



MAGISTER DE DERECHO DE FAMILIA, INFANCIA Y ADOLESCENCIA

“Supuestos Fácticos que Actualmente Debieran Dar Origen al Reconocimiento
Legal de la Filiación en Chile”

Maritza Elena Villadangos Frankovich

Profesora Guía: Maricruz Gómez de la Torre Vargas

Tabla de Contenidos

1. INTRODUCCIÓN.....	5
2. CAPÍTULO I. Análisis Filosófico-Jurídico y Examen Doctrinario del Marco Conceptual de la Discusión.....	7
a. Consideraciones Generales del Marco Conceptual de la Discusión.....	7
b. Una Concepción Argumentativa de la Filosofía y una Visión Ética Pluralista.....	9
c. La Adopción de Estándares Mínimos para el Análisis.....	12
i. Chile es un Estado Democrático.....	12
ii. Chile es un Estado de Derecho.....	13
iii. Estado de Respeto a los Derechos Fundamentales.....	17
d. El Problema de “Lo Natural” como Objeción Moral.....	18
e. Los Dos Ámbitos de Protección en Conflicto.....	21
i. La Protección de los Derechos Fundamentales de los Padres.....	22
ii. Los Derechos que Componen el Interés Superior del Niño.....	24
3. CAPÍTULO II. Historia de las Regulaciones de las Uniones Afectivo-Sexuales entre Personas del Mismo Sexo en Chile.....	29
a. Sobre la Relación entre el Problema de la Unión Afectivo-Sexual entre Personas del Mismo Sexo y el Problema de la Doble Filiación Parental y Maternal.....	29
b. Examen de Alguna Jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos.....	30
c. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno.....	32
i. La Criminalización de la Sodomía.....	32
ii. La Definición de Matrimonio como Contrato entre un Hombre y una Mujer.....	33
iii. Los Efectos en Chile de un Matrimonio Homosexual Celebrado en el Extranjero.....	35
4. CAPÍTULO III. Estado Actual del Asunto en Chile.....	38
a. El Desarrollo Legislativo Alcanzado en Nuestro País.....	38
b. El Boletín N° 10.626-07.....	41
c. Otras iniciativas legislativas:.....	46
d. El aporte de la jurisprudencia: La doble filiación maternal como tema centralmente tratado en la jurisprudencia chilena.....	48
i. Deficitaria Fundamentación de la Mayor Parte de los Fallos de Cortes de Apelaciones..	49
ii. Los fallos de Cortes de Apelaciones y el retroceso de la Corte Suprema.....	51
iii. La Solución Presentada en Primera Instancia: Fallo que Establece la Comaternidad y sus Implicancias en Chile.....	54
iv. Comparación Argumentativa entre el Fallo de Primer Grado RIT N° C-10.028-2019, de 8 de junio de 2020 y el de la Corte Suprema, rol N° 33.316-2019, de 20 de julio de 2020.....	57
v. Reacciones Adversas al Fallo del 2° Juzgado de Familia de Santiago.....	59

vi.	Una Sentencia Anterior a la del 2° Juzgado de Familia de Santiago, que ya Había Solucionado un Conflicto Similar de Manera Muy Parecida.....	60
5.	CAPÍTULO IV. Supuestos Legales de Adjudicación del Vínculo Filiativo en Chile.	61
a.	Fuentes de la Filiación en Chile. Nueva Propuesta.	61
b.	Justificación del Beneficio que Conllevaría Modificar las Fuentes de Filiación en Chile....	63
c.	Ejemplos Prácticos de la Aseveración Final que Precede.	64
d.	Dogmas Vinculados a la Filiación que Debieran ser Derruidos y Efectos que Podría Conllevar el Reconocimiento de Acuerdos Privados en la Filiación de un Hijo o Hija.....	69
6.	CONCLUSIONES.	73
7.	BIBLIOGRAFÍA.....	75
a.	Doctrina.....	75
b.	Jurisprudencia norteamericana.....	76
c.	Jurisprudencia española.....	77
d.	Jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno.....	77
e.	Jurisprudencia del Poder Judicial chileno.....	77
f.	Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.....	78

1. INTRODUCCIÓN.

La presente investigación tiene por objeto plantear cuales son los supuestos fácticos que debieran actualmente dar origen al reconocimiento legal de la filiación en Chile.

La finalidad previamente planteada encuentra su origen en el problema cierto que presentan hoy en día los matrimonios y convivientes de un mismo sexo para que en la práctica su derecho de conformar una familia que incluya hijos, cuya filiación les sea reconocida, se concrete sin mayores trabas en la realidad administrativa y jurídica nacional.

En miras a la tarea previamente autoimpuesta, se dará cuenta del estado actual de la discusión en torno a la posibilidad de asignar una doble filiación maternal o parental al hijo o hija que nace en el seno de una familia homoparental, particularmente bajo técnicas de reproducción asistida (TRHA). El análisis se apoya, en mayor parte, en este último escenario (de TRHA), ya que se trata del ámbito en el que se ha podido observar un genuino avance jurisprudencial y legislativo, aun cuando éste sea todavía enteramente insuficiente.

Como objetivos particulares, pretendo en esta investigación justificar, en primer lugar, que tras un análisis crítico de la discusión planteada, es posible señalar que los únicos límites de avance en la materia deberían estar dados por el respeto al estado democrático chileno y a los derechos fundamentales de las personas. Asimismo y, en segundo lugar, me interesa subrayar los argumentos morales, en lo que a discusiones legislativas se refiere, ya que suponen la oposición de principios y concepciones tan disimiles, que imposibilitan un diálogo fructífero entre los debatientes.

A continuación, intentaré demostrar que este problema debe y puede ser abordado respetando dos conjuntos de derechos, los que conciernen a las madres/padres y a los niños, cuestión que se encuentra doctrinalmente emprendida y solucionada en base a los derechos fundamentales que protegen a los primeros y al principio de interés superior, que debe ser atendido en toda decisión que se adopte por cualquier autoridad pública respecto de los segundos. Posteriormente, intentaré exponer cómo esta discusión surge de un continuo que comienza con el debate por la regulación de las uniones afectivo-sexuales entre parejas del mismo sexo y el intento de que ésta no derive en el reconocimiento de una noción más amplia de familia, como demuestra la discusión legislativa del acuerdo de unión civil y del matrimonio igualitario y, asimismo, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la materia.

Abocándome más a lo concreto, proseguiré con una exposición del estado actual de cosas en lo que respecta a Chile, tanto en términos de determinadas propuestas legislativas que se encuentra descansando por largos años en el Congreso, como del desarrollo jurisprudencial exhibido en relación a este tópico. A propósito de esto último, será necesario dar cuenta de las distintas vertientes de pensamiento que conviven al interior del Poder Judicial y, particularmente, en las Cortes de Apelaciones del país, haciendo presente el especial recelo exhibido por la Corte Suprema para resolver de manera favorable a los

solicitantes, este tipo de litigios, negando para ello incluso la aplicabilidad de tratados internacionales respecto de la materia.

En una nota optimista, se analizará un ya no tan reciente fallo pronunciado por el 2º Juzgado de Familia de Santiago, sentencia que al adoptar un nuevo enfoque procedimental y, asimismo, al replicar los razonamientos ya exhibidos en distintos votos minoritarios de fallos de algunas Cortes de Apelaciones chilenas, ha conseguido abrir un camino para el futuro reconocimiento sin trabas de la filiación homoparental en Chile.

Finalmente, intentare demostrar como un cambio de paradigma, en lo que a las fuentes de la filiación históricamente reconocidas en nuestra legislación civil se refiere, podría facilitar a nivel legal la aceptación jurídica de la filiación homoparental, explicitando, no obstante, las hipótesis que podrían desencadenarse a consecuencia de lo anterior y los efectos legales que ellas conllevarían.

Mi investigación culminará con las conclusiones adquiridas luego de todo lo analizado previamente.

Es preciso señalar que dada la extensa investigación efectuada, distintas secciones de esta tesis harán uso de distintas metodologías de investigación disponibles.

En ese sentido, la primera sección dispondrá de un análisis filosófico-jurídico, además de un examen doctrinario, para dar cuenta del marco conceptual en el que debe enmarcarse la discusión. Asimismo, específicamente para referirse a los derechos consagrados nacional e internacionalmente, tanto para parejas del mismo sexo como para los niños que eventualmente podrían encontrarse bajo su cuidado, se utilizará doctrina nacional además de la legislación y normativa nacional e internacional aplicable.

El segundo capítulo ahonda un poco más en la tropezada historia de las regulaciones de las uniones afectivo-sexuales entre personas del mismo sexo en Chile y, a modo de comparación, en Estados Unidos. Es por ello que, para esta sección, aparte de doctrina nacional, se efectuará un estudio de la historia de la ley que aprueba el acuerdo de unión civil y de la ley de matrimonio igualitario, así como un estudio de los tres fallos más emblemáticos del Tribunal Constitucional chileno, que reflejan enteramente su parecer a ese respecto.

La tercera sección, por su parte, aterrizará el asunto para entrar a efectuar un análisis legislativo en torno al Boletín N° 10.626-07, que pretende regular el derecho de filiación de los hijos e hijas de mujeres sometidas a técnicas de reproducción asistida, el que se encuentra hace ya más de siete años en el Senado, para luego efectuar un examen jurisprudencial de lo que han debido resolver los Tribunales de Familia y las Cortes de Apelaciones a falta de legislación clara y exhaustiva que regule la materia. En ese mismo sentido, entendemos que resulta clave para la comprensión del estado actual de la maternidad/paternidad homoparental en Chile, efectuar un análisis jurisprudencial y doctrinario en torno al conocido fallo pronunciado por el 2º Juzgado de Familia de

Santiago, que reconoció judicialmente la doble filiación maternal, efectuando un examen dogmático que dé cuenta de las normas vigentes utilizadas para resolver el pleito, así como un estudio doctrinario de las consecuencias jurídicas del mismo. Suponemos llegar a la conclusión de que el fallo soluciona conforme al derecho interno existente, la controversia que resuelve. Asimismo, se presentarán cuáles han sido las reacciones adversas a él, las que no dejan de ser relevantes en un contexto nacional donde se plantea la elaboración de una nueva Constitución Política de la República, eventualmente capaz de otorgar mayores certezas al respecto.

En el cuarto capítulo, nos preguntaremos ¿Cuáles son los supuestos legales de adjudicación del vínculo filiativo que debieran dar origen hoy en día al reconocimiento legal de la filiación en Chile, para garantizar de un modo más efectivo los derechos fundamentales de los niños y de los padres y para responder legislativamente de un modo más coherente a los deberes asumidos por el Estado de Chile en tratados internacionales? Frente a esta interpelación, analizaremos el actual estatuto jurídico de la filiación en Chile y la eventual incorporación al mismo de la voluntad procreacional como supuesto suficiente de atribución relacional filiativa. Nos haremos cargo, a continuación, de las circunstancias que ello podría desencadenar y de los efectos legales que aquellas conllevarían.

Finalmente, en la conclusión intentaremos efectuar la propuesta que en nuestro entender responde de manera más efectiva y eficiente a la interrogante formulada en el capítulo cuarto.

2. CAPÍTULO I. Análisis Filosófico-Jurídico y Examen Doctrinario del Marco Conceptual de la Discusión.

a. Consideraciones Generales del Marco Conceptual de la Discusión.

Algunas de las discusiones que más polarizan a académicos, abogados y políticos, pertenecen al ámbito del Derecho de Familia. El estudio que esta misma tesis pretende efectuar constituye uno de esos temas, de tan divisoria naturaleza. Es por ello que la primera pregunta relevante a ser planteada ha de ser cuáles son las razones que explican el carácter polémico de esta disciplina. Y es que ninguna otra rama del derecho parece provocar las pasiones de quienes abogan en ella cada postura, como lo hace este particular ámbito jurídico.

Desde ya es claro que, por un lado, el Derecho de Familia parece acercarse demasiado -al menos, más que otras ramas del derecho-, a regular los ámbitos más vinculados a los derechos a la privacidad y a la intimidad de cada persona. En ese sentido, el Derecho de Familia, en lo que a estas discusiones respecta, irrumpe en la vida más interna de cada sujeto, buscando regular comportamientos o situaciones, como una fuerza normativa externa que trastoca -o puede trastocar-, los escenarios más privados de una persona o familia.

Por otro lado, resulta evidente que el Derecho de Familia, en lo que a este tipo de disputas respecta, aborda espacios que muchas veces son considerados de especial

relevancia o interés público. Así, si bien esta rama del derecho aborda lo íntimo y lo privado, abarca al mismo tiempo y quizás, por las mismas razones, aquello que para muchos -incluida nuestra propia Carta Fundamental-, constituye el núcleo esencial de la sociedad. Es a partir de la familia, después de todo, que muchos de los valores que más buscamos resguardar comienzan a gestarse y desarrollarse en una persona, por lo que como sociedad es dable que no nos sea indiferente cuál será la conformación de la misma, en la medida en que ello repercute en las formas de vida que luego podrán verse desplegadas en la comunidad.

En este último sentido, el Derecho de Familia es mucho más que un ámbito jurídico perteneciente a la tosca definición de lo que puede ser considerado como el “derecho privado”. La naturaleza de “orden público” de sus normas no satisface por completo la relevancia de sus disposiciones, pues muchas veces los debates más acalorados que en ella se producen tienen que ver más con preceptos y consideraciones de derecho público, que con la mera regulación de formas contractuales de naturaleza privada. Es este el sentido en que el Derecho de Familia debe reconocer una importante cercanía con otros ámbitos jurídicos, como es especialmente el Derecho Constitucional, pero además con otras ciencias sociales que lo nutren y que arrojan importantes luces a sus contenidos, tales como la filosofía, la antropología y demás disciplinas afines.

Esto es algo que, en la actualidad, aparece algo ensombrecido por el hecho de que el Derecho de Familia -como se verá en lo que sigue- encuentra su principal y más actualizado desarrollo en la práctica y no en el pensamiento jurídico que se plasma en la legislación interna. Es por medio de la judicialización de los asuntos relativos a este ámbito de la vida de las personas, que el Derecho de Familia se encuentra con las nuevas realidades que forman parte de la comunidad política y, es por medio de sentencias judiciales que éstas nuevas realidades son, en un primer momento, introducidas al mundo del derecho. Como consecuencia de lo anterior, muchas veces, el Derecho de Familia se convierte en una rama excesivamente dogmática, que desconoce sus implicancias a nivel comunitario y que, por lo mismo, se escapa de importantes consideraciones jurídico-constitucionales y filosóficas, que bien podrían asistir en la tarea de desentrañar la más correcta comprensión de los fenómenos asociados a los asuntos que se resuelven por la judicatura del ramo.

Lo que esta tesis propone es, por tanto, razonar a partir de la base de una determinada concepción filosófica y de una ética específica que, en el parecer de esta autora, arrojarán importantes luces a la manera en que el debate debe ser efectuado para resultar admisible en un Estado que se concibe como democrático. A continuación, presentaré los que deberían ser considerados estándares mínimos para el análisis de toda discusión relativa a la regulación de la familia en sus distintas formas, a saber, el entendimiento de que vivimos en un estado democrático, de derecho, el que se encuentra llamado a respetar los derechos fundamentales de cada uno de sus ciudadanos. Consecuentemente, se relevará lo que, con frecuencia, parece ocupar el centro del debate en

toda polémica relativa a los derechos asociados a las relaciones afectivas entre personas del mismo sexo, esto es, la preocupación por la naturalidad de las mismas, concluyéndose que un estado democrático de derecho no admite como respuesta una comprensión moral de “lo natural”, que luego haga imposible la deliberación sobre el fenómeno de la diversidad de formas de vida. Finalmente, este capítulo presentará las dos vías que han de ser analizadas para resolver la pregunta central de esta tesis -¿Cuál es la mejor manera de regular la filiación homoparental en Chile?-, abarcando los derechos que asisten a los padres pero, a su vez, aquellos que protegen a los niños.

b. Una Concepción Argumentativa de la Filosofía y una Visión Ética Pluralista.

Siguiendo al profesor Gabriel Hernández, es posible observar que una específica filosofía del discurso, así como una ética particular pueden y deben ser adoptadas a la hora de abordar una discusión como la que se pretende en este trabajo¹. En ese sentido, se hace necesario apoyar el análisis jurídico que se asienta en una filosofía capaz de dar cuenta de la especial discusión que surge en torno a estos temas que, como se dijera precedentemente, producen algunas de las argumentaciones más apasionadas por parte de los defensores de cada posición.

Para el profesor Hernández, la concepción filosófica que debe ser privilegiada es una concepción argumentativa de la filosofía. Esta nos indica que la filosofía,

consiste en un diálogo peculiar entre combinaciones de dos tipos de elementos distintos. De un lado, están las *intuiciones* (lo que se cree) acerca de cómo, en último término, *son las cosas* (aquello que llamamos ‘metafísica’) o de cómo ellas *deben ser* (aquello que llamamos ‘ética’). Del otro lado, están los *argumentos* racionales (por qué se cree), los intentos de demostrar que, en último término, las cosas *son o deben ser* de cierta manera.²

En este contexto, las intuiciones ciertamente poseen un valor que debe ser tomado en consideración. Sin embargo, su status en una discusión no puede ser otro que el de la mera opinión del que las pronuncia, encontrándose un verdadero valor discursivo únicamente en los argumentos racionales levantados por los dialogantes³.

Una concepción argumentativa de la filosofía, además, descansa en una comprensión caritativa de los argumentos racionales vertidos por cada parte. Ello obliga a quien privilegia esta concepción, a discutir en torno a la mejor versión posible del argumento que se le ha opuesto. En palabras de Hernández, “la concepción argumentativa

¹ Hernández, Gabriel. (2009). *Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo*, Santiago: Editorial Arcis, pp. 19 y ss.

² Orellana Benado, Miguel Ernesto. (1996). *Pluralismo: Una Ética del siglo XXI*, Santiago: Editorial Universidad de Santiago, p. 27.

³ Hernández, Gabriel. (2009). *Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo*, ob. cit., pp. 25-26.

de la filosofía presupone un tipo de reflexión que confronta los propios argumentos racionales con los más sólidos de la postura contraria y no con los más débiles.”⁴

Lo anterior no prejuzga, sin embargo, la pregunta de cuál es la ética que debe estar detrás de los argumentos racionales privilegiados por quien adopta una concepción argumentativa de la filosofía. En ese sentido, siguiendo la clasificación del profesor Miguel Orellana Benado, es posible sostener que existen al menos tres concepciones acerca de la ética a ser adoptada, a saber: una concepción universalista, una concepción relativista, y una concepción pluralista⁵.

La concepción universalista es muy común en lo que a este tipo de discusión se trata. Particularmente en su vertiente sustancialista, que es la que esta tesis tendrá como referencia. Una versión universalista se caracteriza por plantear que existe una única forma en que deben ser las cosas, forma que paradigmáticamente se asocia a una comprensión determinada de la naturaleza de las mismas. Es esta la ética adoptada, por ejemplo, por Santo Tomás de Aquino, quien, en palabras de la profesora Verónica Undurraga,

[d]educe a partir de la observación del reino animal que es natural el impulso hacia el coito heterosexual, lo que asegura la procreación de las especies. Además, que Dios diseñó las partes del cuerpo humano para cumplir funciones específicas, siendo la del pene depositar el semen en la vagina femenina. Concluyó de ello que cualquier otro acto sexual que no estuviera abierto a estos fines de procreación era antinatural. De ese carácter antinatural, Santo Tomás deduce que el acto es contrario al designio divino y por lo tanto también inmoral. Es decir, de la descripción de lo que es natural se deduce una norma moral.⁶

La ética generalmente privilegiada por autores conservadores y, especialmente, por aquellos que tienden a juzgar con mirada eclesial las diversas formas de vida que se observan en la población, es una de corte universalista, en la medida en que derivan un *deber ser* universal sobre la base de una consideración específica de lo que constituye la esencia (o la sustancia) de cada cosa. En ese sentido, es esta una ética que no parece admitir mayor espacio a la constante transformación que experimenta el mundo, especialmente en lo que respecta al gran desarrollo que se puede observar en la manera en que las personas viven sus vínculos sexuales y afectivos hoy en día. Es por ello que no parece ser la ética más adecuada a la hora de juzgar preguntas como la del presente trabajo, en tanto su camino llevará, unívocamente, al rechazo de formas de vida distintas de aquellas consideradas ajustadas a la norma moral.

Una alternativa distinta viene dada por la adopción de una ética relativista, conforme a la cual,

⁴ Hernández, Gabriel. (2009). *Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo*, ob. cit., p. 26.

⁵ Orellana Benado, Miguel Ernesto. (1996). *Pluralismo: Una Ética del siglo XXI*, ob. cit., p. 35.

⁶ Undurraga, Verónica. (2006). “Cultura y diversidad de formas de vida: la homosexualidad” en *Estudios Públicos*, Santiago: Centro de Estudios Públicos, p. 342.

existen tantas respuestas correctas a la pregunta inicial como formas de vida se constituyen en la historia. Nada de lo real, podría decirse parafraseando a Hegel, puede ser inmoral. Por esta razón -argumenta el relativismo- no hay respuesta correcta acerca de cómo, en principio, debemos vivir. Todas las costumbres son igualmente buenas e igualmente dignas de respeto.⁷

En este caso, el relativismo nos impide ver la existencia de formas de vida que, legítimamente, pueden ser consideradas inaceptables en el seno de una comunidad política determinada. Que la argumentación para el rechazo de estas formas de vida deba ser elaborada cuidadosamente es, por cierto, algo que no puede ser desconocido. Sin embargo, existen suficientes ejemplos en el propio Derecho de Familia como para asumir que alguna delimitación ha sido necesaria, a partir de una concepción de lo que cada cultura considera digno de ser clasificado como tabú. Un buen ejemplo de ello lo encontramos en las relaciones incestuosas, que constituyen en nuestro Derecho de Familia un impedimento dirimente para contraer matrimonio y en nuestro Derecho Penal, un delito. Las razones específicas que se esconden detrás de este y otros tabús deben ser, por cierto, objeto de un estudio particular que excede los límites del presente trabajo. Sin embargo, el ejemplo resulta ilustrativo a la hora de reconocer que es dable que una sociedad reconozca límites a las formas de vida que encuentra admisibles.

Una ética pluralista, por su lado, parece no padecer de los defectos relevados a propósito de las éticas universalista y relativista, respectivamente. De lo que se trata, en este caso, es de proveer una base capaz de dar cuenta de la gran variedad de formas de vida que pueden ser observadas en una comunidad dada, sin rechazarlas tajantemente, ni admitirlas sin mayor trámite. En ese sentido, la ética pluralista reconoce

Una manera de adherirse a una concepción absoluta de los valores, una condición necesaria de que estos cumplan su papel orientador de las costumbres, sin desconocer por ello el valor intrínseco de la diversidad de formas de vida distintas, pero igualmente legítimas, una intuición que debemos distinguir cuidadosamente de aquella que sostiene que *todas* las formas de vida son igualmente respetables y todas las costumbres igualmente buenas [...] construir una posición en la ética cuya concepción de los valores sea tan absoluta como plural.⁸

La virtud de una ética pluralista, entonces, consiste en reconocer que tanto la costumbre como la identidad cultural de cada comunidad admite la adherencia a ciertos valores o principios que constituyen, por tanto, limitaciones al actuar de sus miembros. Sin embargo, de acuerdo a una ética pluralista, de ello no se sigue una generalización del *deber ser* (al modo de un universalismo), en la medida en que se reconoce el valor intrínseco que puede ser apreciado en la diversidad interna de toda comunidad. Ello, por su lado, no lleva a la aceptación de cualquier forma de vida (al modo de un relativismo), en tanto la ética pluralista admite que la conformación de una comunidad política supone la adopción de

⁷ Orellana Benado, Miguel Ernesto. (1996). *Pluralismo: Una Ética del siglo XXI*, ob. cit., p. 45.

⁸ Orellana Benado, Miguel Ernesto. (1996). *Pluralismo: Una Ética del siglo XXI*, ob. cit., p. 57-58.

acuerdos valóricos en la comunidad misma. Así las cosas, se presenta ésta como la mejor concepción posible para analizar, en opinión de esta autora, tópicos como el que inspira el presente trabajo.

c. La Adopción de Estándares Mínimos para el Análisis.

Ahora bien, con independencia de la concepción filosófica y ética que iluminen el discurso jurídico a ser adoptado, es preciso tener en cuenta que, cuando hablamos de problemáticas jurídicas como la de la filiación homoparental de un niño en Chile, nos enfrentamos a un marco regulatorio ya existente que debe ser reconocido. Esto es particularmente importante cuando se trata de un marco regulatorio constitucional, que desde ya provee de una clara delimitación respecto de lo que la comunidad política considera admisible o inadmisibles, cuando se trata de la regulación de ciertas situaciones o realidades. En ese sentido, es de toda relevancia tener en cuenta que Chile es, por disposición constitucional, tanto un Estado Democrático como un Estado de Derecho, obligado a resguardar y garantizar los derechos fundamentales de sus ciudadanos.

En lo que sigue, se ofrecerá una explicación de qué es lo que significa cada una de estas tres caracterizaciones del Estado, y de por qué cada una de ellas implica una aproximación determinada a la pregunta de cuál es la mejor manera de regular la filiación en escenarios de doble maternidad o doble paternidad en Chile.

i. Chile es un Estado Democrático.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 4° de la Constitución Política de la República, Chile es una república democrática. El articulado específico que define a este país como tal, proviene de la Constitución de 1980. Sin embargo, la Constitución de 1925 y la de 1833, ya contaban con disposiciones que efectuaban idéntica afirmación. En lo que respecta al primero de estos textos constitucionales, el artículo 1° solía señalar que “[e]l Estado de Chile es unitario. Su Gobierno es republicano y democrático representativo”. Asimismo, si bien la Constitución de 1833 no hace una referencia expresa a la voz *democracia*, esta sí establece en su artículo 2° que el Gobierno de Chile es “*popular representativo*”, significando con ello la característica que es esencial a la democracia.

En ese sentido, la noción de Estado Democrático hace referencia a una característica de inmediata comprensión, a saber, el hecho de tratarse de un Estado que se articula en torno a la decisión mayoritaria de sus ciudadanos. Por cierto que una serie de injusticias pueden ser cometidas en lo que a la categoría de ciudadanos respecta. Sin embargo, asumiendo que dichas injusticias se encuentran, en la mayor parte, resueltas (por ejemplo, con la incorporación del derecho a voto para las mujeres en el año 1934/1949), podemos decir que la norma que establece que Chile es un Estado Democrático se configura como una de justicia, que pretende dar igual participación en la toma de decisiones a cada uno de los miembros de la comunidad política.

De acuerdo a lo señalado por el jurista alemán Ernst Böckenförde, la articulación del Estado en torno a una decisión mayoritaria constituye una necesidad *interna* a la

democracia, que se encuentra intrínsecamente conectada al principio de la libertad y la autodeterminación. En ese sentido, señala el autor:

Si la libertad democrática de participación tiene que valer para todos los ciudadanos y no solo para unos pocos, entonces para establecer un determinado contenido de ordenamiento vigente resulta necesario al menos, y justamente, el asentimiento de la mayoría. Si se exigiera menos se perjudicaría a quienes se oponen a ese contenido, y si se exigiera más se perjudicaría a quienes lo respaldan [...].⁹

De lo que se trata es, entonces, de equilibrar las fuerzas de poder al interior de la comunidad, otorgando igual preponderancia a cada una de ellas y clausurando las discusiones relevantes, sólo en la medida en que una mayoría pueda expresarse de manera conforme.

El análisis es, entonces, relativamente sencillo, pero absolutamente relevante. Y es que es preciso tener en cuenta en debates como este, vale decir, en discusiones que pretenden resolver, en último término, la pregunta por las formas de vida que resultan admisibles en la comunidad política chilena, que la vía constitucionalmente consagrada para tomar decisiones no es otra que la democrática. Esto supone, desde ya, la posibilidad de la deliberación en torno a las distintas propuestas que se encuentran sobre la mesa, lo que nuevamente nos lleva a considerar la relevancia de una concepción argumentativa de la filosofía, así como de una ética pluralista. En otras palabras, resulta gravitante tener en consideración que la vía democrática exige de sus partícipes el mejor esfuerzo argumentativo para ser presentado en el debate democrático, con lo que se excluyen intuiciones u opiniones universalistas que, lejos de abrir paso al diálogo y a la deliberación, imponen un punto de término a los mismos.

ii. Chile es un Estado de Derecho.

Ahora bien, el principio democrático es sólo uno de los principios que dan forma al estado constitucional moderno. Su cabal comprensión, sin embargo, sólo puede ser lograda una vez que es analizado a la luz de otro principio con el que éste ha llegado a confundir su contenido. En efecto, el principio democrático debe ser contrastado y relacionado con el principio de Estado de Derecho, que complementa su significado en el derecho moderno.

El principio de Estado de Derecho es uno que encuentra sus orígenes en el derecho constitucional alemán. Los términos de su configuración, como fueran recepcionados por la doctrina nacional, pueden ser reconducidos hasta el siglo XIX y hasta Robert von Mohl, a quien se le atribuye la denominación “*Estado de Derecho*”, a partir del desarrollo del concepto alemán *Rechtsstaat*¹⁰. A principios del siglo XIX, la doctrina alemana desarrolló el concepto de *Rechtsstaat* en un intento por reconciliar las demandas modernas de libertad con las tradiciones autoritarias de gobierno. Se trató, inicialmente, de un concepto

⁹ Böckenförde, Ernst. (1993). “La democracia como principio constitucional”, en *Escritos sobre el Estado de Derecho y de la democracia*, Madrid: Editorial Trotta, pp. 92-93.

¹⁰ Marshall, Pablo. (2010). “El Estado de Derecho como principio y su consagración en la Constitución Política” en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 17, N° 2, p. 191.

descriptivo, utilizado para dar cuenta de la manera en que los estados modernos utilizaban leyes generales para lograr un balance armónico entre la concentración del poder político en el gobierno, por un lado, y el reconocimiento de libertades políticas de los ciudadanos, por otro. En esta noción, convivían autoritarismo y liberalismo en constante tensión, predominando una y otra cara de la moneda según el contexto político en el cual ésta era utilizada. Así, por ejemplo, la revolución de 1848 intentó incorporar el concepto de *Rechtsstaat* como un pilar fundamental del constitucionalismo liberal, fracasando esta comprensión con su derrota y predominando, en consecuencia, la idea de *Rechtsstaat* como un “compromiso ambiguo entre liberalismo y autoritarismo monárquico”. En adelante, la ambivalencia del principio se dejó ver en sus distintas comprensiones, predominando hacia fines del siglo XIX la idea de *Rechtsstaat* como principio formal en el contexto del positivismo legal dominante¹¹, perdiendo sus conexiones con una determinada manera de entender la formación del Estado y pasando a configurarse como un principio liberal, centrado en el reconocimiento de libertades negativas. Dice el jurista inglés, Martin Loughlin,

Dado que no podía existir límite legal alguno al poder legislativo, el concepto denotaba sólo las formalidades de las relaciones entre ley, gobierno e individuo, donde ‘la administración no podía interferir en el ámbito de la libertad individual en contra de la ley (contra legem) o sin fundamento legal (praeter, ultra legem)¹².

De similar contenido, pero en el contexto del derecho francés, se encuentra la noción de *l’Etat de droit*. Su desarrollo se sitúa hacia fines del siglo XIX, donde la idea de soberanía legislativa comenzaba a requerir de un correlato teórico para dar cuenta de las interacciones entre legislador, adjudicador y administración. La misión de los juristas de la época radicaba en la mantención de la ley como expresión de la voluntad soberana, victoria de la revolución que centraba el poder político en la asamblea legislativa, destinada no sólo a ordenar el gobierno sino, sobre todo, a proteger los derechos de los ciudadanos. Carré de Malberg, entonces, establecería el principio conforme al cual el estado sólo podría actuar por medio de la ley, pudiendo instar espacios de auto-limitación a través del mismo instrumento. Así las cosas, *l’Etat de droit* se traducía en la sujeción de la administración a la expresión de la ley, encontrando en ella la fuente de sus facultades y limitaciones¹³.

En el derecho inglés, por su parte, se desarrolla el similar concepto de *rule of law*, que irrumpe en el constitucionalismo inglés durante la segunda mitad del siglo XIX, alcanzando su formulación más conocida de la mano de Dicey hacia el año 1885¹⁴. En palabras de Loughlin,

¹¹ Loughlin, Martin. (2003). *Foundations of Public Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 317-321.

¹² Loughlin, Martin. (2003). *Foundations of Public Law*, Oxford: Oxford University Press, p. 321.

¹³ Loughlin, Martin. (2003). *Foundations of Public Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 322-323.

¹⁴ Loughlin, Martin. (2003). *Foundations of Public Law*, Oxford: Oxford University Press, p. 315.

Dicey identificaba tres principios fundantes que subyacían a la constitución británica: la soberanía legislativa del parlamento, el gobierno universal a través de la constitución de leyes ordinarias, y el rol de las convenciones en el arreglo constitucional [...]. Dicey sostenía que, una vez que se comprendía la vinculación del principio de soberanía al principio del gobierno a través de la ley, la doctrina [constitucional] promovía la libertad.¹⁵

La comprensión Diceyana dominante del *rule of law*, entonces, cumplía un rol fundamental en el fortalecimiento del principio de soberanía parlamentaria. Bajo esta comprensión, las fuentes del derecho se limitaban a la ley producida en el Congreso y a la interpretación que de ella efectuaran los jueces. El paradigma era el del “Estado Parlamentario”, donde el rol de la administración era reducido a su mínima expresión. Sin embargo, más que el gobierno del legislador, la doctrina de Dicey promovía el gobierno de la judicatura. El derecho público se hacía invisible, reduciéndose a categorías más propias del derecho privado bajo la idea de que la igualdad ante la ley debía alcanzar, asimismo, al aparatado burocrático. Así las cosas, el derecho inglés incorporó un principio de *rule of law* marcadamente liberal, centrando sus mayores esfuerzos en el control de la administración.¹⁶

Es importante notar que los tres conceptos se desarrollan de una manera históricamente diferenciada, llegando, sin embargo, a configurar un principio de características esencialmente similares. En el caso del *rule of law* inglés, el concepto deriva de los intentos de la doctrina de dar sentido a la interacción entre *common law* y el constitucionalismo moderno. Para el concepto alemán de *Rechtsstaat*, el concepto adquiere su contenido a partir de los esfuerzos de quienes buscaban conciliar prácticas autoritarias con prácticas liberales de gobierno. *L’Etat de droit*, en cambio, derivó de la necesidad de contener las deficiencias identificadas en los arreglos institucionales post-revolucionarios¹⁷. Los tres ideales se desarrollaron entre los siglos XIX y XX, existiendo un claro predominio de juristas liberales en la discusión¹⁸.

Así las cosas, como todo concepto jurídico, resulta que el contenido del Estado de Derecho bajo estas tres fórmulas se encuentra históricamente mediado, respondiendo a necesidades particulares que, en este caso, se refieren al avance de la aspiración liberal en la forma del constitucionalismo moderno. Es por ello que el Estado de Derecho es finalmente reconstruido en la dirección de un *rule by law*¹⁹ o *l’Etat legal*²⁰ (y no así *rule of law* o *L’Etat de droit*), entendido como gobierno por medio de la ley. Bajo esta comprensión, la ley es el instrumento por medio del cual el gobierno actúa, debiendo la ley autorizar y especificar cada una de las acciones de sus agentes²¹. Es a lo que Böckenförde se refiere, cuando entiende que el Estado de Derecho “[t]iende a la limitación del poder del

¹⁵ Loughlin, Martin. (2003). *Foundations of Public Law*, Oxford: Oxford University Press, p. 315.

¹⁶ Loughlin, Martin. (2003). *Foundations of Public Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 316-317.

¹⁷ Loughlin, Martin. (2003). *Foundations of Public Law*, Oxford: Oxford University Press, p. 322.

¹⁸ Loughlin, Martin. (2003). *Foundations of Public Law*, Oxford: Oxford University Press, p. 324.

¹⁹ Loughlin, Martin. (2003). *Foundations of Public Law*, Oxford: Oxford University Press, p. 332.

²⁰ Loughlin, Martin. (2003). *Foundations of Public Law*, Oxford: Oxford University Press, p. 322.

²¹ Loughlin, Martin. (2003). *Foundations of Public Law*, Oxford: Oxford University Press, p. 332-333.

Estado, con el fin de garantizar la libertad individual”²², esto es, el Estado de Derecho *como principio procedimental*.

Lo anterior es relevante en la medida en que nos permite diferenciar lo que significa hablar de un Estado Democrático, de lo que significa hablar de un Estado de Derecho. Y es que mientras el primero se refiere a la norma de la mayoría y, por tanto, pone de relieve la necesidad de generar espacios de deliberación, donde sólo la argumentación racional tiene espacio, el segundo hace referencia a un principio o, en palabras de Gabriel Hernández, una ética procedimental²³,

que, en cuanto tal, coloque el acento en la existencia de un procedimiento de debate democrático con miras a alcanzar el pluralismo (“éticas discursivas”), y no en la determinación apriorística de una determinada forma de vida; lo cual supone en todo caso arrancar de un mínimo de universalidad: el proporcionado por el mecanismo de debate consensuado democrático y participativamente.²⁴

El mecanismo procedimental es, en el caso de los Estados de Derecho de corte occidental, la ley, lo que tiene como consecuencia la necesidad de sujetar las actuaciones tanto de la administración (en este caso, por ejemplo, del Registro Civil), como de los tribunales (en el particular, los Juzgados de Familia), a la ley y, por referencia al principio de supremacía constitucional, a la Constitución.

En Chile, este principio cuenta con consagración constitucional por medio del artículo 7º, que prescribe que:

“[l]os órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de persona pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.

Lo anterior es relevante ya que será necesario analizar, en lo que sigue, qué es lo que la legislación contempla en lo que a la filiación homoparental se refiere. Y esto es algo que resulta particularmente importante cuando se observa que el principal camino por el cual se ha avanzado hacia una solución pluralista, ha sido el del accionar judicialmente ante distinto tipo de órganos jurisdiccionales, dependiendo de la acción utilizada, cuyos integrante, sujetos a un Estado de Derecho, según ha sido definido en el precedente apartado, han debido respetar el contenido delimitado por las leyes, por la propia Constitución y por los tratados internacionales suscritos por Chile.

²² Böckenförde, Ernst. (1993). “La democracia como principio constitucional”, en *Escritos sobre el Estado de Derecho y de la democracia*, Madrid: Editorial Trotta, p. 122.

²³ Hernández, Gabriel. (2009). *Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo*, ob. cit., p. 37.

²⁴ Hernández, Gabriel. (2009). *Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo*, ob. cit., p. 37.

iii. Estado de Respeto a los Derechos Fundamentales.

Finalmente, como último elemento a ser considerado en el marco teórico del presente trabajo, se propone que es necesario considerar que un Estado Democrático de Derecho, como es el chileno, al estar vinculado por normas constitucionales que regulan garantías para los ciudadanos e, incluso por referencia del artículo 5° de la Constitución Política de la República a normas internacionales que consagran derechos para los mismos, debe respetar y promover los derechos fundamentales de toda persona que integre la comunidad política nacional.

En ese sentido, los autores Gil, Fama y Herrera vinculan la existencia de un principio procedimental, esto es, un principio que asegura un mecanismo determinado de sujeción a derecho por medio del paraguas del Estado de Derecho, a la existencia de contenidos sustanciales sin los cuales, aun siendo las normas formalmente conformes a derecho, no sería posible reconocer su validez.

Este modelo o sistema “garantista” de legalidad se asienta, entonces, en la necesidad de que las reglas secundarias se adecuen o resulten condicionadas tanto por los vínculos jurídicos formales como por los vínculos sustanciales. Es decir, el derecho contemporáneo no programa solamente sus formas de producción a través de normas de procedimiento sobre la formación de leyes que condicionan su vigencia. Programa, además, los contenidos sustanciales que condicionan la validez de una norma, en tanto ésta resulte conforme a los derechos humanos reconocidos por nuestra regla de reconocimiento constitucional.²⁵

En otras palabras, lo que estos autores argumentan es que, aun existiendo una sujeción al procedimiento formal de creación de leyes, el contenido de las mismas se encuentra determinado por el respeto que deba reconocerse a los derechos de las personas.

Para Gabriel Hernández esto es particularmente relevante, ya que interpreta este mandato de protección de los derechos fundamentales como uno que obliga al Estado no sólo a deshacer situaciones que constituyan vulneraciones a los derechos humanos sino, principalmente, a tomar acción activa en proteger y promoverlos. En ese sentido, la desprotección de situaciones jurídicas existentes que ponen en riesgo el resguardo de los derechos fundamentales de una persona (en el argumento de Gabriel Hernández, por ejemplo, la falta de regulación igualitaria en torno a las uniones afectivo-sexuales entre personas del mismo sexo) sólo podría encontrarse justificada en que estas situaciones jurídicas vulnerasen, a su vez, los derechos fundamentales de otros. Dice Hernández,

El Estado de Chile, al no fundar esta desprotección en una violación a los derechos humanos de algunos o de todos sus ciudadanos, infringe flagrantemente, no sólo su propia normativa interna (según la cual Chile es una república democrática, en que se debe respetar la igualdad y el libre desarrollo

²⁵ Gil Domínguez, Andrés Fama, María Victoria y Herrera, Marisa. (2006). *Derecho Constitucional de Familia*, tomo I, Buenos Aires: Editorial Ediar, p. 26.

de la personalidad), sino que muchos tratados internacionales que hacen del respeto a la diversidad de formas de vida el baremo más notable en orden a la plena realización de la democracia.²⁶

Así, resultaría que el estándar de respeto a los derechos fundamentales de las personas - ya se verá, en lo que sigue, cuáles de estos derechos estarían siendo vulnerados en este caso-, exige al Estado hacerse cargo, de manera activa, de los requerimientos de todo grupo humano que merezca su protección y, paradigmáticamente entonces, de aquellas minorías sexuales que sufren de un trato desigual. Es por esto que cualquier respuesta a la pregunta que indaga en la mejor manera de regular la filiación de doble maternidad o doble paternidad exigiría, entonces, no sólo considerar el respeto a los postulados que se siguen del principio democrático y del principio de Estado de Derecho, sino fundamentalmente, del respeto a los derechos fundamentales de todos los ciudadanos.

d. El Problema de “Lo Natural” como Objeción Moral.

Ahora bien, el marco teórico de esta investigación no estaría completo si no hiciera referencia a la pregunta que subyace al argumento universalista (paradigmáticamente, en este contexto, al argumento proveniente de la moral judeo-cristiana), en el sentido de que existiría algo inmoral en la homosexualidad en sí misma y, luego, como consecuencia necesaria, en las relaciones afectivo-sexuales entre personas del mismo sexo, por lo que, naturalmente entonces, también, en la filiación homoparental.

En ese sentido, la profesora Verónica Undurraga ha hecho un esfuerzo por abordar la manera en que el concepto natural puede ser entendido desde distintas perspectivas y, asimismo, por dar cuenta de la forma en que el argumento moral se construye a partir de éste. Señala la profesora Undurraga:

[L]a idea de lo natural se utiliza en forma bastante escurridiza, de manera que intercambiamos los sentidos en el mismo argumento, cayendo a veces en falacias. A veces decimos que es natural aquello que nos viene dado de nacimiento. Otras veces utilizamos el término para designar lo que está profundamente arraigado en nuestros hábitos. También lo ocupamos queriendo decir que si algo es natural no se puede cambiar. Y por último, decimos que si algo viene dado de una determinada manera por la naturaleza, es mejor no intervenir y dejar que siga siendo así. En este último caso se deduce, de lo que se cree es “la naturaleza de las cosas”, una norma de comportamiento, un deber ser.²⁷

De lo anterior podemos desprender, al menos, tres formas de entender “lo natural” que, como bien señala Undurraga, son utilizadas de forma intercambiable en el debate relativo a la regulación de formas de vida distinta de la heterosexual y patriarcal dominante.

²⁶ Hernández, Gabriel. (2009). *Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo*, ob. cit., pp. 137-138.

²⁷ Undurraga, Verónica. (2006). “Cultura y diversidad de formas de vida: la homosexualidad”, ob. cit., pp. 341-342.

La primera se refiere a una comprensión biológica de lo natural, esto es, una comprensión que se arraiga en lo que viene dado en el mundo, sin mediar interpretación a su respecto. En ese sentido, una comprensión biológica de lo natural simplemente entiende que es natural aquello que surge a la vida sin intervención alguna de la fuerza o el intelecto del hombre y, por lo mismo, constituye un mero dato de observación y no así un juicio moral respecto a “lo bueno” o “malo” de aquello que resulta biológicamente dado.

La segunda expresión de lo natural aborda, en cambio, aquello que es *habitual* o *frecuente* en la vida de las personas. Conforme a ella, sería natural aquello que constituye lo más común dentro de una comunidad política dada. En términos matemáticos, esto no es nada distinto que la *moda*, a saber, el factor que es identificado con mayores repeticiones en una secuencia dada, y por tanto constituye un mero dato estadístico o antropológico y no, nuevamente, un juicio moral respecto al valor de aquello que resulta más o menos habitual en el mundo.

En ese sentido, la profesora Undurraga ofrece variados ejemplos de cómo lo habitual en términos de preferencia sexual ha variado a lo largo de la historia de la humanidad, dando cuenta de que la tematización de la homosexualidad como *problema a ser tratado*, es sólo propio del siglo XIX, en adelante. Así, señala, la antigua Grecia no problematizaba la pasión erótica entre personas del mismo sexo, sino que enfocaba su reflexión en el afecto y el consentimiento de la pareja²⁸. La era medieval, en tanto, centra sus esfuerzos intelectuales en torno a las figuras del honor y el heroísmo, situando el comportamiento sexual de sus protagonistas en dicho marco²⁹.

Un ilustrativo ejemplo es proporcionado por la catedrática Martha Nussbaum en su obra *Sex and Social Justice*, quien ofrece un pasaje de *Hierón*, de Jenofonte:

Pregunta Simónides: ¿Qué quieres decir, Hierón? ¿Me estás diciendo que la pasión erótica por los hombres jóvenes no se da naturalmente en un gobernante, como se da en otras personas? ¿Cómo es entonces que tú estás enamorado de Dailocos?

Contesta Hierón: Mi pasión erótica por Dailocos existe porque la naturaleza humana nos compele a desear lo bello, pero yo tengo como fuerte deseo el tener al objeto de mi pasión sólo con su amor y consentimiento.³⁰

Así las cosas, resulta que ni la primera ni la segunda acepción de lo natural nos enfrenta de manera antagónica a las preferencias sexuales de nuestros conciudadanos, por lo que el problema parece estar en la tercera forma de comprender “lo natural”, esto es, como algo que no debe ser alterado y, por tanto, como punto a partir del cual es posible

²⁸ Undurraga, Verónica. (2006). “Cultura y diversidad de formas de vida: la homosexualidad”, ob. cit., p. 345.

²⁹ Undurraga, Verónica. (2006). “Cultura y diversidad de formas de vida: la homosexualidad”, ob. cit., p. 346.

³⁰ Nussbaum, Martha C. (1999). *Sex and Social Justice*, Oxford: Oxford University Press, p. 254.

derivar una norma de conducta o un estándar moral universalizable. Señala Undurraga en este contexto que:

[l]a Iglesia postula que la razón humana, incluso sin necesidad de fe, dirige a las personas hacia los bienes humanos básicos. Es decir, nuestra naturaleza moral racional (que también sería parte de nuestro equipo innato), el ejercicio de nuestra recta razón, nos mostraría el camino de lo que es bueno y deseable. [...] Es esta creencia en la naturaleza moral humana universal que lleva a la Iglesia Católica a sostener que su postura puede ser compartida fuera de la comunidad de creyentes.³¹

Lo anterior, sin embargo, nos lleva a un punto muerto en la discusión, donde resulta necesario compartir aquello que es entendido como “lo bueno y deseable”, y que conformaría (en este caso, para la Iglesia) el objetivo de la moral como pauta de comportamiento. Esto es algo que, por cierto, genera problemas si se tiene en cuenta un principio democrático como elemento rector de la discusión (en la medida en que esta forma de comprender lo natural no admite espacio a la deliberación política dentro de la comunidad). Pero se trata, además, de un punto de partida particularmente partisano.

Sólo para dar un ejemplo de ello, es posible tener en consideración el texto *Sexual Perversion* de Thomas Nagel, destacado filósofo estadounidense. En él se pretende ofrecer una reconstrucción teóricamente sólida de lo que cuenta como perversión sexual, de modo de ilustrar, en último término, de qué es lo que *natural* (esto es, la esencia que es trastocada por medio de una perversión) en las relaciones sexuales entre personas. En ese sentido, Nagel es claro, en primer lugar, en descartar que tenga algo que ver en la calificación de lo que cuenta como perversión, aquello que es generalmente desaprobado por la costumbre o la mayoría. Para ello, haciendo un ejercicio similar al efectuado por Undurraga, el autor americano invita a recordar que aquello que ha sido juzgado en otras épocas (el adulterio o la fornicación, pone como ejemplos) forma hoy parte de lo que consideraríamos permisible o, al menos, tolerable, en la medida en que forma parte del ámbito íntimo y no-dañino de la vida de cada persona³².

Ahora bien, en lo que más nos interesa, de acuerdo a Nagel el ejercicio efectuado por la doctrina judeo-cristiana es equívoco, en la medida en que centra su análisis en aquello que asimila a animales con hombres, debiendo analizar más bien aquello que hace a los hombres distintos de los primeros. En ese sentido, el repudio que hace a San Pablo y San Agustín apreciar la sexualidad en sí misma como algo perverso, tiene que ver con la equiparación que la sexualidad generaría en términos anatómicos con el comportamiento animal, caracterizado por falta de control en los impulsos. En otras palabras, las reacciones anatómicas que generaría un escenario de excitación sexual, darían cuenta de la falta de control del hombre sobre sus sensaciones, razón por la cual la sexualidad, por sí sola,

³¹ Undurraga, Verónica. (2006). “Cultura y diversidad de formas de vida: la homosexualidad”, ob. cit., p. 343.

³² Nagel, Thomas. (1969). “Sexual Perversion” en *The Journal of Philosophy*, Vol 66, N° 1, p. 6.

acercaría al hombre a la animalidad³³. La homosexualidad, por su lado, supondría una mayor perversión aún, en la medida en que admitiría la sexualidad -ya perversa- fuera de lo que Tomás de Aquino reconocía como su única función natural, a saber, sus fines reproductivos.

Lo que Nagel plantea en este punto, es que la moral judeo-cristiana al enfocarse en la animalidad de la sexualidad, obvia lo que es realmente propio de la sexualidad como práctica entre personas humanas. Y es que la sexualidad sería un espacio propio de comunicación donde, lo característico de la especie humana, está en el consentimiento y el reconocimiento de la otra persona que participa en el encuentro sexual, como un fin en sí mismo. En ese sentido, la sexualidad no podría ser una perversión, y sólo sería “antinatural” una relación sexual determinada en la cual dicho consentimiento y/o reconocimiento fuera, en los hechos, negado. En este contexto, Nagel llama la atención a que no hay nada propio de las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo que lleve, con mayor frecuencia, a lo antinatural así comprendido. Muy por el contrario, existirían buenas razones para creer que, en el estado patriarcal moderno, son las relaciones sexuales entre hombres y mujeres las que generarían mayores espacios de sumisión y, por tanto, menores instancias de reconocimiento mutuo.

Lo anterior fuerza preguntarse si tiene siquiera sentido, entonces, argumentar en torno a la naturalidad de las cosas como norma de comportamiento o estándar moral a sujetar la conducta de las personas. El debate por el *deber ser* de las cosas es uno que excede a la pregunta por cuál es la mejor forma de vivir bajo un Estado Democrático de Derecho que respeta y promueve los derechos humanos, y es por ello que debieran preferirse solamente las primeras dos acepciones -meramente descriptivas- señaladas de “lo natural”.

e. Los Dos Ámbitos de Protección en Conflicto.

Es importante notar que ante la pregunta por el tratamiento que debiera recibir la doble filiación maternal o parental en Chile, existen dos ámbitos de protección que deben ser resguardados a cada paso. En ese sentido, la única forma en que el Estado de Chile podría cumplir a cabalidad con sus obligaciones para/con los ciudadanos del país (consagrados tanto nacionalmente -por vía constitucional- como internacionalmente -por medio de la suscripción de tratados internacionales-), supone que éste garantice, al mismo tiempo, la protección de los derechos fundamentales de los padres, así como la protección del interés superior del niño. En este contexto (y, como se verá en el Capítulo 4 de la presente investigación), la jurisprudencia chilena ha tendido a efectuar un ejercicio de ponderación, privilegiando su comprensión de lo que cuenta como el interés superior del niño, por sobre los derechos fundamentales de los padres. Sin embargo, un análisis de cada uno de los derechos involucrados nos permite plantear una nueva y legítima interrogante, acerca de si estos se encuentran realmente en conflicto.

³³ Nagel, Thomas. (1969). “Sexual Perversion” en *The Journal of Philosophy*, ob. cit., p. 16.

i. La Protección de los Derechos Fundamentales de los Padres.

En lo que a la protección de los derechos fundamentales de los padres se refiere, la academia ha identificado una serie de derechos que habrían de ser respetados a propósito de la regulación de las relaciones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo, y que resultan plenamente aplicables a la pregunta que indaga en la justicia y pertinencia del reconocimiento legal de la filiación homoparental.

En este contexto, el primer principio identificado es el del respeto a la diversidad y el derecho a ser diferente, que no sólo supone la aceptación de la desigualdad como ejercicio de mera tolerancia, sino que más importantemente supone la aceptación activa de formas de vida que, siendo diferentes, no vulneran los derechos humanos de terceros. En este orden de ideas, y siguiendo las categorías elaboradas por el profesor Fetscher, Gabriel Hernández distingue entre dos significados que tendría el respeto a la diversidad. En sentido negativo, dicho respeto revestiría la forma de una tolerancia, mientras que en sentido positivo, estaríamos hablando de consideración, esto es, la aceptación y promoción de distintas formas de vida, propendiendo a garantizar que cada persona dentro de la comunidad política sea capaz de alcanzar el libre desarrollo de su personalidad.³⁴

En segundo lugar, nos encontramos con los principios de igualdad y no discriminación, consagrados en diversos tratados internacionales, pero, más importantemente, en la propia Constitución Política de la República. En efecto, el artículo 1º de la Carta Fundamental señala en su primer inciso que “*Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”, reforzándose esta afirmación por medio de lo dispuesto en el artículo 19 N° 3 del mismo texto. Esta disposición señala en su inciso primero que la Constitución asegura a todas las personas “*Igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos*”.

Lo anterior, por cierto, no implica la imposibilidad de reconocer grupos de características esencialmente relevantes que los hagan merecedores de una especial protección, trato o gravamen a los ojos de la legislación. La pregunta es, sin embargo, si las minorías sexuales constituyen uno de esos grupos en lo que respecta a sus derechos al entablar relaciones sexual-afectivas y/o matrimoniales y, en lo que a este estudio interesa, a sus derechos a establecer vínculos de filiación maternal o parental, según el caso. En este contexto, el Comité de DDHH de las Naciones Unidas ha establecido una serie de criterios orientadores, que permiten identificar aquellos casos en que podría considerarse que una medida discriminatoria ejercida sobre un grupo determinado sería legítima³⁵. Esto ocurriría cuando ella (i) es aplicada de forma objetiva; (ii) obedece a una justificación razonable; (iii) se mantiene cierta proporcionalidad entre la medida distintiva y la finalidad perseguida, y

³⁴ Hernández, Gabriel. (2009). *Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo*, ob. cit., pp. 139 y ss.

³⁵ Observación General N°18 (General Comments): “No Discriminación”, ONU, Comité de Derechos Humanos (CCPR), de 10 de noviembre de 1989, párrafo 13.

(iv) se adopta para la persecución de un propósito legítimo establecido por el propio Pacto³⁶.

Salta a la vista, sin embargo, que estos criterios resultan enteramente insuficientes para llegar a una decisión conclusiva sobre la materia, en la medida en que, particularmente el segundo punto reseñado, otorga una especial discrecionalidad a la hora de fundamentar la “justificación razonable”. En ese sentido, los criterios desarrollados por la Corte Suprema de Estados Unidos ofrecen un parangón interesante, en la medida en que este máximo tribunal norteamericano ha diseñado criterios que, asimismo, permiten dar cuenta de la legitimidad detrás de un caso de discriminación frente a grupos determinados. Sobre estos criterios es preciso señalar lo siguiente: La Corte Suprema de Estados Unidos establece distintos niveles de escrutinio para distintos casos de legislación que conoce. El escrutinio más estricto se activa en dos oportunidades: a saber, (i) cuando la regulación se refiere a “clasificaciones sospechosas” (entendidas por tales aquellas que se refieren a raza o nacionalidad de origen), y (ii) cuando la regulación limita o grava derechos fundamentales de algún tipo, con independencia de que afecte a una clasificación sospechosa o no. El segundo nivel que opera es el de escrutinio intermedio, que se activa cuando existe (i) una “clasificación cuasi-sospechosa” (paradigmáticamente, género) y (ii) cuando se trata de regulaciones que afectan derechos relevantes, pero no constitucionales. Finalmente, el tercer nivel de escrutinio, llamado *rational basis review*, es ejercido cuando (i) no existe una categoría sospechosa, ni (ii) derechos fundamentales³⁷.

Ahora bien, el conservadurismo de la Corte Suprema de Estados Unidos la ha llevado a concluir que el caso de las minorías sexuales no constituye una categoría sospechosa, por lo cual una regulación que los afecte no activaría, en sí misma, un ejercicio de escrutinio estricto o, siquiera, intermedio. Sin embargo, tratándose de la vulneración de derechos fundamentales, como es esencialmente el derecho a la igualdad y la no discriminación, así como el derecho a la intimidad y, en último término (según cierta doctrina norteamericana³⁸), el derecho a contraer matrimonio, tendría que activar un escrutinio estricto a cualquier normativa que tendiera a limitar el desarrollo de uniones afectivo-sexuales y/o matrimonios entre personas del mismo sexo, así como la posibilidad de establecer relaciones de filiación de comaternidad o copaternidad.

En tercer lugar, el profesor Gabriel Hernández señala que es preciso respetar los derechos de los padres a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad. Se trata, nuevamente, de derechos que se encuentran ampliamente consagrados tanto constitucional como internacionalmente. Así, por ejemplo, el artículo 19 N° 4 de la Carta Fundamental establece que la Constitución asegura a todas las personas “[e]l respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia y, asimismo, la protección de sus datos

³⁶ Palacios Zuloaga, Patricia. (2006). *La No Discriminación*, Editorial: Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, p. 34.

³⁷ Sobre los niveles de escrutinio de la Corte Suprema Federal de Estados Unidos véase Fallon, Richard. (2004). *The Dynamic Constitution*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 140 y ss.

³⁸ Véase, Sunstein, Cass. (2004). "The Right to Marry" en *26 Cardozo Law Review* 2081.

personales”. En un sentido similar, el artículo 12 de la Declaración de Derechos Humanos señala que “[n]adie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. Asimismo, el artículo 5° de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre consagra que “[t]oda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”, mientras que el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que “[t]oda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”, que “[n]adie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación” y, finalmente, que “[t]oda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

Ahora bien, aun tratándose de un derecho fundamental, se trata de una garantía que, en último término, puede encontrar legítimas limitaciones. La pregunta que surge en este punto es, entonces, qué cuenta como una legítima limitación en este contexto. Si bien puede existir un punto en el que el debate pierda las características de una discusión democrática y pluralista, lo cierto es que ni aún en esos casos el Estado ha de perder su rol de garante de dichas garantías. Señala Gabriel Hernández a este respecto que,

El resguardo a la intimidad implica la protección del plan de vida personal y del libre desarrollo de la personalidad de cada ciudadano, en orden a sus relaciones familiares y afectivo-sexuales. Por esto es que la intervención estatal en las distintas formas de vida de los ciudadanos sólo puede justificarse en base a argumentos de peso que digan relación con la preservación de los derechos humanos. [...] El límite, entonces, no está dado por la no perturbación de la moralidad pública o por la no perturbación de la moral sustentada por un grupo social (aun cuando mayoritario), sino que por la no vulneración de los derechos fundamentales.³⁹

ii. Los Derechos que Componen el Interés Superior del Niño.

Siguiendo a Undurraga, es posible señalar que la determinación del interés superior del niño no puede entenderse asentado en la absoluta discrecionalidad del juez, sino que su discernimiento debe guiarse por una serie de criterios que éste está obligado a observar, en virtud de las normas legales, constitucionales y lo dispuesto en la Convención Internacional de los Derechos del Niño⁴⁰. En ese sentido, cuatro son los criterios que pacíficamente han de ser considerados para la decisión que ha de ser adoptada por el juez, además de un quinto criterio cuya última delimitación sigue siendo objeto de debate pero que tiende, en cualquier caso, a conciliar los derechos de los padres con aquellos de sus hijos.

³⁹ Hernández, Gabriel. (2009). *Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo*, ob. cit., pp. 169-170.

⁴⁰ Undurraga, Verónica. (2006). “Interés Superior del Niño/a y Tuición de la Madre o Padre Homosexual” en *Revista de Derechos del Niño*, Número Tres y Cuatro, p. 326.

El primer derecho al que hace referencia Undurraga se refiere a que “[l]a *determinación del interés superior del niño siempre es un juicio concreto referido a un niño o niña en particular*”⁴¹. Lo anterior es relevante pues sitúa al niño en un escenario jurídico donde su desempeño ya no se limita al de un objeto abstracto de protección, sino que evoluciona a ser considerado un sujeto de derecho cuyo interés se propende. Señala la autora, en este contexto:

Mirado el interés superior del niño desde esta óptica centrada en los derechos individuales, es un principio que requiere atender directamente a la persona del niño o la niña respecto del cual se va a resolver cuál es su interés superior. Cada niño o niña debe ser tomado como un individuo especial y concreto, se deben respetar sus características personales, su sensibilidad, sus memorias, expectativas y afectos; se debe pensar en sus necesidades afectivas e intelectuales y en cómo se puede fomentar el mejor goce y ejercicio de sus derechos y el desarrollo de sus capacidades futuras. No cabe aplicar juicios generales sobre el bienestar de los niños, sin confrontarlos antes con la situación concreta del niño o niña sobre la que se está emitiendo el juicio. Sólo considerando las características, necesidades y situación concreta del niño o niña específica se respeta su pleno carácter de persona y sujeto de derecho.⁴²

Lo anterior es relevante pues de ello se sigue que difícilmente podría adoptarse una regla general para arribar a la respuesta de cuál es el interés superior del niño, haciéndose evidente que cada caso y cada realidad familiar requiere de un análisis complejo. Así las cosas, una legislación que impide, en lo absoluto, la doble filiación maternal o parental, peca de hacer caso omiso a la realidad concreta que debiera ser apreciada por el juez que conociera de la causa, convirtiéndose, por tanto, en una legislación que priva a los niños de la posibilidad de ser reconocidos como verdaderos fines en sí mismos y, por tanto, como verdaderos sujetos de derecho.

A continuación, se presenta el criterio según el cual “[e]l juez debe atender a las *circunstancias actuales, reales y concretas de vida y experiencia del niño o niña*”⁴³. En términos del profesor Hernández ha de ser entendido en orden a que el “*interés superior siempre debe determinarse procurando mantener el modo de vida del respectivo niño, niña o adolescente*”⁴⁴. En este sentido, lo que este criterio prescribe es que la decisión del juez sea adoptada de manera que los niños puedan asumir su realidad “de una forma sana y no traumática”⁴⁵. A este respecto resulta ilustrativo el razonamiento de la Corte de Pennsylvania de 1992, que señala:

⁴¹ Undurraga, Verónica. (2006). “Interés Superior del Niño/a y Tuición de la Madre o Padre Homosexual”, ob. cit., p. 326.

⁴² Undurraga, Verónica. (2006). “Interés Superior del Niño/a y Tuición de la Madre o Padre Homosexual”, ob. cit., p. 327.

⁴³ Undurraga, Verónica. (2006). “Interés Superior del Niño/a y Tuición de la Madre o Padre Homosexual”, ob. cit., p. 327.

⁴⁴ Hernández, Gabriel. (2009). *Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo*, ob. cit., p. 108.

⁴⁵ Undurraga, Verónica. (2006). “Interés Superior del Niño/a y Tuición de la Madre o Padre Homosexual”, ob. cit., p. 328.

Al resolver conflictos sobre tuición de niños, el sistema judicial debe reconocer la realidad de la vida de los niños, no importando cuán inusual o compleja sea ésta. ... Si no lo hace, perpetúa la ficción de la homogeneidad familiar a expensas de los niños cuya realidad no se ajusta a esa forma... El interés superior [del niño] se cumple mejor exponiendo al niño a la realidad y no fomentando en el niño vergüenza u horror por el compromiso no tradicional de uno de sus padres.⁴⁶

Asimismo, de acuerdo a lo consagrado en el artículo 12, inciso 1° de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño⁴⁷, “[l]a opinión del niño o niña es primordial al momento de determinarse cuál es su interés superior”⁴⁸. Más aún, la propia legislación chilena ha establecido la necesidad de oír a los niños en orden a determinar su mejor interés, señalando específicamente el artículo 227, inciso 1° del Código Civil que “*En las materias a que se refieren los artículos precedentes, el juez conocerá y resolverá breve y sumariamente, oyendo a los hijos y a los parientes*” y, asimismo, en el artículo 242, inciso 2° del mismo texto, que “*En todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez*”. En esta misma línea, el artículo 16 de la Ley 19.968, indica, en lo que interesa, que “*El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento*”.

Finalmente, Undurraga identifica un cuarto principio que ha de ser ponderado por los jueces a la hora de determinar el interés superior del niño, a saber, que “*el interés superior de niño supone el respeto a la dignidad y el reconocimiento de los derechos fundamentales de su madre y padre*”⁴⁹. Ello supone que aquello que, en principio, se reconoce como una oposición de derechos, esto es, un conflicto entre aquellos derechos detentados por los padres y aquellos reconocidos a los niños, estaría de lejos de ser identificado como tal, en la medida en que,

[e]specialmente relevante para el interés de los niños son los mensajes que la familia y la sociedad entreguen al niño sobre el reconocimiento de estos derechos respecto de su madre y de su padre. Es por eso que en una sentencia de tuición, en que hay involucrada una madre lesbiana, es fundamental que los hijos de esta madre, cuando estén en condiciones de leer la sentencia, puedan percibir que el juzgador ha mirado a su madre no como una representante de una minoría sexual ni como una transgresora del orden moral, sino como una persona, en sus

⁴⁶ Blew v. Verta, 617 A.2d 31, 36 (Pa.Super.Ct.1992), citado en Ibidem.

⁴⁷ “Los Estados Parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”, en artículo 12, inciso 1° de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

⁴⁸ Undurraga, Verónica. (2006). “Interés Superior del Niño/a y Tuición de la Madre o Padre Homosexual”, ob. cit., p. 328.

⁴⁹ Undurraga, Verónica. (2006). “Interés Superior del Niño/a y Tuición de la Madre o Padre Homosexual”, ob. cit., p. 329.

cualidades y defectos especialmente, en lo relevante, en su relación maternal con sus hijos.⁵⁰

En el mismo sentido, Undurraga adscribe a la idea de que el interés superior del niño “*supone permitirle al niño un desarrollo que lo prepare como individuo pleno, capaz de vivir en el espíritu de los ideales proclamados por la Carta de las Naciones Unidas*”⁵¹. Ello encontraría sustento jurídico en la Convención de los Derechos del Niño, que destaca en su preámbulo que,

“el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad”.

Asimismo, el artículo 29 de dicha convención señala:

“Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: (...)

b. Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;

c. Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;

d. Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena”.

En la misma orientación plenamente apuntada, los profesores Isaac Ravetllat Ballesté y Ruperto Pinochet Olave, quienes luego de recordarnos que el concepto jurídico indeterminado de interés superior del niño tuvo su origen en la normativa civil doméstica de determinados estados europeos (Francia, Italia, Reino Unido), desde donde posteriormente se lo adopta a nivel internacional, primero de manera muy incipiente en la Declaración de Ginebra (1924), para luego ser mencionado formalmente en la Declaración de los Derechos del Niño (1959), hasta su definitivo reconocimiento y desarrollo en la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) y en la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño (2013), concluyen acerca de cómo debiera entenderse para su aplicación:

[en] lo que al ordenamiento jurídico civil chileno se refiere, la cláusula del interés superior del niño se ha configurado como un concepto jurídico

⁵⁰ Undurraga, Verónica. (2006). “Interés Superior del Niño/a y Tuición de la Madre o Padre Homosexual”, ob. cit., p. 329.

⁵¹ Undurraga, Verónica. (2006). “Interés Superior del Niño/a y Tuición de la Madre o Padre Homosexual”, ob. cit., p. 330.

indeterminado, con remisión, para su precisión efectiva, al momento y a la persona encargada de su aplicación, con la correspondiente adecuación del mandato legal a cada caso concreto que pudiere plantearse.

El mentado principio tiene, por tanto, en el Derecho Civil chileno, una composición necesariamente genérica, abierta y flexible, lo que permite su aplicación a las diversas situaciones jurídicas y sociales que se planteen como consecuencia de la variada realidad social que de antemano no puede ser prevista en su totalidad y a los cambios que vayan suscitándose con el devenir del tiempo.

Estas pautas y criterios deben apoyarse ineludiblemente en la consideración del niño, niña y adolescente como persona y como ciudadano y, como tal, deben serle reconocidos y garantizados sus derechos fundamentales, su dignidad y el respeto al libre desarrollo de su personalidad, teniéndose siempre en cuenta sus necesidades particulares.

Finalmente, destacar en Chile la técnica legislativa utilizada por el llamado a aplicar el concepto jurídico indeterminado del interés superior del niño: precisar primero el significado y el contenido del concepto (qué es o en qué consiste el interés del menor) y a continuación, comprobar en qué situación y en qué circunstancias concretas de las posibles se da lo que más conviene a una persona menor de edad en particular. Este sistema, además, otorga una relevancia inusitada a los datos y a las circunstancias del caso concreto, porque estos son los que le van a permitir, en definitiva, encontrar la solución adecuada dentro del ámbito de apreciación o zona de variabilidad del concepto jurídico indeterminado que se sitúa en la llamada "zona de opciones razonables" o "halo conceptual".⁵²

En una línea que pudiese entenderse similar, el profesor Miguel Cilleros Bruñol ha expresado:

[que] debe abandonarse cualquier interpretación paternalista/autoritaria del interés superior; por el contrario, se debe armonizar la utilización del interés superior del niño con una concepción de los derechos humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos del poder y superan el paternalismo que ha sido tradicional para regular los temas relativos a la infancia...

[y que el interés superior del niño] "también es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de

⁵² Ravetllat, Isaac y Pinochet, Ruperto, (2015), "El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño y su Configuración en el Derecho Civil Chileno", en Revista Chilena de Derecho, vol.42, N°3, SciELO, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000300007>.

todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática”.⁵³

Lo anterior no hace más que reforzar la tesis según la cual no existe un real conflicto entre aquellos derechos consagrados en favor de los padres y aquellos reconocidos en favor del resguardo del interés superior del niño. Esto, en la medida en que la ponderación correcta entre ambos supone la afirmación de que el interés superior del niño contiene o supone el respeto de los derechos fundamentales de sus padres. Ello es reinterpretado, asimismo, por Gabriel Hernández, quien sostiene que el interés superior del niño supone, entonces, “fomentar en estos el pleno respeto por los principios y valores fundamentales de un Estado Democrático de Derecho”⁵⁴. Con todo, cualquiera sea la aproximación dogmática preferida, lo cierto es que los principios esenciales de la Convención de los Derechos del Niño parecen poder concretarse de manera efectiva sólo en cuanto sea reconocido que ésta promueve un desarrollo determinado de su objeto de protección. Y dicho desarrollo supone la adopción de una postura pluralista, de respeto y comprensión hacia la diversidad cultural que, en todo sentido, rodea a un niño, así como el cabal respeto de los derechos humanos de sus padres y de quienes los rodean.

3. CAPÍTULO II. Historia de las Regulaciones de las Uniones Afectivo-Sexuales entre Personas del Mismo Sexo en Chile.

a. Sobre la Relación entre el Problema de la Unión Afectivo-Sexual entre Personas del Mismo Sexo y el Problema de la Doble Filiación Parental y Maternal.

Ciertamente, un antecedente crucial para el reconocimiento de la doble filiación paternal y maternal es la regulación de las uniones afectivo-sexuales entre personas del mismo sexo, y a su vez, el antecedente necesario para ello es la aceptación jurídica de la forma de vida homosexual. Aquí se produce un interesante cruce entre la dimensión de lo privado y la dimensión de lo público. La expresión libre de una orientación sexual suele vincularse a la expresión libre de la sexualidad, y ello pertenece al ámbito de la vida privada. La dimensión pública de una unión afectivo-sexual se materializa en instituciones como el acuerdo de unión civil y el matrimonio civil igualitario, que estabilizan las expectativas que esa unión puede generar respecto de terceros, en la familia a la que puede dar origen dicha unión, además, por cierto, de regular los efectos patrimoniales que serán consecuencia de la formalización de este tipo de vinculación.

Este cruce es importante porque da cuenta del tránsito que todo sistema jurídico debe recorrer al enfrentar la pregunta por el reconocimiento de la forma de vida homosexual. Por lo general ese tránsito comienza con la aceptación de la sexualidad homosexual y termina con la institucionalización del vínculo homosexual por medio del matrimonio igualitario.

⁵³ Cilleros, Miguel, (2001), “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño”, en *Derechos a la Niñez y la Adolescencia. Antología*, San José, Costa Rica, UNICEF, pp. 39 y 43.

⁵⁴ Hernández, Gabriel. (2009). *Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo*, ob. cit., p. 111.

b. Examen de Alguna Jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos.

Para graficar este fenómeno es de utilidad volver a referirse a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, y esta vez mirarla con alguna detención. Como en todo sistema jurídico, en Estados Unidos varios estados criminalizaban el ejercicio de prácticas sexuales entre personas del mismo sexo, en particular la sodomía. En 1986, en el fallo de *Bowers v. Hardwick*⁵⁵ la Corte Suprema, en un voto mayoritario de 5 contra 4, validó constitucionalmente la criminalización de la sodomía consentida entre adultos (en el caso particular por referencia a una ley del estado de Georgia que criminalizaba la sodomía y cuya constitucionalidad fue cuestionada en la Corte), citando las “antiguas raíces” de la prohibición de la sodomía, práctica que debía ser considerada un “crimen infame contra la naturaleza”. Lo interesante es que para 1986 la Corte Suprema contaba con importantes precedentes sobre el derecho a la privacidad: *Griswold v. Connecticut* (1965)⁵⁶, que validó el uso de anticonceptivos en el contexto de relaciones maritales -acuñando el concepto de “derecho a la privacidad matrimonial”-; *Eisenstadt v. Baird* (1972)⁵⁷, que extendió dicha protección a parejas no matrimoniales; y el importantísimo *Roe v. Wade* (1973)⁵⁸, que declaró inconstitucional cualquier restricción legal a la interrupción del embarazo en el primer trimestre. Todos estos fallos mencionan explícitamente el “derecho a la privacidad”; derecho que sin embargo no se extendió en 1986 a las prácticas sexuales homosexuales. Hubo probablemente un componente de género en la diferencia de trato -suficientemente liberal para reconocer a la mujer la libertad sexual que conlleva la protección de su autonomía reproductiva, pero no lo suficiente para extender esa protección a la sexualidad homosexual masculina-, mediada, por cierto, por el peso de una moral conservadora hostil hacia la homosexualidad masculina (considerable en un tribunal entonces compuesto por ocho jueces de género masculino).

Una década después de *Bowers*, la Corte Suprema de Estados Unidos volvería a lidiar con la homosexualidad en *Romer v. Evans*⁵⁹, fallo que estableció, en un voto de 6 contra 3, que la orientación sexual debe recibir al menos el nivel más bajo de protección contra la discriminación, en el sentido de que cualquier diferenciación que disponga de este criterio debe estar racionalmente vinculada a un interés estatal legítimo. Es probable, en todo caso, que la cuestión haya sido abordada en estos términos por la Corte porque la norma objeto de análisis -una enmienda a la constitución estatal de Colorado- buscaba evitar que “la orientación homosexual, bisexual, o lesbiana [y] conductas, prácticas o relaciones [expresivas de dicha orientación]” recibiera cualquier tipo de protección, por la vía de atribuirles a quienes cultivan dicha orientación el estatus de una minoría protegida contra la discriminación. En otras palabras, la norma buscaba explícitamente rebajar el estándar de trato igualitario respecto de personas de orientación sexual no heterosexual. Quizás lo violento de la norma incidió en el razonamiento de la Corte, lo que fue luego

⁵⁵ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

⁵⁶ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

⁵⁷ *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972).

⁵⁸ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

⁵⁹ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).

aprovechado por movimientos de liberación sexual para buscar la despenalización de la sodomía. Ese objetivo fue alcanzado en *Lawrence v. Texas*, de 2003⁶⁰, que revocó definitivamente el precedente de *Bowers* y estableció que el derecho a la privacidad cubría prácticas sexuales realizadas por adultos en privado, invalidando el delito de sodomía en todos los estados que lo mantenían y legalizando definitivamente la homosexualidad.

Pero allí donde *Romer* abrió una puerta para el reconocimiento de la forma de vida homosexual, al mismo tiempo cerró otra. El fallo de mayo de 1996, motivó la dictación de una ley federal que definía el matrimonio como un contrato entre un hombre y una mujer. La *Defense of Marriage Act* (“DOMA”), promulgada en septiembre de 1996, estableció en su sección tercera:

“Para determinar el significado de cualquier ley federal o de cualquier fallo, regulación o interpretación de las diferentes oficinas y agencias administrativas de los Estados Unidos, la palabra “matrimonio” significa solamente una unión legal entre un hombre y una mujer como marido y esposa y la palabra “cónyuge” se refiere sólo a una persona del sexo opuesto que es marido o esposa”.

Esta sección fue declarada inconstitucional en *United States v. Windsor* (2013)⁶¹, sobre la base de un vínculo débil entre el derecho al matrimonio y la protección de la privacidad (a la manera de *Lawrence*). El fallo solo tematizó el estatus de regulación federal de la sección tercera de DOMA, pero dejó intacta la sección segunda que permitía a los estados desconocerle validez a un matrimonio homosexual celebrado en un estado distinto. De esta manera, *Windsor* fue solo instrumental a la impugnación definitiva de esta ley federal; estrategia que pretendía la validación constitucional del matrimonio homosexual en todo el territorio estadounidense. Ello se logró el 26 de junio de 2015 en *Obergefell v. Hodges*⁶². En este fallo la Corte Suprema estableció cuatro principios sobre los cuales concluyó que el matrimonio homosexual era constitucional: (1) autonomía para contraer matrimonio como derecho fundamental; (2) intimidad conyugal como beneficio del matrimonio; (3) interés en la procreación y protección de la familia; y (4) el matrimonio como base fundamental del orden social. La Corte vinculó el derecho al matrimonio con el derecho a no ser discriminado (invocando como hito fundamental el importante fallo de 1967, *Loving v. Virginia*⁶³, que declaró inconstitucional la prohibición al matrimonio interracial), haciendo aplicables estos principios a cualquier matrimonio independiente de la orientación sexual de los contrayentes, y con ello, también, haciendo equivalentes los conceptos de familia heteroparental y homoparental⁶⁴.

⁶⁰ *Lawrence et al. v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

⁶¹ *United States v. Windsor*, 570 U.S. 744 (2013).

⁶² *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

⁶³ *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

⁶⁴ Para un análisis más detallado véase Gallego, Javier. (2015) “La constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en el derecho estadounidense: *Obergefell v. Hodges*” en *Anuario de Derecho Público de la Universidad Diego Portales*, n° 7, pp. 473 - 494.

c. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno.

En Chile la jurisprudencia constitucional recorrió un camino inverso. Nuestro Tribunal Constitucional no reconoció el derecho igualitario de las parejas homosexuales (masculinas) a realizar prácticas sexuales consentidas, ni validó constitucionalmente el matrimonio homosexual. Tres hitos nos interesan aquí, todas decisiones de inaplicabilidad constitucional, esto es, decisiones motivadas por el ejercicio de una acción que suspende un procedimiento judicial en curso y somete a control de constitucionalidad concreto (que no tiene fuerza fuera del caso particular) una norma de rango infraconstitucional. El primer caso se refiere a una disposición penal que criminaliza la sodomía; el segundo al artículo 102 del Código Civil chileno que definía el contrato de matrimonio; y el tercero, a un precepto de la Ley 20.830, que crea el Acuerdo de Unión Civil, referida a los efectos en Chile de un matrimonio homosexual celebrado en el extranjero.

i. La Criminalización de la Sodomía.

El 13 de abril de 2010, la Defensoría Penal Pública presentó ante el Tribunal Constitucional un requerimiento para declarar inaplicable por inconstitucional el artículo 365 del Código Penal, que tras una modificación introducida por la Ley 19.617 (1999), disponía:

“Art. 365. El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor, en sus grados mínimo a medio”.

El Tribunal entregó su decisión el 4 de enero de 2011, rechazando el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, por 6 votos contra 3⁶⁵. A primera vista, la norma, actualmente derogada por la Ley 21.483, publicada en el Diario Oficial el 24 de agosto de 2022, era simplemente un vestigio de la prohibición original a la sodomía, que se encontraba en el mismo artículo 365 desde la creación del Código Penal chileno (1875). Pero constituía una evocación al ilícito original importante, porque era una prohibición que no tenía parangón en la regulación de los delitos sexuales en Chile, puesto que declaraba punible un acto de acceso carnal que no necesitaba fuerza, ni intimidación, ni aprovechamiento de ningún tipo, y que solo afectaba a hombres del mismo sexo. Por esta razón, y en línea con los argumentos esgrimidos y validados por la Corte Suprema estadounidense, se impugnó la constitucionalidad de la norma sobre la base de los derechos a la igualdad (artículo 19 N° 2 de la Constitución Política), a la privacidad (artículo 19 N°4) y al libre desarrollo de la personalidad (artículo 19 N°7). La moción que reclamaba la inconstitucionalidad fue apoyada por un informe en derecho elaborado por catorce profesores de Derecho Penal de distintas universidades de Chile. No obstante, el Tribunal Constitucional denegó todos sus argumentos, esto es, desestimó que la prohibición penal implicara una discriminación arbitraria del legislador hacia las personas homosexuales de género masculino (considerandos 23° al 34°), y desechó la circunstancia de que atentara

⁶⁵ Tribunal Constitucional de Chile, Rol 1683-10-INA (2011).

contra la privacidad (considerandos 35° al 42°), y contra la libertad (considerandos 43° al 52°)⁶⁶. Fundamentó su decisión en el interés superior del niño, que en opinión del voto de mayoría es el bien jurídico protegido por la norma, considerando que identifica al menor púber (referencia que debe ser entendida conforme al artículo 26 del Código Civil, a los menores adultos, esto es, en el caso de los varones, los que tengan entre 14 y 18 años) como el sujeto pasivo del acceso carnal.

En su comentario al fallo, el profesor Antonio Bascuñán sostiene que esta interpretación del interés superior del niño como fundamento de un paternalismo duro es incompatible con el reconocimiento de la autonomía del menor púber, que incluye, en su opinión, su autonomía sexual. Bascuñán cita un informe de febrero de 2007, del Comité sobre Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en el que se expresa preocupación por la penalización de “las relaciones homosexuales, inclusive entre personas menores de 18 años de edad [...], lo que supone una discriminación sobre la base de la preferencia sexual.”⁶⁷ El informe es ignorado por el voto de mayoría, a lo que reacciona críticamente Bascuñán⁶⁸. Pero a pesar de ello concluye su comentario en una nota levemente positiva. Dice respecto del fallo:

...ni siquiera la facción más conservadora de la cultura jurídica chilena, atrincherada en el Tribunal Constitucional, se considera habilitada para apelar abiertamente a un discurso condenatorio de la homosexualidad. Es cierto que ese discurso domina la decisión de la mayoría del tribunal, apenas encubierto por consideraciones pseudo-naturalistas. Pero el mismo hecho de ese encubrimiento es significativo. Los tiempos han cambiado. Ya no es el amor sino el prejuicio el que no se atreve a decir su nombre.⁶⁹

Con considerable ironía, Bascuñán acusa al Tribunal Constitucional de encubrir su hostilidad hacia la forma de vida homosexual, pero con menos sarcasmo reconoce en esa necesidad de encubrimiento un signo de progreso valorativo. Como veremos, ese leve adelanto no colaboraba al reconocimiento legal de las uniones afectivas formales entre personas del mismo sexo.

ii. La Definición de Matrimonio como Contrato entre un Hombre y una Mujer.

El mismo año 2011 el Tribunal Constitucional se enfrentó a resolver la constitucionalidad de la tradicional definición de matrimonio del artículo 102 del Código

⁶⁶ Un comentario sistemático al voto de mayoría, con referencias a jurisprudencia y legislación comparada, especialmente Europea, en Bascuñán, Antonio. (2011). “La prohibición penal de la homosexualidad masculina juvenil (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de enero de 2011, Rol N° 1683-2010)” en *Estudios Públicos, Primavera 2011*, p. 124.

⁶⁷ Bascuñán, Antonio. (2011). “La prohibición penal de la homosexualidad masculina juvenil (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de enero de 2011, Rol N° 1683-2010)”, ob. cit., p. 122.

⁶⁸ Bascuñán, Antonio. (2011). “La prohibición penal de la homosexualidad masculina juvenil (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de enero de 2011, Rol N° 1683-2010)”, ob. cit., p. 123.

⁶⁹ Bascuñán, Antonio. (2011). “La prohibición penal de la homosexualidad masculina juvenil (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de enero de 2011, Rol N° 1683-2010)”, ob. cit., p. 136.

Civil chileno. La norma definía al matrimonio como “*un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente*”. Esta vez, en un voto casi unánime (9/1) el tribunal rechazó el recurso de inaplicabilidad interpuesto contra esta norma. Gran parte de los votos concurrentes, sin embargo, evadieron la pregunta sustantiva (respecto a si el matrimonio heterosexual violaba el derecho a la igualdad de las parejas homosexuales), y defirieron la cuestión al legislador. Así por ejemplo el voto concurrente de los ministros Venegas, Navarro y Aróstica señala:

Si bien nuestro voto descarta la inconstitucionalidad del artículo 102 del Código Civil, no afirma ni niega que la Constitución acepte, promueva, impida o condene la posibilidad de que parejas homosexuales puedan convivir y realizar una vida afectiva en común protegida por el ordenamiento jurídico, pues corresponde al Legislador, y no a esta Magistratura Constitucional, dar forma a las nuevas instituciones legales que vengan a dar satisfacción a las necesidades de la marcha de la sociedad, teniendo en cuenta las mutaciones que ella experimenta en su constante evolución.⁷⁰

No es el caso del voto independiente del conservador profesor Raúl Bertelsen, quien no se abre en él a imaginar que el legislador chileno pudiese aceptar o promover el matrimonio homosexual en el futuro:

[A]l reservar su celebración sólo a personas de distinto sexo, no puede estimarse que [la norma] constituye una diferencia arbitraria o caprichosa, sino fundamentada en las diferencias entre varón y mujer, que la ley, legítimamente, ha considerado y puede seguir considerando relevantes para establecer que los contrayentes sólo pueden ser un hombre y una mujer, razón por la que se conforma con la garantía constitucional de igualdad ante la ley y de ahí que la aplicación judicial del precepto legal impugnado no resulte contraria a la Constitución Política.⁷¹

Si bien podemos interpretar de buena fe la deferencia al legislador de la facción liberal del Tribunal, en consideración al esfuerzo lingüístico que se aprecia en la cuidadosa elección de sus palabras, no podemos decir lo mismo del voto de Bertelsen, al que podemos imputarle -como Bascuñán a los jueces que rechazaron la inconstitucionalidad del delito de sodomía-, encubrimiento de un discurso condenatorio de la homosexualidad.

⁷⁰ Tribunal Constitucional de Chile, Rol 1881-10-INA (2011), considerando 14°. En el mismo sentido los ministros Fernández, Carmona, Viera-Gallo y García: “Que, al determinar el artículo 102 del Código Civil que el matrimonio es un contrato solemne que sólo puede celebrarse entre un hombre y una mujer, establece una definición legal. Nada obsta a que, desde el punto de vista constitucional, el legislador cambie esta regla” (considerando 34°). Y más importante para nuestro análisis (porque reconoce la importancia de legislar sobre la materia): “Que legislar sobre la materia resulta aún más imperioso en nuestro país frente al vacío normativo que hoy existe. Ello deja en una incertidumbre jurídica a las uniones de hecho, especialmente a las parejas del mismo sexo, exponiéndolas a situaciones de menoscabo y desamparo. Existe en este punto una omisión legislativa y un déficit de protección que es preciso remediar con prontitud. Existe una clara tendencia a regular estas situaciones en los diversos países:” (considerando 36°).

⁷¹ Tribunal Constitucional de Chile, Rol 1881-10-INA (2011), considerando 8°.

iii. Los Efectos en Chile de un Matrimonio Homosexual Celebrado en el Extranjero.

La sentencia que comentamos ahora⁷² es la más destacable por tres razones. Primero, se trata de un fallo aún reciente (25 de junio de 2020); segundo, la sentencia plantea la cuestión de constitucionalidad con referencia expresa al problema de la filiación homomaterna; tercero, el fallo da cuenta de una notable disparidad en la calidad argumentativa de los votos de mayoría y de los disidentes.

Los hechos son los siguientes: Una pareja de mujeres, Cecilia Vera Pérez-Gacitúa y Cristina Ibars Mayor, celebraron su matrimonio en España el 24 de marzo de 2012 y, posteriormente, se sometieron a un tratamiento para iniciar un proceso de maternidad a cargo de doña Cristina Ibars Mayor. Una vez en Chile, al concurrir a las oficinas del Servicio de Registro Civil e Identificación, su matrimonio quedó inscrito como Acuerdo de Unión Civil (“AUC” en lo que sigue).

Como se sabe, el AUC es una convención regulada en la Ley 20.830, del año 2015, cuyo artículo 1° lo define como “*un contrato celebrado entre dos personas que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente*”. La discusión legislativa en torno al AUC tiene una larga y tortuosa historia, que incluye varios cambios de nombre (oficial y extraoficialmente se propuso “Acuerdo de Vida en Común”, y “Pacto de Unión Civil”), pero es claro por los registros de su debate que siempre tuvo como horizonte la formalización de las uniones homosexuales. Así lo consigna de hecho el mensaje parlamentario que lo introduce al Senado el año 2010, que acompaña la propuesta del Comandante Sebastián Piñera en su primer período presidencial. El objetivo de la propuesta era “mantener como institución base de la sociedad el matrimonio, reservándolo exclusivamente para personas de distinto sexo [...] y extender la regulación legal a parejas estables del mismo sexo”⁷³. De esta forma, si bien el AUC se diseñó para permitir a parejas del mismo sexo formalizar jurídicamente su vínculo afectivo (y ese fin impregnó gran parte de la discusión legislativa, al menos en el ala progresista, en la que destacan intervenciones que apuntan a la expansión del concepto de “familia” en el derecho chileno⁷⁴), ello se hizo por la vía de crear una institución de segunda categoría, muy distinta del matrimonio. Como lo explica elocuentemente María Sara Rodríguez:

⁷² Tribunal Constitucional de Chile, Rol 7774-2019 (25 de junio, 2020).

⁷³ Moción de Andrés Allamand Zavala. Fecha 29 de junio, 2010. Historia de la Ley 20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil, p. 3.

⁷⁴ Por ejemplo, la intervención del parlamentario Sr. Girardi: “[E]n nuestra sociedad hay un avance respecto del concepto de familia, el cual tiene que ver con los derechos humanos. Dicho concepto es mucho más amplio, mucho más rico, mucho más profundo que pretender que solo son familias aquellas en donde las personas están casadas conforme a la institución del matrimonio. Además, hay distintos tipos de familias: de heterosexuales y de homosexuales” (Comentario Sr. Girardi, Discusión Parlamentaria en Sala, Historia de la Ley 20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil, p. 684). También en la intervención del parlamentario Sr. Castro: “[E]l concepto de familia ha cambiado. Ya no es solo un hombre, una mujer, y sus hijos; hoy es también una madre o un padre y sus hijos, dos hombres o dos mujeres, un anciano y sus mascotas. Hoy la familia no la define un paradigma en el que fuimos mentalizados, sino el afecto, que no significa faltar el respeto a una u otra creencia, sino que respetar por igual a todos” (Comentario Diputado Sr. Castro, Discusión Parlamentaria en Sala, Historia de la Ley 20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil, p. 959).

La ley claramente realiza una opción por la formalización de una voluntad institucionalizante, sin predominio ni control de sus presupuestos de hecho. Este concepto permite situar al AUC como un reverso del matrimonio, por las siguientes razones. En primer lugar, la ley parece exigir que el contrato se celebre entre dos personas “que compartan un hogar”. Sin embargo, la vida en común bajo un mismo techo no es requisito del AUC (artículos 5° a 11) [...] En segundo lugar, la ley tampoco exige ni presupone una “vida afectiva” entre los contratantes [...]. [E]l AUC parece ser una declaración bilateral de voluntad destinada a obtener los beneficios patrimoniales y previsionales que le confiere la ley. El acuerdo de unión civil no es ni puede equipararse al matrimonio; y esto se comprueba si se observa que los que celebran un AUC no persiguen darse y recibirse, en forma exclusiva y permanente, como si fueran marido y mujer, lo cual constituye un fin en sí mismo para los que se casan.⁷⁵

Otro antecedente importante que abona a la descripción original del AUC como el “reverso del matrimonio” es la disposición contenida en el artículo 12 de la Ley 20.830, que disponía, en la parte que aquí interesa, hasta el 10 de marzo de 2022, fecha en que entró en vigencia la Ley 21.400, sobre matrimonio igualitario: “*Los matrimonios celebrados en el extranjero por personas del mismo sexo serán reconocidos en Chile como acuerdos de unión civil si cumplen con las reglas establecidas en esta ley, y sus efectos serán los mismos del referido acuerdo*”. Esto es, un matrimonio homosexual celebrado en el extranjero era “degradado” en Chile a la condición de un mero contrato bilateral que solo tiene por función obtener y distribuir beneficios patrimoniales y previsionales.

Esta regla era plenamente concordante con el artículo 80 de la Ley 19.947 (2004), llamada “Nueva Ley de Matrimonio Civil”, hasta su modificación acaecida también por la Ley 21.400, que disponía que los matrimonios celebrados en el extranjero solo serán reconocidos en Chile si son celebrados entre un hombre y una mujer.

Pues bien, en el escenario normativo previo a la vigencia de la Ley 21.400, Cecilia Vera y Cristina Ibars interpusieron un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad contra ambas normas, esto es, respecto del artículo 12 de la Ley 20.830 y del artículo 80 de la Ley 19.947. Además de la natural reclamación de discriminación arbitraria por orientación sexual, las recurrentes sostuvieron que esta “degradación” legal afectaba su derecho a formar una familia (“quedan desprovistas de la imprescindible protección de la familia matrimonial conformada por parejas del mismo sexo” sostuvieron en el libelo), además de vulnerar el derecho a la identidad de su hijo, pues “se le priva del derecho de nacer en el seno de un matrimonio compuesto por sus dos madres”, lo que a su vez implica una vulneración al principio de interés superior del niño, en tanto “se le imposibilita contar con el reconocimiento legal de la filiación de una de sus madres”⁷⁶.

⁷⁵ Rodríguez, María Sara. (2018). “El acuerdo de unión civil en Chile. Aciertos y desaciertos” en *Revista Ius et Praxis*, Año 24, N° 2, pp. 144-145.

⁷⁶ Tribunal Constitucional de Chile, Rol 7774-2019, p. 3.

Como adelantamos, en este fallo se aprecia una notable disparidad en la calidad de los argumentos de los votos de mayoría y de la disidencia. Los votos disidentes (de los ministros Gonzalo García, María Luisa Brahm, Nelson Pozo y María Pía Silva), que estuvieron por declarar inaplicable por inconstitucional las normas impugnadas, reconocen el carácter evolutivo y multifacético del concepto de ‘familia’, muy en línea con los argumentos progresistas ventilados durante la tramitación del proyecto de ley del AUC. (“[La Constitución no] establece una suerte de discriminación entre la familia fundada en un matrimonio legalmente celebrado y las diversas formas de familias de hecho. La Constitución protege todos los tipos de familia.”⁷⁷). Más interesante todavía es la tesis que levantan desde el considerando 28° en adelante, que podemos identificar como la tesis del “bloqueo al matrimonio igualitario”. En efecto, según los jueces del voto de minoría, la regla del artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil “configura una función de bloqueo”, contraria a los principios básicos del derecho internacional privado y discriminatoria en razón de la orientación sexual de los contrayentes⁷⁸. La regla en cuestión configura una doble excepción: a la regla general de territorialidad de la ley, y a las reglas sobre prohibiciones para contraer matrimonio, o sobre condiciones de validez del matrimonio. En efecto, bajo el artículo 80 mencionado, todo matrimonio válidamente celebrado en el extranjero y con el consentimiento libre y espontáneo de las partes, se somete a la ley chilena y se le priva de todo efecto jurídico si los contrayentes son personas del mismo sexo. El voto disidente concluye a este respecto: “Esta doble excepción es discriminatoria, desde que solo atiende a la orientación sexual de los contrayentes y la institución del matrimonio, como ya se indicó, no justifica dicha diferencia de trato.”⁷⁹

Por contraste, la argumentación del voto de mayoría es paupérrima y en algunos puntos derechamente trivial. Respecto a la reclamación de vulneración al derecho a formar una familia, el voto mayoritario divide su análisis en tres tópicos: “La Familia” (considerandos 10° al 13°), “El Matrimonio” (considerandos 14° al 18°), y “El Acuerdo de Unión Civil” (considerandos 19° al 21°). El voto de mayoría no es capaz de desligarse de la autoridad de la “doctrina clásica” para efectos de interpretar la expresión ‘familia’ en la Constitución chilena como referida al grupo que comprende un marido, una mujer, e hijos⁸⁰. Respecto al matrimonio, acuden estratégicamente al argumento de “deferencia al legislador” (sobre la definición de matrimonio en el Código Civil), rechazándose en definitiva la inaplicabilidad, sobre la base de mantener neutralidad frente a la prerrogativa legislativa para modificar el paradigma de matrimonio heterosexual. Finalmente, respecto del AUC, los jueces de la mayoría ignoran abiertamente la controversia planteada por las recurrentes, concluyendo que la regla que transforma su matrimonio en un AUC les otorga “la seguridad y certeza que ellas requieren [con la consecuencia de que] las normas jurídicas impugnadas en nada afectan la dignidad y la voluntad de las requirentes de hacer

⁷⁷ Tribunal Constitucional de Chile, Rol 7774-2019, considerando 21°.

⁷⁸ Tribunal Constitucional de Chile, Rol 7774-2019, considerandos 28°- 34°.

⁷⁹ Tribunal Constitucional de Chile, Rol 7774-2019, considerando 34°.

⁸⁰ Tribunal Constitucional de Chile, Rol 7774-2019, considerando 10°.

familia y ser reconocidas como tal”⁸¹. Por supuesto, la reclamación en contra del artículo 12 de la Ley 20.830 se sustentaba, en último término, en el derecho a la identidad del hijo de las recurrentes y en la protección de su interés. Al respecto, el Tribunal nuevamente ignora la evolución de los estándares morales y se cierra a imaginar posibilidades distintas del status quo: “la legislación no permite que una persona tenga dos padres o dos madres, como es en este último caso, la pretensión de las requirentes. Todo lo cual no origina un problema de constitucionalidad, sino que atañe a la institucionalidad propia del derecho de familia.”⁸²

Pero sin duda el argumento más pusilánime lo entrega el voto de mayoría a propósito de la reclamación de discriminación arbitraria. Así, en el considerando 24° afirma el Tribunal Constitucional:

[N]o puede hablarse de discriminación por la categoría sospechosa de orientación sexual, ya que la diferencia no radica en si se trata de personas homosexuales o heterosexuales, sino en que la institución matrimonial en Chile es una unión entre hombre y una mujer, por lo que una persona homosexual puede contraer matrimonio en Chile si lo hace con una persona de sexo opuesto.

Baste esta breve exposición para contextualizar la labor de la jurisprudencia constitucional chilena en materia de uniones afectivas homosexuales. Varios de los argumentos del voto de mayoría del fallo de 2020 no resisten mayor análisis, pero muestran prístinamente el localismo cisandino de un Tribunal que se desentiende por completo de los avances del derecho comparado, y mantiene puntos de vista que han sido refutados en todas las legislaciones serias del mundo occidental. De este modo es posible reflexionar que resulta muy probable que el camino hacia el reconocimiento de los derechos filiativos de formas diversas de familia dependerá, en definitiva, de la justicia ordinaria o de la legislación, pero ciertamente no del defensor de la Constitución Política de la República.

4. CAPÍTULO III. Estado Actual del Asunto en Chile.

a. El Desarrollo Legislativo Alcanzado en Nuestro País.

Para describir la evolución legislativa sobre la materia, llevada a cabo durante los últimos ocho años, es preciso destacar que la Ley 20.830 sobre Acuerdo de Unión Civil, no regulaba, ni regula la filiación.

El cuerpo normativo en cuestión solo reglamenta regímenes patrimoniales y distribuye acciones y derechos entre los contratantes de contenido patrimonial, pero sin hacer referencia alguna en su articulado a la institución de la filiación. Lo más cercano a ello, es posible encontrarlo en su artículo 21, que dispone: “*Para efectos de la presunción de paternidad, en caso de convivientes civiles de distinto sexo se estará a las normas que la regulan en el artículo 184 del Código Civil*”. Resulta evidente que se trata de una disposición aplicable únicamente a los convivientes heterosexuales, que invoca una presunción de filiación paterna, propia del matrimonio (la regla del Código Civil establece:

⁸¹ Tribunal Constitucional de Chile, Rol 7774-2019, considerando 21°.

⁸² Tribunal Constitucional de Chile, Rol 7774-2019, considerando 29°.

“Tratándose de cónyuges de distinto sexo, se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación judicial de los cónyuges”). Es decir, la única norma referida a los efectos del acuerdo en lo que atañe a la filiación equipara el acuerdo de unión civil al matrimonio, estableciendo la misma presunción de paternidad, pero solo para el “caso de convivientes civiles de distinto sexo”. Las parejas del mismo sexo, por tanto, quedaron explícitamente excluidas de cualquier regulación sobre filiación cuando se encuentran sometidos al paraguas normativo de esta institución.

Tras la publicación de la Ley de Acuerdo de Unión Civil, N° 20.830, el 21 de abril de 2015, se publicó el 10 de diciembre de 2018, la Ley 21.120, que reconoce y da protección a la identidad de género y, luego de las grandes presiones sociales que, entre otros temas, por éste, pusieron en jaque la estabilidad social e institucional del país, finalmente, con fecha 10 de diciembre de 2021, se publicó la Ley 21.400 sobre matrimonio igualitario, que autorizó el matrimonio de parejas del mismo sexo, supuestamente en igualdad de condiciones al matrimonio que contraen las parejas heterosexuales.

Por supuesto, esta normativa contempló entre sus disposiciones la indispensable modificación de otros cuerpos legales, tales como el Código Civil, la Ley 19.947, la Ley 4.808, la Ley 20.830, el D.F.L. N° 1 /2002 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, la Ley 16.744, el D.F.L. N° 150/82 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, la Ley 21.334 y la Ley 21.120.

El Mensaje de la Presidente de la República Sra. Bachelet Jeria que dio inicio al proyecto de ley de matrimonio igualitario, promovido el 5 de septiembre de 2017, en la Sesión 42, de la Legislatura 365, refiere entre otras argumentaciones: “La existencia de una ley de matrimonio igualitario como la que propongo, por lo tanto, busca **terminar con la discriminación estructural que sufren las familias formadas por parejas homosexuales**, y que afecta todas sus interacciones con la sociedad: el matrimonio no es, ni ha sido jamás, una simple regulación de la propiedad, la herencia y la procreación. Por el contrario, la elección de una pareja con la cual se desea convivir hasta la muerte no puede sino ser el resultado de una de las demostraciones más grandes de fidelidad, respeto y afecto. La normativa actual que regula el Matrimonio Civil ignora que esa unión pueda darse entre diversas personas y condena a las personas homosexuales a un trato desigual, donde el Estado les señala que ese amor y ese compromiso no son iguales al de las parejas heterosexuales”.

En dicho mensaje, en lo tocante a los temas de filiación, adopción y técnicas de reproducción humana asistida, indica, en lo que a este estudio interesa, que “En lo referido a la adopción este proyecto permitirá que todo tipo de matrimonios accedan a la adopción, ya sea por integración o a través de la adopción propiamente tal. Sin embargo, **se hace presente que esta iniciativa no pretende modificar las normas que regulan la adopción en Chile, ello por cuanto, existe una iniciativa en discusión parlamentaria en la**

actualidad. La única modificación que se introduce en estos términos es relativa al orden de los apellidos que deberá llevar el menor que sea adoptado.

Sí se innova en materia de filiación respecto de la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), que son una especial modalidad de filiación biológica, puesto que actualmente estas sólo producen efectos filiativos cuando son aplicadas a parejas compuestas por un hombre y una mujer, dejando fuera a parejas de mujeres que se someten a dichos tratamientos, pues la ley, si bien les permite el acceso, sólo reconoce a una como madre.

En cuanto a este tipo de técnicas de reproducción humana asistida, se avanza en el mismo sentido que lo hace un proyecto de ley presentado por un grupo de H. Senadoras y H. Senadores, y que actualmente se tramita ante el Senado (Boletín 10.626-07), el cual en la parte pertinente de su fundamentación señala que la actual "legislación chilena permite que parejas de mujeres lesbianas se sometan a técnicas de reproducción humana asistida, dando origen a un tipo de familias cuyos hijos o hijas solo cuentan con vínculo de filiación respecto de la madre que los dio a luz, pero carecen de todo reconocimiento al vínculo que tienen con su otra madre" y para superar aquello, se propone una modificación al artículo 182 del Código Civil, el que una vez aprobado, permitirá que ambas sean madres, una de ellas a través del parto, y la otra a través de la institución del reconocimiento.

No se aborda en este proyecto la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, pues su complejidad técnica y los problemas bioéticos que plantean, requieren de una regulación especial y exhaustiva".

En la exposición del Primer Informe de la Comisión de Constitución del Senado, Sesión 74, Legislatura 367, la ex Ministra Secretaria General de Gobierno, señora Paula Narváez, señaló acerca del tema que nos convoca que **"se establece que el acceso a la paternidad y a la maternidad se llevará a efecto mediante la adopción, que prefiere a los cónyuges, por sobre a las personas solteras, divorciadas o viudas. Por tal razón, las parejas del mismo sexo podrán adoptar por sólo hecho de tener la calidad de cónyuges. Además, se podrá invocar la adopción por integración, que se produce cuando se adopta al hijo o hija de su cónyuge: si la filiación está determinada respecto de uno de los padres y el otro desea adoptar, o si, determinada la filiación respecto de un padre o madre, el cónyuge de uno de estos adopta al hijo de su marido o mujer con su consentimiento",** añadiendo, enseguida, que **"En lo concerniente a la situación de las técnicas de reproducción humana asistida,** recordó que actualmente sólo se permiten entre parejas de distinto sexo. De consiguiente, **el proyecto de ley extenderá su aplicación en los mismos términos actuales a las parejas de mujeres. Por el contrario, el caso de las parejas de hombres no se aborda en este proyecto,** pues su complejidad técnica requiere de una regulación especial y exhaustiva".

Pues bien, del estudio de toda la tramitación a que se sujetó el proyecto de ley que finalmente concluyó con la promulgación y publicación de la Ley 21.400, es posible constatar que el tema de la filiación de los matrimonios conformados por personas de un mismo sexo, se abordó siempre en los términos en que el propio mensaje de la Presidente Sra. Bachelet lo presentó, esto es, otorgando como solución la vía de la adopción y, para más adelante, a través del uso de técnicas de reproducción humana asistida sólo respecto de parejas de mujeres lesbianas que se sometían a ellas, situación que se plasma materialmente en el proyecto contenido en el Boletín 10.626-07, que como ya hemos relevado, permanece actualmente desde hace más de siete años en el Senado, en primer trámite constitucional.

Sobre el particular, aparece pertinente relevar el caso de la legislación española, que desde el año 2005 contempla, vía una reforma al Código Civil -Ley 13/2005, de 1 de julio-, el matrimonio entre personas del mismo sexo. Si bien en dicha reforma, que estableció que *“El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”*, no se regularon los efectos del matrimonio homosexual en lo concerniente a la filiación, naturalmente la reforma planteó de inmediato esa necesidad y sentó las bases para avanzar en esa dirección. Esa reforma tardó apenas dos años, con la Ley 3/2007 de 15 de marzo, que introdujo el controversial apartado tercero al artículo 7 de la Ley N° 14 (Ley de Reproducción Humana Asistida) del año 2006 *“que reconoce la posibilidad de que la mujer casada con otra mujer consienta en que se determine a su favor la filiación del hijo [concebido vía técnicas de reproducción humana asistida] de su consorte”*⁸³

Cabe mencionar, eso sí, que la situación de los matrimonios formados por dos hombres que desean ser padres biológicos a través de técnicas que permitan a uno de los cónyuges otorgar para ello su material biológico, no ha tenido tampoco todavía en España remedio legal y que, como suele ocurrir, la realidad ha llevado por delante a la legislación, mediante el uso de prácticas en las que la concepción y el nacimiento se producen fuera del territorio español y que tras éste último, son resueltas vía administrativa ante la autoridad nacional.

b. El Boletín N° 10.626-07.

A pesar de no tener como base la institución del matrimonio homosexual, un grupo de senadores del parlamento chileno -Sras. Allende y Muñoz y Sres. De Urrusti, Harboe y Lagos- ingresó en 2016 -cinco años antes de la promulgación de la Ley 21.400, que modificó el artículo 182 del Código Civil-, un proyecto de ley para regular la filiación en uniones del mismo sexo, en el primer aniversario de la Ley 20.830, sobre acuerdo de unión civil (la ley 20.830 fue publicada el 21 de abril de 2015, y el proyecto de ley Boletín N° 10.626-07 ingresó al Senado el 22 de abril de 2016). Dado que, a diferencia de la legislación española, la discusión no tiene como trasfondo el matrimonio homosexual, los argumentos invocados como fundamento de la propuesta regulativa descansan en la

⁸³ Zurita Martín, Isabel. (2018). “La doble filiación materna: de la imposibilidad a la presunción de maternidad” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N°770, p. 3073.

facticidad. Así, introducen los parlamentarios los motivos del proyecto de ley señalando: “La comaternidad de mujeres lesbianas [...] constituye *una realidad* en Chile. Miles de parejas del mismo sexo conviven junto a sus hijos/as o comparten la crianza de los hijos/as de uno o de ambos/as miembros/as de la pareja, pero enfrentan una completa desprotección legal” (énfasis añadido). Tienen a su favor un hito jurisprudencial, que explota desde el inicio de la explicación de los motivos del proyecto: la demanda de tuición de la jueza Karen Átala y de su pareja del mismo sexo contra el ex marido de la primera, que fue resuelta de modo adverso a la madre por la Corte Suprema de Chile, pero revertida en su favor por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁸⁴ La discusión en esta última sede giró en torno al peso específico del mandato de protección del interés superior del niño contra el derecho a la igualdad, la libre expresión de una orientación sexual homosexual y la estructura familiar diversa, entre otros. Por ello los parlamentarios invocan el citado hito para anticipar cualquier objeción en esa línea, dado que, en opinión de la CIDH, el interés superior del niño no tiene peso absoluto, sino peso específico, cuya ponderación depende de los valores y derechos en juego, y su alcance debe determinarse caso a caso. Así lo reconocen los parlamentarios: “Las realidades de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo *son diversas*, requiriendo respuestas jurídicas *variadas acorde a su situación*, en conformidad con los principios y obligaciones internacionales y nacionales de derechos humanos vigentes, en particular en materia de igualdad y no discriminación, protección de las familias y derechos de los niños y las niñas.”⁸⁵

En definitiva, el proyecto de ley propone agregar un nuevo inciso al artículo 182 del Código Civil chileno, estableciendo lo siguiente:

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.

Sabemos que los parlamentarios chilenos tuvieron a la vista la legislación española (además de la argentina y la noruega) a la hora de formular esta propuesta, como queda consignado en el informe de asesoría técnica parlamentaria de mayo de 2019, titulado “Casos de Filiación Homoparental en la Legislación Extranjera”. En el ámbito de la filiación relativa a reproducción asistida, el informe transcribe el artículo 7.3 de la LRHA vigente, esto es, modificado por la Ley 19/2015⁸⁶. Podemos suponer, entonces, que han tenido a la vista los problemas dogmáticos que esa norma ha generado en la práctica institucional y judicial española, y que el inciso propuesto al artículo 182 del Código Civil, es la versión mejorada que surge de anticipar esos problemas y pretende evitarlos en el contexto chileno.

⁸⁴ Véase un comentario minucioso del fallo en Zúñiga, Francisco. (2012). “Comentario a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso ‘Átala Riffo y niñas vs. Chile’, de 24 de febrero de 2012” en *Estudios Constitucionales, Año 10, N° 1*, pp. 429-468.

⁸⁵ Cita del párrafo diez de los Antecedentes del Boletín N° 10.626-07, ingresado a discusión parlamentaria en el año 2016 por los senadores Sras. Allende y Muñoz y Sres. De Urrusti, Harboe y Lagos. Énfasis añadido.

⁸⁶ Informe “Casos de filiación homoparental en la legislación extranjera”, p. 5.

La norma propuesta, sin embargo, adolece de defectos de técnica legislativa propios.

Pretendemos respetuosamente identificar al menos tres problemas inmediatos: (1) el uso de la expresión “pareja de mujeres”, desconocida en la legislación civil chilena en esta materia; (2) la configuración de una presunción de filiación materna (“las madres del hijo concebido [...] *son* las mujeres [...]”); y (3) la extensión del marco de esa presunción a las mujeres “que se sometieron a ellas”, refiriéndose a las técnicas de reproducción humana asistida. Como se aprecia, los problemas identificados dan cuenta al mismo tiempo de vaguedades conceptuales como de falta de coherencia sistémica, tal y como ocurre en el contexto español con el artículo 7.3 LRHA, como se verá en el contraste que se ofrece a continuación.

(1) El uso de la expresión “pareja de mujeres”, nos lleva a especular que daría cuenta, de un intento de suplir la falta en aquella época de una regulación que autorizará el matrimonio entre personas del mismo sexo. Esta es la primera diferencia notable con el artículo 7.3 LRHA, que circunscribe el marco de determinación de filiación materna relativa a reproducción asistida a la unión matrimonial entre mujeres (“Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar [...] que consiente en que se determine a su favor la filiación [...]”). Curiosamente, sin embargo, los legisladores chilenos no vincularon esta determinación de filiación materna al acuerdo de unión civil, sino que lo asociaron a la mera facticidad de la unión afectiva. La expresión “pareja” no es utilizada por el Código Civil⁸⁷. En la Ley 20.830 se usa una sola vez de modo marginal, al regular la notificación de la voluntad unilateral de uno de los “convivientes” de poner término al acuerdo. Cierto es que el proyecto cuya tramitación culminó en dicha ley recibió varios nombres (incluso en proyectos de ley distintos luego refundidos), entre ellos “acuerdo de vida en común” y “acuerdo de vida en pareja”, al que de hecho hace referencia el Tribunal Constitucional en la resolución que aprueba el proyecto y que se adjunta en el texto de la ley. Fuera de eso, no habiendo más referencias a la expresión en la legislación civil pertinente a la materia, los funcionarios del Registro Civil o los jueces no tienen más herramientas que la analogía (con otras normas que regulan efectos de la pura convivencia fáctica) o cánones de interpretación del lenguaje ordinario para determinar el sujeto legitimado para reclamar la filiación del hijo/a nacido vía reproducción asistida en los términos de la norma propuesta. En el informe de una comisión especializada al proyecto de ley en comento (ingresado en junio de 2019) y que registra las opiniones de diversas organizaciones y académicos de derecho civil sobre la materia, se puede encontrar una crítica del profesor Hernán Corral a este punto. En su crítica, Corral parece identificar el problema que surge de desacoplar la determinación de la filiación en estos casos del vínculo matrimonial, puesto que “el

⁸⁷ Al menos no para hacer referencia a la unión afectiva estable de dos seres humanos. La expresión se usa una sola vez para referirse a la unión de dos cosas, en el artículo 1864, que se refiere a la acción redhibitoria sobre la venta de dos o más cosas conjuntamente, “como cuando se compra un tiro, yunta o *pareja* de animales, o un juego de muebles.”

Servicio de Registro Civil e Identificación no va a poder oponerse a inscribir el reconocimiento de una segunda madre, aunque esta última ya no conviva con la gestora, o nunca lo haya hecho.”⁸⁸

Corral también se preguntó por “la forma en que se podrá verificar si la mujer reconociente cuenta con las habilidades necesarias para ejercer el rol de madre del niño.” En la legislación española el vínculo matrimonial (que, recuérdese, debe estar vigente al momento de hacer la solicitud) opera de algún modo como filtro de algunos de estos conflictos que podrían generarse en la práctica.

(2) El inciso propuesto también invierte la lógica del artículo 7.3 LRHA, al establecer una presunción de filiación a favor de la pareja mujer de la madre, en vez de conferirle una facultad, como lo hace la norma española. Esa facultad es el aspecto que más controversia ha generado en la doctrina española, porque parece crear un título de filiación extrajudicial distinto del “reconocimiento”⁸⁹, lo que conlleva una serie de problemas relacionados: confusión respecto de reglas procedimentales (plazos, formalidades, etc.) para ejercer ese consentimiento, y ausencia de un requisito de verificación del uso de técnicas de reproducción asistida como exigencia complementaria a la verificación del consentimiento para efectos de establecer la filiación. Según Isabel Zurita, el legislador no exigió lo segundo porque “daba por supuesto, de tan obvio, que la procreación había de provenir en estos casos del uso de procesos de fecundación asistida”⁹⁰. El problema se manifestó en su expresión máxima en la resolución de la RDGRN de febrero de 2017, que no estimó necesario verificar el uso de técnicas de reproducción asistida para inscribir la filiación a favor de la mujer que manifiesta su consentimiento. Esto porque, como explica María Belén Andreu, la RDGRN interpreta la legislación procedimental del Registro Civil en esta materia sin conectarla a la exigencia del artículo 7.3 LRHA⁹¹. Respecto de lo primero, no hay acuerdo entre operadores jurídicos y funcionarios de la administración en España respecto del momento en que debe expresarse el consentimiento de la pareja mujer: al momento de acordar someterse al proceso de reproducción asistida, al momento del nacimiento o, incluso, posteriormente⁹². Este problema puede reproducirse en el derecho chileno de prosperar la propuesta de modificación al Código Civil, lo que nos lleva a nuestro último punto.

(3) Puede decirse que, interpretando todos los requisitos de la norma propuesta como requisitos copulativos, lo más relevante es determinar si la “pareja de mujeres”

⁸⁸ Informe de la Comisión Especial encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes, p. 84.

⁸⁹ Barber Cárcamo, Roncesvalles. (2014). “Doble maternidad legal, filiación y relaciones paternas” en *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 28, enero-diciembre, pp. 112-113; también Zurita Martín, Isabel. (2018). “La doble filiación materna: de la imposibilidad a la presunción de maternidad” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N°770, p. 3078.

⁹⁰ Zurita Martín, Isabel. (2018). “La doble filiación materna: de la imposibilidad a la presunción de maternidad”, ob.cit., p. 3080.

⁹¹ Andreu Martínez, María Belén. (2018). “La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido?” en *InDret*, Núm. 2, pp. 19-20.

⁹² Andreu Martínez, María Belén. (2018). “La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 febrero de 2017”, ob.cit., pp. 14-18.

decidió someterse al proceso de reproducción asistida. En el fondo, la norma propuesta chilena hace del consentimiento una cuestión irrelevante porque se lo imputa a la mujer que “se sometió” al proceso. Naturalmente, los problemas que han surgido en el contexto español se pueden reproducir en el nuestro, a saber: (i) el conflicto de la ruptura del vínculo afectivo que acaece entre el momento en que las partes consienten en someterse al proceso de reproducción asistida y el momento del nacimiento; y (ii) el *claim* del donante anónimo y padre biológico.

Nos limitamos a comentar el punto (ii), y es que este es un problema que en rigor se arrastra desde que fue modificado el artículo 182 del Código Civil, que introdujo en 1998 la posibilidad de determinar la filiación en procesos de reproducción asistida. La regla vigente a la época decía: “*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*”. Luego de la modificación de la Ley 21.400, se mantiene la postura en orden a que la filiación “*quedará determinada respecto de las dos personas que se hayan sometido a ellas*”. Dado que el proyecto de ley que modificó en 1998 esa norma (que culmina en la Ley 19.585, de 25 de octubre de 1998) tenía como principal objetivo eliminar la infame categoría de “hijos ilegítimos”, no se dedicó el espacio suficiente para reflexionar sobre el único requisito normativo que hacía posible determinar la filiación en procesos de reproducción asistida. Solo una parlamentaria, la Senadora Matthei, planteó una duda al respecto, pero la cuestión no fue sometida a discusión. Reproducimos esa parte de la discusión:

MATTHEI: Señor Presidente, tengo una duda. El inciso primero del artículo 182 expresa: “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.” Cuando hay donación de gametos intervienen dos personas: la mujer a quien se le implantan los gametos y el hombre que los proporciona, no el marido. Por eso, quisiera que alguien me diera una explicación, pues entiendo que el hombre que se somete a estos procedimientos es justamente el que dona los gametos. El marido no se somete a nada, solo acompaña, y, por lo tanto, no está incluido -a mi parecer- en este primer inciso del artículo 182.

ZALDÍVAR (Presidente): Estamos en votación, señora Senadora.

MATTHEI- Sí, señor Presidente. Pero no puedo votar...

ZALDÍVAR (Presidente): Tiene que votar o abstenerse.

MATTHEI: ¡Cómo no va a ser posible que algún señor Senador me aclare el punto!

ZALDÍVAR (Presidente): No se puede interrumpir la votación, de acuerdo al Reglamento.

MATTHEI: En ese caso, me abstengo.

Como se aprecia, cuando la cuestión fue planteada, se cerró la posibilidad de discutirla. El problema, como es natural, se arrastró a la norma propuesta que extiende el marco de determinación de la filiación a parejas del mismo sexo, que *se sometieron* al proceso de reproducción humana asistida. En la discusión parlamentaria de este proyecto, se registra una opinión de una representante de una organización de corte conservador (el Instituto de Ciencias de la Familia de la Universidad de Los Andes) que levanta precisamente este punto, que sigue hasta la fecha sin respuesta. Concluimos la presente sección citando su intervención. La representante indica:

[S]iempre le ha parecido ambigua [la norma del artículo 182 del Código Civil vigente], ya que no existe claridad acerca de los sujetos a que tal precepto hace referencia, a saber, los que han participado de las técnicas en cuestión [...]. [E]l artículo 182 pudiera entenderse como una disposición legal que permite la paternidad o maternidad ejercida por más de dos personas. Por consiguiente, [...] si el proyecto ya transgrede el principio biológico de que no es posible la concepción de un hijo si no hay progenitores de distinto sexo, porque se va a limitar el hecho de que una persona pueda tener más de dos madres o padres, o porque restringir tal calidades sólo a quienes tienen una relación afectiva de carácter sexual, en tanto podrían ser madres, por ejemplo, dos hermanas dedicadas a la crianza de un hijo.

En conclusión, por la vía de invertir la lógica de la regla española, de desacoplar la determinación de la filiación materna en parejas del mismo sexo (que se han sometido a técnicas de reproducción asistida) de la institución del matrimonio, la regla propuesta chilena ha quedado vulnerable a la objeción conservadora clásica, esto es, que la indeterminación en el vínculo implica indeterminación en todas las dimensiones posibles, como se expresa en la opinión recién citada. Quizás los legisladores chilenos debieran considerar, antes de seguir instando por una solución normativa que pareciera superada por el desarrollo legal sobre temas inherentemente vinculados a la materia y, especialmente, por la realidad, un cambio de paradigma respecto de las fuentes que dan origen a la filiación, a objeto de legislar en grande, modificando el sistema filiativo chileno conforme a nuevos criterios y al pleno respeto de las garantías fundamentales del derecho de igualdad y no discriminación de todas las personas que habitan nuestro territorio.

c. Otras iniciativas legislativas:

Aparece relevante mencionar ciertos proyectos de ley, presentados paulatinamente después del Boletín N° 10.626-07, de 22 de abril de 2016 y, en este orden de cosas, con fecha 21 de junio de ese mismo año el diputado Juan Antonio Coloma Álamos ingresó el proyecto de modificación a la Carta Fundamental, N° 10.764-07 que pretendía establecer en ella que el matrimonio solo podía celebrarse entre un hombre y una mujer y también incorporar la expresa prohibición de adopción homoparental.

Luego, el 18 de mayo de 2021 la diputada Erika Olivera ingresó a tramitación el proyecto N° 14.256-07, que “modifica el Código Civil en materia de filiación para permitir

la comaternidad”. En lo sustantivo, sugiere incorporar al Código Civil una norma que expresamente reconozca la comaternidad de aquellas parejas de mujeres que voluntariamente acuerdan someterse a técnicas de reproducción humana asistida y ser madres en conjunto. En dicho supuesto, permitiría establecer la co-maternidad en la respectiva partida de nacimiento del hijo o hija, y en virtud de ello, reconocer al niño o niña todos los derechos que se desprenden de la filiación legalmente determinada. Para ello sugiere sustituir el inciso primero del artículo 179, que actualmente señala “*La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial*”, por “La filiación por naturaleza puede ser matrimonial, no matrimonial o determinada de acuerdo a lo establecido en el artículo 182” y, a su turno, incorporar como nuevo inciso segundo del citado artículo 182, el siguiente: “En el caso de que una pareja sea conformada por mujeres, para todos los efectos legales serán las madres del hijo o hija concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida aquellas mujeres que en conjunto se sometieron a dicho procedimiento”. Sobre este último tópico, parece innecesario reiterar críticas a la redacción vaga y poco clara de la norma que se presenta, dado que reitera en señalar que en caso de aplicación de técnicas de reproducción humana serán madres del niño o niña “aquellas mujeres que en conjunto se sometieron a dicho procedimiento”. Baste decir que muchas veces, ni siquiera una de las futuras madres se habrá sometido médicamente al tratamiento médico en sí. Será el caso de mujeres infértiles que deseen optar a adquirir ovulo y espermias de donantes anónimos y que, efectuada exitosamente la concepción, deberán utilizar el vientre de una tercera mujer.

Propone la diputada sustituir también el artículo 188 del Código de Bello, cuyo tenor indica actualmente que “*El hecho de consignarse el nombre de alguno de los progenitores, a petición de cualquiera de ellos, al momento de practicarse la inscripción del nacimiento, es suficiente reconocimiento de filiación*”, por “El hecho de consignarse el nombre del padre, o de la madre, o de ambas madres, a petición de cualquiera de ellos, al momento de practicarse la inscripción del nacimiento, es suficiente reconocimiento de filiación”. Luego de la incorporación del actual artículo 34 del Código Civil a través de la Ley 21.400, parece haber perdido esta última moción toda oportunidad. Señala la citada norma: “*Los padres y las madres de una persona son sus progenitores, respecto de los cuales se ha determinado una relación de filiación. Se entenderán como tales a su madre y/o padre, sus dos madres, o sus dos padres.*”

Las leyes u otras disposiciones que hagan referencia a las expresiones padre y madre, o bien, padre o madre, u otras semejantes, se entenderán aplicables a todos los progenitores, sin distinción de sexo, identidad de género u orientación sexual, salvo que por el contexto o por disposición expresa se deba entender lo contrario”.

Finalmente, sin que diga relación con una propuesta en el campo de la normativa en análisis, aparece interesante hacer referencia al proyecto N° 15.070-07, ingresado por los senadores Sra. Rincón y Sres. Flores, Quintana y Walker el 13 de junio de 2022, que sugiere modificar el Código del Trabajo con el objeto de “...reconocer los principios de no

discriminación, efectividad de los derechos y prevalencia del interés superior de niñas y niños, en relación al derecho a ser cuidados por sus progenitores durante los primeros meses de vida”, dado que en su parte considerativa afirma que no obstante todo el avance que conllevó la promulgación de la ley de matrimonio igualitario, “...la protección de niños y niñas que nacen en familias conformadas por dos varones no es completa, pues la ley N° 21.400, no les reconoce los mismos derechos que a los niños y niñas nacidos en, o adoptados por, parejas heterosexuales y parejas lésbicas. En efecto, la ley N° 21.400, en materia de filiación cambia el concepto de padres y madres por el de “progenitores”, incluyendo la homoparentalidad. Sin embargo, con relación al reconocimiento del vínculo filiativo - o fuentes de filiación- esta se posibilitó en dos hipótesis: respecto de hijos biológicos sin filiación determinada en una familia ensamblada y con relación a hijos procreados por medio de técnicas de reproducción asistida. Pero ello, no se hizo en todos los casos con plena igualdad. En el primer caso, en el que uno o ambos miembros de la pareja tienen hijos de una relación anterior, se permite a la pareja del padre o de la madre adquirir el vínculo por medio del acto de reconocimiento. En el segundo caso, en relación con hijos procreados por medio de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA)⁵, se reconoce la filiación, pero sólo a parejas de mujeres que se someten a ellas, a partir del hecho del parto de una y la voluntad procreacional de la otra manifestada en el acto de reconocimiento”.

Si bien, quien escribe esta AFE difiere de lo expresado por los Sres. Senadores en cuanto aseveran que la Ley 21.400 posibilitó en dos hipótesis el reconocimiento del vínculo filiativo, sí concuerda con ellos en que en la medida que se legisle sobre la materia de una manera eficiente y responsable, la filiación a través de técnicas de reproducción asistida de matrimonios integrados por dos mujeres será ciertamente más viable de ser aceptada por la institucionalidad, en franca discriminación con los matrimonios compuestos por dos hombres.

d. El aporte de la jurisprudencia: La doble filiación maternal como tema centralmente tratado en la jurisprudencia chilena.

A falta de soluciones legislativas otorgadas por el Congreso, capaces de poner términos a estos vacíos de manera determinante, la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia se ha visto enfrentada a los problemas que se originan por la falta de normativa que permita la doble filiación maternal. El trayecto usualmente recorrido es, en ese sentido, ya bastante conocido por los tribunales de alzada: Comienza con una solicitud de inscripción de filiación ante el Registro Civil, organismo que entendía que se encontraba legalmente inhabilitado para llevarla a cabo. El camino posterior era entonces, evidente: La interposición de un recurso de protección frente a la Corte de Apelaciones correspondiente. En este contexto, nos encontramos con pronunciamientos de todo tipo, entre los cuales cabe distinguir entre aquellos que carecen de fundamentación *alguna*, otros que presentan una fundamentación enteramente *insuficiente*, y los que, sin llegar a la conclusión correcta,

contienen votos minoritarios que permitieron entender y dar forma a la necesidad de dar pie a dichas inscripciones.

i. Deficitaria Fundamentación de la Mayor Parte de los Fallos de Cortes de Apelaciones.

Cuando hablamos de fallos de las Cortes de Apelaciones que contienen decisiones enteramente deficitarias, es preciso hacernos cargo de dos tipos de sentencias que abultan o pueblan la jurisprudencia de este tipo de tribunales. El primer grupo de sentencias y, quizás, el más rústico que se encuentra disponible para análisis, es uno que no consideraba relevante siquiera ofrecer una fundamentación al fallo por medio del cual rechazaba los recursos de protección interpuestos frente a la acción arbitraria del Registro Civil consistente en negarse a inscribir a los padres o madres por tratarse de una eventual filiación homosexual.

Es ese el caso, por ejemplo, de la sentencia dictada en la causa rol N°14.007-2019, de la Corte de Apelaciones de Santiago que, señalando que ya existía *un* pronunciamiento similar sobre la materia (esto es, sin haber efectuado un levantamiento exhaustivo sobre la jurisprudencia relevante al caso, y haciendo caso omiso a la norma contenida en el artículo 160 del Código de Procedimiento Civil, conforme al cual “*Las sentencias se pronunciarán conforme al mérito del proceso*”), resuelve simplemente por confirmar la sentencia apelada.

Santiago, trece de junio de dos mil diecinueve.

Al otrosí del escrito folio N° 33.903-2019: no ha lugar a los alegatos solicitados.

Vistos:

Teniendo presente que la materia propuesta al conocimiento de esta Corte ha sido resuelta previamente, como por ejemplo en los autos Rol N° 971-2018, se confirma la sentencia apelada de fecha ocho de mayo de dos mil diecinueve.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 14.007-2019.

Similar situación puede ser observada a propósito del fallo dictado en la causa rol N°15.108-2018, de la Corte de Apelaciones de Valparaíso. Como puede observarse, en este caso el tribunal nuevamente consideró innecesaria la fundamentación a la hora de rechazar el recurso, prescindiendo de cualquier argumento que pudiera apoyar su decisión.

Santiago, veinticuatro de julio de dos mil dieciocho.

Al escrito folio N° 35.039-2018: no ha lugar a los alegatos solicitados.

Vistos:

Se confirma la sentencia apelada de fecha quince de junio de dos mil dieciocho.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 15.108-2018.

Exactamente las mismas falencias pueden ser observadas a propósito de lo resuelto en la causa rol N° 971-2018, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago. En ella se observa, nuevamente, una absoluta falta de fundamentación a la hora de dictar sentencia.

Santiago, catorce de marzo de dos mil dieciocho.

Al otrosí del escrito folio N° 2595-2018: no ha lugar a los alegatos solicitados.

VISTOS:

Se confirma la sentencia apelada de fecha veintiocho de diciembre de dos mil diecisiete.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 971-2018.

Los fallos citados resultan relevantes, porque al obviar la obligación contenida en el artículo 170 N°4 del Código de Procedimiento Civil, conforme al cual las sentencias definitivas de primera o de única instancia deben contener “*las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia*”, dan cuenta que lo que existe tras el escueto pronunciamiento no es más que una falta de reflexividad en torno a la importancia que estos temas han adquirido en el último tiempo, por tratarse de genuinos escenarios de vulneración de derechos de padres, madres, hijos e hijas.

Estas sentencias, sin embargo, no constituyen el único repertorio jurisprudencial deficitario que puede ser analizado a la luz de esta problemática. En efecto, las Cortes de Apelaciones cuentan también con fallos fundados que, al provenir de salas integradas por jueces especialmente conservadores, niegan cualquier espacio al progreso en lo que a estas materias respecta. Así, por ejemplo, con fecha 28 de diciembre del año 2017, habiéndose deducido recurso de protección contra el Servicio de Registro Civil e Identificación por el acto ilegal y arbitrario consistente en la negativa de inscribir la partida de nacimiento del niño que aquí llamaremos ARD, en favor de sus dos madres, este fue rechazado por la Décima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago. El razonamiento del tribunal de alzada, carente de cualquier ejercicio de control de convencionalidad, dispuso, en lo que aquí interesa, que:

NOVENO: Que las normas sobre estado civil vigentes en nuestra legislación nacional, son de orden público, de manera que no puede disponerse por voluntad de las personas ni tampoco puede existir una interpretación extensiva de ellas.

DECIMO: Que dicho de otro modo, de ellas es posible advertir, en especial de los artículos 182, 183, 186, 187, 188 y 189 del Código Civil, que un individuo no puede tener más de un padre o más de una madre⁹³.

El fallo sostiene, asimismo, que el hecho de haberse celebrado un Acuerdo de Unión Civil al amparo de la Ley 20.839, no generaría ningún efecto en la consideración del caso,

⁹³ Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago dictada en recurso de protección N° 74.926-2017.

pues no podría entenderse que de dicha unión contractual pudieran nacer derechos de filiación, como sucede ordinariamente con la institución matrimonial. Así las cosas, sostiene el fallo, no existiría una acción discrecional o arbitraria, pues el Registro Civil estaría ateniéndose y sujetándose al tenor imperativo de la ley.

En el mismo sentido se manifiesta la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 8 de mayo de 2019, rechazando un recurso de protección interpuesto por idénticas razones, sin efectuar control de convencionalidad alguno y concluyendo en su considerando noveno:

Que, de lo anterior, se puede colegir que no ha existido por parte del Servicio de Registro Civil e Identificación algún acto ilegal, toda vez que ese organismo ha actuado dentro de la esfera de su competencia al negarse a inscribir en la partida de nacimiento de Samara a doña Patricia Reyes como madre, pues ésta ya tiene determinada su filiación en relación a su madre Verónica Riberi Manzur. Además, como se ha razonado, la actual legislación no contempla la posibilidad que un individuo pueda estar inscrito a la vez por dos madres, pues la maternidad está determinada por el hecho del parto, condición que únicamente detenta la recurrente Valentina Riberi.⁹⁴

ii. Los fallos de Cortes de Apelaciones y el retroceso de la Corte Suprema

Afortunadamente, esos no son los únicos razonamientos que hemos visto salir de las Cortes de Apelaciones chilenas. Si bien aún en forma de voto minoritario, es relevante notar al menos dos sentencias aún recientes en la materia que, haciendo un trabajo de análisis acabado que incluye uno de convencionalidad, permiten abrir un camino hacia un razonamiento que puede ser replicado -y fue, de hecho, ese el caso-, por tribunales inferiores de justicia.

Cronológicamente, el primero de estos votos de minoría puede ser apreciado en un fallo de fecha 15 de junio de 2018 en la Corte de Apelaciones de Valparaíso. Como suele ser el caso, se presentan dos madres a interponer un recurso de protección en razón de existir un acto ilegal y arbitrario por parte del Servicio de Registro Civil e Identificación, que conculca sus garantías constitucionales establecidas en los artículos 1º, 19 N°2 y 4º de la Constitución Política de la República. El fallo de mayoría rechaza el recurso presentado, principalmente aludiendo a los mismos argumentos que han sido expuestos a propósito de fallos anteriores⁹⁵⁻⁹⁶. Sin embargo, interesa especialmente analizar el voto de minoría

⁹⁴ Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago dictada en recurso de protección N°14.086-2019.

⁹⁵ Específicamente, señala el considerando Noveno: “Que todas las consideraciones anteriores permiten entonces concluir que el acto impugnado por la recurrente no resulta ni arbitrario ni ilegal. No es arbitrario, pues la negativa del Registro Civil se funda en que no existe en nuestra legislación una forma que permita válidamente inscribir a dos mujeres como madres de un menor.”

⁹⁶ En todo caso, vale la pena notar que este fallo, en su voto de mayoría, sí hace un esfuerzo por reconocer que las madres junto a su hija conformarían una familia aunque ello no se encuentre definido de este modo en la legislación: “las recurrentes, junto a sus hija conforman una familia, la que si bien no se encuentra definida en nuestra legislación, puede estar constituida a través de la reunión de parejas hetero y homo sexuales, siendo indistinto que se trate en este último caso de hombres y mujeres. No podría discutirse ni cuestionarse el peso de la realidad y la libertad intrínseca del ser humano.”

redactado por la Ministra señora Silvana Donoso Ocampo, quien estuvo por acoger el recurso de protección. Sostiene su disidencia:

15°) Que, es del caso consignar que la Constitución Política de la República en su artículo 1° establece que “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. (...)”

A su vez, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 23.1, señala que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

Asimismo, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 10.1, dispone que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posible, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo”.

Y, desde luego, debe colacionarse la Convención de los Derechos del Niño en cuyo preámbulo señala que “la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”. (...)”

Su artículo 8 dispone que “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”.

Por último, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 17.1, dispone que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.⁹⁷

Un voto como el apuntado precedentemente abre la puerta a la legítima e indispensable interpretación normativa, haciendo especial hincapié en la aplicabilidad de las disposiciones de derecho internacional, que por referencia del artículo 5° de nuestra Constitución Política, son *obligatorias* en Chile.

Al año siguiente, en fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de 7 de octubre de 2019, la suscrita en similar situación a la de la ministra Donoso, introdujo un voto de minoría que frente a la decisión mayoritaria que rechazó un nuevo recurso de protección, manifestó la opción de acogerlo. En dicha disidencia, se intentó establecer cuáles serían las normas de derecho internacional que la decisión de mayoría estaría soslayando aplicar, sosteniendo en este sentido que para una adecuada resolución del asunto sometido al conocimiento del órgano jurisdiccional correspondía aplicar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Interamericana de Derechos Humanos y,

⁹⁷ Voto de minoría redactado por la ministra Silvana Donoso en Sentencia de Corte de Apelaciones de Valparaíso, para el recurso de protección N°3335-2018.

especialmente, la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que al efecto ha señalado:

Todos los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, a fin de asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo. Así, a través de diversas medidas, los Estados pueden modificar las figuras existentes para ampliarlas a parejas constituidas por personas del mismo sexo.⁹⁸

A mayor abundamiento, el voto disidente da cuenta de las obligaciones asumidas por el Estado frente al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y al Comité para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer. Se agrega, asimismo, que la Convención Americana protege la vida privada y familiar, disponiendo en su artículo 17° que dicha protección ha de extenderse a “*el vínculo familiar que puede derivarse de una relación de una pareja del mismo sexo*”⁹⁹.

Ambos fallos representan una gran oportunidad para poner sobre la mesa nuevas interpretaciones que, a partir de la normativa internacional vinculante para Chile, podrían dar soluciones a la temática que este estudio pretender abordar. Sin embargo, es preciso señalar que tras recurrirse el fallo recién descrito, decidió la Corte Suprema confirmar la decisión de mayoría, denegando la aplicabilidad del derecho internacional invocado en el voto de minoría. En efecto en el ingreso rol N° 33.316-2019, en sentencia de 20 de julio de 2020, la Tercera Sala del Tribunal de Casación expresó:

“...al margen de la Opinión Consultiva N° 24/17 de 24 de septiembre de 2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las reglas y principios del llamado Derecho Internacional de los Derechos Humanos y sus diversas fuentes, en especial los Tratados Internacionales sobre la materia, hasta la fecha no han consagrado como derecho, de manera explícita, la filiación y el estado civil de “hijo” respecto de progenitores del mismo sexo; reconociéndose, además, que la filiación tiene un carácter biológico o legal, incluyendo, en el último caso, a la adopción homoparental”.

Y añadió a lo anterior luego de explicitar latamente que la normativa interna impedía lo solicitado por las recurrentes que:

“...de lo que se trata, en definitiva, es de respetar la vigencia del derecho interno y la seguridad jurídica, así como también el valor del pluralismo y la diversidad de pareceres que existen y deben existir en el seno de una sociedad democrática sana y robusta, de manera que la determinación final sobre la materia

⁹⁸ Voto de minoría redactado por la ministra Maritza Villadangos en Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago, para recurso de protección N° 88.402-2018.

⁹⁹ Voto de minoría redactado por la ministra Maritza Villadangos en Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago, para recurso de protección N° 88.402-2018.

sea canalizada y adoptada por la institución democrática por antonomasia, esto es, por el Parlamento.

Concluir lo contrario, como sugiere la Opinión Consultiva N° 24/17, tiene - desde luego- la ventaja de ejercer sin restricción alguna las facultades conservadoras de derechos fundamentales de las personas a partir de lo que podría denominarse una interpretación “progresista” del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pero al precio de reemplazar la judicatura el juicio y las prerrogativas que la Constitución ha otorgado a otros poderes del Estado, con el riesgo que ello supone de lesionar uno de los fines esenciales del Derecho, como lo es la certeza jurídica”.

iii. La Solución Presentada en Primera Instancia: Fallo que Establece la Comaternidad y sus Implicancias en Chile.

Afortunadamente, la jurisprudencia asentada mayoritariamente por las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema no ha puesto coto al avance que en tribunales ordinarios y especiales de primera instancia puede generarse sobre esta materia.

En ese sentido, especial atención merece un fallo que en el año 2020 permitió que el niño que antes identificamos con las iniciales ARD -a quien previamente le fuera rechazado el recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago en autos rol N° 74.926-2017, decisión confirmada por la Corte Suprema el 14 de marzo de 2018, en el ingreso rol N° 971-2018-, lograra obtener la doble filiación maternal que tanto se había buscado.

El procedimiento seguido fue distinto a aquel tradicionalmente utilizado y aquí ya expuesto. Asimismo, el análisis que permitió otorgar la doble filiación maternal se encontró arraigado en el derecho nacional y en las herramientas interpretativas que éste, por sí sólo, ya ofrecía. Finalmente, la parte reclamante presentó un análisis relativo a las consecuencias jurídicas que se seguirían de la indeterminación de la filiación materna del niño ARD, elemento relevante a considerar en los fallos que, a futuro, pudieran replicar esta o cualquier otra estrategia de litigación.

1. La Exploración de una Nueva Vía Procedimental.

Para este caso, el camino procedimental adoptado por las madres que buscaban el reconocimiento de su comaternidad fue distinto a aquel del recurso de protección. Ello, por cierto, no se debe a que dicho mecanismo haya sido considerado inidóneo por las involucradas, sino porque -en su caso-, este fue rechazado ya en el año 2017 por la Corte de Apelaciones de Santiago. Así las cosas, las madres (que gestaron a ARD por medio de técnicas de reproducción asistida), buscaron una segunda alternativa.

En concreto, la madre DG interpuso una acción de reclamación de filiación no matrimonial en contra de su actual conviviente civil, DE, sosteniendo que “la falta de filiación materna infringe el derecho a la familia y su protección, así como el derecho a la

identidad del niño”¹⁰⁰. Dicha acción fue respondida por la demandada, DE, con un completo allanamiento a las solicitudes efectuadas por la reclamante, solicitando en los mismos términos requeridos que se reconociera la filiación materna de ARD.

La particularidad de este camino procedimental descansa en que permite, en primer lugar, la litigación frente a un foro distinto y especializado: a saber, los tribunales de familia. Pero, más importantemente, se trata de una acción cuya sentencia carece de recursos frente a terceros (pudiendo impugnar la resolución sólo las partes), por lo que bastaría con obtener sentencia favorable en dicho tribunal para contar con sentencia definitiva que, posteriormente, habrá de ser reconocida *obligatoriamente* por el Servicio de Registro Civil e Identificación.

2. La Aplicabilidad de la Reforma Introducida por la Ley 19.585.

Ahora bien, en lo que al derecho respecta, la reclamación descansó en un argumento en torno a la correcta interpretación e *integración* de los vacíos existentes en los artículos 33° y 182° del Código Civil. Dicha argumentación comenzó con una exposición de la importancia que habría que reconocer a la Ley 19.585, cuya dictación (basada en una serie de instrumentos internacionales ratificados por Chile), habría tenido como objetivo “garantizar la igualdad entre las personas y la no discriminación en razón de su nacimiento”¹⁰¹. Citando la historia de la ley referida, señala Mauricio Tapia al respecto:

En efecto, el objetivo de la referida Ley fue “sustituir el régimen de filiación actualmente vigente por otro, que termina con las diferencias entre hijos legítimos e ilegítimos y que establece un trato igualitario para todos los hijos, cualquiera sea la situación legal entre sus padres al momento de la concepción”, por cuanto el régimen anterior “transgrede abiertamente el principio constitucional que reconoce y asegura la plena igualdad de todas las personas ante la ley y viola el mandato contenido en la carta fundamental, que expresa que en Chile no se podrán hacer diferencias arbitrarias, ni por ley ni por autoridad alguna”.¹⁰²

Es en virtud de lo anterior que la reclamante sostiene que el objetivo general del régimen de filiación chileno, a partir de la dictación de la Ley 19.585, no sería otro que el establecimiento de una igualdad de derechos de los hijos e hijas, dando paso a “una visión (...) igualitaria, protectora y, en definitiva, pluralista de la familia”¹⁰³. En ese sentido, a partir de dicha modificación legal, el artículo 33° del Código Civil pasó a determinar que

¹⁰⁰ Tapia, Mauricio. (2019). *Informe en Derecho: Procedencia de la acción de reclamación de filiación no matrimonial en el juicio caratulado “Di Giammarino con De Ramón”*, causa RIT C-10028-2019, RUC 19-2-1701951-9, seguido ante el 2° Juzgado de Familia de Santiago, p. 7.

¹⁰¹ Tapia, Mauricio. (2019). *Informe en Derecho: Procedencia de la acción de reclamación de filiación no matrimonial en el juicio caratulado “Di Giammarino con De Ramón”*, causa RIT C-10028-2019, RUC 19-2-1701951-9, seguido ante el 2° Juzgado de Familia de Santiago, p. 12.

¹⁰² Tapia, Mauricio. (2019). *Informe en Derecho: Procedencia de la acción de reclamación de filiación no matrimonial en el juicio caratulado “Di Giammarino con De Ramón”*, causa RIT C-10028-2019, RUC 19-2-1701951-9, seguido ante el 2° Juzgado de Familia de Santiago, p. 14.

¹⁰³ Tapia, Mauricio. (2019). *Informe en Derecho: Procedencia de la acción de reclamación de filiación no matrimonial en el juicio caratulado “Di Giammarino con De Ramón”*, causa RIT C-10028-2019, RUC 19-2-1701951-9, seguido ante el 2° Juzgado de Familia de Santiago, p. 14.

“la ley considera iguales a todos los hijos”, ideal que ha pasado a integrarse como un principio básico de igualdad en los hijos en la doctrina y jurisprudencia de filiación. Asimismo, dicha ley introdujo modificaciones al artículo 182 del Código Civil, señalando que “el padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta”. De acuerdo al profesor Mauricio Tapia, el sentido de dicha reforma decía relación con la *voluntad de acogida* de los padres, desacoplando la necesidad de un matrimonio para la existencia de un vínculo de filiación. Dicha voluntad de acogida no sería otra que la voluntad *procreacional* de quienes se han sometido a una técnica de reproducción asistida, voluntad que operaría como razón suficiente para dar origen a los vínculos de filiación que hubieren de unir a dichos padres con el producto del tratamiento referido.

Así, la parte reclamante reconoció la existencia de un vacío legal en relación la doble maternidad de hijos nacidos producto de técnicas de reproducción asistida, identificando la necesidad de integración por medio de principios transversalmente aceptados por la doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera, para dar con la solución al conflicto planteado. La herramienta de integración planteada fue la integración por analogía, al existir una omisión evidente en la legislación vigente, una situación jurídicamente relevante que requería de solución, una norma semejante que soluciona el problema para casos análogos, a saber, el artículo 182 del Código Civil, y una razón de justicia que haría necesaria dicha integración (*i.e.* el derecho a la igualdad de los hijos, a la identidad y el interés superior del niño).

A continuación, la reclamante sostuvo que podría integrarse el vacío legal por medio de la aplicación de reglas y principios generales del derecho, tales como (i) el principio de igualdad de los hijos, ampliamente consagrado en el derecho doméstico e internacional; (ii) el principio de la libre investigación de la paternidad y la maternidad, o derecho a la identidad; (iii) el interés superior del niño; (iv) el principio de la protección a la familia; y, (v) el principio de la certeza jurídica en las relaciones de familia. De este modo, la reclamación planteó que el derecho chileno ya contaba con las herramientas internas necesarias para dar solución al caso.

3. Las Consecuencias Jurídicas que Conllevaba la Indeterminación de la Doble Maternidad.

Además de preocuparse de la vulneración de los derechos mencionados, la reclamante señaló cuáles serían las consecuencias que la afectarían en caso de que se rechazara la reclamación de maternidad deducida por DG. En este contexto, se señaló que no existiría la posibilidad de ejercer el cuidado personal del menor, como derecho-deber que han de tener los padres de todo niño, así como tampoco sostener una relación directa y regular, situación que afectaría no sólo a la madre reclamante sino también al menor en cuestión. Adicionalmente, se verían afectados una serie de derechos patrimoniales

derivados del estado civil del hijo, como son los derechos de alimentos y los derechos hereditarios respecto de ambas madres, ambos establecidos en exclusivo beneficio del menor.

iv. Comparación Argumentativa entre el Fallo de Primer Grado RIT N° C-10.028-2019, de 8 de junio de 2020 y el de la Corte Suprema, rol N° 33.316-2019, de 20 de julio de 2020.

Como primera gran diferencia entre ambos fallos, llama la atención que la sentencia del 2° Juzgado de Familia de Santiago, sitúa la ilegalidad que se reclama y somete la resolución judicial a una decisión que enmiende dicha cuestión, mediante el examen de efectivo cumplimiento por parte del Estado de diversos principios y derechos que se reconocen en el bloque constitucional, integrado también y, en lo substantivo a la materia, por los tratados internacionales ratificados por Chile.

Así, se hace referencia, entre otros, como derechos fundamentales vulnerados ante la negativa del Registro Civil a inscribir la doble maternidad del niño, al de igualdad y no discriminación, al de interés superior -al desconocerse la protección legal, en relación con la mitad de su pertenencia familiar-, al de identidad -en concreto, el derecho a su identidad familiar-, al de vida privada y familiar, al de integridad física y psíquica y al de certeza y estabilidad jurídica en materia de filiación. Por otro lado, se hace presente, también, que el acto impugnado desconoce la protección oficial a que la propia y particular familia del niño tiene derecho de parte del Estado.

El fallo de la Corte Suprema, en cambio, omite cualquier referencia significativa a la mayoría de los principios precedentemente citados, cuya eventual vulneración tampoco examina. En posición de sus jueces, las reglas y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y sus diversas fuentes, hasta la fecha no han sido consagrados como derechos de manera explícita, la filiación y el estado civil de “hijo” respecto de progenitores del mismo sexo; reconociéndose, además, que la filiación tiene un carácter biológico o legal, incluyendo, en el último caso, a la adopción homoparental.¹⁰⁴

Se asevera en dicha sentencia que en los casos en que un órgano jurisdiccional de los Estados que ratificaron la Convención Americana de Derechos Humanos ha reconocido derechos que no se encuentran explícitamente garantizados en los diversos tratados sobre la materia, lo ha hecho sobre la base de los criterios contenidos en la Opinión Consultiva N° 24/17, cuyo alcance, criterios, obligatoriedad y fuerza vinculante desestima del todo, al señalar, entre otros varios reparos que le formula, que no se trata propiamente de una sentencia emanada de un órgano que ejerce jurisdicción y que, por lo mismo, resulta discutible la potestad de ejecución e imperio en relación con su contenido. Sostiene que se trata, únicamente, de un “llamamiento a los Estados en orden a adecuar su legislación interna a la interpretación que la CIDH hace del Sistema Interamericano de Derechos Humanos...”.

¹⁰⁴ Sentencia de Corte Suprema de 20 de julio de 2020, considerando tercero.

Según la Corte Suprema, “de lo que se trata, en definitiva, es de respetar la vigencia del derecho interno y la seguridad jurídica” y, en este entendido, se resta toda facultad para a través de la interpretación y aplicación del Derecho Internacional, dar solución al conflicto sometido a su conocimiento, por estimar que constituye un asunto que debe ser resuelto a través de la ley “por la institución democrática por antonomasia, esto es, por el Parlamento”.

En un segundo orden de ideas, la sentencia del 2° Juzgado de Familia de Santiago aborda el asunto sometido a su conocimiento estableciendo en primer lugar los hechos que conforman la situación en análisis. De este modo, no es irrelevante a su decisión la existencia de un niño nacido al interior de una familia conformada por dos mujeres, en que la concepción de éste fue fruto de un acto libre y voluntario de ambas progenitoras y el desarrollo emocional, afectivo y material que el mismo ha experimentado durante su existencia como miembro de un grupo familiar.

El fallo de la Corte Suprema, por su lado, omite desarrollar y asentar los hechos que conforman las circunstancias que rodean a los sujetos que requieren tutela jurídica, lo que en definitiva redundaría en que les sea innecesario pronunciarse respecto de los efectos que tales situaciones arrojan, en la práctica, para ellos, respecto del ejercicio y goce de sus derechos fundamentales, atendido el actual estado en que se halla nuestra normativa interna.

Cabe destacar, asimismo, que la sentencia del 2° Juzgado de Familia de Santiago prosigue su razonamiento dando por sentado que la demandante y su hijo, conjuntamente con la demandada, conforman una familia. Asentado lo anterior, se plantea las siguientes interrogantes: ¿al privar de reconocimiento al hijo de ambas, se atenta contra el derecho a la igualdad?; y ¿de qué manera el ordenamiento jurídico nacional protege a esta familia?”. En este orden de ideas, afirma que,

El deber del Estado chileno es otorgar protección, sin discriminación, a todas las formas de familia que existan, y esforzarse por integrarlas a la vida nacional. Para ello, es esencial que el estado civil de un hijo que nace y crece en una familia encabezada por personas del mismo sexo, que han expresado su voluntad de procrear, coincida con su filiación legal y se vea reflejada en sus documentos de identificación.

Como se expresó precedentemente, el fallo de la Corte Suprema no entra siquiera a razonar acerca de los problemas que esboza la sentencia del 2° Juzgado de Familia y lejos de considerar como efectivo que sea deber del Estado “*otorgar protección, sin discriminación, a todas las formas de familia que existan*”, manifiesta que estima cumplidos los deberes contraídos por Chile en el ámbito del Derecho Internacional de DDHH, específicamente, el mandato impuesto por la Corte Interamericana, en relación con el artículo 2° de la Convención Americana de Derechos Humanos, a través de la mera existencia de determinados proyectos de ley, tales como aquel que propicia la adopción de

menores por parejas del mismo sexo, el que habría sido informado favorablemente por la Corte Suprema, y el de matrimonio igualitario -a esa fecha en tramitación pendiente- y, mediante la promulgación de la Ley 21.120, sobre Identidad de Género. Descarta de plano la afectación al interés superior del niño, dado que se encuentran actualmente en discusión parlamentaria los proyectos de ley precedentemente citados.¹⁰⁵

Así las cosas, constatado el vacío legal que la legislación interna ostenta frente al conflicto que se solicita solucionar a la judicatura y, en reconocimiento del principio de inexcusabilidad que la informa, la sentencia del 2° Juzgado de Familia de Santiago resuelve aplicar las normas del Derecho Internacional, como parte del bloque constitucional de derechos fundamentales, realizando una interpretación integradora de la Constitución.

El fallo de la Corte Suprema, de contrario, entiende la filiación únicamente en términos duales (padre-madre) y desecha la afectación de la garantía de igualdad ante la ley o la existencia de una discriminación arbitraria de parte del Estado, dado que, en el actual estado de la legislación interna, una persona no puede tener más de un padre y una madre. Por tanto, agrega en su reflexión, no cuentan los recurrentes con derechos indubitados que merezcan ser tutelados ante dicho tribunal. Si bien, reconoce en el motivo Décimo que el artículo 11 N° 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos prohíbe la discriminación de cualquier índole, asevera en el fundamento Duodécimo que “en el caso de marras no se está en presencia de un acto discriminatorio por parte del Estado, sino antes bien, de una estricta aplicación de la legislación sobre la materia”.

v. Reacciones Adversas al Fallo del 2° Juzgado de Familia de Santiago.

Esta sentencia, por cierto, no estuvo carente de controversias. Por un lado, por ejemplo, el distinguido civilista Hernán Corral señaló que “la sentencia no tiene ningún valor, porque fue un simulacro, igual como nulidades matrimoniales por incompetencia. No entiendo que los que se escandalizaban por ‘juicios’ coludidos hoy celebren juicios de filiación amañados”¹⁰⁶.

En un sentido similar se pronunció el abogado y profesor de Derecho Civil, José María Eyzaguirre García de la Huerta, quien sostuvo que “[l]a sentencia dictada por la señora Magistrada del Segundo Juzgado de Familia de Santiago constituye una grave infracción a las disposiciones del Código Civil que regulan la filiación en caso de maternidad determinada. No existe la posibilidad de dos madres en nuestro Código Civil.”¹⁰⁷

¹⁰⁵ Sentencia de Corte Suprema rol N° 33.316-2019, de 20 de julio de 2020, considerando vigésimo.

¹⁰⁶ “Expertos debaten sobre los alcances del fallo que reconoció dos madres para un niño”, en medio electrónico de diario EMOL, disponible online en: <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2020/06/09/988616/Expertos-alcance-fallo-dos-madres.html> [última visita: 27-08-2020].

¹⁰⁷ “¿Excedió la jueza sus atribuciones al establecer que un menor tiene dos madres?”: Columna de José María Eyzaguirre García de la Huerta llamada “Madre hay una Sola”, publicada en medio electrónico del diario La Terera, disponible online en:

https://www.litoralpress.cl/paginaconsultas/Servicios_NClip/Get_Imagen_Pagina.aspx?LPKey=.U.L.Hf59rz1k.B9e.Bd.Xa.M.W.A.D.We2.Nsc.C.N.Sp.W.Mqmw.W.Ij.Jfj0.%C3%96 [última visita: 27-08-2020].

El debate ha sido, sin duda, álgido, abriendo incluso discusión en torno a la necesidad de adaptar el ordenamiento jurídico chileno a los tratados internacionales, legislando o incluso, quizás, modificando nuestra Constitución, en orden a resguardar los principios y derechos que la sentencia busca proteger. En ese sentido, por ejemplo, se manifiesta la abogada Leonor Etcheberry, quien señala que “el desafío más importante que nos presenta un fallo como el que se dictó, frente al proceso constituyente, es entender que vamos a tener que conversar en un clima de respeto y tolerancia y sobre todo escucharnos y ser capaces de reconocer la sociedad en que vivimos, aunque no sea la que me represente o la que yo quiero”¹⁰⁸. De manera similar, la profesora Fabiola Lathrop ha señalado que “nuestra Constitución, a diferencia de otros textos fundamentales modernos, contiene solo un mandato general de protección y promoción de la familia”, siendo necesario considerar que “una nueva carta fundamental debe contemplar garantías generales y específicas para el ejercicio de los derechos de las personas en sus relaciones de familia”¹⁰⁹.

Sea cual sea la solución finalmente adoptada, las posibilidades que este fallo introduce permiten ser replicadas por otros tribunales, cualquiera sea su jerarquía, logrando al menos para casos de técnicas de reproducción asistida, el reconocimiento de la filiación comaternal o copaternal, según el caso.

vi. Una Sentencia Anterior a la del 2° Juzgado de Familia de Santiago, que ya Había Solucionado un Conflicto Similar de Manera Muy Parecida.

Para ser completamente justos con la jurisprudencia nacional, cabe recordar que el fallo del 2° Juzgado de Familia de Santiago no fue el primero de un tribunal de primera instancia en resolver un conflicto similar de manera positiva, dando lugar a lo pretendido por los actores, para obtener finalmente la inscripción de los hijos de un matrimonio formado por personas del mismo sexo -en este caso dos hombres-, en el Servicio de Registro Civil e Identificaciones, con la individualización de sus dos progenitores.

Esta situación fue conocida por el 7° Juzgado Civil de Santiago y resuelto con fecha 5 de julio de 2017, en los autos rol N° V-248-2016.

Es el proceso de los dos niños a quienes aquí llamaremos en conjunto Kansas, se trataba de los hijos de migrantes norteamericanos que contrajeron matrimonio de acuerdo a la ley de Connecticut en el año 2010, los que fueron adoptados conforme al derecho del Estado de Massachusetts en el año 2012, estos niños se trasladaron con sus padres a Chile en septiembre del año 2014. Procediendo del modo en que indicaba la legislación nacional, inscribieron los padres su matrimonio como Acuerdo de Unión Civil en Chile, sin perjuicio

¹⁰⁸ “¿Qué debates abre el caso de Attilio y sus dos mamás?” en medio electrónico del diario La Tercera, de fecha 19 de junio de 2020, disponible online en: <https://www.latercera.com/reconstitucion/noticia/que-debates-abre-el-caso-de-attilio-y-sus-dos-mamas/SAPALEAVQFCMFAS4YSQWXC7E7Y/> [última visita: 27-08-2020].

¹⁰⁹ “¿Qué debates abre el caso de Attilio y sus dos mamás?” en medio electrónico del diario La Tercera, de fecha 19 de junio de 2020, disponible online en: <https://www.latercera.com/reconstitucion/noticia/que-debates-abre-el-caso-de-attilio-y-sus-dos-mamas/SAPALEAVQFCMFAS4YSQWXC7E7Y/> [última visita: 27-08-2020].

de lo cual, a la hora de pretender la inscripción de sus hijos en el Registro Civil fueron informados de que ésta no podía ser efectuada.

La sentencia que dirimió este conflicto señaló:

El desconocimiento legal del vínculo de paternidad entre sus hijos y su segundo padre, [...], constituye una discriminación arbitraria, se opone al interés superior de los niños, afecta su derecho a la identidad y en definitiva, vulnera sus derechos esenciales y su desarrollo personal y familiar.

De este modo, y remitiendo su razonamiento a las normas de derecho interno pero, además, a aquellas contenidas en tratados y convenios internacionales ratificados por Chile y vigentes en el país, tales como la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el fallo concluye que “no resulta aceptable (...) discriminar a un menor por las características de su nacimiento y tampoco por las condiciones, actividades, opiniones o creencias de sus padres”. Así las cosas, el fallo ordena al Servicio de Registro Civil e Identificación a rectificar las partidas de nacimiento, decisión que no fue finalmente controvertida por el órgano administrativo, sino que cumplida con fecha 26 de junio de 2020.

5. CAPÍTULO IV. Supuestos Legales de Adjudicación del Vínculo Filiativo en Chile.

a. Fuentes de la Filiación en Chile. Nueva Propuesta.

Si bien la Ley 19.585 vino a modificar cabalmente el sistema de filiación del Código Civil, separándola definitivamente del matrimonio, dando paso a una visión, en términos de la profesora Gómez de la Torre Vargas, “individualista, igualitaria, protectora y, en definitiva, pluralista de la familia”¹¹⁰, lo cierto es que aún se razona por la doctrina y la jurisprudencia que la relación filiativa tiene su origen en nuestro país en tres fuentes: una biológica o por naturaleza, otra por aplicación de técnicas de reproducción asistida y otra adoptiva.

Pues bien, estos presupuestos indiscutidos al menos por la mayoría de la cátedra, determinan ciertamente dificultades reales al reconocimiento de la filiación homoparental en Chile.

Postulo una perspectiva distinta. Sugiero observar las cosas tal y como son, desprovistas de definiciones a priori jurídicas o dogmáticas, con la finalidad de esclarecer cuales son y han sido siempre los supuestos de atribución relacional filiativa.

Sostengo que ellos son sólo dos: el origen biológico o por naturaleza y la voluntad procreacional.

¹¹⁰ Gómez de la Torre, Maricruz (2007) *El Sistema Filiativo Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, p. 35.

La filiación biológica, es decir, aquella en que el hijo o hija que nace es producto de la relación sexual de sus padres, está reconocida en nuestra legislación, ya sea que el coito y el posterior nacimiento del niño o niña se produzcan al alero de la institución matrimonial o fuera de él, en los artículos 179 y siguientes del Código Civil.

La filiación por aplicación de técnicas de reproducción asistida, en principio, encuentra su origen en la naturaleza, respecto de la persona que entregue su material genético, para la procreación del niño o niña y en la voluntad procreacional de la otra que participa conscientemente en el tratamiento que lleva a cabo su pareja, precisamente con la finalidad de asumir la calidad de progenitor del ser humano que sea resultado del mismo.

La adopción, regulada en la Ley 19.620, al igual que las figuras del reconocimiento voluntario de filiación no matrimonial y de posesión notoria, previstas en los artículos 186 y 200 del Código Civil, tienen su origen en la voluntad procreacional de quien solicita ser reconocido como el progenitor del niño o niña de que se trate.

Si bien la Ley 19.585 estableció la prevalencia de la verdad biológica como fuente de la filiación, considerando no obstante excepciones en las técnicas de reproducción asistida y en las instituciones de la adopción y de la posesión notoria, sostenemos que luego de la publicación de la Ley 21.400, una exegesis sistemática y teleológica de la normativa interna a la luz de los tratados internacionales suscritos por Chile, que resultan atinentes a la materia, debiese llevarnos a concluir que dicho predominio del factor biológico ha cedido lugar precisamente a la voluntad procreacional, dado que en la relación jurídica entre un progenitor y el hijo, lo fundamental al mejor interés de éste último se encuentra en el cumplimiento real del rol social de la parentalidad, el cual no tiene su origen en la naturaleza, sino que se construye día a día, desarrollando lazos de afecto que son los que realmente forjan el vínculo.

En este mismo sentido, no obstante en conflictos de filiación suscitados entre padres heterosexuales, se ha pronunciado la Corte Suprema en algunos fallos en que ha reconocido que la posesión notoria puede ser formulada hoy en día como acción y ya no sólo como excepción o medio de prueba, como se sostenía en el pasado, afirmando al efecto que “...la filiación se entiende ahora más que como una relación de sangre como una relación jurídica relacionada con el lugar que ocupa una persona en la familia”¹¹¹ y que “si se examina la historia fidedigna de la ley, aparece que la motivación para incorporar la norma contenida en el artículo 201 del Código Civil, fue entregar una herramienta que pudiera contrarrestar tardías acciones de reclamación, a quienes en los hechos hubieren ejercido el rol social de padre o madre, privilegiando esa realidad por sobre la biológica, al revés de lo que proponía el proyecto de ley originalmente en el supuesto de que se impugnare la filiación legalmente establecida a través del reconocimiento por dicho progenitor de hecho. Como ya se señaló, el Código Civil previo a la reforma introducida por la Ley 19.585 ya asumía que la posesión notoria podía constituir una fuente de determinación de la filiación. En efecto, si

¹¹¹ Sentencia de Corte Suprema rol N° 18.213-2019, de 05 de abril de 2022.

se examina con detención el antiguo artículo 271 del Código Civil, se verá que se otorgaba la calidad de “hijo natural” (Nº3) a los que hubieren poseído notoriamente a lo menos durante diez años consecutivos la calidad de hijo respecto de una determinada persona. Por lo que no resulta razonable sostener que la legislación actual, promotora de mayores derechos a los hijos, habría negado la opción que antes le fue reconocida, de ejercer la acción judicial para establecer un determinado estado civil, basado en la posesión notoria, restringiendo su uso a la posibilidad de ejercerla excepcionalmente ante la reclamación de una filiación biológica que no se encuentra determinada, sin que exista ningún fundamento legal que avale dicha postura”.¹¹²

Así las cosas, si asumimos como un cambio de paradigma jurídico que la relación filiativa tiene su origen en nuestro país únicamente en las dos fuentes que refiero, esto es, la biológica y la voluntad procreacional, podríamos contribuir a eliminar las brechas que aún mantienen sesgos de discriminación respecto de los matrimonios y uniones afectivo-sexuales conformadas por personas del mismo sexo.

b. Justificación del Beneficio que Conllevaría Modificar las Fuentes de Filiación en Chile.

Como primera cuestión a reflexionar aparece pertinente recordar que el artículo 102 del Código Civil, tras la modificación de la Ley 21.400 mantuvo como finalidades del matrimonio las de “...vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente”.

Luego, como no pudo escapar al legislador que los matrimonios conformados por personas del mismo sexo y, otros heterosexuales, por razones de edad o de alguna condición física, no pueden biológicamente procrear, debiésemos razonar que mantuvo tal objetivo como uno propio de la institución, porque entendió que la voluntad procreacional es y ha sido siempre una legítima fuente de filiación.

En un segundo orden de ideas, ha llamado nuestra atención que el legislador a través de la misma ley citada, que incorporó el artículo 34 al Código Civil, en el Título Preliminar, párrafo 5, “*Definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes*”, reemplazó los conceptos legales de “padres y madres” de una persona por el de “progenitores, respecto de los cuales se ha determinado una relación de filiación”.

Y resulta curioso en concepto de quien reflexiona sobre el particular, porque la raíz etimológica del concepto progenitor se haya en el latín y es un prefijado sobre *genitor*, *genitoris* (padre o madre). La palabra contiene el prefijo *pro* (hacia adelante) y el sufijo *tor* (agente), junto a la raíz *gen* (engendrar, dar a luz). De este modo, el progenitor es el que hace avanzar el movimiento generativo de la especie engendrando hijos.

Si bien es posible apreciar la dificultad que debieron enfrentar los parlamentarios que elaboraron la Ley 21.400, para elegir la palabra neutra que sustituyese legalmente los conceptos de padre y madre, no puede escapar de nuestro entender que ciertamente

¹¹² Sentencia de Corte Suprema rol Nº 2.696-2020, de 07 de agosto de 2020.

conocieron que la voz progenitor encontraba su origen ligado a la procreación biológica. Luego, su elección debiera llevarnos a pensar que a sabiendas de lo anterior y en conocimiento de que las personas del mismo sexo unidas en matrimonio, tenían impedimentos biológicos absolutos de concebir en conjunto un hijo o hija, el legislador optó por ella, reconociendo tácitamente que la voluntad procreacional es tan legítima o más que la biológica, como fuente filiativa, de manera que a partir de tal conclusión, la certeza de ser la voluntad procreacional una de los dos supuestos que dan origen a la filiación, podemos resolver con mayor facilidad los problemas prácticos que nos plantea la deficitaria técnica jurídica utilizada por la Ley 21.400, en la incorporación y modificación de disposiciones relativas a la materia en el Código Civil.

c. Ejemplos Prácticos de la Aseveración Final que Precede.

1).- El inciso segundo del artículo 180 del Código Civil, en lo que interesa, actualmente estatuye: *“Es también filiación matrimonial la del hijo cuyos progenitores contraen matrimonio con posterioridad a su nacimiento, siempre que la filiación haya estado previamente determinada por los medios que este Código establece respecto de quienes contraen matrimonio, o bien se determine por reconocimiento realizado por ambos progenitores en el acto del matrimonio o durante su vigencia, en la forma prescrita por el artículo 187”*.

A su turno, esta última norma indica: *“El reconocimiento del hijo tendrá lugar mediante una declaración formulada con ese determinado objeto por alguno de sus progenitores o ambos, según los casos:*

1º. Ante el Oficial del Registro Civil, al momento de inscribirse el nacimiento del hijo o en el acto del matrimonio de los progenitores;

2º. En acta extendida en cualquier tiempo, ante cualquier oficial del Registro Civil;

3º. En escritura pública, o

4º. En acto testamentario.

Si es uno solo de los progenitores el que reconoce, no será obligado a expresar la persona en quien o de quien tuvo al hijo.

El reconocimiento que no conste en la inscripción de nacimiento del hijo, será subinscrito a su margen”.

Luego, si bien el supuesto de haberse encontrado determinada la filiación por ambos contrayentes con anterioridad al matrimonio resulta prácticamente imposible en un sistema filiativo binario, que sólo concebía la existencia de un padre y una madre, en el caso de que sólo uno de ellos tuviese previamente determinada la filiación que le vincula a un hijo o hija, careciendo éste de un segundo vínculo filiativo registrado, bien podría el otro/a contrayente efectuar el reconocimiento al que alude el artículo 180, previamente transcrito, el que no podría en caso alguno ser rebatido por el respectivo oficial del Servicio de

Registro Civil e Identificaciones, so pretexto de no poder corresponder tal paternidad o maternidad que se reconoce, a la verdad biológica.

2).- La presunción simplemente legal de paternidad “*pater is est quem nuptiae demonstrant*”, que prevé el artículo 184 del Código Civil, en virtud de la cual se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación judicial de los cónyuges, y que el legislador limitó exclusivamente a los matrimonios formados por cónyuges de distinto sexo, resulta discriminatoria respecto de los cónyuges de igual sexo y, por lo mismo, nos atrevemos a sugerir que debiera ser modificada, eliminando y/o sustituyendo las expresiones que la circunscriben al matrimonio heterosexual, pues como señala la profesora Maricruz Gómez de la Torre:

...si se considera que la justificación de la presunción de paternidad que pesa sobre el marido de la madre se otorga por la fecha cierta que otorga el acto del matrimonio y por la voluntad procreacional que puede inferirse de los cónyuges ante el acogimiento de un niño o niña en la familia, más que por fidelidad sexual o por razones biológicas que les permiten procrear naturalmente, ¿por qué no permitir que esta presunción se haga extensiva a los matrimonios de lesbianas, existiendo matrimonio entre las cónyuges, maternidad de una de ellas y voluntad procreacional de ambas?¹¹³

3).- Respecto de la filiación no matrimonial, el artículo 186 señala: “*La filiación no matrimonial queda determinada legalmente por el reconocimiento de uno de los progenitores, o de ambos, o por sentencia firme en juicio de filiación*”. De este modo, el reconocimiento efectuado por ambos progenitores de un mismo sexo no debiese encontrar resistencia administrativa alguna, en la medida que la declaración de voluntad se efectuó conforme estatuye el artículo 187 del mismo cuerpo legal, pues no puede olvidarse que aun antes de las últimas modificaciones introducidas a la normativa del ramo, esta disposición halló siempre su origen en la voluntad procreacional, especialmente del hombre que manifestaba ser el padre de un niño o niña con paternidad indeterminada, al que jamás se le exigió prueba alguna de carácter biológico que acreditase la filiación que reclamaba.

4).- La filiación por aplicación de técnicas de reproducción asistida se encuentra actualmente atendida en el artículo 182 del citado cuerpo legal, cuyo tenor es el siguiente:

“La filiación del hijo que nazca por la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, quedará determinada respecto de las dos personas que se hayan sometido a ellas.

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

¹¹³ Gómez de la Torre, Maricruz (2023) “Cambios de Paradigma en la Filiación” en *Estudios de Derecho Civil XVI: XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Talca 2022* (Eds. Mondaca, Alexis et al), Editorial Thomson Reuters, p. 5.

Esta norma fue modificada por la Ley 21.400, pues como se sabe, antes señalaba:

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

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

Si bien, se sustituyeron las locuciones “El padre y la madre” y “el hombre y la mujer”, por el concepto de “dos personas”, lo cierto es que la expresión “que se hayan sometido a ellas”, casi idéntico a la anterior, nos hace preguntarnos necesariamente a quienes apunta.

En efecto, en muchas ocasiones, aun tratándose de parejas heterosexuales, alguno de quienes las componen no pueden “someterse” a tales técnicas, pues no aportaran material genético, lo que no significa que no patrocinen económicamente el tratamiento y que el objetivo final del mismo no sea otro que precisamente el hacerse de un hijo o hija.

En el caso de una pareja heterosexual o conformada por dos mujeres, en que sólo uno/a de quienes la componen “se somete” al proceso médico, sea aportando o no su propio material genético, insisto, ¿debe llevarnos a entender que ambos/as se sometieron a la técnica de reproducción asistida?. Mi interrogante no es pueril, pues atiende a una circunstancia real, cual es que, en la práctica, las personas que “se someten” a este tipo de procedimientos de orden biológico resultan en ocasiones ser más de dos y, muchas veces, se trata de individuos distintos de quienes conforman la pareja contratante.

Si bien el espíritu del precepto debiese llevarnos a responder positivamente la interrogante planteada previamente, no es menos cierto que los términos que utiliza no son exactos y que su descripción fáctica es bastante incompleta, situación que abre vacíos que amenazan conflictos futuros.

La voluntad procreacional es la que justifica el vínculo filiativo que se forjará con el hijo o hija que nazca producto del tratamiento reproductivo y, en este sentido, la duda de haber o no concurrido con su voluntad el otro integrante de la pareja -hombre en el caso de una relación heterosexual y mujer en el caso de una relación lésbica-, que no es el que se sometió a la técnica de reproducción asistida, cobra idéntica relevancia, pues es precisamente la voluntad procreacional de uno y otra, la que logrará superar la realidad biológica para mantener de modo irrevocable todos los efectos de la filiación atribuida.

Por lo anterior, considero que el tantas veces mencionado proyecto de ley N° 10.626-07, si bien ha perdido actualmente oportunidad en los términos en que fue planteado, puede servir como base para poner de relieve precisamente los aspectos que una insuficiente reglamentación conllevó en España una serie de conflictos sobre filiación adquirida gracias a este tipo de procedimientos, pero realizados en dicho país en parejas conformadas por dos mujeres, que bien pudieran preverse en Chile de manera igualitaria,

mediante una ley que explicitará al menos la forma y la época, en que el cónyuge o la pareja que biológicamente no se somete a la técnica de reproducción asistida, insisto, sea hombre o mujer, debe manifestar su voluntad procreacional y el conocimiento informado que posee sobre el procedimiento en el que participa su cónyuge o pareja.

No obstante que la maternidad en Chile, conforme prevé el artículo 183 del Código Civil queda determinada, en principio, legalmente por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil, dicha norma dispone en su inciso segundo que *“En los demás casos, la maternidad se determina por reconocimiento o sentencia firme en juicio de filiación, según lo disponen los artículos siguientes”*.

Este último inciso, abre una puerta en casos de maternidad subrogada, hipótesis que actualmente podría entenderse excluida de ser incluida en el supuesto del artículo 182, que lo circunscribe a sólo dos personas, en la medida que el parto se verifique en un lugar particular y alejado de los centros que reúnen el estamento administrativo y en que, no existiendo constancia del parto, dos mujeres efectúen el reconocimiento de filiación no matrimonial que plantea el artículo 186 del Código Civil.

5).- La filiación por aplicación de técnicas de reproducción asistida respecto de cónyuges homosexuales.

Ciertamente la situación de parejas conformadas por dos hombres es la que más dificultad plantea cuando de ser padres se trata.

Atendida la conformación biológica de ambos, requerirán por ahora -los avances de la ciencia posiblemente lleguen a replicar en el futuro las funciones de un vientre materno artificial-, un ovulo y el vientre de una mujer para que al menos, una vez producida la concepción, lleve a término el embarazo y dé a luz al niño o niña. Desde ya, podríamos entender que en este caso podrían incluso participar además de los dos hombres que desean convertirse en progenitores, dos mujeres, una que aporte el ovulo y otra que lleve a puerto el embarazo, previo implante del embrión en su aparato reproductivo.

Efectivamente el artículo 182 excluye a esta hipótesis de ser entendida como incorporada en el supuesto que regula, cuando la limita a *“dos personas que se someten”* a las técnicas de reproducción asistida. Ello nos parece discriminatorio y muy poco razonable.

En efecto, ya hemos dicho que incluso en el caso de parejas heterosexuales o conformadas por dos mujeres, muchas veces uno de ellos “no se somete” físicamente al procedimiento y que el origen de su vínculo filiativo se haya pues, en la voluntad procreacional de ser el progenitor de ese niño o niña, no es posible entender por qué tal voluntad procreacional no podría ser atendida respecto de dos hombres que debiese entenderse “se someten”, precisamente con consentimiento y deseo de convertirse en

progenitores, en un tratamiento que involucrará a más personas que en los demás casos, no se contabilizan para estos efectos.

Es lo que pasa respecto del donante masculino de material genético en el caso de inseminaciones artificiales practicadas a mujeres.

Si bien, las parejas de hombres que realizan este tipo de procedimientos logran que se registre su doble filiación a través de la renuncia de la mujer que da a luz, a sus derechos respecto del niño y, reconocida la paternidad de uno de los hombres, proceda el otro a su adopción por integración, soslayando el trámite de susceptibilidad de adopción o, bien, transcurridos cinco años, reclamando la posesión notoria del estado civil del hijo o hija, estimamos que todos estos trámites no hacen sino imponer a las parejas homosexuales una burocracia irracional, que desconoce la verdadera fuente de su filiación, cual es, su voluntad procreacional, so pretexto de acatar formalmente normas que no cumplen en estos casos la finalidad natural que las originó.

Por otro lado, negar de plano la existencia de la maternidad subrogada en nuestro país, demonizándola bajo el argumento de que las mujeres que la llevarían a cabo serían las de más escasos recursos y de que tal “convención remunerada” adolecería de objeto y causa ilícitas, soslaya absolutamente que tal hipótesis puede darse de modo libre y consentido por amigas o incluso parientes de la pareja -maternidad subrogada altruista-, sin que medie pago alguno, en uso del derecho humano básico de la mujer de poder decidir sobre su salud, su cuerpo y su vida sexual, principio liberal, tan utilizado por quienes se oponen terminantemente al reconocimiento en Chile de la maternidad subrogada, pero contrariamente, también para justificar o legitimar otros temas que sí se les representan “positivos”.

No puede dejar de hacer ruido el hecho de que comprar material biológico masculino aparentemente no tenga reparo moral -aunque dicha retribución económica se enmascare en el concepto de la compensación- y que, por otra parte, no pueda una mujer precisamente por encontrarse fuera del paraguas de la moral social permitida, decidir proporcionar su vientre para engendrar y dar a luz el hijo de una pareja conformada por dos hombres, dos mujeres o un hombre y una mujer.

Creo que una sociedad que cierra los ojos a la realidad y que no enfrenta los problemas en busca de soluciones jurídicas transparentes en mejor interés de todos sus integrantes, sólo desencadena desigualdad entre quienes poseen medios económicos que les abren todas las puertas y quienes no, y precipita de manera inusitada el mal que dice pretender prevenir. En efecto, hoy en Chile para nadie es desconocido que las parejas conformadas por dos hombres y que poseen suficientes recursos económicos que así se les permita, logran ser padres en el extranjero, en países en que existe regulación sobre la maternidad subrogada -Colombia- y, que luego, en nuestro país, obtienen el reconocimiento de su doble paternidad, a través de la adopción por integración o, bien, mediante el reclamo de la posesión notoria del estado civil del hijo o hija.

d. Dogmas Vinculados a la Filiación que Debieran ser Derruidos y Efectos que Podría Conllevar el Reconocimiento de Acuerdos Privados en la Filiación de un Hijo o Hija.

Existen sobre filiación al menos tres dogmas que resultaría conveniente analizar. El primero de ellos es que la maternidad no sería, a priori, renunciable; que la renuncia de la paternidad biológica sólo puede ser válida en la medida que se realice en un centro de reproducción asistida, en calidad de donante anónimo y que una persona no puede, en principio, tener más de dos progenitores.

i.- En lo que atañe a la renuncia a la maternidad, determinada conforme al artículo 183 del Código Civil por el hecho del parto, no resulta explicable que ella se acepte únicamente en el caso de la adopción y que no se la permita en la hipótesis de una mujer que se ofrece a gestar en su vientre al hijo de otras personas. Ya se ha dicho sobre este aspecto que el legislador ha soslayado que esta situación puede darse de modo libre y consentidamente por amigas o incluso parientes de la pareja, sin que medie pago alguno, en uso del derecho humano básico de la mujer gestante de poder decidir sobre su salud, su cuerpo y su vida sexual. Por otra parte, sí se permite que el hombre renuncie a su paternidad mediante la donación de su material genético a centros médicos de reproducción asistida, lo que también resulta, al menos, contradictorio. En Chile no existe normativa que regule la donación de gametos femeninos -óvulos-, pero se sabe extraoficialmente que esto se hace y que, nuevamente, se realiza el procedimiento evadiendo la realidad, procurando la legitimación del mismo, mediante las distintas opciones que otorga la legislación interna. Finalmente, en el contexto normativo interno, el criterio tradicional de determinación de la maternidad se encuentra superado respecto de la pareja mujer de otra de su mismo sexo que se ha sometido a la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, de conformidad a lo previsto en el artículo 182 del Código Civil.

Sin desconocer que resulta del todo evidente que los efectos para la persona que practica la donación de gametos es ciertamente de una envergadura muy menor a aquellos que tendrá que soportar la mujer que consiente en llevar a cabo la gestación del embrión, estimó necesario que en consideración al principio de realidad, que nos obliga a apreciar lo que está sucediendo en nuestra sociedad, por cierto, con claros matices de discriminación de tipo económica, debiera el legislador normar en un breve plazo un acuerdo que contenga las garantías básicas que aseguren a la gestante que voluntariamente y de manera libre e informada ha decidido gestar una vida en favor de terceros, una compensación económica que avalué anticipadamente los perjuicios probables que debiese razonablemente soportar y que premie su desprendida participación en la procreación de una vida, el cual bien podría limitar la legalidad de participar en este tipo de contratos, en más de una o más oportunidades. Este contrato bien podría incluir la renuncia a reclamar a futuro la filiación biológica y cualquier otra estipulación orientada a precaver eventuales conflictos que pudieren suscitarse con posterioridad.

Sostengo también que el legislador debiese reconocer la realidad del vientre subrogado por razones que escapan de las económicas y otorgarle todo valor.

Pareciera también importante que la ley clarificase la situación normativa de la donación de óvulos.

En una vereda distinta, aunque no absolutamente contradictoria con lo planteado por quien escribe esta AFE, acerca de la legitimidad de la disociación entre la gestación y la maternidad, la profesora Maricruz Gómez de la Torre ha señalado:

“No hay derechos absolutos y aquí estamos frente a una colisión de derechos entre los que los individuos o pareja estéril, los de madre sustituta y los del niño o niña. En una ponderación de derechos creo que deber prevalecer los derechos del niño o niña y los de la madre sustituta, por ser los más débiles y vulnerables de la relación.

(...)

Si la naturaleza niega la capacidad de ser fértil, por motivos genéticos o por una enfermedad, no es posible exigir un hijo o hija sin evaluar los derechos de la criatura que nace y de la madre portadora”.¹¹⁴

En la misma línea, el profesor Miguel Cilleros ha sido enfático en señalar también que:

“Los roles parentales no son derechos absolutos, ni meramente poderes/deberes, son derechos limitados por los derechos de los propios niños, es decir, por su interés superior”.¹¹⁵

Sin lugar a dudas, lo expresado por la profesora Gómez de la Torre nos efectúa una exigencia distinta, que en lo que a mí respecta hace fuerza, en particular, en lo que al mejor interés del niño o niña respecta.

“Una pregunta fundamental: ¿Es bueno para los niños o niñas ser producto de una maternidad subrogada? En el Informe del Comité de Ética de España se señala que la respuesta estará condicionada a la valoración que demos al proceso de gestación. Si entendemos que vincular gestación y maternidad constituye una garantía fundamental para la dignidad y desarrollo de un niño o niña, rechazaremos que el Derecho los separe. Por el contrario, si consideramos que la gestación es un simple proceso biológico, que puede separarse de la crianza del hijo o hija tras el nacimiento, sin menoscabo de su dignidad ni de su desarrollo, entonces aceptaremos la maternidad subrogada como una opción reproductiva que, debidamente regulada, puede resultar tan idónea como cualquier otra. La cuestión de fondo consiste en dirimir si es la gestación o la voluntad reproductiva la que proporciona las condiciones más adecuadas para ser padres y

¹¹⁴ Gómez de la Torre, Maricruz, en Larraín, S & G. Guajardo (eds.) (2021) *Niñez y Género: Claves de Comprensión y Acción*, Santiago de Chile: CIDENI, FLACSO-Chile. pp. 147 y 149.

¹¹⁵ Cilleros, Miguel, (2001), “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño”, *ob,cit*, p. 43

asumir la responsabilidad sobre los hijos. (Comité de Bioética de España, 2018, pp.28-29)".¹¹⁶

Con humildad y en razón de la experiencia que me han brindado los años y mi ejercicio profesional, sin desconocer los entramados y complejos vínculos que genera la biología en todas sus dimensiones, creo firmemente que es la voluntad procreacional la que proporcionará, al menos, a quien la posee, las condiciones más favorables al interés superior del niño, para asumir la responsabilidad sobre ese hijo o hija.

ii.- En segundo lugar, en lo que respecta a que la renuncia de la paternidad biológica sólo puede ser válida en la medida que se realice en un centro de reproducción asistida, aclarar desde ya que dicha afirmación encuentra sustento en el inciso segundo del artículo 182 antes citado, en cuanto indica que *“No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta”*.

Es decir, el donante anónimo que percibe una compensación económica por su prestación, no puede impugnar a futuro la filiación determinada de conformidad a dicho precepto, en la medida que ello se haya llevado a cabo en un centro de reproducción asistida.

Sin embargo, sabemos también que existe la inseminación doméstica o autoinseminación, que se practica por lo general en la intimidad del hogar y sin asistencia médica, la cual consiste en que una mujer sola o con una pareja de su mismo sexo, se introduce semen en la cavidad uterina mediante una jeringa. Este material genético masculino se suele obtener por compraventa o donación, bien a través de bancos de gametos extranjeros o de amigos, conocidos e, incluso, extraños.

El problema se produce por el hecho de que la determinación de la filiación no se encontrará amparada por la prohibición que estatuye el inciso segundo del artículo 182 y bien podría ocurrir, que luego de algún tiempo, el donante reclamará su paternidad biológica o, bien, la madre biológica reclama dicha paternidad, con la finalidad de apartar del núcleo familiar a su ex pareja, pese a haber desarrollado esta última un rol social parental relevante en la vida del niño o niña. Lo narrado, pese a no tratarse de una concepción por inseminación doméstica, es muy similar a lo que ocurrió hace algunos años en la causa rol N° 3.034-2015, de la Corte de Apelaciones de Santiago, en que con fecha 28 de marzo de 2016 se conoció de la apelación de la requirente de una medida de protección solicitada en favor de un niño de 13 años, quien nació al interior de una familia compuesta por una pareja de dos mujeres, cuya relación tuvo inicio cuando la madre biológica del niño presentaba dos meses de embarazo. Pese a varias separaciones ocasionales de las mujeres, el niño se mantuvo vinculado a ambas, a quienes reconocía como madres hasta el año 2014, en que la progenitora biológica impidió toda comunicación de este con su ex pareja y, luego, solicitó al padre biológico el reconocimiento de su paternidad, con la única finalidad

¹¹⁶ Gómez de la Torre, Maricruz, en Larraín, S & G. Guajardo (eds.) (2021) *Niñez y Género: Claves de Comprensión y Acción*, ob. Cit. p. 150.

de excluir de la vida del niño a su ex conviviente, quien formuló denuncia de protección por vulneración de derechos del menor que consideraba su hijo, solicitando se le fijara un régimen de relación directa y regular con él. El fallo de primer grado descarto la medida solicitada por estimar la juez a quo que la petición excedía la competencia del Centro de Medidas Cautelares y, por resolución de 4 de abril de 2016, una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago anuló tal decisión y retrotrajo la causa al estado de realizarse una nueva audiencia preparatoria, en el curso de la misma se dispuso en carácter de medida cautelar un régimen de relación directa y regular provisorio de la solicitante con el niño. Apelada esta resolución por los padres no matrimoniales del menor, otra sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, en el ingreso rol N° 1.341-2016, con fecha 6 de junio de 2016 revocó la resolución apelada, teniendo en consideración para ello que en materia proteccional, de acuerdo al inciso final del artículo 22 de la Ley 19.968, sólo es posible decretar las cautelares que expresamente señala el artículo 71 de la misma legislación, entre las que no se cuenta la dispuesta por el tribunal a quo. Francamente, una paradoja que tuvo como víctimas a una madre y su hijo no biológico, quienes luego de trece años de convivencia y de lazos afectivos, no encontraron protección judicial frente a la aplicación de la prevalencia biológica de la filiación y el desconocimiento de la voluntad procreacional de esta madre, manifestada durante toda la vida del niño, y del interés superior de este. El desenlace de esta causa, en que la mayoría de los jueces que debieron conocer de ella, so pretexto de impedimentos de orden formal y de que lo intentado realmente era el establecimiento de un régimen de relación directa y regular, impropio de ser solicitado por vía proteccional, ignoraron que conforme a la normativa interna de la época ello resultaba altamente improbable en la hipótesis en que se encontraba el niño y la mujer a quien conoció como su madre desde que nació y hasta por lo menos los diez años de edad, fue sombrío. Por sentencia de primer grado de 6 de octubre de 2017, se rechazó la medida proteccional, decisión que fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago en los autos rol N° 3.291-2017, el 11 de junio de 2018.

La regulación de los acuerdos de donación de materia genético para inseminaciones domésticas se hace indispensable para evitar situaciones e injusticias como la relatada.

Entre adultos plenamente capaces, la renuncia a la paternidad de un hombre que aportó sus gametos, la que fue asumida por otra persona, merece pleno respeto, sea que esta donación se haya llevado a cabo en un centro de reproducción asistida o en forma doméstica, debiendo priorizarse la voluntad procreacional de quien ha intervenido en la vida del niño desde su nacimiento, más aún cuando lo pretendido por los progenitores biológicos es restar de la vida del menor a quien se ha comportado en dicha calidad desde siempre y al que el niño reconoce como tal, la que por lo mismo constituye un vínculo de filiación deseada, vivida y socialmente relevante.

iii.- Finalmente, en lo que dice relación con el dogma de la biparentalidad, aparece relevante reflexionar que precisamente por el uso cada vez más usual de técnicas de reproducción asistida, fenómeno que responde entre otros factores, al sucesivo retraso de la

paternidad en la vida de las personas en nuestra sociedad, no resultará excepcional que más de dos de las personas que participan activamente o no en tales procedimientos deseen ejercer el rol de progenitores del hijo o hija.

La multiparentalidad, entendida como el modelo de familia en que la parentalidad es ejercida simultáneamente por varios sujetos, conllevará sin duda implicaciones en ámbitos tan diversos como la nacionalidad, los apellidos, el derecho-deber de alimentos y el derecho sucesorio, entre otros.

Pensamos que la multiparentalidad que puede nacer de acuerdos privados reconocidos legislativamente, de modo que ex ante se encuentren regulados todos los aspectos y tópicos que debieran abarcar, podrían conllevar poner de manifiesto en la normativa nacional la existencia de modelos familiares absolutamente coherentes con los que la realidad nos exhibe a diario, por ejemplo, mediante las cada día más comunes familias reconstituidas.

Sin afán de pesimismo, creemos que lamentablemente la realidad se nos adelantará, como hace siempre, a la regulación normativa que se echa en falta, la que ni siquiera es materia aún de debate legislativo o social, y que como de costumbre en nuestro país serán los tribunales de justicia los que deberán ponderar los derechos fundamentales de todos los involucrados y el interés superior de los niños, niñas y adolescentes de que se trate, para en esa perspectiva, resolver los conflictos que se susciten sobre estas materias, como corresponde que lo hagan los órganos jurisdiccionales de un Estado democrático de derecho.

6. CONCLUSIONES.

Asentado, entonces, que las únicas dos fuentes reales de filiación son la biológica o por naturaleza y la voluntad procreacional, considero que la comunidad jurídica debiese abrirse a la posibilidad de que basados precisamente en la importancia de ésta última, dado el compromiso voluntario que comporta la manifestación del deseo de convertirse en el progenitor de un niño o niña con quien se puede no tener una vinculación biológica, se haga posible, en primer término, que los llamados a hacerla, efectúen una interpretación menos literal y más sistemática y teleológica, al amparo de la directrices contenidas en los tratados internacionales suscritos por Chile y con pleno respeto de los derechos fundamentales de los intervinientes y del principio de interés superior del niño, de la normativa interna, a efectos de favorecer el reconocimiento administrativo y judicial expedito de la homoparentalidad.

Si bien la Ley 21.400 puso término al sistema binario que exigía a los padres diversidad de sexo, permitiendo ahora la filiación de dos personas del mismo sexo, mantuvo en dos el número máximo de progenitores que el Estado reconoce a un niño o niña y, en este sentido avizoro, enseguida, que en un futuro cercano será no sólo posible, sino necesario, extender el vínculo filiativo a más de dos personas que deseen y manifiesten formal y voluntariamente su deseo de ser progenitores de un niño o niña.

Tiendo a pensar que siendo la filiación una realidad cultural, atendidos los intempestivos e inimaginados cambios sociales a que nos enfrentamos con una rapidez que, casi siempre, supera la capacidad de reacción institucional, se impondrán en un futuro cercano posiciones que planteen la filiación de más de dos personas respecto de un mismo niño o niña.

La consideración de las diversas técnicas de reproducción asistida, que como he señalado, pueden llevarse a cabo mediante intervinientes vinculados por afectos profundos, que los pueda hacer desear querer compartir la calidad de progenitor del niño o niña en más de dos de ellos; de la realidad que exhiben las familias reconstituidas o compuestas; e incluso de la filiación originada en la adopción, si se reconoce al niño, niña o adolescente su derecho a conocer su identidad y sus raíces, no nos lleva sino a corroborar la apreciación antes enunciada.

Obviamente, este nuevo escenario traerá consecuencias jurídicas de naturaleza patrimonial y personal y, otras, de carácter psicológico y emocional, desconocidas en la actualidad. Por lo mismo, creo necesario plantear desde ya esta utopía, pues debe existir debate que confronte los eventuales beneficios y perjuicios que ella podría conllevar al mejor interés y a los derechos fundamentales del niño o niña y de todos los adultos que se arroguen la calidad de ser sus progenitores.

Los desafíos planteados, demostrarán de seguro otra vez la relevancia de la jurisprudencia en Chile, en materias en que como estas, la legislatura se encuentra considerablemente retrasada y el debate social sigue enfrascado en visiones no-pluralistas sino esencialistas de lo que se entiende moralmente correcto.

Tendrá que ser la jurisprudencia de nuestros Tribunales de Justicia, en un actuar progresista y apegado a las disposiciones vigentes del Derecho Internacional, la que indique, nuevamente, las pautas a seguir a los demás órganos del Estado.

7. BIBLIOGRAFÍA.

a. Doctrina

- Andreu Martínez, María Belén. (2018). “La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido?” en *InDret*, Núm. 2.
- Barber Cárcamo, Roncesvalles. (2014). “Doble maternidad legal, filiación y relaciones paternas” en *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 28, enero-diciembre.
- Bascuñán, Antonio. (2011). “La prohibición penal de la homosexualidad masculina juvenil (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de enero de 2011, Rol N° 1683-2010)” en *Estudios Públicos*, Primavera 2011.
- Böckenförde, Ernst. (1993). “La democracia como principio constitucional”, en *Escritos sobre el Estado de Derecho y de la democracia*, Madrid: Editorial Trotta.
- Fallon, Richard. (2004). *The Dynamic Constitution*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Farnós, Esther, Viejos Dogmas y Escenarios Emergentes de Multiparentalidad: Una Aproximación desde España, en *ISBN 978-956-407-271-5*.
- Gallego, Javier. (2015) “La constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en el derecho estadounidense: Obergefell v. Hodges” en *Anuario de Derecho Público de la Universidad Diego Portales*, N° 7.
- Gil Domínguez, Andrés Fama, María Victoria y Herrera, Marisa. (2006). *Derecho Constitucional de Familia, Tomo I*, Buenos Aires: Editorial Ediar.
- Gómez de la Torre, Maricruz, *Sistema Filiativo. Filiación Biológica*, Santiago: Editorial Tirant lo Blanch.
- Gómez de la Torre, Maricruz, Cambio de Paradigma en la Filiación, en *Estudios de Derecho Civil XVI, XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Talca, 2023*.
- Gómez de la Torre, Maricruz, Posesión Notoria del Estado Civil de Hijo/a como Acción Autónoma.
- Gómez de la Torre, Maricruz, ¿Qué es más Beneficiosos para un Niño o Niña y Asegura Mejor su Derecho a Conocer sus Orígenes, Nacer por Aplicación de una Técnica de Reproducción Asistida o Ser Adoptado?, en *Estudios de Derecho Civil XIV, XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Coquimbo, 2018*.
- Hernández, Gabriel. (2009). *Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo*, Santiago: Editorial Arcis.

- Loughlin, Martin. (2003). *Foundations of Public Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Marshall, Pablo. (2010). “El Estado de Derecho como principio y su consagración en la Constitución Política” en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 17, N° 2.
- Nagel, Thomas. (1969). “Sexual Perversion” en *The Journal of Philosophy*, Vol 66, N° 1.
- Novales, María de Aranzazu, La Filiación de Matrimonio Homosexual en España en el Contexto Europeo, en *Nuevas Orientaciones del Derecho Civil en Europa*.
- Nussbaum, Martha C. (1999). *Sex and Social Justice*, Oxford: Oxford University Press.
- Orellana Benado, Miguel Ernesto. (1996). *Pluralismo: Una Ética del siglo XXI*, Santiago: Editorial Universidad de Santiago.
- Palacios Zuloaga, Patricia. (2006). *La No Discriminación*, Editorial: Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos.
- Rodríguez, María Sara. (2018). “El acuerdo de unión civil en Chile. Aciertos y desaciertos” en *Revista Ius et Praxis*, Año 24, N° 2.
- Sunstein, Cass. (2004). "The Right to Marry" en 26 *Cardozo Law Review* 2081.
- Tapia, Mauricio. (2019). *Informe en Derecho: Procedencia de la acción de reclamación de filiación no matrimonial en el juicio caratulado “Di Giammarino con De Ramón”*, causa RIT C-10028-2019, RUC 19-2-1701951-9, seguido ante el 2° Juzgado de Familia de Santiago.
- Undurraga, Verónica. (2006). “Cultura y diversidad de formas de vida: la homosexualidad” en *Estudios Públicos*, Santiago: Centro de Estudios Públicos.
- Undurraga, Verónica. (2006). “Interés Superior del Niño/a y Tuición de la Madre o Padre Homosexual” en *Revista de Derechos del Niño*, Número Tres y Cuatro.
- Zúñiga, Francisco. (2012). “Comentario a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso ‘Atala Riffo y niñas vs. Chile’, de 24 de febrero de 2012” en *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 1.
- Zurita Martín, Isabel. (2018). “La doble filiación materna: de la imposibilidad a la presunción de maternidad” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N°770.

b. Jurisprudencia norteamericana

- *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).
- *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

- *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972).
- *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).
- *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).
- *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).
- *Lawrence et al. v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).
- *United States v. Windsor*, 570 U.S. 744 (2013).
- *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

c. Jurisprudencia española

- Audiencia Provincial de Valencia, Id Cendoj 46250370102017100890, recurso N° 815/2017, de fecha 27 de noviembre de 2017.
- Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Madrid. Id Cendoj 28079119912022100001, recurso N° 907/2021, de fecha 31 de marzo de 2022.
- SAP Valencia (Sección 10°), 27 de noviembre de 2017, recurso N° 815/2017.
- . SAP Islas Baleares, 31 de marzo de 2014, AC 2014, 654.
- SAP Las Palmas, 16 de mayo de 2016, JUR 2016, 159212.

d. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno

- Tribunal Constitucional de Chile, Rol 1683-10-INA (2011).
- Tribunal Constitucional de Chile, Rol 1881-10-INA (2011).
- Tribunal Constitucional de Chile, Rol 7774-2019 (2020).

e. Jurisprudencia del Poder Judicial chileno

- Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago dictada en recurso de protección N° 74.926-2017.
- Sentencia de Corte de Apelaciones de Valparaíso, para el recurso de protección N°3335-2018.
- Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago dictada en recurso de protección N°14.086-2019.
- Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago dictada en apelación de resolución en autos sobre medida de protección rol N° 3.034-2016.
- Sentencia de Corte Suprema de 20 de julio de 2020, dictada en recurso de protección rol N° 33.316-2019.

- Sentencia de Corte Suprema rol N° 18.213-2019, de 05 de abril de 2022.
- Sentencia de Corte Suprema rol N° 2.696-2020, de 07 de agosto de 2020.

f. Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos

- Declaración Universal de los Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948).
- Convenio Europeo de Derechos Humanos (Roma 4 de noviembre de 1950, enmendado en 1963 y 1966).
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (16 de diciembre de 1966). Decreto N° 326. Publicado en el Diario Oficial de 27 de mayo de 1989.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16 de diciembre de 1966).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”. (22 de noviembre de 1969). Decreto N° 778. Publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989.
- Declaración de los Derechos del Niño (20 de noviembre de 1959).
- Convención de los Derechos del Niño (20 de septiembre de 1990). Decreto N° 830. Publicado en el Diario Oficial de 27 de septiembre de 1990.
- OBSERVACIONES GENERALES (Comité de Derechos del Niño).
- NACIONES UNIDAS Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 sobre El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, 2011.
- NACIONES UNIDAS Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12 sobre El derecho del niño a ser escuchado, 2009.