



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Privado

LESBOMATERNIDAD MEDIANTE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

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

JAVIERA ITURRIETA CLAVIJO

Profesora guía: Laura Albornoz Pollmann

Santiago, Chile

2021

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO I: ESTADO ACTUAL DE LA REGULACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.....	9
1. Concepto de Técnicas de Reproducción Asistida	9
2. Regulación en Chile: Historia del Artículo 182 del Código Civil.....	10
3. Análisis de Derecho Comparado	12
3.1 Desarrollo en Estados Unidos.....	12
3.1 Desarrollo en España.....	14
3.1 Desarrollo en Latinoamérica.....	15
CAPÍTULO II: LA NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN REAL Y LOS DESAFÍOS LEGISLATIVOS NACIONALES	18
1. Situación en el Servicio de Registro Civil e Identificación	18
2. Análisis de jurisprudencia	20
2.1 Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso Causa Rol N°3335-2018.....	19
2.2 Sentencia Tribunal Constitucional Rol N°7774-19.....	25
2.3 Sentencia RIT C-10028-2019 Segundo Juzgado de Familia de Santiago.....	34
3. Situación en el Congreso	37
3.1 Boletín N° 10.626-07 Sobre filiación de hijos e hijas de parejas del mismo sexo	37
3.2 Boletín N° 11.422-07. Modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio de parejas del mismo sexo.....	41
3.2.1 Matrimonio igualitario como antecedente para la filiación: una mirada desde el derecho comparado	42
CAPÍTULO III: LA FAMILIA LGBTI FRENTE A LOS PROBLEMAS BIOÉTICOS DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA.....	46
1. Regularización de las TRA: turismo reproductivo y acceso igualitario.	46
2. Queer reproductive justice y queer kinship: la rebiologización de la familia LGTBI.....	51
CONCLUSIÓN.....	55
BIBLIOGRAFÍA	58

RESUMEN

La lesbomaternidad como concepto integra las variadas formas en que se configura la maternidad para las parejas de mujeres que deciden formar una familia. Esta investigación se centrará en aquellas resultantes de las Técnicas de Reproducción Asistidas, entre ellas el Método ROPA o Fecundación In Vitro Recíproca, el cual presenta una oportunidad de comaternidad para las parejas de mujeres lesbianas. Se investigará su impacto en el derecho, especialmente en la filiación y su desarrollo bajo el ordenamiento jurídico nacional, donde no es contemplada como técnica de reproducción asistida regulada, lo que produce disparidad entre la realidad y la normativa. Además, se investigarán sus implicancias bioéticas, propias de los métodos de reproducción asistida, específicamente la donación de gametos y el tratamiento de embriones, como también su relación con los conceptos de *queer reproductive justice* y *queer kinship*.

Considerando que la regulación nacional en materia de reproducción asistida es deficiente y que no refleja la realidad que viven los distintos tipos de familia, específicamente las familias lesbomaternales, en esta investigación damos cuenta de los problemas que surgen a raíz de esta deficiencia, especialmente en relación a la filiación de aquellos niños y niñas que forman parte de estas familias.

INTRODUCCIÓN

La comunidad LGBTI, acrónimo que significa “Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transgénero e Intersexuales”, pero que trata de incluir a todas las personas que viven su sexualidad y género de forma distinta al impuesto por la sociedad, ha sido objeto históricamente de discriminación, la cual se ve reflejada en variados aspectos de la vida, siendo uno de ellos la familia y la filiación. A pesar de esto, en la historia reciente se ha desencadenado un movimiento social en apoyo a la comunidad, que ha sido resultado de movimientos de liberación y aceptación promovidos por quienes se identifican como LGBTI. Formar parte de un grupo constantemente discriminado —no solo social, sino que además institucionalmente, tiene repercusiones negativas en la vida de aquellas personas y de quienes los rodean. Es por esto, que uno de los temas que se desarrollará en esta investigación corresponde a las consecuencias de vivir en una familia LGBTI: la inexistencia del reconocimiento legal de la lesbomaternidad y las repercusiones de esta invisibilización¹ en los miembros de estas familias.

No existen estudios o investigaciones en profundidad acerca de la realidad de la comunidad LGBTI en nuestro país, la vida de aquellos que son parte de la comunidad pareciera estar escondida no solo por el hecho de haber sido una existencia sometida por ser un *taboo*; la homosexualidad es el nombre con el que se conoció a la atracción entre personas del mismo sexo en los círculos médicos hasta el siglo pasado —y sociales incluso hoy en día—, por esto, tiene una connotación patologizada² que perpetúa ese sentimiento de alteridad con respecto, no solo a las personas que sienten atracción por su mismo sexo, sino respecto a la comunidad LGBTI en su totalidad. Es por esto que el uso del lenguaje en la investigación resulta relevante, en cuanto va a significar que hablamos de personas habitantes de esta sociedad, con los mismos derechos y deberes —tales como formar familia— que cualquier otro individuo que no se ve reducido a su orientación o identidad sexual.

¹ “Los procesos culturales dirigidos por un grupo hegemónico, para omitir la presencia de un grupo social (considerado) minoritario, con la finalidad de suprimir su identidad, y así reducir la resistencia a la dominación y mantener el poder político (toma de decisiones) y el control socio cultural (coerción) sobre el mismo.” Según BASTIDAS, F. y TORREALBA, M., 2014. *Definición y desarrollo del concepto “proceso de invisibilización” para el análisis social. Una aplicación preliminar a algunos casos de la sociedad venezolana.* Espacio Abierto, vol. 23, no. 3, p. 515.

² GLAAD. *Guía GLAAD para Profesionales de los Medios* [en línea]. <<https://www.glaad.org/sites/default/files/SLMR/Gu%C3%ADa%20de%20t%C3%A9rminos%20y%20definiciones%20para%20los%20medios.pdf>> [última consulta: 30 de agosto de 2021] “Debido a la historia clínica asociada con la palabra “homosexual”, ha sido adoptada y usada agresivamente por activistas antigay para sugerir que las lesbianas y los hombres gays tienen algún tipo de enfermedad o desorden psicológico, nociones que fueron desacreditadas por la Asociación Americana de Psicología y la Asociación Americana de Psiquiatría en los años 70”

La maternidad lésbica no es reconocida por el derecho en Chile, no solo porque es un tema controversial al tratar sobre una orientación sexual que existe fuera de la heteronormatividad, sino que al configurarse fuera de este plano, presenta interrogantes frente a su composición y existencia. Por lo demás, desafía los conceptos de familia y filiación que, vistos desde una lógica heterosexual, no permiten la inclusión de aquellas familias conformadas por dos mujeres donde ambas buscan ser madres. Este trabajo de investigación se referirá a aquellas familias formadas exclusivamente por parejas de mujeres que han concebido o buscan concebir hijas e hijos a través de técnicas de reproducción asistida (en adelante, “TRA”), esto debido a la escasa notoriedad que tienen las problemáticas de este grupo en particular. Sobre esto, las autoras del estudio exploratorio “Ser Lesbiana en Chile” concuerdan y señalan que: “Las comunidades de lesbianas y bisexuales son uno de los grupos más invisibilizados históricamente, incluso dentro de los trabajos y avances en derechos humanos de las mujeres y de la comunidad LGBTIQ+.”³ Por esta razón, es necesario considerar que dentro de la comunidad LGBTI se ven replicados aquellos estereotipos patriarcales que impulsan a los grupos más privilegiados a obtener beneficios frente a las luchas históricas de la comunidad. Los hombres cisgénero dentro de la comunidad son reconocidos públicamente por la sociedad, históricamente han formado parte de la esfera pública en la lucha por la igualdad sexual, mientras que aquellas identidades diversas que forman parte de la comunidad han sido relegadas a un espacio poco visible, lo que ha conducido a un menor reconocimiento público, donde las mujeres lesbianas o bisexuales que buscan ser madres junto a otras mujeres se ven enfrentadas a una realidad donde su identidad se ve invisibilizada.

De esta forma, las hijas e hijos de parejas del mismo sexo se encuentran desprotegidas en comparación con aquellos niños, niñas y adolescentes (en adelante, “NNA”) que forman parte de núcleos familiares heterosexuales⁴, esto es el resultado de la invisibilización que perpetúa la idea que las familias homoparentales no existen. En virtud de que en nuestro ordenamiento jurídico no se reconoce filiación de dos madres o dos padres, resulta imposible establecer condiciones de igualdad entre los hijos e hijas de parejas del mismo sexo y aquellos de parejas de distinto sexo. Por lo que finalmente, al establecer regulaciones que reconozcan las distintas realidades, en cuanto a la familia y a la identidad de quienes la forman se busca no solo entregar protección, sino que también visibilidad. Si bien las TRA no son la

³ AGRUPACIÓN LÉSBICA ROMPIENDO EL SILENCIO. Ser lesbiana en Chile. Estudio exploratorio, Santiago de Chile, 2019. [en línea] < <http://www.bpdigital.cl/opac/?locale=es&id=00050506> > [última consulta: 30 de agosto de 2021].

⁴ Boletín N° 10.626-07. CHILE. Proyecto de ley de filiación de hijos de parejas del mismo sexo.

única forma que existe para la conformación de la familia homoparental, si presenta variados dilemas éticos y sociales que nos parecen relevantes para esta investigación.

A pesar de que los problemas que nacen respecto a las TRA no son exclusivos de la comunidad LGBTI, es importante recalcar que sí presentan aún más dificultad al ser identidades no reconocidas como válidas frente a la sociedad y ni frente al derecho. Es por esto que la regulación actual en materia de reproducción asistida es deficiente, en cuanto no considera más que a las parejas heterosexuales en la normativa. Esto se ve reflejado en la percepción de idoneidad como madres y padres de las parejas del mismo sexo. Si bien ha sido establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵ que la discriminación por la orientación sexual de las madres y de los padres no es admisible con respecto al interés superior del niño, una posible regulación de las TRA en Chile que no considere a las parejas del mismo sexo va a perpetuar la discriminación e invisibilización existente.

Una de las TRA utilizadas por mujeres lesbianas que desean tener hijos es la Fecundación *In Vitro* recíproca, también conocido como Método ROPA (Recepción de los Ovocitos de la Pareja). Esta técnica consiste en la inseminación de los óvulos de una de las mujeres, para luego ser transferidos al útero de la pareja. Los dilemas éticos que se desprenden de esta técnica son interesantes, teniendo en cuenta que va a existir una madre biológica, quien lleva a cabo el embarazo, y una madre genética, quien aporta los óvulos. No solo se produce un problema discutido por la bioética respecto a la manipulación de embriones o frente a la donación de espermios -tanto como si fuera anónima, como si no lo fuera- sino que se presente un claro problema para el derecho, la filiación del niño o niña que nace producto de la TRA.

El método ROPA permite una maternidad compartida, pero es relevante establecer si la vinculación genética es importante la hora de determinar la filiación que resulta de las TRA⁶, teniendo en cuenta que la donación de ovocitos y esperma es comúnmente anónima. Es importante mencionar que un concepto a desarrollar en esta investigación es la voluntad procreacional⁷ a la hora de hablar de cualquier técnica de reproducción asistida. La oposición que resulta de ambos conceptos, vinculación genética y voluntad procreacional, resulta importante para la conclusión de esta investigación.

⁵ Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de febrero de 2012.

⁶ DI NUCCI, E., 2016. IVF, same-sex couples and the value of biological ties. *Journal of Medical Ethics*, vol. 42, no. 12, p. 784.

⁷ 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*, vol. 24, no. 1, p.77.

Es así como, considerar las implicancias de las técnicas de reproducción asistida frente a un grupo específico, como son las parejas de mujeres lesbianas supone un desafío en sí mismo. No solo se ha de considerar el resultado, sino el porqué se lleva a cabo. La teoría *queer*⁸ ha iniciado discusiones al respecto⁹, la asimilación de lo impuesto por la heterosexualidad y el modelo normativo de familia se ven reflejados en la necesidad de la reproducción biológica y los medios utilizados para alcanzarla. Respecto a esto, se desarrollarán los conceptos de *queer reproduction* o reproducción queer, *queer reproductive justice* o justicia reproductiva queer y *queer kinship* o parentesco queer, en relación con la lesbomaternidad y sus alcances sociales culturales, tales como el acceso a la TRA y quienes pueden efectivamente hacer uso de ellas y en definitiva, como se ha integrado la industria de la reproducción asistida a las necesidades de formar familia de la comunidad LGBTI y como se han transformado en un objetivo comercial para ellas.

Otro tema por considerar es la inexistencia de regulación referente matrimonio igualitario en Chile y cómo esto puede afectar a la hora de regular las TRA. Teniendo en cuenta la discriminación presente y su posible reiteración en materia de reproducción asistida, surge la interrogante sobre si se regulará efectivamente teniendo en cuenta la existencia de diversos tipos de familia o si, al no existir regulación sobre matrimonio igualitario se va a tender a ignorar a aquellas familias que no pertenezcan a la normativa heterosexual. De la misma manera, respecto a la reforma a la Ley de Adopción y sus repercusiones en la filiación homoparental, resulta relevante indagar respecto a la discriminación de la comunidad LGTBI. Es así como, a pesar de no estar relacionados de forma directa con el objeto de estudio de esta tesis, las repercusiones que tendrán estas reformas van a depender de manera sustancial de la no discriminación por identidad u orientación sexual en materia de filiación.

De esta manera, esta investigación se estructurará de la siguiente forma. El primer capítulo corresponderá al análisis histórico de las técnicas de reproducción asistida y su relación con la comunidad LGTBI, especialmente con parejas de mujeres lesbianas; se pretende explorar la experiencia comparada desde la regulación de las TRA, hasta la inclusión de parejas no-heterosexuales y sus hijos e hijas en la normativa. El segundo capítulo se centrará en la discusión nacional, especialmente en el

⁸ GLAAD, Op. cit. “Adjetivo en inglés usado por algunas personas, en especial, jóvenes, cuya orientación sexual no es exclusivamente heterosexual. En general, las personas que se describen a sí mismas como *queer* consideran que los términos lesbiana, gay y bisexual son demasiado restrictivos o están cargados de connotaciones culturales que no consideran propias.”

⁹ LEIBETSEDER, D., 2017. Queer reproduction revisited and why race, class and citizenship still matters: A response to Cristina Richie. *Bioethics*, vol. 32, no. 2, p. 140.

proyecto de ley que regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo y el proyecto sobre matrimonio igualitario, además de jurisprudencia pertinente y sobre la posibilidad que se materialice la regulación en este aspecto. Por último, en el tercer capítulo se tratarán los dilemas éticos que nacen a partir de las TRA, con especial mención al Método ROPA, que corresponde a una TRA dirigida exclusivamente a parejas de mujeres lesbianas.

CAPÍTULO I: ESTADO ACTUAL DE LA REGULACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

En este capítulo se busca contextualizar el desarrollo histórico que han tenido las TRA tanto en la legislación nacional como en la legislación comparada.

1. Concepto de Técnicas de Reproducción Asistida

La Organización Mundial de Salud en conjunto con el Comité Internacional por el Monitoreo de las Tecnologías de Reproducción Asistida, ICMART por sus siglas en inglés, realizó un glosario con el fin de estandarizar los términos relacionados con las técnicas de reproducción asistida¹⁰, respecto a ellas, se desarrollaron dos conceptos:

Tecnología de reproducción asistida (TRA): Todos los tratamientos o procedimientos que incluyen el manejo *in vitro* tanto de ovocitos humanos y esperma o de embriones con el propósito de establecer un embarazo.

Esto incluye, pero no se limita, a la fertilización *in vitro* y transferencia de embriones, transferencia intrafalopiana de gametos, transferencia intrafalopiana de cigotos, transferencia embrionaria de trompas, criopreservación de gametos y embriones, donación de ovocitos y embriones, y subrogación gestacional. TRA no se incluye a la inseminación asistida (inseminación artificial) que utiliza esperma de la pareja de la mujer o de un donante¹¹.

Reproducción médicamente asistida (MAR): Reproducción producida por inducción de la ovulación, estimulación ovárica controlada, activación de la ovulación,

¹⁰ ZEGERS-HOCHSCHILD, F., SCHWARZE, J.E., CROSBY, J.A., MUSRI, C. y URBINA, M.T., 2019. Assisted reproductive techniques in Latin America: The Latin American registry, 2016. *JBRA Assisted Reproduction*, vol. 3, no. 23, p. 2685.

¹¹ *Ibid.*, p. 2686. Traducción propia.

procedimientos de ART e inseminación intrauterina, intracervical e intravaginal con semen del esposo / pareja o donante¹².

Estas definiciones son significativas al tenor de los estudios que se realizan sobre reproducción asistida, aunque estos son escasos en nuestro país y en nuestra región¹³. Es decir, que para efectos de esta investigación lo son aún más, teniendo en cuenta que tales estudios no realizan una consideración especial respecto de familias lesbomaternales. Resulta interesante analizar este punto, debido a que la concepción general sobre técnicas de reproducción asistida está normalmente asociada a la infertilidad, basta con observar los requisitos para acceder a las prestaciones de salud relacionadas a técnicas de reproducción asistida, dentro de los cuales se encuentra contar con un diagnóstico previo de infertilidad.¹⁴

Cuando nos referimos a las parejas de mujeres que desean ser madres, no solo nos referimos a aquellas mujeres sin patologías reproductivas que buscan formar familia, sin embargo, el acceso diferenciado y claramente discriminatorio que se produce en nuestro país, supone que las familias LGBTI se formen en las lagunas presentes actualmente en la legislación, que no prohíbe ni autoriza procedimientos de TRA que les tengan en cuenta. La desprotección que esto produce no solo afecta a la pareja que busca realizar el procedimiento TRA, sino que significa un desconocimiento de los derechos de las hijas e hijos que nacen en las familias LGBTI producto de las TRA.

2. Regulación en Chile: Historia del Artículo 182 del Código Civil

Las técnicas de reproducción asistida se han convertido en un tema de interés para el derecho desde su misma concepción debido a su relación con la filiación y la propia regulación de, en su tiempo, estas nuevas tecnologías. En Chile, durante el año 1997 se comienzan a discutir materias relacionadas a la reproducción asistida en función de su relación con las modificaciones al Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación llevadas a cabo por la ley N° 19.585. De acuerdo con la historia del artículo 182¹⁵ del Código Civil, en el Senado se discuten ampliamente dentro de las comisiones de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento y de Salud, los efectos que tienen las técnicas de

¹²ZEGERS-HOCHSCHILD, F., SCHWARZE, J.E., CROSBY, J.A., MUSRI, C. y URBINA, M.T., Op. cit., p. 2686. Traducción propia.

¹³Ibid.

¹⁴ SUPERINTENDENCIA DE SALUD. Circular IF/N° 331. Santiago, Chile. 27 de agosto de 2019.

¹⁵ Filiación mediante técnicas de reproducción humana asistida. Historia de la Ley, Código Civil. *Biblioteca del Congreso Nacional*. Abril 2013

reproducción asistida en la filiación, específicamente las consecuencias que podrían tener en las reclamaciones de filiación.

Esta discusión tuvo como resultado el actual artículo 182 del Código Civil que establece en su inciso primero: “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.” El tenor literal de esta norma destaca como requisito la presencia de un padre y una madre, como también de un hombre y una mujer, reduciendo conscientemente la extensión de la aplicación de este artículo. Es decir, no se puede aplicar a quienes como parejas del mismo sexo se sometan a técnicas de reproducción asistida con el objetivo de formar familia y tener hijos o hijas, ya que el requisito de que exista un hombre y una mujer no se cumple.

El progreso de las técnicas de reproducción asistida se ha expandido para incluir a parejas del mismo sexo como principales receptores de ellas, junto con aquellas parejas que sufren de algún tipo de infertilidad. Es así como se puede observar el desarrollo de nuevas técnicas como el método ROPA, acrónimo para Recepción de Ovocitos de la Pareja, orientada exclusivamente a parejas de mujeres y que consiste en que una de las mujeres proporciona sus óvulos que son fecundados con espermatozoides de un donante anónimo, mientras que la otra mujer recibe los embriones, para así gestarlos y dar a luz¹⁶. Estas técnicas dejan entrever la inconsistencia y falta de regulación que existen en nuestro país respecto a la reproducción asistida. Si bien métodos como el antes mencionado no están prohibidos, al no encontrarse regulados resultan en desprotección para las familias, en especial para aquellos niños y niñas concebidos mediante este tipo de tecnologías.

El artículo 182 del Código Civil utiliza la frase “se sometieron a ellas” para indicar que la filiación de aquellos niños y niñas está supeditada a la realización de un procedimiento médico electivo que tiene como finalidad concebir un hijo o hija, por tanto, no es el elemento genético el que define este artículo, sino que un elemento volitivo. Eleonora Lamm se refiere a la voluntad como elemento de importancia en la filiación como consecuencia de técnicas de reproducción asistida, incluso indica que las TRA podrían significar la existencia de un nuevo tipo de filiación: “Lo biológico ya no comprende lo genético, ni lo genético comprende lo biológico. En otras palabras hoy el aporte puede ser exclusivamente genético.”¹⁷

¹⁶ SAUSS-ORTEGA, C., 2018. La maternidad biológica compartida en parejas lesbianas. La técnica de fertilización “in vitro” con el método de recepción de ovocitos de la pareja (ROPA). *Matronas Profesión*, vol. 19, no. 2, p. 64.

¹⁷ 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*, no. 24, p. 81

Los hijos e hijas de parejas del mismo sexo en nuestro país no pueden ser inscritos por ambos padres o madres en el Servicio de Registro Civil e Identificación¹⁸, a pesar de que hayan sido concebidos mediante técnicas de reproducción asistida que suponen la voluntad de ambos para ser padres o madres. El método ROPA resulta ser un ejemplo perfecto de esto, un procedimiento que permite la co-maternidad de mujeres lesbianas o bisexuales no es suficiente a la luz de la legislación actual para ser considerada dentro del caso establecido en el artículo 182 del Código Civil que regula la filiación cuando la concepción ocurre mediante técnicas de reproducción asistida debido a que, quienes se sometieron a aquella no son un hombre y una mujer, sino dos mujeres.

De esta forma, se deja entrever que el impedimento de inscribir como hijos e hijas a niños que son parte de familias lesboparentales se basa en una cuestión de género y orientación sexual, entorpeciendo el establecimiento de la filiación. Es respecto a estos temas que nuestro país ha sido encontrado responsable de vulneración de derechos, entre ellos la igualdad y la no discriminación, por la Corte Interamericana en el fallo *Atalla y niñas vs. Chile*, la cual estableció que: “[...]el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual, en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas.¹⁹”

3. Análisis de Derecho Comparado

3.1. Desarrollo en Estados Unidos

El reconocimiento a distintos tipos de familia en Estados Unidos ha tenido un desarrollo considerablemente más extenso que el de nuestro país, Nan Hunter y Nancy Polikoff escribieron un artículo publicado en el *Buffalo Law Review* titulado “*Custody Rights of Lesbian Mothers: Legal Theory and Litigation Strategy*”, esto ocurrió hace más de cuarenta años, durante el año 1976. En este artículo, las autoras presentan un problema similar al que atraviesa Chile en este momento: la lesbomaternidad en un momento donde el *status-quo* de la sociedad estadounidense de aquella época cuestionaba las aptitudes para ser madres de mujeres basándose en su orientación sexual. El enfoque de este artículo fue la presentación de distintos casos de jurisprudencia local estadounidense donde madres lesbianas buscaban la custodia de hijos e hijas en disputas contra padres, otros parientes y el Estado²⁰,

¹⁸ SERVICIO de Registro Civil e Identificación. Circular D.N N^a 11. Santiago, Chile. 2 de mayo de 2016.

¹⁹ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, (Fondo, Reparaciones y Costas) [en línea], Sentencia de 24 de febrero de 2012. <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf> [última consulta: 7 de julio de 2020]

²⁰ HUNTER, N. y POLIKOFF, N., 1975. *Custody rights of lesbian mothers: Legal theory and litigation strategy*. *Buffalo Law Review*, vol. 25, no. 3, p. 699

además de ofrecer estrategias legales que ayudarían a obtener la custodia en estos casos. Nancy Polikoff ha realizado más aproximaciones al tema de familias lesboparentales, con un objetivo claro de visibilizar a las familias de parejas lesbianas que tienen hijos; donde el reconocimiento jurídico de estos hijos e hijas juega un papel fundamental a la hora de definir derechos y deberes para quienes conforman estas familias. A pesar de que esta autora se centra en conflictos jurídicos que normalmente nacen luego del divorcio de una pareja heterosexual, donde la madre busca la custodia de sus hijos o hijas con una pareja de su mismo sexo, los problemas que nacen del no reconocimiento de estos hijos por el derecho son bastante similares a los problemas que se generan al no reconocer la conformación de una familia lesbomaternal mediante técnicas de reproducción asistida. Es importante recalcar que el trabajo realizado por esta autora se ha desarrollado desde los años 70 hasta el día de hoy, en su trabajo como profesora en la facultad de derecho de la Universidad de América, Washington D.C, donde sigue avanzando la discusión en temas LGBT+.

La reproducción asistida en los Estados Unidos no se encuentra legislada de forma nacional, aunque se puede afirmar que no está prohibida a nivel federal y que son los Estados de manera individual los que entregan directrices respecto al desarrollo médico, ético e incluso de investigación²¹, donde las clínicas de fertilidad deben aportar de manera obligatoria cifras y datos respecto a sus porcentajes de éxitos y fracasos.²²

Durante el año 2015, en el caso llamado *Obergefell v. Hodges*, la Corte Suprema de Estados Unidos falló respecto al matrimonio igualitario, legalizando el matrimonio entre personas del mismo sexo en ese país, considerando que la prohibición de este violaba las cláusulas de debido proceso y protección igualitaria de la Constitución de los Estados Unidos²³. Este fallo permitió no solo que parejas del mismo sexo pudieran contraer matrimonio, sino que les permitió acceder a los derechos y deberes que cada Estado le otorga a todos los matrimonios.²⁴ Además se enfatizó en el daño que se produce a los niños y niñas que forman parte de familias homoparentales cuando los Estados prohíben que sus padres o sus madres puedan contraer matrimonio: “Sin el reconocimiento, estabilidad, y previsibilidad que ofrece el matrimonio, sus hijos sufren del estigma de saber que sus familias son de alguna forma menos [que las familias heteroparentales y casadas]”²⁵.

²¹ VIDAL, J., 2019. Acerca de la regulación jurídica de las técnicas de reproducción humana asistida. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, vol. 10, p. 487

²² ESTADOS UNIDOS. Fertility Clinic Success Rate and Certification Act of 1992 (H.R 4773)

²³ PIERCESON, J., 2020. *LGBTQ Americans in the U.S. political system: an encyclopedia of activists, voters, candidates, and officeholders*. Santa Barbara, California: Abc-Clio. p. 315

²⁴ ESTADOS UNIDOS. Corte Suprema. Sentencia de 26 de junio de 2015. *Obergefell v. Hodges*

²⁵ *Ibid.* Traducción propia.

Luego, durante el año 2017, la Corte Suprema de Estados Unidos vuelve a pronunciarse respecto a los derechos de las familias homoparentales en el caso *Pavan v. Smith*²⁶. El caso comenzó con dos parejas de mujeres casadas que, al momento de solicitar el certificado de nacimiento de sus hijos, el Departamento de Salud del Estado de Arkansas se negó a inscribir como madre a la mujer que no había dado a luz. Ambas familias llevaron el caso a un corte estatal, la cual reconoció que la negativa de inscripción era contraria la Constitución, sin embargo, la Corte Suprema de ese Estado revirtió el fallo y consideró que el caso *Obergefell v. Hodges* no era aplicable, toda vez que la legislación del Estado de Arkansas respecto a la inscripción de hijos e hijas “se centra en la relación de la madre biológica y el padre biológico del niño, no en la relación matrimonial del esposo y la esposa.”²⁷ Este caso llega a la Corte Suprema de Estados Unidos, la cual rechazó el fallo de la Corte Suprema de Arkansas y estableció que existió discriminación al impedir que se inscriban a las dos madres en el certificado de nacimiento de sus hijos, debido a que existió un trato diferenciado a estas familias por tratarse de parejas del mismo sexo.

Es así como en Estados Unidos, a pesar de no tener una legislación federal que se refiera exclusivamente a las técnicas de reproducción asistida, si existe un reconocimiento las familias LGBTI otorgado por el matrimonio. El fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos que utilizó la frase “*constellation of benefits*”²⁸ para referirse al conjunto de beneficios otorgados a las familias por el matrimonio, igualó las condiciones de familias heteroparentales y homoparentales, especialmente en materia de filiación, lo que se confirmó en un fallo posterior, donde la Corte Suprema revocó el fallo de la Corte Suprema del Estado de Arkansas que negó la inscripción del nombre de una de las madres en el certificado de nacimiento de su hijo. Esta situación resulta interesante, en cuanto se asimila a la situación actual en el Servicio de Registro Civil e Identificación de nuestro país.

3.2. Desarrollo en España

El desarrollo legislativo de la reproducción asistida en España data de finales de los años 80s con la ley 35 de 1988 que regulaba la reproducción asistida²⁹. Si bien fue proceso lento y con modificaciones durante los años 2000, la ley 14 de 2006 regula variados aspectos de la reproducción asistida, uno de ellos es el tratamiento de gametos y embriones, definiendo sus conceptos legales y

²⁶ ESTADOS UNIDOS. Corte Suprema. Sentencia de 26 de junio de 2017. *Pavan v. Smith*.

²⁷ Ibid. Traducción propia.

²⁸ ESTADOS UNIDOS. Corte Suprema. Sentencia de 26 de junio de 2015. *Obergefell v. Hodges*

²⁹ VIERA, M., 2017. *Género y biocapitalismo Economía política de la “donación” de gametos en Uruguay* [en línea]. Tesis Doctoral. Universidad de la República de Uruguay: Montevideo. <https://www.colibri.udelar.edu.uy/jspui/bitstream/20.500.12008/23257/1/Tesis_VIERACHERRO%281%29.pdf> [última consulta: 4 de marzo de 2021].

entregando cierta protección a los preembriones *in vitro*, aunque no equiparable a la protección de aquellos embriones implantados en el útero materno.³⁰

Es relevante destacar, que una reforma a la ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida estableció de manera explícita la filiación para hijos e hijas de madres lesbianas casadas: “Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.”³¹

Un aspecto controvertido de esta ley es la prohibición total de la maternidad subrogada, donde todos los contratos que hagan referencia a ella son considerados nulos, incluso aquellos casos donde el embrión se formó con el óvulo de una mujer que desea ser madre pero no puede llevar a término el embarazo, es decir, “que la posibilidad de convertirse en madre mediante reproducción asistida no está disponible para aquellas mujeres que no pueden llevar a término el embarazo.”³² A pesar de lo anterior y de que por ley las donaciones de gametos deben ser efectuadas de manera anónima, la posibilidad de realizar el Método ROPA en España es legal, debido a que las donaciones de gametos entre personas casadas está permitida y el matrimonio igualitario en España existe desde el año 2005³³. Este método fue estudiado por médicos en España y permitió concluir que, esta técnica de reproducción asistida permite que ambas madres puedan compartir la experiencia de la maternidad y que la misma no daña al niño o niña que nace a partir del procedimiento, es el nivel de aceptación de la sociedad donde nace ese niño o niña la que determina las repercusiones del desarrollo de estos niños y niñas³⁴. El estudio agrega que “la evidencia indica que los hijos de parejas lesbianas tienen el mismo o mejor desarrollo que los hijos de parejas heterosexuales, y que los factores socioculturales y económicos pueden explicar este hecho”³⁵.

De esta forma, es posible considerar que España ha sido un estado pionero en la materialización de derechos para las personas que forman familias LGBTI, con la aprobación del matrimonio y la posibilidad de adopción para parejas del mismo sexo³⁶ y además, el nacimiento de una nueva técnica de reproducción asistida desarrollada por el Instituto de Reproducción CEFER, la cual bautizaron como ROPA o recepción de ovocitos de la pareja³⁷.

³⁰ VIDAL, J. Op. cit., p. 500.

³¹ ESPAÑA. Ley 14/2006 de 27 de mayo de 2006. Sobre técnicas de producción humana asistida.

³² IMAZ, E., Op. cit., p. 7.

³³ ESPAÑA. Ley 14/2006 de 27 de mayo de 2006. Sobre técnicas de producción humana asistida.

³⁴ MARINA, S., MARINA, D., MARINA, F., FOSAS, N., GALIANA, N. y JOVE, I., 2010. Sharing motherhood: biological lesbian co-mothers, a new IVF indication. *Human Reproduction*, vol. 25, no. 4, p. 940.

³⁵ Ibid.

³⁶ IMAZ, E. Op. cit.

³⁷ MARINA, S., MARINA, D., MARINA, F., FOSAS, N., GALIANA, N. y JOVE, I., Op. cit.

3.3. Desarrollo en Latinoamérica

En nuestra región, países como Argentina y Uruguay han mostrado un desarrollo legislativo progresivo a reconocer las TRA. En el primero, con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial el año 2015 se reconoce el derecho a las personas del mismo sexo de contraer matrimonio y además se introduce una tercera fuente de filiación que se desprende de la voluntad de procrear mediante técnicas de reproducción asistida³⁸. En el segundo, se reguló mediante la ley 19.167 del año 2013, en la cual se estableció que las TRA “como principal metodología terapéutica de la infertilidad, en la medida que se trate del procedimiento médico idóneo para concebir en el caso de parejas biológicamente impedidas para hacerlo, así como en el caso de mujeres con independencia de su estado civil”³⁹⁴⁰

Resulta importante destacar que mientras Uruguay dedica un capítulo de la ley a regular la gestación subrogada, prohibiéndola en todos los casos salvo “ en aquellos casos en que la mujer acuerde con un familiar suyo o de su pareja en segundo grado de consanguinidad para que geste, de forma gratuita, el embrión propio “(...) aquel que es formado como mínimo por un gameto de la pareja o en el caso de la mujer sola por su óvulo.^{4142”” Argentina opta por el silencio en cuanto a la gestación por sustitución, es decir, no está prohibida pero al no estar regulada presenta problemas de reconocimiento, el cual ha sido otorgado mediante sentencias judiciales.⁴³}

Por otra parte, la ley uruguaya reafirma el compromiso del Estado con garantizar que los procedimientos que utilicen técnicas de reproducción asistida sean incluidos dentro de las prestaciones ofrecidas por el Sistema Nacional de Salud y agrega que estos procedimientos serán financiados por el Estado cuando la mujer que se someta a ellos no sea mayor de 40 años.⁴⁴ Es importante recalcar que la ley en Uruguay no hace distinción entre parejas del mismo sexo o de distinto sexo, por lo que el acceso por parejas de mujeres que buscan formar familia en ese país está garantizado. El contraste con nuestro país es significativo, cuando la única comparación posible es la Resolución Exenta N°49, de 22 de enero de 2019, de los Ministerios de Salud y Hacienda, la cual a través de una circular de la Superintendencia

³⁸ VIDAL, J. Op. cit.

³⁹ URUGUAY. Ley 19.167 de 29 de noviembre de 2013. Técnicas de reproducción humana asistida.

⁴⁰ VIERA, M., 2017. *Género y biocapitalismo Economía política de la «donación» de gametos en Uruguay*. Tesis Doctoral. Universidad de la República de Uruguay: Montevideo, p. 86

⁴¹ URUGUAY. Ley 19.167 de 29 de noviembre de 2013. Técnicas de reproducción humana asistida.

⁴² VIERA, M. Op. cit. p. 87

⁴³ VIDAL, J. Op. cit. P. 503.

⁴⁴ URUGUAY. Ley 19.167 de 29 de noviembre de 2013. Técnicas de reproducción humana asistida.

de Salud especifica el requisito de la infertilidad para acceder a los tratamientos⁴⁵, por lo que excluye a aquellas parejas de mujeres que no cumplan ese requisito.

Es así como es posible considerar que el avance no solo científico, sino que social y cultural de las TRA ha tenido repercusiones en los modelos de familia, en el acceso que tienen estas familias a las mismas y que se ha expandido desde una visión puramente funcional a la infertilidad a formar parte de las luchas de un movimiento social histórico, como lo es el movimiento LGBTI. Sin embargo, es necesario analizar las consecuencias negativas que esto ha conllevado, como la mercantilización de las TRA y el “turismo reproductivo” que serán analizadas en el tercer capítulo de esta investigación.

⁴⁵ SUPERINTENDENCIA DE SALUD. Circular IF/N° 331. Santiago, Chile. 27 de agosto de 2019.

CAPÍTULO II: LA NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN REAL Y LOS DESAFÍOS LEGISLATIVOS NACIONALES

Este capítulo se va a referir al impacto de las iniciativas legislativas, reglamentos y jurisprudencia relacionados en la conformación de las familias lesbomaternales.

1. Situación en el Servicio de Registro Civil e Identificación

La relación que existe entre los miembros de la comunidad LGTBI y las instituciones es complicada, en cuanto refleja las percepciones sociales que se tiene respecto a ellos.⁴⁶ Si bien contamos con la ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación, más conocida como Ley Zamudio, el actuar de las instituciones ha sido históricamente discriminatorio, no sólo porque se rigen por leyes que lo son, sino porque la relación de cercanía entre la ciudadanía y los servicios del Estado se produce de manera obligatoria. Es posible observar esto, por ejemplo, dentro de los servicios de salud donde existe ignorancia y desinformación respecto a la población de mujeres lesbianas y bisexuales que buscan formar familia. Si bien la reciente legislación sobre los convivientes civiles --el Acuerdo de Unión Civil, que se promulgó en 2015-- no discrimina a las parejas del mismo sexo al momento de celebrar el acuerdo, esta no se refiere a la inscripción de hijos e hijas que nacen luego de celebrado el acuerdo. Esto genera confusión respecto de procedimientos propios de la institución a cargo del proceso de inscripción de niños y niñas recién nacidos en Chile, el Servicio de Registro Civil e Identificación.

Debido a que la ley N° 20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil (en adelante “AUC”) no se refiere a la maternidad de los hijos o hijas nacidos durante el AUC y solo se refiere a la paternidad en los términos del artículo 184 del Código Civil, el Servicio de Registro Civil e Identificación mediante la Circular D.N N° 11 de fecha 02 de mayo de 2016, estableció los requisitos para inscribir a hijos o hijas comunes en la libreta del AUC, dentro de los requisitos establecidos por el Servicio se encuentra que “Debe tratarse de una pareja heterosexual que previamente haya celebrado un Acuerdo de Unión Civil y este último se encuentre vigente a la fecha de la solicitud.”⁴⁷

Los argumentos para establecer este requisito fueron entregados por el Servicio de Registro Civil e Identificación mediante un requerimiento en el portal de Transparencia⁴⁸. En su respuesta, comienzan

⁴⁶ AGRUPACIÓN LÉSBICA ROMPIENDO EL SILENCIO. “Ser lesbiana en Chile.” Estudio exploratorio, Santiago de Chile, 2019

⁴⁷ SERVICIO DE REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN. Circular D.N N° 11. 2 de mayo de 2016.

⁴⁸ SERVICIO DE REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN. Carta AUC N° 11. 30 de septiembre de 2019.

definiendo el Acuerdo de Unión Civil como un acto que constituye familia, citando los artículos 1º y 19 N°2 de la Constitución Política de la República y además los tratados internacionales ratificados por Chile que versan sobre los principios de igualdad y no discriminación. Luego, señalan que “la filiación es un hecho de la naturaleza que tiene efectos jurídicos y que solo puede producirse entre un hombre y una mujer, según se desprende de lo establecido en el artículo 179 del Código Civil, que establece “la filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial”⁴⁹, añadiendo la transcripción del artículo 182 del Código Civil como respuesta a la filiación respecto a hijos o hijas nacidos mediante TRA. Además, agregan las definiciones establecidas en el Código Civil respecto a la determinación de la maternidad, la paternidad y la acreditación de la filiación. Por último, citan a la Corte Suprema, que, respecto a un recurso presentado ante la Corte de Apelaciones de Santiago, ratificó la sentencia donde se descarta la arbitrariedad del Registro Civil al negar la inscripción de un hijo a una pareja del mismo sexo. Finalizan la carta estableciendo: “En armonía con lo anterior, a través de la Circular D.N N°11 de fecha 02 de mayo de 2016, se procedió a instruir a todas las oficinas de nuestro Servicio, sobre la procedencia de anotar en la libreta de acuerdo de unión civil a hijos (as) comunes de los convivientes civiles.⁵⁰”

Dicho esto, se puede apreciar la incongruencia entre la definición que el Servicio tiene sobre el AUC: “un acto de familia, de la misma forma en que lo constituye el matrimonio⁵¹” y la decisión que tomaron con la Circular nombrada anteriormente. Establecer como requisito para la anotación de hijos e hijas en la libreta de AUC que debe tratarse de una pareja heterosexual quien la realiza, corresponde claramente un acto discriminatorio en relación con la orientación sexual de quienes celebran un AUC, sobre todo si se toma en cuenta, que se están citando los principios de igualdad y no discriminación establecidos por los tratados internacionales ratificados por Chile. La Ley no establece una prohibición en cuanto a la anotación de hijos e hijas de parejas del mismo sexo en la libreta de AUC, sin embargo, el Servicio de Registro Civil e Identificación con esta Circular establece requisitos que restringen los derechos, no solo de la pareja del mismo sexo, sino que también de sus hijos o hijas.

Por tanto, se podría llegar a la conclusión que, si la inscripción de hijos o hijas nacidos durante el AUC no está definida por la ley, no podría realizarse para nadie, sea una pareja de distinto sexo o del mismo sexo.

Es así, como se da cuenta del problema que subyace en estas situaciones: la determinación de la filiación. Nos referiremos a ella en el siguiente análisis de jurisprudencia, donde se podrá visualizar la insuficiente regulación existente en materia de filiación lesbomaternal.

⁴⁹ SERVICIO DE REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN. Circular D.N N° 11. 2 de mayo de 2016.

⁵⁰ SERVICIO DE REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN. Carta AUC N° 11. 30 de septiembre de 2019.

⁵¹ SERVICIO DE REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN. Carta AUC N° 11. 30 de septiembre de 2019.

2. Análisis de jurisprudencia

2.1 Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso Causa Rol N°3335-2018.

Este análisis corresponde a la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso del día 15 de junio de 2018⁵², a propósito de un recurso de protección, en el cual se buscaba la inscripción de una menor con doble filiación materna. Las partes en este caso son, como recurrentes: Constanza Paz Monsalves Infante, Mayra Opazo Méndez y Martina Ignacia Opazo Monsalves y como parte recurrida: Servicio de Registro Civil e Identificación.

En principio, corresponde realizar una breve exposición de los hechos relevantes al juicio. Con fecha 13 de abril de 2018, Constanza Monsalves y Mayra Opazo interpusieron recurso de protección en representación de su hija Martina Opazo Monsalves debido a que se le negó la inscripción a Mayra como madre de Martina en el Servicio de Registro Civil e Identificación de Viña del Mar.

Exponen en el recurso que tienen una relación de pareja hace varios años, que por esta razón deciden formar una familia y para lograr esto, acuden a la Clínica de la Mujer en Viña del Mar, donde Constanza se sometió a una inseminación artificial, siempre con la compañía de Mayra. Estuvieron juntas durante todo el proceso de embarazo, desde la inseminación al nacimiento de su hija. Incluso suscribieron un Acuerdo de Unión Civil durante el embarazo de Constanza, con el fin de demostrar que Mayra también era madre de la hija que esperaban.

Luego del nacimiento de Martina, llevaron a cabo el proceso de la inscripción en el Registro Civil. Mayra acató las instrucciones del funcionario a cargo, quien sostuvo la posibilidad de inscribir como madre solamente a Constanza, pero dejando en el registro los apellidos de ambas. Al no quedar conformes con esta situación, acuden al Registro Civil nuevamente, donde las funcionarias explicaron que inscribir a una niña con dos madres no era posible debido a que no está permitido por la ley. En el recurso hacen presente la discriminación que perciben por ser una pareja de madres lesbianas, sienten que si se tratara de una pareja heterosexual que se sometiera al mismo procedimiento, no existiría este tipo de discriminación. Por esta razón decidieron buscar asesoría jurídica, con el fin de que se reconozcan los derechos de su hija.

⁵² Corte de Apelaciones de Valparaíso. 15 de junio 2018. Rol N°3335-2018.

Luego, corresponde exponer los argumentos de derecho de la parte recurrente. Como primer punto, sostienen que el acto de negar la inscripción es arbitrario e ilegal, toda vez que atenta contra las garantías constitucionales de integridad personal, igualdad ante la ley, vida privada, derechos de la niña e interés superior de la niña, establecidas además en los Tratados Internacionales ratificados por Chile.

Agregan que la integridad personal, consagrada en el artículo 19 n° 1 de la Constitución Política de la República, tiene directa relación con el procedimiento de inseminación artificial al que se sometió Constanza y que resultó en el embarazo y nacimiento de Martina, debido a que fue un proceso que vivieron ambas, producto de una decisión conjunta y que resultó en costos emocionales y económicos asumidos por las dos madres; el desconocimiento legal de la realidad que viven como madres de la niña y la indiferencia frente a su decisión de formar una familia resulta en una afectación de la integridad personal de ambas mujeres y su hija.

Respecto a la igualdad ante la ley, citan los artículos 1°, 5° y 19 n° 2 de la Constitución, además de los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los cuales se manifiestan en la discriminación existente en la negativa de inscripción en el Registro Civil sólo por tratarse de una pareja de mujeres lesbianas tratando de inscribir a su hija, comparándolo con la situación de una pareja heterosexual, donde no existen impedimentos frente a que un hombre pueda inscribir a su hijo o hija en el Registro Civil, cuando no es el padre biológico. Además, citan el artículo 3° de la Ley Orgánica del Registro Civil e Identificación, donde se establece que el Servicio velará por la constitución legal de la familia, pero no establece que el tipo de familia deba ser la familia heterosexual, estableciendo en el recurso que, debido a la evolución de los tiempos, se debe considerar como familia a aquellas conformadas por personas del mismo sexo.

Respecto al interés superior de la niña, citan la sentencia de 24 de febrero de 2012 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, donde se expresa que el interés superior del niño no puede ser utilizado como medio de discriminación al tener en cuenta la orientación sexual de los padres o madres del niño o niña. Agregan que la decisión de no inscribir a Martina como hija de sus madres por parte del Registro Civil, atenta contra sus derechos a la familia, consagrado en el artículo 1° de la Constitución, que establece a la familia como núcleo fundamental de la sociedad y además, atenta contra el derecho a la identidad de Martina, citando una sentencia del tribunal Constitucional que estableció que la inscripción en el Registro Civil, inmediatamente realizada luego del nacimiento del niño o niña, constituye parte del reconocimiento a la identidad personal.

Agregan al Control de Convencionalidad como un concepto relevante, ya que este se encuentra relacionado con la forma de tomar decisiones dentro del Poder Judicial, que, de acuerdo a lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe “ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención

Americana sobre Derechos Humanos”. También se refieren al Test de Proporcionalidad, como herramienta para determinar si la decisión de no inscribir a Martina como hijas de Constanza y Mayra bajo la lógica de que tal acto es ilegal se superpone al derecho que tienen ellas a la identidad, a la igualdad ante la ley, a la familia.

Es así como corresponde establecer la cuestión jurídica controvertida apreciable en este recurso: ¿Corresponde la inscripción de dos madres en la inscripción de un hijo o hija que nació como resultado de técnicas de reproducción asistida?

Para esclarecer el asunto es relevante considerar el informe que evacuó el Servicio de Registro Civil e Identificación de Viña del Mar. Sostienen que la inscripción de Martina consta en los registros con fecha de nacimiento 17 de abril de 2017, que se acreditó mediante comprobante de atención de parto que la madre que dio a luz es Constanza Monsalves, lo cual se registró en el rubro de “identidad de los padres”, mientras que la identidad del padre no se inscribió. Agregan que de acuerdo al artículo 31 n°4 de la Ley N°4.808, artículo 113 N°1 y 5 del DFL N 2.128 y al artículo 183 del Código Civil, la maternidad queda determinada por el parto, cuando las identidades de la madre y el hijo quedan registradas en el Registro Civil, y además citan el artículo 182 del Código Civil, que regula la filiación a partir de la aplicación de técnicas de reproducción humana. Señalan que el Servicio no incurre en discriminación al aplicar las normas vigentes y que respecto a las disposiciones citadas y la Convención de los Derechos del Niño, la labor del servicio se encuentra dentro de los parámetros al cumplir con su función registral.

Corresponde continuar con el análisis respecto a la decisión de la Corte de Apelaciones de Valparaíso respecto a este caso.

En el considerando cuarto la Corte establece que la petición de la recurrente excede “los términos en que se desenvuelve, se tramita y se resuelve un recurso de protección”, esto debido a que, mediante la acción de protección la recurrente busca modificar la filiación, lo que no corresponde a una cuestión urgente e impostergable y que debe ser resuelta en otra sede.

En el considerando quinto se confirma lo establecido en el informe del Servicio de Registro Civil e Identificación correspondiente a que la inscripción se realizó conforme a la normativa legal. Razonan que la inscripción se realizó en conformidad, en cuanto la inscripción de la madre biológica es correcta y que “respecto al padre, se utilizó el procedimiento de inseminación artificial.”

En el considerando sexto se reitera que el hecho determinante de la maternidad es el parto, lo que se ve reflejado en esta inscripción, agregan que existen otras formas de determinar la filiación, como el reconocimiento y la sentencia de un juicio de filiación.

En el considerando séptimo se reitera la alusión de que el donante es el padre, toman en consideración el artículo 182 del Código Civil que indica como madre y padre de un hijo concebido por técnicas de reproducción humana a quienes se sometieron a ellas

En el considerando noveno concluyen que la negativa a inscribir a Martina no se trata de un acto arbitrario ni ilegal. La Corte reconoce que se trata de una familia, sin embargo, recalca que no se ha regulado sobre la inscripción, es decir, que no existe dentro de la normativa una forma de inscribir válidamente a dos madres en los registros.

En el considerando décimo se menciona el hecho de los apellidos de Martina, que al permitir este acto se garantizan los derechos de la niña, por ejemplo, el derecho a la identidad. Que a pesar de las consecuencias que podría presentar para Martina que una de sus madres no esté inscrita como tal en su registro, la acción de protección no es la vía para resolver tales conflictos, pues la filiación es materia de orden público.

A partir de lo anterior, la Corte rechaza el recurso por considerar que las garantías constitucionales citadas no fueron afectadas. Esta decisión se tomó con el voto en contra de una ministra, quien considero se debía acoger el recurso. Por esto, corresponde analizar las razones de la ministra Silvana Donoso Ocampo para acoger el recurso.

Dentro de los argumentos de la ministra, se encuentran, en primer lugar, que basar negativa de la inscripción en la falta de instrumentos, es decir, que no exista en el formulario de inscripción de nacimiento un espacio o rubro para indicar la identidad de dos madres o dos padres, no es un argumento de relevancia para vulnerar derechos. En segundo lugar, demuestra que distintas normas citadas como argumentos para negar la inscripción, como el artículo 31 n° 4 de la Ley N° 4.808 y el artículo 113 del DFL N° 2.128, contienen conceptos carentes de vigencia, por ejemplo, el de hijos legítimos e ilegítimos, que se encuentran derogados y advierten una clara discriminación, que por lo demás tales artículos no contienen una prohibición de realizar la inscripción que se pide en el recurso. En tercer lugar, cita los artículos 183, 186 y 187, refiriéndose al primero como la norma que resuelve el conflicto que estamos analizando. Respecto a estos artículos, la ministra razona que tratan de un momento en la historia donde las familias reconocidas eran únicamente familias conformadas por un hombre y una mujer como pilares de esta; que actualmente, con la entrada en vigor del Acuerdo de Unión Civil, se consagra el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo. En cuarto lugar, se refiere al artículo 1° de la Constitución, a la Declaración Universal de Derechos Humanos, al Pacto de Derechos Civiles y Políticos, al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y a la Convención de los Derechos del Niño, en sus artículos referidos a la familia y a la conformación de esta, recalcando la protección y asistencia que debe el Estado a la familia en favor, sobre todo, de los niños y niñas. Es así como llega a la siguiente conclusión: Primero, “si las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos y la

familia es el núcleo fundamental de la sociedad, resulta ininteligible el sustento normativo para mantener situaciones fácticas de desigualdad”, agregando que la discriminación arbitraria que se produce contra las familias distintas a las heteroparentales, solo mantiene de la posición hegemónica de aquellas familias compuestas por un hombre y una mujer. En quinto lugar, hace referencia a la discriminación de género que se produce a la luz del artículo 187, que permite a un hombre requerir la inscripción de un menor sin filiación paterna, sin tener en consideración su vínculo biológico con el niño o niña, situación que no se produce en el caso de que el requerimiento sea formulado por una mujer. Finalmente, la ministra concluye que las decisiones y medidas judiciales que buscan evitar discriminaciones arbitrarias deben cumplir con los estándares internacionales, cuando los estándares legislativos no cumplen el objetivo de evitar tales discriminaciones, agregando que es necesario tener en cuenta a la equidad como herramienta integradora del derecho, es decir, que a la luz de un hecho que no tiene solución legal en el momento, se hace necesario fallar conforme a la equidad para lograr una solución justa y proporcional.

Finalmente corresponde desarrollar las observaciones que tenemos respecto del fallo. Como se estableció anteriormente, este fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso con un voto disidente, esto parece significativo teniendo en cuenta que respecto a acciones de protección similares la decisión de la Corte ha sido unánime al rechazarlo.

Respecto a la decisión de la Corte, no parece lógico que se haya rechazado la acción de protección, toda vez que la vulneración de derechos parece evidente, por ejemplo, frente a los derechos a la igualdad e identidad —basándose en los razonamientos de la opinión disidente—, que se manifiestan en la negativa a inscribir a Martina con doble filiación materna, que tiene como consecuencia la desprotección de la niña en ámbitos tan amplios que abarcan desde los beneficios sociales, la salud —en cuanto una de sus madres no puede tomar decisiones en situaciones de salud de urgencia o ser admitida como carga en la institución de salud de la madre no reconocida—, el posible fin del Acuerdo de Unión Civil o la muerte de alguna de sus madres, entre otros. Las consecuencias jurídicas y sociales que presenta la negativa de inscripción de Martina resulta aún más evidente si se compara su situación con un niño o niña de sus mismas condiciones, siendo la única diferencia el género de los padres. La vulneración se manifiesta de forma clara, sin embargo, la sentencia de la Corte no lo considera como tal, basándose en interpretaciones rígidas de las normas citadas con anterioridad, que no toman en cuenta el desarrollo que ha experimentado la sociedad y sus miembros respecto a la inclusión de diversas formas de familia.

Resulta importante recalcar que la doble filiación materna ha ocurrido en nuestro país respecto a una familia mapuche, donde se reconoció la filiación materna de la madre de crianza, sin ocurrir la

impugnación previa de la maternidad que ya se encontraba determinada⁵³. Esto ocurrió a consecuencia de la aplicación de un tratado internacional ratificado por Chile, tal como aquellos citados en la acción de protección y en la opinión disidente de este caso, lo que resulta en cuestionamientos relacionados a la discriminación sistemática por orientación sexual que ha sufrido históricamente la comunidad LGBTI y que en este caso tiene repercusiones importantes en la vida de una menor de edad. La doble filiación materna ha sido declarada, además, por el Segundo Juzgado de Familia de Santiago frente una reclamación de maternidad interpuesta por la madre gestante contra la otra madre, bajo los argumentos del interés superior del niño y respecto a los derechos a la igualdad y la vida privada de su familia.⁵⁴

2.2 Sentencia Tribunal Constitucional Rol N°7774-19

Cecilia Vera Pérez-Gacitúa y Cristina Ibars Mayor se casaron en España el año 2012 y son madres de un hijo concebido a través de un tratamiento de reproducción asistida, por esta razón decidieron inscribir su matrimonio en el Servicio de Registro Civil e Identificación. Su matrimonio fue inscrito en Chile como un Acuerdo de Unión Civil, acto por el cual sostienen se ven vulnerados no solo sus derechos, sino los de su hijo, a quien solo se reconoce la maternidad de la madre que lo gestó.

Las requirentes mencionan que se ven afectados sus derechos establecidos en los artículos 1°, 5° inciso segundo, y 19 N° 1, 2 y 4 de la Constitución, toda vez le sean aplicados en la gestión pendiente frente a la Corte de Apelaciones de Santiago⁵⁵, las siguientes normas: inciso final del artículo 12 de la Ley N° 20.830 y del inciso primero del artículo 80 de la Ley N° 19.947, ambos artículos hacen referencia a los requisitos del matrimonio en Chile, destacando aquel que hace referencia al género de los contratantes. Los argumentos que presentan son los que se relatan a continuación:

En primer lugar, las requirentes señalan que “la prohibición de reconocimiento de matrimonios celebrados entre personas del mismo sexo en el extranjero es contraria a las normas Constitucionales⁵⁶”, argumentan que el Estado incumple con su obligación constitucional de protección y respeto a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, lo que se configura con la prohibición de reconocer matrimonios celebrados en el extranjero por personas del mismo sexo. Esta prohibición provoca una discriminación a los tipos de familia distintos al modelo heterosexual, discriminación que no tiene cabida dentro del texto constitucional, toda vez que el concepto de familia debe ser entendido como un concepto

⁵³ GOMEZ DE LA TORRE, Maricruz. Sistema Filiativo : Filiación Biológica. Primera Edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017. p. 149

⁵⁴ Segundo Juzgado de Familia de Santiago. Sentencia de 17 de junio de 2020. RIT 10.028-2019

⁵⁵ Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 168.844-219

⁵⁶ Tribunal Constitucional. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Rol N°7774-19

amplio. Mencionan que la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene la idea del concepto amplio de familia y que “mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma”⁵⁷.” Por esta razón, agregan que la prohibición de reconocer su matrimonio y por sustitución reconocerlo como un Acuerdo de Unión Civil, provoca una manifiesta desprotección de derechos, no solo al comparar los deberes y obligaciones entre ambas instituciones, sino que además se les priva del estado civil que voluntariamente escogieron para regular su relación.

En segundo lugar, consideran que la aplicación de las normas antes nombradas produce un tipo de discriminación en contra de ellas, basado exclusivamente en su orientación sexual. Agregan que existe un riesgo en que estas normas jurídicas sean aplicadas en el procedimiento pendiente del que son parte en la Corte de Apelaciones, frustrando de esa forma la gestión judicial pendiente y negando la inscripción de su matrimonio de la misma forma en que ocurrió frente al Servicio de Registro Civil e Identificación.

En tercer lugar, se refieren a la protección de los derechos de su hijo, específicamente los derechos a la identidad y dignidad, que se ven afectados por el hecho de no considerarse como hijo del matrimonio de sus madres. Argumentan que, la Convención sobre los Derechos del Niño establece la identidad como derecho que el Estado debe preservar su identidad y que las relaciones familiares se entienden incluidas en este derecho.

En cuarto y último lugar, exponen que se vería vulnerado el interés superior del niño, debido a que la prohibición de reconocimiento del matrimonio de sus madres excluye a Marc de la protección del estatuto de filiación, toda vez que solo se reconoce como su madre a quien lo gestó. Esta vulneración ocurre debido a que el reconocimiento de la filiación se encuentra reservado únicamente para hijas e hijos de parejas heterosexuales.

De esta forma, el problema constitucional consiste en “determinar si las normas jurídicas objetadas, las que sirven de fundamento a la negativa del funcionario del Servicio de Registro Civil e Identificación para registrar el matrimonio celebrado en el extranjero por una pareja del mismo sexo, resultan o no contrarias a la Constitución Política de la República de Chile⁵⁸.” Frente a esto, el Tribunal Constitucional resolvió teniendo en consideración los siguientes argumentos:

a) Artículos 1° y 19 N°4 de la Constitución

Los ministros se refieren al concepto de familia en la Constitución: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad” y a su derecho de protección de parte del Estado. Debido a que el texto

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Tribunal Constitucional. Sentencia de 25 de junio de 2020. Rol N°7774-19, p. 7

constitucional no define el concepto, el Tribunal se basa en una interpretación histórica de la norma para definir el concepto de familia; basándose en “la época de redacción” y en las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, el Tribunal considera que “la familia comprende marido, mujer e hijos⁵⁹, estableciendo el sentido restringido del concepto. Además, interpreta el artículo 17 del Pacto de San José de Costa Rica, el cual se refiere a la familia, considerando que este se alinea con la interpretación anterior de la Constitución, agregando que la base fundamental de la institución de la familia es el “matrimonio entendido como unión de un varón y una mujer.⁶⁰”

Continúan citando a la Corte Constitucional de Italia, la cual sostuvo que no es posible modificar el “estatuto jurídico sobre la familia” a pesar de admitir la existencia de diversos tipos de familias, distintas a las basadas en el modelo heterosexual. Debido a esto, señalan que la existencia de “normas de orden público familiar claras y precisas⁶¹”, constituyen una de las razones para rechazar el requerimiento. Sostienen que la situación del país confirma la interpretación de familia señalada por el Tribunal, por tanto “no puede darse a todas las uniones afectivas el mismo reconocimiento y protección.⁶²”

Luego, los ministros del TC se refieren a la institución del matrimonio, sosteniendo que las requirentes omiten impugnar el artículo 102 del Código Civil el cual, junto al artículo 1° y 2° de la Ley N° 19.947 se encuentran directamente vinculados con aquellas normas citadas en el requerimiento de inaplicabilidad. Se justifica este argumento indicando que, a pesar de no contar con consagración constitucional, el artículo 102 del Código Civil es “el origen de toda la institucionalidad que regula el matrimonio y la familia.⁶³” Es así, como establecen que las normas anteriormente citadas de orden público familiar, normas que establecen un modo recomendado de familia que solo ocurre con la unión matrimonial entre un hombre y una mujer.

Como último punto respecto a estos artículos, concluyeron que no es de competencia del Tribunal Constitucional legislar sobre materias que no se encuentran autorizadas en el ordenamiento jurídico, sino que corresponde al Legislador, pues la Constitución no se refiere al matrimonio entre personas del mismo sexo de modo afirmativo o negativo. Es así como, a través de un proyecto de ley que inició en el Senado y se encuentra actualmente en tramitación, se busca regular el matrimonio entre personas del mismo sexo. Agregan que mediante la ley que crea el Acuerdo de Unión Civil, una institución que es similar al matrimonio, el Estado otorga a las requirentes los derechos que acorde a este

⁵⁹ Ibid., p. 9

⁶⁰ Ibid., p. 8

⁶¹ Ibid.

⁶² Ibid

⁶³ Ibid. p. 9

contrato les corresponde. Por lo tanto, establecen que: “las normas jurídicas impugnadas de nada afectan la dignidad y voluntad de las requirentes de hacer familias y ser reconocidas como tal⁶⁴.”

b) Artículo 19 N°2 de la Constitución

El Tribunal Constitucional se pronuncia sobre las ocasiones en las que ha definido el principio de igualdad de la ley, destacando que la igualdad de las normas jurídicas debe establecerse para aquellos que se encuentran en la misma situación, por consiguiente, para aquellos que se encuentran en diversas circunstancias se debe establecer una diferencia y que además, debe existir carencia de razonabilidad para justificar una diferencia arbitraria en las normas.

En su considerando vigésimo tercero, los ministros apuntan a que se produciría una eventual “afectación del orden público matrimonial, cuyas reglas son esenciales y obligatorias [...]”⁶⁵, si se consideran como inaplicables las normas objetadas. Por lo demás, señalan un grupo de futuras consecuencias si los preceptos se llegaran a declarar inaplicables: “[...] en relación con legitimaciones foráneas que aceptan vínculos matrimoniales sui generis, tales como matrimonios polígamos en países musulmanes, o el matrimonio de niños de países africanos, o aquellos convenidos por los padres en la sociedad japonesa, y las bodas masivas de parejas que se celebran en la secta moon, en Corea del Sur, entre otros.”

Continúan su argumentación agregando que, a pesar de no existir matrimonio igualitario en Chile, la institución del matrimonio no discrimina por orientación sexual, toda vez que las personas que sienten atracción por otras de su mismo sexo pueden contraer matrimonio en el país siempre que este se pacte con alguien del sexo opuesto, eliminando así una posible apariencia de discriminación. De esta manera y citando a la Corte Europea de Derechos Humanos, sostienen que las circunstancias en las que se encuentran las parejas del mismo sexo y las parejas de sexo opuesto son diferentes, por lo que no sería inconstitucional establecer una diferencia de trato, lo que se ve reflejado en la similitud entre el Acuerdo de Unión Civil y el matrimonio. Es así, como el Tribunal Constitucional considera que no existe discriminación alguna contra las requirentes.

c) Artículo 5° de la Constitución en relación con la Convención de los Derechos del Niño

⁶⁴ Ibid. p. 10

⁶⁵ Op. cit., p. 11

Los ministros se refieren a los argumentos de las requirentes respecto a la vulneración de derechos que sufre su hijo Marc como consecuencia del no reconocimiento del matrimonio de sus madres y además, de la afectación del interés superior del niño al no ser reconocido como hijo de ambas.

Frente a la primera de estas afirmaciones, el Tribunal considera que la dignidad del niño no se vería afectada ya que, no existe diferenciación en la calidad de hijo en el Código Civil, se les declara a todos como iguales. Estiman, además, que Marc se encuentra bajo un cuidado cariñoso, el cual se da a entender luego de la lectura del libelo, por lo que sus derechos no se verían afectados. En cambio, sobre la filiación del niño, el Tribunal considera que el ordenamiento jurídico nacional no permite que una persona tenga dos madres o dos padres, es decir, no sería un conflicto constitucional, más bien, se trataría de normas de orden público familiar que forman parte de la institucionalidad del derecho de familia. El interés superior del niño no se ve vulnerado, toda vez que corresponde al Estado promover la realización personal del niño, siendo su bienestar prioridad para que esto ocurra. Agregan que este principio sólo protege el desarrollo de la vida del niño y es deber de quienes son responsables de él encargarse de su bienestar personal a través de su ambiente familiar.

Por lo demás, consideran que, aunque las normas establecidas como inconstitucionales se declaren inaplicables y de esta forma se reconozca el matrimonio de las requirentes, la filiación de su hijo no se vería modificada, esto debido a que no se reconoce en el ordenamiento este tipo de filiación, como lo establecieron anteriormente con la mención del orden público familiar. Es así como, el Tribunal considera no se cumple con el requisito de que la norma impugnada sea aplicable en la gestión pendiente.

De esta manera, el Tribunal Constitucional concluyó que las normas que las requirentes buscan declarar inaplicables forman parte del orden público matrimonial, no siendo posible su modificación por parte de la magistratura, toda vez que no constituye un conflicto constitucional, por lo demás, aluden a una escasez de convencimiento para considerar como contrarias al texto constitucional las normas impugnadas. Finalmente, la decisión del Tribunal Constitucional fue la de rechazar por cinco votos a cuatro el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por Cecilia Vera Pérez-Gacitúa y Cristina Ibars Mayor.

Esta decisión se acordó con el voto en contra de la Ministra señora María Luisa Brahm Barril, Presidenta del Tribunal, como también de la Ministra señora María Pía Silva Gallinato, de los Ministros señores Gonzalo García Pino y Nelson Pozo Silva, quienes comienzan la redacción del voto minoritario planteando el conflicto constitucional y estableciendo las normas impugnadas.

A continuación, sus argumentos inician con las características del caso y aquellas cuestiones que no son de competencia del Tribunal. En primer lugar, establecen que se trata de un caso de Derecho Internacional Privado, resaltando que el conflicto nace al no ser posible aplicar la norma que regula el matrimonio en el lugar donde éste se celebró, toda vez que existe una norma en la legislación nacional

que lo prohíbe. Luego, agregan que la norma que define al matrimonio en la legislación nacional no es aplicable en el caso, teniendo en cuenta que se trata de un matrimonio celebrado en el extranjero. Es así como, se trata de un dilema constitucional, esto debido a que el impedimento de inscribir el matrimonio produce una posible discriminación. Indican que, esta discriminación enmarca al caso dentro de aquellos sobre derechos humanos, por lo que los argumentos relacionados a ellos servirán de ayuda, más no para decidir por completo el caso. Concluyen indicando que, no tendrán en cuenta el proyecto de ley que busca regular el matrimonio igualitario, toda vez que no tiene relevancia para el caso concreto, el cual llama al Tribunal Constitucional a pronunciarse sobre “un matrimonio celebrado en el extranjero, existe una familia y se requiere un amparo sobre efectos precisos en una relación que supera la de las dos contratantes al involucrar al hijo de ambas. Esto es un caso concreto en cualquier lugar del mundo.”⁶⁶

En primer lugar, se refiere a la disonancia entre el artículo 80 de la Ley N° 19.947 y el artículo 12 de la Ley N° 20.830. Los ministros consideran que el requerimiento puede ser analizado desde tres perspectivas, la dimensión de validez del matrimonio, la denominación del mismo y los efectos que produce. Respecto a la primera, el artículo 80 de la Ley N° 19.947 elimina los efectos jurídicos al matrimonio que se celebró en el extranjero debido a no cumplirse el requisito de celebrarse entre personas de sexo distinto, añadiendo que, en la discusión en el Congreso Nacional sobre la ley sobre el Acuerdo de Unión Civil se produce una definición de los matrimonios igualitarios que no existía en Chile al momento de dictarse la nueva ley, reconociendo que los matrimonios en la legislación nacional producen un efecto, pese a que no sea el de ser reconocido como matrimonio. Es así como, concluyen que entre los artículos 12 de la Ley que crea el Acuerdo de Unión Civil y el artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil se produce una contradicción, que se ve reflejada en una evolución del legislador que favorece el reconocimiento, por lo que no pueden sostener que aquellos artículos sean plenamente inconstitucionales.

En segundo lugar, se refieren a la evolución que ha tenido el concepto de familia, que este se encuentra consagrado en la Constitución de un modo amplio y que acepta la evolución desde planos históricos, sociológicos, y antropológicos. Que, además, el texto constitucional establece un deber del Estado de protección a la familia que no está fundado en el carácter matrimonial de la familia, sino en la protección de todas las familias por igual, incluidas las de facto y “con mayor razón a familias legalmente constituida bajo el matrimonio igualitario celebrado en España.”⁶⁷

Además, se refieren al concepto de matrimonio, donde advierten la evolución del concepto basándose en los distintos acuerdos de uniones de parejas en el mundo que aceptan regular las relaciones de personas del mismo y distinto sexo. Agregan que incluso el lenguaje ha evolucionado, demostrando

⁶⁶ Ibid., p. 18.

⁶⁷ Ibid., p. 21.

que la versión del año 2001 del Diccionario de la Real Academia Española no incluía a parejas del mismo sexo dentro de las acepciones de la palabra matrimonio, sin embargo, la versión del 2014 si la incluye.

En tercer lugar, se refieren a la situación del Derecho Internacional Privado en la definición de un orden público internacional en materia civil, los ministros razonan que en Chile existen instancias donde la ley extranjera es aplicable dentro del país, sin embargo, al existir una norma que regula de forma explícita no sería posible aplicar una norma extranjera. Consideran que, en relación con la aplicación de las disposiciones del Código de Bustamante, estas no son aplicables, en consideración de que la Ley de Matrimonio Civil es posterior a la ratificación en Chile de este Código.

Es así, que recalcan la relevancia del principio de la autonomía de la voluntad en el orden público internacional y contrastan su posición en el orden público nacional, la cual se caracteriza por ser todo aquello que se encuentra fuera de la autonomía privada. Por esto, citando la Historia de la Ley N° 19.947: “[...] nada debiera impedir que, de común acuerdo, extranjeros domiciliados en Chile o chilenos domiciliados en el extranjero o matrimonios mixtos, pudieran someter su vínculo matrimonial a la ley chilena. Un cambio podría ser que se entendiera esa sumisión voluntaria cuando ambos cónyuges solicitan la inscripción de su matrimonio en Chile.⁶⁸” Así, concluyen que la ley extranjera puede ser limitada por el orden público nacional, siempre que no limiten la autonomía privada de las personas.

En cuarto lugar, indican un bloqueo por la Ley N° 19.947 al matrimonio igualitario celebrado en el extranjero. Sostienen que, de acuerdo a la historia de la Ley, no existió una sugerencia para establecer una prohibición de reconocimiento a los matrimonios celebrados por personas del mismo sexo en el extranjero, incluso el profesor Enrique Barros indicó en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, que el criterio que sigue el derecho comparado en relación a la regulación de las relaciones matrimoniales está basado, en lo posible, en el modo de vida de las partes. De esta manera, concluyen que el legislador generó un bloqueo al matrimonio igualitario, lo estableció como vicio de fondo del matrimonio y, además, impidió que los tribunales de justicia decidieran sobre sus efectos.

En quinto lugar, se refieren a que este bloqueo discrimina a las personas del mismo sexo que han celebrado válidamente un matrimonio en el extranjero. El argumento que sostienen los ministros se basa en que el artículo 80 existe sólo en función de excluir a las parejas del mismo sexo, no considera el proyecto de vida de las personas que buscan el reconocimiento de su matrimonio celebrado en el extranjero. El texto constitucional garantiza la igualdad e indica que la discriminación en base a que el sexo y orientación sexual son consideradas categorías sospechosas, por lo tanto, no reconocer una relación afectiva porque esta se trata de una entre personas del mismo sexo, genera desprotección y vulnerabilidad. Es por esto, que la última frase de la norma mencionada es discriminatoria y el no

⁶⁸ Ibid., p. 23

reconocer el matrimonio de las requirentes “configura un daño a la dignidad de las personas y al modo en que desarrollan su unión afectiva”⁶⁹. Exponen que la norma impugnada constituye una doble excepción: primero, a la territorialidad de la ley, al quedar sujeto a ley chilena el matrimonio contraído fuera del país y segundo, a los efectos que producen los matrimonios celebrados en el extranjero que contravengan las prohibiciones de los artículos 5°, 6° y 7° de la ley de matrimonio civil, debido a que, los matrimonios contraídos por personas del mismo sexo no tienen ningún efecto, es por eso que, consideran esta doble excepción como discriminatoria.

En sexto lugar, se refieren al derecho Internacional de los Derechos Humano y los tribunales internacionales que se han referido la materia. En este apartado, citan sentencias de países como Estados Unidos y Costa Rica, además del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, si bien no se refieren a matrimonios celebrados en un ordenamiento distinto, sirven para el propósito de “revalidar la naturaleza discriminatoria en la prohibición o restricción de estos matrimonios⁷⁰.” Primero, mencionan el caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos “donde se resolvió que la discriminación producida por la prohibición de contraer matrimonio presentaba no solo desigualdad ante la ley, sino que les privaba de protección Constitucional. Luego, mencionan el pronunciamiento de la Sala Constitucional de la Corte de Justicia de Costa Rica, la cual estableció un plazo para que el Congreso se pronunciara respecto a la legislación del matrimonio igualitario a la luz de la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Finalizan con un análisis del fallo Chapin y Charpentier v. Francia mencionado por los ministros que rechazaron el requerimiento: “es un error estimar que este Tribunal desconozca este matrimonio, puesto que no hay casos donde lo haya declarado inconvencional. Más bien, una afirmación de esa naturaleza es desconocer el modelo europeo de derechos humanos.⁷¹” De esta manera, establecen que ha existido una transformación en la jurisprudencia internacional, la cual se ve reflejada en el entendimiento que el sexo de los contrayentes deja de ser un elemento de importancia en los matrimonios, sin embargo, se reconoce que la regulación de aquello corresponde a la legislación de cada país. Es así como concluyen que, en referencia al caso del requerimiento, este no busca cambiar la naturaleza del matrimonio, sino que reconocer dentro del ordenamiento jurídico nacional un matrimonio que se celebró en el extranjero válidamente.

En séptimo lugar, indican que la Ley N° 20.830 reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero, pero desconoce sus efectos. De acuerdo a los ministros, el cambio del legislador del 2015 al reconocer matrimonios igualitarios extranjeros demuestra la evolución que se ha tenido respecto al tema, sin embargo, desconoce sus efectos y lo reconoce como un acuerdo de unión

⁶⁹ Ibid., p. 26

⁷⁰ Ibid., p. 27

⁷¹ Ibid., p. 28

civil: “no se trata sólo de que se pueda inscribir un matrimonio válidamente celebrado en el extranjero. Se trata de enjuiciar el grado de desprotección que genera para el caso concreto esa figura jurídica.⁷²” Además, consideran que la protección que entrega el Acuerdo de Unión Civil es menor a la que entrega el matrimonio, especialmente respecto a la filiación, debido a que la ley no se pronuncia sobre ello, lo que produce en el caso “una infracción a la igualdad ante la ley, en relación con el derecho a la integridad física y psíquica y el derecho a la privacidad⁷³”

Concluyen recalcando que la relevancia la autonomía personal en el caso concreto, ambas mujeres son personas libres, que decidieron celebrar un matrimonio de acuerdo con el plan de vida que ambas escogieron, sin embargo, las normas objetadas les impiden “materializar en la vida jurídica las decisiones que han adoptado para la consecución de su plan de vida, por aplicación de los preceptos legales objetados⁷⁴”. Con todo, agregan que proponer un regreso al país de origen del matrimonio como única forma de reconocer sus derechos “no parece razonable ni lógico un ordenamiento que le otorga como única vía de satisfacción de sus derechos a reconocer, mantener y preservar su familia, el pedirle a una connacional que se exilie. Ese sacrificio demuestra que la discriminación ha llegado lejos en el marco de un simple efecto de reconocimiento pleno “como si se hubiera celebrado en España”⁷⁵ Por lo tanto, el voto de minoría establece una interpretación conforme a la Constitución que reconoce ambas normas impugnadas como inaplicables.

Es así, como corresponde señalar la relevancia de los considerandos del fallo que hacen referencia a la inexistencia de progreso en esta materia, tanto nacional como internacionalmente. Es comprobable que tal desarrollo existe y forma parte de los argumentos que presenta el voto minoritario. Por lo demás, las menciones que comparan el matrimonio igualitario con prácticas que nada tienen que ver con él, suponen a lo menos un comentario inadecuado y a lo más una opinión desproporcionada de la realidad que viven las familias no heterosexuales. Son este tipo de situaciones las que demuestran la necesidad de legislar, no solo sobre matrimonio igualitario, sino que sobre el vacío legal existente en cuanto a filiación homoparental.

Finalmente, parece necesario recalcar que además de que se produjo en un contexto histórico relevante para los derechos LGTBI, la sentencia de esta causa fue dictada con un voto de minoría importante, cinco contra cuatro ministros, quienes a diferencia del voto mayoritario, estuvieron por reconocer el progreso en materia de matrimonio igualitario, consideraron que la protección que entrega el AUC a las parejas del mismo sexo es menor a aquel del matrimonio y que los efectos del no

⁷² Ibid., p. 30

⁷³ Ibid., p. 31

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Ibid., p. 32

reconocimiento de la unión matrimonial de las requirentes tiene efectos discriminatorios tanto en su relación como en la filiación del hijo del que ambas son madres.

2.3 Sentencia RIT C-10028-2019 Segundo Juzgado de Familia de Santiago

Este análisis corresponde a la reclamación de filiación deducida por Gigliola di Giammarino, en representación legal de su hijo Attilio de Ramón, en contra de Emma de Ramón, su conviviente civil. Anteriormente, ambas habían presentado un recurso de protección contra el Servicio de Registro Civil e Identificación “en razón del acto ilegal y arbitrario, consistente en la negativa por parte de éste de inscribir en la partida de nacimiento de Attilio José de Ramón Di Giammarino a sus dos mamás, inscribiendo a solo una de ellas, acto que les ha significado una privación, perturbación y amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías constitucionales establecidas en los artículos 19 N°1, 19 N°2 y 19 N°4 de la Constitución.”⁷⁶ El anterior recurso de protección no fue acogido, por esta razón, tomaron una vía que produjo un fallo histórico en Chile, mediante la reclamación de filiación en contra de la madre no gestante.

Dentro de los argumentos de la parte demandante, se incluye que Emma y Gigliola forman una familia junto a Attilio, que la relación de ambas fue reconocida mediante un Acuerdo de Unión Civil celebrado durante el 2015, antes del nacimiento de su hijo. Por lo demás, añade que los derechos de su hijo se ven vulnerados, siendo obligado a enfrentar una realidad compartida por niñas y niños que “por el solo hecho de no nacer en una familia heterosexual, quedan en completa vulnerabilidad⁷⁷”. La parte demandante indicó que cumple con los requisitos que establece la ley para interponer la acción, Gigliola es representante legal de Attilio, lo que se encuentra establecido en el certificado de nacimiento del niño; esta maternidad se determinó mediante el parto, según establece el artículo 183 del Código Civil. Por otro lado, la maternidad de Emma se debería determinar mediante la sentencia del juicio de reclamación de filiación, tal como lo establece el artículo precedente. Por lo tanto, la parte demandante solicita se ordene al Servicio de Registro Civil e Identificación inscribir a Emma como madre de Attilio, en virtud de la acción de declaración de maternidad que la demandante deduce contra ella.

La parte demandada reiteró que es conviviente civil de la demandante, suscribieron un Acuerdo de Unión Civil no solo por la protección jurídica que significa ser reconocidas como familia frente al Estado, sino que además para celebrar una ceremonia formal frente a familia y amigos, un paso que demuestra el proyecto de vida en común que ambas tenían y que se vio reflejado en la decisión que

⁷⁶ Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 28 de diciembre de 2017. Rol N° 74926 – 2017.

⁷⁷ Segundo Juzgado de Familia de Santiago. Sentencia de 17 de junio de 2020. RIT 10.028-2019, p. 3.

tomaron de tener un hijo. A pesar de esto, tal decisión no produce ningún efecto jurídico en relación con la filiación de su hijo, a pesar de haber nacido dentro de una familia que es reconocida por el Estado. Por lo demás, como consecuencia del no reconocimiento de la relación que existe entre ella y su hijo, son vulnerados los derechos que debería tener por el hecho de pertenecer a una familia compuesta por dos personas, entre ellos, demandar de alimentos, exigir relación directa y regular a Emma o a la familia de esta última.

La parte demandante presentó como testigos al Doctor Nicolás Carvajal, quien atendió en su consulta en un centro especializado en reproducción asistida a ambas mujeres, a Pietro de Gimmarino, hermano de la demandante y a Bernardita Lorenzini, amiga de ambas, todos coinciden en que Emma y Gigliola son pareja y que crían en conjunto a Attilio. Por su parte, la demandada presenta como testigos a Beltrán de Ramón, hermano de la demandada y a María Teresa Larraín, directora del jardín infantil al que asiste Attilio. Los dos coinciden en que ambas mujeres son madres de Attilio y que participan en su crianza de forma igualitaria, a pesar de que no exista vínculo reconocido jurídicamente entre Emma y Attilio. Además, se presentó prueba pericial practicada por la perito Sonia Echeverría, quien mediante la observación el vínculo materno que existe entre Emma y Attilio, señala que entre ambos existe “la más serena, cariñosa y atenta de las relaciones, y Attilio se entrega a su “Mama Em”, como el la llama, con total seguridad de ser cuidado, acogido, entretenido.⁷⁸”. Se incluyó un informe en Derecho elaborado por el profesor Mauricio Tapia, quien explicó que la aplicación del artículo 182 del Código Civil debe ocurrir respecto de familias con dos padres o dos madres, toda vez que el concepto de familia ha evolucionado y que se debe aplicar por analogía al caso en cuestión, teniendo en cuenta principios generales del derecho de familia, tales como: la igualdad entre hijos, la protección a la familia, el interés superior del niño y el derecho a la identidad; agregando que Attilio se vería en una situación de desprotección y privado de gozar derechos como otros niños y niñas en su misma situación, por ejemplo, al cuidado personal de una de sus madres, el derecho a alimentos, el derecho a sucesión, entre otros.

En el fallo se establece que a partir de los hechos probados en juicio se debe responder a la interrogante de si Emma, Gigliola y Atilio forman una familia. Lo que se tuvo en consideración en los hechos probados: “ambas decidieron en conjunto formar una familia, conformada no sólo por ellas, sino tener un hijo o hija.⁷⁹” Además se recalcó la existencia de distintos tipos de familia, lo cual es compartido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y se recordó que en Chile no existe una definición del concepto de familia y que esta posee un carácter dinámico. Por último, se reconoció que pueden existir familias no matrimoniales, por ejemplo, aquella formada por quienes contraen un Acuerdo de Unión Civil.

⁷⁸ Segundo Juzgado de Familia de Santiago. Op. cit., p. 8

⁷⁹ Ibid., p. 17

El tribunal consideró que existe una excepción al criterio biológico para determinar la filiación cuando el artículo 182 del Código Civil “establece una filiación legal, que puede o no ser distinta de la genética y/o biológica”, de esta forma, esta norma protege la voluntad procreacional de los progenitores y que su objetivo histórico fue regular la filiación de los niños y niñas nacidos mediante TRA con gametos que no pertenecen a quienes se someten a tal procedimiento. En este caso, se considera que ambas mujeres se sometieron voluntariamente al procedimiento y que al no existir regulación expresa sobre técnicas de reproducción asistida se debe interpretar teniendo en cuenta el derecho internacional, lo cual resguarda de mejor manera los derechos a la igualdad, a la identidad, a la vida familiar y el interés superior del niño.

Respecto al derecho a la igualdad, se consideró no solo el atentado contra madre no gestante, sino que también respecto a su hijo Attilio. El tribunal estableció que, si el género de Emma de Ramón fuera distinto, bastaría su voluntad de reconocer al niño para que esto ocurriera, es decir, se aplicaría la norma del artículo 182, sin embargo, el no aplicar esta norma supone dejar en posición desigual a la madre que no puede reconocer a su hijo. Respecto a Attilio, esta desprotección se manifiesta en el no reconocimiento sus derechos como hijo de Emma de Ramón.

Sobre el derecho a la identidad, el tribunal lo consideró como una cualidad esencial del desarrollo de las personas, que en el caso concreto se manifiesta en el contexto en que el niño ha nacido y actualmente vive. La decisión de traer a Attilio al mundo fue tomada por ambas mujeres y tanto su entorno como profesionales reconocen que el niño considera a su madre no gestante como tal. El tribunal se consideró el derecho a la vida privada, en tanto tiene relación con el desarrollo de la identidad, toda vez que: “la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás y, es una condición indispensable para el desarrollo libre de la personalidad.”⁸⁰ Por esto, el tribunal concurrió en que en este caso se deben proteger los derechos antes mencionados, esto con el objetivo de garantizar el interés superior de Attilio, en cuanto estos derechos son determinantes a la hora de definir este interés superior, y solo se respetan teniendo en cuenta el contexto familiar del niño, quien tiene dos madres y tal hecho debe “verse reflejado en la filiación legal de él, pues solo así se satisface.”⁸¹

Finalmente, la demanda de reclamación de maternidad fue acogida, siendo este un caso inédito en la jurisprudencia nacional. Así, el Tribunal ordenó al Servicio de Registro Civil e Identificación a inscribir en su sistema como madres de Attilio a Emma de Ramón y Gigliola di Giammarino, estableciendo una doble filiación materna.

A partir de fallo, han surgido opiniones contrarias a él, por ejemplo, la del profesor Hernán Corral, quien sostiene que existió colusión procesal, que ambas partes se pusieron de acuerdo y que “la

⁸⁰ Segundo Juzgado de Familia de Santiago. Op. cit., p. 24.

⁸¹ Ibid., p. 25

jueza les dio en el gusto”, agregando que la sentencia es nula de pleno derecho, debido a que se obtuvo de forma fraudulenta y que, por esta razón, el Servicio de Registro Civil e Identificación debería negarse a practicar la inscripción⁸².

El reconocimiento jurídico a nivel jurisprudencial a familias LGTBI ha sido escaso, pero en el último tiempo ha sido posible encontrar mayores pronunciamientos favorables a este tipo de familia, y que reconocen sus derechos. No obstante, siguen existiendo casos en que los tribunales se han pronunciado en contra de dar reconocimiento a las familias LGBTI como el dictado por el Tribunal Constitucional –el mismo mes que el fallo analizado– respecto a una familia lesboparental casada en el extranjero, el cual sostiene una visión completamente opuesta a la analizada en los párrafos anteriores. Aunque, es de importancia recalcar el punto donde estos fallos concurren: el voto de minoría del fallo del Tribunal Constitucional, al igual que el fallo analizado, se inclinan por admitir el desarrollo del concepto de familia, basados en tratados internacionales y los principios recogidos por ellos; en ambos se reconoce el derecho a la vida privada y la autonomía de la voluntad, culminando en el reconocimiento de la existencia de las familias compuestas por dos madres.

3. Situación en el Congreso

3.1 Boletín N° 10.626-07 Sobre filiación de hijos e hijas de parejas del mismo sexo

Este proyecto de ley ingresó al Senado el 22 de abril de 2016 mediante una moción de la Senadora Isabel Allende y Adriana Muñoz y los Senadores Alfonso De Urresti, Felipe Harboe y Ricardo Lagos. En mayo de ese año, se da cuenta del proyecto y pasa a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Luego, durante junio del mismo año, se acordó que fuese informado por la Comisión encargada de tramitar proyectos relacionados con los niños, niñas y adolescentes, la cual aprobó la idea de legislar⁸³. El proyecto se discutió en general durante la sesión 86° del Senado, el día 17 de diciembre de 2019, en la cual quedó pendiente su votación, por lo que se solicitó una segunda discusión. El día 1 de julio de 2020 continuó la discusión en general, aprobándose en general el proyecto de ley.⁸⁴

⁸² CORRAL, H., 2020. Activismo gay e instrumentalización de los jueces. [en línea]. <<https://www.elmercurio.com/blogs/columnistas/143/corral-hernan.aspx>> [última consulta: 1 de marzo de 2021].

⁸³ Se pronunciaron a favor la Senadora señora Rincón y los Senadores señores Montes y Quintana. Votaron en contra la Senadora señora Von Baer y el Senador señor Ossandón.

⁸⁴ CAMARA de Diputados. Boletín N°10.626-07. Tramitación. [En línea]. <<https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/votaciones.aspx?prmID=11052&prmBOLETIN=10626-07>> [última consulta: 1 de marzo de 2021]

Aunque su votación en general ha ocurrido recientemente, han transcurrido cuatro años desde que ingresó el proyecto al Senado. Este proyecto busca dar respuesta a la falta de reconocimiento de las familias formadas por parejas del mismo sexo y sus hijos e hijas. Su objetivo principal es reconocer y determinar aquella filiación mediante la creación de un estatuto jurídico, que no solo reconoce la filiación de aquellas familias que optan por las TRA, sino que además busca regular el reconocimiento voluntario de las madres de crianza y la inclusión de convivientes civiles como posibles adoptantes.

Los antecedentes del proyecto mencionan como punto de comparación la situación vivida por los hijos ilegítimos antes de la entrada en vigor de la Ley N° 19.585 que eliminó la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, señalando que en la actualidad existe discriminación contra aquellos niños y niñas que forman parte de familias lesbomaternales, debido a que no existe protección ni reconocimiento a su estado civil de hijos o hijas. También, se usa como referencia del proyecto la sentencia *Atala Riffo e Hijas vs. Chile* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, destacando aquellos párrafos que dan cuenta que la orientación sexual de los padres o madres no puede ser usada como justificación para avalar la discriminación, recalcando el deber de los Estados de frenar este tipo de actos discriminatorios, específicamente al señalar que el interés superior del niño no puede ser utilizado como herramienta para justificar la discriminación de las madres o los padres a raíz de su orientación sexual.

El primer apartado de los antecedentes menciona la situación de mujeres que se someten en pareja a TRA, expresando que, a pesar de ser una situación admitida por la legislación chilena, la filiación de aquellos niños y niñas queda determinada sólo con la madre que los dio a luz. Dan cuenta, además, de la discriminación por orientación sexual en la redacción del artículo 182 del Código Civil, señalando que: “Expresamente se reconoce la filiación plena a quienes han elegido tener hijos con apoyo de la reproducción asistida.”⁸⁵ Continúan argumentando que la protección y reconocimiento a la voluntad que se expresan en el artículo precedente, se les niega a quienes no conforman familia a partir de una unión heterosexual. De esta forma, coinciden en la necesidad de modificar aquellos cuerpos legales desde donde emana la discriminación, especialmente el artículo 182 del Código Civil, al cual el proyecto le incorpora un nuevo inciso segundo, a saber:

"Tratándose de una pareja de mujeres, las madres del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son las mujeres que se sometieron a ellas."⁸⁶

Es así, como se incluye de manera explícita el reconocimiento de parejas de mujeres que se someten en conjunto a TRA, tal como ha ocurrido en otras legislaciones⁸⁷ donde la regulación se limita

⁸⁵ Boletín N° 10.626-07 Sobre filiación de hijos e hijas de parejas del mismo sexo, p. 3.

⁸⁶ DIARIO DE SESIONES DEL SENADO. Legislatura 367ª, Sesión 86ª, 17 de diciembre de 2019, p. 37.

⁸⁷ TRUJILLO, G. y FALGUERA, M., 2019. “Es una maternidad que hay que reinventar”: madres lesbianas, técnicas de reproducción asistida y retos a los que se enfrentan. *Política y Sociedad*, vol. 56, no. 2, p. 3

a reconocer a parejas de mujeres más no parejas de hombres. A partir de esta modificación, también se busca incluir en el artículo 179 del Código Civil el reconocimiento de las TRA como otra modalidad de filiación por naturaleza, tal como ocurre, por ejemplo, en la legislación de Argentina.⁸⁸ Es decir, se reconoce la voluntad procreacional como elemento para determinar la filiación de los hijos e hijas nacidos no sólo a partir de vínculos entre personas de distinto sexo, sino que también del vínculo entre parejas de mujeres.

Por lo demás, el proyecto contempla dos modificaciones a cuerpos legales diversos que reconocen a la familia LGTBI. En primer lugar, la modificación del artículo 187 del Código Civil, que actualmente contempla el reconocimiento de niños y niñas que no tienen determinada su paternidad, efectuando los cambios para que además se permita reconocer la maternidad en el caso de parejas de mujeres. La redacción actual del artículo permite que, a través de manifestaciones de voluntad descritas en la norma, sean reconocidos por cualquier varón aquellos niñas y niños que no tengan determinada su paternidad, esta manifestación no exige acreditación de vínculo biológico, se determina la filiación a partir de la manifestación de voluntad. Por lo tanto, negar este reconocimiento a parejas de mujeres que conjuntamente se encargan de la crianza y bienestar del hijo o hija de una de ellas, presenta una clara discriminación basada simplemente en la orientación sexual; es el Estado quien está encargado de la protección de aquellos niños y niñas que han sido adoptados por uno de los convivientes de todas las familias, incluidas aquellas que no se ajustan al modelo tradicional, en especial aquellas que están conformadas por niños y niñas, debido al deber del Estado de garantizar sus derechos. En segundo lugar, se contempla la modificación de la Ley N° 19.620 que dicta normas sobre la adopción de menores para incluir la figura de los convivientes civiles como parejas habilitadas legalmente para adoptar, incluyendo el reconocimiento de los convivientes civiles.

Es importante mencionar que el proyecto de ley no sólo busca regular la filiación por TRA, sino que además busca regular el acceso a la mismas. Esto se pretende con la modificación de la Ley N° 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, agregando dos nuevos artículos: el artículo 11 bis, que versa sobre la autonomía reproductiva y menciona el derecho al acceso a la tecnología necesaria para fundar una familia y el artículo 11 ter, que de manera explícita prohíbe la discriminación por orientación sexual en relación al acceso a las TRA, mencionando además que tampoco se podrá exigir la existencia de una pareja estable o el diagnóstico de infertilidad, ya que solo bastará con el consentimiento informado. “Por lo demás, se

⁸⁸ ARGENTINA. Código Civil y Comercial. Artículo 558: “La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”.

establece en el inciso segundo del artículo 11 ter, una acción para que aquellas personas que vean vulnerados los derechos mencionados en el inciso primero de la norma puedan acudir a la Corte de Apelaciones “para la adopción de las medidas que estime necesarias para el restablecimiento del derecho regulado en el presente artículo.”⁸⁹

Nos parece de importancia destacar intervenciones ocurridas durante la discusión en el Senado, el Senador señor Araya sostuvo su voto a favor y agregó sobre la acción contemplada en el proyecto: “Esto se halla regulado en la ley sobre derechos y deberes del paciente, que dispone una serie de recursos que una persona puede interponer en caso de que no se cumpla con la normativa vigente. Y aquí se crea una instancia asimilable al recurso de protección; sin embargo, no se precisan algunas cuestiones que a mi juicio son importantes [...] No se señala si ese recurso se debe interponer en el mismo plazo que el recurso de protección, que es de 30 días; ni tampoco se indica si se requiere comparecer con o sin abogado.”⁹⁰ Mientras que la Senadora señora Ebensperger quien votó en contra del proyecto señaló: “Estamos modificando el régimen general de filiación simplemente con tres artículos. Lo anterior, independiente de que haya una mayoría que piense en ese sentido, no tiene lógica. Si existe una mayoría para eso, hay que hacerlo bien⁹¹.” Este argumento es sostenido además por la Senadora señora Von Baer.⁹² El Senador señor Girardi mencionó la necesidad de regular las tecnologías de reproducción asistida, dado que su avance presenta una discusión sobre la dimensión ética de las mismas que debe ser resuelta.⁹³ Estos argumentos dan cuenta de que ciertos aspectos formales del proyecto buscan abarcar situaciones distintas al objetivo principal del proyecto, es decir, la regulación de la filiación de hijos e hijas de parejas del mismo sexo. Lo cual se destaca en atención de que, no solo es necesario legislar sobre filiación homo y lesboparental, sino que además sobre discriminación en el reconocimiento de las familias LGTBI, sobre las TRA y sus implicancias bioéticas

De esta forma, el proyecto de ley que regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo abarca no solo el reconocimiento de aquellos hijos e hijas concebidos mediante TRA, sino que además regula el acceso a las mismas, prohibiendo la discriminación por orientación sexual y estableciendo una acción especial para reestablecer el derecho vulnerado, si es que esto ocurriera. Busca regular, además, el reconocimiento de la maternidad en casos de crianza conjunta en parejas de mujeres y la integración de los convivientes civiles en la normativa sobre adopción como posibles adoptantes. Todo esto se hace desde una perspectiva que tiene en consideración la realidad que viven las familias

⁸⁹ DIARIO DE SESIONES DEL SENADO. Op. cit., p. 48.

⁹⁰ Ibid., p. 50.

⁹¹ Ibid., p. 63.

⁹² Ibid., p. 65.

⁹³ Ibid., p. 68.

lesboparentales, son los derechos de las niñas y los niños los que se han tomado en cuenta para requerir estas modificaciones a la legislación nacional.

Sin embargo, es de importancia considerar que, a pesar de que este proyecto resuelve ciertos problemas relacionados a la filiación de los niños y las niñas que pertenecen a familias LGTBI, especialmente familias con dos madres, se deja al margen, por ejemplo, a aquellas familias con dos padres. Lo anterior es relevante al considerar que el proyecto de ley no regula las TRA como un todo, sino que sólo desde una perspectiva de regular la filiación y si bien resulta relevante destacar que existiría un reconocimiento histórico de las familias LGTBI y los derechos de aquellos niños y niñas que forman parte de familias diversas, se desconocen realidades de familias LGTBI no consideradas en el proyecto, relaciones que también deben ser reguladas, quizás no a partir de este proyecto sino a partir de uno que tenga como objetivo regular a las TRA de manera específica.

3.2 Boletín N° 11.422-07. Modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio de parejas del mismo sexo.

El proyecto de matrimonio igualitario ingresó al Senado a través de un mensaje presidencial el día 5 de septiembre de 2017⁹⁴ durante el gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet. En este mensaje, se reconoce la evolución que ha presentado el derecho de familia, poniendo énfasis en los avances en cuanto a la igualdad entre hombres y mujeres a partir de la promulgación de leyes que han puesto fin a la incapacidad relativa de las mujeres casadas en sociedad conyugal, como también la creación del nuevo régimen patrimonial en el matrimonio de participación en los gananciales. Además, destaca otros avances como, por ejemplo, el fin de discriminación entre hijos legítimos e ilegítimos en el año 1998, la promulgación de la nueva ley sobre matrimonio civil que introdujo la figura del divorcio y el reconocimiento a las parejas que conviven, mediante la creación del Acuerdo de Unión Civil, el cual incluyó a parejas del mismo sexo. Es por esto, que reconociendo la evolución del derecho de familia como también las obligaciones internacionales que nacieron a partir de la sentencia del caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, es que a través de este proyecto de ley se “busca reconocer el derecho de todas las personas a la valiosa institución del matrimonio, sin discriminaciones odiosas.”⁹⁵

Se destaca, dentro del proyecto, que la Constitución considera a la familia como núcleo fundamental de la sociedad y que es dentro de la familia donde se desarrolla el proyecto de vida, las relaciones afectivas y se crece como persona. Su evolución sólo ha mejorado las condiciones de quienes

⁹⁴ Boletín N° 11.422-07. Modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio de parejas del mismo sexo, p. 1.

⁹⁵ Proyecto de Ley. Mensaje N° 130-265, p. 3.

forman parte de este grupo, y con el proyecto se busca “reconocer la familia en su amplia diversidad, sin discriminaciones, propendiendo a su protección y fortalecimiento.”⁹⁶

El proyecto busca reconocer a todo tipo de familias mediante la modificación de cuerpos legales, entre ellos el Código Civil, la Ley de Matrimonio Civil, la ley que Crea el Acuerdo de Unión Civil, entre otras, con el fin de entregar a las parejas del mismo sexo la posibilidad de contraer matrimonio, teniendo en cuenta la regulación de los regímenes patrimoniales que regularán las relaciones económicas de aquellos vínculos matrimoniales. Además, busca entregar reconocimiento a familias homo y lesboparentales en materia de filiación, ya sea por adopción o por la utilización de TRA.

Respecto a las TRA, el proyecto indica que las regulará en el mismo sentido que el proyecto de ley sobre filiación de hijos e hija de parejas del mismo sexo (comentado anteriormente). Esto significa que no se considerará a aquellas parejas de hombres que busquen ser padres a través de TRA. El proyecto señala que no se abordan otras “técnicas de reproducción humana asistida, pues su complejidad técnica y los problemas bioéticos que plantean, requieren de una regulación especial y exhaustiva.”⁹⁷ Es decir, que en el proyecto se tiene conocimiento de la complejidad que presenta la falta de regulación de las TRA, sin embargo, no busca superar aquellos problemas dentro el proyecto, sino que propone una regulación distinta para el tema, lo que deja en igual desprotección a aquellos niños y niñas que forman parte de familias no consideradas en el proyecto de ley sobre filiación.

Finalmente, es importante considerar si este proyecto de ley sobre matrimonio igualitario está alineado con las tendencias de legislaciones extranjeras en la materia. A continuación, se presenta un breve análisis de legislación extranjera sobre la materia, que de forma sintética nos permitirá conocer cuál es la relevancia que se le ha otorgado al matrimonio como antecedente necesario para el reconocimiento de la filiación de los hijos/hijas de parejas del mismo sexo.

3.2.1 Matrimonio igualitario como antecedente para la filiación: una mirada desde el derecho comparado.

El matrimonio igualitario en otras legislaciones presentó distintas interrogantes respecto al reconocimiento de los hijos nacidos dentro del matrimonio. Por ejemplo, en el Reino Unido, la ley que introdujo el matrimonio igualitario el año 2013 establece que no se extiende a las parejas del mismo sexo la presunción de paternidad que tiene el marido. es decir, que si la mujer durante el matrimonio da a luz a un hijo o hija se reconoce como hijo de su marido⁹⁸, por lo tanto, “si dos mujeres que se encuentran casadas y una de ellas da a luz a un hijo, no se presumirá que la otra mujer es la madre de ese hijo en

⁹⁶ Ibid., p. 4.

⁹⁷ Ibid., p. 6.

⁹⁸ REINO UNIDO, Marriage (Same Sex Couples) Act 2013 Parte 2, sección 2

virtud de la presunción de *common law*.⁹⁹ Sin embargo, la ley sobre Fertilización Humana y Embriología del 2008, en el caso de que una mujer casada o en unión civil con otra mujer se someta a TRA, trata como madre a la mujer no gestante, a no ser que se demuestre que no consintió a la TRA¹⁰⁰. Existe una clara diferencia de tratamiento entre parejas de distinto sexo y aquellas del mismo sexo que se encuentran casadas, persiste la discriminación en cuanto a la presunción de paternidad en la ley, sin embargo, se presentan opciones diferenciadas para que parejas no compuestas por un hombre y una mujer puedan reconocer a sus hijos e hijas, no siendo relevante para estas el matrimonio.

Es posible contrastar lo anterior con la situación de Estados Unidos. La Corte Suprema en el caso *Obergefell v. Hodges* estableció que las parejas del mismo sexo “deberían ser provistas con la constelación de beneficios que los Estados han vinculado al matrimonio¹⁰¹, esto no deja en claro la situación respecto a las presunciones matrimoniales existentes para parejas casadas de distinto sexo. Phillip Lapointe sostiene que los Estados que no extienden la presunción matrimonial de reconocimiento de paternidad o maternidad están infringiendo lo establecido por la Corte Suprema, debido a que el fallo considera al matrimonio como un derecho fundamental¹⁰², agrega que en un fallo posterior¹⁰³ la Corte Suprema sostuvo la inconstitucionalidad del acto de negar la inscripción de la madre no gestante en el certificado de nacimiento de un niño concebido mediante inseminación artificial con donante anónimo¹⁰⁴. Es decir, que sería posible una extensión a las parejas del mismo sexo de la presunción de paternidad que otorga el matrimonio a las parejas de distinto sexo, sin embargo, la situación de los Estados es compleja, ya que su regulación difiere entre ellos; donde el Estado de California, puede reconocer mediante una ley la maternidad de un hijo o hija nacido en una familia lesbomaternal, sin que entre ellas exista un acuerdo de unión civil o matrimonio,¹⁰⁵ el Estado de Arkansas puede negar el reconocimiento de la madre no gestante en el certificado de nacimiento del hijo o hija del matrimonio entre personas del mismo sexo, alegando que su legislación sólo permitía la inscripción del marido como padre del hijo, lo que efectivamente ocurrió con Leigh y Jana Jacobs, y Terrah y Marisa Pavan en el caso que llegó a la Corte Suprema de los Estados Unidos y que falló en su favor¹⁰⁶. Lo anterior se trata de regular con la Uniform Parentage Act del 2017, también conocida como UPA, la cual mediante

⁹⁹ Ibid. Traducción propia. [en línea] <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/30/notes/division/2/9/2>> [última consulta: 27 de junio de 2020]

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ FEINBERG, J., 2019. A Logical Step Forward: Extending Voluntary Acknowledgements of Parentage to Female Same-Sex Couples. *Yale Journal of Law and Feminism*, vol. 30, no. 1, p. 128

¹⁰² LAPOINTE, P., 2019. Extending the Marital Presumption to Same-Sex Couples: The Effect on Parentage for Married Same-Sex Male Couples Using a Surrogate. *Journal of Gender, Race, and Justice*, vol. 22, no. 1, p. 130

¹⁰³ ESTADOS UNIDOS. Pavan v. Smith. Sentencia de 26 de junio de 2017.

¹⁰⁴ FEINBERG, J., 2019. Op. cit., p. 129

¹⁰⁵ ESTADOS UNIDOS. AB-2684 Parent and child relationship. California, 28 de septiembre 2018.

¹⁰⁶ ESTADOS UNIDOS. Corte Suprema. Pavan v. Smith. Sentencia de 26 de junio de 2017.

indicaciones de género neutras buscan igualar la situación de los niños y niñas que nacen de parejas del mismo sexo,¹⁰⁷ de esta forma “la parejas del mismo sexo que viven en estados que no han promulgado leyes neutras en relación al género de los padres, deben confiar o en mantener buenas relaciones entre sí, lo que a menudo deja de ocurrir durante o antes de un divorcio, o en los servicios caros de un abogado para asegurarse que han seguido la letra de la ley.”¹⁰⁸

Distinto es el caso de España, donde han sido precursores en cuanto a legislación sobre derechos LGTBI, dictando en el año 2005 la ley que hizo posible el matrimonio entre personas del mismo sexo¹⁰⁹. Sin embargo, esta ley no modificó aquellas disposiciones legales que hacían referencia a la filiación de los hijos nacidos durante el matrimonio¹¹⁰, por lo que en el caso de un matrimonio entre dos mujeres, “la pareja de la madre necesitaba adoptar al niño/a para ser considerada legalmente su madre también.”¹¹¹ Esto se cambió dos años después, con la modificación a la ley sobre reproducción asistida, la cual en principio no reconocía la posibilidad de que un niño o niña pudiera nacer dentro de un matrimonio entre dos mujeres, por lo que desde ese año se permitió a mujeres casadas reconocer la filiación de sus hijos e hijas nacidos a través de TRA¹¹². De esta forma, el matrimonio se convirtió en un requisito para acceder a este reconocimiento, además de otros requisitos más estrictos a la hora de formalizar la inscripción en el Registro Civil, como por ejemplo, “aportar un documento, que proporcionan los centros de fertilidad, que da fe de que las dos mujeres estaban de acuerdo en el nacimiento de esa criatura.”¹¹³ Esta situación busca ser revertida mediante una ley que busca entregar “reconocimiento de la filiación de las parejas de mujeres lesbianas y reconocimiento de las nuevas formas de convivencia estables sin ser pareja”¹¹⁴, es decir, eliminaría el matrimonio como requisito para el reconocimiento de la filiación de hijos de parejas de mujeres, luego de 15 años desde el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo.

De esta forma, es posible concluir, que existe una relación importante entre aquellas leyes que versan sobre el matrimonio igualitario y aquellas que tratan sobre temas de reproducción asistida y la eventual filiación de aquellos niños y niñas concebidos por este medio. El Boletín N°11.422-07 que modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio de parejas del

¹⁰⁷ CASOLO, J., CURRY-LEDBETTER, C., EDMONDS, M., FIELD, G., O'NEILL, K. y PONCIA, M., 2019. Assisted Reproductive Technologies. *The Georgetown Journal of Gender and the Law*, vol. 20, no. 2, p. 347

¹⁰⁸ Ibid. p. 348

¹⁰⁹ ESPAÑA. Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

¹¹⁰ TRUJILLO, G. y FALGUERA, M., 2019. “Es una maternidad que hay que reinventar”: madres lesbianas, técnicas de reproducción asistida y retos a los que se enfrentan. *Política y Sociedad*, vol. 56, no. 2, p. 371

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Ibid. p. 379

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ ESPAÑA. Un nuevo acuerdo para España. Coalición Progresista. Madrid, 30 de diciembre de 2019.

mismo sexo considera la filiación lesboparental de la misma forma que el Boletín N°10.626-07 sobre filiación de hijos e hijas de parejas del mismo sexo. Lo anterior es positivo para el desarrollo legislativo en materia de derechos LGTBI, en cuanto destaca la necesidad de legislar no sólo en relación con el reconocimiento de relaciones de pareja, sino que además reconoce necesario legislar en materia de filiación.

Si se llega a replicar la situación a la que se han visto enfrentadas las mujeres lesbianas en España, donde es requisito el matrimonio para el reconocimiento de la filiación, parece importante destacar que, en Chile, durante el año 2019, el 76% de los niños y niñas nacieron fuera del matrimonio según cifras del Registro Civil, cifras que se han mantenido dentro de ese rango desde el año 2015¹¹⁵. Lo anterior, solo se mantendría las condiciones de desigualdad entre niños y niñas nacidos fuera del matrimonio, lo que en nuestro país fue discutido y regularizado durante el año 1998 con la Ley N° 19.585 que estableció la modificación del artículo 33 del Código Civil que estipula que “la ley considera iguales a todos los hijos.”

¹¹⁵ SERVICIO de Registro Civil e Identificación. Datos Registrales con Enfoque de Género. Junio de 2020.

CAPÍTULO III: LA FAMILIA LGBTI FRENTE A LOS PROBLEMAS BIOÉTICOS DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Este capítulo busca entregar una breve mirada a lo que significa formar una familia homoparental en una sociedad orientada a reconocer únicamente familias heteroparentales. El desconocimiento jurídico, administrativo y social de estas familias, se ve enfrentado al modo en que estas se forman, en este caso nos referimos a aquellas que, mediante TRA han logrado constituir una familia. Por lo demás, un futuro reconocimiento de las familias homoparentales que buscan tener hijos o hijas mediante TRA, abre la puerta a discusiones amplias sobre las implicancias propias de aquellas técnicas, tales como el acceso a ellas y las consecuencias de su regulación, como también situaciones específicas para las familias lesbomaternales, relacionadas a conceptos como *queer kinship* y *queer reproductive justice*.

1. Regularización de las TRA: turismo reproductivo y acceso igualitario.

En nuestro país, las TRA no son reguladas por la ley y la filiación que nace de ellas solo se regula a partir del artículo 182 del Código Civil, como se desarrolló en los capítulos anteriores. Sin embargo, han existido esfuerzos por legislar y durante el año 2006, ingresó al Senado un proyecto titulado “Sobre reproducción humana asistida¹¹⁶” el cual buscaba establecer normas que regularan las TRA, incluyendo normas referentes a los Centros Médicos de Reproducción Asistida, la donación de gametos y la criopreservación de embriones humanos, actualmente este proyecto se encuentra archivado. Al día de hoy, se encuentra en tramitación en un proyecto¹¹⁷ que tiene como objetivo regular la gestación por subrogación, también conocida como “vientre de alquiler”, sin embargo, el proyecto busca regular aquella técnica en particular y no se refiere a las TRA en general.

Al no existir una regulación específica en nuestro país, la información perteneciente a aquellas clínicas y centros que realizan procedimientos relacionados a las TRA es privada y no es posible conocer cifras específicas, es por esto, que son escasas las investigaciones sobre reproducción asistida que se refieran específicamente a nuestro país. La Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, Red LARA, elabora un registro al respecto¹¹⁸, con centros de reproducción asistida de Latinoamérica reportando sobre su trabajo en el área, incluyendo la edad de las mujeres que se someten a tratamientos, el número

¹¹⁶ Boletín N° 4346-11. Sobre reproducción humana asistida.

¹¹⁷ Boletín N° 11576-11. Regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida

¹¹⁸ ZEGERS-HOCHSCHILD, F., SCHWARZE, J.E., CROSBY, J.A., MUSRI, C. y URBINA, M.T., 2019. Assisted reproductive techniques in Latin America: The Latin American registry, 2016. JBRA Assisted Reproduction, vol. 3, no. 23, p. 2.

de embriones transferidos, las tasas de partos, entre otros. En la región, Argentina y Uruguay son los países con mayor cantidad de ciclos reportados, ambos cuentan con acceso universal a las TRA y son seguidos por Chile, que a pesar de no contar con una ley que lo regule, si cuenta con políticas públicas recientes de reembolsos parciales¹¹⁹. En este sentido, el 2017 REDLARA proporcionó datos sobre su investigación anual con información entregada por 188 instituciones de 15 países de la región y con un aumento de 13 instituciones reportando en relación con sus investigaciones anteriores¹²⁰. En Chile, sólo 10 centros fueron partícipes del estudio anteriormente citado y la información entregada se centra específicamente en los resultados de las TRA, cualquier otra información, por ejemplo, aquella relacionadas al valor y acceso de los procedimientos es privada, por lo tanto, es dejada enteramente al arbitrio de los centros privados de reproducción asistida.

Es así como, el acceso a las TRA en nuestro país y las consecuencias de la no regularización de estas, suponen una arista importante a analizar, especialmente en relación con las familias lesbomaternales que hacen uso de ellas, debido a que existe un desconocimiento, no solo en cifras, sino también en cuanto al efecto social, económico y psicológico que este tipo de procedimientos tienen en aquellas personas que se someten a ellos.

Una de las consecuencias relacionadas a la no regularización de las TRA se origina en el plano económico, donde es importante destacar el hecho de que la reproducción asistida es una industria multimillonaria a nivel global, que promueve la realización de procedimientos de reproducción transfronterizo¹²¹, donde parejas quienes buscan formar familia a través de TRA, realizan viajes a países donde las leyes que regulan la reproducción asistida son laxas o inexistentes. A partir de ello, se origina un concepto relevante denominado *fertility tourism* o turismo reproductivo, que puede ser definido como “la práctica de los pacientes que viajan desde sus países de origen a otros países para ahorrar en costes sanitarios recibiendo un tratamiento médico cubierto por el sistema sanitario de ese país o a costa de su aseguradora; o bien para acceder a un servicio que es ilegal o que no está disponible en su país de origen.”¹²²

A partir de lo anterior, es posible discutir sobre los efectos sociales y económicos que tienen las TRA, especialmente en países como Chile, donde no existe regulación al respecto, de esta forma, nos referiremos específicamente a la donación de ovocitos en relación con el turismo reproductivo y al acceso que se tiene a las TRA.

¹¹⁹ ZEGERS-HOCHSCHILD, F., SCHWARZE, J.E., CROSBY, J.A., MUSRI, C. y URBINA, M.T., 2019. Op. cit.

¹²⁰ Ibid.

¹²¹ NAHMAN, M.R., 2016. Romanian IVF: a brief history through the “lens” of labour, migration and global egg donation markets. *Reproductive Biomedicine & Society Online*, vol. 2, p. 148

¹²² GARCÍA AMEZ, J. y AYALA, M., 2017. Turismo reproductivo y maternidad subrogada. *DS : Derecho y salud [en línea]*, vol. 27, no. Extra. 1, p. 202.

En primer lugar, nos referiremos a la situación narrada por Michal Rachel Nahman, quien se refiere al turismo reproductivo en Europa, específicamente en Rumania, donde la donación de ovocitos en ese país es promovida por el gobierno mediante programas subsidiados para capacitar a ginecólogos rumanos en TRA, con el fin de posicionar económicamente al país como un estado Europeo exitoso, la autora se refiere a esto como una “estrategia de marketing para el turismo reproductivo” y que deriva en una “economía reproductiva extractiva”¹²³, debido a que el acercamiento que tienen las personas a las TRA en Rumania, específicamente las mujeres, se centra en la donación compensada de ovocitos:

“Para la mayoría de las mujeres rumanas, la FIV no ha significado una oportunidad para tener un hijo ni tampoco las ha impulsado a utilizar la tecnología disponible. Mas bien, para las mujeres rumanas que buscan no tener hijos o tener familias más pequeñas, o migrar a otros lugares, la tecnología de la FIV ha brindado una oportunidad para un nuevo tipo de ingresos a través de la ovodonación en una forma comparable a la de mujeres en otros países considerados económicamente deprimidos.”¹²⁴

Como es posible observar, la ovodonación en Rumania promueve que mujeres que quieren mejorar sus vidas se sometan a estos procedimientos, capitalizando sus cuerpos en una suerte de “recurso natural”, volviéndolas “biodisponibles.”¹²⁵

En nuestro país, las distintas clínicas y centros de fertilidad ofrecen el servicio de ovodonación, el cual es considerado, según el centro SGFertility como “un contrato gratuito entre la donante y la clínica de fertilidad¹²⁶”, el cual contempla una remuneración económica por el tiempo dedicado al procedimiento de donación y las molestias que ocurren a partir del mismo. Para convertirse en donante, se requiere cumplir con requisitos tanto físicos –edad, peso y estatura determinada, historiales médicos normales– como psicológicos –no padecer alguna enfermedad psicológica¹²⁷–. Al no existir regulación al respecto, la decisión respecto a la forma de compensación y la cantidad de la misma, quedan al arbitrio de los centros, por ejemplo, el centro IVI reconoce basarse en la legislación española para determinar sus lineamientos¹²⁸. Estos centros y clínicas recalcan el altruismo de la donación y centran su discurso en la realización del sueño de maternidad de mujeres que no pueden quedar embarazadas.

La capitalización de los cuerpos, especialmente de mujeres en situaciones de vulnerabilidad respecto a sus pares, se presenta como uno de los puntos claves de la discusión sobre las TRA y debería

¹²³ NAHMAN, M.R., 2016. Op. cit. p. 82.

¹²⁴ Ibid

¹²⁵ Ibid. p 85.

¹²⁶ SGFERTILITY, 2018. ¿Cuál es la compensación que reciben las donantes de óvulos? SGFertility Medicina Reproductiva Blog [en línea] <<https://www.sgfertility.cl/blog-sgf/la-compensacion-reciben-las-donantes-ovulos/#:~:text=En%20Chile%20los%20valores%20de.>> [última consulta: 24 de febrero de 2021].

¹²⁷ IVI CHILE. ¿Qué es la ovodonación? IVI Chile [en línea] < <https://ivinet.cl/tratamientos-reproduccion-asistida/ovodonacion/>> [última consulta: 25 de febrero de 2021].

¹²⁸ Ibid.

ser un punto para considerar en la discusión legislativa nacional, en cuanto su situación actual da cuenta del libre albedrío poseen los centros de reproducción actualmente.

Esta situación se compara con aquella promovida por algunas clínicas de fertilidad en el Reino Unido para aminorar los costos que conlleva la realización de procedimientos complejos como la FIV, le llaman *egg sharing* y se trata de una suerte de “intercambio” de ovocitos, donde se ofrecen descuentos o la gratuidad completa del tratamiento a mujeres que ya están en un tratamiento reproducción asistida que requiera la extracción de ovocitos, por ejemplo, la FIV.¹²⁹ En su investigación sobre el abuso en la reproducción asistida, Hodson y Bewley concluyen que en este tipo de procedimientos se perpetúan y se explotan varias clases de vulnerabilidades sociales, entre ellas la sexualidad: “Aunque se han minimizado los hallazgos, se ha demostrado que los programas de “*egg sharing*” implican la transferencia de ovocitos sanos desde mujeres lesbianas jóvenes hacia parejas heterosexuales, de mayor edad y más adineradas.”¹³⁰ Se puede observar como mujeres lesbianas o bisexuales que desean ser madres a través de TRA se convierten en objetivos comerciales de las clínicas reproductivas, donde se busca explotar las diversas situaciones de vulnerabilidad en que puedan encontrarse, en este caso su orientación sexual y posición socioeconómica se utilizan como medio para lograr objetivos meramente comerciales.

En segundo lugar, nos referiremos a la situación del acceso que tiene a las TRA en nuestro país, donde se cuenta con programas que subvencionan el acceso a estas tecnologías. El Fondo Nacional de la Salud, “cuenta con un programa de fertilización asistida de baja y alta complejidad a través de la red pública de salud y la red de instituciones privadas en convenio¹³¹”. Además, el sistema privado de salud a través de las Isapres, debe otorgar a aquellas prestaciones que ofrece Fonasa mediante su convenio con instituciones privadas o Modalidad de Libre Elección (MLE), “como mínimo la cobertura financiera que asegura Fonasa.”¹³² Es decir, existe financiamiento de diagnósticos y procedimientos asociados al uso de las TRA por las parejas en Chile y, si bien, estos procedimientos no consideran explícitamente el acceso a parejas LGTBI, no prohíben el acceso a ellas.

A pesar de no existir prohibición para las parejas LGTBI de hacer uso de los programas y coberturas que se entregan en el sistema privado o público, en ambos existe un requisito que genera

¹²⁹ COMPLETE FERTILITY CLINIC, 2018. Why are we offering free IVF for our egg sharers? Complete Fertility Clinic [en línea] <<https://www.completefertility.co.uk/blog-resources/blog-news/why-are-we-offering-free-ivf-for-our-egg-sharers>> [última consulta: 22 de febrero de 2021].

¹³⁰ HODSON, N. y BEWLEY, S., 2019. Abuse in assisted reproductive technology: A systematic qualitative review and typology. *European Journal of Obstetrics & Gynecology and Reproductive Biology*, vol. 238, pp. 170–177.

¹³¹ FONASA, 2020. Programas Especiales - Fertilización Asistida. Fonasa.cl [en línea] <<https://www.fonasa.cl/sites/fonasa/beneficiarios/programas-especiales#fertilizacion-asistida>> [Consulta: 1 de marzo de 2021].

¹³² SUPERINTENDENCIA DE SALUD. Circular IF/N° 331. Santiago, Chile. 27 de agosto de 2019.

ambigüedad en su interpretación: la infertilidad.¹³³ Es así como surge la pregunta ¿es posible para las parejas LGTBI, en específico, mujeres lesbianas que no cuentan con un diagnóstico de infertilidad, acceder a las coberturas que proporcionan el sistema público o privado de salud?

Se ha documentado un caso frente a la Superintendencia de Salud, donde dos mujeres presentaron un reclamo ante el organismo frente a la negativa de su Isapre a cubrir los gastos asociados a un tratamiento de reproducción asistida.¹³⁴ La Isapre fundamentó su negativa en que no se había declarado la infertilidad como preexistencia al momento de afiliarse a la institución, sin embargo, una mujer lesbiana o bisexual no padece de infertilidad solo por su orientación sexual. La Superintendencia de Salud mediante un fallo arbitral ordenó a la Isapre a “bonificar las prestaciones efectuadas [...] con el diagnóstico de Infertilidad Primaria”, esto en vista de que la parte demandante alegó que la clínica donde se efectuaron los tratamientos, diagnosticó la infertilidad primaria, siendo esta situación cuando una mujer no puede tener un hijo, ya sea debido a la incapacidad de quedar embarazada o la incapacidad de llevar un embarazo a un nacimiento vivo, luego de comenzado el tratamiento.

La dificultad de acceso que se presenta para las parejas de mujeres que desean ser madres es consecuencia de la inexistente regulación respecto de las TRA y de la invisibilización de la realidad LGTBI en las políticas públicas. Sin cobertura en el Fonasa o Isapres, el financiamiento de estos tratamientos debe ser asumido completamente por la pareja que se somete a las TRA, lo que se traduce en una desigualdad al acceso basada en los recursos económicos de las parejas.¹³⁵ Por lo demás, se obliga a estas parejas a iniciar procesos frente a las instituciones para ver reconocidos sus derechos, lo que resulta discriminatorio toda vez que parejas heterosexuales no deben pasar por ellos.

2. Queer reproductive justice y queer kinship: la rebiologización de la familia LGBTI.

La definición de *queer reproductive justice* o justicia reproductiva *queer* responde a las consecuencias de formar familias fuera del concepto heteronormado de la misma, es decir, familias no compuestas por un padre y una madre. Respecto a ella, Joshua Gamson se refiere a los principios que establecen el alcance de la justicia reproductiva: “el derecho a tener hijos, el derecho a no tener hijos y el derecho a ejercer la paternidad o maternidad en un ambiente sano y seguro.¹³⁶” Así mismo, Zakiya

¹³³ Ibid. “Para tener derecho a la cobertura de los tratamientos de fertilización asistida de alta complejidad, la mujer debe ser beneficiaria de la ISAPRE respectiva y contar con diagnóstico previo de infertilidad, ya sea que éste haya sido formulado a ella o a su pareja.”

¹³⁴ Sexto Juzgado Civil de Santiago. Causa Rol C-10251-2020 SOVINO/ ISAPRE VIDATRES S.

¹³⁵ MILES, 2016. Primer Informe Salud Sexual Salud Reproductiva y Derechos Humanos En Chile - Reproducción Asistida. Miles Chile [en línea] <<https://mileschile.cl/cms/wp-content/uploads/2019/01/Informe-DDSSRR-2016-Reproducci%C3%B3n-asistida.pdf>> [última consulta: 20 de febrero de 2021].

¹³⁶ GAMSON, J., 2018. Kindred spirits? Reproductive Biomedicine & Society Online, vol. 7, p. 2.

Luna se refiere al concepto de *reproductive justice*, definiéndolo desde una perspectiva interseccional¹³⁷, es decir, que la lucha por la justicia reproductiva se debe analizar teniendo en cuenta aspectos de raza, género, sexualidad y clase, además de luchar equitativamente por los derechos tanto de tener, como de no tener hijos, es decir, el concepto está firmemente relacionado con la libertad reproductiva. Esta libertad reproductiva se relaciona con la lesbomaternidad, en cuanto la sola decisión de formar una familia supone decisiones como, por ejemplo, atravesar procesos de adopción o reproducción asistida con el fin de establecerse como un tipo de familia basada en *queer kinship* o parentesco queer.

Ambos conceptos, *queer kinship* y *queer reproductive justice* son centrales para entender el objetivo de la lucha por el reconocimiento de los derechos LGBTI en relación con la formación de familias, las cuales, como se expondrá más adelante, pueden ser tanto biológicas como no-biológicas.

Una perspectiva histórica de los estudios *queer* y LGBT respecto a la reproducción es presentada por Doris Leibetseder quien se refiere a ello estableciendo que los estudios bioéticos *queer* suponen que lo *queer* se resiste a todas las formas de heteroconformidad y que repudia la reproducción¹³⁸, mientras que los estudios LGTB se han enfocado en el estudio de la medicina y de la salud a través de publicaciones que describen la realidad LGTBI, sin cuestionar el objetivo de las prácticas reproductivas. De esta manera, se proyectan dos visiones relacionadas a la reproducción, la primera busca exponer una visión que históricamente ha rechazado la reproducción, considerándola incluso una práctica patriarcal¹³⁹, mientras que la segunda puede ser vista como reaccionaria¹⁴⁰ al buscar replicar el modelo de la familia heteroparental.

A partir de lo anterior, podemos observar que el *queer kinship* o parentesco *queer*, presenta una evolución en cuanto a su definición, ya que la noción de crear una familia se transformó. Judith Stacey comentó sobre la forma de crear familia en las comunidades LGBT+¹⁴¹, donde antes se “escogía” una familia, las personas LGBT+ normalmente excluidas de sus propias familias buscan dentro de la propia comunidad un sentido de conexión familiar que trasciende de los lazos sanguíneos, ahora buscan replicar las lógicas heteronormadas donde las familias se crean a partir de lazos sanguíneos; lo que implica asuntos debatibles moralmente como la donación de gametos, la maternidad subrogada, la fertilización *in-vitro* o FIV, entre otros.

El Método ROPA se presenta como ejemplo para estudiar aquella visión que busca replicar la conformación de familias heteroparentales por parte de familias lesbomaternales, debido a que se busca

¹³⁷ LUNA, Z., 2018. Black celebrities, reproductive justice and queering family: an exploration. *Reproductive Biomedicine & Society Online*, vol. 7, p. 93.

¹³⁸ LEIBETSEDER, D., 2017. Queer reproduction revisited and why race, class and citizenship still matters: A response to Cristina Richie. *Bioethics*, vol. 32, no. 2, p. 140. Traducción propia.

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ Op. cit., p. 140.

¹⁴¹ STACEY, J., 2018. Queer reproductive justice? *Reproductive Biomedicine & Society Online*, vol. 7, p. 5.

entregar un vínculo biológico y genético a cada una de las mujeres participantes de la TRA. Esto se logra mediante la incorporación de la madre no gestante al proceso, quien se somete a un tratamiento de estimulación ovárica que permite extraer sus óvulos para luego seguir con la FIV junto a la madre gestante; al aportar material genético, la madre no gestante se convierte en madre genética. Este procedimiento se asimila a la donación de ovocitos y al embarazo subrogado, sin embargo, la diferencia radica la voluntad de las mujeres que se someten a ello, debido a que “ambas mujeres son partícipes del procedimiento donde una provee el embrión utilizando sus óvulos y la otra durante la gestación del embrión.¹⁴²” Es decir, que ambas mujeres pueden ser parte de la experiencia de ser madre, en contraste con otros métodos reproductivos, como la inseminación artificial y la FIV, que solo requieren de una de las mujeres para proporcionar el óvulo y gestar el embarazo. Por esto, es considerado por algunos autores que “la participación de ambas mujeres en la creación de una familia es más profunda con el método ROPA que con DI o FIV¹⁴³.”

A partir de lo anterior surge la pregunta: ¿Son los lazos biológicos, ya sean gestacionales o genéticos, los que otorgan una conexión más relevante para con los hijos o hijas? Autores como Ennio di Nucci y Elixabete Imaz se muestran escépticos a aceptar esta relevancia biológica de las relaciones de parentesco, Di Nucci sostiene que:

“[...]las preocupaciones sobre las desigualdades o los desequilibrios que ocurren dentro de una relación respecto a las diferencias en los lazos biológicos de una pareja con sus hijos son de naturaleza patriarcal, ya que probablemente se reflejan en los roles dentro de las familias tradicionales donde, no olvidemos, existen diferencias en los lazos biológicos de la pareja con sus hijos, ya que solo uno de ellos es la persona que gesta.”

Podemos observar que, el autor busca resaltar el concepto de “naturaleza patriarcal” de las relaciones familiares en el análisis del posible desequilibrio que pudiera existir entre los padres o madres y sus hijos o hijas, es decir, que incluso en aquellas familias consideradas tradicionales los lazos biológicos no son equitativos entre los padres. En este mismo sentido, Imaz se refiere a los lazos biológicos y al porqué considerar este tipo de procedimientos de reproducción asistida:

“[...] cómo se puede entender la inclinación por los medios de acceso a la maternidad que implican usos de tecnologías médicas de reproducción complejas, físicamente penosas y a menudo económicamente costosas en un contexto que dice no atribuir importancia a los aspectos más biológicos de la reproducción y en el que el vínculo materno-filial no se basa en aquel de compartir sustancias, ni

¹⁴² MARINA, S., MARINA, D., MARINA, F., FOSAS, N., GALIANA, N. y JOVE, I., 2010. Sharing motherhood: biological lesbian co-mothers, a new IVF indication. *Human Reproduction*, vol. 25, no. 4, p. 941.

¹⁴³ Ibid.

siquiera el haber gestado a una criatura, sino en el deseo y la intención, el querer ser madre como principio”

Es en este punto donde es relevante la noción del parentesco *queer*, debido a que la familia que se forma a partir de un procedimiento como el Método ROPA, es exclusivamente formada por dos madres, que son su mayoría lesbianas o bisexuales, por lo que sería inherentemente *queer kinship*, ya que pone en cuestionamiento el modelo de familia tradicional al considerar a ambas madres como madres biológicas, sin embargo, es importante el cuestionamiento crítico que este tipo de familia presenta. Para Laura Mamo, la inclusión de las personas LGTBI al uso de las TRA es una situación que debe ser celebrada pero con precaución, ya que toma en cuenta la magnitud económica de la industria y “contribuye a las posibilidades racionalizadas y estratificadas de procreación y maternidad”¹⁴⁴ y si bien es importante “considerar lo radical en todas las formas de familia *queer* (clínicas de fertilidad, adopción, crianza temporal y otras formas de familia) también es importante ver como se perpetúa la normatividad,”¹⁴⁵ esto es compartido por Di Nucci quien considera que: “Debemos tener cuidado de no terminar reforzando así los prejuicios patriarcales sobre la importancia de la biología”¹⁴⁶.

Son distintas las razones por las que una pareja de mujeres busca el Método ROPA para formar una familia, por ejemplo, motivos médicos que impidan a una de las mujeres concebir, el deseo de que ambas tengan un vínculo biológico o incluso motivos estéticos y no médicos¹⁴⁷, cualquiera de ellas es considerada tan válida como las razones que pueda tener cualquier otra pareja. A pesar de tratarse de un procedimiento más complejo y costoso si es comparado con la FIV, ya que ambas madres deben someterse a procedimientos¹⁴⁸, es posible sostener que: “los niños que nacerán mediante el método ROPA son niños deseados, como todos los niños nacidos por TRA, y esto es un factor muy positivo para el niño.”¹⁴⁹

Se podría decir que este procedimiento pone en la misma posición a una pareja de madres lesbianas y a una pareja heterosexual que realizan una TRA heteróloga, esto debido a que en ambas se utiliza material genético proveniente de un tercero que actúa como donante, este detalle hace que sea considerada como controversial, por las consecuencias que tiene en la filiación y el derecho a la privacidad y la identidad¹⁵⁰. Aunque el inciso primero del artículo 182 del Código Civil establece: “El

¹⁴⁴ LEIBETSEDER, D., 2017. Op. cit, p. 144

¹⁴⁵ MAMO, L., 2013. Queering the Fertility Clinic. *Journal of Medical Humanities*, vol. 34, no. 2, p. 230.

¹⁴⁶ DI NUCCI, E., 2016. IVF, same-sex couples and the value of biological ties. *Journal of Medical Ethics*, vol. 42, no. 12, p. 785 Traducción propia.

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ IMAZ, E., 2016. ¿Rebiologización en las familias de elección? Lesbomaternidad y uso de tecnologías reproductivas. *AIBR. Revista de Antropología Iberoamericana*, vol. 11, no. 03, p. 143

¹⁴⁹ MARINA, S., MARINA, D., MARINA, F., FOSAS, N., GALIANA, N. y JOVE, I., 2010. Op. cit., p. 942

¹⁵⁰ SUÁREZ FERNÁNDEZ, L. y PÉREZ OROZCO, L., 2019. Debates en torno a los efectos de la fertilización in vitro heteróloga en la filiación. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 10, no. 1, p. 61

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.”, este sólo podría ser aplicable a la pareja heterosexual que realiza el procedimiento heterólogo y deja en desprotección a la pareja lesbiana, a pesar de encontrarse básicamente en la misma situación, un procedimiento de TRA que utiliza el material genético de un donante. La norma no considera la posibilidad de una pareja distinta a la de un hombre y una mujer pueda acceder a este tipo de tecnología.

Finalmente, es posible afirmar que la lesbomaternidad no se ha sustentado en los vínculos biológicos que podrían nacer a partir de las TRA, ya sea IA, FIV o Método ROPA, es la voluntad de participar de ellos el argumento principal “en la estrategia jurídica al momento de definir el rol de la madre no-biológica en disputas sobre filiación, se establece que la diferencia entre ambas madres no se centra en “no ser la que concibió y gestó la criatura, sino la falta de derechos que derivaba de la exclusiva circunstancia de no haber gestado.”¹⁵¹

¹⁵¹ IMAZ, E., 2016. Op. cit.

CONCLUSIÓN

En definitiva, a lo largo de esta investigación fue posible apreciar la situación en que se encuentra la legislación actual con respecto al reconocimiento de la lesbomaternidad mediante técnicas de reproducción asistida, donde se enfrenta el desarrollo legislativo de dos temas: el reconocimiento de la familia LGTBI y la regulación de las TRA.

Primero, explicamos la regulación existente en la legislación nacional, la cual se reduce al artículo 182 del Código Civil. Este artículo deja explícitamente fuera a las familias LGBTI de su aplicación, lo que constituye un acto de discriminación, especialmente contra las parejas de mujeres que buscan tener hijos o hijas mediante TRA. A pesar de que la situación de una pareja de mujeres pueda asimilarse a la de una pareja heterosexual que se somete a un tratamiento de TRA con donante o heterólogo, a la pareja de mujeres no le será aplicable la situación contenida en el artículo 182 del Código Civil, aunque ambas se hayan sometido al mismo procedimiento de reproducción asistida.

Luego, comentamos la situación en el Registro Civil e Identificación, donde a través de una Circular se ha establecido como requisito para la inscripción de hijos o hijas nacidos de una pareja que haya suscrito un Acuerdo de Unión Civil, que esta se trate de una pareja heterosexual. Hemos hecho notar que la ley no prohíbe la anotación de hijos o hijas en la libreta AUC a parejas del mismo sexo, de hecho, no se refiere ella. Esto demuestra un problema recurrente, no solo en la legislación, sino que además en el ámbito de políticas públicas, donde no considerar de manera explícita la existencia de las personas LGTBI se transforma en un tipo de invisibilización. Los niños y niñas con dos madres existen, no permitir el reconocimiento de su filiación a través de prohibiciones de la administración y eventualmente, resoluciones judiciales, produce complicaciones para el solo hecho de reconocer la realidad.

A partir de lo anterior, comentamos el fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso Rol N° 3335-2018, el fallo del Segundo Juzgado de Familia de Santiago RIT C-10028-2019 y el fallo del Tribunal Constitucional Rol N°7774-2019, todos ellos sobre familias conformadas por dos mujeres y sus hijos o hijas y que han debido recurrir a procesos judiciales para ver reconocidos sus derechos. El fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso reconoció como familia a las mujeres que recurrieron de protección, sin embargo, consideraron que a través de la acción de protección no correspondía resolver conflictos de orden público, como lo es la filiación. Este caso es, a nuestro parecer, un ejemplo de las complicaciones innecesarias que solo viven las familias LGTBI; la Corte las reconoce como familia, sin embargo, no realiza ninguna acción conducente a reestablecer el imperio del Derecho y proteger los derechos vulnerados al no ser reconocidas cómo familia por las instituciones relevantes.

Es así, como las familias LGTBI son obligadas a recurrir a estrategias judiciales innovadoras y que, la mayor parte del tiempo, están reservadas para la minoría de ellas, especialmente por los recursos

económicos y de tiempo que ellas implican, con esto no referimos a la sentencia del Segundo Juzgado de Familia de Santiago. Este fallo es histórico, en cuanto se reconoció la filiación de la madre no gestante través de una reclamación de filiación contra ella, a diferencia del anterior, no solo se fijó como un hecho que se trataba una familia con dos madres, sino que el Tribunal, a través de la interpretación de principios, tratados internacionales e incluso la regulación vigente proporcionada por el artículo 182 del Código Civil, declaró la doble filiación materna.

Además, se revisó el alcance del matrimonio igualitario en la filiación de los niños y niñas nacidos en familias lesbomaternales mediante el análisis del fallo del Tribunal Constitucional Rol N°7774-2019. En la sentencia comentada, el Tribunal desestimó los argumentos de las requirentes, quienes buscaban ver reconocido su matrimonio celebrado en el extranjero, no cómo un Acuerdo de Unión Civil, sino como un matrimonio y a partir de ello, que la filiación de su hijo fuera reconocida como matrimonial. Nuevamente se da cuenta de las instancias a las que deben llegar las parejas de dos madres para ver sus derechos y los de sus hijos reconocidos, no solo deben exponer su vida privada, sino que soportar insinuaciones sobre la idoneidad de su relación matrimonial, comparándola con matrimonios polígamos o masivos realizados por otras culturas.

Se agregó al análisis de los efectos del matrimonio en la filiación algunos ejemplos de legislaciones comparadas, tales como la de Estados Unidos, que a pesar de reconocer a nivel federal el matrimonio igualitario con todos los beneficios que entrega a parejas heterosexuales, provoca que parejas del mismo sexo tengan que recurrir a tribunales estatales para que interpreten a su favor si es que el Estado no legisla al respecto y la situación de España, donde el matrimonio de la pareja que busca regularizar la filiación de su hijo o hija se hace un requisito para obtenerla. Consideramos de importancia la discusión sobre el matrimonio igualitario en relación con la filiación de los hijos e hijas nacidas en los eventuales matrimonios entre personas del mismo sexo; el proyecto sobre matrimonio igualitario se remita al proyecto que busca regular la filiación de hijos e hijas de parejas del mismo sexo.

Es así, que el proyecto que busca regular la filiación toma importancia y si bien, respecto a las familias lesbomaternales resuelve el problema que nace a partir del nacimiento de niños y niñas a través de TRA, es de opinión de algunos parlamentarios que el proyecto busca abarcar demasiado en materia de TRA. Estamos de acuerdo en lo anterior, toda vez que no es posible reducir el alcance de las tecnologías de reproducción asistida a la filiación, ya que las consecuencias de los distintos procedimientos asociados a las TRA deben ser reguladas.

De esta forma, se realizó un breve análisis de los problemas bioéticos asociados a ciertas tecnologías de reproducción asistida, como la donación de ovocitos y el Método ROPA. Las consecuencias que produce la desregularización de las TRA tienen efectos específicamente en las parejas lesbomaternales más vulnerables, las deja en desprotección frente a centros y clínicas de reproducción e

instituciones públicas y privadas de salud, por lo que urge una regularización que exija información, proteja a quienes se someten a procedimientos de TRA y prohíba explícitamente la discriminación a parejas del mismo sexo.

Finalmente, se observaron ciertos conceptos como rebiologización, *queer reproductive justice* y *queer kinship*, que se relacionan específicamente con la familia LGTBI y que ayudan a comprender por qué se eligen procedimientos como las TRA para formar familia. De esta forma concluimos que, si bien es necesario que las personas LGBTI, en este caso las familias lesbomaternales, tengan acceso a las TRA, como lo mencionan autores haciendo referencia a la *queer reproductive justice*. también es necesario tener una visión crítica en la forma que estas familias buscan replicar modelos patriarcales, como se hace mención cuando se habla de rebiologización y *queer kinship*.

El reconocimiento de las familias LGTBI por la legislación nacional se encuentra en las primeras etapas de su desarrollo, específicamente respecto a la lesbomaternidad y su intersección con la regulación de las TRA. Esto se puede comprobar si tenemos en cuenta que, en primer lugar, los niños y niñas que han nacido producto de TRA en familias con dos madres solo son considerados hijos o hijas de la madre gestante, dejándolos en una clara desprotección frente a sus pares; en segundo lugar, que a pesar de no estar prohibidas, las TRA que son utilizadas por mujeres lesbianas y bisexuales para concebir hijos e hijas no están reguladas, son de difícil acceso por motivos económicos y de políticas públicas que no las consideran; y en tercer lugar, que la idoneidad de las parejas LGTBI como madres o padres es aún discutida en las instancias judiciales y administrativas en las que se ven obligadas a participar las familias LGTBI para ver reconocidos sus derechos. Es por esta razón que las familias lesbomaternales deben ser reconocidas en la legislación nacional, de lo contrario, se les obliga a atravesar procedimientos judiciales que se originan exclusivamente en su orientación sexual, se priva a los niños y niñas nacidos en estas familias de los derechos que les corresponden y se incurre en situaciones de discriminación por género y orientación sexual.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

AGRUPACIÓN LÉSBICA ROMPIENDO EL SILENCIO. Ser lesbiana en Chile. Estudio exploratorio, Santiago de Chile, 2019.

BASTIDAS, F. and TORREALBA, M., 2014. Definición y desarrollo del concepto “proceso de invisibilización” para el análisis social. Una aplicación preliminar a algunos casos de la sociedad venezolana. *Espacio Abierto*, vol. 23, no. 3, pp. 515–533.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2013. Filiación mediante técnicas de reproducción humana asistida. *Historia del Artículo 182 del Código Civil* [en línea] <<https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/44032/1/HLCCArt182.pdf>> [última consulta: 4 de marzo de 2021]

CASOLO, J., CURRY-LEDBETTER, C., EDMONDS, M., FIELD, G., O’NEILL, K. and PONCIA, M., 2019. Assisted Reproductive Technologies. *The Georgetown Journal of Gender and the Law*, vol. 20, no. 2, pp. 313–354.

COMPLETE FERTILITY CLINIC, 2018. Why are we offering free IVF for our egg sharers? *Complete Fertility Clinic* [en línea] <<https://www.completefertility.co.uk/blog-resources/blog-news/why-are-we-offering-free-ivf-for-our-egg-sharers>> [última consulta: 22 de febrero de 2021].

CORRAL, H., 2020. Activismo gay e instrumentalización de los jueces. [en línea]. <<https://www.elmercurio.com/blogs/columnistas/143/corral-herman.aspx>> [última consulta 4 de marzo de 2021].

Diario de Sesiones del Senado. Legislatura 367^a, Sesión 86^a. *Senado*, 2019. [en línea] <<https://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=sesionessala&ac=getDocumento&teseid=64083&legiid=490>> [última consulta: 4 de marzo 2021].

DI NUCCI, E., 2016. IVF, same-sex couples and the value of biological ties. *Journal of Medical Ethics*, vol. 42, no. 12, pp. 784–787.

FEINBERG, J., 2019. A Logical Step Forward: Extending Voluntary Acknowledgements of Parentage to Female Same-Sex Couples. *Yale Journal of Law and Feminism*, vol. 30, no. 1, pp. 99–138.

- FONASA, 2020. Programas Especiales - Fertilización Asistida. *Fonasa.cl* [en línea]. <<https://www.fonasa.cl/sites/fonasa/beneficiarios/programas-especiales#fertilizacin-asistida>> [última consulta: 1 de marzo de 2021].
- GAMSON, J., 2018. Kindred spirits? *Reproductive Biomedicine & Society Online*, vol. 7, pp. 1–3.
- GARCÍA AMEZ, J. and AYALA, M., 2017. Turismo reproductivo y maternidad subrogada. *DS : Derecho y salud*, vol. 27, no. Extra. 1, pp. 200–208. [en línea] <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6334695>> [última consulta: 1 de marzo de 2021].
- GLAAD, 2016. GLAAD Media Reference Guide - Terms To Avoid. *GLAAD* [en línea] <<https://www.glaad.org/reference/offensive>> [última consulta: 1 de marzo de 2021].
- GÓMEZ DE LA TORRE, M., 2017. *Sistema Filiativo: Filiación Biológica*. Primera Edición. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- HODSON, N. and BEWLEY, S., 2019. Abuse in assisted reproductive technology: A systematic qualitative review and typology. *European Journal of Obstetrics & Gynecology and Reproductive Biology*, vol. 238, pp. 170–177. DOI 10.1016/j.ejogrb.2019.05.027.
- HUNTER, N. and POLIKOFF, N., 1975. Custody rights of lesbian mothers: Legal theory and litigation strategy. *Buffalo Law Review*, vol. 25, no. 3, pp. 691–733.
- IMAZ, E., 2016. ¿Rebiologización en las familias de elección? Lesbomaternidad y uso de tecnologías reproductivas. *AIBR. Revista de Antropología Iberoamericana*, vol. 11, no. 03, pp. 405–418. DOI 10.11156/aibr.110306.
- IMAZ, E., 2017. Same-sex parenting, assisted reproduction and gender asymmetry: reflecting on the differential effects of legislation on gay and lesbian family formation in Spain. *Reproductive Biomedicine & Society Online*, vol. 4, pp. 5–12.
- IVI CHILE, [sin fecha]. ¿Qué es la ovodonación? *IVI Chile* [en línea] <<https://ivinet.cl/tratamientos-reproduccion-asistida/ovodonacion/>> [última consulta: 1 de marzo 2021]
- 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*, vol. 24, no. 1, pp. 76–91.

- LAPOINTE, P., 2019. Extending the Marital Presumption to Same-Sex Couples: The Effect on Parentage for Married Same-Sex Male Couples Using a Surrogate. *Journal of Gender, Race, and Justice*, vol. 22, no. 1, pp. 127–150.
- LEIBETSEDER, D., 2017. Queer reproduction revisited and why race, class and citizenship still matters: A response to Cristina Richie. *Bioethics*, vol. 32, no. 2, pp. 138–144.
- LEVINE, N.E., 2008. Alternative Kinship, Marriage, and Reproduction. *Annual Review of Anthropology*, vol. 37, no. 1, pp. 375–389.
- LUNA, Z., 2018. Black celebrities, reproductive justice and queering family: an exploration. *Reproductive Biomedicine & Society Online*, vol. 7, pp. 91–100.
- MAMO, L., 2013. Queering the Fertility Clinic. *Journal of Medical Humanities*, vol. 34, no. 2, pp. 227–239.
- MAMO, L., 2018. Queering reproduction in transnational bio-economies. *Reproductive Biomedicine & Society Online*, vol. 7, pp. 24–32.
- MARINA, S., MARINA, D., MARINA, F., FOSAS, N., GALIANA, N. and JOVE, I., 2010. Sharing motherhood: biological lesbian co-mothers, a new IVF indication. *Human Reproduction*, vol. 25, no. 4, pp. 938–941.
- MILES, 2016. Primer Informe Salud Sexual Salud Reproductiva y Derechos Humanos En Chile - Reproducción Asistida. *Miles Chile* [en línea]. <<https://mileschile.cl/cms/wp-content/uploads/2019/01/Informe-DDSSRR-2016-Reproducci%C3%B3n-asistida.pdf>> [última consulta: 20 de febrero de 2021].
- NAHMAN, M.R., 2016a. Reproductive Tourism: Through the Anthropological “Reproscope.” *Annual Review of Anthropology*, vol. 45, no. 1, pp. 417–432. DOI 10.1146/annurev-anthro-102313-030459.
- NAHMAN, M.R., 2016b. Romanian IVF: a brief history through the “lens” of labour, migration and global egg donation markets. *Reproductive Biomedicine & Society Online*, vol. 2, pp. 79–87.
- PIERCESON, J., 2020. *LGBTQ Americans in the U.S. political system: an encyclopedia of activists, voters, candidates, and officeholders*. Santa Barbara, California: Abc-Clio. ISBN 9781440852763.

- POLIKOFF, N., 1986. Lesbian Mothers, Lesbian Families: Legal Obstacles, Legal Challenges. *New York University Review of Law & Social Change*, vol. 14, no. 41, pp. 907–914.
- POLIKOFF, N., 2009. A Mother Should Not Have to Adopt Her Own Child: Parentage Laws for Children of Lesbian Couples in the Twenty-First Century. *Stanford Journal of Civil Rights & Civil Liberties*, vol. 5, no. 2, pp. 201–268.
- SAUSS-ORTEGA, C., 2018. La maternidad biológica compartida en parejas lesbianas. La técnica de fertilización “in vitro” con el método de recepción de ovocitos de la pareja (ROPA). *Matronas Profesión*, vol. 19, no. 2, pp. 64–70.
- SGFERTILITY, 2018. ¿Cuál es la compensación que reciben las donantes de óvulos? *SGFertility Medicina Reproductiva Blog* [en línea] <<https://www.sgfertility.cl/blog-sgf/la-compensacion-reciben-las-donantes-ovulos/#:~:text=En%20Chile%20los%20valores%20de>> [última consulta: 1 de marzo 2021].
- STACEY, J., 2018. Queer reproductive justice? *Reproductive Biomedicine & Society Online*, vol. 7, no., pp. 4–7.
- SUÁREZ FERNÁNDEZ, L. and PÉREZ OROZCO, L., 2019. Debates en torno a los efectos de la fertilización in vitro heteróloga en la filiación. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 10, no. 1, pp. 57–92.
- TRUJILLO, G. and FALGUERA, M., 2019. “Es una maternidad que hay que reinventar”: madres lesbianas, técnicas de reproducción asistida y retos a los que se enfrentan. *Política y Sociedad*, vol. 56, no. 2, pp. 361–380.
- VIDAL, J., 2019. Acerca de la regulación jurídica de las técnicas de reproducción humana asistida. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, vol. 10, pp. 478–512.
- VIERA, M., 2017. *Género y biocapitalismo Economía política de la “donación” de gametos en Uruguay*. Tesis Doctoral. Universidad de la República de Uruguay: Montevideo. [en línea] <https://www.colibri.udelar.edu.uy/jspui/bitstream/20.500.12008/23257/1/Tesis_VIERACHE_RRO%281%29.pdf> [última consulta: 4 de marzo 2021].

ZEGERS-HOCHSCHILD, F., SCHWARZE, J.E., CROSBY, J.A., MUSRI, C. and URBINA, M.T., 2019. Assisted reproductive techniques in Latin America: The Latin American registry, 2016. *JBRA Assisted Reproduction*, vol. 3, no. 23. DOI 10.5935/1518-0557.20190037.

ZEILER, K. and MALMQUIST, A., 2014. Lesbian shared biological motherhood: the ethics of IVF with reception of oocytes from partner. *Medicine, Health Care and Philosophy*, vol. 17, no. 3, pp. 347–355. [en línea] <<https://link.springer.com/article/10.1007%2Fs11019-013-9538-5>> [última consulta: 1 de enero de 2021]

Documentos

SERVICIO de Registro Civil e Identificación. Circular D.N N° 11. Santiago, Chile. 2 de mayo de 2016.

SERVICIO de Registro Civil e Identificación. Carta AUC N° 11. Santiago, Chile. 30 de septiembre de 2019.

SERVICIO de Registro Civil e Identificación. Datos Registrales con Enfoque de Género. Junio de 2020.

SUPERINTENDENCIA de Salud. Circular IF/N° 331. Santiago, Chile. 27 de agosto de 2019.

Proyectos de Ley

Boletín N° 4.346-11. Sobre reproducción humana asistida.

Boletín N° 10.626-07. Regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo.

Boletín N° 11.422-07. Modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio de parejas del mismo sexo.

Boletín N° 11.576-11. Regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida.

Jurisprudencia Nacional

Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 28 de diciembre de 2017. Rol N° 74926 – 2017.

Corte de Apelaciones de Valparaíso. Sentencia de 15 de junio de 2018. Rol N°3335-2018.

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

Segundo Juzgado de Familia de Santiago. Sentencia de 17 de junio de 2020. RIT 10.028-2019

Jurisprudencia Internacional

Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de febrero de 2012.

ESTADOS UNIDOS. Corte Suprema. Sentencia de 26 de junio de 2015. Obergefell v. Hodges

ESTADOS UNIDOS. Corte Suprema. Sentencia de 26 de junio de 2017. Pavan v. Smith.

Normativa Internacional

ESPAÑA. Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

ESPAÑA. Ley 14/2006 de 27 de mayo de 2006. Sobre técnicas de producción humana asistida.

ESPAÑA. Un nuevo acuerdo para España. Coalición Progresista. Madrid, 30 de diciembre de 2019.

ESTADOS UNIDOS. AB-2684 Parent and child relationship. California, 28 de septiembre 2018.

ESTADOS UNIDOS. Fertility Clinic Success Rate and Certification Act of 1992 (H.R 4773)

REINO UNIDO, Marriage (Same Sex Couples) Act 2013 Parte 2, sección 2

URUGUAY. Ley 19.167 de 29 de noviembre de 2013. Técnicas de reproducción humana asistida.