, en circunstancias que antes la regulación se centraba meramente en la protección del matrimonio como único modelo válido de organización familiar. De esta forma, el ordenamiento jurídico chileno se ha ido adaptando a las nuevas organizaciones familiares existentes en nuestra sociedad y a las exigencias internacionales, dando paso a la aplicación de medidas gubernamentales y legislativas más protectoras de los derechos humanos. Dentro de dicho contexto es que debe ser analizado el caso específico de la familia homoparental, entendida como uno de los tipos de familia existentes en nuestro país y cuyo reconocimiento jurídico ha generado controversias a nivel nacional, en razón de encontrarnos frente a parejas afectivo-sexuales que poseen una orientación sexual disidente -hombres homosexuales y mujeres lesbianas- y que desean, dentro de su plan de vida, tener hijos/as y que sus familias sean reconocidas social y jurídicamente.

En esta línea es que la orientación sexual de una persona adquiere relevancia normativa en materia de familia, para lo cual se requiere dotarla de contenido. El Preámbulo de los Principios de Yogyakarta nos entrega un concepto de orientación sexual que será utilizado a lo largo de esta presentación, entendiéndose por tal

La capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas (Comité de Redacción de los Principios de Yogyakarta, 2007, p.8).

En este entendido es que la controversia radica principalmente en que la heterosexualidad obligatoria ha sido el modelo históricamente privilegiado, y sobre éste se han construido los pilares de las sociedades modernas occidentales, lo cual no sólo ha traído aparejada la exclusión del ámbito social y jurídico -con la consecuente afectación de derechos- de las personas que presentan una orientación sexual apartada de dicho modelo hegemónico, sino también la discriminación ha llevado a la perpetración de actos violentos que afectan su dignidad como personas. La situación planteada queda latente en lo señalado por Amnistía Internacional (2004), en cuanto a que

Existen millones de personas en todo el mundo que no sólo se enfrentan al peligro de ejecución, encarcelamiento, tortura, violencia y discriminación por razón de su orientación sexual o

identidad de género, sino que para muchos Estados el mero hecho de plantear el tema representa una amenaza al principio básico de universalidad de los derechos humanos (p.1).

En consecuencia, representa actualmente un hecho de común conocimiento la invisibilización, discriminación y malos tratos que sufren, a nivel mundial, las personas con una orientación sexual diversa, la cual, basada en la ignorancia y el establecimiento de un conjunto de prejuicios morales, religiosos, psicológicos, entre otros, les impide desarrollarse plenamente en su vida social, laboral, económica, cultural e incluso familiar. La realidad chilena no está al margen de las situaciones de violencia y discriminación que sufren las personas con una orientación sexual diversa a la mayoría, la reciente encuesta Casen del año 2015 (Ministerio de Desarrollo Social, 2016) arrojó que en aquellos hogares donde el jefe/a de hogar es homosexual, lesbiana o bisexual un 45% declara que algún miembro de la familia ha sido discriminado por la orientación sexual del jefe/a de hogar en el último año, la cifra disminuye en un 17% cuando se trata de un jefe/a de hogar heterosexual. Frente a dicha problemática se debe partir de la premisa de que Chile, como un país democrático y respetuoso de los derechos humanos, debe velar porque cada uno de los individuos sujetos a su jurisdicción pueda gozar y ejercer libre y plenamente sus derechos, sin ser objeto de discriminaciones arbitrarias, dentro de las cuales se encuentran aquellas basadas en la orientación sexual e identidad de género de las personas.

En cuanto al Derecho de familia -materia objeto de análisis de esta tesis- los cambios legislativos han apuntado principalmente al reconocimiento jurídico de las uniones homo-afectivas¹, dejando de lado un tema de extrema relevancia, como es que las parejas homosexuales o lesbianas puedan constituir una familia homoparental propiamente tal, entendida como

La posibilidad legal de que dos personas del mismo sexo puedan constituir un núcleo familiar formal con capacidad para apoyarse solidariamente, engendrar, educar y convivir con hijos reconocidos como tales y gozar de reconocimiento pleno ante el Estado y la sociedad (Castelar, 2011, p. 47).

Lo anterior es consecuencia de que el ordenamiento jurídico chileno restringe el actual estatuto filiativo a las familias heterosexuales o a personas solteras, sin permitir el reconocimiento de la maternidad o paternidad compartida en el caso de madres lesbianas o padres homosexuales², ya que nuestra legislación actual -así como también toda la precedente-, relativa a la determinación de la maternidad y/o paternidad,

¹ El 13 de abril del año 2015 fue promulgada la Ley N° 20.830, que crea el Acuerdo de Unión Civil, mediante la cual se busca establecer un estatuto legal para las uniones de hecho, permitiéndose que los convivientes civiles puedan ser una pareja homosexual o lesbiana, ya que la ley no exige como requisito la diferencia de sexo entre los convivientes.

² Un ejemplo emblemático de dicha problemática es el recurso de protección, causa Rol 18948-2013, interpuesto por Alexandra Benado Vergara, ante la Corte de Apelaciones de Santiago, contra el Servicio de Registro Civil e Identificación, debido a que este último negó la posibilidad de efectuar la inscripción solicitada por la recurrente de sus dos hijos, los cuales fueron concebidos por medio de técnicas de reproducción asistida junto a su pareja Alejandra Gallo Poblete -madre gestante.

se remite únicamente a hablar de madre y/o padre, mas no de progenitores, entendido este concepto en sentido amplio.

Si bien es cierto que, desde el punto de vista biológico, no puede desarrollarse una relación sexual que lleve a la procreación entre una pareja homosexual o lesbiana, eso no impide que entre ellos pueda constituirse una familia al existir vías alternativas, como la adopción, las técnicas de reproducción asistida o una relación sexual heterosexual previa. Si la determinación de la filiación en dichos casos no exige la existencia de un vínculo sanguíneo entre los adoptantes y el adoptado, o entre los que se sometieron a la técnica de reproducción asistida y el hijo/a concebido producto de ella, ¿por qué motivo el sistema legal restringe dichas formas de filiación sólo a las parejas heterosexuales? La base de esta discriminación se encuentra en la orientación sexual de los progenitores, lo cual debe ser analizado críticamente desde una perspectiva de los derechos humanos.

En este sentido, el estatuto filiativo chileno permite ilustrar la concepción acogida por nuestra realidad jurídica con respecto al género y la sexualidad. El hecho de que la legislación exija la diferencia de sexo de la pareja para la obtención del reconocimiento jurídico del vínculo filial con respecto a sus hijos/as, impidiendo que dos madres o dos padres puedan constituir una familia, manifiesta la fuerte heteronormatividad arraigada en nuestro sistema normativo. Esto, porque el sistema legal se encuentra reproduciendo un supuesto “orden natural” en materia filiativa, imponiendo una concepción dicotómica de los géneros (“femenino”/“masculino”) y la prevalencia de la heterosexualidad como único modelo válido del desarrollo de la sexualidad, excluyendo, al mismo tiempo, de reconocimiento jurídico a todo aquel que se aparte del modelo preestablecido. La heteronormatividad familiar no sólo se ha manifestado en Chile en torno a las uniones afectivo-sexuales reconocidas por el Derecho -matrimonio y, actualmente, también el acuerdo de unión civil-, sino también en las diferentes formas de filiación contempladas en la legislación. Si bien lo relativo al primer punto se aparta del objeto de esta tesis, se hace necesario igualmente su análisis por su estrecha relación con el último, ya que el matrimonio, como señala Salazar (2012), se ha convertido en el guardián “no sólo de la jerarquía entre los sexos sino también de la heterosexualidad como patrón de las <<prácticas sexuales normales>>” (p. 154), debiendo ser considerado estructura replicadora de un discurso binario de los géneros dentro de una matriz heterosexual.

El hecho de que nuestro ordenamiento jurídico no reconozca la filiación homoparental no significa que, en la práctica, las familias homoparentales no existan. Muchos padres homosexuales o madres lesbianas participan, en el presente, de la crianza y desarrollo de sus hijos/as, concebidos ya sea de forma natural -como consecuencia de una relación sexual previa con otro individuo-, mediante técnicas de reproducción asistida o adquiriendo su cuidado al someterse, en forma individual, a programas de

adopción. En consecuencia, es innegable la afirmación de que actualmente las familias homoparentales constituyen una realidad social en nuestro país. Los datos recabados por el Instituto Nacional de Estadísticas [INE] (2012) mediante el Censo realizado, aunque éste fuese cuestionado, dan un parámetro de lo que sucede en la realidad chilena en relación con las parejas homosexuales. Según la información recogida se estima que del total de 13.045.880³ de personas que tienen 15 años o más, 34.976 personas conviven con una pareja del mismo sexo (14.229 hombres -0,23%- y 20.747 mujeres -0,31%-). Es decir, hace ya cuatro años un total de 34.976 personas en Chile se reconocían abiertamente de una orientación sexual diversa y mantenían un hogar común junto a su pareja. De forma complementaria se puede señalar la Encuesta Casen 2015 la cual, también cuestionada, estima que un 1,41% de la población chilena se identifica como gay/lesbiana o bisexual (Ministerio de Desarrollo Social, 2016).

El problema radica, entonces, en que el Derecho se mantiene al margen de su regulación, privando a dichas familias de los derechos que derivan de la determinación legal de la filiación, en el entendido de que ésta “opera como una cuestión previa, con efecto directo y decisivo en la atribución del estado civil, régimen de apellidos, cuidado personal, nacionalidad, patria potestad, alimentos, derechos sucesorios, etc.” (Gómez de la Torre, 2007, p. 13). Es decir, la filiación es una relación jurídica que importa un conjunto de derechos y deberes recíprocos entre padre/madre e hijo/a, de los cuales no va a ser beneficiaria la familia homoparental, en el entendido de que, conforme lo prescribe el artículo 181 inciso 1° del Código Civil, “la filiación produce efectos civiles cuando queda legalmente determinada”, no permitiendo nuestro ordenamiento jurídico la determinación de la paternidad de dos padres o de la maternidad de dos madres con respecto a un hijo/a.

Si bien Chile es un país que se encuentra encaminado al cumplimiento de sus responsabilidades internacionales en materia de orientación sexual e identidad de género, mediante la ratificación de diversos tratados internacionales de derechos humanos y la aplicación de medidas gubernamentales y legislativas, respecto a determinadas materias consideradas delicadas por los bienes jurídicos en juego, como las relaciones de parentesco, aún permanece instaurado un discurso -ético, político y jurídico-unívoco, centrado en el reconocimiento de la institución del matrimonio entre parejas heterosexuales como el modelo familiar “correcto”, discurso que tiene un claro sesgo valórico, así como religioso y en cuyas argumentaciones “se esconde una cierta idea de la homosexualidad, que sucesivamente la ha configurado como una deformación pervertida, una enfermedad o, finalmente, un “desorden” de la naturaleza” (Tribunal Constitucional, 03 de noviembre de 2011, p.65). Lo problemático de la situación planteada es que el Derecho, entendido como un sistema más de dominación, conserva y replica dichos

³ Total de la muestra que comprende: 4.795.901 personas casadas que viven con su esposo/a; 2.078.727 personas que conviven con pareja de distinto sexo; 34.976 personas que conviven con pareja del mismo sexo; y 5.983.895 personas que no conviven con pareja.

discursos, quedando plasmados históricamente en la legislación civil, discriminando de esta manera a quienes forman o desean formar una familia que no se equipara al modelo antes mencionado.

De allí que avanzar en pos del reconocimiento jurídico de la familia homoparental no sólo implica la adecuación del Derecho a la realidad actual de nuestro país, sino también respetar y proteger el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos de todos y todas, lo cual es indispensable para la concreción de una sociedad democrática avanzada. Tal como señala Rubin (1989),

Una moralidad democrática debería juzgar los actos sexuales por la forma en que se tratan quienes participan en la relación amorosa, por el nivel de consideración mutua, por la presencia o ausencia de coerción y por la cantidad y calidad de placeres que aporta. El que los actos sean homosexuales o no, en parejas o grupos, desnudos o en ropa interior, libres o comerciales, con o sin vídeo, no debiera ser objeto de preocupación ética (p. 23).

En consecuencia, para comprender la problemática planteada se debe, en primer lugar, profundizar en la realidad socio-cultural chilena, determinando las principales bases sobre las cuales se erige nuestro ordenamiento jurídico en materia de relaciones afectivo-sexuales y de parentesco. Es para el logro de lo señalado, que el Capítulo 1 de esta tesis hará referencia a los discursos hegemónicos en materia de género y sexualidad, centrando el análisis en aquel de carácter heteronormativo, para luego profundizar cómo dicho discurso se encuentra presente en el Derecho de familia chileno. Una vez comprendida dicha estructura y el porqué de su instauración, procederemos al estudio específicamente de la filiación homoparental, considerando legislaciones y jurisprudencia relevantes de derecho comparado que nos permitan visualizar vías jurídicas opuestas a las contenidas en el sistema nacional, para, finalmente, culminar con la consagración normativa a nivel constitucional e internacional en materia de derechos humanos, la cual nos permitirá vislumbrar los principales derechos en juego en esta problemática, tales como la igualdad y no discriminación, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, y el derecho a formar una familia, que deben ser ponderados al momento de indagar sobre el posible reconocimiento jurídico de la familia homoparental, realizando una interpretación acorde con los lineamientos internacionales sobre la materia. De esta forma, el Capítulo 1 nos entregará las herramientas necesarias para efectuar un análisis jurídico del actual estatuto filiativo chileno, cuestionando la exigencia de diferencia de sexo en la determinación legal de la paternidad y maternidad, para luego centrar el estudio en los diferentes supuestos de filiación homoparental, de acuerdo con las formas de filiación reconocidas en el ordenamiento jurídico chileno. El Capítulo 2 hará referencia a la adopción, tanto a aquella que se produce de forma conjunta por una pareja homosexual como aquella en que el cónyuge o conviviente, que no tiene vínculos sanguíneos con el hijo/a de su pareja, procede a su adopción -adopción por integración-. En el Capítulo 3 analizaremos, finalmente, otros supuestos de filiación homoparental,

dentro de los cuales contemplaremos las técnicas de reproducción asistida, situándonos en los casos de las parejas de mujeres lesbianas y de las parejas de hombres homosexuales -maternidad subrogada-, el reconocimiento de la paternidad/maternidad, y la posesión notoria de la calidad de hijo/a.

Por medio del apuntado análisis se buscará contrastar el estatuto filiativo actual con los lineamientos internacionales sobre la materia, en pos del reconocimiento jurídico de la familia homoparental, apuntando siempre a la necesidad de que la intervención se encuentre dirigida “hacia la erradicación de la homofobia social en lugar de la negación, prohibición o ausencia de reconocimiento de esta realidad familiar” (Gómez Arias, 2004, p. 11).

1. GENERALIDADES Y CONCEPTUALIZACIÓN

1.1. Heteronormatividad: Conceptualización y análisis crítico desde la teoría de la performatividad del género

Las diversas concepciones teóricas que se han tenido en torno al “género” y al “sexo”, y también respecto al desarrollo de la sexualidad, resultan de especial relevancia si deseamos comprender el origen del discurso heteronormativo imperante en nuestra sociedad. Si bien es posible diferenciar la teoría del género y la teoría de la sexualidad⁴, ambas ayudan a comprender la prevalencia de categorías o modelos únicos privilegiados, al margen de una discurso naturalista, y sobre la base de dos órdenes de ideas: que tanto el género como la sexualidad, cualquiera sea el lugar o momento en que nos situemos, son producto de la actividad humana; y que ambos están organizados “en sistemas de poder que alientan y recompensan a algunos individuos y actividades, mientras que castigan y suprimen a otros y otras” (Rubin, 1989, p. 56).

En este sentido, es posible percibir que dichas concepciones no han sido las imperantes en las sociedades occidentales modernas, sino, por el contrario, las ideas en torno al género y la sexualidad llevan aparejada la instauración de discursos hegemónicos, en los cuales determinadas categorías son privilegiadas, atribuyéndoles características de “normalidad” e incluso “naturalidad” como justificación de dicha prevalencia. En temas de género y sexualidad, la radicación de este orden de ideas se enraíza, principalmente, en las tradiciones religiosas occidentales, ya que como señala Bazán (2007), en las sociedades cristianas occidentales

Dentro del sexo extramarital estaba prohibido el adulterio, la fornicación simple entre célibes, el bestialismo y cualquier tipo de relación homosexual, ya fuera entre hombres o mujeres, por ser,

⁴ Para profundizar más sobre este tema revisar Rubin, Gayle (1989). Reflexionando sobre el sexo: notas para una teoría radical de la sexualidad.

según los tipos, una violación de la fe matrimonial, una unión sin mediar vínculo matrimonial y una unión antinatural, respectivamente. Quienes quebrantaran el modelo de sexualidad establecido por la Iglesia verían comprometida la salvación de su alma (p. 440).

Aunque la Iglesia Católica fue perdiendo preponderancia en estos temas, siendo reemplazada por las autoridades civiles -quienes asumieron la responsabilidad en materia sexual- (Bazán, 2007), el contenido de sus principios se ha mantenido, principalmente, como consecuencia de la irrupción médica y psiquiátrica en el campo de la sexualidad, ya que si bien los argumentos científicos tienden a pretender la objetividad en su desarrollo, no se encuentran absolutamente exentos de concepciones morales y religiosas que determinan la producción de sus resultados. De esta manera, lo que antiguamente era considerado un pecado sexual, con posterioridad pasó a ser analizado desde una perspectiva patológica, ocasionando las mismas consecuencias deplorables en materia de diversidad sexual⁵. Todo lo anterior conlleva a un único resultado: la discriminación, patologización, e incluso, criminalización de aquello que se aparte de la “norma”. Pero, ¿qué se ha entendido como la “norma” en el campo del género y la sexualidad?

Los seres humanos suelen interpretar la realidad mediante la construcción de categorías con el afán de organizar, agrupar, y asignarle un nombre a lo desconocido,

Categorías a las que, como sujetos, nos hemos de inscribir y que se organizan alrededor de prototipos que representan el estado <<puro>>, central, de las mismas. Cuanto más nos acercamos al prototipo (por ejemplo, de mujer o de hombre), menos contradicciones o problemas de identificación tendremos, mientras que al complejizar nuestras diferencias con el prototipo aumentamos exponencialmente nuestra indeterminación y el riesgo de ser expulsados de la categoría identitaria en la que nos habían/habíamos insertado cayendo en un limbo de desidentificación que nos lleva a no ser (Biglia y Lloret, 2011, p. 213).

⁵ Sobre este punto, Bazán (2007) nos señala que en la sociedad medieval existían ciertas conductas constitutivas del pecado de lujuria, tales como el adulterio, el estupro, el incesto y la sodomía. Dichos desórdenes en materia sexual eran considerados “pecados públicos” por la grave ofensa a Dios que éstos suponían y, asimismo, se les atribuía el carácter de delito por entender que trasgredían el orden público. Específicamente, el vicio sodomítico (coito no debido entre varón y varón o mujer y mujer) fue considerado una conducta contra natura por no contribuir a la conservación humana. Dicha situación comenzó a cambiar a partir del Siglo XIV, con la intervención de las autoridades civiles en estas materias, erradicándose los pecados públicos y, dentro de ellos, la sodomía. Sin embargo, la idea misma de considerar la conducta homosexual como desviada se mantuvo en las sociedades occidentales, replicada hasta el Siglo XX por el avance científico, donde era considerada una enfermedad mental, incluyéndose como tal en el “Manual de Diagnóstico de Trastornos Mentales de la Asociación Americana de Psiquiatría”, para eliminarse recién el año 1973; y también en el listado de enfermedades mentales de la Organización Mundial de la Salud, la cual se eliminó el 17 de mayo de 1990 por la Asamblea General de la OMS. Para profundizar sobre el tema revisar las siguientes noticias: Comité Científico de la Fundación Iguales (2012). La homosexualidad nunca debió haber sido incluida en las clasificaciones internacionales de las enfermedades; y Universia México (2016). La OMS elimina la homosexualidad del catálogo de enfermedades mentales.

El problema de dichas categorías es que, por regla general, se construyen de forma dicotómica: por ejemplo, se es hombre o se es mujer, se tiene pene o se tiene vagina. Sin embargo, dicha concepción invisibiliza la gran gama de matices que no es posible incluir en dicha agrupación. No sólo eso, sino que también se asocian determinadas características a las categorías preestablecidas: por ejemplo, se tiene pene, se es de género masculino y su atracción sexual es hacia las mujeres (coherencia y continuidad entre sexo/género/orientación sexual). Lo pernicioso de las categorías también radica en que, generalmente, se instauran de forma jerárquica, es decir, se producen dentro de una red de dispositivos de poder, en la cual la dominación también es binarista (dominador/dominados). Es decir, dentro de esta estructura algunas categorías son privilegiadas por sobre otras, produciéndose una verdadera alienación de los sujetos que se aparten de ellas. Beauvoir (2015) explica lo anterior mediante lo que denomina las categorías de lo “Mismo” y lo “Otro”, es decir, “ninguna colectividad se define jamás como Una sin colocar inmediatamente enfrente a la Otra” (p. 19).

Sin duda, una de las categorías más persistentes y actualmente controversiales en nuestra sociedad ha sido aquella que distingue, en relación a la anatomía sexual de los sujetos, entre dos sexos, a los cuales se les asigna un correspondiente género, asociándolo, finalmente, con un conjunto de roles o modelos de conducta (social, familiar, sexual, etc.). Estas ideas en torno al sexo y al género se han materializado a través del discurso heteronormativo, mediante el cual se ha impuesto una concepción dicotómica con relación a la existencia de los géneros y sexos, entendiéndose que se encuentran establecidos biológicamente por la naturaleza. Es decir, dicho sistema binario de géneros “sostiene de manera implícita la idea de una relación mimética entre género y sexo, en la cual el género refleja al sexo o, de lo contrario, está limitado por él” (Butler, 2007, p.54), asignando normas y roles específicos de comportamiento e identidad conforme a la pertenencia obligatoria a alguna de las categorías reconocidas. En tal sentido, se promueven ciertos parámetros sexuales y sociales como lo naturalmente dado, excluyendo a aquellos sujetos que no se adecúan a la “norma”. Dicho orden binario, al homologar lo “normal” con lo “natural”, se instaura como un sistema asocial, transhistórico e inmutable y, a su vez, se ve reforzado mediante la imposición de la heterosexualidad obligatoria en el contexto de las relaciones afectivas, llevando a una inevitable inferiorización y discriminación de quienes se aparten de ella. En consecuencia, bajo el alero de una sociedad patriarcal heteronormativa, una identidad de género u orientación sexual disidente es concebida como algo contrario a la naturaleza, que debe ser censurado, prohibido e, incluso, sancionado. De esta forma, no sólo nos enfrentamos a una división binaria de los géneros, sino también, como señala Rubin (1989), a una verdadera pirámide jerárquica de valores sexuales, en la cual la heterosexualidad se encontraría en la cima y, en consecuencia, aquellos sujetos no

normativizados⁶, entre más se aparten de las categorías establecidas, más excluidos serán del reconocimiento social.

Frente a dicho panorama es que discursos religiosos, psicológicos, sociales, políticos, e incluso, jurídicos empiezan a tomar forma y a construir sus argumentos sobre la base de la diferencia. En otras palabras, dichos sistemas de enjuiciamiento establecen una especie de “frontera” entre aquello que se considera “adecuado”, “normal”, “natural” y, por tanto, “bueno”, y aquello calificado como “repudiable”, “anormal”, “contra-natura” y, por tanto, “malo”, determinando de qué lado de dicha “frontera” se encuentra la conducta a juzgar. Rubin (1989) explica esta situación señalando que

Todos estos modelos asumen una teoría del dominio del peligro sexual. La frontera parece levantarse entre el orden sexual y el caos, y es una expresión del temor de que si se le permite a algo cruzarla, la barrera levantada con el sexo peligroso se derrumbará y ocurrirá alguna catástrofe inimaginable (p.22).

En este panorama es que el Derecho se presenta como un sistema más de dominación que contribuye a la construcción de un modelo heteronormativo, en el cual se regula la sexualidad y se conserva y replica, de forma institucional, una política de la diferencia, determinando qué conductas sexuales son merecedoras de reconocimiento y amparo legal, es decir, cuáles de ellas cruzan la “frontera” de lo aceptado. En este mismo sentido, Duque (2010) considera que

El derecho establecido en una sociedad contribuye y refuerza el orden discursivo heterocentrista. Aun cuando determinadas leyes en las sociedades liberales no sean en muchos casos una fuente explícita de discriminación y exclusión, sí son en la mayoría de los casos un marco de referencia basado en las categorías relacionales heterosexuales (p. 32).

Considerar la teoría del género desde una perspectiva heteronormativa, y al Derecho como una de sus herramientas de reproducción, conlleva una exclusión arbitraria de los sujetos no normativizados mediante un proceso de naturalización de aquellas conductas consideradas “normales”, incluso a nivel institucional. Pero ¿cómo hacer frente a un modelo heteronormativo que se encuentra arraigado a tal extremo en nuestra estructura social? Una de las respuestas ha sido la política deconstructiva antiesencialista, cuyo máximo exponente ha sido la filósofa post-estructuralista Judith Butler con su teoría de la performatividad del género⁷, mediante la cual busca explicitar que el género (y también el sexo) es el resultado de una construcción social, histórica y cultural, contrariando la concepción binaria

⁶ Por sujetos no normativizados no hacemos referencia a aquellos sujetos que se apartan de la norma legal establecida por el ordenamiento jurídico chileno, sino a aquellos sujetos que no se encuentran incluidos en la “norma” socio-culturalmente establecida.

⁷ Teoría acuñada específicamente en su libro “El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad”.

de los géneros. Según Duque (2010), esta autora “apunta a dismantelar tanto la concepción de sujeto/a universalista que sustenta la política liberal actual, como los procesos de esencialización, naturalización e identificación de las teorías de la política de la diferencia con relación al sector LGTBIQ⁸” (p. 28).

La filósofa mencionada se aparta del discurso hegemónico binario, partiendo de la base de que el género es performativo. Según Butler (2007) esta postura intenta

Poner de manifiesto que lo que consideramos una esencia interna del género se construye a través de un conjunto sostenido de actos, postulados por medio de la estilización del cuerpo basada en el género. De esta forma se demuestra que lo que hemos tomado como un rasgo <<interno>> de nosotros mismos es algo que anticipamos y producimos a través de ciertos actos corporales, en un extremo, un efecto alucinatorio de gestos naturalizados (p.17).

En este sentido, puede entenderse el sexo y el género como una construcción social del cuerpo resultado de la repetición de actos ritualizados que, finalmente, acaban naturalizándose. En otras palabras, “la performatividad no es un acto único, sino una repetición y un ritual que consigue su efecto a través de su naturalización en el contexto de un cuerpo, entendido, hasta cierto punto, como una duración temporal sostenida culturalmente” (Butler, 2007, p. 17).

A lo que finalmente apunta la performatividad del género es a una visión deconstructiva, esto es, a acabar con el dualismo de los géneros, concepción que no es más que una posición ideológica orientada a forjar y perpetuar la opresión y dominación de una categoría sobre otra. De esta forma, la performatividad del género posibilita la construcción y reconstrucción de las categorías estudiadas, mediante la deconstrucción de las categorías binarias de la lógica de dominación. Así, es admisible sostener que no necesariamente se profundiza sobre la realidad ya construida y existente, sino, por el contrario, se está abierto al cambio y a la capacidad de volver a construir de nuevo. En materia de relaciones afectivas, Lisbon (2009) señala que deconstruir la heterosexualidad, entendida como norma universal y natural,

Implica desmontar tres operaciones intrínsecamente ligadas. La primera, que la misma se instituye a partir de ontologizar a un ‘otro’ (lo no heterosexual) como negativo. La segunda, que dicha operación se realiza desde un lugar heterocéntrico, esto es, como ‘criterio ordenador de la totalidad de las relaciones humanas’. La tercera, que su institucionalidad es naturalizada y materializada en reglas dadas por sentado. Esta última evita su puesta en cuestionamiento (pp. 26-27).

⁸ Por sector **LGTBIQ** se hace referencia a: Lesbianas, Gays, Transgéneros, Transexuales, Travestis, Transformistas, Bisexuales, Intersexuales y Queer.

Romper con la esencia del discurso heteronormativo, esto es, su invariabilidad e inmutabilidad, y entender que su contenido es resultado de una construcción socio-cultural, no ajena de valores morales y convicciones políticas, permite dejar atrás la concepción de categorías o modelos únicos privilegiados mediante su deconstrucción y encaminarnos a la construcción de una democracia radical antiesencialista que “permitirá progresivamente la transformación de los imaginarios colectivos sobre la diferencia y la diversidad, que se reflejará en el mediano o largo plazo, en un replanteamiento de cuestiones identitarias que anteriormente eran vistas como esenciales e inamovibles” (Duque, 2010, p. 31).

Las categorías consideradas inferiores y no merecedoras de respeto, reconocimiento y protección no son lo Otro en sí mismo, sino que lo son porque las categorías dominadoras así lo impusieron y, si bien comprendemos que este planteamiento implica la deconstrucción del orden simbólico más que una lucha por la ampliación de derechos, consideramos que el ordenamiento jurídico no debe seguir replicando un discurso que contraría principios basales de una sociedad democrática de Derecho, como la igualdad y no discriminación y la dignidad humana. En consecuencia, el Derecho debe ser analizado desde una perspectiva crítica en cuanto sistema de dominación, promovedor de una concepción binaria de los géneros, debiendo propender al fortalecimiento de la igualdad en el goce y ejercicio de los derechos que su ordenamiento consagra para todas y todos, para construir una sociedad más equitativa y menos violenta.

1.2. Heteronormatividad familiar en la legislación chilena

La heteronormatividad, como discurso hegemónico, se ve reflejada en dimensiones morales, religiosas, culturales, legales y científicas, incluyendo las relaciones de poder existentes en las categorías de sexo/género anteriormente planteadas. Sin embargo, para Beltrán y Puga (2011) las sociedades más heteronormativas son aquellas que sólo legitiman y reconocen familias monogámicas, maritales y heterosexuales, ya que es la familia tradicional el principal agente socializador que replica y privilegia la heterosexualidad, discriminando y excluyendo a aquellas personas y a aquellos arreglos familiares que se escapan de la “norma”.

Del mismo modo, Lisbon (2009), al analizar distintos estudios sobre el parentesco, sostiene que el modelo de opresión a las mujeres y homosexuales se reproduce y transmite en la familia tradicional de un modo tan inconsciente como naturalizado, pues para la autora, el tabú del incesto y la edipización de las teorías psicoanalíticas presuponen implícita y simbólicamente la opresión de la homosexualidad y de las mujeres. De esta forma,

Los sistemas de parentesco no solo estimulan la heterosexualidad, haciéndola implícita, sino que a su vez exigen formas específicas de vínculos sexuales: por una parte dejan de lado las

relaciones no heterosexuales; por la otra, generan una escala de legitimación cultural, social, legal, económica y política sobre qué relaciones heterosexuales son aceptadas y cuáles no (Lisbon, 2009, p.28).

Así, la heteronormatividad familiar parte de la base de que la heterosexualidad es la norma universal, biológica y obligatoria para la conformación de relaciones amorosas y reproductivas. Consiste en la idea inmutable y ahistórica de que las familias son esencialmente conformadas por un hombre y una mujer, que comparten sentimientos afectivos estables y duraderos, colaboran en un proyecto social y económico común -distribuyendo los roles en función de su diferencia sexual- y cuya finalidad es generar nuevos individuos que se inserten correctamente en la dinámica social.

Dicho modelo predominante ha pasado por dos procesos que fundamentan su raigambre social. Por un lado, un proceso de naturalización que identifica a un tipo de familia particular (el matrimonio monogámico, que convive bajo un mismo techo, junto a sus hijos e hijas) como “natural”, es decir orientado por principios biologicistas, universales y ahistóricos. Por otro lado, un proceso de normalización que hace que dicho modelo de familia adquiera nominación de “normal” frente a otros tipos que son considerados desviados (Lisbon, 2009, p.25).

Esta concepción que liga la “complementariedad” de lo masculino y femenino como único medio posible para la procreación, está en crisis. Conocido es el hecho de que, en el presente, personas y parejas cuya sexualidad se supone no es reproductiva, se reproducen mediante distintos métodos, cuestionando, en definitiva, el sustrato biologicista que tiende a normalizar la idea que liga indisociablemente heterosexualidad y procreación.

En un segundo orden, la heteronormatividad familiar -basada en estudios antropológicos y psicológicos⁹- afirma que las personas homosexuales no son aptas para la crianza y socialización de los menores de edad, y mantiene la idea firme de que el individuo ingresa en la cultura, es decir, se socializa, una vez que entiende y adquiere una identidad de género a partir de la complementariedad entre lo femenino y lo masculino que implican la heterosexualidad^{10/11} (Robaldo, 2011).

⁹ Para profundizar más sobre este tema revisar Butler, J. (2007). El género en disputa: El feminismo y la subversión de la identidad; o Robaldo, M. (2011). La homoparentalidad en la deconstrucción y reconstrucción de familia: aportes para la discusión.

¹⁰ Robaldo (2011) sostiene que en Chile no han existido estudios de parentesco que no se encuentren ligados al pensamiento heteronormativo. Estudios modernos de Sonia Montecinos desde la antropología y de Gabriel Salazar desde la historia, han postulado la ausencia de lo masculino como un factor determinante en la cultura, sin desenmarcarse de la división binaria del género.

¹¹ Si bien posteriormente el psicoanálisis lacaniano plantea que lo importante es la simbolización del triángulo del deseo edípico, es decir, la representación de lo masculino y lo femenino y no necesariamente la posición que ocupa el padre o la madre, se continúa con la división binaria de sexos.

Butler (2006) cuestiona así, no solo la ontologización de la heterosexualidad respecto al parentesco, sino además, que ésta sea la estructura fundante de nuestra sociedad, pues considera que cae en la falacia lógica que de determinados sucesos repetitivos -familia heteroparental, monogámica y marital- se puedan inferir normas universales. En sus palabras, “el parentesco pierde su especificidad como objeto una vez que se lo caracteriza aproximadamente como los modos de relaciones duraderas” (p.54), extendiendo así la teoría de la performatividad al parentesco, sosteniendo la idea de que éste “se hace” a través de actos repetitivos en el tiempo, pudiendo hacerlo fuera del binomio heterosexual.

En cuanto a los reparos de la epistemología heteronormativa¹² para la construcción de familias homoparentales, extendida es la idea de que existe una propensión a la homosexualidad en los menores de edad, que se afectarían las herramientas psicosociales e, incluso, que existirían mayores posibilidades de contraer sida u otra enfermedad de transmisión sexual. Muchos de estos argumentos han sido utilizados por tribunales nacionales para negar el cuidado personal de los hijos/as a una persona homosexual¹³. Sin embargo, también existen diversos estudios^{14/15} que han demostrado que los hijos/as de madres lesbianas y padres homosexuales no tienen mayor tendencia a ser homosexuales, ni aparecen diferencias en el desarrollo de su identidad, autoestima o comportamiento social. Las únicas diferencias que se han encontrado hacen referencia a una mayor flexibilidad en sus roles de género y una mayor aceptación de la diversidad sexual. Sin embargo, algunos estudios manifestaron que ciertas dificultades en el desarrollo psicosocial estarán dadas por la discriminación y la homofobia en su entorno y no relacionadas directamente con la orientación sexual de los progenitores. De lo anterior se puede desprender que un hijo/a nacido/a en el seno de una familia homoparental conoce el lenguaje, la ley, ingresa a la cultura, no presenta ninguna psicopatología severa, por lo que la antropología y psicología tendrán que revisar las exigencias de la conformación del parentesco ante los vínculos familiares que se establecen fuera de las categorías sexo/género.

¹² Concepto acuñado por Robaldo (2011), el cual hace referencia a todos los estudios científicos que desde principios del Siglo XX otorgan un lugar fundamental a la diferencia de sexo/género –ya sea a nivel fáctico o simbólico– para la entrada a la cultura.

¹³ Un estudio interesante que revela las afirmaciones heteronormativas en el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema en: Muñoz, F. (2013). El núcleo fundamental de la sociedad: los argumentos contra la crianza homoparental en los casos Atala y Peralta. No podemos dejar de mencionar que en el caso Atala, el demandante en primera instancia esgrimió como argumento para negar la tuición a la madre lesbiana, la posibilidad de que sus hijas pudiesen contraer enfermedades de transmisión sexual.

¹⁴ Para Lisbon (2006) y Zapata (2013) las investigaciones en torno a la homoparentalidad se presentan como armas de doble filo, porque pueden ser una herramienta estratégica para ciertos sectores, careciendo de imparcialidad científica, y porque ratifica una diferencia que no es pertinente cuando el objeto de análisis son las capacidades para el ejercicio de la parentalidad.

¹⁵ La American Psychological Association el año 2005 sostuvo que los homosexuales pueden ser tan buenos padres como los heterosexuales y que sus hijos se desarrollaron en la forma que esperaban. En cuanto a los demás estudios revisados, consultar Stacey y Biblarz (2011); Patterson (2009); MacCallum y Golombok (2004); Wainright, Russell y Patterson (2004); Tasker (2005); Dynes (1990), Staycey y Bilbarz (2003), Monzón (2004) en Lisbon (2009); Mooney-Soomer y Golombok (2000), Patterson (1992, 2000), Pedreira, Rodríguez y Seoane (2005) y Stacey y Biblarz (2001) en Cortell y Ortolá (2006); Domínguez y Montalbán (2012, 2015); y Gómez Arias (2004). Y dentro de las otras instituciones que apoyan a la familia homoparental, consultar American Academy of Pediatrics (2002); American Psychoanalytic Association (2012); American Psychiatric Association (2002).

Para Lisbon (2009) la heteronormatividad familiar combina elementos que en una primera instancia se presentan como indisociables: en primer lugar un elemento biológico, derivado de una relación entre hombre y mujer; en segundo lugar un elemento simbólico, acuñado en la representación social que adquiere el hombre y mujer en la crianza; y en tercer lugar, un elemento jurídico, como conjunto de normas que regulan estas relaciones. Las familias que gozan de reconocimiento tienen al menos dos de ellos. Por ejemplo, las familias adoptivas no contienen el elemento biológico pero presentan los otros dos y las familias monoparentales carecen del elemento simbólico. Sin embargo, todas son reconocidas y gozan de los mismos derechos.

Luego de analizar en los párrafos anteriores los elementos biológico y simbólico, a continuación veremos cómo en nuestra legislación las familias homoparentales no cuentan con ningún tipo de reconocimiento y son toleradas siempre que mantengan sus vínculos familiares en la invisibilidad y en la ilegalidad. La Constitución Política dispone, en su artículo 1 inciso 2º, que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”, estableciendo un concepto amplio, sin ligarla al matrimonio o a una relación entre un hombre y una mujer. Así, Silva Mac Iver (1994) sostiene que “el constituyente deja abierta la posibilidad que sea la sociedad, en cada momento histórico, la que defina qué entiende por familia y cómo se harán efectivas muchas de las aspiraciones programáticas consagradas en la Constitución” (p. 290). Sin embargo, pese a las discusiones doctrinarias, será la legislación civil la que se encargue de ligar a la familia con el matrimonio. La Ley N° 19.947, que establece Nueva Ley de Matrimonio Civil, señala en su artículo 1 que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia”, y, a su vez, el artículo 102 del Código Civil sostiene 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, procrear y de auxiliarse mutuamente”. De esta manera, la legislación sostiene que las parejas maritales y heterosexuales son la base de la familia y, a su vez, de la sociedad. Adicionalmente, el estatuto filiativo chileno se remite exclusivamente a hablar de madre y/o padre y no de dos madres o padres de un hijo/a, restringiendo de este modo la posibilidad de conformar familias homoparentales de cara al Derecho y la sociedad.

Claramente esto no se conforma con la realidad chilena. En nuestro país, y en concordancia con lo que ocurre a nivel internacional, existe una clara tendencia a la disminución de matrimonios, acompañada de un aumento de las convivencias y de los hogares monoparentales y unipersonales (Ministerio de Planificación y Cooperación [Mideplan], 2011). Lo anterior coexiste con los datos del Censo 2012, tal como se señaló previamente.

Sin embargo, Guerra (2009) expresa que

Si bien estos análisis muestran que el matrimonio como contrato fundacional de las familias disminuye, seguimos hablando de la realidad familiar heterosexual. Porque las familias del colectivo LGTTTBI siempre fueron familias de hecho debido a la ilegalidad del matrimonio gay (...). Por tanto, el relativo debilitamiento de la institución matrimonial (...) no es paralelo al debilitamiento de la heterosexualidad obligatoria (p.13).

Así, pese a que el Estado se ha abierto a considerar otros arreglos familiares distintos al tradicional, sigue manteniendo invisibilizada a la familia homoparental. Una manifestación de esto es la aprobación el año 2015 del Acuerdo de Unión Civil (en adelante AUC), definido por la propia Ley N° 20.830 como “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”, sin distinguir entre los sexos de los contratantes, otorgándoles el estado civil de convivientes civiles y regulando en su mayoría aspectos patrimoniales que, en su caso, serán vistos ante un juez de familia. La ley fue producto de las presiones por parte de sectores organizados para acceder al matrimonio igualitario. Sin embargo, se aprobó un sucedáneo de él, que no satisface las aspiraciones más profundas, pues no cambió en modo alguno las normas relativas a la filiación, sin solucionar las pretensiones familiares de las parejas homosexuales¹⁶ (Rodríguez, 2015).

Ante los ojos del Derecho, como un sistema de dominación y productor de subjetividad e identidad, el AUC no puede ser visto como un avance, ya que tiene como costo institucionalizar aún más la construcción heteronormativa, reconociendo explícitamente la diferencia y discriminación hacia las parejas homosexuales, que antes se mantenía implícita en su no reconocimiento. Del mismo modo, la demanda por el matrimonio igualitario es considerada para los teóricos del movimiento *queer* como un contrasentido asimilacionista que perpetúa las diferencias entre casados y no casados, normaliza al sujeto homosexual y se adscribe a una institución decimonónica y discriminatoria. Para dichos teóricos, el objetivo es propender a la desinstitucionalización de la familia tradicional y del matrimonio, buscando el reconocimiento de las otras fuera del mismo. Según Butler (2007), la solución se debe buscar en el ejercicio performativo, es decir, hacer desde un lugar diferente las categorías sexo/género, femenino/masculino, sosteniendo que la incorporación a este tipo de uniones replicaría la lógica heteronormativa en las relaciones homosexuales.

La naturalización del objetivo (...) (matrimonio igualitario) también margina a aquellos para quienes una de estas instituciones resulta odiada, cuando no hostil. De hecho quienes se oponen

¹⁶ En el presente año, con la participación de los profesores Gabriel Hernández, Fabiola Lathrop y Mauricio Tapia, el Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Chile, junto con la Fundación Iguales hicieron entrega del proyecto de matrimonio igualitario a la Presidenta Michelle Bachelet. Dicho proyecto incluye transformaciones sustantivas en materia de filiación y adopción por parejas homosexuales.

(...) considerarían que la forma en que son representadas por el 'avance de la democracia' constituye una violación a sus principios más fundamentales (Butler, Lalcau y Zizek, 2003) (Castelar, 2010, p. 49).

Por otro lado, Castelar (2010) sostiene que tal pretensión no busca ser asimilacionista, es decir, no aspira a replicar la familia tradicional ni subsumir a la pareja homosexual en la lógica de lo femenino/masculino, sino que implicaría, en primer lugar, un avance sustantivo en igualdad y acceso a derechos -entre ellos los reproductivos- y, en segundo lugar, un cambio profundo de una de las instituciones más tradicionales, teniendo en sí un efecto performativo.

Pese a que algunos autores, como Castelar, señalen que la incorporación de personas homosexuales al matrimonio implica un cambio en dicha institución, consideramos, junto a Vaggione (2013), que “la exclusión de un grupo de personas de una institución social básica, como lo es el matrimonio, constituye una discriminación no legítima en los regímenes democráticos” (p.26), que atenta contra la dignidad humana y el derecho de igualdad y no discriminación, consagrados constitucionalmente y en los tratados internacionales vigentes, pues la exclusión de ciertas personas a dicha institución constituye una discriminación legal para quienes pretenden acceder a ella, que se encuentra fundada en la orientación sexual de dichos sujetos.

A diferencia de lo plasmado en la legislación nacional, la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, en un fallo que fue confirmado por la Corte Suprema¹⁷, sostuvo una postura inédita para la familia homoparental¹⁸, considerando que

La Constitución Política de la República no ha definido el concepto de familia, menos aún lo ha limitado a una modalidad determinada. Esta ha sido una opción del legislador constitucional, que no puede restringirse tampoco porque la legislación civil regule 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 (Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 22 de diciembre de 2014, p. 13).

Asimismo, manifiesta que la Convención sobre los Derechos del Niño entrega una noción general de familia donde el trasfondo es el cuidado, protección y afecto de los niños “a través de una diversidad de

¹⁷ Mediante sentencia de fecha 21 de abril de 2015, causa Rol 708-2015.

¹⁸ El fallo, pronunciado en la causa Rol 435-2014, se enmarca en un recurso de protección deducido por pastores evangélicos, quienes sostenían que la difusión del libro “Nicolás tiene dos papás” vulneraba los derechos de libertad de conciencia, integridad psíquica de los niños y el derecho preferente de las madres y los padres de educar a sus hijos/as.

figuras que pueden no tener una referencia directa a progenitores, hombre y mujer, padre o madre” (Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 22 de diciembre de 2014, p.14).

1.3. Casos relevantes del derecho comparado

Hoy existen 22 países que han aprobado el matrimonio igualitario, y 35 que consagran la posibilidad de que las parejas homosexuales puedan tener hijos, a través de la adopción conjunta o por integración. Entre éstos se encuentran Canadá, Sudáfrica, Argentina, Brasil, Colombia, Guayana Francesa, Uruguay, Puerto Rico, Israel, Camboya, Filipinas, Dinamarca, Finlandia, Groenlandia, Islandia, Irlanda, Isla de Man, Noruega, Suecia, Reino Unido, Bélgica, Francia, Alemania, Luxemburgo, Países Bajos, Austria, República Checa, Suiza, Andorra, Malta, Portugal, España y Nueva Zelanda. Estados Unidos y Australia sólo lo permiten en algunos de sus Estados.

En este apartado esbozaremos los cambios experimentados por España, Colombia y Argentina en el reconocimiento de la filiación homoparental, casos que nos parecen relevantes por ser países con los cuales compartimos la influencia histórica de la Iglesia Católica -principal opositor a los derechos reproductivos de las personas homosexuales-, y muestran la utilización de diversos mecanismos jurídicos y distintas etapas en el avance hacia el pleno reconocimiento jurídico de dichas familias.

En España, el artículo 32 de la Constitución establece que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”. Luego, su inciso 2º remite a la ley las formas de constitución del vínculo marital, la capacidad y los derechos y deberes de los cónyuges. Si bien, a diferencia de la Constitución chilena, la española sí hace alusión al matrimonio, el artículo 32 se limita a reconocer el derecho a contraer matrimonio de un hombre y una mujer, sin ligar el matrimonio a la heterosexualidad. De este modo la Constitución española “no solo no excluye el matrimonio entre personas del mismo sexo, sino que vendría a dar cobertura a matrimonios de este tipo, aunque probablemente dicha previsión nunca debió estar presente en la mente del legislador constitucional” (Linacero, 2005, p. 425). Lo anterior permitió que el 03 de junio del año 2005 -pese a la oposición de la Iglesia Católica- entrara en vigor la Ley N° 13/2005, que consagra la igualdad de derechos de las parejas homosexuales mediante la introducción de dos cambios legales: en primer lugar, incluye un segundo inciso en el antiguo artículo 44 del Código Civil español, permitiendo celebrar el matrimonio entre personas del mismo sexo, prescribiendo que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”; y el segundo cambio fue el reemplazo de las expresiones “marido y mujer” por “cónyuges” y de “padre y madre” por “progenitores”, extendiendo todos los efectos del matrimonio heterosexual a las parejas del mismo sexo, reconociendo así derechos

sucesorios, de residencia, tributarios, a guardar silencio en un juicio penal, de alimentos y a la separación y al divorcio. Además, esta ley introdujo, en su artículo 175, la posibilidad de adoptar a los hijos/as del cónyuge, cuestión que no estaba contemplada antes de la reforma. Posteriormente, a nivel nacional, a través de la Ley N° 26/2015 -y no sólo a través de la legislación de cada Estado autónomo español-, el Código Civil se abrió a la posibilidad de la adopción por parte de parejas que se mantengan unidas por “análoga relación de afectividad a la conyugal”, reconociendo jurídicamente la posibilidad de establecer vínculos filiativos, distintos al biológico, fuera de la institución marital, estableciendo una separación total entre filiación y matrimonio.

En cuanto a las técnicas de reproducción asistida, la Ley N° 14/2016, en su artículo 7.3, establece que cuando la mujer estuviese casada con otra mujer, la filiación de ésta se determinará en base al consentimiento previamente prestado ante el Registro Civil, encontrándonos ante un nuevo modo de determinación de la maternidad, que le otorga un lugar primordial al elemento volitivo. En cuanto a las mujeres que no se encuentren casadas, se consagra la adopción por integración, pudiendo la madre no gestante adoptar al hijo/a de su pareja. Sin embargo, evidenciamos una diferencia con las parejas de hecho, y es que en las parejas heterosexuales, la paternidad podrá quedar determinada por la manifestación de voluntad prestada antes del nacimiento, aun cuando el material genético no provenga del solicitante, sin tener necesidad de recurrir a la adopción por integración¹⁹ (Lamm, 2012).

En Argentina, luego de varios años de activismo socio-judicial, se promulgo el año 2010 la Ley N° 26.618, que sustituye la heterosexualidad marital del artículo 172 del Código Civil, permitiendo el matrimonio igualitario y, a su vez, la adopción por parte de parejas homosexuales, ya que el artículo 312 señalaba que “nadie puede ser adoptado por más de una persona simultáneamente, salvo que los adoptantes sean cónyuges”, estableciendo hasta el año pasado una clara correlación entre adopción y matrimonio. Con la entrada en vigencia del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en el año 2015, se regula el matrimonio sin hacer distinción alguna de sexos. El artículo 402 establece que “ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo”. Adicionalmente, regula la Unión Convivencial para parejas del mismo sexo o de distinto sexo que quieran regular los efectos jurídicos de constituir una vida afectiva en común. En materia de filiación, el Nuevo Código Civil regula la filiación por naturaleza, la adopción y las técnicas de reproducción asistida. En el Título VI sobre la adopción, se establece que pueden adoptar los matrimonios, las personas que estén unidas por una Unión Convivencial o una

¹⁹ Esto no ocurre en Cataluña, donde el Código Civil, en su artículo 253-3, permite la determinación de la maternidad de la mujer que consiente en la aplicación de la técnica de reproducción asistida de su compañera.

persona soltera. En ninguno de los tres casos es requisito la heterosexualidad del adoptante. En cuanto a las técnicas de reproducción asistida, el artículo 562 señala que los nacidos por dichas técnicas “son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre”, sin que sea posible la impugnación de esta filiación cuando el consentimiento fuese prestado en la forma requerida por la ley, otorgándole, al igual que la legislación española, un valor fundamental a la voluntad procreacional.

El caso colombiano dista bastante de los anteriores, puesto que el reconocimiento del matrimonio igualitario y de la adopción por parejas del mismo sexo se produjo por la intervención de los tribunales superiores de justicia. Para entender lo ocurrido en este país, es preciso aclarar que la Corte Constitucional colombiana tiene la facultad de decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad de leyes o preceptos de ella, fijar el alcance de éstos e, incluso, exhortar al Congreso de la República a que legisle sobre ciertas materias. Fijada la inconstitucionalidad de una norma, ésta produce el efecto de cosa juzgada, no pudiendo la Corte volver a examinarla, quedando ésta inexecutable o fuera del ordenamiento jurídico. Es en este contexto que la Corte Constitucional colombiana (26 de julio de 2011), en la Sentencia C-577/11, al referirse sobre la inconstitucionalidad de la expresión “un hombre y una mujer” contenida en el artículo 113 del Código Civil, que -de manera idéntica al nuestro- define al matrimonio como una unión heterosexual, evidenció la desprotección en la que se encontraban las parejas homosexuales. La Corte consideró que, si bien

La Carta brinda una especial protección a la surgida del matrimonio celebrado entre heterosexuales, ello no significa desprotección del resto de familias que también son institución básica y núcleo fundamental de la sociedad, ni la existencia de un propósito discriminador, que tampoco se encuentra en el artículo 113 del Código Civil (Corte Constitucional Colombiana, 26 de julio de 2011, p. 185).

Pese a que la Corte declaró constitucional el precepto “un hombre y una mujer”, exhortó al Congreso de la República a que en un plazo menor a 2 años legislara de manera sistemática y organizada sobre los derechos de las personas del mismo sexo, con la finalidad de eliminar el déficit de protección en que se encontraban. Adicionalmente, sostuvo que “si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual” (Corte Constitucional Colombiana, 26 de julio de 2011, p. 191). Así fue como el 24 de julio del año 2013 se celebró el primer matrimonio homosexual en Colombia²⁰. En cuanto a la adopción, el Código de la Infancia y Adolescencia

²⁰ Para profundizar sobre este tema revisar la siguiente noticia: Colombia Diversa (2013). Por primera vez jueza de Colombia declara civilmente casados a pareja del mismo sexo.

contemplaba la adopción por personas solteras, sin importar su orientación sexual, la adopción conjunta por compañeros permanentes que demuestren una convivencia ininterrumpida por al menos 2 años, y la adopción por integración del hijo/a del cónyuge o compañero conviviente que demuestre una convivencia ininterrumpida de al menos 2 años. Sin embargo, estas últimas dos eran aplicables sólo a parejas heterosexuales. Ante esto, el año 2015, mediante la Sentencia C-071/15, la Corte Constitucional colombiana declaró exequibles los preceptos alegados que determinaban la diferencia de sexo entre adoptantes. No obstante, estimó que “dentro de su ámbito de aplicación, también están comprendidas las parejas del mismo sexo cuando la solicitud de adopción recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente” (Corte Constitucional Colombiana, 18 de febrero de 2015, p. 1), abriendo la posibilidad de la adopción por integración a parejas del mismo sexo. La Corte, el mismo año, dio un paso gigantesco en el reconocimiento de la dignidad, igualdad y no discriminación de parejas homosexuales, al permitir la adopción conjunta por parte de éstos, señalando en la Sentencia C-683/15 que

Lo que definitivamente no puede aceptarse es que la orientación sexual de una persona se confunda con su falta de idoneidad para adoptar. Y en cuanto al interés superior del niño, lo que queda claro es que debe ser examinado caso a caso de acuerdo con las condiciones de cada individuo y de cada potencial familia adoptante, eso sí con independencia del sexo y de la orientación sexual de sus integrantes (Corte Constitucional Colombiana, 4 de noviembre de 2015, p. 154).

1.4. Normativa nacional e internacional: derechos relevantes

El respeto por la orientación sexual no se encuentra expresamente reconocido en la Constitución chilena²¹, pero ello no implica que no se consagren valores, principios e incluso derechos que involucren su reconocimiento y amparo jurídico, y se constituyan como una limitante frente a actos que vulneren o atenten contra una persona en razón a su orientación sexual.

Asimismo, por medio de la ratificación de Chile de diversos tratados internacionales²² -los cuales integran nuestro ordenamiento jurídico por mandato constitucional²³-, y la interpretación y aplicación que de los mismos realizan los organismos internacionales competentes, es que se ha avanzado jurídicamente para que todas y todos puedan gozar del pleno y libre ejercicio de sus derechos,

²¹ La consagración normativa relevante a nivel legal de la orientación sexual se encuentra en la Ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación, ya que en su artículo 2 la contempla como categoría sospechosa en la definición de discriminación arbitraria.

²² Tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana de Derechos Humanos.

²³ Artículo 5 inciso 2°: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

independiente de cuál sea su orientación sexual. También cabe destacar el avance que en esta materia han generado los Principios de Yogyakarta²⁴, los cuales si bien no son vinculantes para Chile -ya que no concurrió como país signatario-, sí deben ser considerados como instrumentos interpretativos en materias de orientación sexual e identidad de género, además de haber sido considerados dentro de los compromisos asumidos por Chile ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2009) para ser utilizados como guía en la formulación de políticas, estando respaldado lo anterior en la conducta que ha adquirido nuestro país los últimos años, ya que ha aprobado diversas resoluciones internacionales sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género²⁵. Por lo cual queda de manifiesto el compromiso del Estado de Chile y, en consecuencia, de sus instituciones, de proteger y garantizar el goce, libre de toda discriminación arbitraria, de los derechos humanos, y de propender a la investigación y sanción en caso de vulneración. El problema radica en que, en materia de derechos sexuales, nuestro país aún se mantiene en gran parte inserto en un fuerte sistema heteronormativo que privilegia la heterosexualidad obligatoria e invisibiliza, al mismo tiempo, otros modelos de uniones afectivo-sexuales, más aún cuando se ponen en cuestionamiento estructuras basales de nuestra tradición cristiana occidental, como la familia y las relaciones de parentesco.

Sin perjuicio de lo señalado, en este apartado se realizará un análisis conjunto de la normativa constitucional chilena y de los derechos consagrados a nivel internacional, permitiendo construir una herramienta que apunte, más bien, a una lógica del “reconocimiento” de la dignidad humana de todas y todos, más que a una mera “tolerancia” de las diferencias. Si bien la afectividad y la sexualidad forman parte de la esfera privada de cada individuo -estando unidos a derechos como el honor, la intimidad y la propia imagen- “también repercuten en su dimensión pública y reclaman una atención garantista por parte del derecho en cuanto que constituyen una expresión esencial de la capacidad del individuo para autodeterminarse y para ser autónomo” (Salazar, 2012, p. 146). En consecuencia, el análisis no debe apuntar a la exclusiva garantía del desarrollo del individuo en su ámbito privado, sino que se debe propender a que el sujeto se desarrolle, en ambos espacios, con plena libertad, lo cual se encuentra absolutamente vinculado con valores tales como la dignidad, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad.

²⁴ Relativos a la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos, en relación con la orientación sexual e identidad de género. Dicho instrumento internacional le otorga contenido a dichos conceptos; promueve la protección de una serie de derechos -consagrados también en los instrumentos internacionales antes mencionados-, con la correlativa prohibición de discriminación arbitraria en razón de la orientación sexual o identidad de género; establece las obligaciones estatales encaminadas a la obtención de un respeto pleno en el ejercicio de los derechos humanos; y consagra la necesidad de responsabilidad de toda persona que vulnere dichos derechos.

²⁵ Tales como: A/63/635 de la ONU, aprobada el 22 de diciembre de 2008; AG/RES. 2435 de la OEA, aprobada el 03 de junio de 2008; AG/RES. 2504 de la OEA, aprobada el 04 de junio de 2009; AG/RES. 2600 de la OEA, aprobada el 8 de junio de 2010; A/HRC/17/19 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, adoptada el 17 de junio de 2011; etc.

1.4.1. Derecho a la igualdad y no discriminación

No admite discusión el hecho de que actualmente el ordenamiento jurídico chileno consagra el derecho a la igualdad y no discriminación, reconocido a nivel constitucional en el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental y, asimismo, en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes²⁶, convirtiéndose en un verdadero principio informador de todo el ordenamiento jurídico. De esta manera, el Estado chileno tiene la obligación de respetar y garantizar a todos los individuos sujetos a su jurisdicción, los derechos y libertades reconocidos en dichos instrumentos internacionales, sin efectuar discriminación arbitraria alguna, entendiéndose por tal

Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el **sexo**, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o **cualquier otra condición social**, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas (Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 1989, p. 2).

Asimismo, también existe consenso tanto por parte de los tribunales nacionales²⁷ como de los organismos internacionales²⁸ en considerar la orientación sexual como *categoría sospechosa* inserta en las expresiones “sexo” o “cualquier otra condición social” contenidas en diversos tratados internacionales. “En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual” (Corte Interamericana de Derechos Humanos [CorteIDH], 24 de febrero de 2012, p. 34)²⁹.

Sin embargo, cabe resaltar que el Tribunal Constitucional chileno le ha atribuido un carácter relativo a este derecho, en el entendido que el derecho a la no discriminación es una cuestión relacional, en tanto la igualdad sólo se concibe entre dos sujetos titulares del mismo derecho (Tribunal Constitucional, 03 de noviembre de 2011) y, en este sentido, implica que en dicha relación ambos sujetos se encuentran en las

²⁶ El principio antes mencionado se encuentra contemplado en instrumentos internacionales tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2.1, 3 y 26), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 2.2) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1.1 y 24).

²⁷ El Tribunal Constitucional considera la orientación sexual como *categoría sospechosa* en diversas sentencias, tales como sentencia Rol 1683-10, de 4 de enero de 2011, sentencia Rol 1881-10, de 3 de noviembre de 2011, sentencia Rol 2435-13, de 10 de abril de 2014, entre otras.

²⁸ Así se ha establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité de los Derechos del Niño, el Comité contra la Tortura y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, entre otros (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de febrero de 2012).

²⁹ Incluso, nuestro ordenamiento jurídico hace referencia expresa a la prohibición de discriminación arbitraria en razón de la orientación sexual de una persona, en el artículo 2 de la Ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación.

mismas circunstancias, admitiéndose diferencias razonables entre quienes no se encuentren en la misma condición (Tribunal Constitucional, 04 de enero de 2011).

Considerando lo señalado, cabe advertir que, si bien se ha avanzado en la protección de la diversidad sexual por medio de la prohibición de la discriminación, aún se perpetúan diferencias fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico que afectan directamente la dignidad de las personas que presentan una orientación sexual que se aparta de los modelos hegemónicos, lo cual ha significado que la homosexualidad aún sea considerada una “condición razonable” para denegar o restringir determinados derechos³⁰, tal como se desprende del razonamiento realizado por algunos de los Ministros del Tribunal Constitucional (03 de noviembre de 2011) en su voto particular concurrente, en el entendido que “la diferencia de situaciones entre las parejas del mismo sexo y las parejas compuestas por un hombre y una mujer puede justificar una diferencia de tratamiento en cuanto a las normas del derecho de familia” (p. 21). En consecuencia, “la diferencia legal de trato entre parejas de distinto sexo y parejas homosexuales no puede considerarse, en sí misma, como una discriminación arbitraria contraria a la Constitución” (p. 22). Asimismo, un claro ejemplo de dicha argumentación se encuentra al analizar específicamente el artículo 54 N° 4 de la Ley N° 19.947, el cual permite, para poder demandar el divorcio culpable, invocar como causal la “conducta homosexual” del otro cónyuge, colocando al cónyuge víctima de la infracción en una situación privilegiada desde una perspectiva procesal, jurídica y económica³¹. En este sentido, podemos percatarnos cómo el legislador realiza una discriminación arbitraria en razón de la orientación sexual de uno de los cónyuges, considerada por los tribunales como “razonable”. A este respecto, el Tribunal Constitucional (10 de abril de 2014) rechazó un recurso de inaplicabilidad, fundado en dicha causal, argumentando

Que tal apreciación, al sostener la existencia de una discriminación entre personas heterosexuales y homosexuales en la legislación sobre divorcio, resulta equivocada, pues, tal como se ha demostrado, la ley no considera como causal de divorcio culpable la mera inclinación o atractivo sexual hacia personas del mismo sexo, ni tampoco la que uno de los cónyuges tenga respecto de persona del otro sexo, sino, únicamente, las conductas, esto es actuaciones, que uno de los cónyuges tenga con persona que no sea su cónyuge y que suponga una infracción grave al deber

³⁰ Hernández (2008b) señala, dentro de las “características peculiares” de las uniones entre personas del mismo sexo que han sido esgrimidas por diversos autores con el objeto de justificar un tratamiento diferenciado en materia afectivo-sexual, 1) la ausencia de complementariedad afectivo-sexual, 2) la imposibilidad de engendrar hijos comunes y 3) la nocividad para los hijos criados por uniones entre personas del mismo sexo. Para profundizar más sobre este tema revisar Hernández, G. (2008). Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo en el Estado Democrático de Derecho.

³¹ No hay plazos mínimos para interponer la demanda de divorcio y se puede interponer de forma individual; no se exige al cónyuge demandante que acredite un plazo de cese de convivencia; el juez puede denegar o disminuir el monto de la compensación económica al cónyuge que dio lugar a la causal; además, con la sentencia firme de divorcio, se autoriza para revocar todas las donaciones que, por causa del matrimonio, se hubieren hecho al cónyuge infractor.

de fidelidad, entre las cuales está, por cierto, el trato sexual, pero también las manifestaciones de afectos propias sólo entre cónyuges (pp. 10-11)³².

El razonamiento planteado por nuestros tribunales es posible atribuirlo a la implantación de una concepción heteronormativa del género en la legislación chilena y en el razonamiento judicial como, asimismo, al fuerte rechazo o censura social y política que aún se mantiene con respecto a las personas con una preferencia afectivo-sexual que se aparte de la “norma”. Esta situación ha significado que los avances jurídicos en materia de derechos humanos no se reflejen en la realidad, ya que la lógica ha sido principalmente apuntar a una mera “tolerancia” de las diferencias, invisibilizándolas al recluirlas netamente a una esfera privada de resguardo, lo cual “no solo genera una insuficiente protección sino que también contribuye a mantener fuera del espacio público, con el consiguiente riesgo de estigmatización, determinadas opciones que son parte esencial de la identidad” (Salazar, 2012, p. 169).

1.4.2. Dignidad y derecho al libre desarrollo de la personalidad

Si bien en el párrafo anterior dotamos de contenido al derecho a la igualdad y a la no discriminación, consideramos que este derecho, por sí sólo, resulta insuficiente para la consolidación de una sociedad democrática avanzada, respetuosa de la diversidad sexual. Salazar (2012) analiza este mismo punto, exponiendo que

La protección de la orientación sexual y de la identidad de género ha de superar los límites estrechos de la prohibición de discriminación, y por supuesto de su anclaje exclusivo en la vida privada, y ha de contemplarse desde los presupuestos de nuestro orden político: la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (p. 176).

En otras palabras, la mera circunstancia de no ser discriminado no es suficiente para asegurar al sujeto el desarrollo pleno su personalidad -lo cual evidentemente debe incluir el de su afectividad y sexualidad-

³² En este sentido, el Tribunal entiende que la diferencia es razonable, ya que la norma no juzga la mera orientación sexual del sujeto, sino más bien su exteriorización. Sin embargo, cabe preguntarse ¿por qué el legislador realiza esta diferencia? ¿por qué contempla la conducta homosexual como una causal autónoma?. Cabe recalcar que el Tribunal Constitucional comprende el deber de fidelidad de la causal del N° 2 del artículo 54 de la Ley N° 19.947 en sentido amplio, no quedando subsumido en ella sólo el adulterio, sino cualquier exteriorización de afectos con otra persona distinta al cónyuge, que sean propios del vínculo matrimonial. En consecuencia, ¿por qué no subsumir la causal de “conducta homosexual” dentro de aquella que considera el deber de fidelidad? El voto mayoritario de los jueces no se hace cargo de dicha problemática, sino que sólo argumenta la inexistencia de una discriminación arbitraria en razón de que lo juzgado no es la orientación sexual del sujeto, sino sólo una conducta que infringe los deberes propios del matrimonio. Dicho argumento es insuficiente para establecer autónomamente dicha causal, más aún si tomamos en consideración que el legislador la consagra a secas, sin agregarle exigencias adicionales, como sucede en las demás causales -así por ejemplo, en la causal N° 2 requiere que la infracción al deber de fidelidad haya sido grave y reiterada-. Tal como señalaron, en su voto en contra, los Ministros Hernán Vodanovic Schnake, Carlos Carmona Santander, Gonzalo García Pino y señora María Luisa Brahm Barril, la causal N° 4, relativa a la “conducta homosexual” implica una doble lesión al estándar de igualdad: en primer lugar, porque discrimina a personas en razón de su condición y no por sus actos; y en segundo lugar, porque de dicha situación se derivan consecuencias civiles, procesales y económicas en contra del cónyuge infractor (Tribunal Constitucional, 10 de abril de 2014).

, sino que se requiere partir de la premisa de reconocer la dignidad humana de todos los sujetos por igual, lo cual, al alero de una sociedad heteronormativa, demanda la necesidad de redefinir lo humano o lo que históricamente se ha entendido como persona, y analizar, asimismo, la dignidad desvinculada de concepciones hegemónicas dominantes. Es en este sentido que Butler (2006) indica que la afirmación de los derechos sexuales adquiere un significado especial, ya que “cuando luchamos por nuestros derechos no estamos sencillamente luchando por derechos sujetos a mi persona, sino que estamos luchando *para ser concebidos como personas*” (p. 56).

Llevando lo anterior al plano interno, cabe señalar que la Constitución chilena establece en su artículo 1 inciso 1° que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Sin embargo, la legislación contempla diferencias en base a la orientación sexual de una persona, no reconociendo la misma dignidad a todos los sujetos ni los mismos derechos. La razón de lo anterior es que el mismo concepto de dignidad humana implica su inserción en parámetros socio-culturalmente construidos sobre la base de la diferencia, los cuales deben superarse para otorgarle un contenido absolutamente ligado al respeto del libre desarrollo de la personalidad, dentro del cual debemos considerar la orientación sexual como un elemento esencial de la identidad personal o personalidad del sujeto, entendida como un “derecho personalísimo de cada persona a ser uno mismo, en su carácter único e irrepetible frente al mundo social” (Meza-Lopehandía, 2014, p. 7). Si bien la Constitución no consagra de forma expresa el derecho al libre desarrollo de la personalidad³³, Meza-Lopehandía (2014) señala que ha sido considerado un derecho implícito en el ordenamiento jurídico chileno, lo cual se respalda con lo señalado por la jurisprudencia nacional³⁴. Este carácter es el que le ha otorgado el Tribunal Constitucional (4 de enero de 2011), en cuanto a considerar el libre desarrollo de la personalidad expresión de la dignidad humana, afirmada en el artículo 1 inciso 1° de la Constitución Política, en el entendido de que “la dignidad humana como valor constitucional implica el reconocimiento del carácter racional del ser humano, su capacidad para autodeterminarse y su condición de fin en sí mismo” (Meza- Lopehandía, 2014, p. 6)³⁵.

Dentro de este derecho al libre desarrollo de la personalidad debemos situar a la identidad sexual o, en términos de Salazar (2012), al libre desarrollo de la afectividad y sexualidad, entendida como un

³³ A diferencia de lo que ocurre en la Constitución colombiana (artículo 16) o en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 22 y 29.1)

³⁴ Sentencias del Tribunal Constitucional chileno en las cuales se contempla el derecho al libre desarrollo de la personalidad: sentencia Rol 2303, de 2 de julio de 2013; sentencia Rol 2333, de 11 de junio de 2013; sentencia Rol 2690, de 6 de agosto de 2015; sentencia Rol 1683, de 4 de enero de 2011; etc.

³⁵ Cabe agregar que este derecho ha sido desprendido también, aunque discutiblemente, del artículo 19 N° 7 de la Constitución, entendida la libertad como una garantía de carácter general. Asimismo, existen otros derechos constitucionales que presupondrían este derecho, como el derecho a la libertad religiosa, el derecho a la intimidad y la libertad de expresión, entre otros. Por otro lado, la Constitución realiza una mención indirecta de este derecho en el artículo 19 N° 10, en cuanto establece que la educación “tiene por objeto el pleno desarrollo de las personas en las distintas etapas de su vida” (Tribunal Constitucional, 3 de noviembre de 2011).

“elemento esencial de la identidad personal, clave para el desarrollo de todas las capacidades del individuo y con proyecciones evidentes en su ámbito relacional” (Salazar, 2012, p. 146). Así se entiende que la orientación sexual de un sujeto constituye un rasgo esencial de su personalidad. En los mismos términos lo han entendido algunos Ministros del Tribunal Constitucional (03 de noviembre de 2011), en su voto particular concurrente, al señalar que

El ejercicio de la sexualidad y la vida en familia no sólo deben ser objeto de protección en el ámbito de la vida privada, sino que su manifestación es más profunda, puesto que hunde sus raíces en la personalidad, o sea, en la constitución de una persona en cuanto tal (p. 57).

El problema radica en que históricamente la identidad sexual se ha construido sobre la base de una división binaria de los sexos/géneros, en la cual el reconocimiento socio-cultural y jurídico ha privilegiado un modelo de heterosexualidad obligatoria, impidiendo el pleno desarrollo de los que representan una disidencia sexual. En consecuencia, a lo que se debe apuntar es a que cada sujeto se desarrolle plenamente para la consecución de su plan de vida -el cual incluye sus relaciones afectivas y sexuales-, sin invisibilización, temor de represalias ni prejuicios basados en roles estereotipados. Esto nos lleva a cuestionarnos los discursos hegemónicos construidos en torno a la sexualidad y su desarrollo, como, asimismo, el carácter invariable que se les ha atribuido. En este sentido, “el avance en el reconocimiento de las diferencias supone también admitir que las identidades no son construcciones estáticas, que constituyen más procesos que estados y que, en un régimen de libertades, son maleables por el individuo” (Salazar, 2012, p. 204).

1.4.3. Derecho a formar una familia

Si bien la Constitución chilena sólo establece que la familia constituye el núcleo fundamental de la sociedad³⁶, el derecho a formar una familia ha sido contemplado en diversos tratados internacionales vigentes en nuestro país³⁷, debiendo el Estado propender no sólo a su protección y fortalecimiento en cuanto institución ya conformada, sino que también permitir a todas y todos su fundación, en cuanto a generar lazos afectivo-sexuales y filiativos, entendida como una decisión que forma parte de la autonomía e identidad del sujeto. En consecuencia, si bien existe claridad en que la familia constituye una institución de especial protección estatal por encontrarse íntimamente ligada con la dignidad de las personas y el desarrollo de su plan de vida, cabe cuestionarse ¿qué se entiende por familia? o, más bien, ¿cuáles son los vínculos afectivos-sexuales que el Estado reconoce y legitima, e incluye en su ámbito de protección? Dichas interrogantes plantean una serie de controversias en una sociedad fuertemente

³⁶ La misma idea reproduce la Ley N° 19.947 (artículo 1), que establece Nueva Ley de Matrimonio Civil.

³⁷ Tales como la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 17.2) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23.2).

marcada por discursos heteronormativos, en cuanto se manifiestan, principalmente, dos concepciones antagónicas: aquellos que defienden la familia como una realidad única, esto es, la protección de un único modelo de familia considerado “tradicional”; y aquellos que apuntan al reconocimiento del pluralismo familiar, “pluralismo que no es sólo la coexistencia fáctica de distintos arreglos familiares, sino, aún más importante, el reconocimiento de que estos arreglos merecen la misma legalidad y legitimidad” (Vaggione, 2013, p. 53). Apuntar al pluralismo en materia de familia implica reconocer que dicha institución básica es también producto de una construcción histórica y cultural, amparada en ideas dominantes en torno a la sexualidad y las relaciones de parentesco y que, en consecuencia, es susceptible de ser modificada de acuerdo al contexto histórico que se desarrolle en una sociedad determinada. Lo anterior, en tanto “la perspectiva que ha primado al interior del Derecho de familia en “Occidente” ha sido una patriarcal y judeo-cristiana (y, más específicamente, una católica; por lo menos en nuestro país)” (Hernández, 2008b, p. 177).

Actualmente, la jurisprudencia internacional se encuentra encaminada a dotar al concepto de familia de un contenido amplio, apartándose de la idea de familia matrimonial heterosexual como único modelo susceptible de obtener reconocimiento jurídico, político y social. Lo anterior queda de manifiesto en lo señalado por la CorteIDH (24 de febrero de 2012) en cuanto a que

En la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio (p. 49).

La mantención de un modelo tradicional de familia impide que aquellas organizaciones familiares que se aparten de dicha realidad única gocen de los mismos derechos y puedan desarrollar libremente y en plenitud su proyecto de vida, cuestión que se hace claramente visible cuando nos enfrentamos a una pareja homosexual con el deseo de tener hijos/as y formar una familia. En este sentido,

El decidir que la homosexualidad es una limitante para el ejercicio de la paternidad o de la maternidad no sólo tiene consecuencias en lo simbólico -y en este caso se refuerza la heteronormatividad-, sino también consecuencias prácticas para las personas a las que se les limita el ejercicio concreto de ciertos derechos (Vaggione, 2013, p. 54).

Los Principios de Yogyakarta establecen este derecho expresamente, vinculándolo directamente con la cláusula general de no discriminación en razón de la orientación sexual de una persona:

Principio 24. Toda persona tiene el derecho a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Existen diversas configuraciones de familias. Ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes.

Asimismo, cabe agregar que este derecho se encuentra íntimamente ligado con la decisión de tener hijos/as. Incluso la misma CorteIDH (28 de noviembre de 2011) ha entendido que la posibilidad de procrear forma parte del derecho a fundar una familia, dentro de lo cual no sólo se entiende la procreación producto de una relación sexual, sino también a través de otros medios, por ejemplo, las técnicas de reproducción humana asistida³⁸. Es en este mismo sentido que los Principios de Yogyakarta recomiendan a los Estados

Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el derecho a formar una familia, incluso a través del acceso a adopción o a reproducción asistida (incluyendo la inseminación por donante), sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género (Principio 24.A).

De esta forma, el derecho humano a formar una familia debe ser entendido bajo un concepto amplio de familia, que incluya las diversas organizaciones familiares existentes fácticamente y permita su legitimación social y jurídica, independiente de la orientación sexual de los padres. En palabras de Salazar (2012)

La clave de la familia debería estar en el reconocimiento mutuo, en la negociación, en el desarrollo de las capacidades de cuidar y ser cuidado. De esta manera, la convivencia, la solidaridad, la creación de vínculos afectivos no necesariamente condicionados por la sangre, deberían convertirse en los factores esenciales de las <<nuevas familias>> (p. 201).

³⁸ Relevante en este punto es la discusión de si existe o no un derecho humano a procrear. Gómez de la Torre (2007) señala que en Estados Unidos se reconoce dicho derecho. Sin embargo, en Chile no ha habido pronunciamiento judicial al respecto, por lo cual estima que no existe propiamente un derecho a la procreación, sino más bien lo que se reconoce es el derecho al libre ejercicio de la sexualidad, dentro del cual cabe o no la posibilidad de procrear. Por otro lado, la Resolución Exenta N° 1.072, que establece Normas Aplicables a la Fertilización In Vitro y la Transferencia Embrionaria de 1985, del Ministerio de Salud, reconoce expresamente, en su Considerando 1°, el derecho a procrear derivado del artículo 19 N° 1 de la Constitución Política.

2. ADOPCIÓN HOMOPARENTAL

El sistema de adopción en Chile se encuentra regulado a través de la Ley N° 19.620, que dicta Normas sobre Adopción de Menores³⁹. La ley fue publicada en el Diario Oficial con fecha 05 de agosto de 1999, en atención a lo señalado en el artículo 179 inciso 2° del Código Civil, el cual dispone que “la adopción, los derechos entre adoptante y adoptado y la filiación que pueda establecerse entre ellos se rigen por la ley respectiva”. Dicha normativa no nos entrega un concepto de adopción, ya que aquel contenido en el proyecto original de la Ley N° 19.620 fue desestimado al considerarse por la Comisión Constitución que se trata de un concepto que presenta una total claridad y, por ende, su definición legal resulta innecesaria en atención a lo dispuesto en el artículo 20 del Código Civil (Biblioteca del Congreso Nacional [BCN], 1999). En consecuencia, cabe entender el concepto de adopción en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, el cual se encuentra dado por el Diccionario de la Lengua Española, donde se define la adopción como la “acción de adoptar” y, a éste último verbo, como “tomar legalmente en condición de hijo al que no lo es biológicamente”. Por su parte, el Servicio Nacional de Menores [Sename] (2014) define la adopción como

La medida de protección por excelencia que se aplica en subsidio de la familia de origen, cuando se han agotado todas las posibilidades para que un niño/a pueda reintegrarse o permanecer bajo el cuidado personal de sus padres o familia biológica. Es el acto jurídico mediante el cual se crea un vínculo legal de parentesco entre una persona o pareja y el hijo/a no biológico que recibe bajo su cuidado.

En consecuencia, mediante la adopción el niño/a o adolescente adoptado adquiere el estado civil de hijo/a con respecto a él o los adoptantes, derivándose de dicha relación de parentesco todos aquellos derechos propios de la filiación, tales como cuidado personal, patria potestad, alimentos, derechos sucesorios, nacionalidad, entre otros.

La Ley N° 19.620 se encarga de determinar los trámites necesarios para proceder a la adopción, contemplándose un procedimiento previo destinado a determinar si el menor de edad es susceptible de ser adoptado, así como el procedimiento de adopción propiamente tal, ambos de competencia de los juzgados de familia. Dicha ley asigna al Sename como el órgano rector del Sistema de Adopción, quien podrá intervenir, además de los organismos acreditados ante éste⁴⁰, en los programas de adopción. Cabe

³⁹ Dentro del marco legal vigente relativo a la adopción, también se encuentra: Decreto N° 944, que Aprueba Reglamento de la Ley N° 19.620 que dicta normas sobre adopción de menores; Convención Internacional sobre Derechos del Niño; Convenio de la Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional; Ley de Subvención N° 20.032; Creación Tribunales de Familia.

⁴⁰ Cuatro son los Organismos Colaboradores Acreditados actualmente: Fundación Chilena de la Adopción, Fundación San José, Fundación Mi Casa y el Instituto Chileno de Colonias y Campamentos.

agregar que en los procedimientos de adopción adquiere especial relevancia el interés superior del niño/a o adolescente, en contraposición a los intereses de los futuros adoptantes, principio consagrado en el artículo 1 de la Ley N° 19.620, el cual establece que el objeto de la adopción es

Velar 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.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño consagra este principio en diversos preceptos⁴¹, siendo de especial relevancia para el caso el artículo 21, el cual señala que “los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial”.

Tanto la Ley N° 19.620 como la Convención sobre los Derechos del Niño no definen el interés superior del niño y, por la misma razón, el Comité de los Derechos del Niño [CRC] (2013) ha sostenido que es un concepto flexible y adaptable que debe ser determinado caso a caso, permitiendo la incorporación de los nuevos conocimientos que en materia de desarrollo infantil se hayan generado. Además, dicho organismo señala que “el objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño” (CRC, 2013, p. 3).

En consecuencia, la adopción no implica un derecho de los adoptantes a tener un hijo/a, sino que el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho de los adoptantes a formar una familia queda supeditado, en todo caso, a la protección completa y especial del interés superior del menor de edad, debiendo garantizarse su desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social, mediante su integración a una familia idónea para estos efectos.

Con el objeto de velar por el interés superior del niño/a, la Ley N° 19.620, en el artículo 8, establece las hipótesis en que puede encontrarse un menor de edad para que sea susceptible de ser adoptado: i) que haya sido entregado voluntariamente por sus padres, ii) que sea consanguíneo de uno de los cónyuges adoptantes, o iii) que el niño/a se encuentre en un estado de desamparo al no contar con un arreglo familiar que satisfaga el afecto que le proporciona una familia que se pueda hacer cargo de sus necesidades materiales y espirituales, ya sea porque sus progenitores se encuentren inhabilitados moral o físicamente para ejercer su cuidado personal, porque no le proporcionen atención personal o económica dentro de cierto plazo, o porque el niño/a se encuentre en situación de abandono. De esta forma, se

⁴¹ Artículos 3, 9, 21, 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

consagra la adopción como una medida subsidiaria, aplicada sólo cuando el menor de edad carezca de una familia de origen que le brinde lo básico para su desarrollo.

Por otra parte, y refiriéndonos específicamente a los postulantes a la adopción, la Ley N° 19.620 establece un claro orden de prelación, determinado los requisitos en los respectivos casos:

(i) Primer Orden de Prolación: Matrimonios residentes en Chile (nacionales o extranjeros)

Conforme a lo señalado en el artículo 20, podrá otorgarse la adopción a los cónyuges chilenos o extranjeros, cumpliendo los siguientes requisitos: i) que tengan residencia permanente en el país; ii) que tengan 2 o más años de matrimonio (no será exigible este requisito cuando uno o ambos cónyuges estén afectados de infertilidad); iii) que hayan sido evaluados como física, mental, psicológica y moralmente idóneos por el Sename o los organismos acreditados ante éste; iv) que sean mayores de 25 años y menores de 60 (puede rebajarse el límite de edad mediante resolución fundada del juez. Además, este requisito no será exigible si uno de los adoptantes fuese ascendiente por consanguinidad del adoptado); y v) que tengan 20 años o más de diferencia de edad con el menor adoptado (puede rebajarse la diferencia de años mediante resolución fundada del juez. Además, este requisito no será exigible si uno de los adoptantes fuese ascendiente por consanguinidad del adoptado).

(ii) Segundo Orden de Prolación: Matrimonios residentes en el extranjero (nacionales o extranjeros)

Conforme a lo señalado en el artículo 30, esta adopción procederá sólo cuando no existan matrimonios chilenos o extranjeros con residencia permanente en Chile interesados en adoptar al menor de edad y que cumplan con los requisitos legales. Incluso la ley señala que el juez puede acoger a tramitación la solicitud de adopción presentada por estas personas, aun cuando existan personas con residencia permanente en Chile, interesadas en adoptarlo, si median razones de mayor conveniencia para el interés superior del niño/a, las cuales deben ser establecidas por resolución fundada. En este caso, se exige el cumplimiento de los mismos requisitos establecidos para la adopción de matrimonios residentes en Chile.

(iii) Tercer Orden de Prolación: Personas solteras, divorciadas o viudas residentes en Chile

En caso de que no existan cónyuges interesados en adoptar a un menor de edad que cumplan con todos los requisitos legales o que sólo les falte el de residencia permanente en Chile, podrá optar como adoptante una persona soltera, divorciada o viuda, que cumpla con los siguientes requisitos: i) que tenga residencia permanente en Chile; ii) que haya sido evaluada como física, mental, psicológica y moralmente idónea por el Sename o los organismos acreditados ante éste; iii) que sea mayor de 25 años

y menor de 60; iv) que tenga 20 años o más de diferencia de edad con el menor adoptado; y v) debe haber participado en alguno de los programas de adopción señalados en la ley.

En consecuencia, en la práctica se puede adoptar ya sea en forma conjunta, sólo en caso de que medie matrimonio entre los postulantes, o de forma individual. Con respecto a la primera situación -la cual será analizada en el Título siguiente con mayor profundidad- podemos percibir que el legislador establece una clara preferencia con respecto a la institución matrimonial, ante lo cual se genera una exclusión de las parejas del mismo sexo. En cuanto a la adopción realizada en forma individual, nada impide que una persona con orientación sexual homosexual pueda adoptar. Según lo señalado por el Sename

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 adoptivo. Por tanto, la orientación sexual en sí, no es un tema que determine si la persona evaluada, cuenta o no con estas habilidades parentales (comunicación personal, 15 de diciembre de 2015, p.2).

Si bien la adopción en estos casos no discrimina en razón de la orientación sexual del postulante, tampoco involucra el reconocimiento jurídico de la familia homoparental, en tanto, las recluye a la esfera privada, ya que en dichos casos la orientación sexual del postulante no es visible, cayéndose nuevamente en un discurso legal de “mera tolerancia” de las diferencias, más que de reconocimiento real de la dignidad humana y de los derechos que de ella derivan. Según esto se demuestra que

Hemos pasado de una invisibilización de facto a una tolerancia de puertas adentro, como señala Óscar Guash, se empieza a tolerar a lesbianas y homosexuales pero siempre que sean discretos, no muestren su afecto en público, tengan poca pluma y, fundamentalmente, acepten y reproduzcan el modelo normativo para ser respetables socialmente (Soria, 2013, p. 28).

Llevando esta idea a la práctica, cabe recalcar que una persona con orientación sexual homosexual puede presentarse individualmente a la postulación. Sin embargo, esto traerá aparejado algunos problemas, principalmente si en la realidad lo que se desea es la adopción conjunta por una pareja homosexual: en primer lugar, el proceso de adopción puede prolongarse incluso por años, ya que como señala el Sename estas personas “en su mayoría presentan expectativas que no se ajustan a la realidad de los niños/as declarados susceptibles de ser adoptados y para los cuales no se ha encontrado matrimonio nacional o matrimonio residente en el extranjero en condiciones de adoptarlos/as” (comunicación personal, 15 de diciembre de 2015, pp. 1-2), debido a que se encuentran en tercer lugar de prelación; y por otra parte, en caso de procederse a la adopción, en ningún caso dicha circunstancia implicará el reconocimiento jurídico de la filiación de la pareja homosexual del postulante con respecto al niño/a o adolescente dado

en adopción, aun cuando ambos/as se hayan sometido a dicho proceso y hayan sido declarados/as idóneos/as. En consecuencia, una vez concedida la adopción, en el ámbito privado dicha pareja criará conjuntamente al niño/a o adolescente, le entregará afecto, lo proveerá económicamente, etc., es decir, se constituirá como una familia homoparental, sin embargo, desde un punto de vista jurídico, sólo con respecto a una de ellas será reconocida la respectiva maternidad o paternidad, no quedando la pareja unida por un vínculo de filiación con el niño/niña o adolescente y, por ende, no aplicándose con respecto a ellos los efectos propios de este estatuto jurídico. A este respecto, la diputada Daniella Cicardini manifiesta esta situación en la Comisión de la Familia y Adulto Mayor (2015a), señalando que

La legislación actual permite a parejas homosexuales adoptar, pero eludiendo la legislación, mintiendo. Lo anterior en razón de que una pareja homosexual constituida de hecho, y no bajo la forma de un Acuerdo de Unión Civil, se presenta frente al proceso de adopción, cada uno de sus integrantes, como dos personas solteras, por lo que hoy en día sí pueden adoptar (p.4).

La situación jurídica planteada no se condice con la realidad chilena, en la cual parejas del mismo sexo entablan relaciones afectivo-sexuales y crían de forma conjunta a sus hijos/as, más aún si consideramos que estas parejas pueden unirse jurídicamente mediante un AUC. Si bien ha existido consenso en la necesidad de modificación del actual sistema de adopción, no todos los proyectos de ley presentados incluyen la posibilidad de que personas del mismo sexo puedan acceder, de forma conjunta, a la adopción de un niño/a o adolescente -tema que será analizado en el Título siguiente. Sin perjuicio de ello, dichos proyectos han propiciado instancias de discusión sobre el tema y llevado a la opinión pública la problemática.

Por otra parte, la opinión oficial de ciertas instituciones relacionadas con la materia hacen referencia a la consecución del reconocimiento de la adopción homoparental -mediante su incorporación en la Reforma del Sistema de Adopción-, tal como lo ha señalado Hugo Herrera, Director del Sename (Movimiento de Integración y Liberación Homosexual [Movilh], 2016) y el Consejo Nacional de la Infancia (Movilh, 2014). También se manifiesta aprobación por parte de la opinión pública, como es posible comprobar en los datos recabados por la Pontificia Universidad Católica de Chile y Gfk Adimark (2016) en la Encuesta Nacional Bicentenario, en la cual un 50% se manifestó de acuerdo con la afirmación de que “las parejas homosexuales deberían tener derecho a casarse”, siéndole indiferente a un 13%. El incremento es notorio si consideramos que el año 2010 sólo existía un 33% de aprobación, y un 32% se manifestó de acuerdo con que “las parejas homosexuales deberían tener derecho a adoptar niños”, siéndole indiferente a un 13%. Sin perjuicio de lo señalado, es posible comprobar que la aprobación social es mayor frente al matrimonio igualitario que con respecto a la adopción homoparental, en razón de que, en el segundo caso, el reconocimiento jurídico involucraría también a niños/as o adolescentes.

En consecuencia, dentro de los sectores disidentes en temas de diversidad sexual es posible distinguir, principalmente, a dos grupos: aquellos que manifiestan una postura más radical, en tanto se oponen a los derechos sexuales y reproductivos en general, siendo la Iglesia Católica el principal actor de dicha postura, tal como se demuestra en lo señalado por la Congregación para la Doctrina de la Fe (2003), ya que se considera la homosexualidad como un fenómeno inquietante, y más preocupante aun si nos enfrentamos a la habilitación de la adopción por parte de parejas del mismo sexo, ya que dicha práctica es calificada gravemente inmoral y se opondría al interés superior del niño/a. Por otro lado, tenemos a aquellos que, si bien aprueban el reconocimiento formal de las parejas del mismo sexo, se oponen a que se les permita adoptar -tal como se comprueba en los datos contenidos en la Encuesta Nacional Bicentenario (2015). Sin perjuicio de ello, en ambas posturas suelen observarse fundamentos comunes, dentro de los cuales el principal radica en que se vulneraría el interés superior del niño/a o adolescente adoptado, ya que le impediría ser criado en una familia similar a la biológica -existiendo ausencia del modelo paterno o materno-, lo colocaría en una situación de riesgo a la discriminación o se podría generar una confusión con respecto a su identidad de género u orientación sexual, entre otras consecuencias, las cuales serán analizadas en el Título siguiente, cuando se ahonde en los argumentos esgrimidos en la Comisión de la Familia y Adulto Mayor, al debatirse sobre la incorporación de los convivientes civiles en el actual Sistema de Adopción.

Cabe resaltar que dichos discursos heterosexistas y heteronormativos tienen como base la naturalización de los roles de género, en tanto consideran que existirían funciones propias de cada sexo/género innatas, inamovibles e irremplazables, ante lo cual sería necesario su complementariedad⁴². Esa postura considera *per se* a la familia homoparental como inidónea en la crianza de un menor de edad, lo cual constituye una discriminación arbitraria si entendemos que la idoneidad para ser “padres” o “madres” es un elemento que debe ser analizado caso a caso, dependiendo de los factores específicos que se planteen, y, asimismo, impide que un determinado grupo de la población pueda desarrollar libremente su plan de vida -dentro del cual se contempla la posibilidad de formar una familia- vulnerándose directamente la dignidad humana. Igualmente, cabe considerar injustificada esta supuesta “complementariedad” si asumimos que los roles de género han sido históricamente construidos y, por ende, no se deben entender ajenos a las ideas morales predominantes en su contexto de creación. En consecuencia, entender que la crianza del menor de edad no se basa en la transmisión de dichos roles, sino, más bien, en la entrega de afecto, cuidado, amor y protección, nos permitirá enfrentarnos a la problemática de la adopción

⁴² Hernández (2008b) interpreta la teoría de la ausencia de complementariedad afectivo-sexual en las uniones entre personas del mismo sexo, principalmente, sobre la base de dos imposibilidades: 1) la de engendrar hijos comunes y 2) educarlos en roles de género. En consecuencia, esta falta de complementariedad recaería sobre razones concretas, esto es, la procreación y educación.

homoparental de forma inclusiva así como erradicar las dos consecuencias deplorables de un discurso heterosexista, las cuales son la homofobia y la discriminación.

2.1. Adopción conjunta por pareja homosexual

La adopción conjunta es un mecanismo de determinación de la filiación, distinto al biológico, que le garantiza a un/a menor de edad la posibilidad de crecer junto a una pareja afectivo-sexual que, cumpliendo con todos los requisitos legales, procure voluntariamente brindarle afecto y satisfacer sus necesidades materiales y espirituales para su desarrollo, otorgándosele, mediante sentencia judicial, el estado civil de hijo/a frente a la pareja de adoptantes, los cuales se obligan con todos los derechos y deberes establecidos en la ley.

Nuestra legislación establece que las parejas matrimoniales son el único arreglo familiar que puede acceder a la adopción conjunta. Lo anterior se desprende de los artículos 20, 21 y 30 de la Ley N° 19.620, los cuales establecen de forma imperativa a los adoptantes, fijando además un orden de prelación entre ellos. Así es como, por un lado, la legislación desconoce otros arreglos familiares, tales como el AUC y a las parejas de hecho; y por otro, sitúa al matrimonio en un lugar preferente de prelación, aun cuando no sea entre personas residentes en Chile y existan personas solteras, divorciadas o viudas interesadas en adoptar. La situación planteada repercute directamente en las parejas del mismo sexo, ya que en virtud del artículo 102 del Código Civil se encuentran excluidas del matrimonio y, por ende, de la adopción conjunta.

Por la razón antes expuesta es que en Chile la búsqueda del reconocimiento jurídico de la adopción homoparental se ha instado mediante dos vías, ya sea a través de la incorporación de los convivientes civiles al Sistema de Adopción chileno -haciéndolo extensivo tanto a parejas heterosexuales como homosexuales unidas por un AUC-, o mediante el reconocimiento del matrimonio igualitario, que permitiría a una pareja homosexual, unida por el vínculo matrimonial, adoptar conjuntamente. Ambos supuestos permitirán que las parejas del mismo sexo puedan adoptar de forma conjunta a un niño/a o adolescente, quedando determinada la filiación con respecto a ambas personas y, asimismo, permitirán también la adopción por integración, en el caso de que una de dichas personas ya tenga un hijo/a y su pareja homosexual desee proceder a su adopción, tema que será tratado en el Título siguiente.

En cuanto al matrimonio igualitario, como una de las vías para el reconocimiento de la familia homoparental, tal como se señaló anteriormente, el Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, junto con la Fundación Iguales presentaron el año 2016 un anteproyecto que modifica diversas leyes, siendo la más importante la eliminación del requisito establecido en el artículo 102 del Código Civil, el cual determina que los contrayentes deben ser un

“hombre” y una “mujer”, refiriéndose simplemente a “personas”⁴³. De ser aprobado el anteproyecto, no solo vendría a equiparar a la parejas homosexuales que quieran acceder a la institución matrimonial, sino que también los incorporaría a la adopción conjunta, ya que la Ley N° 19.620 sólo hace referencia a los “cónyuges” sin determinar el sexo de éstos, por lo que la incorporación de las parejas homosexuales al matrimonio vendría aparejada con la inclusión de éstas a la filiación adoptiva, pudiendo acceder como pareja matrimonial a los trámites de adopción.

En cuanto al reconocimiento de otras organizaciones familiares diferentes del matrimonio, podemos señalar el Boletín N° 6108-18 -ingresado con fecha 30 de septiembre de 2008 y actualmente en tramitación- que busca la modificación de la Ley N° 19.620, incorporando a las parejas que mantienen relación de convivencia estable como sujetos aptos para solicitar en forma conjunta la adopción, considerando que la única diferencia con el matrimonio es que éstas no han celebrado contrato alguno, permitiendo que las parejas de hecho puedan postular a la adopción conjunta en igualdad de condiciones. Sin embargo, el problema radica en que dicho proyecto entiende, en su artículo único, a esta relación afectivo-sexual como aquella entre un hombre y una mujer, unidos consensualmente, “(...) que cohabiten y tengan entre ellos una relación de afectividad análoga a la conyugal” (Escobar, Enríquez-Ominami, y Jiménez, 2008, p.5), excluyendo del proyecto a las uniones de hecho de parejas de un mismo sexo.

Posteriormente, el Boletín N° 9119-18, proyecto de ley que promueve una Reforma Integral del Sistema de Adopción chileno⁴⁴ -ingresado con fecha 08 de octubre de 2013 y actualmente en tramitación- no incluyó dentro de su contenido a los convivientes civiles, ya que al momento de presentación de dicho proyecto la Ley N° 20.830, que crea el AUC, aún no había sido dictada, sin embargo, con su posterior

⁴³ El contenido esencial de dicho proyecto apunta a la modificación del Derecho sustantivo de familia, en lo relativo al matrimonio y la filiación. Para la concreción de lo anterior, no sólo se establece la eliminación del requisito de diferencia de sexo entre los cónyuges, establecido en el artículo 102 del Código Civil, sino que también se proponen cambios en la terminología usada por el Código Civil y otras leyes complementarias, tales como: Ley N° 19.947, que establece la Nueva Ley de Matrimonio Civil; Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia; Ley N° 19.620, que dicta normas sobre Adopción de Menores; Ley N° 16.618, que fija el texto de definitivo de la Ley de Menores; Ley N° 14.908, que fija el texto definitivo de la Ley de Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias; Ley N° 20.830, que crea el Acuerdo de Unión Civil; Decreto Ley N° 3.500, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1980, que establece el Nuevo Sistema de Pensiones; Ley N° 20.255, que establece Reforma Previsional; Decreto con Fuerza de Ley N° 29, del Ministerio de Hacienda, promulgado el año 2004 y publicado el año 2005, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo; Ley N° 18.883, que aprueba Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales; Código de Procedimiento Civil: Código Orgánico de Tribunales; Código Penal; Ley N° 16.744, que establece Normas sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales; Decreto con Fuerza de Ley N° 150, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de las normas sobre Sistema Único de Prestaciones Familiares y Sistema de Subsidios de Cesantía para los trabajadores de los Sectores Privado y Público, contenidas en los Decretos Leyes N° 307 y 603, ambos de 1974; Ley N° 20.743, que concede Aporte Familiar Permanente de Marzo y ajusta norma que indica.; y Ley N° 10.383, que modifica Ley N° 4.054, relacionada con el seguro obligatorio. Las modificaciones consistirían en remplazar las expresiones “marido” y “mujer” por “cónyuge” o “cónyuges” -con respecto al matrimonio-, y las expresiones “padres”, “padre” y “madre” por “progenitor”, “progenitora” y “progenitores”, y “paternidad” y “maternidad” por “filiación”, con respecto a la filiación.

⁴⁴ Su objetivo principal es solucionar las principales deficiencias del Sistema de Adopción actual, acelerando los procedimientos previos a la adopción y los grandes tiempos de permanencia de los niños/as y adolescentes en la red institucional del Sename, regulando de manera especial la adopción por integración, agotando las posibilidades de reinscripción en su familia de origen y orientando a los distintos actores en la toma de decisiones que afecten al menor vulnerable.

aprobación, la Corte Suprema explicitó la omisión en que incurría el proyecto de ley (Cámara de Diputados, 2015), mientras casi, en forma simultánea, comenzó el debate de su inclusión en la Comisión de la Familia y Adulto Mayor de la Cámara de Diputados.

Si bien el debate del proyecto de Reforma Integral del Sistema de Adopción se encuentra postergado hasta el ingreso del proyecto de ley de garantías de la infancia, en la Comisión de la Familia y Adulto Mayor de la Cámara de Diputados se originó una discusión en la que fueron invitadas personas que por su ámbito personal o profesional se encuentran ligados con la temática, y representantes de diversas organizaciones, quienes, junto a los diputados presentes, manifestaron posiciones discrepantes sobre la incorporación de los convivientes civiles y de las parejas homosexuales al Sistema de Adopción chileno. Es a través de las actas públicas de la Comisión de la Familia y Adulto Mayor de la Cámara de Diputados que las distintas opiniones nos ayudarán a entender el estado actual de la discusión en Chile, para cuestionarnos si, en definitiva, la inclusión de las parejas homosexuales como adoptantes contraría o no el interés superior del niño/a, principio rector en materia de adopción.

Sobre la posición que busca excluir a las parejas homosexuales como adoptantes, debatida en la Comisión de Familia y Adulto Mayor, encontramos principalmente cuatro argumentos que concluyen que la crianza homoparental atentaría contra el bienestar del menor de edad, vulnerando así el interés superior del niño/a: (i) el AUC -refiriéndose tanto a convivientes civiles homosexuales como heterosexuales⁴⁵- no es un vínculo jurídico estable; (ii) la filiación adoptiva debe replicar la alteridad sexual de la filiación biológica para la complementariedad del menor de edad; (iii) disfuncionalidades psico-sociales de los niños que crecen en familias homoparentales, y menores habilidades parentales de los padres o madres homosexuales; y (iv) discriminación social que sufrirían los niños/as o adolescentes, derivada de una estructura familiar homoparental.

(i) Estabilidad del AUC

Diversos actores del debate manifestaron que el AUC es en realidad un estatuto de carácter económico, que no tiene estabilidad en el tiempo. Si bien todos los actores estuvieron de acuerdo en que la estabilidad del núcleo familiar es importante para el desarrollo de un menor de edad adoptado, la discusión se centró en comprender si efectivamente el vínculo jurídico regulado en el AUC es más inestable que el matrimonial⁴⁶.

⁴⁵ Si bien este argumento hace referencia a todos los convivientes civiles, homosexuales y heterosexuales, consideramos que detrás de este argumento se encuentra la exclusión de las parejas homosexuales como adoptantes, pues es un hecho que los convivientes civiles heterosexuales pueden además casarse, accediendo así a la posibilidad de adoptar conjuntamente, situación no reconocida para las parejas homosexuales.

⁴⁶ Entre las personas que manifestaron la inestabilidad del AUC frente al matrimonio se encuentra la diputada Claudia Nogueira, María de los Ángeles Arrieta (abogada de Comunidad y Justicia) y Cristóbal Ruiz-Tagle (representante de la Corporación Idea

A este respecto, los comisionados consideran que al existir diferencias en la regulación de las formas de término de ambos contratos, la ley reconocería diferencias en cuanto a la estabilidad de éstos. Siendo los procesos de término del matrimonio más complejos que los del AUC, existirían diferencias que denotarían una mayor inestabilidad de éste último, las cuales deben ser reconocidas por el Sistema de Adopción chileno en atención al interés superior del niño/a, razón para considerar que los matrimonios serían el único arreglo familiar que podría acceder a la adopción conjunta.

Quienes mantienen esta postura sustentan su posición en el Capítulo VI de la Ley N° 19.947, que regula la sentencia firme de divorcio, estableciendo que ésta puede producirse de mutuo acuerdo sólo cuando los cónyuges hayan acreditado el cese de la vida en común por un período no menor de 1 año; también por demanda unilateral de uno de los cónyuges, pero sólo cuando se acredite el cese de la convivencia por un período de a lo menos 3 años; o, cuando uno de los cónyuges haya infringido gravemente los deberes y obligaciones que le impone el matrimonio para con el otro cónyuge o con los hijos, que torne intolerable la vida en común. Por otro lado, indican que la Ley N° 20.830, en su Título VI, estipula el término del contrato de AUC por el mutuo acuerdo entre los convivientes, constado en escritura pública o ante el oficial del Servicio de Registro Civil e Identificación, e incluso el término unilateral de éste realizado con los mismos requisitos legales, no siendo necesario una sentencia judicial, el cese efectivo de la convivencia o falta imputable al otro para terminar con el vínculo contractual.

Así, son las dificultades del proceso de divorcio lo que para los detractores de la incorporación del AUC significan una mayor estabilidad de la institución matrimonial. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.947 queda consagrada la disolución del vínculo matrimonial y, por muy engorrosas que sean las formas de su término, siempre podrá terminarse por decisión unilateral de una de las partes, aunque requiera más tiempo para ello, obligándolos incluso a permanecer unidos por un vínculo contractual cuando el cese de la convivencia y la relación afectivo-sexual ya hayan cesado, no pudiendo ser cierto que el mecanismo que establece el término del matrimonio asegure la estabilidad de la relación afectivo-sexual. Es más, la Ley N° 19.620 contiene sus propios mecanismos para asegurar la estabilidad temporal de la pareja de adoptantes, ya que en su artículo 20 establece un requisito temporal de 2 años de vigencia del vínculo matrimonial para que los cónyuges puedan acceder a la adopción conjunta -con excepción de las parejas infértiles-, con el fin de asegurar que los matrimonios adoptantes hayan convivido y llevado una relación afectivo-sexual permanente antes de la adopción. Sin embargo, nada

País) los cuales concurren a la sesión 34ª realizada el 01 de Julio de 2015 (Comisión de la Familia y Adulto Mayor, 2015a); también Carolina Salinas (Centro de la Familia de la Pontificia Universidad Católica de Chile) en la sesión 35ª realizada el 06 de Julio de 2015 (Comisión de la Familia y Adulto Mayor, 2015b); y finalmente Joaquín Reyes (Fundación y Justicia para todos) y Eduardo Galaz (profesor de Sociología de la Pontificia Universidad Católica de Chile) en la sesión 36ª realizada el 22 de Julio de 2015 (Comisión de la Familia y Adulto Mayor, 2015c).

obsta para que a los convivientes civiles se les establezca el mismo requisito para acceder a la adopción, procurando, de un modo general y abstracto, establecer requisitos para que ambas uniones familiares puedan acceder como adoptantes independiente del vínculo jurídico que las regula.

Por otro lado, Rolando Jiménez, representante del Movilh, manifestó que en el momento de la discusión en la Comisión de la Familia y Adulto Mayor -y hasta la actualidad- no existen estudios basados en la perdurabilidad del AUC, lo que impediría emitir juicios sobre la estabilidad de éstos, además, en función de sus conocimientos como representante, señala que existen varias parejas homosexuales con años de relación afectivo-sexual que están esperando a su aprobación para celebrar un AUC (Comisión de la Familia y Adulto Mayor, 2015c, pp. 6-7).

En otro ámbito, se manifestó que en los convivientes civiles no existe una voluntad procreacional, que en el matrimonio estaría establecida en el artículo 102 del Código Civil, junto con la indisolubilidad del vínculo marital. En definitiva, la procreación entre los cónyuges puede ser una de las voluntades (o no) al momento de contraer el vínculo, siendo una facultad que se relaciona íntimamente con la autodeterminación de los individuos. Si bien la definición del AUC contenida en el artículo 1 de la Ley N° 20.830 no incorpora las pretensiones filiativas de los convivientes, nada obsta para que éstos, del mismo modo que los cónyuges, tengan dentro de sus pretensiones la descendencia en pareja, no siendo ese un requisito esencial de ninguno de los estatutos jurídicos. Además, el artículo 21 de dicha ley, hace extensible a los convivientes civiles de distinto sexo la presunción de paternidad matrimonial consagrada en el artículo 184 del Código Civil⁴⁷, por lo que la legislación estaría reconociendo las pretensiones filiativas de los convivientes civiles al presumir que el hijo/a nacido/a de la mujer sujeta a un AUC, es también hijo/a del conviviente civil, siempre que éste sea hombre.

ii) Replicar la alteridad sexual de la filiación biológica

Con un fuerte discurso heteronormativo, diversas personas y diputados⁴⁸ sostuvieron “que los eventuales problemas que puedan provocar parejas del mismo sexo sobre los niños tienen que ver con la pérdida de la complementariedad insustituible de la complementariedad padre-madre”, (Comisión de la Familia y

⁴⁷ Artículo 184 del Código Civil: “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 (...)”.

⁴⁸ Entre las personas que se manifestaron a favor de la alteridad sexual de la pareja de adoptantes se encuentran la diputada Claudia Nogueira, María de los ángeles Arrieta (Comunidad y Justicia), Cristóbal Ruiz-Tagle (Corporación Idea País) quienes señalaron su posición en la sesión 34ª realizada el 01 de Julio de 2015 (Comisión de la Familia y Adulto Mayor, 2015a); también Claudio Alvarado (investigador del Instituto de Estudios de la Sociedad), Álvaro Ferrer (profesor de Filosofía del Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile) quienes concurren a la sesión 35ª realizada el 06 de Julio de 2015 (Comisión de la Familia y Adulto Mayor, 2015b); y finalmente Joaquín Reyes (Fundación Justicia para todos), Sergio Barroilhet (psiquiatra y profesor de la Universidad de los Andes) y Eduardo Galaz (profesor de sociología de la Pontificia Universidad Católica de Chile) quienes manifestaron su opinión en la sesión 36ª realizada el 22 Julio de 2015 (Comisión de la Familia y Adulto Mayor, 2015c).

Adulto Mayor, 2015c, p. 5), señalando que lo mejor para el desarrollo de cualquier menor de edad es que éste sea criado por un hombre y una mujer, ya que el rol de madre -relativo al mundo de los afectos, la crianza, la contención y el diálogo- y el del padre -que nos enseña el espacio exterior- no solo son cruciales para el desarrollo psico-social y cognitivo del menor de edad -tema que será tratado a continuación- sino que además son consecuencia de la evolución que ha tenido la humanidad en la adaptación a la naturaleza, siendo esta complementariedad el escenario ideal para la crianza de un menor de edad. Así, en la Comisión de la Familia y Adulto Mayor (2015c), Sergio Barroilhet, psiquiatra y profesor de la Universidad de los Andes

Desde la perspectiva cultural, enfrentó los últimos 5 mil años de la existencia humana, que constituyen el lapso del desarrollo de la civilización, versus los últimos 100 años de debate en torno a lo masculino y lo femenino. Sobre este punto, indicó que los rasgos que conforman lo masculino y lo femenino hoy, son adaptaciones al ambiente durante miles de años de evolución.

Por una parte, señaló que lo que caracteriza a lo masculino (es) el avanzar, el posibilitar cambios e innovar, desentrañar el mundo externo, una conducta orientada a objetivos lineales, el relacionarse socialmente para lograr algo, y la fuerza, la agresión y la acción. En cuanto a lo femenino, este concepto se distingue por el habitar, retener, desentrañar el mundo interno, una conducta orientada a los procesos circulares, a relacionarse socialmente para cuidar, y por los conceptos de diálogo, cuidado y relación. En virtud de lo anterior, el rasgo más importante es complementarse para sobrevivir y criar complementariamente para trascender (p. 5).

De este modo, Barroilhet, al intentar construir un argumento científico, lo complementa con creencias religiosas, atribuyéndole a la naturaleza -como un orden preestablecido, superior y perfecto- la construcción dicotómica de las categorías sexo/género. De este modo, los partidarios de la exclusión de las parejas homosexuales al Sistema Adoptivo chileno consideran al matrimonio como un orden natural derivado de principios biológicos e inmutables, reconociendo implícitamente que las parejas homosexuales -como todo/a aquel que se escape de la “norma”- constituyen un desorden de la naturaleza preestablecida, sosteniendo *per se* que las parejas homosexuales no son idóneas para la crianza de un menor de edad, siendo lo anterior producto de la normalización de actos repetitivos -como la familia matrimonial y los roles de género- que terminan naturalizándose, considerando la “complementariedad” como un orden perfecto y necesario para el menor de edad.

Al no considerar el carácter socio-cultural de las categorías planteadas, Barroilhet desconoce consecuentemente las relaciones de dominación dadas en la instauración de este modelo jerárquico, que beneficia cultural e institucionalmente a algunas categorías, asignándole un lugar preferente a la

pareja heterosexual -donde al hombre se le asigna el rol preponderante dentro de la relación, quedando recluida la mujer a un espacio más bien privado en la crianza- y el resto de las sexualidades quedan totalmente excluidas e invisibilizadas. Lo anterior trae como consecuencia, por un lado, la idea de una sociedad fija e inmutable, incapaz de seguir “evolucionando”, negando así la capacidad de autodeterminación de los individuos que la componen y, por otro, la invisibilización y discriminación de la gran gama de matices que se escapan de la norma, excluyendo *per se* a la pareja homosexual de la crianza adoptiva, sin siquiera aludir a elementos concretos que aseveren un perjuicio para el niño/a.

(iii) Disfuncionalidades psico-sociales y habilidades parentales

En la Comisión de la Familia y Adulto Mayor, diversas personas manifestaron lo necesario que es para el interés superior del niño/a que éste cuente con un padre y una madre que se asemejen a su familia biológica, debido a los diversos problemas psico-sociales que presentaría el menor de edad como consecuencia de una crianza homoparental, sosteniéndose, en las diversas sesiones, que el menor de edad no crecería en un ambiente ideal, no tendría la debida educación, tendría problemas en su identidad sexual, menores niveles de bienestar, problemas en el desarrollo afectivo, menor rendimiento escolar y mayor propensión a la depresión, entre otras dificultades de su desarrollo. Estas aseveraciones manifiestan la ignorancia y los prejuicios que aún conserva la sociedad sobre las parejas homosexuales, pues consideran que por tener una orientación sexual diversa a la mayoría tienen valores y costumbres diferentes al resto, que tornarían al hogar en común un lugar no apto para la crianza y desarrollo del niño/a.

En cuanto a las afirmaciones mencionadas, la psicóloga Janet Nosedá, representante del Colegio de Psicólogos de Chile, manifestó, en la Comisión de la Familia y Adulto Mayor (2015e), que la evidencia científica no ha identificado diferencias en el funcionamiento social, salud mental, ajuste psicológico, rendimiento académico, identidad de género u orientación sexual de los niños/as criados por una familia homoparental. Adicionalmente, reveló que se ha comprobado que padres y madres homosexuales utilizan en menor medida el castigo, contrarrestándolo con refuerzos positivos cuando el niño/a hace algo inadecuado.

Las aseveraciones de la psicóloga se encuentran en concordancia con la mayoría de los estudios científicos, así, por ejemplo, en el estudio “(How) Does the Sexual Orientation of Parents Matter?”, que explora los resultados de diversas investigaciones científicas, Stacey y Biblarz (2011) concluyen que en el ámbito de la psicología no existen diferencias en el desarrollo de los niños criados por padres o madres homosexuales. Del mismo modo Patterson (2009) señala que la crianza homoparental funciona de la misma manera que la heterosexual, logrando resultados similares en el desarrollo de los niños y

adolescentes. Además, manifestó lo beneficioso que resulta para la familia homoparental, en especial para la preocupación y salud mental de los padres o madres, el reconocimiento y protección legal e institucional de las familias homoparentales. Por otro lado, MacCallum y Golombok (2004), luego de realizar un estudio comparado con familias con dos o una madre(s), y familias heterosexuales, señalan que no existen diferencias en la afectividad, que no se ve afectado el desarrollo social y emocional de los menores de edad por la ausencia de un padre, y que no existen diferencias en la crianza. Wainright, Russell y Patterson (2004), por su parte, analizaron las conductas de diversos adolescentes provenientes de familias homoparentales y familias tradicionales, concluyendo que no existen diferencias en los comportamientos psico-sociales, atracciones románticas o conductas sexuales de los adolescentes, concluyendo, además, que las diferencias en el rendimiento escolar se deben, en gran medida, a la relación que tengan los menores de edad con sus padres/madres y no con la orientación sexual de éstos. Finalmente, Tasker (2005), conteste con lo anterior, indicó que las diferencias que presentaron los menores de edad en el desarrollo psico-social están íntimamente vinculadas con las interacciones que se dan dentro de la unidad familiar, influenciadas por el estrés de los cuidadores y no con la orientación sexual de éstos. Sin embargo, encontró diferencias en cuanto al miedo que experimentaban los miembros de la familia homoparental ante una posible discriminación que sufrirían al momento de transparentar su estructura familiar -tema que será tratado en el siguiente punto. En cuanto a las asociaciones de profesionales científicos -costumbre generalizada en Estados Unidos- tanto la American Psychological Association (2005), la American Academy of Pediatrics (2002), la American Psychoanalytic Association (2012) como la American Psychiatric Association (2002) son contestes en señalar que no existen diferencias en el desarrollo de los niños/as criados por madres/padres homosexuales y que las cualidades parentales nada tienen que ver con la orientación sexual de los cuidadores, apoyando las iniciativas que permitan la adopción y el pleno reconocimiento de la familia homoparental.

De los estudios señalados, se puede concluir que la homoparentalidad no trae efectos nocivos para los menores de edad, por lo tanto, no es posible excluir *a priori* a las parejas homosexuales por considerarlos, en forma abstracta, incapaces de criar y adoptar a un niño/a. Dicha exclusión representa una discriminación arbitraria por orientación sexual, ya que no existen, a la luz de la evidencia científica, factores razonables que incidan de forma abstracta en la idoneidad de los postulantes y justifiquen una diferencia legal de trato. Además, como hemos mencionado en los Capítulos anteriores, tanto la Constitución Política de la República como los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, junto con los tribunales nacionales e internacionales, reconocen otras formas válidas de constituir familia en nuestro país, siendo la adopción una de las formas para lograrlo.

Consideramos que lo más beneficioso para el niño/a es que sea en el proceso de calificación de la idoneidad de los adoptantes donde se determine en concreto si la orientación sexual de una pareja o el vínculo que los une es contrario a su bienestar. En consecuencia, establecer un orden de prelación en materia de adopción conjunta no asegura *per se* que se esté protegiendo el interés superior del niño/a, más bien ser podría dar el caso en que se prefiera un matrimonio menos idóneo para la crianza que a una pareja homosexual. Así lo entendió el Sename, el cual, el año 2016, declaró como idónea a una pareja de mujeres⁴⁹, quienes se inscribieron en el formulario establecido para los cónyuges, realizando juntas el proceso de postulación. Sin embargo, sólo con respecto a una de ellas existirá filiación determinada, restringiendo tanto al menor de edad adoptado como a su otra madre de los derechos y obligaciones derivadas de la filiación.

En consecuencia, lo verdaderamente contrario al interés superior del niño/a es determinar, de manera abstracta, en base a prejuicios y estereotipos, que la orientación sexual o el vínculo jurídico que une a los adoptantes son perniciosos para un menor de edad. La CorteIDH (24 de febrero de 2012) consideró que la alusión al interés superior del niño/a debía hacerse de manera concreta y no podía servir para discriminar o restringir derechos en base a presunciones generales. Si bien la sentencia se enmarca sobre la decisión de un juicio sobre el cuidado de un niño, nada obsta para que el principio sea utilizado por la ley para discriminar de manera abstracta y estereotipada a los homosexuales. Específicamente, la CorteIDH (24 de febrero de 2012) señaló que

La determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos (...) y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las (...) preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia.

En conclusión, la Corte Interamericana observa que al ser en abstracto, el 'interés superior del niño' un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación (...).

⁴⁹ Cristina Poblete y Catalina Franco son pareja hace 12 años. Para profundizar sobre este tema revisar la siguiente noticia: Cooperativa (2016). Sename declaró idónea para adoptar a una pareja lesbiana.

Una determinación a partir de presunciones infundadas estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño (...) (p. 39).

(iv) Discriminación por vivir en una familia homoparental

Se hizo presente en la discusión el estigma social que sufrirían los niños/as por provenir de una familia homoparental⁵⁰, sosteniendo que dicha discriminación sería un factor relevante para excluir a la pareja homoparental de la adopción conjunta. Respecto a aquello, la psicóloga invitada, Janet Nosedá, señaló en la Comisión de la Familia y Adulto Mayor (2015e) que la discriminación se produce mayormente cuando los niños/as son homosexuales, mas no cuando sus madres o padres lo son, señalando que es perfectamente compatible con una educación inclusiva.

No obstante aquello, consideramos que no es legítimo que la ley excluya -justificándolo en el interés superior del niño- a las parejas homosexuales como adoptantes, por la eventual discriminación social que podrían sufrir los niños/as por tener dos madres o dos padres. Así por ejemplo, bajo dicha lógica, sería también legítimo prohibir el ingreso de extranjeros con hijos/as, por la posible xenofobia que podrían experimentar los niños/as al vivir en otro país, cuestión absolutamente inaceptable. De esta forma la CorteIDH (24 de febrero de 2012), en el caso “Atala Riffó y niñas vs. Chile”, rechazó uno de los supuestos del daño que la Corte Suprema consideró para quitarle la tuición de sus hijos a la Sra. Atala: la discriminación que los menores de edad sufrirían en su ambiente social producto de la estructura homoparental al convivir las niñas con su madre y su pareja del mismo sexo.

La Corte considera que, para justificar una diferencia de trato y la restricción de un derecho, no puede servir de sustento jurídico la alegada posibilidad de discriminación social (...). Si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios. Los Estados están internacionalmente obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias ‘para hacer efectivos’ los derechos establecidos en la Convención, como se estipula en el artículo 2 de dicho instrumento interamericano por lo que deben propender, precisamente, por enfrentar las manifestaciones intolerantes y discriminatorias, con el fin de evitar la exclusión o negación de una determinada condición.

⁵⁰ En este sentido, la diputada Karla Rubilar “hizo presente el estigma social al que podrían exponerse los niños que eventualmente adopten parejas del mismo sexo” (Comisión de la Familia y Adulto Mayor, 2015a, p. 4).

(...) En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatoria de los derechos humanos (CorteIDH, 24 Febrero de 2012, pp. 41-42).

Cabe recalcar que el interés superior del niño/a implica el derecho de los menores de edad a tener una familia que satisfaga su pleno desarrollo, pero no involucra el derecho a tener un padre y una madre; lo que necesita el menor de edad adoptado es que lo cuiden y protejan, es decir, padres o madres con idóneas habilidades parentales para su desarrollo. Con la inclusión de las parejas del mismo sexo como posibles adoptantes, no se pretende cambiar el estatuto filiativo ni los derechos y obligaciones derivados de la filiación, los cuales se encuentran contruidos sobre el principio del interés superior del niño/a y propenden al desarrollo holístico del menor de edad. En otras palabras, no se pretende cambiar la estructura jurídica en torno a la familia, sino sólo se busca el reconocimiento de otras organizaciones familiares en el sistema de adopción -entendiéndose que la familia constituye una realidad cambiante- y, asimismo, garantizar no sólo el derecho a la igualdad y no discriminación, sino también propender al reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad y del derecho a formar una familia de toda persona, permitiendo a las parejas del mismo sexo tener la posibilidad de ser considerados idóneos al acceder a los trámites tendientes a adoptar a un menor de edad como pareja.

2.2. Adopción por integración

La adopción por integración hace referencia a la situación en que un niño/a o adolescente es adoptado por quien, no teniendo un vínculo consanguíneo con el menor de edad, es cónyuge o conviviente de su padre o madre biológica. Según Cano (2015), este tipo de adopción

Se trata de una modalidad legal que reconoce la existencia de las denominadas “familias ensambladas” como un nuevo modelo familiar y que, por ello mismo, requiere de 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 menor (p.3).

De esta forma, mediante esta figura se permite el reconocimiento de una práctica social existente en Chile, en tanto es de común conocimiento que personas viudas, divorciadas o solteras, con hijos/as, rehacen su vida junto a una nueva pareja afectivo-sexual, formando una nueva familia y criando, de forma conjunta, a los hijos/as nacidos previamente. En este sentido, y sólo de modo ejemplar, según datos recabados por el Comité Nacional de Estadísticas Vitales (2014), el 19,4%⁵¹ de los hombres y el

⁵¹ De los cuales 1,6% tenía estado civil de anulado, 2,2% de viudo y 15,6% de divorciado.

15,%1⁵² de mujeres que registran matrimonio el año 2012 tenían como estado civil previo al mismo el de anulado/a, viudo/a o divorciado/a, es decir, contrajeron segundas nupcias, formando una nueva familia, datos que irían en aumento si consideráramos a las parejas homosexuales que rehacen su vida junto a otra persona, los cuales se encuentran excluidos de dicha referencia al no poder contraer matrimonio. La situación planteada toma complejidad cuando nos enfrentamos a parejas en donde una o ambas personas ya tienen hijos/as con anterioridad y, una vez formada la relación afectivo-sexual, crían de forma conjunta al menor de edad, adquiriendo el rol de padre o madre aquel con respecto al cual no mediaba un vínculo de consanguinidad; en otras palabras, aun cuando aquella persona no posee una unión filiativa con aquel niño/a, lo considera igualmente su hijo/a y le entrega afecto, ayuda en su mantención económica, participa activamente de su desarrollo, etc. Frente a dicha realidad es que el Derecho interviene para que dicho vínculo tenga reconocimiento jurídico y entre ambos se produzcan los derechos propios del estatuto filiativo, lo cual se hace posible mediante la adopción por integración. En este sentido, dicha institución no sólo se fundamenta en el reconocimiento de una práctica social, sino que también, según señala Cano (2015), tiene como base la protección del interés superior del niño/a y el respeto al derecho a su identidad, entendida ésta en su faz dinámica, en tanto

El niño, niña o adolescente, ha sido criado por el cónyuge o pareja de su progenitor biológico y, es muy probable, que en su vida cotidiana y social se haya proyectado como un hijo de aquel. Así las cosas, esa identidad dinámica construida sobre una base fáctica que describe un vínculo paterno-filial constituye un elemento trascendente en la construcción y desarrollo pleno y sano de la personalidad y el proyecto de vida. Se consagra, pues, el respeto por la individualidad afectiva, social y cultural dentro de la familia en la que el adoptado se encuentra inserto de hecho (p. 4).

En cuanto a la regulación de esta institución en Chile, cabe señalar que la Ley N° 19.620 no hace mención expresa de este tipo de adopción. Sin embargo, la contempla en su artículo 8 letra b), precepto que incluye, dentro de los menores de edad que pueden ser adoptados, a aquel que “sea descendiente consanguíneo de uno de los adoptantes”⁵³, regulándose, de esta forma, conjuntamente tanto el caso en que uno de los adoptantes sea padre o madre biológico del niño/a como el que uno de los adoptantes sea otro ascendiente consanguíneo, pero siempre que exista vínculo matrimonial entre los adoptantes, ya que es la única forma de proceder a la adopción conjunta.

⁵² De los cuales 1,8% tenía estado civil de anulada, 1,8% de viuda y 11,5 de divorciada.

⁵³ Cabe aclarar sobre este punto que si bien dicho precepto hace referencia a “los adoptantes”, en la práctica la adopción por integración será en relación sólo con respecto al cónyuge que no tiene un vínculo sanguíneo con el menor de edad, ya que con respecto al otro cónyuge medió reconocimiento del niño/a o adolescente, habiendo quedado determinada legalmente la filiación con respecto a él.

En consecuencia, el actual Sistema de Adopción regula la adopción por integración, respondiendo así a la realidad social de muchas familias en las cuales el rol de madre o padre son asumidos por quienes no tienen un vínculo consanguíneo con el menor de edad, pero sí una relación afectivo-sexual con uno de sus padres biológicos. El problema sobre este punto radica en que la legislación chilena permite este tipo de filiación sólo en caso de que exista un vínculo matrimonial entre los adoptantes, el cual -como ya fue visto con anterioridad- sólo es posible en caso de que exista diferencia de sexo entre los contrayentes, no siendo procedente este tipo de adopción por parte de la pareja homosexual del padre o madre biológica del menor de edad, independientemente de que, en la práctica, sea esta persona quien asume también dicho rol y contribuye en la crianza y desarrollo del niño/a o adolescente.

En cuanto a las potenciales modificaciones legales de la Ley N° 19.620, cabe señalar que con la presentación del Boletín N° 9119-18, proyecto de ley que promueve una Reforma Integral del Sistema de Adopción chileno, se busca la modificación de la regulación relativa a la adopción por integración, mediante la incorporación de esta figura de forma específica en la ley, para que sus particularidades sean consideradas con independencia de la adopción por otros ascendientes, ya que la actual ley los regula conjuntamente. En este sentido, el proyecto presentado nos entrega una definición de la adopción por integración en su artículo 56, entendiéndose que es aquella que “resulta aplicable a la niña, niño o adolescente cuyo cuidado lo ejerce su madre o padre biológico, quien junto a su cónyuge desean integrarlo como hija o hijo del matrimonio” (Presidente de la República, 2013, p. 36) y, asimismo, contempla normas especiales procedimentales y relativas a los requisitos exigidos a los adoptantes. Sin embargo, dicha reforma legal no apunta a la integración de las parejas homosexuales a esta forma de adopción, ya que no contempla la inclusión de los convivientes civiles en el actual sistema, quedando reducida su aplicación sólo al caso en que medie matrimonio heterosexual entre los adoptantes. Frente a la situación planteada, la Corte Suprema recalcó dicha omisión, lo cual fue contemplado en sesión realizada por la Cámara de Diputados (2015), estableciendo

Que respecto del procedimiento de adopción por integración, cabe hacer notar que el artículo 63 de la indicación tampoco menciona a las personas que hayan celebrado un acuerdo de unión civil entre quienes pueden adoptar en esta modalidad, circunscribiéndolo sólo a los cónyuges (p. 309).

Asimismo, y tal como se señaló previamente, la situación planteada fue debatida también dentro de la Comisión de la Familia y Adulto Mayor, frente a lo cual nos remitiremos a lo señalado en el Título precedente, en cuanto a los argumentos esgrimidos por las organizaciones y personas invitadas y diputados presentes para denegar la inclusión de los convivientes civiles en la reforma, ya que dicha discusión apunta a la incorporación de los convivientes civiles a la Reforma Integral del Sistema de

Adopción, cuestión que repercutirá ya sea en caso de que se efectuó la adopción conjuntamente por una pareja del mismo sexo o mediante la adopción por integración.

Por otra parte, el anteproyecto de Ley de Matrimonio Igualitario, elaborado con fecha 31 de marzo de 2016, permitiría la adopción por integración dentro de una pareja homosexual, ya que las parejas afectivo-sexuales compuestas por personas del mismo sexo podrían contraer matrimonio y postular, bajo dicha institución, a este tipo de adopción.

En consecuencia, desde una perspectiva jurídica, ya sea mediante la incorporación de los convivientes civiles al Sistema de Adopción chileno o a través del reconocimiento del matrimonio igualitario, una persona homosexual podría proceder a la adopción del hijo/a biológico de su conviviente civil o cónyuge. La mantención del actual Sistema de Adopción o su modificación sin la inclusión de las parejas del mismo sexo manifiesta un claro discurso heteronormativo -tal como se desprende de los argumentos esgrimidos ante la Comisión de la Familia y Adulto Mayor, los cuales fueron explicitados en el Título precedente- e implica la exclusión de dichas personas a una institución a la cual las parejas heterosexuales pueden acceder, constituyendo una discriminación arbitraria fundamentada en la orientación sexual del adoptante, circunstancia que no sólo vulnera sus derechos a formar una familia y a desarrollar libremente su plan de vida, sino que también afecta el interés superior del niño/a o adolescente que desea ser adoptado, el cual se proyecta realmente como hijo/a de la pareja homosexual de su padre o madre biológico, y frente a lo cual se le excluye jurídicamente de poder gozar de todos los derechos que lleva aparejada la filiación.

Por último, cabe señalar que, en la práctica judicial, la problemática planteada ha sido resuelta -de manera insuficiente- en juicios de cuidado personal, pero sólo en caso de inhabilidad física o moral de los padres, según lo señalado en el artículo 226 del Código Civil, tal como ocurrió en el caso de Jacqueline Díaz, mujer a quien se le concedió, por parte del Primer Juzgado de Familia de San Miguel, el cuidado personal provisorio de la hija biológica de su ex pareja lesbiana, luego de haber sido abandonada por ésta⁵⁴. Si bien en este caso se reconoció el vínculo afectivo que se había generado entre la niña y la ex pareja lesbiana de su madre biológica, sólo fue posible acceder provisoriamente a su cuidado personal por determinarse la inhabilidad moral de los progenitores consanguíneos, solución claramente insuficiente para el caso en que ambas hubiesen continuado criando a la menor de edad.

La situación planteada previamente también queda de manifiesto con la dictación de la Ley N° 20.830, la cual -a través de su artículo 45- modificó el precepto antes señalado, incorporándose al conviviente

⁵⁴Para profundizar sobre el tema véase las siguientes noticias: Rivera, Víctor (2016). Fallo de juzgado de familia abre el debate sobre la tuición homoparental; y Domínguez, Francisca (2016). Mujer que quedó con la custodia de la hija de su ex pareja homosexual: “Ahora creo en la justicia”.

civil dentro de las personas que tienen preferencia para que se les confíe el cuidado personal de un menor de edad en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres. En otras palabras, luego de la entrada en vigencia del AUC al conviviente civil -el cual puede ser una pareja homosexual- de quien tiene una filiación determinada con un menor de edad, se le puede llegar a confiar su cuidado personal en los casos establecidos en la ley, el que, según los términos del artículo 226 del Código Civil, tiene preferencia en la elección que lleve a cabo el juez. De esta forma, el precepto señalado reconoce el vínculo afectivo que se puede haber generado entre el menor de edad y el conviviente civil de su padre o madre, pero lo hace, igualmente, de manera insuficiente, ya que el supuesto de procedencia será sólo en los casos en que se haya declarado la inhabilidad de ambos progenitores. Asimismo, quedará bajo el arbitrio judicial decidir quién o quiénes son las personas más aptas para hacerse cargo del menor de edad, elección que puede llegar a basarse en concepciones tradicionales de familia y, por ende, discriminatorias. A este respecto, Rodríguez (2015) señala que “No debería siquiera autorizarse la decisión judicial que permita entregar el cuidado personal de un menor al conviviente civil de su padre o madre” (p. 58), esgrimiendo argumentos biologicistas en cuanto a la idoneidad en la crianza y tradicionalistas en cuanto a la concepción de familia, los cuales nos muestran el razonamiento heteronormativo efectuado por parte de nuestra doctrina con respecto a la interpretación de normas vigentes inclusivas.

3. OTROS SUPUESTOS DE FILIACIÓN HOMOPARENTAL

3.1. Técnicas de Reproducción Humana Asistida

A diferencia de lo que ocurre en la adopción -tal como se analizó en el Capítulo anterior- en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida -en adelante TRHA-, el niño/a con respecto al cual se busca la determinación de la filiación no es resultado de una relación sexual heterosexual, sino que, la reproducción se hace posible mediante la intervención de la medicina y la tecnología. En este sentido, a través de la utilización de estas técnicas y la intervención de terceros en la procreación -médicos, donantes ajenos, etc.- se produce una separación entre reproducción y sexualidad.

La International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology [ICMART] y la Organización Mundial de la Salud [OMS] (2010) definen la reproducción médicamente asistida (RMA) como la “reproducción lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación, técnicas de reproducción asistida (TRA), inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen del esposo/pareja o un donante” (p. 9).

Según Santamaría Solís (2000), dentro de las TRHA podemos diferenciar entre las intracorpóreas⁵⁵, en las cuales la fecundación del óvulo por el espermatozoide se produce al interior del aparato reproductor femenino, y las extracorpóreas, en las cuales la fecundación se produce al exterior del mismo. Igualmente, tanto las TRHA intracorpóreas⁵⁶ como las extracorpóreas, pueden ser homólogas o heterólogas. Con las primeras se hace referencia a aquellas técnicas en que ambos gametos proceden de la pareja que se sometió al tratamiento, mientras que las segundas son aquellas en que uno o ambos gametos no pertenecen a la pareja, sino que proceden de donantes ajenos.

Si bien el avance tecnológico ha permitido el desarrollo de estas técnicas y un aumento en el éxito de sus resultados, su utilización no se encuentra exenta de conflictos éticos, los cuales, aunque exceden la materia a tratar en esta tesis, resultan relevantes a considerar, ya que constituyen una limitación adicional al acceso a la filiación por parte de parejas del mismo sexo y, en algunos casos, se erigen sobre estructuras heteronormativas propias de la reproducción.

En primer lugar, la disociación que se produce entre reproducción y sexualidad ha sido entendida como una vulneración a la integridad de dicha unión en aquellos casos en que en la procreación se produce una separación entre el acto sexual y la generación del cigoto, en consecuencia,

No sería éticamente correcto el recurso a técnicas heterólogas, ya que implican la utilización de gametos de alguien ajeno a la pareja. Tampoco sería ética, en la modalidad homóloga, la utilización de espermatozoides obtenidos fuera del acto conyugal (...), ya que aunque intencionalmente se realicen estas manipulaciones con vistas a la generación, no se produce una continuidad espacio-temporal entre la obtención del semen y el acto conyugal. (Santamaría Solís, 2000, p. 41)

Dicha problemática adquiere mayor relevancia en el caso de las TRHA extracorpóreas, en las cuales la fecundación se realiza fuera del aparato reproductor femenino, considerado el único medio ambiente natural para ello.

⁵⁵ Según Santamaría Solís (2000), éstas técnicas pueden clasificarse, en razón de la metodología seguida, en: 1) inseminación artificial (IA), 2) inseminación intrauterina directa (IIUD), 3) inseminación intraperitoneal (IIP), 4) transferencia intraperitoneal de esperma y ovocitos (TIPEO), y 5) transferencia intratubárica de gametos (GIFT). De dichas metodologías, la que presenta mayores problemas bioéticos es la GIFT, en cuanto existe riesgo de que la fecundación no se produzca en un medio ambiente natural, por lo que al transferirse los gametos a la porción ampular de la trompa, se separan ambos por una burbuja para evitar que la fecundación se produzca dentro del catéter.

⁵⁶ Según Santamaría Solís (2000), éstas técnicas pueden clasificarse, en razón de la metodología seguida, en: 1) técnicas sin micromanipulación de gametos, dentro de las cuales encontramos la fecundación in vitro con transferencia de embriones, y 2) técnicas con micromanipulación de gametos, dentro de las cuales encontramos: a) inserción subzonal de espermatozoides (SUZI), e 2) inyección intracitoplásmica de espermatozoides (ICSI). En estas técnicas, a diferencia de las intracorpóreas, la fecundación se produce en un tubo de ensayo, por los que los conflictos bioéticos se acrecientan con respecto a su utilización.

Por otro lado, aquello que será considerado el momento de aparición de un nuevo individuo humano también resulta importante a considerar en esta materia, específicamente con respecto a las TRHA extracorpóreas⁵⁷, ya que se ha estimado que “al efectuarse la fecundación *In-Vitro*, el embrión originado, queda mucho más desprotegido y con la posibilidad de que se realicen sobre él todo tipo de manipulaciones” (Santamaría Solís, 2000, p. 46), tales como el aborto de embriones no aptos, o la eliminación o congelación de los mismos cuando no son transferidos (criopreservación de embriones). La argumentación previa tiene como base la consideración de que la aparición del nuevo individuo humano se produce desde el momento de la fecundación del óvulo con el espermatozoide⁵⁸.

Por último, la TRHA que acarrea mayores problemas de carácter ético es lo que se ha denominado “maternidad subrogada”, la cual, según Gómez de la Torre (1993)

Implica el alquiler de las funciones reproductivas o del organismo de la mujer y la renuncia de sus derechos como madre biológica en favor de la pareja contratante, ora en función del propio contrato de gestación, ora en virtud de la adopción del niño por parte de la mujer o de la pareja contratante (p. 204).

Las oposiciones a esta práctica no se reducen al tipo de metodología usada -aun cuando siempre se deben considerar los conflictos éticos en torno a las mismas-, sino que apuntan, principalmente, a la posible instrumentalización de la mujer que se somete a ella y del niño/a gestado en un vientre de alquiler. Si bien las situaciones que pueden dar origen a la maternidad subrogada son variadas -carencia de útero y ovarios, esterilidad, etc.-, estos argumentos serán analizados con mayor profundidad cuando hagamos referencia a la utilización de las TRHA por parte de una pareja del mismo sexo de hombres, por ser la única forma en que podrían acceder a la filiación mediante ellas.

Además de las barreras éticas que se erigen frente a las TRHA, se presentan otros factores que limitan su aplicación, tales como aquellos de carácter económico, ya que, tal como lo señalan Shwarze, Zegers-Hoschild, y Galdames (2010) la falta de cobertura de estas técnicas en los países latinoamericanos trae como consecuencia que las parejas que deseen someterse a ellas deban solventarlas con recursos propios, lo cual ocasiona que menos personas puedan acceder a ellas o repetir tratamientos exitosos⁵⁹. Asimismo,

⁵⁷ Con respecto a las TRHA intracorpóreas, Santamarías Solís (2000) señala que “al no actuar sobre el proceso mismo de la fertilización -que se realiza en su medio ambiente natural- ni sobre las primeras etapas del desarrollo embrionario, no representan inconvenientes bioéticos a este respecto” (p. 41).

⁵⁸ Sobre este punto, cabe resaltar que la ICMART y la OMS (2010) han entendido como embrión el “producto de la división del cigoto hasta el fin del estadio embrionario (8 semanas después de la fecundación)” (p. 6).

⁵⁹ Con respecto a la cobertura de las TRHA en Chile, cabe señalar que con la Circular IF/N° 217, que Instruye sobre la Aplicación de la cobertura por parte de las Isapres para el tratamiento de fertilización asistida de baja complejidad, desde el año 2014 los tratamientos de fertilización asistida de baja complejidad se encuentran contemplados en la Modalidad de Libre Elección de Fonasa, incluyéndose, asimismo, en la cobertura financiera de las Isapres. Sin perjuicio de lo anterior, la cobertura señalada sólo procede con respecto a tratamientos de inseminación artificial y estimulación ovárica controlada, en caso de infertilidad.

la realización de estas prácticas tampoco se encuentra exenta de riesgos físicos para la mujer gestante, ocasionados principalmente por la estimulación ovárica controlada -en adelante EOC-, la cual es utilizada en diversas técnicas⁶⁰ con el objetivo de “conseguir un mayor número de óvulos para aumentar la probabilidad de lograr un embarazo” (Red Latinoamericana de Reproducción Asistida [REDLARA], 2010, p. 5), pudiendo provocar embarazos múltiples, síndrome de hiperestimulación ovárica, torsión ovárica, embarazo ectópico, entre otros efectos negativos.

En Chile no existe una normativa íntegra que regule las TRHA. Desde una perspectiva de los derechos fundamentales, podemos encontrar su sustento en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política, entendiéndose que el derecho a la vida y la protección de la vida que está por nacer “incluye el derecho a procrear y, consecuentemente, el acceso a los medios médicos para superar las causas que impiden o dificultan la concepción” (Ministerio de Salud, 1985, Considerando 1°). Asimismo, y tal como se señaló previamente, los Principios de Yogyakarta, en su Principio 24.A, contemplan dentro del derecho a formar una familia el acceso a la reproducción asistida.

Desde un punto de vista legal, el Código Civil hace referencia a estas técnicas, pero sólo en relación con la determinación de la filiación, en su artículo 182, el cual señala que

El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas.

No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta.

De la norma citada podemos obtener principalmente dos consecuencias: i) que la determinación de la filiación del hijo (a) concebido mediante la TRHA se limita sólo a las parejas heterosexuales, al señalar la norma “el hombre y la mujer”, y ii) se permitirían las TRHA heterólogas, ya que al establecer el inciso 2° de la norma que dicha filiación no podrá impugnarse ni reclamarse una distinta se estaría reconociendo la donación de gametos de un donante ajeno a la pareja, quien no podrá reclamar la filiación con respecto al menor nacido y, asimismo, quienes se sometieron a la técnica no podrán impugnarla esgrimiendo que no son los progenitores biológicos⁶¹. Esto último debe ser relacionado con el artículo 17 del Reglamento del Libro Noveno del Código Sanitario, el cual permite las donaciones de espermios y óvulos,

⁶⁰ Inseminación Intrauterina (IU), Transferencia de Gametos a la Trompa (GIFT), Fecundación In Vitro y Transferencia de Embriones (FIVET) e Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoide (ICSI).

⁶¹ A este respecto, en la Historia de la Ley del artículo 182 del Código Civil quedó constancia de que Las Comisiones Unidas coincidieron en la necesidad de establecer con absoluta claridad que la donación de gametos -aceptada por la mayoría de sus integrantes- no genera parentesco, y que el hombre y la mujer que se sometieron a las técnicas de reproducción humana asistida, sobre todo si aceptaron que en ellas se utilizaran gametos donados, no pueden posteriormente impugnar su paternidad o maternidad, invocando el hecho de que no son los progenitores biológicos (BCN, 2013, p. 9).

estableciendo que éstas se “perfeccionarán por la sola voluntad del donante manifestada sin formalidad alguna”.

Las técnicas heterólogas nos llevan a plantearnos un escenario en el cual pueden llegar a confluír, incluso, cuatro progenitores: la madre genética, la madre gestacional, el padre genético y el padre comitente, primando en la resolución de dicho conflicto la voluntad por sobre el vínculo genético. Cuando el artículo 182 del Código Civil establece que la filiación quedará determinada con respecto a quienes se “sometieron” a una TRHA, no está haciendo referencia a la o las personas que aportaron el material genético, sino aquellos que desearon ser progenitores del menor, en otras palabras, “La idea que subyace a esta norma, compartida plenamente por el Ejecutivo, es dar primacía a la “voluntad de acogida” que tuvieron esos padres por sobre los derechos que pudieran reclamar los que hubieran aportado material genético” (BCN, 2013, p. 13).

Por otra parte, el precepto mencionado, al hacer referencia “al hombre y mujer” que se sometieron a una TRHA, permite sólo la determinación de la filiación con respecto a la mujer⁶² que concurrió de forma individual a su realización -en cuyo caso la procedencia de uno de los gametos será de un donante ajeno, no quedando determinada la filiación con dicho donante-, o con respecto al hombre y la mujer que se sometieron conjuntamente como pareja. En este caso la ley no exige -a diferencia de lo visto en materia de adopción- que entre la pareja que se somete a la TRHA exista un vínculo matrimonial, en consecuencia, puede tratarse también de convivientes civiles o parejas de hecho, sin embargo, si requiere que se trate de una pareja heterosexual, excluyéndose de este supuesto de filiación nuevamente a las parejas de mujeres lesbianas u hombres homosexuales. El anteproyecto de Ley de Matrimonio Igualitario -mencionado previamente- elaborado con fecha 31 de marzo de 2016 por el Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile junto con la Fundación Iguales, dentro de las diversas modificaciones legales que contempla, también considera el reemplazo del artículo 182 del Código Civil por el siguiente: “Los progenitores del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son las personas que se sometieron a ellas, en tal calidad”, abriéndose la posibilidad a las parejas del mismo sexo a acceder a la filiación mediante la utilización de las TRHA al hacer referencia a “progenitores” y “personas” más que a “el padre y la madre” y “el hombre y la mujer”. Sin perjuicio de lo mencionado, en el apartado relativo a padres homosexuales ahondaremos más sobre este punto, ya que con respecto a ellos dicha modificación legal no resulta del todo suficiente.

⁶² En cuanto a la utilización de las TRHA de forma individual, sólo hacemos referencia al caso de la mujer, ya que, como se verá más adelante, un hombre no podrá someterse en forma individual a la realización de alguna de estas técnicas, por falta de aparato reproductor femenino que permita la gestación, salvo que se recurra a la “maternidad subrogada”, práctica no permitida en Chile.

Además de la norma señalada del Código Civil, encontramos la Resolución Exenta N° 1072, de 1985, del Ministerio de Salud, la cual establece normas aplicables sólo a la fertilización in vitro y a la transferencia embrionaria, y se limita a hacer referencia a las parejas infértiles en cuanto a su procedencia.

Sin perjuicio de una falta de normativa integral que regule las TRHA, y de los obstáculos éticos y económicos que generan, éstas se han convertido en una práctica cada vez más utilizada, existiendo diversos centros médicos en el país que las realizan. En este sentido, según datos entregados por Zegers-Hochschild, F., Schwarze, J. E., Crosby, J., Musri, C., Borges De Souza, M. (2014), en el año 2012 se registraban 8 clínicas⁶³ que ofrecían este servicio -las cuales en la actualidad han ido en aumento⁶⁴- con un total de acceso de 595 números de ciclos/millón de mujeres de 15-45 años. En consecuencia, si bien es una práctica que ha ido en aumento, su utilización se ha centrado en suplir problemas de infertilidad de parejas heterosexuales al no permitirse legalmente su utilización por parte de parejas del mismo sexo, tal como se detallará en los apartados siguientes.

2.1.1. Madres lesbianas

En este apartado nos referiremos a aquellas parejas de lesbianas que, para poder acceder a la maternidad, utilizan TRHA para generar la fecundación, siendo una de ellas la que se somete al proceso de gestación. Es decir, se busca una alternativa a la filiación producto de una relación sexual heterosexual o de la adopción, considerando que una de ellas o ambas son aptas para someterse a dichas técnicas⁶⁵.

Existen diversas legislaciones que permiten la determinación de la filiación con respecto a ambas mujeres de la pareja que se sometió a una TRHA -para mayor detalle revisar el Título 1.3. del Capítulo 1-, sin embargo, tal como se señaló previamente, en Chile su aplicación se reduce a personas solteras o parejas heterosexuales por aplicación de los artículos 182 y 183 del Código Civil.

Asimismo, al tratarse de una pareja de dos mujeres también nos enfrentamos a una limitación biológica por la falta de gametos masculinos, por lo que será necesario que se recurra a la donación de espermios,

⁶³ UMR Clínica de la Mujer Antofagasta; Centro de Estudios Reproductivos (CER); Unidad de Medicina Reproductiva, Clínica Alemana; Unidad de Medicina Reproductiva, Clínica las Condes; Unidad de Medicina Reproductiva, Clínica de la Mujer; Programa e Fertilización Asistida I.D.I.M.I.; Clínica Monteblanco; y Centro de Fertilidad y Medicina Reproductiva Concepción S.A.

⁶⁴ Además de las clínicas mencionadas, a la fecha también encontramos el Centro de Fertilidad Las Bellotas; la Unidad de Medicina Reproductiva de la Universidad de Chile; el Centro de Medicina Reproductiva de la Clínica Indisa, Clínica IVI, entre otras.

⁶⁵ En caso de que ninguna de las mujeres dentro de la pareja sea apta para someterse a las TRHA, la alternativa se encuentra en la “maternidad subrogada”, la cual procedería en aquellos casos en que estamos en presencia de

Mujeres que tienen óvulos pero no pueden gestar por: a) ausencia congénita del útero (mujeres que nacen sin útero), b) ausencia adquirida del útero (extirpación por cáncer, miomatosis, etc.), c) malformaciones uterinas que impiden el embarazo (útero hipoplásico, síndrome de Rokitanski, etc.), y d) útero dañado por complicaciones en otras enfermedades (síndrome de Asherman) (REDLARA, 2010, p. 64).

los cuales podrían provenir de un tercero conocido o de un donante ajeno. En el primer caso, no existiría problema si el tercero se compromete a no reclamar el vínculo de filiación, sin embargo, nada obsta a que lo pueda hacer, operando, en consecuencia, el artículo 182 del Código Civil, quedando determinada la paternidad con respecto a él. Para que la situación anterior no ocurra, es que se puede también recurrir a un donante ajeno, en cuyo caso el tercero anónimo no podrá reclamar la filiación del niño/a que nacerá como consecuencia de la utilización de una TRHA.

Por otra parte, tal como lo señala Imaz (2006), a diferencia de lo que ocurre en caso de tratarse de una pareja heterosexual, en principio, cualquiera de las dos mujeres de la pareja podría ser la madre gestante, cuya decisión si bien obedece a criterios banales, tales como el contexto familiar de cada una de ellas o de sus condiciones físicas, sus consecuencias son trascendentales desde un punto de vista jurídico, ya que sólo con respecto a la madre gestante quedará determinada la maternidad, excluyéndose de dicho vínculo filiativo a la pareja lesbiana. Un ejemplo significativo de esta situación en Chile es el caso de la pareja Alexandra Benado y Alejandra Gallo, donde ésta última se sometió, como madre gestante, a un procedimiento de inseminación artificial, producto del cual nacieron sus dos hijos, sin embargo, ante el intento de Alexandra Benado de ser reconocida también como madre de los menores de edad, el Servicio de Registro Civil e Identificación se negó a realizar dicha inscripción. Dicho conflicto fue resuelto por la Corte Apelaciones de Santiago como consecuencia de la presentación del recurso de protección Rol 18948-2013 a favor de Alexandra Benado, el cual fue declarado inadmisibile por exceder las materias propias de dicha acción constitucional, sin existir pronunciamiento sobre el fondo del asunto (Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de mayo de 2013).

En consecuencia, la legislación chilena también excluye a las parejas de lesbianas en el reconocimiento de la filiación producto de la utilización de TRHA, discriminación basada en la orientación sexual de los progenitores que resulta más evidente que en el caso de la adopción -tema tratado en el Capítulo precedente-, ya que además de no resultar relevante el vínculo sanguíneo -por permitirse las TRHA heterólogas-, la configuración misma del modelo familiar tradicional de padre/madre/hijo (a) se quiebra en el caso de la donación anónima, debido a que “literalmente el padre no existe, ya que la donación incluye la renuncia explícita al vínculo que el semen transmite. En consecuencia la ausencia de un padre no es vivida como carencia, sino como característica misma de este tipo de familia” (Imaz, 2006, p. 94). Según esta línea, los argumentos esgrimidos en torno a la adopción, relativos a la complementariedad padre-madre necesaria en la formación de la familia, pierden sustento frente a una estructura familiar monoparental desde su origen, no existiendo argumento plausible y respetuoso de los derechos humanos que justifique la discriminación con respecto a una pareja lesbiana. La situación planteada podría

revertirse mediante la modificación del artículo 182 del Código Civil en los términos del anteproyecto de Ley de Matrimonio Igualitario, mencionado previamente.

2.1.2. Padres homosexuales: maternidad subrogada

En el caso de una pareja de hombres homosexuales la posibilidad de utilizar las TRHA para acceder a la paternidad conjunta presenta aún mayores obstáculos que los mencionados con respecto a una pareja lesbiana, ya que su utilización se reduce a la existencia de una mujer que permita someterse a un embarazo -y a una posterior entrega del menor-, al no ser ninguna de las personas dentro de la pareja aptas para ello, por ausencia de aparato reproductor femenino que lo permita. En otras palabras, con el avance de la ciencia hasta el momento, la única forma por la cual podrán tener un hijo/a mediante una TRHA es a través de lo que se ha denominado “maternidad subrogada”, mediante la cual los hombres, ya sea como pareja o en forma individual, contactan a una mujer que “presta su útero” para la gestación, utilizando sus óvulos o los de una donante, y el semen de uno de ellos, de ambos combinados o de un donante ajeno a la pareja, mediante un banco de semen⁶⁶.

Esta modalidad suele recibir objeciones que se suman a las propias de la subrogación y son las relacionadas con la orientación sexual de los padres y fundamentalmente con la privación de la posibilidad de que exista una madre para ese hijo o hija, más allá de que la gestante lo sea de manera circunstancial (Camacho, 2009, p. 4).

En consecuencia, el caso del acceso a la paternidad de una pareja de hombres homosexuales mediante la maternidad subrogada producto de la utilización de TRHA presenta variadas objeciones: aquellas relativas a la orientación sexual de los progenitores y, en consecuencia, de la ausencia de una figura materna; las propias de las TRHA -que fueron mencionadas al inicio de este Título-; y las propias de la maternidad subrogada, que será revisadas a continuación.

Si bien la maternidad subrogada en su inicio se enfocaba hacia una solidaridad gestacional -teniendo fines altruistas-, dicha visión fue sustituida progresivamente por la idea de un contrato oneroso, comenzándose a hacer referencia a los “vientres de alquiler”. Bajo esta perspectiva, algunos grupos feministas comenzaron a manifestarse en contra de dicha técnica, por considerarla una nueva forma de esclavitud de la mujer, ya que se instrumentalizaría el cuerpo humano a cambio de una retribución económica (López y Aparisi, 2012), más aún si se considera que la decisión de la madre gestacional, en la mayoría de los casos, no sería libre, sino que obedecería a factores económicos, por lo que afectaría,

⁶⁶ Cabe señalar que, según Camacho (2009), en el caso de una pareja de hombres homosexuales, la maternidad subrogada no sólo puede ser consecuencia de la utilización de TRHA, sino que también será posible si uno de ellos tiene relaciones sexuales con la futura madre subrogante, produciéndose la fecundación mediante el coito.

principalmente, a mujeres en situación de pobreza y de mayor vulnerabilidad (Arteta, 2011) -sumándose a la situación anterior, los potenciales riesgos a que se expone la madre gestacional por la realización de una EOC y los cambios físicos y psicológicos propios de un embarazo.

Asimismo, se ha señalado que, en la maternidad subrogada, se distorsiona la relación madre-hijo, ya que “si la mujer, durante el proceso de gestación, se mentaliza para considerar que el embarazo es parte del contrato, puede adoptar una actitud fría frente a la criatura (Gómez de la Torre, 1993, p. 200), asimilándose al niño/a que nacerá como consecuencia de esta práctica a una mercancía, incluso “distintos autores han entendido que en realidad, el contrato de subrogación se asemeja peligrosamente a un contrato de compraventa de niños” (López y Aparisi, 2012, p. 260-261), produciéndose una mercantilización de la filiación.

A los conflictos éticos mencionados previamente se suman aquellos de carácter jurídico que potencialmente pueden producirse como consecuencia del incumplimiento de una de las partes de este contrato⁶⁷, los cuales se encuentran vinculados a aquellos de carácter ético –circunstancia que le da un carácter especial a esta institución jurídica- y cuya resolución dependerá de la normativa vigente. La situación planteada conlleva a que parte de la doctrina considere que

La maternidad por subrogación no es, como algunos entienden, una práctica acordada entre adultos que no perjudica a terceros y que, necesariamente, produce beneficios para todos los sujetos implicados. Por el contrario, tiene consecuencias negativas para las partes más vulnerables y, especialmente, cosifica al hijo, subordinándolo a los deseos de los adultos (López y Aparisi, 2012, p. 262-263).

Como se puede apreciar, los mayores conflictos éticos se encuentran en el carácter económico que se le ha atribuido a esta práctica⁶⁸, circunstancia que facilita la instrumentalización de la mujer gestante y del niño/a que nacerá. Sin perjuicio de ello, Corral (2013) sostiene que en los últimos años esta práctica se ha puesto de moda a nivel internacional, al ser utilizada públicamente por celebridades⁶⁹, no sólo como

⁶⁷ López y Aparisi (2012) señalan que la maternidad subrogada ha generado, en la experiencia americana, aumentos en los juicios ligados a estos contratos, específicamente en relación con las siguientes situaciones:

Si la madre portadora cumple con las condiciones impuestas en el contrato por la parte contratante, especialmente en lo referente al estilo de vida, salud (por ejemplo, si se cuida lo suficiente, fuma, bebe, trasnocha, . . .); situaciones en que la madre portadora se niega u obstaculiza la entrega del niño; casos en los que los padres contratantes imponen el aborto a la madre portadora; situaciones en las que, por diversas causas (divorcio, malformaciones en el hijo, cambio de opinión, no querer hacerse cargo del niño. . .) los padres contratantes pretenden rescindir del contrato (p. 262).

⁶⁸ Incluso el Boletín N° 6306-07, proyecto de ley que busca sancionar la utilización del vientre materno para el embarazo por encargo de terceros incorporando un nuevo tipo penal denominado “De la Sustitución de la Maternidad” en el Código Penal, contempla como primera razón de ello el que se trate de un procedimiento que se centra en el lucro.

⁶⁹ López y Aparisi (2012) destacan los casos de Michel Jackson, Robert de Niro, Elton John, Ricky Martin, Miguel Bosé, Nicole Kidman, Sharon Stone, entre otros.

alternativa para el caso de infertilidad, sino también como forma de determinar la paternidad con respecto a una pareja de hombres del mismo sexo (Corral, 2013).

En el caso de la maternidad subrogada como mecanismo de acceso a la paternidad conjunta de una pareja de hombres del mismo sexo, las críticas aumentan -basados en argumentos claramente normalizadores del coito heterosexual-, en razón de que en dichos casos esta práctica no implicaría un tratamiento terapéutico en caso de infertilidad,

Sino una puesta al servicio de este procedimiento a un inaceptable 'derecho al hijo', incluso sin mantener relaciones sexuales porque no se quiere hacer uso de ellas. La técnica deja de ser un modo subsidiario de la cópula sexual normal, para desempeñar una función alternativa que puede ser puesta en práctica en situaciones en las que naturalmente no hay posibilidad de obtener descendencia, no por enfermedad, sino por la misma naturaleza de las cosas (varón sólo, pareja de varones homosexuales) (Corral, 2013, p. 170).

Sin perjuicio de los conflictos éticos y jurídicos que plantee esta práctica, ésta constituye la única manera en que una pareja de hombres pueda acceder a la filiación con respecto a niño/a mediante la utilización de TRHA, por lo que, más allá de las oposiciones que existan en su contra, en este apartado continuaremos analizando la situación actual de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico chileno.

La maternidad subrogada no se encuentra regulada en la legislación chilena, por lo que para su análisis jurídico deberá ser analizado el artículo 182 del Código Civil -el cual establece la determinación de la filiación con respecto al niño/a nacido producto de la utilización de TRHA, y la prohibición de impugnación o reclamación de dicha filiación- conjuntamente con los artículos 183 y 217 del mismo cuerpo legal, los cuales establecen reglas generales sobre la determinación de la maternidad. El artículo 183 del Código Civil establece que “La maternidad queda determinada legalmente por el parto”, el cual, vinculado con las reglas dadas por el artículo 182, nos hace concluir que la maternidad del hijo (a) concebido mediante la aplicación de una TRHA quedará determinada con respecto a la mujer gestante, con independencia de la procedencia de los gametos, y aun cuando no haya existido, por su parte, voluntad de ser madre del niño/a.

Asimismo, la prohibición contenida en el inciso 2º del artículo 182 haría improcedente la impugnación de dicha maternidad, según los términos del artículo 217 del Código Civil. Sin perjuicio de lo señalado, Turner (2003) considera que dicha prohibición sólo alcanzaría a la madre comitente, pudiendo ser legitimado activo de dicha acción el hijo/a concebido producto de la técnica, debiendo invocar alguna de las causales taxativas establecidas por la ley, correspondiendo aplicar la de “falso parto”, otorgándole

una interpretación acorde con la nueva realidad, esto es, “cuando no existió como cuando habiendo existido, el fruto del mismo no corresponde a un hijo de la mujer que dio a luz”. Misma opinión mantiene Corral (1999) al señalar que “esa acción no podría serle negada al hijo, en virtud del derecho fundamental a la identidad que incluye el conocimiento de sus orígenes” (p.73). Sin embargo, la interpretación señalada atiende principalmente a un criterio genético, siendo sólo procedente en aquellos casos en que exista una madre comitente que, a su vez, sea la aportante del óvulo. En consecuencia, ¿qué ocurre con la filiación en caso de que quienes se sometan a la maternidad subrogada sea una pareja de hombres del mismo sexo? Al requerir el artículo 182 del Código Civil diferencia de sexos entre quienes se someten a esta práctica y quedando la maternidad determinada legalmente por el parto, la filiación con respecto al hijo/a concebido quedará determinada con respecto a la madre gestante y al hombre que se sometió a la TRHA, más no con respecto a su pareja homosexual.

Analizando ahora la maternidad subrogada según las reglas generales relativas a los contratos, los autores coinciden en la ineficacia jurídica de este contrato, ya sea por omisión de algún requisito de existencia del acto jurídico o de validez. Así, Gómez de la Torre (1993) concluye que este contrato sería inexistente al carecer de objeto, “porque no puede ser objeto de contrato algo que está fuera del comercio, como es el cuerpo humano” (p. 212) y nulo “porque la causa del contrato es ilícita al ir contra la moral y el orden público” (p.213). Por su parte, Corral (2013) señala que este contrato sería nulo absolutamente “porque recae sobre un servicio que es personalísimo e inescindible de la persona, y luego hay objeto intransferible o imposible moralmente” (p. 170).

De todo lo señalado es posible concluir que actualmente en Chile las parejas de hombres del mismo sexo no pueden acceder a la filiación mediante las TRHA, situación que tampoco se soluciona -a diferencia de lo que ocurre con parejas de mujeres lesbianas- con la modificación del artículo 182 del Código Civil, debido a que la maternidad subrogada no se encuentra permitida en Chile. La solución en estos casos podría adecuarse -de forma insuficiente- mediante la institución de la adopción por integración, es decir, que uno de los hombres de la pareja homosexual se someta a la técnica con una mujer que preste consentimiento para ello y, con posterioridad, el otro proceda a la adopción por integración de dicho menor, sin embargo, dicha situación quedaría condicionada a la voluntad de la madre gestante y requeriría, asimismo, una reforma legal que permitiese la adopción por integración entre parejas del mismo sexo.

3.2. Reconocimiento

El reconocimiento es un acto jurídico unilateral⁷⁰, personalísimo, solemne e irrevocable por el cual una persona manifiesta ser el padre o madre de otra, con respecto a la cual no existe una filiación previamente determinada⁷¹. Para que dicha manifestación de voluntad quede perfecta, el artículo 187 del Código Civil señala las formalidades requeridas, pudiendo perfeccionarse ante (i) el Oficial del Registro Civil al momento de inscribirse el nacimiento del hijo/a o en el acto del matrimonio de los padres, (ii) en acta extendida en cualquier tiempo, ante cualquier Oficial del Registro Civil, (iii) en escritura pública o (iv) en acto testamentario. Además de ser suficiente reconocimiento de filiación, tal como lo señala el artículo 188 del Código Civil, “el hecho de consignarse el nombre del padre o madre, a petición de cualquiera de ellos, al momento de practicarse la inscripción de nacimiento⁷² (...)”.

Por medio de este acto jurídico, y también -tal como lo señala el artículo 186 del Código Civil- por medio de la sentencia firme en juicio de filiación, queda legalmente determinada la filiación por naturaleza, entendida ésta como la relación jurídica que une a un padre, madre o ambos con el hijo/a, que deriva del hecho natural de la procreación⁷³.

En cuanto al contenido del reconocimiento voluntario, el reconociente se debe limitar a declarar que una persona es su hijo/a, según lo establecido en el inciso 2º del artículo 187 del Código Civil, no exigiéndose la creencia, intuición, conocimiento o verdad sobre el hecho de su descendencia. Además, en este acto de admisión de la progenitura, el reconociente debe aceptar las consecuencias legalmente determinadas de la relación filial de orden público, sin poder someterlas a modalidad alguna o determinar el contenido de sus derechos o deberes, no pudiendo, como consecuencia, someterla a la condición de que sean ciertos los hechos en que se funda. En otras palabras, para que quede legalmente determinada la filiación no es necesario que el padre o la madre del niño/a fuesen efectivamente sus progenitores biológicos,

⁷⁰ Dentro de las clasificaciones de los actos jurídicos unilaterales, una parte minoritaria de la doctrina considera que el reconocimiento voluntario sería un acto jurídico unilateral recepticio, ya que se necesitaría de la voluntad del reconocido para que produzca efectos. Sin embargo, la tesis mayoritaria es conteste en señalar que se trataría de un acto unilateral no recepticio, ya que pese a contemplarse la acción de repudiación consagrada para el reconociente, una vez realizada la manifestación de voluntad, no es necesaria la aceptación para constituir el estado filial.

⁷¹ El artículo 189 señala que “no surtirá efectos el reconocimiento de un hijo que tenga legalmente determinada una filiación distinta, sin perjuicio a ejercer las acciones a que se refiere el artículo 208 (...)”, debiendo interponer conjuntamente las acciones de reclamación e impugnación de la filiación si se quisiese reclamar una filiación distinta.

⁷² Cabe señalar que debe tratarse de una manifestación de voluntad de quién reconoce, no de la otra parte.

⁷³ Adicionalmente, se establece que para la paternidad matrimonial, en virtud de las reglas contenidas en el artículo 184 del Código civil, una vez determinada la maternidad de la mujer casada operan un conjunto de presunciones para determinar la paternidad en la persona del marido, siempre que el niño/a haya nacido con posterioridad a la celebración del matrimonio o 300 días después de su disolución o separación judicial. Cabe señalar que, por la remisión que realiza el artículo 21 de la Ley N° 20.830, que crea el AUC, “Para efectos de la presunción de paternidad, en caso de convivientes civiles de distinto sexo se estará a las normas que la regulan en el artículo 184 del Código Civil” presumiendo también que el conviviente civil de una mujer es el padre del hijo/a que haya nacido durante la vigencia del AUC o 300 días posteriores a su disolución, aplicando dicha presunción solo para parejas heterosexuales.

otorgándole a la autonomía de la voluntad valor suficiente para que sea fuente directa de la relación filial, sin que sea la correspondencia biológica un requisito para su constitución.

Adicionalmente, y resguardando el interés superior del reconocido -quien generalmente es menor de edad- el artículo 189 del Código Civil consagra de modo irrefutable que “el reconocimiento es irrevocable, aunque se contenga en un testamento revocado por otro acto testamentario posterior, y no susceptible de modalidades”, por lo que no solo no importa la ignorancia del reconociente sobre su progenitura al momento de determinar la filiación, sino que además la ley consagra su irrevocabilidad por parte de éste, aun cuando, con posterioridad, compruebe que los hechos en que se funda no son ciertos, no pudiendo interponer la acción de impugnación -destinada a desvirtuar la filiación- fundada en no ser el/la progenitor/a biológico del niño/a. Así, la irrevocabilidad solo está destinada a surtir efectos para la persona del reconociente, pues tal como lo señalan los artículos 216 y 217 del Código Civil, la filiación podrá ser impugnada por el hijo/a o sus herederos, y por cualquier persona que pruebe un interés actual en ello, además, si ya estuviese determinada la filiación que se pretende impugnar, el pretendido padre/madre podrán interponer conjuntamente las acciones de impugnación y reclamación de la filiación -conforme a lo señalado en el artículo 208 Código Civil- existiendo, pese a la irrevocabilidad, otros legitimarios activos para dejar sin efecto la filiación determinada por el reconocimiento voluntario. El único medio con que cuenta el reconociente para dejar sin efecto dicha filiación será la acción de nulidad de su reconocimiento, la cual no busca comprobar la inexistencia de la correlación biológica -supuesto de la filiación por naturaleza- sino, más bien, dejar sin valor la manifestación de voluntad efectuada bajo los términos del artículo 187 del Código Civil, debido a que ésta no se ha ejercido de manera libre y espontánea, adoleciendo de alguno de los vicios de la voluntad.

Por ser el reconocimiento un acto jurídico unilateral que genera efectos permanentes y bilaterales con el hijo/a, sin mediar su voluntad y sin probar el hecho biológico en el que se fundamenta, es que al reconocido se le concede la posibilidad de dejar sin efecto dicho reconocimiento a través de la repudiación de éste dentro de los plazos establecidos por la ley, privándose retroactivamente de todos los efectos que por su calidad de hijo/a lo benefician y sin alterar los derechos ya adquiridos por el padre/madre o terceros, ni afectando los actos válidamente celebrados con anterioridad al perfeccionamiento de la repudiación -conforme a lo señalado en el inciso 5° del artículo 191 del Código Civil. Así, exclusivamente el reconocido tiene la posibilidad de repudiar el reconocimiento, mediante una declaración de voluntad de carácter irrevocable, realizada por escritura pública y subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento -según los términos del precepto ya mencionado- sin necesidad de probar la inexistencia de una correspondencia biológica con el reconociente. Lo anterior pone de manifiesto que el ordenamiento jurídico le reconoce al padre/madre e hijo/a la posibilidad de que sea, en

principio, la autonomía de la voluntad la fuente de constitución y disolución de la filiación por naturaleza⁷⁴. Así, si bien el supuesto de la filiación por naturaleza es la correspondencia biológica entre los progenitores y el hijo/a, la ley, para facilitar la determinación de la filiación, ha preferido determinarla a través de elementos volitivos que presuponen la correlación biológica esperada, pero no necesariamente la aseguran. De esta forma el ordenamiento jurídico permite que las personas determinen voluntariamente sus relaciones filiales, pasando a ser el reconocimiento, en la práctica, la forma más común de determinación de la filiación en Chile, alcanzando más de un 60% de las filiaciones determinadas entre el año 2006 y el mes de mayo del año 2014 (Servicio de Registro Civil e Identificación, 2014).

Sin embargo, ante la situación planteada, el ordenamiento jurídico además otorga un conjunto de acciones para que, en sede judicial y mediante toda clase de pruebas, se pueda determinar la paternidad o la maternidad en relación a un niño/a, cuando existe un conflicto con respecto a ella, buscando, en principio, que la verdad biológica prime a la hora de determinar la filiación por naturaleza, pues, tal como lo señala el inciso 2° del artículo 199 del Código Civil, “el juez podrá dar a estas pruebas periciales (biológicas) por sí solas, valor suficiente para establecer la paternidad o la maternidad”. Sin embargo, como veremos en el siguiente apartado, la legislación nacional, en determinados casos y siempre que se cumpla con los requisitos legales, le otorga pleno reconocimiento a aquellos padres y/o madres sociales que se hayan hecho cargo de un menor de edad.

En consecuencia, si la legislación chilena permite que sea la autonomía de la voluntad fuente de la determinación de la filiación por naturaleza, ¿por qué no se aplica esta u otras herramientas para que las familias homoparentales puedan determinar sus relaciones filiales?.

En ese sentido, otorgarle a las parejas homosexuales la herramienta para que puedan reconocer al hijo/a de su pareja no afectaría en modo alguno los supuestos de la filiación por naturaleza, pues el padre o la madre biológica, y los demás legitimarios activos, siempre podrán interponer las acciones necesarias para determinar la filiación a su favor, independiente de la orientación sexual del reconociente. El problema radica en que el ordenamiento jurídico sólo dispone el reconocimiento de un niño/a con respecto a un padre y/o una madre, es decir, procederá el reconocimiento con la condición de que exista alteridad sexual de los supuestos progenitores.

Así, pese a que en el reconocimiento no es necesaria la correspondencia biológica, la autonomía de la voluntad como fuente de la filiación no se permite para la familia homoparental de hecho, que, del mismo

⁷⁴ En caso de repudiación, si el reconociente tiene interés en la constitución del vínculo filial deberá interponer la acción de reclamación para que, por medio de la sentencia judicial en juicio de filiación, quede determinada su calidad de padre/madre.

modo que la familia heterosexual, pueden tener la pretensión de que el hijo/a biológico de uno de ellos sea reconocido por la pareja homosexual, quien haya voluntariamente manifestado ser el padre/madre del niño/a cuando éste/a no tenga una filiación previamente determinada. Dicha discriminación resulta arbitraria y carece de sentido, puesto que el padre y la madre biológica, junto con los demás legitimarios, siempre podrán interponer las acciones judiciales correspondientes para que se resuelva en sede judicial la paternidad/maternidad del niño/a, por lo que el elemento biológico se encontraría amparado también en esos casos, no existiendo razón justificada para negar la posibilidad de que el niño/a, criado por una pareja homoparental, pueda determinar doblemente su filiación con respecto a la pareja del mismo sexo. En este sentido, si bien en la filiación por naturaleza nunca se dará por cierto la supuesta relación biológica con ambos progenitores –ya que, al tratarse de una pareja del mismo sexo, siempre con respecto a uno de ellos no existirá un vínculo biológico con el niño/a-, sí existen relaciones afectivas estables y una posición de garante del padre/madre social, por lo que la admisión del reconocimiento voluntario en la familia homoparental, en los términos del artículo 187 del Código Civil, podría ser una solución a la situación de desprotección del número indeterminado de familias homoparentales, en las cuales sólo con respecto a uno de los miembros de la pareja quedará determinada la filiación.

Sin perjuicio de lo señalado, debido a la inestabilidad de la relación filial nacida del reconocimiento, susceptible de ser impugnada incluso por terceros, es que consideramos que la sola admisión del reconocimiento voluntario en la familia homoparental no es una solución acorde con las pretensiones filiativas de las parejas del mismo sexo. Es necesario que, al igual que en la legislación comparada anteriormente analizada⁷⁵, en determinados casos se le otorgue pleno reconocimiento a la voluntad procreacional con independencia de la existencia de componentes biológicos, como ocurre con la adopción por integración de la pareja homosexual o lesbiana, o con la determinación de la filiación por la pareja del mismo sexo que voluntariamente se somete a las TRHA, independiente de su orientación sexual y sin posibilidad de impugnación. Las herramientas señaladas vendrían a dar una solución destinada al reconocimiento de los distintos modos de formar familia sin privilegiar a las parejas heterosexuales en su constitución.

3.3. Posesión notoria de la calidad de hijo/a

La posesión notoria de la calidad de hijo/a es una institución que sirve para probar la existencia de una relación filial a través del reconocimiento que le concede la ley al hecho social de la paternidad o

⁷⁵ Tanto en España como Argentina la legislación permite la adopción por integración por parte de la pareja del mismo sexo. Adicionalmente en Argentina se le otorga pleno valor a la voluntad procreacional de quienes hayan prestado su consentimiento para someterse a alguna TRHA, sin importar la orientación sexual de la pareja. En España en cambio, la autonomía de la voluntad manifestada de forma previa al sometimiento a las TRHA sólo determinará la filiación de las mujeres casadas, pudiendo el resto de las parejas homoparentales de hecho acceder a determinar la filiación por medio de la adopción por integración una vez nacido el niño/a.

maternidad, cuando al hijo/a se le nombra, se le trata y se le conoce como tal frente a terceros, durante un tiempo determinado (Gómez de la Torre, 2007). Asimismo, el inciso 2° del artículo 200 del Código Civil establece que

La posesión notoria consiste en que su padre, madre o ambos le hayan tratado como hijo, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándolo en ese carácter a sus deudos y amigos; y que estos y el vecindario de su domicilio, y en general, le hayan reputado y reconocido como tal.

Las circunstancias mencionadas en dicho precepto deberán ser probadas en el juicio correspondiente - según los términos del artículo 200 ya citado-, y permitirán que el juez tenga por suficientemente acreditada la filiación, siempre que hayan durado a lo menos 5 años continuos.

Relevante sobre este punto es considerar que incluso la posesión notoria de la calidad de hijo/a, si es debidamente acreditada en juicio, se preferirá por sobre las pruebas periciales de carácter biológico, aun cuando haya contradicción entre ambas, según se desprende del artículo 201 del Código Civil, contemplándose como única excepción al caso señalado el hecho de que existan razones graves que muestren inconveniencias para el niño/a.

En consecuencia, y tal como señala Turner (2003)

Tradicionalmente, la filiación se ha basado en el hecho biológico de ser una persona procreada por otra. El ordenamiento se aparta de este fundamento cuando reconoce primacía a la voluntad por sobre el elemento biológico. Así ocurre, por ejemplo, en el reconocimiento de hijo cuando éste no desciende genéticamente del reconociente y en la posesión notoria de estado derivada de una situación de hecho creada por los involucrados (p. 445).

Así, la posesión notoria de la calidad de hijo/a es una excepción al supuesto de la verdad biológica en la determinación de la filiación por sentencia judicial, ya que pese a que existan exámenes periciales científicos que comprueben la identidad biológica del padre o de la madre, el legislador, en pos del interés superior del niño/a y de las condiciones afectivas que le otorgan su entorno familiar, ha preferido acreditar la filiación en quien, cumpliendo con los requisitos legales anteriormente descritos, se haya hecho cargo de él, procurándole afecto y tratándolo como tal frente a terceros. De este modo, la verdad social se erige frente a la verdad biológica y la ley “refleja un echo afectivo y social notable, como es la voluntad de acogida demostrada por un sujeto, en relación con otro a quien trata como hijo, a lo cual es menester reconocer la calidad de verdadera fuente de estado civil” (BCN, 1998, p. 588) permitiendo que una situación filial de hecho prefiera al elemento biológico, reconociendo así una realidad consolidada,

atravesada por afectos y posiciones de garantes, siendo considerada la situación más adecuada para la estabilidad y el desarrollo psicosocial del niño/a.

De esta forma, velando por el interés del hijo, se consagra el principio general de que la verdad biológica, desprovista de todo lazo psicológico de paternidad o de maternidad, no puede considerarse como fuente última de la filiación e imponerse necesariamente a un hecho afectivo, validado socialmente, como es la posesión de estado consolidada durante cinco años (BCN, 1998, p. 394).

De este modo, el argumento previamente señalado -relativo a la prevalencia de una realidad social por sobre el elemento biológico-, también sería aplicable en relación a las familias homoparentales, con el objeto de que obtengan el reconocimiento de sus relaciones filiales de hecho, ya que el supuesto de procedencia sería el mismo, esto es, encontrarnos frente a una relación paterno/materno filial basada en una realidad y desvinculada con respecto a uno de los progenitores del elemento biológico. Sin perjuicio de ello, y pese a que en nuestro país no han existido casos judiciales en donde se haya alegado la posesión notoria de la calidad del hijo/a para determinar la filiación en la pareja del mismo sexo de el/la otro/a padre/madre, el artículo 200 del Código Civil deja entrever que es requisito, para su constitución y prueba, la heterosexualidad de los progenitores al señalar que “la posesión notoria consiste en que su padre, madre o ambos (...)” considerando, de este modo, sólo un padre y/o una madre para que sea procedente esta institución, cuestión que no responde a un problema de mera nomenclatura, sino también a un conjunto de ideas sociales, culturales, históricas y morales -reproducidas por las instituciones jurídicas- que privilegian la heterosexualidad y que no consideran a la familia homoparental como un modo real y válido de constituir familia, no existiendo más que una discriminación arbitraria basada en la orientación sexual de los progenitores. Estimamos que una interpretación armónica de la legislación nacional e internacional, tomando en cuenta elementos teleológicos de interpretación de la ley y los diversos tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile, podría hacer llegar a los tribunales nacionales a conclusiones diversas en pos de la protección de la familia homoparental de hecho, al momento determinar la filiación a su favor, cuando se vea amenazada su estabilidad por pretensiones de terceros.

Sin perjuicio de lo señalado, la aplicación de esta institución en el caso de las familias homoparentales no soluciona por sí misma la discriminación generalizada que existe en el ordenamiento jurídico chileno con respecto a dicha organización familiar, ya que tanto la doctrina como la jurisprudencia señalan que la posesión notoria es un medio de prueba que se debe hacer valer dentro de un juicio de filiación⁷⁶, no

⁷⁶ En ese sentido, la Corte Suprema (25 de septiembre de 2016), en la sentencia Rol N° 2564-2016 señaló que

siendo una acción especial de la cual el padre o madre puedan, por medio de una gestión voluntaria, ser reconocidos como padres o madres sociales, pese a cumplir los requisitos determinados en la ley. Así, la posesión notoria de la calidad de hijo/a se preferirá en sede judicial al momento de determinar la filiación en el padre/madre social cuando un tercero, que se pretende padre/madre, busque obtener tal calidad iniciando un juicio de filiación. En consecuencia, esta institución siempre requerirá la existencia de un juicio, pudiendo hacerse valer en éste ya sea cuando el padre/madre social haya reconocido al hijo/a como suyo, estando este con una filiación determinada -caso que no se podría aplicar a las familias homoparentales sin una modificación legal relativa a la institución del reconocimiento- y un tercero impugne dicha filiación, como cuando no exista ninguna relación filial con el niño/a por no haber sido éste reconocido por el padre/madre social, y un tercero reclame dicha filiación, haciéndose valer, en consecuencia, sólo como medio de prueba cuando exista un contradictorio.

Es por lo señalado que la hipótesis de aplicar la posesión notoria de la calidad de hijo/a al padre o madre de una familia homoparental no satisface, de por sí, las pretensiones de formar este tipo de organización familiar, puesto que éste/a no contaría con una herramienta para que se reconozca su voluntad procreacional, sino sólo con un medio de prueba para el caso de que un tercero reclame la paternidad o maternidad con respecto al niño/a. Sin perjuicio de ello, y considerando los argumentos fundantes de la posesión notoria de la calidad de hijo/a, es que consideramos que dicha institución -broche del sistema filiativo chileno- debiese ser aplicada por los tribunales de justicia indistintamente de la orientación sexual de los progenitores, ya que su finalidad radica en la protección de un vínculo afectivo de hecho por sobre la verdad biológica, argumento aplicable igualmente a la familia homoparental.

CONCLUSIONES

Si bien la concepción tradicional de familia -construida sobre un modelo capitalista, cristiano y patriarcal, donde el matrimonio constituye la única manera válida de formar una familia- se encuentra en crisis, los vínculos afectivo-sexuales entre progenitores se siguen limitando a los de carácter heterosexual, restringiéndose a las familias homoparentales netamente a un ámbito privado, las cuales desarrollan sus relaciones de familia al margen del reconocimiento jurídico.

En este sentido, los supuestos de filiación considerados en esta tesis, tales como la adopción, la utilización de TRHA, el reconocimiento y la posesión notoria de la calidad de hijo/a, demuestran cómo

La posesión notoria no es, así, una acción especial, sino un medio de prueba en el juicio de filiación, según se desprende de la interpretación armónica de la ley. En efecto, lo anterior resulta de relacionar el artículo 200 del Código Civil ubicado en el párrafo de las Reglas Generales del Título VIII que regula las acciones de filiación- con las normas de los artículos 201 e inciso segundo del artículo 309, ambos del mismo cuerpo legal, por cuanto el primero previene que la posesión notoria prefiere a las pruebas periciales de carácter biológico y el segundo dispone que 'el estado de padre, madre o hijo deberá probarse en el correspondiente juicio de filiación en la forma y con los medios de prueba previstos en el Título VIII' (Considerando 6°).

el modelo de heterosexualidad obligatoria continúa imperando en nuestra sociedad a través de su reproducción por medio de las instituciones jurídicas de familia, cuestión que responde a la fuerte concepción heteronormativa arraigada de manera histórica en nuestro pensamiento colectivo, el cual nos da a entender que la división binarista de los sexos/géneros es natural y, por ende, inamovible. No es por nada que en el año 2015, Rodríguez señalara, con respecto a la entrada en vigencia del AUC, que

La unión sexual entre dos personas del mismo sexo no es ni puede llegar nunca a ser conyugal, porque no cumpliría con el doble bien del matrimonio, que se traduce en la amistad conyugal y la procreación de los hijos que puedan nacer de la unión sexual entre el marido y la mujer. La unión sexual entre dos personas del mismo sexo es una forma de solitaria masturbación. Nunca podría consumarse como un acto conyugal (de unión física, sexual, espiritual, biológica, psicológica), apto para la transmisión de la vida (p. 51).

De este modo, bajo la óptica heteronormativa mencionada, la orientación sexual homosexual en Chile ha constituido un motivo suficiente para que, a nivel jurídico, se mantenga la exclusión, en el marco de la constitución de una familia con descendencia. La cuestión señalada pone de relieve una situación de latente discriminación en Chile, y nos hace cuestionarnos el porqué de dicha discriminación en una sociedad democrática, respetuosa de los derechos humanos, donde todas las personas son consideradas libres e iguales en dignidad y derechos.

En Chile, la lucha por la igualdad sin discriminación arbitraria en temas de orientación sexual e identidad de género se ha traducido en una “mera tolerancia” de las diferencias, sin apuntar a un pleno reconocimiento de la libertad de cada individuo en el desarrollo de su personalidad, lo que trae aparejado inevitablemente exclusiones jurídicas injustificadas e invisibilización de todos aquellos sujetos y/o relaciones interpersonales que se aparten de la “norma”. En palabras sencillas, se toleran relaciones afectivo-sexuales homosexuales, siempre que éstas se desarrollen en el ámbito privado y no involucren a terceros, lo cual esconde la idea de que la homosexualidad constituye una conducta perversa, o al menos inadecuada, y que las parejas del mismo sexo no son aptas para la correcta socialización de los menores. En este sentido, el Derecho las “tolera” porque no ha podido hacer otra cosa frente a los cambios sociales, sin embargo, la voluntad expresada en la ley es prohibitiva: dos madres o dos padres no se pueden hacer cargo en conjunto de un menor -pese a que algunos tribunales hayan reconocido diversos tipos de familia y que órganos estatales, como el Sename, se declaren a favor del reconocimiento jurídico de la familia homoparental- manteniéndose la exclusión por la consideración moral tradicionalista de la familia, no aceptándose arreglos familiares que se escapen de la “norma” heterosexual. La “mera tolerancia” de la legislación chilena hacia personas con una orientación sexual diversa se ve claramente reflejada en la aprobación del AUC, primera institución en Chile que viene a

reconocer relaciones afectivo-sexuales entre personas del mismo sexo, ya que si bien permite establecer un vínculo jurídico entre ellas, éste se materializa sólo con respecto a materias patrimoniales y no filiativas, reconociéndose sólo la relación afectivo-sexual existente entre dos personas y excluyéndose la posibilidad de descendencia común. Así, la única regulación que “reconoce” a las parejas lesbianas y homosexuales lo hace explicitando que aquellas no son titulares de todos los derechos consagrados para las personas heterosexuales, en especial aquellos relativos al desarrollo de su plan de vida en común y con descendencia, evidenciando la discriminación que antes se mantenía en el silencio prohibitivo de la ley.

La situación planteada no sólo traer aparejada la vulneración de los derechos de aquellas personas que desean ser progenitores y que sus relaciones filiales sean reconocidas por el Derecho, sino también de aquellos menores criados en una familia homoparental y que se proyectan como hijos/as de ambas personas de la pareja del mismo sexo. Sin embargo, en estos casos en que existen menores involucrados, y al encontrarse en crisis el modelo de familia tradicional,

(...) la ansiedad moral se vuelca sobre la responsabilidad de los adultos hacia los niños. El ‘bienestar de los menores’ se transforma en una ventana política de intervención por parte del Estado que a veces se basa en situaciones de riesgo real -malos tratos, violencia o abandono- y otras veces canaliza fobias y prejuicios sociales del momento -hogares monoparentales o parejas interracial-. En este dilema, riesgo real o fobia social, se ubica en la actualidad el reconocimiento de las personas LGBTQ en relación con los vínculos filiales (Vaggione, 2013, p. 67).

Si bien es cierto que el interés superior del niño/a debe ser el factor más importante a considerar a la hora de adoptar una decisión con respecto a sus relaciones filiales, éste no puede ser utilizado como un argumento en abstracto para restringirlas con respecto a progenitores con una orientación sexual diversa, pues hay que apoyarse en otras disciplinas -tales como la psicología, psiquiatría y pediatría- y en el contexto familiar particular para entender que lo beneficioso o perjudicial para un niño/a tiene más relación con los lazos de afecto que con la orientación sexual de sus padres o madres. A donde se debe apuntar en estos casos es más bien a erradicar la discriminación de que son objetos los niños/as criados en una familia homoparental en las diversas instancias cotidianas en que se desarrollan, más que a privarlos del reconocimiento jurídico efectivo de la relación que los liga con su padre/madre social.

En consecuencia, la necesidad de una modificación legal que apunte al reconocimiento de la familia homoparental no sólo se hace necesaria, sino indispensable en una sociedad democrática de Derecho, en la cual el Estado tiene la obligación, según los términos del artículo 1 de nuestra Constitución Política,

de “contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece” y, por ende, el deber de propender a que cada uno de sus miembros puedan desarrollarse plenamente en todos los aspectos de su personalidad, cuestión que incluye su afectividad y sexualidad. Sin embargo, la mera obtención de una igualdad formal, en tanto a eliminar aquellas clasificaciones arbitrarias para que las personas sean tratadas y protegidas de manera igualitaria, no basta para el logro de dicho fin, sino que frente a colectivos que han sido históricamente discriminados, se requiere además apuntar a una igualdad reparadora, donde el Estado tenga la obligación de reparar aquellas consecuencias perjudiciales de las políticas adoptadas anteriormente, cuestión que debe ser, asimismo, complementado con una igualdad transformadora, ya que

Las desigualdades anteriores no son únicamente las discriminaciones que deben terminar de producirse (igualdad formal) o los males que necesitan ser corregidos (igualdad reparadora), sino que son los defectos que también revelan imperfecciones en las instituciones existentes y sugieren la posibilidad de reformar instituciones o crear nuevas que sirvan mejor a los propósitos sociales (Eskridge, 2000, p. 218).

En este sentido, la problemática debe ser analizada desde una óptica performativa, donde se dé cuenta de que, para el logro de una igualdad real y efectiva de todos los miembros de la sociedad, es necesario reformular y/o eliminar aquellas instituciones que implican la reproducción de un modelo heteronormativo, cuestión que no sólo pasa por meras modificaciones legales, sino también implica romper con las ideas hegemónicas y binaristas imperantes con respecto a las relaciones afectivo-sexuales.

Mientras sigan siendo los varones heterosexuales los representantes de lo humano, las mujeres heterosexuales su complemento y el resto “diferentes” a quienes el mejor de los casos se los tolera, la crisis del sistema capitalista y patriarcal va a seguir siendo un horizonte lejano (Guerra, 2009, pp. 14-15).

La situación planteada, en materia de familia, se traduce en deconstruir la visión meramente biologicista en torno a las relaciones filiativas y los roles de género que implican asumir como necesaria la complementariedad entre los sexos/géneros en las relaciones afectivo-sexuales y de crianza de un menor de edad. La instauración del modelo familiar marital y heterosexual privilegiado debe ser entendido como una construcción social e histórica, que atiende a ideas imperantes en una sociedad y época determinada, modelo que no por ser el hegemónico implica que sea el adecuado. Por el contrario, en una sociedad democrática de Derecho, donde tanto el Estado como los particulares deben someter su actuar a nuestra Constitución y al respeto del ejercicio pleno de los derechos de todos y todas, se debe partir de

la base de que nuestras particularidades no deben ser fuente de diferencia en base a un sistema imperante, sino que se debe permitir, entendidas las diferencias afectivas y sexuales, la plena realización de cada individuo, mientras exista un respeto de los derechos de los demás miembros de la comunidad.

De este modo, al dejar atrás las regulaciones que buscan uniformar comportamientos no sólo se “deconstruye” la forma tradicional con la que entendemos el parentesco, sino también la misma idea de persona humana. Pues, avanzar hacia el reconocimiento de las diferencias implica necesariamente la implementación de instituciones públicas que permitan el desarrollo de los diferentes planes de vida, así, la negación del derecho al libre desarrollo de la sexualidad para las personas homosexuales implica establecer diferentes sujetos de derechos: aquellos heterosexuales que a través de las instituciones públicas pueden desarrollar plenamente sus planes de vida, y las personas homosexuales y lesbianas a las que se les niega este derecho, poniendo en entredicho el carácter universalista de la dignidad y de los derechos humanos. Una regulación de la filiación homoparental fuera de las lógicas heteronormativas tiene directamente un efecto “performativo” en la idea misma de dignidad humana, pues ésta ha sido construida en base a la moral imperante y existente, “y el desafío proviene de aquellos a quienes no incluye, de aquellos que no tienen derecho a ocupar el lugar del <quién>, pero que, sin embargo, exigen lo universal como tal les incluya” (Butler, 2006, p. 270).

En consecuencia, el asunto pasa por asumir que los mecanismos de control y regulación social son contruidos en base a ideas morales, culturales, políticas y religiosas determinadas, donde el Derecho cumple un rol relevante en su reproducción al constituirse como un sistema más de dominación. Por Derecho, en este caso, no sólo debe entenderse el conjunto de normas legales vigentes, sino también el razonamiento judicial que implica materializar dichas normas frente a un contexto determinado, debiendo efectuarse dicho análisis mediante una interpretación armónica de la normativa vigente, bajo la perspectiva de los derechos humanos. En este sentido, “Los jueces y juezas imponen identidades y éstas tienen consecuencias simbólicas y prácticas. La legitimidad del tipo de familia que se reconozca desde el derecho se constituirá en la regla con la que se medirán otros arreglos familiares” (Vaggione, 2013, p. 54).

Sin perjuicio de lo señalado, en la práctica, el Derecho no debe ser considerado la única fuente de reproducción de un sistema heteronormativo, sino que dicha concepción trasciende a todas las instancias socializadoras que importan la imposición de un determinado modelo por sobre otro y la reproducción de este pensamiento en la enseñanza de los diferentes miembros de la sociedad, quienes, asimismo, continúan con el círculo de la diferencia. En este sentido,

La conquista del libre desarrollo de la afectividad y la sexualidad y de la identidad de género como un derecho depende no tanto de los avances jurídicos, que también, sino de las transformaciones culturales que aún deben producirse en nuestras sociedades (...) su efectividad depende de la revisión de un modelo patriarcal, construido sobre oposiciones binarias y excluyente de las diferencias (Salazar, 2012, p. 192).

En consecuencia, para avanzar en la creación de condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, se hace necesario replantearse la actual concepción de dignidad humana y de familia, y propender al reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad, cuestión que involucra, de manera esencial, la afectividad y sexualidad de cada individuo, y la posibilidad de construir el plan de vida que se desee. Lo anterior, si bien implica un cambio estructural de las instituciones hegemónicas imperantes, requiere, necesariamente, de modificaciones legales que permitan dicho objetivo, lo cual se traduce, en materia filiativa, en la incorporación de las parejas del mismo sexo en los diversos supuestos de filiación, para que de forma real y efectiva puedan desarrollar plenamente sus planes de vida común y para con sus hijos/as.

Frente a eso, esta tesis permite contrariar uno de los principales argumentos en contra del reconocimiento de una unión afectivo-sexual homosexual y la posibilidad de generar descendencia, el cual es que una pareja del mismo sexo no cumpliría con la función principal de la familia: la procreación, o, en términos de Vial y Del Pino (2015) con la adecuada renovación social. En este sentido, lo expuesto muestra las diferentes formas en que dos personas del mismo sexo pueden llegar a ser progenitores de un niño/a y que, en definitiva, son las limitaciones sociales, culturales, políticas y jurídicas las que impiden su plena realización, no existiendo argumento razonable y respetuoso de los derechos humanos que respalde dicha diferencia. En esto, el Estado, como ente encargado de respetar y promover los derechos fundamentales de toda persona, debe propender a dicho fin a través de la implementación de medidas legislativas y políticas acordes con los lineamientos internacionales de protección de los derechos humanos,

Y si éste quiere ser consecuente con los valores constitucionales que defiende, y desea tratar con igualdad sus ciudadanos, sin discriminarlos por prejuicios de género y sexualidad, puede, y debe, reformar su legislación para hacer las formas de constituir las familias neutras en cuanto al género (Cardoso, 2013, p. 223).

Por último, no se debe olvidar que la imposición de una heterosexualidad obligatoria desde el Derecho lleva aparejada la reclusión al ámbito privado de todo aquel que se aparte de ella y, en definitiva, en la práctica, facilita el desarrollo de actos de violencia y homofobia con respecto a quienes presentan una

orientación sexual e identidad de género disidentes, cuestión que vulnera directamente la dignidad humana de aquellos sujetos que se apartan del modelo preestablecido y que, a todas luces, debe ser reparada.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, G. (2008). El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Estudios Constitucionales*, 6(1), 223-247. Recuperado de <http://www.cecoch.cl/website/www.cecoch.cl/uploads/pdf/revistas/2008-1/elprincipio11.pdf>
- Alegre, S., Hernández, X., y Roger, C. (2014). *El interés superior del niño: Interpretaciones y experiencias latinoamericanas*. Recuperado de http://www.sipi.siteal.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf
- Álvarez, J., y Vial, T. (2014). Homoparentalidad en Chile y Derechos Humanos. En Universidad Diego Portales, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2014* (pp. 477-492). Santiago, Chile: Universidad Diego Portales.
- American Academy of Pediatrics. (2002). *Coparent or Second-Parent Adoption by Same-Sex Parents*. Recuperado de <http://pediatrics.aappublications.org/content/pediatrics/109/2/341.full.pdf>
- American Psychiatric Association. (2002). *Adoption and co-parenting of children by same-sex couples*. Recuperado de <http://www.clearinghouse.net/chDocs/public/PB-MI-0004-0016.pdf>
- American Psychological Association, (2005). *Lesbian & gay parenting*. Recuperado de <http://www.apa.org/pi/lgbt/resources/parenting-full.pdf>
- American Psychoanalytic Association. (2012). *Position Statement on Parenting*. Recuperado de <http://www.apsa.org/sites/default/files/2012%20%20Position%20Statement%20on%20Parenting.pdf>
- Amnistía Internacional (2004). *Los derechos humanos y la orientación sexual e identidad de género*. Recuperado de <https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI/LOS%20DERECHOS%20HUMANOS%20Y%20LA%20ORIENTACION%20SEXUAL%20E%20IDENTIDAD%20DE%20G%20C%20%89NERO?CMD=VEROBJ&MLKOB=24795103040>
- Arteta, C. (2011). Maternidad Subrogada. *Revista Ciencias Biomédicas*, 2(1), 91-97. Recuperado de <http://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/cienciasbiomedicas/article/view/1000>
- Baccino, G. (2009). *Homoparentalidad y técnicas de Reproducción Asistida*. Recuperado de http://www.revistafertilidad.org/RecursosWEB/fertilidad/Suplemento_guias%20de%20psicologia.pdf

- Bazán, I. (2007). La construcción del discurso homofóbico en la Europa Cristiana Medieval. *Revistas Científicas Complutenses*, 30, 433-454. Recuperado de <http://revistas.ucm.es/index.php/ELEM/article/view/ELEM0707110433A/21541>
- Beauvoir, Simone de (2015). *El segundo sexo* (10a ed.). Buenos Aires, Argentina: Debolsillo.
- Beltrán y Puga, A. (2011). Karen Atala vs. La heteronormatividad: reflexiones más allá de la discriminación por orientación sexual. En Universidad Diego Portales, *Anuario de Derecho Público 2011* (pp. 259–287). Santiago, Chile: Universidad Diego Portales.
- Biblarz, T. y Stacey, J. (2011). *(How) Does the Sexual Orientation of Parents Matter?*. Recuperado de http://faculty.law.miami.edu/mcoombs/documents/Stacey_Biblarz.pdf
- Biblioteca del Congreso Nacional. (1998). *Historia de la Ley N° 19.585 que Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en Materia de Filiación*. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/4231/1/HL19585.pdf>
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (1999). *Historia de la Ley N° 19.620, dicta normas sobre adopción de menores*. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=140084&buscar=ley+19620>
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2013). *Historia de la Ley Código Civil DFL N° 1 Artículo 182, Filiación determinada mediante aplicación de técnicas de reproducción asistida*. Recuperado de <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:MbBrkRCeIbAJ:https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo%3Fid%3Drecursolegales/10221.3/44032/1/HLCCArt182.pdf+%&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=cl>
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2016). *Guía Legal sobre Adopción*. Recuperado de <http://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/adopcion>
- Biglia, B. y Lloret, I. (2011). Generando géneros y patologizando sujetos. En M. Missé y G. Coll-Planas (2a ed.), *El género desordenado* (pp. 211-227). Barcelona: Egales.
- Butler, J. (2006). *Deshacer el género*. Barcelona: Paidós.
- Butler, J. (2007). *El género en disputa: El feminismo y la subversión de la identidad*. Barcelona: Paidós.
- Camacho, J. M. (2009). *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable*. Recuperado de <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>

- Cámara de Diputados de Chile (2015). *Sesión 69ª, en lunes 14 de septiembre de 2015 (Ordinaria, de 16.09 a 18.52)*. Recuperado de <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=11364%20&prmTIPO=TEXTOSesion>
- Cano, M. E. (2015). *La adopción de integración en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*. Recuperado de <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/09/Doctrina1966.pdf>
- Cardoso, E. (2013). Género, heteronormatividad y argumentos a favor del matrimonio homosexual en la jurisprudencia de tribunales brasileños. *Revista Dilemata*, 5(11), pp. 207-234. Recuperado de <http://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/199/240>
- Castellar, A. (2011). Familia y homoparentalidad: una revisión del tema. *Revista CS*, 5, 45-70. Recuperado de http://www.icesi.edu.co/revista_cs/images/stories/revistaCS5/articulos/02%20Castellar.pdf
- Chile. Corte de Apelaciones de Punta Arenas. Rol 435-2014. (Flavio Ugenin Hernández Márquez y otro con Junta Nacional de Jardines Infantiles). Libro Protección, Folio 15475. 22-12-2014 [en línea]. Disponible en Poder Judicial, Biblioteca <http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/> (visitado el 07-11-2016).
- Chile. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 18948-2013. (Benado Vergara Alexandra con Servicio de Registro Civil e Identificación). Libro Protección. Folio 121224. 15-04-2013 [en línea]. Disponible en Poder Judicial, Biblioteca <http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/> (visitado el 16 de noviembre de 2016)
- Chile. Corte Suprema. Rol 2564-2016. (José Adelino Almonacid con Mercedes Almonacid Mancilla). Libro Civil. Folio 24090. 25-09-2006 [en línea]. Disponible en Poder Judicial, Biblioteca <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (visitado el 21 de noviembre de 2016)
- Chile. Tribunal Constitucional. Rol 1683-10. (Inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal). Folio 209. 4-01-2011 [en línea]. Disponible en Tribunal Constitucional de Chile, Biblioteca <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes> (visitado el 07-11-2016)
- Chile. Tribunal Constitucional. Rol 1881-10. (Inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 102 del Código Civil). Folio 358. 03-11-2011 [en línea]. Disponible en Tribunal Constitucional de Chile, Biblioteca <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes> (visitado el 07-11-2016)
- Chile. Tribunal Constitucional. Rol 2435-13. (Inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 54 N° 4 de la Ley N° 19.947). Folio 123. 10-04-2014 [en línea]. Disponible en Tribunal Constitucional

de Chile, Biblioteca <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes> (visitado el 07-11-2016)

Colombia. Corte Constitucional. Rol C-577-11. (Acción pública de inconstitucionalidad del artículo 113 del Código Civil). 26-07-2011 [en línea]. Disponible en Corte Constitucional de Colombia, Biblioteca

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/queryARchi.idq?CiMaxRecordsPerPage=100&TemplateName=queryArchi&CiSort=rank%5Bd%5D&relatoria=%2Frelatoria&CiScope=%2F&CiRestriction=C-577-11> (visitado el 07-11-2016)

Colombia. Corte Constitucional. Rol C-071-15. (Acción pública de inconstitucionalidad de los artículos 64, 66 y 68 (parciales) de la Ley n° 1.098 y artículo 1 (parcial) de la Ley N° 54). 18-02-2015 [en línea]. Disponible en Corte Constitucional de Colombia, Biblioteca

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/queryARchi.idq?CiMaxRecordsPerPage=100&TemplateName=queryArchi&CiSort=rank%5Bd%5D&relatoria=%2Frelatoria&CiScope=%2F&CiRestriction=C-071-15> (visitado el 07-11-2016)

Colombia. Corte Constitucional. Rol C-683-2015. (Acción pública de inconstitucionalidad de los artículos 64, 66 y 68 (parciales) de la Ley n° 1.098 y de la interpretación inconstitucional realizada por autoridades administrativas). 04-11-2015. Disponible en Corte Constitucional de Colombia, Biblioteca

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/queryARchi.idq?CiMaxRecordsPerPage=100&TemplateName=queryArchi&CiSort=rank%5Bd%5D&relatoria=%2Frelatoria&CiScope=%2F&CiRestriction=C-683-15> (visitado el 07-11-2016)

Colombia Diversa (2013). *Por primera vez jueza de Colombia declara civilmente casados a pareja del mismo sexo*. Recuperado de http://www.matrimonioigualitario.org/2013/07/por-primera-vez-jueza-de-colombia_3133.html

Comisión de la Familia y Adulto Mayor (2015a). *Sesión 34°, correspondiente al período legislativo 2014-2018 (363ª legislatura)*. Recuperado de <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=19224&prmTIPO=ACTACOMISION>

Comisión de la Familia y Adulto Mayor (2015b). *Sesión 35°, correspondiente al período legislativo 2014-2018 (363ª legislatura)*. Recuperado de <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=19243&prmTIPO=ACTACOMISION>

Comisión de la Familia y Adulto Mayor (2015c). *Sesión 36°, correspondiente al período legislativo 2014-2018 (363ª legislatura)*. Recuperado de <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=19333&prmTIPO=ACTACOMISION>

- Comisión de la Familia y Adulto Mayor (2015d). *Sesión 37º, correspondiente al período legislativo 2014-2018 (363ª legislatura)*. Recuperado de <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=19398&prmTIPO=ACTACOMISION>
- Comisión de la Familia y Adulto Mayor (2015e). *Sesión 38º, correspondiente al período legislativo 2014-2018 (363ª legislatura)*. Recuperado de <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=19453&prmTIPO=ACTACOMISION>
- Comisión de la Familia y Adulto Mayor (2015f). *Sesión 39º, correspondiente al período legislativo 2014-2018 (363ª legislatura)*. Recuperado de <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=19459&prmTIPO=ACTACOMISION>
- Comisión de la Familia y Adulto Mayor (2015g). *Sesión 40º, correspondiente al período legislativo 2014-2018 (363ª legislatura)*. Recuperado de <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=19504&prmTIPO=ACTACOMISION>
- Comité Científico de la Fundación Iguales (2012). *La homosexualidad nunca debió haber sido incluida en las clasificaciones internacionales de las enfermedades*. Recuperado de <https://www.iguales.cl/la-homosexualidad-nunca-debio-haber-sido-incluida-en-las-clasificaciones-internacionales-de-las-enfermedades/>
- Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1989). *Observación General N° 18*. Recuperado de <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1404.pdf?view=1>
- Comité de los Derechos del Niño (2013). *Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea considerado primordial (artículo 3, párrafo 1)*. Recuperado de http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf
- Comité de Redacción de los Principios de Yogyakarta (2007). Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Principios_de_Yogyakarta_2006.pdf
- Comité Nacional de Estadísticas Vitales (2014). *Anuario de Estadísticas Vitales 2012*. Recuperado de http://www.ine.cl/canales/menu/publicaciones/calendario_de_publicaciones/pdf/completa_vitales_2012.pdf
- Congregación para la Doctrina de la Fe (2003). *Consideraciones acerca de los proyectos de reconocimiento legal de las uniones entre personas homosexuales*. Recuperado de http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20030731_homosexual-unions_sp.html

- Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2009). *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, Chile*. Recuperado de http://acnudh.org/wp-content/uploads/2010/12/A_HRC_12_10_CHL_S.pdf
- Cooperativa (2016). *Sename declaró idónea para adoptar a una pareja lesbiana*. Recuperado de <http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/infancia/sename-declaro-idonea-para-adoptar-a-una-pareja-lesbiana/2016-06-01/155819.html>
- Córdova García, D. (2003). Identidad sexual y performatividad. *Revista Athenea Digital*, 4, 1-10. Recuperado de <https://ddd.uab.cat/pub/athdig/15788946n4/15788946n4a6.pdf>
- Cornejo, P. (2011). La importancia de las medidas afirmativas para la igualdad sustantiva de grupos históricamente discriminados. En Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Seminario sin discriminación estándares y mecanismos para la igualdad real* (pp. 78-88). Santiago, Chile: Unidad de Estudios INDH
- Corral, H. (1999). Determinación de la filiación y acciones de Estado en la reforma de la Ley N° 19.585, 1998. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (20), 39-109. Recuperado de <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/431/404>
- Corral, H. (2013). Maternidad subrogada: sobre la pretensión de formalizar la filiación perseguida mediante la adopción o la recepción de su práctica en el extranjero. En M. Gómez de la Torre (Dir.), *Técnicas de Reproducción Humana Asistida: Desafíos del Siglo XXI* (pp. 165-188). Santiago, Chile: Legal Publishing.
- Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas). 24-02-2012 [en línea]. Disponible en Corte Interamericana de Derechos Humanos, Biblioteca http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf (visitado el 07-11-2016).
- Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro” vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). 28-11-2012 [en línea]. Disponible en Corte Interamericana de Derechos Humanos, Biblioteca http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf (visitado el 07-11-2016)
- Domínguez, L. y Montalbán, M. (2012). Líneas emergentes de investigación en las prácticas de trabajos social: la homoparentalidad. *Revista Portularia*, 12, 169-177. Recuperado de http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/5957/Lineas_emergentes_de_investigacion.pdf?sequence=2

- Domínguez, F. (2016). *Mujer que quedó con la custodia de la hija de su ex pareja homosexual: “Ahora creo en la justicia”*. Recuperado de <http://www.emol.com/noticias/Nacional/2016/03/01/790813/Mujer-que-queda-con-la-custodia-de-la-hija-de-su-ex-pareja-homosexual-se-refiere-al-fallo-del-tribunal-familiar.html>.
- Duque Acosta, C. (2010). Judith Butler: performatividad de género y política democrática radical. *Revista la Manzana de la Discordia*, 5 (1), 27-34. Recuperado de <http://manzanadiscordia.univalle.edu.co/volumenes/articulos/Vol5N1/art2.pdf>
- Eichler, M. (1999). Cambios familiares: familias, políticas e igualdad de género. En A. Facio y L. Fries, *Género y Derecho* (pp. 443-486). Santiago, Chile: LOM.
- Escobar, A., Enríquez-Ominami, M., y Jiménez, T. (2008). *Modifica la ley N° 19.620, sobre adopción de menores, incorporando a las orejas que mantienen relación de convivencia estable como sujetos aptos para solicitar en forma conjunta la adopción de un menor, Boletín N° 6108-18*. Recuperado de https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=6497&prmBoletin=6108-18
- Eskridge, W. (2000) La discusión del matrimonio entre personas del mismo sexo y tres conceptos de igualdad, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, pp. 203-230. Recuperado de http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/Especiales_SELA/SELA%201999%20-%20Ed%202000/04SELA99Juridica11.pdf
- Facio, A., y Fries, L. (1999). Feminismo, género y patriarcado. En *Género y Derecho* (pp. 21-60). Santiago, Chile: LOM.
- Flores Rodríguez, J. (2012). *Homoparentalidad y Derecho Civil*. Recuperado de <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:R1lzsJPRjkJ:https://eficiencia.urjc.es/bitstream/handle/10115/11392/Homoparentalidad%2520y%2520Derecho%2520civil.docx%3Fsequence%3D1+%&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=cl>
- Gandulfo, E. (2007). Reconocimiento de paternidad: tópicos y cuestiones civiles. *Revista Chilena de Derecho*, 34(2), pp. 201-250. Recuperado de <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v34n2/art02.pdf>
- Golombo, S. y MacCallum, F. (2004). Children raised in fatherless families from infancy: A follow-up of children of lesbian and single heterosexual mothers at early adolescence. En *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 45(8), pp. 1407–1419. Recuperado de http://www.familieslg.org/_comun/bibliografia/pdf/maccallum_2004.pdf
- Gómez Arias, AB. (2004). Diversidad familiar y homoparentalidad. *Revista Pediatría de Atención Primaria*, 6(23), 361-365. Recuperado de <http://pap.es/files/1116-368-pdf/381.pdf>

- Gómez de la Torre, M. (1993). *Fecundación In Vitro y la Filiación*. Santiago, Chile: Jurídica de Chile.
- Gómez de la Torre, M. (2007). *El sistema filiativo chileno*. Santiago, Chile: Jurídica de Chile.
- Guerra, L. (2009). Familia y heteronormatividad. *Revista Argentina de Estudios de Juventud*, 1, 1-17. Recuperado de <http://perio.unlp.edu.ar/ojs/index.php/revistadejuventud/article/view/1477/1251>
- Hernández, G. (2008a). Ética y derecho de familia en el estado democrático de derecho. *Revista del Magister y Doctorado en Derecho*, 2, 15-57. Recuperado de <http://www.rmdd.uchile.cl/index.php/RMDD/article/viewFile/18672/28614>
- Hernández, G. (2008b). Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo en el Estado Democrático de Derecho. En A. Guzmán, *Estudios de Derecho Civil III, Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (pp. 177-214). Santiago, Chile: Legal Publishing.
- Imaz, E. (2006). La maternidad en el seno de las parejas lesbianas. *Arxius de ciències socials*, (15), pp. 89-100. Recuperado de <http://www.uv.es/~sociolog/arxius/arxius15.pdf>
- Informe Seminario Académico (2012). *Los problemas éticos y jurídicos de la reproducción humana asistida*. Santiago, Chile: Universidad del Desarrollo.
- International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology, y Organización Mundial de la Salud (2010). *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)*. Recuperado de http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1
- Instituto Nacional de Estadísticas (2012). *Síntesis de Resultados Censo 2012*. Recuperado de http://estudios.anda.cl/recursos/censo_2012.pdf
- Lamm, E. (2012). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. *Revista de Bioética y Derecho*, (24), 76-91. Recuperado de http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD24_Master.pdf
- Libson, M. (2009). *La diversidad en las familias: un estudio social sobre parentalidad gay y lesbiana*. Recuperado de http://inadi.gob.ar/wp-content/uploads/2010/04/Libson_La-diversidad-en-las-familias.pdf
- Libson, M. (2010) *Familias post heteronormativas: experiencias de varones gays y mujeres lesbianas con y sin hijos*. Recuperado de <https://electivogenero.files.wordpress.com/2011/11/lisbonfamiliaspostheteronormativas.pdf>

- Libson, M. (2012). Parentalidades gays y lesbianas: varones y mujeres en familias no heteronormativas, *Revista de Estudios de Género*, 35, 292-321. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/884/88424573011.pdf>
- Linacero de la Fuente, M. (2005). Ley 13/2005, de 1 de Julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. *Revista Nueva época*, (2), 411-438. Recuperado de <http://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/viewFile/FORO0505210411A/13750>
- López, J. y Aparisi, A. (2012). Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada. *Cuadernos de Bioética*, 23(2), pp. 253-267. Recuperado de <http://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2014/07/maternidad-subrogada.pdf>
- Martínez, A., y Montenegro, M. (2011). El desafío trans: consideraciones para un abordaje situado de las identidades sexo/género. *Revista Sociedad y Equidad*, 2, 3-22. Recuperado de <http://www.sye.uchile.cl/index.php/RSE/article/viewFile/14659/15724>
- Méndez, C., y Mardones, K. (2014). Homoparentalidad: representaciones sociales de universitarios del sur de Chile. *Revista Integración Académica en Psicología*, 2(5), pp. 71-84. Recuperado de <http://integracion-academica.org/14-volumen-2-numero-5-2014/61-homoparentalidad-representaciones-sociales-de-universitarios-del-sur-de-chile>
- Meza-Lopehandía, M. (2014). *Identidad de género en la Constitución chilena*. Recuperado de [https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/20375/5/FINAL_CDDHH_Identidad de genero2_v5.pdf](https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/20375/5/FINAL_CDDHH_Identidad_de_genero2_v5.pdf)
- Ministerio de Desarrollo Social (2016). Casen 2015: diversidad sexual síntesis de resultados. Recuperado de http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen-multidimensional/casen/docs/CASEN_2015_Resultados_Diversidad_Sexual_18102016.pdf
- Ministerio de Planificación y Cooperación (2011). *Transformaciones en las estructuras familiares en Chile*. Recuperado de <http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/btca/txtcompleto/mideplan/transformac.fam.chilenas.pdf>
- Ministerio de Salud (1985). *Resolución Exenta N° 1072: Normas aplicables a la fertilización in vitro y la transferencia embrionaria*. Recuperado de http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:sO7MX91Cqd0J:juridico1.minsal.cl/RESOLUCION_1072_85.doc+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=cl
- Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (2014). *Consejo Nacional de la Infancia planea inclusión de la diversidad sexual en las leyes que involucran a niños y niñas*. Recuperado de

<http://www.movilh.cl/consejo-nacional-de-la-infancia-planea-inclusion-de-la-diversidad-sexual-en-leyes-que-involucran-a-ninos-y-ninas/>

Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (2015). *Informe anual de los derechos humanos de la diversidad sexual en Chile. Historia anual de las minorías sexuales chilenas. Hechos 2015*. Recuperado de <http://www.movilh.cl/documentacion/2016/informe/XIV-Informe-de-DDHH-2015.pdf>

Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (2016). *Director del Sename respalda adopción y crianza de hijos sin discriminación por orientación sexual*. Recuperado de <http://www.movilh.cl/director-del-senbame-respalda-adopcion-y-crianza-de-hijos-sin-discriminacion-por-orientacion-sexual/>

Muñoz, F. (2013). El núcleo fundamental de la sociedad: Los argumentos contra la crianza homoparental en los casos Atala y Peralta. *Revista Ius et Praxis*, 19, 7-34. Recuperado de <http://www.movilh.cl/documentacion/MUNOZ-Argumentos-contra-crianza-homoparental.pdf>

Navarro, L. (2013). *Posiciones en contra y en favor de la adopción homoparental desde la sociología y la psicología*. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoPrivado/4/dtr/dtr7.pdf>

Noel, M., Ortiz, F., Wajman, M., Sánchez, R. y Schmidt, C. (2014). El interés superior del niño en las adopciones homoparentales, *Revista Lecciones y Ensayos*, 92, 217-231. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/92/el-interes-superior-del-nino-en-las-adopciones-homoparentales.pdf>

Onofre, E. (2013). Género, heteronormatividad y argumentos a favor del matrimonio homosexual en la jurisprudencia de tribunales brasileños. *Revista Dilemata*, 5(11), 207-234. Recuperado de <http://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/199/240>

Ordóñez, S. y Valencia, M. C. (2012). *Adopción por parejas homosexuales: realidad social hacia el reconocimiento judicial*. (Proyecto de Grado). Universidad ICESI. Santiago de Cali, Colombia. Recuperado de https://bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/76503/1/adopcion_parejas_homosexuales.pdf

Pastor, A. (2012). *La homoparentalidad en el proyecto de reforma del Código Civil*. *Prudentia Iuris*, 74, 41-54. Recuperado de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/homoparentalidad-proyecto-reforma-codigo.pdf>

- Patterson, C. J., Russell, S., Wainright, J. L. (2004). Psychosocial Adjustment, School Outcomes, and Romantic Relationships of Adolescents With Same-Sex Parents. En *Child Development*, 75 (6), 1886 – 1898. Recuperado de <http://www.the7eye.org.il/wp-content/uploads/2015/07/lgbt-parents4.pdf>
- Patterson, C. J. (2009). *Children of Lesbian and Gay Parents: Psychology, Law, and Policy*. Recuperado de <http://www.the7eye.org.il/wp-content/uploads/2015/07/lgbt-parents3.pdf>
- Pérez, K. (2011). Historia de la patologización y despatologización de las variantes de género. En M. Missé y G. Coll-Planas (2a ed.), *El género desordenado* (pp. 97-111). Barcelona: Egales.
- Pontificia Universidad Católica de Chile y Gfk Adimark (2016). Encuesta Nacional Bicentenario. Recuperado de http://encuestabicentenario.uc.cl/wp-content/uploads/2016/11/UC-ADIMARK-2016_FAMILIA.pdf
- Portugal, R., y Araúxo, A. (2004). Aportaciones desde la salud mental a la teoría de la adopción por parejas homosexuales. *Revista Internacional On-line*, 3 (2), 1-15. Recuperado de http://www.psiquiatria.com/imgdb/archivo_doc51.pdf
- Presidente de la República (2013). *Mensaje de S.E. el Presidente de la República, con el que inicia un proyecto de ley de Reforma Integral al Sistema de Adopción en Chile*. Recuperado de https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9535
- Ramos Pazos, R. (2007). *Derecho de Familia*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (2010). *Consentimientos*. Recuperado de http://www.academia.edu/1333932/Consentimientos_Red_Latinoamericana_de_Reproducci%C3%B3n_Asistida
- Rivera, V. (2016). *Fallo de juzgado de familia abre el debate sobre la tuición homoparental*. Recuperado de <http://www.latercera.com/noticia/nacional/2016/03/680-670395-9-fallo-de-juzgado-de-familia--abre-el-debate-sobre-la-tuicion-homoparental.shtml>
- Robaldo, M. (2011). La homoparentalidad en la deconstrucción y reconstrucción de familia: aportes para la discusión. *Revista Punto Género*, 1, 171-183. Recuperado de <http://www.revistapuntogenero.uchile.cl/index.php/RPG/article/download/16859/17559>
- Robles, C., y Rearte, P. (2014). *Familias y homoparentalidad: el Ejercicio efectivo de los derechos*. Recuperado de http://www.trabajosocial.unlp.edu.ar/uploads/docs/robles_gedis.pdf
- Rodríguez, M. S. (2015). El Acuerdo de Unión Civil. Un error hecho ley. En Universidad Diego Portales, *Anuario de Derecho Público 2015* (pp. 38-59). Santiago, Chile: Universidad Diego Portales.

- Rubin, G. (1989). *Reflexionando sobre el sexo: notas para una teoría radical de la sexualidad*. Recuperado de <http://www.cholonautas.edu.pe/modulo/upload/Rubin%20G.pdf>
- Salazar, O. (2012). *El derecho al libre desarrollo de la afectividad y la sexualidad*. Recuperado de http://www.ugr.es/~eirene/publicaciones/la_praxis_de_la_paz_y_los_derechos_humanos/7.pdf
- Santamaría Solís, L. (2000). *Técnicas de Reproducción Asistida: aspectos bioéticos*. Recuperado de <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf>
- Schwarze, J. E., Zegers-Hoschild, F. y Galdames, V. (2010). Reproducción Asistida en Latinoamérica y Chile. *Revista Médica Clínica Las Condes*, 21(3), 451-456. Recuperado de http://www.clinicalascondes.com/area-academica/pdf/MED_21_3/14_Reproduccion_Schwarze.pdf
- Servicio de Registro Civil e Identificación (2014). *Estadísticas con Enfoque de Género*. Recuperado de http://www.registrocivil.cl/f_estadisticas_enfoque_de_genero.html
- Servicio Nacional de Menores (2014). *¿Qué es la adopción?*. Recuperado de <http://www.sename.cl/wsename/estructuras.php?name=Content&pa=showpage&pid=520>
- Servicio Nacional de Menores (2015). *Carta N° 1027, Responde solicitud de información pública AK004T0000053*.
- Silva Mac Iver, J. (1994). El derecho a procrear en el ordenamiento constitucional chileno. *Revista Chilena de Derecho*, 12(2), 283-306. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649845>
- Silva, L. A. (2012). Orientación sexual y parentalidad: comentario crítico a la sentencia Atala Riffo y Niñas v. Chile. *Revista de Derecho*, 2, 239-250. Recuperado de <http://www.revistaderecho.uchile.cl/index.php/RDEP/article/viewFile/31007/32735>
- Soria, V. (2013). *Proyecto Diáspora: Proyecto sobre estereotipos, prejuicios y actitudes en relación a roles de género, orientación sexual y homoparentalidad*. Recuperado de <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/49209/1/EI%20proyecto%20Diaspora%202013%20Nota%20final.pdf>
- Tasker, F. (2005). *Lesbian Mothers, Gay Fathers, and Their Children: A Review*. Recuperado de <http://www.australianmarriageequality.org/wp-content/uploads/2011/09/00004703-200506000-00012.pdf>

- Turner, S. (2003). La Maternidad Disociada. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (24), pp. 441-455. Recuperado de <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/542/510>
- Turner, S. (2015). El Acuerdo de Unión Civil: la respuesta legal para las uniones de hecho en Chile. En Universidad Diego Portales, *Anuario de Derecho Público 2015* (pp. 21-37). Santiago, Chile: Universidad Diego Portales.
- Universia México (2016). *La OMS elimina la homosexualidad del catálogo de enfermedades mentales*. Recuperado de <http://noticias.universia.net.mx/cultura/noticia/2016/05/17/1139527/oms-elimina-homosexualidad-catalogo-enfermedades-mentales.html>
- Vaggione, J. M. (2013). *La mirada de los jueces más allá de la heteronormatividad*. Recuperado de <https://programadssrr.files.wordpress.com/2013/05/la-mirada-de-los-jueces-las-familias-mc3a1s-allc3a1-de-la-heteronormatividad.pdf>
- Vial, T. y Del Pino, S. (2015). El Tribunal Constitucional y la Homosexualidad: análisis de las sentencias roles 2435 y 2681, a la luz de su jurisprudencia anterior sobre discriminación por orientación sexual. En Universidad Diego Portales, *Anuario de Derecho Público 2015* (pp. 261-292). Santiago, Chile: Universidad Diego Portales.
- Zapata, B. (2013). Las voces de la homoparentalidad: resultados preliminares de una investigación. *Revista Trabajo Social*, 15, 41-58. Recuperado de <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/tsocial/article/view/42570/44097>
- Zegers-Hochschild, F., Schwarze, J. E., Crosby, J., Musri, C., Borges De Souza, M. (2014). Assisted Reproductive Technologies (ART) in Latin America: The Latin American Registry, 2012. *JBRA Assisted Reproduction*, 18(4), 127-135. Recuperado de <http://www.jbra.com.br/media/html/JBRA1081.html>

ANEXO

**CARTA N° 1027, QUE RESPONDE SOLICITUD DE INFORMACIÓN, DE FECHA 15 DE
SEPTIEMBRE DE 2015, EMITIDA POR DOÑA MARCELA LABRAÑA SANTANA,
DIRECTORA NACIONAL DEL SERVICIO NACIONAL DE MENORES**

SENAME
Ministerio de Justicia



1027

CARTA N°

ANT.: Solicitud de información pública AK004T0000053, de fecha 04 de noviembre de 2015.

MAT.: Responde solicitud de información

Santiago,

15 DIC 2015

Señor
Ignacio Alberdi Soto

Presente

De mi consideración:

Me dirijo a usted con motivo de su solicitud, formulada a través del sitio web del Sename, en conformidad a lo prescrito por la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, mediante la cual, solicita la siguiente información, al tenor de estas preguntas: ***¿Cuántas personas solteras han iniciado el trámite de adopción?, ¿Cuántas personas solteras han finalizado dicho trámite pudiendo adoptar efectivamente a un menor y cuantas no?. Con respecto a las personas solteras que no han podido adoptar ¿Cuántas o cuántos han desertado en el intento?, ¿Porqué motivos o criterios no han podido adoptar las personas solteras que lo han solicitado?, ¿Influye la orientación sexual del solicitante para que éste eventualmente adopte a un menor?***

Al respecto puedo informar a usted lo siguiente:

Respecto a la primera pregunta formulada, es posible referir que durante el periodo consultado, un total de 154 personas solteras han iniciado los trámites de adopción.

En cuanto a la segunda pregunta formulada, es dable señalar que un total de 105 personas solteras han concretado la adopción de un niño/a y 49 personas solteras se encuentran a la espera de concretar su adopción.

En relación a la tercera pregunta, cabe señalar que existe un total de 21 personas solteras que no han concretado su adopción y que finalmente han decidido abandonar el proceso.

Respecto a la cuarta pregunta efectuada, es importante aclarar, que es la propia Ley de Adopción N° 19.620, la que establece un orden de prelación para los postulantes a la adopción, donde la familia monoparental (solteros/as), se encuentra ubicada en el tercer lugar de prioridad, ocupando el primer lugar, los matrimonios residentes en Chile y el segundo lugar, los matrimonios residentes en el extranjero. Asimismo, las personas solteras que se encuentran declaradas idóneas y sin enlace, en su mayoría presentan expectativas que no se ajustan a la realidad de los niños/as declarados susceptibles de ser adoptados y para los cuales no se ha encontrado matrimonio nacional o matrimonio residente en el extranjero en condiciones de

adoptarlos/as; lo que sin duda influye en que su tiempo de espera se prolongue incluso por años, quedando esta sensación de no poder adoptar. Por ejemplo: una persona soltera que desea adoptar a un niño de hasta 5 años de edad, tendrá pocas posibilidades de concretar dicha adopción, por el orden de prelación que establece la ley, ya que existiendo un matrimonio idóneo residente en Chile que cuente con el perfil adecuado para incorporar a ese niño como hijo, tendrá la prioridad para adoptarlo. Ahora, en caso de no existir matrimonio residente en Chile con ese perfil, se debe iniciar la búsqueda de un matrimonio idóneo residente en el extranjero y sólo en caso de no existir, procedería la adopción por una persona soltera.

Pese a ello, la adopción por parte de personas solteras ha ido en aumento durante los 2 últimos años, teniendo éstas, mayores posibilidades de adoptar a niños/as con necesidades prioritarias, entiéndase por éstos, a niños/as mayores de 7 u 8 años y niños/as con problemas de salud.

Por último, en cuanto a la última pregunta formulada, es importante señalar 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 adoptivo. Por tanto, la orientación sexual en sí, no es un tema que determine si la persona evaluada, cuenta o no con estas habilidades parentales.

Sin otro particular, saluda atentamente a Ud.



GOBIERNO DE CHILE
SECRETARÍA DE ESTADO
SERVICIO NACIONAL DE MENORES

DISTRIBUCION:

- Sr. Ignacio Alberdi Soto
- Dirección Nacional
- Depto. Jurídico
- DEPLAE
- Coordinador de Transparencia
- Depto. de Adopción



GOBIERNO DE CHILE
SECRETARÍA DE ESTADO
SERVICIO NACIONAL DE MENORES
MARCELA LABRANA SANTANA
Directora Nacional
Servicio Nacional de Menores