



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

**FILIACIÓN HOMO LESBO PARENTAL:
DERECHOS Y OBLIGACIONES DENEGADOS**

Tesis para optar al Grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y
Sociales

GABRIELA CABEZAS ESPINOZA
JAVIERA FERRAT PIZARRO

Profesora Guía: Laura Albornoz

Santiago, Chile 2018

AGRADECIMIENTOS

Agradecemos a Claudia Amigo, Karen Atala y Kena Lorenzini por las entrevistas realizadas.
A la Fundación Iguales y ProGay por las recomendaciones bibliográficas.

A Laura Albornoz por su guía constante en este trabajo.

A nuestras familias y amigos por su apoyo a lo largo de nuestra carrera.

Gabriela Cabezas Espinoza y Javiera Ferrat Pizarro

ÍNDICE DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	1
1. Objetivo General.....	2
2. Objetivos Específicos.....	3
3. Motivación	3
4. Hipótesis	3
5. Metodología	4
CAPÍTULO I PERSONAS LGBTI EN EL MUNDO Y EN CHILE.....	7
1.1. Conceptos generales.....	7
1.1.1. Sexo.....	7
1.1.2. Orientación sexual.....	8
1.1.3. Heterosexualidad	10
1.1.4. Bisexualidad	10
1.1.5. Homosexualidad.....	10
1.1.6. Intersexualidad	10
1.1.7. Género.....	11
1.1.8. Identidad de Género.....	12
1.1.9. Expresión de Género	12
1.1.10. Transexualidad.....	13

1.1.11. Transgénero	13
1.1.12. Travestismo	13
1.1.13. Homo lesbo parentalidad	13
1.2. Historia de las personas LGBTI a nivel comparado	14
1.2.1. Realidad de las personas LGBTI y familias homo lesbo parentales en Argentina	17
1.2.2. Realidad de las personas LGBTI y familias homo lesbo parentales en Reino Unido	23
1.2.3. Realidad de las personas LGBTI y familias homo lesbo parentales en España	28
1.3. Historia de las personas LGBTI en Chile	33
1.4. Análisis comparado.....	37
CAPÍTULO II EL SISTEMA DE FILIACIÓN CHILENO Y SU APLICACIÓN A LA FAMILIA HOMO LESBO PARENTAL.....	45
2.1 Marco normativo de la filiación en Chile	45
2.1.1. Filiación por naturaleza determinada.....	48
2.1.2 Filiación adoptativa.....	49
2.1.3 Determinación de la filiación	49
2.2 Sistema de filiación chileno aplicado a la familia homo lesbo parental	52
2.2.1. Filiación determinada por naturaleza.....	52
2.2.2. Filiación adoptativa.....	52

2.2.3. Técnicas de reproducción asistida.....	54
2.2.4. Amplitud probatoria	55
CAPÍTULO III PERSONAS LGBTI Y LA FAMILIA HOMO LESBO PARENTAL EN CHILE	57
3.1 Homosexualidad y Homo lesbo parentalidad	58
3.2 Antecedentes legislativos del reconocimiento de la familia homo lesbo parental. 62	
3.2.1. Primeros avances.....	62
3.2.2. Acuerdo de Unión Civil.....	67
3.2.3. Proyectos de ley en tramitación.....	71
3.3 Antecedentes jurisprudenciales del reconocimiento de la familia homo lesbo parental	72
3.3.1. El Caso Atala.....	73
3.3.2. C.P.W. con A.G.L.....	77
3.3.3. Caso de Elías Bermúdez Garrido	78
3.3.4. Recurso de protección Jiménez Pérez, Rolando con Van Rysselberguer Herrera y otros	80
3.3.5. Caso Gabriela Amigo	83
3.3.6. Caso de Magaly Zamorano.....	84
3.3.7. Cuidado provisorio a J.D.C.	85
3.3.8. Fallo Corte Suprema de 23 de mayo de 2017.....	86
3.3.9. Caso Emma de Ramón y Gigliola Di Giammarino	87

3.4 Consideraciones finales	89
CAPÍTULO IV DERECHOS Y OBLIGACIONES EN LAS FAMILIAS HOMO LESBO PARENTALES.....	91
4.1 Derechos y Obligaciones en la legislación interna	91
4.1.1 Efectos personales de la filiación: la autoridad paterna	92
4.1.2 Efectos patrimoniales de la filiación: la patria potestad.....	99
4.1.3 Derecho de alimentos	101
4.1.4 Derechos hereditarios	102
4.2 Derechos y Obligaciones a nivel internacional.....	103
CAPÍTULO V PROPUESTAS DE SOLUCIÓN.....	115
5.1 Incorporación de la filiación homo lesbo parental autónomamente	115
5.3 Cuerpos legales a reformar	121
CONCLUSIONES.....	129
BIBLIOGRAFÍA	133
ANEXO	147

Resumen

Este trabajo es un estudio de la realidad de los hijos de las familias homo lesbo parentales, especialmente en el ordenamiento jurídico chileno. Siendo necesario ver si los cambios legislativos que se han dado buscando adecuar el Derecho a la nueva realidad de la sociedad han sido suficientes y pertinentes.

Así, el objetivo de esta tesis es analizar la discriminación de la cual son víctimas los hijos de parejas del mismo sexo debido a que la legislación chilena no permite que sean reconocidos por ambos progenitores, lo cual lleva a que vean afectados sus derechos a la no discriminación, protección de su interés superior, respeto a los derechos y deberes de los padres.

Con ese fin, se ha realizado un análisis crítico de la realidad actual de los hijos de familias homo lesbo parentales en Chile, complementándolo con el estudio de casos particulares en que familias han visto afectados sus derechos, además de realizar un estudio comparativo, al revisar la legislación pertinente de países como Argentina, Reino Unido y España.

Todo lo anterior, ha llevado a criticar los avances legislativos y jurisprudenciales de Chile respecto al tema en comento, ya que ha presentado un progreso lento e insuficiente, que no asegura el bienestar de todos los niños, niñas y adolescentes.

Palabras claves: Homo lesbo parentalidad – Filiación – Derechos - Obligaciones – Discriminación

Abstract

This work is a study of the reality of the children of homo lesbian parental families, focusing in the Chilean legal system. It's necessary confirm if the legislative changes to adapt the law to the new reality have been sufficient and suitable.

Thus, the goal of this thesis is analyze the discrimination that suffered by children of same sex couples that stems from the impossibility of being recognized for both parents in the

Chilean legislation, which leads to their rights of no discrimination, protection to their best interest, respect to the rights and responsibilities of the parents, being affected.

With that end in mind, a critical analysis of the current reality of the children of homo lesbian parental families in Chile has been made, complementing with a study of cases in which families has been affected in their rights, as well as a comparative study, reviewing the legislation on the matter of countries such as Argentina, United Kingdom and Spain.

All of the above has led to criticize the legislation and case-law in Chile about this subject, because it has been a slow and insufficient progress, which fails to assure the well-being of all children.

Keywords: Homo lesbian parental – Filiation – Rights – Responsibilities – Discrimination

INTRODUCCIÓN

La familia no es definida por el ordenamiento jurídico chileno, pero si es considerada por la Constitución Política como el núcleo fundamental de la sociedad, y es inevitable que surja la duda de a qué tipo de familia se refiere la carta fundamental.

Durante las últimas décadas la legislación nacional se ha ido adecuando progresivamente a diversos estándares internacionales, con miras a la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes, ello responde a una evolución sustancial en el paradigma de protección, según la cual transitaron de ser sujetos sin protección alguna, a objetos de protección especial pero limitada, para llegar finalmente a ser reconocidos como sujetos de derechos y obligaciones. En ese tránsito para elevar los estándares de protección, la Ley N° 19.585 del año 1998, entendida como una de las leyes más importantes de reforma del Código Civil¹ modificó la discriminatoria legislación nacional existente a nivel de derecho de familia, eliminando la distinción entre filiación legítima, natural e ilegítima; sin embargo no prescindió de la distinción entre filiación matrimonial y no matrimonial.

La igualdad de derechos para los hijos que consagró dicha ley no tiene un alcance absoluto, ya que actualmente hay una discriminación sustancial entre hijos de padres heterosexuales e hijos de progenitores del mismo sexo. Los hijos de familias homo lesbo parentales se ven vulnerados en sus derechos de no discriminación, interés superior del niño y deberes y derechos de los padres. La causa de lo anterior es que el Estado de Chile no permite que sean reconocidos por ambos progenitores, teniendo que optarse por el reconocimiento de solo uno de ellos, poniendo una barrera al otro padre o madre que quiere reconocerlos, criarlos y educarlos. Estos hijos no tienen siquiera limitados derechos como ocurría como los hijos naturales o simplemente ilegítimos, sino que para la legislación nacional su situación simplemente no está contemplada, reconociéndolos como hijos de una familia monoparental, causando una grave discriminación y un vacío legal en la legislación civil.

En el ámbito nacional se ha rechazado legislar, principalmente, por razones de orden moral, mientras a nivel internacional las parejas del mismo sexo pueden adoptar en veintiséis

¹ RAMOS PAZOS, R. (1999). *Análisis crítico de la ley n° 19.585*, Revista de Derecho, Vol. X. p. 134.

países. Cada día adquiere mayor relevancia la discusión sobre las uniones civiles, el matrimonio igualitario y el fin a la discriminación por la orientación sexual, y en ese contexto es que no puede ser ignorada la realidad de los hijos de familias homo lesbo parentales, y cómo la legislación nacional puede hacerse cargo de su situación, entregando las herramientas necesarias para que no queden a la deriva jurídica.

En esa línea nos enfrentamos con una sociedad como la chilena, la cual apoya el matrimonio igualitario en un 36%², mientras a nivel comparado países como Reino Unido y Argentina ya lo reconocieron legalmente. El punto es, más allá de que se esté o no de acuerdo con el matrimonio igualitario, no es posible ignorar la realidad de los hijos e hijas de esas familias. Cuando Chile no reconoce la situación de los padres o madres, está ignorando sus realidades familiares, y también vulnerando sus deberes y derechos como padres con sus hijos, su derecho a la no discriminación e interés superior del niño. No se puede desconocer que en la actualidad hay niños, niñas y adolescentes viviendo en esta situación de desprotección, en la cual, si sus padres se separan quedan sin poder acceder a garantías mínimas como pensión alimenticia, o si muere uno de ellos solo podrá tener derechos hereditarios en caso de que ese padre o madre haya sido el que lo reconoció; no tendrán los mismos derechos en el pre y pos natal, y en caso de una emergencia médica, solo aquel que lo reconoció podrá decidir qué hacer al respecto.

La situación de los hijos de familias homo lesbo parentales va más allá de un mero desconocimiento legal, es una discriminación con la que tendrán que vivir todos los días de su vida que va más allá de efectos patrimoniales, en cuanto es el mismo Estado chileno que les está diciendo que su realidad no es normal, y por ello no merecen protección.

1. Objetivo General

Se busca analizar el régimen de filiación chileno, como se produce una discriminación respecto de las familias homo lesbo parentales que no permite garantizar los derechos y deberes de los padres, el derecho a la no discriminación y al interés superior del niño, derechos fundamentales reconocidos por la Convención Internacional de Derechos del Niño.

² CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS. (29 de octubre de 2013) Encuesta CEP. 16 de junio de 2014 de CEP Chile Sitio web: http://www.cepchile.cl/dms/archivo_5388_3457/encuestaCEP_sep-oct2013.pdf.

2. Objetivos Específicos

- Analizar la realidad de las personas LGBTI y las familias homo lesbo parentales en algunos países del mundo y en Chile.
- Revisar el sistema de filiación chileno.
- Analizar la situación actual chilena en materia de reconocimiento de los derechos de los hijos de familias homo lesbo parentales, en términos sociales, legislativos y jurisprudenciales.
- Revisar los derechos y deberes entre padres e hijos que se ven afectados por la falta de reconocimiento.
- Plantear diversas propuestas de solución, revisando los cuerpos legales que requieren ser reformados.

3. Motivación

Decidimos realizar nuestro trabajo sobre este tema, debido a que en el último tiempo los derechos de los niños y niñas se han consolidado como objeto de protección a nivel internacional. Con todo, hay una serie de ámbitos en los cuales se necesita una protección especial, ya que muchas veces se pueden ver vulnerados en sus derechos más básicos; como el derecho a no ser discriminado por la condición, actividades, opiniones o creencias de sus padres. En ese sentido hemos observado que el Estado chileno ha optado por mantener un margen de desprotección para los hijos de familias homo lesbo parentales, al no permitir que sean reconocidos por ambos progenitores.

La importancia de este tema se encuentra radicada en la protección que merecen todos los niños y niñas, sin importar quienes sean sus padres, y la garantía que se le debe dar a sus derechos fundamentales, dado que Chile, al ser un Estado parte de la Convención de los Derechos del Niño, se comprometió a asegurarlos y respetarlos.

4. Hipótesis

Los hijos de parejas del mismo sexo solo pueden ser reconocidos por uno de sus progenitores, lo cual trae como consecuencia un menoscabo directo a sus derechos

fundamentales de no discriminación, interés superior del niño y derechos y deberes de los padres en relación a sus hijos.

Lo que se pretende hacer es proporcionar una investigación pormenorizada de la filiación en familias homo lesbo parentales, entendiendo que es un área que puede integrarse a la legislación ya existente respecto a la familia en el Código Civil, sin tener como presupuesto único y necesario el matrimonio, ya que se busca dar una solución enfocada a la discriminación que sufren los hijos de dichas familias, y no necesariamente la pareja.

5. Metodología

El tipo de investigación utilizada es la no experimental, debido a que se analizara la realidad de las familias homo lesbo parental en Chile y en ordenamientos de otros países. Específicamente se realiza una investigación documental, ya que las principales fuentes son documentos, jurisprudencia y doctrina para analizar el problema y las posibles formas de solución.

Por otra parte, en cuanto al nivel de investigación, este será correlacional, ya que es importante analizar exhaustivamente dos variables, por un lado la falta de reconocimiento por parte de uno de los progenitores y, como consecuencia de lo anterior, la vulneración de derechos fundamentales de los hijos de estas familias.

El paradigma de investigación es el socio-crítico, ya que a través de la investigación sobre la condición de las familias homo lesbo parentales en Chile se busca producir un cambio social, estableciendo la necesidad de una transformación de la sociedad con el fin de terminar cualquier tipo de discriminación hacia los niños, niñas y adolescentes.

Los métodos a utilizar son:

- Método Analítico. Haciendo un análisis crítico de la realidad de los hijos de familias homo lesbo parentales en Chile.
- Método inductivo. Estudiando casos particulares de familias homo lesbo parentales que han visto vulnerado sus derechos y como esto afecta a la sociedad en general, pasando a llevar los derechos de los niños y niñas que merecen especial protección.

- Método comparativo. Se analizan las diferencias y semejanzas con los ordenamientos de Argentina, Reino Unido y España, además de mencionar avances que han tenido otros países.

6. Organización del trabajo

La presente tesis hace un estudio extensivo de las familias homo lesbo parentales en Chile y el mundo, organizándose de la siguiente forma:

a) Capítulo I: Personas LGBTI en el mundo y en Chile

Este capítulo comienza estableciendo los conceptos generales que resultan medulares para un adecuado y comprensivo estudio de las personas LGBTI. Lo cual resulta base para revisar la historia que han vivido en Chile y en países como Argentina, Reino Unido y España.

b) Capítulo II: El sistema de filiación chilena y su aplicación a la familia homo lesbo parental

En este apartado se revisa el sistema filiativo del ordenamiento jurídico nacional, viendo las diversas formas en que puede ser determinada, y cómo es posible su aplicación a la familia homo lesbo parental.

c) Capítulo III: Personas LGBTI y la familia homo lesbo parental en Chile

En este capítulo se hace un trabajo de análisis de avances legislativos y jurisprudenciales en cuanto al reconocimiento de la familia homo lesbo parental. Para ello se analizan diversos proyectos de ley y leyes que se han generado en el último tiempo, y también se revisan los fallos más relevantes respecto al tema.

d) Capítulo IV: Derechos y obligaciones en las familias homo lesbo parentales

En este apartado se revisan los derechos y obligaciones que establece la legislación interna y la internacional respecto a los progenitores y sus hijos, y como estos se ven afectados en las

familias homo lesbo parentales por la imposibilidad de reconocimiento de ambos padres o madres.

e) Capítulo V: Propuestas de solución

Finalmente, tras el estudio de los diversos matices del problema, se realizan propuestas de solución posibles en el ordenamiento chileno, con un énfasis en los cuerpos legales que es necesario reformar con tal de asegurar el respeto a los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes sin discriminación alguna.

CAPÍTULO I PERSONAS LGBTI EN EL MUNDO Y EN CHILE

¿Qué identifica a las personas LGBTI y cuál ha sido el tratamiento de sus distintos aspectos a nivel internacional y en Chile?

El objetivo específico de este capítulo es establecer una serie de conceptos generales en relación con la diversidad sexual y de género, para luego ver cómo ha evolucionado su tratamiento a nivel internacional y en Chile, especificando como ha afectado al reconocimiento de la familia homo lesbo parental en diversos países.

Para cumplir este objetivo, es necesario entender cómo se ha llegado, a nivel internacional, al reconocimiento de parejas homosexuales y su derecho a formar una familia. Si bien no es el objetivo de este trabajo estudiar la evolución de la homosexualidad en la historia, si parece ser relevante dicho contexto para analizar la realidad comparada con la chilena.

1.1. Conceptos generales

Con el fin de lograr una aproximación técnica correcta, es primordial iniciar estableciendo los términos adecuados y la razón de ellos, para no incurrir en errores conceptuales que perjudiquen el estudio del tema.

1.1.1. Sexo

El concepto de sexo ha sido tomado generalmente desde una perspectiva biológica haciendo referencia a la diferenciación entre hombre y mujer en sus características fisiológicas, también es entendido como la construcción biológica que se refiere a las

características genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas sobre cuya base una persona es clasificada como macho o hembra al nacer³.

A nivel sociológico se ha intentado expandir el espectro del sexo hacía una perspectiva más integradora, partiendo en 1949 con Simone de Beauvoir quien desafía esta concepción parcializada del sexo señalando que no se nace mujer: llega una a serlo⁴, y en esta misma línea se pronuncian Ortner y Whithead señalando que los aspectos naturales del género, y los procesos naturales del sexo y la reproducción, son sólo un telón de fondo, sugerente y ambiguo, de la organización cultural del género y la sexualidad⁵.

El Comité de Naciones Unidas que hace un monitoreo del cumplimiento de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), estableció que el término sexo se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer⁶. En el mismo sentido se pronuncia la ONU señalando que cuando se habla de diferencias biológicas entre las personas, se utiliza normalmente el término sexo⁷.

1.1.2. Orientación sexual

Hace referencia a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, de su mismo género o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con personas⁸.

³ INSTITUTE OF MEDICINE (Instituto de Medicina de las Academias Nacionales de Ciencias de los Estados Unidos de América). (2011). *The Health of Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender People: Building a Foundation for Better Understanding*. 21 de marzo de 2017, de The National Academies Press. Sitio web: http://books.nap.edu/openbook.php?record_id=13128&page=32.

⁴ BEAUVOIR, S de. (1981). *Le deuxième sexe*. Trad. Esp. *El segundo sexo*. Buenos Aires: Editorial Siglo Veinte. p. 13.

⁵ MCDOWELL, L.. (2000). *Gender, Identity and Place, Understanding feminist geographies*. Madrid: Editorial Cátedra. p. 30.

⁶ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. (16 de diciembre de 2010). *Recomendación general N°28 relativa al artículo 2 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*. CEDAW/C/GC/28, párr. 5.

⁷ SEMINARIO GALEGO DE EDUCACIÓN PARA LA PAZ. (2006). *Educación emocional y violencia contra la mujer*. Madrid: Editorial Los libros de la Catarata. pp. 115 - 117

⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2006). *Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*, p. 6, nota al pie 1. En *Orientación sexual, identidad de género y*

Se refiere a un duradero patrón de atracción emocional, romántica y/o sexual hacia hombres, mujeres o ambos sexos. También se refiere al sentido de identidad de una persona basado en esas atracciones, que identifican comportamiento y afiliación en una comunidad de otros que comparten esas atracciones. Existen diversos rangos: desde una exclusiva atracción al otro sexo hasta una exclusiva respecto del mismo sexo. Se le suele distinguir en 3 categorías:

Heterosexual: tener atracción emocional, romántica o sexual hacia miembros del otro sexo.

Gay/lesbiana: tener atracción emocional, romántica o sexual hacia miembros del propio sexo.

Bisexual: tener atracción emocional, romántica o sexual tanto hacia hombres y mujeres.

La orientación sexual se distingue de otros componentes del sexo y el género, incluyendo el sexo biológico (características anatómicas, fisiológicas y genéricas asociadas con ser hombre o mujer), identidad de género (el sentido psicológico de ser hombre o mujer) y rol de género social (normas culturales que definen comportamientos femeninos y masculinos).

La orientación sexual se ve normalmente como una característica de un individuo, tal como sexo biológico, identidad de género o edad. Pero esa es una perspectiva incompleta, porque la orientación sexual se define en términos de relaciones con otros. Se expresa a través de comportamientos con otros, incluyendo acciones tan simples como tomarse de las manos, besarse, etc. Así, la orientación sexual, está atada a las relaciones personales íntimas que responden a profundas necesidades de amor, apego e intimidad. En adición a comportamientos sexuales, estos lazos incluyen afecto físico no sexual entre parejas, como compartir metas y valores, apoyo mutuo y compromiso. Por tanto la orientación sexual no es meramente una característica personal dentro de un individuo. Sino que, la orientación sexual propia define el

expresión de género: algunos términos y estándares relevantes, elaborado en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11): Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género.

grupo de personas en el cual uno, mas probablemente, encontrara relaciones románticas satisfactorias que son un componente esencial de la identidad personal de muchas personas.⁹

1.1.3. Heterosexualidad

Hace referencia a la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo y a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas¹⁰.

1.1.4. Bisexualidad

Hace referencia a la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, y de su mismo género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.¹¹

1.1.5. Homosexualidad

Hace referencia a la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de su mismo género y a mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.¹²

1.1.6. Intersexualidad

Todas aquellas situaciones en las que el cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al *standard* de corporalidad femenina o masculina culturalmente vigente.¹³

Es una variedad de condiciones que llevan a un desarrollo atípico de las características físicas del sexo, a las que se les denomina “condiciones intersexuales”. Estas condiciones

⁹ AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION. (2008). *Answers to your questions: For a better understanding of sexual orientation and homosexuality*. Washington, DC. 07 de junio de 2017. Sitio web www.apa.org/topics/lgbt/orientation.pdf.

¹⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2014). *Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes*. P. 6.

¹¹ (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2014, p 6).

¹² (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2014, p 6).

¹³ CABRAL, M. & BENZUR, G. (2005). *Cuando Digo Intersex. Un diálogo introductorio a la intersexualidad*. 25 de marzo de 2017. Sitio web: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332005000100013.

pueden incluir anomalías de los genitales externos, en los órganos reproductivos internos, cromosomas sexuales, u hormonas relacionadas con el sexo.

“Intersexo” fue originalmente un término médico que luego fue acogido por algunas personas intersexuales. Muchos expertos y personas con condiciones intersexuales han recomendado recientemente adoptar el término “desorden del desarrollo del sexo” (DSD sigla por el término en inglés “disorder of sex development”). Al ser un término más preciso y menos estigmatizante.¹⁴

1.1.7. Género

Robert Stoller señaló en 1968 que el género es un término que tiene connotaciones psicológicas y culturales más que biológicas, siendo los términos adecuados a los seres humanos los de masculino y femenino y los que pueden ser bastante independientes del sexo biológico¹⁵, en esta misma E. F. Keller señala que el género es una construcción psico-social de naturaleza relacional, que no se identifica con la condición humana de nacer sexuado, aunque hunde sus raíces en ella, estableciéndose entre ambos conceptos múltiples dependencias¹⁶. Nelly Stromquist haciendo una crítica definió sistema de género como la construcción social y política de un sistema que crea diferencias entre hombres y mujeres simplemente en virtud del sexo.¹⁷

La Organización de Naciones Unidas ha recogido el concepto señalando que los distintos papeles sociales que las personas pueden desempeñar son fenómenos normativos. Cuando una sociedad concreta establece un conjunto de normas diferenciadas por razón de sexo se le da a éste la denominación de género. Este concepto hace referencia, por tanto, a las diferencias socialmente construidas entre los sexos, entre lo masculino y lo femenino, y a las relaciones entre ambos, situando históricamente a las mujeres en situaciones de subordinación. Todo ello

¹⁴ AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION. (2006). *Answers to your questions About: Individuals With Intersex Conditions*. 7 de junio de 2017. Sitio web: <http://www.apa.org/topics/lgbt/intersex.pdf>.

¹⁵ STOLLER, R. (1968). *Sex and gender*. Science House, New York: Hogarth Press and Institute of Psychoanalysis: London.

¹⁶ KÉLLER, E. F. (1994). *El sistema género/ciencia: o ¿es el sexo al género lo que la naturaleza es a la ciencia?*. Centro de Estudios y Documentación (eds.), La mujer y la ciencia. Cuadernos para el debate- Instituto de la Mujer Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid. Citado por Ester Barberá, p. 25.

¹⁷ STROMQUIST, N. (2006). *La construcción del género en las políticas públicas. Perspectivas comparadas desde América Latina*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos. 1º Edic.

está ligado a características que tienen que ver con la cultura, con las ideologías y con los procesos de socialización.¹⁸ El Comité de Naciones Unidas que monitorea el cumplimiento de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) también ha hecho referencia al concepto y establecido que se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas¹⁹.

Se refiere a las actitudes, sentimientos y comportamientos que una cultura dada asocia con el sexo biológico de una persona. El comportamiento que es compatible con las expectativas culturales se denomina género-normativo; el comportamiento que se mira como incompatible con esas expectativas constituye no-conformidad de género.²⁰

1.1.8. Identidad de Género

La vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales²¹

1.1.9. Expresión de Género

Manifestación externa de los rasgos culturales que permiten identificar a una persona como masculina o femenina conforme a los patrones considerados propios de cada género por una determinada sociedad en un momento histórico determinado²².

¹⁸ (SEMINARIO GALEGO DE EDUCACIÓN PARA LA PAZ. 2006. pp. 115 – 117).

¹⁹ (COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, 2010).

²⁰ AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION & NATIONAL ASSOCIATION OF SCHOOL PSYCHOLOGISTS. (2015). *Resolution on gender and sexual orientation diversity in children and adolescents in schools*. 07 de junio de 2017 de APA Sitio web: <http://www.apa.org/about/policy/orientation-diversity.aspx>.

²¹ (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2006, p. 6).

²² ALCARAZ, R & A. (2008). *El derecho a la no discriminación por identidad y expresión de género*. Textos del caracol, núm. 4. Dante núm. 14, CONAPRED. p. 6. Véase también Comisión Internacional de Juristas, Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos (2009), Guía para Profesional No. 4, p. 23.

1.1.10. Transexualidad

La palabra transexual hace referencia a las personas cuya identidad de género es diferente de su sexo asignado. Las personas transexuales se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y que optan por una intervención médica –hormonal, quirúrgica o ambas– para adecuar su apariencia física–biológica a su realidad psíquica, espiritual y social²³. Este proceso de transición a través de intervenciones médicas generalmente es conocido como reasignación de sexo o género, pero más recientemente también se lo denomina afirmación de género²⁴.

1.1.11. Transgénero

Define a personas cuya identidad de género, expresión de género o conducta no se ajusta a aquella generalmente asociada con el sexo que se les asignó al nacer²⁵. Una persona trans puede construir su identidad de género independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos²⁶.

1.1.12. Travestismo

Son aquellas personas que expresan su identidad de género -ya sea de manera permanente o transitoria- mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes del género opuesto al que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico.²⁷

1.1.13. Homo lesbo parentalidad

El concepto homo lesbo parentalidad fue creado en Francia en 1977 para denominar aquella relación familiar que se da cuando un adulto identificado como homosexual es al mismo tiempo padre de un menor²⁸. Familia homo lesbo parental es aquella en que una pareja

²³ (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2014, p. 7).

²⁴ AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION. (2002). *Respondiendo tus preguntas sobre las personas trans, identidad de género y expresión de género*. 29 de mayo de 2015. Sitio web: <http://www.apa.org/topics/lgbt/transgender.aspx>

²⁵ (AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION, 2002).

²⁶ (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2014, p. 7).

²⁷ (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2014, p. 7).

²⁸ GROSS, M. (2012). *Qu'est-ce que l'homo lesbo parentalité*. Paris, Francia : Petit Bibliothèque Payot.

de hombres o una pareja de mujeres se convierten en padres o madres de uno o más niños. Esto puede ser a través de la adopción, la inseminación artificial, maternidad subrogada o una de las personas de la pareja tiene un hijo de una relación anterior.

1.2. Historia de las personas LGBTI a nivel comparado

Aunque, a primera vista, la realidad comparada en el ámbito de reconocimiento de la homosexualidad parece ser reciente, la verdad es que se remonta a los inicios de la humanidad y la sociedad ha reaccionado de diversas maneras ante ella, pasando por algunas sociedades y épocas, donde era venerada hasta otras donde se discriminaba, e incluso se llegaba a la persecución. Así, por ejemplo, en la Antigua Mesopotamia se condenaban las relaciones homosexuales, y es posible encontrar leyes contra la sodomía, mientras en el Antiguo Egipto eran admitidas, llegando a ser incluidas en sus cultos religiosos. En la Antigua Grecia existía el rito donde los hombres se iniciaban homosexualmente, con el fin de adquirir la madurez, mostrando una clara admisión a las prácticas homosexuales.

La aceptación social y normalización de las conductas homosexuales se vio reformada, debido a la irrupción del cristianismo “Tras la caída del Imperio Romano, penetra la ideología cristiana hasta llegar a gobernar política, cultural y socialmente en la Edad Media, produciéndose un cambio radical en la concepción sobre la homosexualidad. Hasta esa época la homosexualidad y, con ella, las relaciones homosexuales, se han considerado, por lo general, normales, dentro de los parámetros de la cotidianidad, como una actividad biológica más del hombre dentro de su actividad o desarrollo sexual, salvando las diferencias culturales entre las distintas civilizaciones. Con la penetración del cristianismo, la doctrina católica y su estricta moral romperán los modelos establecidos hasta ahora para sentar sus propios pilares, instaurando sus normas específicas sobre lo moralmente correcto o incorrecto, convirtiendo en pecado muchas conductas hasta ahora desapercibidas. A partir de este momento, las relaciones homosexuales dejarán de estar en el anonimato, como conductas normales del individuo, para ocupar “el punto de mira” de la Iglesia, de la sociedad, los poderes públicos, los políticos e incluso la medicina. (...) En un primer momento, la iglesia la condenó como pecado, pasando

inmediatamente a tipificarse como delito, siendo perseguido y sancionado, y finalmente, tras su destipificación penal, se catalogó como enfermedad.²⁹

Recién, a partir de fines del Siglo XX, fue posible apreciar una importante evolución. Se pueden ver en Europa tratados posteriores al Convenio de Derechos Fundamentales de 1950, como el Tratado de Lisboa, que prohíben expresamente la discriminación basada en orientación sexual. Desde la década de los 80 se aprobaron tres Recomendaciones antidiscriminatorias de la homosexualidad. La primera de 1981, del Consejo de Europa declara el derecho a la autodeterminación sexual de hombres y mujeres, luego una Resolución del parlamento Europeo de 1984, donde plantea que no se puede aceptar la discriminación, de hecho o de derecho, contra los homosexuales. Por último, atención especial requiere la Resolución del Parlamento Europeo de 1994 sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y lesbianas en la Comunidad Europea, donde se busca el reconocimiento del acceso al matrimonio, garantizando los mismos derechos y beneficios, incluyendo el derecho a ser padres, a adoptar y criar niños.

Con este trasfondo llegamos a la actualidad, donde los países que aceptan el matrimonio igualitario son: Holanda, Bélgica, Canadá, España, Noruega, Suecia, Portugal, Islandia, Dinamarca, Francia, Reino Unido, Luxemburgo, Finlandia, Irlanda, Sudáfrica, Nueva Zelanda, Argentina, Brasil, Uruguay, Estados Unidos y Puerto Rico, México, Colombia, y, por último, los caso más recientes son Taiwán y Malta. La Corte Suprema de Justicia de Taiwán declaró el 24 de mayo de 2017 inconstitucional la restricción del matrimonio a uniones de personas de distinto sexo y exigió la legalización del matrimonio homosexual en el plazo de dos años. En el caso de Malta, el parlamento aprobó el matrimonio igualitario casi por unanimidad el 12 de julio de 2017, y ya contemplaba una ley de uniones civiles.

Siguiendo lo anterior, y revisando comparativamente solo uno de los casos en que es posible la formación de familias homo lesbo parentales, los países que aceptan la adopción por parte de parejas homosexuales son Andorra, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, Colombia, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Irlanda, Islandia,

²⁹ MARTÍN, M. (2011). *Aproximación Histórica al Tratamiento Jurídico y Social dado a la Homosexualidad en Europa*. Estudios Constitucionales, Año 9, N° 1: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. p. 251.

Israel, Luxemburgo, Malta, México, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Sudáfrica, Suecia, Uruguay. Los siguientes países permiten que una persona adopte al hijo de su pareja: Alemania, Croacia, Eslovenia, Estonia, Italia y Suiza. Es decir, existe mayor cantidad de países que permiten la adopción de los que permiten el matrimonio, siendo posible comenzar a vislumbrar que se ha optado en primer lugar por la protección a los niños, niñas y adolescentes, y que no parecen ser temas de legislación atada.

También se podría establecer que la discusión se ha centrado en las parejas homosexuales y no en los hijos de dichas parejas. Lo anterior puede responder a las más variadas razones, por ejemplo, que dicha realidad en verdad no existe, que los países todavía no se sienten preparados para discutir y regular la descendencia de las familias homo lesbo parentales, o que existe una unión tan relevante entre la pareja propiamente tal y los hijos que puedan tener que, al regular lo primero, es requisito sine qua non regular lo segundo.

Es evidente que existen familias homo lesbo parentales en el mundo y en Chile, y que los países que han avanzado en la igualdad de derechos no han dejado de lado la situación de los hijos, sino que se han preocupado tempranamente de su protección y, aún más importante, que no es posible anexar necesariamente el matrimonio igualitario y la regulación de los hijos, porque, de lo contrario, siempre quedará un margen de desprotección para los niños, niñas y adolescentes que no es aceptable en el mundo actual.

Lo cierto es que la transformación experimentada por los derechos humanos permite llegar a entender que nadie puede ser discriminado por su sexo ni orientación sexual, que existe el derecho a la autonomía personal y a contraer matrimonio y formar una familia. Así el campo de protección no es sólo respecto de las personas LGBTI, sino también de los niños y niñas que pueden formar parte de familias homo lesbo parentales.

En este contexto, se hace imperativo analizar en específico la evolución que ha tenido la homo lesbo parentalidad en ciertos países, que permitan revisar comparativamente la situación de Chile.

1.2.1. Realidad de las personas LGBTI y familias homo lesbo parentales en Argentina

En Argentina, de forma pionera en el mundo y especialmente en América del Sur, desde el cambio de siglo se empezó a ver la realidad de las parejas LGBTI, en cuanto a la necesidad de reconocer y proteger legalmente su existencia, unido a su posible deseo de adoptar y fundar familias. En ese sentido, se iniciaron estudios respecto a los cambios que se estaban dando y reflexiones acerca de las neo-parentalidades y los efectos que ellas producen en el desarrollo de la subjetividad de los hijos e hijas. Se entendió que las leyes, criterios, valores que regían el mundo ya no eran válidos, por lo que debían ser revisados sin prejuicios y lograr una visión apropiada con la realidad que se vive.

Siendo claro que el matrimonio entre dos personas, además de ser un acto simbólico y espiritual de gran relevancia, permite acceder a una serie de derechos, deberes, beneficios y protección legal. En Argentina esto se da con los derechos y deberes de protección entre los cónyuges (específicamente el derecho de alimentos y deber de asistencia), derechos patrimoniales (caso de herencia del cónyuge sobreviviente, régimen patrimonial del matrimonio y el tratamiento de esos bienes, limitación a la libre disposición de bienes, entre otros), derecho a la pensión, derecho a la adopción conjunta, derecho a la protección de la familia contra interferencias exteriores, etcétera. Ante esta realidad era imprescindible realizar ciertos cambios, con el fin de no excluir a las personas LGBTI del goce de ciertos derechos y obligaciones.

En 1994 se hizo una reforma constitucional que incorporó diversos instrumentos internacionales de Derechos Humanos (importante destacar que en Argentina los Tratados Internacionales de Derechos Humanos tienen rango constitucional³⁰), ellos promovían la inclusión de la diferencia y una exigencia ética social, que deriva de la dignidad de la persona, y la no discriminación por motivos prohibidos. La comunidad LGBTI argentina vio en este avance que su relación familiar merecía la misma dignidad, respeto y estatus que los dados a familias ya reconocidas, y toda norma que los tratase de forma diferente debía entenderse como inconstitucional.

³⁰ LA ENCICLOPEDIA DE CIENCIAS Y TECNOLOGÍAS EN ARGENTINA. (2012). *Constituciones de Argentina y tratados internacionales con rango constitucional*. 14 de junio de 2017. Sitio web: http://cyt-ar.com.ar/cyt-ar/index.php/Constituciones_de_Argentina_y_tratados_internacionales_con_rango_constitucional.

Si bien el artículo 172 del Código Civil establecía que “Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por hombre y mujer ante la autoridad competente para celebrarlo. El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieren obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente”³¹, se entendió que la diversidad de sexo no era requisito esencial del contrato de matrimonio, ya que había normas de orden público de mayor jerarquía que consagraban el derecho a la igualdad, la no discriminación en razón del sexo o la orientación sexual y el derecho a contraer matrimonio, por tanto no se podía excluir a las parejas del mismo sexo del reconocimiento dado por la institución del matrimonio.

La Ley N° 1004 de Unión Civil fue sancionada por la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires el 12 de diciembre del año 2003, en ella se reconoce tanto a las parejas heterosexuales como homosexuales la posibilidad de unirse civilmente. Esta ley fue el modelo y punto de partida para la elaboración de otras leyes presentadas en las legislaturas provinciales. Además esta misma legislatura, con la Ley N° 2.687, estableció el día de la lucha contra la discriminación por orientación sexual o identidad de género³².

Durante este periodo, a nivel latinoamericano, en la IX Reunión de Altas Autoridades en Derechos Humanos del MERCOSUR, con fecha 7 de agosto de 2007 se emitió una Declaración reconociendo y promoviendo el fin de la discriminación hacia las minorías sexuales y de género, con el objeto de erradicarla. En ese contexto Argentina ya había realizado un progreso significativo, especialmente comparándolo con Chile que solo tenía proyectos que reconocían las uniones civiles, sin nada concreto.

Un ejemplo del progresivo reconocimiento que se dio a la igualdad de derechos para las personas LGBTI, se da con la Resolución N°671/2008 de la ANSES respecto a la Ley de Pensiones 24.241, donde entendió que la expresión “aparente matrimonio” comprendía a las parejas del mismo sexo y de esta forma les reconoció el derecho a pensión, haciendo expreso que las normas de orden interno debían ser compatibles con los principios consagrados en los tratados internacionales firmados y ratificados por Argentina.

³¹ ARGENTINA. (2009). Código Civil. Artículo 172.

³² ROCHA, H. (2004). *Uniones Civiles*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

Es importante destacar que en Argentina se buscaba una igualdad de derechos para homosexuales y heterosexuales, lo cual queda patentado en el lema lanzado por la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans “los mismos derechos con los mismos nombres”, de esta forma se alejaron del reconocimiento a una minoría, para enfocar el debate en un acceso igualitario a un derecho, logrando que las posiciones fueran estar a favor o en contra de la igualdad, lo cual sin dudas genera un efecto psicológico importante, porque ¿quién querría estar en contra de la igualdad? “El significante Igualdad adquiría contornos casi místicos. Se tornaba una palabra sagrada, susceptible de ser defendida con alma y vida. Se ponía el cuerpo, se sentía en el alma. (...) Nadie podía quedar indiferente.”³³ Por lo mismo, la institución de la Unión Civil no era suficiente para asegurar la Igualdad de derechos, era necesario más progreso y no quedarse estancado en la solución intermedia. A partir de esto se comienza a utilizar la expresión “matrimonio igualitario”, en lugar de “matrimonio homosexual”, lo cual es adaptado por otros países de América del Sur.

En Argentina se realizó un proceso social-judicial de gran relevancia, desde el año 2007 se comenzaron a interponer sistemáticamente acciones de amparo ante la justicia argentina, reclamando la inconstitucionalidad de los artículos del Código Civil que no permitían a las parejas del mismo sexo contraer matrimonio. Lo más relevante de este proceso ocurre el 13 de noviembre de 2009, cuando la jueza Gabriela Seijas declaró inconstitucionales los artículos 172 y 188 del código Civil en la ciudad de Buenos Aires y permitió que una pareja de hombres pudiera casarse³⁴, pero luego, el mismo día en que se realizaría el matrimonio, el Juzgado Nacional en lo Civil da lugar a la apelación, y el Registro Civil argentino suspende la boda. Sin embargo, el 28 de diciembre del mismo año se celebra el primer matrimonio entre personas del mismo sexo en la ciudad de Ushuaia, ya que la gobernadora de la provincia había acatado el fallo de Gabriela Seijas en el decreto 29966/09. Luego, el 22 de febrero de 2010 la jueza Elena Liberatori del Juzgado Contencioso Administrativo N° 5 de la Ciudad de Buenos Aires dio lugar a otro recurso de amparo presentado por una pareja de hombres, Damián Bernath y Jorge Salazar, por una parte rechazando el planteamiento de inconstitucionalidad, pero, por otra, ordenando a las

³³ FIGARI, C. (2011). *Matrimonio Igualitario: ciencia y acción política*, en Solari, N. & Von Opiela, C. *Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ley 26618*. Buenos Aires: Editorial La Ley. p. 15.

³⁴ JUZGADO 1ra INST. EN LO CONTENCIOSO ADM. Y TRIB. N° 15. (2009). Freyre Alejandro contra GCBA sobre Amparo EXP 34292 /0.

autoridades del Registro Civil y Capacidad de Buenos Aires tener por autorizado el matrimonio, y remover todos los aspectos formales que impliquen dilación innecesaria. Dicho fallo también fue objeto de apelación, pero esta fue rechazada por improcedente, dando lugar a que se celebrara el primer matrimonio entre personas del mismo sexo en Buenos Aires.

Este proceso fue de singular relevancia, a través de él se llegaron a celebrar 10 matrimonios y se entiende como el último impulso para lograr la modificación legal, en cuanto demuestra el cambio de lo que es considerado como constitucional o inconstitucional por parte de la jurisprudencia, donde se llega a entender que las disposiciones del Código Civil argentino de la época limitaban el derecho del matrimonio a personas del mismo sexo, y eso solo podía ser considerado como atentatorio de la Constitución de la Nación Argentina y de los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el país.

El 14 de mayo de 2010 se publicó el Decreto N°696/2010 en el Boletín Oficial, donde se instituía la creación del Plan Nacional de Derechos Humanos, buscando la concreción de las obligaciones asumidas a nivel nacional e internacional en cuanto a la consolidación de la democracia y la profundización de los derechos humanos y las libertades fundamentales, esto a fin de cuentas, buscaba la erradicación de la discriminación en Argentina sosteniéndose en tres pilares: igualdad y no discriminación, garantías de acceso a los derechos e inclusión social.

Todos estos avances culminan con la ley 26.618, promulgada el 21 de julio de 2010, la cual trajo una serie de modificaciones para las familias homo lesbo parentales. Principal importancia tiene el artículo 2 de dicha ley que modifica el artículo 172 del Código Civil, estableciendo que “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.”³⁵

Otra norma relevante es el artículo 17, que sustituye el artículo 326 del Código Civil respecto a la adopción, estableciendo que “en caso que los cónyuges sean de un mismo sexo, a pedido de éstos podrá el adoptado llevar el apellido compuesto del cónyuge del cual tuviera el primer apellido o agregar al primero de éste, el primero del otro. Si no hubiera acuerdo acerca

³⁵ ARGENTINA. (2014). Código Civil. Artículo 172.

de que apellido llevará el adoptado, si ha de ser compuesto, o sobre cómo se integrará, los apellidos se ordenarán alfabéticamente.”³⁶

También es importante el artículo 36 que sustituye la letra c) del artículo 36 de la ley 26.413 del Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas, regulando respecto al Nacimiento que la inscripción debe contener, “en el caso de hijos de matrimonios entre personas del mismo sexo, el nombre y apellido de la madre y su cónyuge”³⁷

En todo este proceso parece no haber gran discusión respecto al derecho de parejas homosexuales de tener hijos, sea por adopción o técnicas de fertilización asistida o por relaciones anteriores, que es el tema en análisis. Y lo anterior encuentra su explicación en el movimiento basado en la Igualdad que fue impulsado en Argentina, recordemos que el lema era “los mismos derechos con los mismos nombres”, y eso significó que una vez que se legalizó el matrimonio igualitario, esas parejas tenían exactamente los mismos derechos que una pareja heterosexual. De esa forma, en el entendido que el derecho argentino reconoce que la filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción, y la primera puede ser matrimonial o extra matrimonial, y en concordancia con todas las disposiciones citadas, queda establecido que en el ordenamiento argentino, desde la ley 26.618, se ha permitido que personas del mismo sexo, sea a través de la adopción o mediante técnicas de fertilización artificial, tengan la posibilidad de criar hijos o hijas.

Lo anterior no quiere decir que no se haya debatido respecto a la adopción por parte de parejas LGBTI, este siempre ha sido el tema más sensible de la discusión, las posturas que se encuentran son totalmente antagónicas y Argentina no fue la excepción, sino que se apunta a que una vez legalizado el matrimonio igualitario, este es efectivamente igualitario y no se estableció discriminación en ningún sentido, ni siquiera respecto a la adopción. Sí se debatió acerca de la idoneidad de parejas del mismo sexo para criar niños o niñas, y con el tiempo se estableció que tenía más sentido entender que los hijos adoptados tendrían las mismas dificultades sin importar si estaban en una familia homo lesbo parental o heterosexual, y que los roles de padre y madre se encontraban difuminados, por lo cual la falta de uno u otro no

³⁶ ARGENTINA. (2014). Ley N° 26.618. Artículo 17.

³⁷ ARGENTINA. ((2014). Ley N° 26.413. Artículo 36 letra c.

obstaba al desarrollo integral del niño. Más aún, tomando el principio del interés superior del niño, no es posible establecer una regla general absoluta respecto de qué es lo mejor para el niño.

“Puede observarse que el enfoque en la legislación argentina está puesto en el niño y en el respeto al interés superior de éste el cual debe ser analizado en cada caso particular para arribar a la mejor solución posible. Las cualidades de los adoptantes son relevantes para conseguir esto, pero la orientación sexual no es un criterio que la legislación juzgue importante, ni un condicionante para el otorgamiento de la adopción.³⁸” Por ello la orientación sexual de los adoptantes no puede ser un impedimento para la adopción en abstracto, sino que siempre es necesario analizar en cada caso concreto cuál es efectivamente el interés superior del niño.

Más en detalle, tomando el tema paradigmático que es la adopción, con anterioridad a la modificación legal en comento, la ley ya permitía que una persona adoptara, sin importar su identidad u orientación sexual, a pesar de ello los matrimonios recibían prioridad para adoptar por parte de los jueces, pero con la ley 26.618 se permite que el matrimonio entre personas del mismo sexo, en igualdad de condiciones que los de sexo diverso, tengan el derecho a adoptar conjuntamente, sin distinción alguna de requisitos entre uno y otro. Siendo claro que la adopción es un tema que siempre genera discusión, la legislación Argentina no quiso dejar un margen de discriminación a su respecto.

Argentina es, sin dudas, el país de América del Sur que ha desarrollado más intensamente un proceso de reconocimiento de derechos para las parejas LGBTI, y tiene como hito fundamental la ley de matrimonio igualitario. Y este progreso se debe a que los colectivos de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transexuales, desde 1980 empezaron a implementar una serie de políticas con el fin de plantear demandas a las autoridades políticas, que buscaban el reconocimiento a su identidad. Lo que importaba era el reconocimiento estatal de sus derechos y garantías, de forma igualitaria a los heterosexuales, por ello la sociedad impulsó avances en

³⁸ SANGALLI, M., ORTIZ, F., WAJSMAN, M., SÁNCHEZ, C. & SCHMIDT, C. (2014). *El interés superior del niño en las adopciones homo lesbo parentales*. Lecciones y Ensayos Nro 90. p 224.

todo ámbito, y nunca fue opción quedarse con una ley de Uniones civiles, ya que eso, a fin de cuentas, no garantizaba la Igualdad, que es el fundamento de los Derechos Humanos.

Con esto se deja atrás los rasgos típicos de la familia, y se reconocen las particularidades de los diversos vínculos humanos, donde lo más relevante es el cuidado, crianza y afecto mutuo, y en ningún caso, la diversidad de sexo de los padres. “Padres y madres gays, lesbianas, bisexuales o trans no son ni mejores ni peores, ni tampoco iguales, sino simplemente equivalentes a la hora de ejercer la función de cuidado y constituir una comunidad de afecto. Por otra parte, los derechos y garantías reconocidos en la Convención de los Derechos del Niño son claramente violados cuando a los hijos/as de parejas del mismo sexo se les impide tener su familia legalmente reconocida. El daño consiste no sólo en atentar contra el vínculo afectivo y la voluntad de los niños y niñas, sino en su desprotección jurídica.”³⁹

Y con los cambios sociales ocurridos en Argentina, seguidos de modificaciones legislativas acordes, se ha logrado adecuar a lo que exigen los Derechos Humanos a nivel internacional, tanto para las parejas LGBTI, como para los niños, niñas y adolescentes que forman parte de dichas familias. De esta forma, a través del reconocimiento, primero social, y luego jurídico, se logra el ideal de Igualdad y la debida protección para las familias homo lesbo parentales.

1.2.2. Realidad de las personas LGBTI y familias homo lesbo parentales en Reino Unido

Las personas LGBTI han sido padres o madres durante mucho tiempo, y recientemente se ha incorporado al derecho inglés la idea que tienen los mismos derechos legales a la paternidad, porque son tan capaces de crear familias amorosas y protectoras.

Esto no siempre ha sido así. En el common law los matrimonios entre personas del mismo sexo eran nulos ab initio, y paradigmático es un caso de 1680 donde Arabella Hunt se casó con Amy Poulter, quien aparentaba ser un hombre llamado James Howard, pero dos años después, cuando Arabella sospechó que su esposo tenía doble género pidió una anulación y en 1682 el matrimonio fue anulado cuando se determinó que Amy era una mujer en todas sus

³⁹ (FIGARI, C. 2011. p. 18).

partes, y dos mujeres no podían casarse válidamente. Y la historia continua en ese mismo sentido, así en 1971 en Inglaterra y Wales se aprobó la “Nullity of Marriage Act”, que prohibía de forma explícita los matrimonios entre personas del mismo sexo. En 1973 fue remplazada por “Matrimonial Causes Act”, que decía que el matrimonio era nulo si las partes no eran hombre y mujer respectivamente.

Pero con el paso del tiempo la sociedad comenzó a cambiar, y con ella la legislación. Recordar la importancia de la Recomendación del Parlamento Europeo de 1994, donde se apuntaba al reconocimiento del acceso al matrimonio, garantizando los mismos derechos y beneficios, incluyendo el derecho a ser padres, a adoptar y criar niños. Y el siglo XXI fue el momento de los cambios, por ejemplo, en el 2000 se terminó con la prohibición de que personas gay prestaran servicio en las Fuerzas armadas.

En ese sentido, en el 2004 se aprobó la “Civil Partnership Act”, que crea las uniones civiles, las cuales dan a las parejas del mismo sexo los mismos derechos y responsabilidades que da el matrimonio. Su capítulo 5 está dedicado a los Niños, modificando la “Children Act” de 1989 respecto a la responsabilidad parental, niños de la familia y parientes, y la “Adoption and Children Act” de 2002, con dichas modificaciones se permite a las parejas del mismo sexo tener un “hijo de la familia”, que puede ser un hijo de ambos o cualquier otro niño que haya sido tratado por ambos como hijo de su familia, siempre que no haya sido entregado a ellos en calidad de familia de acogida. Es evidente que desde este momento la legislación inglesa reconoce a las familias homo lesbo parentales, otorgándole los mismos derechos y responsabilidades que a un matrimonio heterosexual, pero siguen sin ser reconocidos como matrimonios propiamente tales y eso se basa en el entendimiento que el matrimonio es una institución de antigua data relativa a una relación entre un hombre y una mujer.

En el año 2011 David Cameron, primer ministro del Reino Unido de la época, intervino personalmente en favor de legalizar las uniones de personas del mismo sexo y así en marzo de 2012 el gobierno propuso, entre otras cosas, el matrimonio civil para parejas del mismo sexo y permitir que las uniones civiles se conviertan a matrimonios. Y en diciembre del mismo año, el 53% de los consultados plantearon estar de acuerdo con que todas las parejas, sin importar su sexo, debían poder tener una ceremonia de matrimonio civil, por ello, el

mismo día, se anunció que el gobierno avanzaría en la legislación del matrimonio entre personas del mismo sexo para Inglaterra y Wales a principios del 2013. Un mes después, Maria Miller, Secretary of State for Culture, Media and Sport y Minister for Women and Equalities, introduce el proyecto de ley de Matrimonio para parejas del mismo sexo al Parlamento⁴⁰.

El 17 de julio de 2013 la reina de Inglaterra da el Consentimiento real (forma de aprobación de un acta del parlamento nacional, convirtiendo en ley o permitiendo que sea promulgado como ley) a la “Marriage (Same Sex Couples) Act” de 2013, esta permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, y el Gobierno anunció que los primeros matrimonios entre personas del mismo sexo podían celebrarse desde el 29 de marzo de 2014

Respecto a los hijos de parejas LGBTI es quizás interesante plantear que la “Marriage (Same Sex Couples) Act” no los considera, se centra en permitir la ceremonia del matrimonio civil, que las organizaciones religiosas que quieran celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo lo puedan hacer, que la unión civil se convierta a matrimonio, y que los individuos puedan cambiar su género legal sin necesidad de terminar su matrimonio. La razón detrás de esto es que todo lo relativo a los hijos de parejas homosexuales ya había sido resuelto en legislación anterior, la cual se preocupó primero de los derechos de los niños y niñas, y en ningún caso ligó esa protección a la existencia o no del matrimonio de parejas del mismo sexo.

Siguiendo esa línea, la legislación del Reino Unido es una de las más progresivas en Europa, existiendo una serie de normas importantes relativas a las familias homo lesbo parentales, ejemplo de ello son: Adoption and Children Act 2002, Equality Acts 2006 & 2010 y Human Fertilisation and Embryology Act 2008, con dichas normas es legal que lesbianas, gays y bisexuales adopten, sean familias de acogida, y también sean tratados en clínicas de fertilización.

⁴⁰ VAN DER BOM, I., COFFEY-GLOVER, L., JONES, L., MILLS, S. & PATERSON, L. (2016). *Implicit homophobic argument structure: equal marriage discourse in the Moral maze*. Journal of Language and Sexuality, 4 (1). pp. 102-137.

Nos encontramos con un dato de la regulación que es necesario destacar, ya que en el Reino Unido las parejas del mismo sexo pueden adoptar desde el 2002, por la “Adoption and Children Act”, si bien esta no lo estableció de manera expresa, sí modificó la condición que la pareja debía estar casada para adoptar, pudiendo hacerlo personas solteras o una pareja. Y de mayor relevancia fue el entendimiento que la adopción no era un tema de derechos LGBTI, sino que se buscaba que la mayor cantidad de niños tuvieran un ambiente familiar estable. Y es que esto es lo fundamental y lo que parte de la sociedad parece no tomar en cuenta, el tema va más allá de los derechos que se reconozca o no a las personas LGBTI, sino que importa la calidad de vida que se está dando a los hijos e hijas de dichas parejas, la cual está siendo alterada por la falta de reconocimiento de algunos Estados a sus familias, de manera tal que afectan sus Derechos Humanos, dejándolos en una situación de discriminación en comparación a otros niños que son iguales a ellos.

Si bien ya fue mencionada, no está de más explicitar que en la “Civil Partnership Act” de 2004 se hizo referencia expresa a las responsabilidades con la familia que tiene la pareja civil, llevando a un reconocimiento de las familias homo lesbo parentales, que se podían formar por la unión civil, generando derechos y obligaciones propios de la familia.

Las “Equality Acts” de 2006 y 2010 no son totalmente atingentes al tema tratado, ya que en ellas se prohíbe la discriminación laboral por orientación sexual, requiriendo un trato igualitario en el acceso a empleos en servicios públicos y privados. Pero sí son útiles para ilustrar el cambio generado en el Reino Unido, donde se buscaba terminar con todas las formas de discriminación contra las personas LGBTI.

Más relevante al caso es la “Human Fertilisation and Embryology Act” de 2008, en ella se realizan enmiendas al acta de 1990 y también trata el tema de la parentalidad. Lo principal es que permite el reconocimiento de una pareja del mismo sexo como padres o madres legales del niño concebido a través de la donación de esperma, óvulos o embriones. Finalmente es también importante cómo en esta acta se requiere que las clínicas que provean tratamiento de fertilidad ya no tengan como requisito la necesidad de un padre del hijo, sino que deben tener en consideración el bienestar del hijo.

Con todo, interesante es el caso de la paternidad subrogada, que afecta principalmente a parejas de padres gays. Sucede que, por ley, la mujer que da a luz siempre es tratada como la madre legal, y si está casada o en una unión civil, su pareja será considerada automáticamente como padre del hijo, y si no se encuentra en esos casos, el padre biológico será considerado automáticamente como el padre legal, con la responsabilidad que eso acarrea. Incluso, se abre la posibilidad de que la pareja de quien donó los espermatozoides o los óvulos sea reconocido como padre legal en lugar del padre biológico, siempre que se cumplen las condiciones y ambos otorguen su consentimiento con anterioridad. Sin perjuicio de lo anterior, también se ha avanzado en esta materia, ya que la “Human Fertilisation and Embryology Act” admite que las parejas del mismo sexo puedan solicitar una “Parental Order”, la cual les permite ser tratados como padres o madres de un hijo nacido usando a una madre subrogante. Dando paso, de esta forma, a la posibilidad de la parentalidad a través de la subrogación, a pesar de que no opere de forma inmediata.

En efecto, ya al 2008 se había logrado un reconocimiento pleno del derecho de parejas LGBTI a concebir y criar hijos en común, dejando en claro que el foco de atención estaba en el bienestar de los niños y niñas, y siendo una realidad innegable, el camino a seguir era establecer la regulación apropiada con el fin de dar la protección debida y asegurar el ejercicio de todos los derechos envueltos en el reconocimiento de esa familia, sin permitir ningún tipo de discriminación.

En conclusión, es posible determinar que la legislación del Reino Unido es efectivamente una de las más avanzadas en el mundo, ya que reconoce a diversos tipos de familias homo lesbo parentales y les da una protección igualitaria a la de las familias “tradicionales”. Y el análisis de esta realidad es relevante, ya que nos permite volver a una pregunta realizada al comienzo de este capítulo ¿por qué al hablar del matrimonio entre personas del mismo sexo no se trató el tema de los hijos de dichas familias?, y la respuesta en el caso de Reino Unido es que, antes de la aprobación del matrimonio igualitario, ya habían sido reguladas todas las formas de familia homo lesbo parental, tanto la adopción, como la subrogación y técnicas de fertilización asistida. Y lo relevante de ello es que demuestra que no existe un vínculo necesario entre el matrimonio y la regulación de la descendencia de parejas LGBTI, sino que perfectamente se puede adecuar la legislación con el fin de reconocer,

proteger y asegurar los derechos de hijos e hijas de parejas LGBTI, sin necesidad de trabar el debate en la institución del matrimonio.

Y eso es lo que corresponde hacer, no es posible mantener en desprotección a los niños, niñas y adolescentes por un capricho del legislador, sino que los países deben adecuar sus ordenamientos con el fin de dar el respeto debido a los Derechos Humanos de las personas, y principalmente respecto a los niños, niñas y adolescentes, que merecen una protección especial en cuanto ellos mismos no pueden defenderse, y eso, sin lugar a dudas, deber del Estado.

1.2.3. Realidad de las personas LGBTI y familias homo lesbo parentales en España

Analizar la realidad española nos permite ver un punto de partida bastante diferente a los anteriores.

Antes de la ley 13/2005, existieron “precedentes legislativos existentes a nivel local y autonómico, reguladores de las relaciones de pareja que, en mayor o menor medida, impulsaron y aceleraron la aprobación de una ley estatal.”⁴¹. Es decir, la creación de dicha ley “responde a la conclusión o cierre de un proceso pausado que, paulatinamente, emprendieron y desarrollaron los legisladores autonómicos junto con la actuación previamente iniciada desde el ámbito local, con la creación de los Registros Municipales.”⁴².

En ese sentido, los Registros Municipales permitieron la inscripción de parejas homosexuales, siendo un primer reconocimiento aunque con efectos jurídicos limitados. El legislador autonómico (poder legislativo en cada Comunidad Autónoma) abrió el camino hacia el reconocimiento de derechos para situaciones de convivencia civil, partiendo en Cataluña con la Ley 10/1998 de Uniones Estables de Pareja. “Incluso, muchas de estas leyes comenzaron a reconocer la situación familiar de las parejas homosexuales, concediendo los

⁴¹ MARTÍN, M. (enero-junio de 2010). *El derecho constitucional al matrimonio homosexual en España*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, núm. 13, p. 249.

⁴² (MARTÍN, M. 2010, p. 250).

derechos propios del matrimonio a las parejas de hecho, con independencia del sexo de éstas.”⁴³.

Todo lo anterior, se enmarca en la realidad Europea, donde se estaba generando gran concienciación social y política respecto a los derechos de parejas del mismo sexo y la necesidad de terminar con la discriminación que sufrían. Volvamos a recordar la Resolución A.0028/94 sobre la Igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la Comunidad Europea. Así varios países europeos comenzaron a reconocer, regular y proteger a las parejas del mismo sexo, por ejemplo el PACS Francés de 1999, leyes de parejas de hecho Portuguesa en 2001, reconocimiento de la unión civil en Dinamarca en 1999, Noruega en 1993, Finlandia y Alemania en 2001.

“Se hacía cada vez más patente la existencia de una laguna legislativa a nivel estatal que regulara de forma clara y unánime las nuevas situaciones familiares que existen en la sociedad actual y que, sólo eran reconocidas sectorialmente por las distintas leyes autonómicas, si bien con los consiguientes problemas de reconocimiento y de aplicabilidad que dicha regulación conllevaban”⁴⁴. En esa línea, durante las elecciones generales del año 2004, el partido Socialista Obrero Español (PSOE) tenía en su programa electoral el siguiente compromiso: “Modificar el Código Civil a fin de posibilitar el matrimonio entre personal del mismo sexo y el ejercicio de cuantos derechos conlleva, en igualdad de condiciones con otras formas de matrimonio, para asegurar la plena equiparación legal y social de lesbianas y gays”⁴⁵. El presidente José Rodríguez Zapatero prometió en su discurso de investidura que su Gobierno presentaría un proyecto de ley en que se extendiese el derecho a contraer matrimonio a personas del mismo sexo, y que ello incluiría la adopción. Siguiendo esa línea, el ministro de Justicia Juan López Aguilar, anunció el 30 de junio de 2004 al Congreso de los Diputados la aprobación de un anteproyecto de ley que reforma el Código Civil, que buscaba establecer el matrimonio sin importar el sexo de los contrayentes.

⁴³ (MARTÍN, M. 2010, p. 250).

⁴⁴ (MARTÍN, M. 2010, p. 251).

⁴⁵ PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL. (2004). *Programa Electoral Elecciones Generales 2004*. 14 de marzo de 2017. Sitio web: <http://www.psoe.es/media-content/2015/03/Programa-Electoral-Generales-2004.pdf>. p 32

Lo anterior culminó con la aprobación de la Ley 13/2005 de 1 de julio, que modifica el artículo 44 del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, regula el matrimonio entre personas del mismo sexo al incluir un apartado que establece “el matrimonio tendrá los mismo requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”⁴⁶. De esta manera, se da un avance importante en España, “reconociéndose por primera vez un derecho al matrimonio estrictamente de carácter personal, esto es, como derecho de la persona a contraer matrimonio con otra, independientemente de su elección, sin distinción por orientación sexual.”⁴⁷.

Es posible determinar que el legislador español decidió legislar con miras al establecimiento de la igualdad en todos los ámbitos posibles. “Así desde la igualdad, ha concebido que el derecho al matrimonio, como derecho de la esfera personal que es, debe entender extendido a “toda persona” para llevarlo a cabo con la otra persona que aquella escoja para desarrollar su vida familiar y personal, con independencia del sexo de ambas, esto es, con independencia de su orientación sexual”⁴⁸. A través de esta ley se reconoce el matrimonio igualitario sin restricción alguna, es decir, no es una institución específica para las personas del mismo sexo, sino que es la misma institución “matrimonio”, y además no fue una especie de reconocimiento gradual, sino que se aplicaron todos los efectos propios del matrimonio.

La Ley 13/2005 hace un reconocimiento pleno del derecho al matrimonio para todas las personas, sin hacer ninguna diferenciación en cuanto al contenido jurídico propio del matrimonio. “La adopción, tradicionalmente, ha formado parte del contenido jurídico propio del matrimonio”⁴⁹. De esta forma la ley incorpora tácitamente la adopción como uno de los derechos y efectos del matrimonio.

No solo eso, sino que se modifican expresamente los preceptos del Código Civil relativos a la adopción, sustituyéndose padre y madre por el término “progenitores”. Con ello

⁴⁶ ESPAÑA (2017) Código Civil. Artículo 44.

⁴⁷ (MARTÍN, M. 2010, p. 251).

⁴⁸ (MARTÍN, M. 2010, p. 251).

⁴⁹ (MARTÍN, M. 2010, p. 270).

se buscaba incluir a ambos padres o madres, independiente de su sexo, logrando una expresión neutra que pudiese equiparar todos los matrimonios.

Con esta ley los hijos de familias homo lesbo parentales tienen la misma protección jurídica que los de otros matrimonios al poder ser reconocidos por ambos progenitores, se asegura la igualdad, y se cumple el mandato constitucional español de no discriminación a los hijos en razón de su filiación.

Todo lo anterior ¿quiere decir acaso que con anterioridad al año 2005 no existían las familias homo lesbo parentales en España? La respuesta simple es que no, como suele pasar el derecho viene a regular situaciones ya existentes que sufrían de una desprotección.

En ese sentido, se dictó la Ley 21/1987 por la que se modifican determinados artículos del Código Civil en materia de adopción. Esta normativa hace posible la adopción individual de personas solteras, por lo que también abre la puerta para que familias homo lesbo parentales puedan adoptar de forma individual.

Otra normativa relevante, es la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Esta ley permite a cualquier mujer libre y voluntariamente engendrar, eximiéndose de los trámites que se solicitan en un proceso de adopción. Se viene a presentar como un método para formar familias homo lesbo parentales, anticipándose por varios años a la Ley 13/2005, pero manteniendo un sesgo de indefensión para los niños y niñas que nazcan por este método, al no permitir el reconocimiento de ambos progenitores.

Derivado de la Ley 35/1988, surge el caso de la gestación por sustitución o maternidad subrogada, ya que se basa en técnicas de reproducción asistida. Dicho cuerpo legal fue modificado por Ley 45/2003, en cuanto a limitar a tres el máximo de ovocitos que se podían generar en cada ciclo reproductivo, y luego derogada por Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTHRA).

En virtud de su artículo 10 es nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución, “esto es, aquella que tiene lugar en virtud de un contrato, oneroso o no, por el que una mujer consiente en llevar a cabo una gestación, utilizando técnicas de reproducción

asistida, con la obligación de entregar el recién nacido a la otra parte del contrato o comitente. El comitente puede ser una sola persona o una persona. En virtud de este contrato la mujer gestante puede obligarse también a aportar su ovulo, que es fecundado con el esperma del padre comitente (maternidad subrogada plena) o bien, únicamente aporta su útero para la gestación de un embrión, resultado de la fecundación del ovulo de otra mujer y los espermatozoides del padre comitente o donante (maternidad subrogada gestacional)⁵⁰. Incluso se tipifica como delito en el artículo 221 del Código Penal español.

Como en una serie de otros casos en que el derecho nacional no permite la regulación de interés a través de la autonomía privada, la solución ha sido ir a uno de los países que admiten estas técnicas y posteriormente solicitar la inscripción de la filiación en el Registro Civil correspondiente. La Dirección General de los Registros y del Notario, en su Resolución de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009/1735) admitió la inscripción de gemelos nacidos por gestación por sustitución en California, Las certificaciones registrales extranjeras habían sido emitidas por la autoridad administrativa del Registro de California, para ello previamente recayó una resolución judicial que establecía la filiación de los menores a favor de los padres varones. En primer lugar el encargado niega la inscripción, por lo que se recurre ante la Dirección de los Registros y del notariado, quien concede la inscripción, señalando que el documento autentico extranjero, con fuerza en España según las leyes o los tratados internacionales, es título suficiente para inscribir el hecho de que da fe, por lo que el registrador debía inscribir a los niños como hijos de dos varones en virtud de los certificados expedidos en San Diego (California), aunque le conste que no es real lo expresado en los mismos. Ello basado en el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil que se interpretó entendiendo que el Encargado del Registro Civil solo hace “un control formal de legalidad de la decisión registral extranjera en forma de certificación registral, sin entrar a valorar si el contenido de esta se adecua o no al derecho positivo de nuestro ordenamiento jurídico”⁵¹.

Dicha resolución fue recurrida por el Ministerio Fiscal y el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, en sentencia de 15 de septiembre de 2010 (AC/2010/1707), la revocó, dando preferente aplicación por jerarquía al artículo 23 de la Ley de registro Civil

⁵⁰ JIMÉNEZ, M. (2012). *La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales*. Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá, Volumen V, p. 367.

⁵¹ (JIMÉNEZ, M. 2012. pp. 371 – 372).

frente al reglamento, en cuanto obliga al Registrador a realizar control de fondo del contenido de la certificación extranjera, ya que tiene que ser conforme a la ley española, contradicción que si ocurría por el artículo 10 de la Ley 14/2006. En apelaciones fue confirmada la sentencia, en noviembre de 2011 estableciendo que la inscripción de nacimiento de un menor como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución solo puede realizarse presentando resolución judicial dictada por tribunal competente en que se determine la filiación; y no se admite como título apto para la inscripción un certificado registral extranjero o una simple declaración acompañada de certificado en que no conste la identidad de la madre gestante.

La DGRN dictó el 5 de octubre de 2010, pocos días después de la sentencia del tribunal e Valencia, una instrucción para los registros en casos de gestación por sustitución, admitiendo la posibilidad de inscribir nacimientos producidos en el extranjero, siempre que al menos un solicitante sea español, buscando asegurar el interés superior del niño. Exige en todo caso una resolución judicial dictada por Tribunal extranjero competente que establezca la filiación del nacido.

En virtud de todo lo anteriormente expuesto, es posible determinar que España le da un reconocimiento pleno a las familias homo lesbo parentales desde el año 2005, dando protección a una situación de hecho que ya existía con anterioridad. Estableciendo, a fin de cuentas, que lo importante en términos de familia, es el interés superior del niño, y como estos puedan desarrollarse de la mejor forma posible, sin importar el género u orientación de sus progenitores.

1.3. Historia de las personas LGBTI en Chile

Situándonos en un aspecto histórico de la cuestión, se hace necesario remontarse varios siglos. Durante la época de la conquista y posterior colonización de América, los colonizadores españoles tenían como objetivo la explotación económica y la cristianización, y en este último punto empieza a tomar forma la dificultad a la que se han tenido que enfrentar las diversidades. La evangelización cristiana-católica se instauró con especial fuerza, y en Chile se creó un pueblo apegado a las enseñanzas de la iglesia católica, lo cual, con el paso del tiempo, configuró una sociedad que se caracteriza por ser conservadora. La iglesia ha ejercido su influencia en la forma en que se considera y trata a las personas LGBTI, siendo su discurso

habitual el rechazo y castigo, así en el 2004 al establecer cuál es la actitud de la iglesia se estableció que “Un número apreciable de hombres y mujeres presentan tendencias homosexuales profundamente arraigadas. Esta inclinación, objetivamente desordenada, constituye para la mayoría de ellos una auténtica prueba. Deben ser acogidos con respeto, compasión y delicadez (...) Las personas homosexuales, en cuanto personas humanas, tienen los mismos derechos que las demás personas (...) La inclinación homosexual, aunque no sea en sí misma pecaminosa, debe ser considerada como objetivamente desordenada, ya que es una tendencia, más o menos fuerte, hacia un comportamiento intrínsecamente malo desde el punto de vista moral. Es el comportamiento homosexual el que es siempre de por sí éticamente reprobable, aunque habrá que juzgar con prudencia su culpabilidad.”⁵², llegando a establecer la imposibilidad de confundir el amor entre personas homosexuales con el “genuino amor conyugal”⁵³.

Por ello, no es de extrañar que durante casi toda la historia de Chile las personas LGBTI hayan mantenido un nivel de secreto e invisibilidad, llegando incluso a la represión, especialmente al considerar que solo en el año 1999 se despenalizó la sodomía entre mayores de edad.

En la época precolombina los diversos pueblos indígenas consideraban la homosexualidad de diversas formas. El caso más relevante, en nuestra historia, es el de los mapuches, quienes consideraban la sexualidad como equivalente entre hombres y mujeres. Los machis eran generalmente hombres, y se vestían con características femeninas, ya que ese género tenía el poder espiritual, y ellos practicaban la homosexualidad de forma pasiva.

Luego con la llegada de los españoles la homosexualidad quedó prohibida y sancionada, siguiendo las reglas establecidas por la iglesia católica. Lo anterior influyó a las culturas indígenas, donde los machis mapuches fueron reemplazados por mujeres, y donde se empezó a castigar la sodomía.

⁵² SUBCOMISIÓN EPISCOPAL PARA LA FAMILIA Y DEFENSA DE LA VIDA. (26 de diciembre de 2004). *Hombre y Mujer los creó*. Nota con motivo de la Jornada por la Familia y por la Vida, pp 5-6.

⁵³ (SUBCOMISIÓN EPISCOPAL PARA LA FAMILIA Y DEFENSA DE LA VIDA. 26 de diciembre de 2004. p 6).

En la época de la independencia de Chile no hubo un alejamiento de las enseñanzas impuestas por los conquistadores españoles, y se mantuvo el rechazo a la homosexualidad, pero se cambió a un enfoque “científico”, y se dejó de considerar como pecado, pasando a ser una enfermedad. Así, en el Código Penal de 1875 se tipificó el delito de sodomía en su artículo 365.

En el siglo XX comienza una lenta aceptación de la homosexualidad, de la mano de procesos de liberación en Europa, ello se podía apreciar en la aristocracia chilena, y con más fuerza en los círculos artísticos y literarios, pero hay que hacer notar que fuera de dichos círculos, se mantenía un rechazo constante, por lo que nunca fue visibilizado.

Si bien Chile no se caracteriza por ser un país progresista, tampoco lo hace por dedicarse a la represión de las personas LGBTI. Existe una excepción importante a lo anterior, la que se encuentra en la ley 11.625 del año 1954, durante el primer gobierno de Carlos Ibáñez del Campo, en ella se consideraban que ciertas “situaciones por las que atraviesan determinadas personas, que constituyen, realmente, un peligro para la sociedad y que son, por así decirlo, el caldo de cultivo de delincuentes, de gente que más tarde ha de cometer delitos”⁵⁴, siendo una de estas personas los homosexuales. Los homosexuales eran considerados enfermos, susceptibles de rehabilitación a través de su internación o sometidos a la vigilancia del Patronato de Reos.

Siguiendo con el aspecto histórico, la primera manifestación pública ocurrió el 22 de abril de 1973, donde los protagonistas eran un grupo de homosexuales cansados del abuso policial basada en la detención por ofensas a la moral y las buenas costumbres. “Un grupo de aproximadamente 25 homosexuales, de estrato popular, protestaron en la Plaza de Armas de la capital, iniciando de este modo una travesía en pro de las reivindicaciones del mundo gay de Chile.”⁵⁵ Dicha manifestación fue recibida con homofobia de parte de los medios de comunicación, donde destacó el diario Clarín.

⁵⁴ CHILE. (junio de 1954). Libro de sesiones ordinarias del Senado Tomo I, p. 294.

⁵⁵ ROBLES, V. (2008). *Bandera hueca: historia del movimiento homosexual de Chile*. Santiago, Chile. Editorial Arcis / Editorial Cuarto propio. p. 15.

Poco tiempo después se dio el golpe militar, y los activistas homosexuales debieron esperar mejores condiciones para continuar sus reivindicaciones, ya que eran parte de los grupos de especial persecución y represión. A pesar de ello surgieron las primeras organizaciones homosexuales, siendo la primera el Grupo Integración en 1977, luego Ayuquelén en 1984, primer grupo de lesbianas.

El 28 de junio de 1991, Día Internacional del Orgullo Gay, un grupo de homosexuales capitalinos se reunió con el fin de introducir el “tema gay” en el debate público nacional, acordando que las principales problemáticas a enfrentar eran: “El rechazo social, la educación sexual represiva, las violaciones la libertad individual, los problemas en el trabajo y las dificultades de acceso a la salud de portadores y enfermos de SIDA.”⁵⁶ En ese congreso se da vida al Movimiento de Liberación Homosexual Movilh.

De ahí se empezó una lucha para cambiar la legislación, específicamente el artículo 265 del Código Penal, donde se castigaba con cárcel la práctica de la sodomía entre hombres adultos. El movimiento homosexual logró la despenalización de la homosexualidad, restringiendo la sodomía al caso en que el sujeto pasivo fuera un varón menor de 18 años.

Con el paso de los años se han dado nuevos avances, como el primer proyecto de ley para establecer el pacto de unión civil entre personas del mismo sexo del año 2003, el proyecto de ley para legalizar el matrimonio homosexual del año 2010, llegando a la promulgación del Acuerdo de Unión Civil promulgado con fecha 13 de abril de 2015, antecedentes legislativos a los que se hará referencia en un capítulo posterior.

Todo lo anterior, evidencia la evolución que ha tenido la sociedad chilena respecto a la diversidad sexual, pero dicho progreso ha sido lento, especialmente si se analiza en comparación al derecho internacional. De lo cual resulta posible concluir que no existe gran avance en miras a evitar toda forma de discriminación, haciendo posible avanzar hacia una sociedad más igualitaria.

⁵⁶ (ROBLES, V. 2008. p. 34).

1.4. Análisis comparado

Con todo lo anteriormente expuesto, es evidente que el siglo XXI ha traído cambios en el mundo, los que responden a una nueva concepción de la vida y las personas, donde los derechos humanos han ganado un puesto preferente y han configurado un espacio en que la Igualdad y la No discriminación son principios rectores, absolutamente necesarios para permitir el desarrollo de las personas y que estas alcancen la mayor felicidad y satisfacción posible.

Esto no ha pasado desapercibido en las diversas naciones, por eso resulta útil realizar, aunque sea sucintamente, un análisis de las realidades de Argentina, Inglaterra y España, países que se dieron cuenta de los cambios que se estaban suscitando en la sociedad moderna y adecuaron su legislación a las exigencias del mundo actual. Y en ese panorama es imperante ver la situación de Chile, como ha avanzado en el reconocimiento de parejas LGBTI y su derecho a formar una familia, con el debido reconocimiento y protección legal. Y, en ese sentido, Chile no ha estado a la altura de los cambios progresivos que se han dado en varios países del mundo.

El problema que se da en Chile, es que se trata de imponer que existe solo una forma de hacer familia, que es la familia nuclear con un padre, una madre y un par de hijos, pero ese modelo era diferente hace más de 100 años, momento en que lo tradicional eran las familias extensas, ni tampoco lo es hoy en día cuando hay familias sin hijos, monoparentales y homo lesbo parentales, donde los hijos llegan a la familia por medio de la adopción o se emplean técnicas de reproducción asistida. A pesar de ello, en Chile se sigue pensando que la biología es el “mejor” origen del parentesco, y que la diferencia de los roles del padre y la madre son relevantes que la falta de uno necesariamente afectará el desarrollo integral de los hijos.

Más allá del debate respecto a la idoneidad de parejas LGBTI para criar niños, niñas y adolescentes, donde existen estudios que avalan cada postura posible (incluso las más extremas), lo cierto es que la realidad a nivel comparado ha mutado, se ha ido adaptando a las diversas formas de hacer familia, optando por reconocerlas y darles la protección que merecen, sin permitir discriminación indebida.

Pero Chile no se ha adecuado, y el mejor ejemplo de la insuficiencia que ha mostrado ante estas nuevas y diversas realidades, se ve en las uniones civiles o de hecho, donde Argentina las reguló en 2003 e Inglaterra en 2004, mientras que el Estado chileno vino a aprobar el AUC el año 2015, tras debatirlo durante varios años. Es inevitable preguntarse si es que acaso nuestro país no siente los cambios sociales o simplemente nuestro legislador no encuentra la necesidad de preocuparse de estos temas hasta que la presión se vuelva insoportable.

Chile se ha destacado por ser un país conservador, especialmente por fundamentos religiosos que se encuentran arraigados en la mayoría de la gente. No por nada se ha entendido que los evangelizadores españoles cumplieron extremadamente bien su cometido en América del sur, donde es posible encontrar a una Iglesia que frecuentemente da sus opiniones respecto a temas civiles y estas suelen ser escuchadas por gran parte de la población y también por los legisladores. En ese aspecto ni siquiera España, cuna de varias de nuestras creencias y leyes, se ha quedado atrás en este tema, muy por el contrario, las personas del mismo sexo pueden contraer matrimonio allí desde mediados del 2005.

¿Será que Chile no respeta los derechos humanos que parecen motivar a muchos otros países?

Si bien el Estado chileno da operatividad, en el artículo 5 de la Constitución Política de la República, a los tratados internacionales firmados y ratificados, parece no tener la costumbre de adecuar su ordenamiento interno a lo exigido por el derecho internacional. De hecho ha ratificado los principales tratados internacionales de derechos humanos, donde hay que destacar la Convención sobre los Derechos del Niño, según la cual se comprometió, por ejemplo, a protegerlos de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada o en su familia. Pero esto no ha sido suficiente para motivar al legislador a preocuparse de la situación de los hijos de familias homo lesbo parentales.

Es importante recordar que el Acuerdo de Unión Civil vino a ser el resultado final tras una serie de proyectos sobre dicha materia que se fueron presentando y discutiendo desde el año 2003. Algunos dirán que la larga tramitación se debe simplemente a que este es un país en vías de desarrollo, que no se encuentra preparado para cambios tan drásticos, pero dicho

argumento no puede ser considerado como válido cuando analizamos a Chile con ordenamientos comparados, y es que al lado de Argentina, e incluso Colombia, nos vemos retrasados en los procesos sociales de cambio. Y claro que podríamos mirarlo en un contexto más favorable, comparando con las realidades de Bolivia o África, pero esto no parece ser lo más adecuado ni justo, ya que Chile siempre apunta a estar a la altura de países desarrollados, tanto en aspectos económicos como de educación o seguridad pública, entonces cabe preguntarse ¿por qué cuando hablamos de temas sociales, como el matrimonio igualitario, deberíamos ocupar un estándar diferente? Simplemente no corresponde, y Chile debe compararse con los países más avanzados y apuntar al respeto y promoción de los derechos humanos de todas las personas, sin discriminación alguna.

El AUC, en el que se ahondara posteriormente, viene a subsanar, en cierta medida, esta despreocupación del legislador chileno, estableciendo la posibilidad de uniones civiles para las parejas LGBTI, permitiéndoles regular temas patrimoniales y previsionales. Pero hay un punto de especial relevancia, el AUC no regula la filiación, y de esa forma desconoce la realidad de las familias homo lesbo parentales, tanto las ya existentes como las que planifican incorporar hijos.

Y en verdad, un sector político estaba muy preocupado de asegurar todos los derechos necesarios para la mejor protección posible de las parejas LGBTI, mientras otro centraba su interés en evitar la discusión sobre el matrimonio igualitario. Y en ese sentido, el tratamiento de filiación no tuvo mucha cabida, o quizás simplemente se buscó y aseguró la no inclusión del tema al debate siquiera, ya que parece ser evidente que es más negociable regular temas patrimoniales, en lugar de luchar por terminar totalmente con la discriminación que sufren los niños, niñas y adolescentes de familias homo lesbo parentales.

En ese sentido, Claudia Amigo comenta que “no hay derecho de filiación igualitarios, los niños, niñas y niños criados en familias, sea por inseminación artificial, sea por una familia ensamblada que no tiene filiación propiamente reconocida, sea por co-adopción, ninguno de esos casos son protegidos. Entonces ¿que estamos haciendo?, el Consejo de infancia nos dijo

que en el AUC llegaron a un acuerdo con Movilh y dijeron hijos no, hijos afuera. Llegaron a un acuerdo poco democrático, anti democrático.”⁵⁷

Entonces nos encontramos con que Chile no solo se encuentra una o dos décadas retrasado en la regulación de la realidad de parejas LGBTI en comparación a otros países, sino también que el único instrumento existente, el AUC, no regula la posible filiación en estas familias, sea por hijos de relaciones anteriores, por adopción, o por técnicas de reproducción asistida.

Parece ser que los legisladores simplemente optaron por desconocer la realidad de las familias homo lesbo parentales y esto no logrará que desaparezcan, sino que el único resultado es continuar con la desprotección en la cual viven una serie de niños, niñas y adolescentes, que han visto vulnerados sus derechos humanos por una mera decisión política.

Ya se tomaron en consideración las realidades de Argentina, Inglaterra y España, y se apreció que la discusión respecto a los hijos de parejas LGBTI no paralizó el debate. En Inglaterra esto no se debió a una decisión conservadora o moralista al respecto, sino que siendo un tema fundamental ya había sido regulado con anterioridad, desde el 2002 que las parejas del mismo sexo podían adoptar y desde el 2008 podían acceder a técnicas de reproducción asistida, sin importar la falta de reconocimiento del matrimonio para dichas parejas. En tanto, en Argentina se persiguió obtener los mismos derechos y con el mismo nombre, y ahí no hay cabida para permitir una discriminación basada en la diferencia de sexo de los padres, sino que lo medular era asegurar el interés superior del niño en el caso concreto, buscar su mayor bienestar posible. Y en España también se apuntó a un matrimonio igualitario, que contase con los mismos derechos y reconocimiento a la filiación.

Y la regulación no fue en ningún caso discriminatoria para las parejas LGBTI, sino que se les reconocieron los mismos derechos y obligaciones que a las parejas heterosexuales. Porque lo importante, aunque al legislador parece olvidársele, no es el nombre que se le coloque a la institución o cuanto se niegue determinada realidad, sino que se está discutiendo sobre la vida de las personas, sobre sus derechos humanos y como la falta de reconocimiento

⁵⁷ AMIGO, C. (21 de febrero de 2017). Entrevista personal.

afecta la realización personal de ciertas personas, y lo más grave es que se está perpetuando una discriminación y desprotección para niños, niñas y adolescentes, que, teniendo el Estado el deber de protegerlos y asegurar su desarrollo en condiciones de igualdad y no discriminación, ven no reconocida a la totalidad de su familia y coartados sus derechos.

Si se revisa con un poco más de detalle el caso de las técnicas de reproducción asistida, de acuerdo al artículo 182 del Código Civil “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.”⁵⁸ Es de toda lógica que si dos mujeres se someten a dichas técnicas de reproducción, ambas sean consideradas como madres de ese hijo, pero esto no es así, sino que sólo se reconoce como madre a quien dio a luz al hijo, y la legislación no permite que ese niño tenga dos madres. Parece ser que la discriminación es evidente, y no obedece a fundamentos de derechos humanos, que son los más apropiados al momento de determinar el interés superior del niño.

Lo mismo ocurre en caso de hijos de parejas anteriores, donde una de las personas rechaza su vida y su nueva pareja es del mismo género. Para determinar a quién corresponde el cuidado personal de ese niño no puede ni debe tener cabida la orientación sexual de alguno de los padres, el foco debe estar puesto en quién es la persona más idónea para cuidar diariamente de ese niño. Y esto queda entregado al juez, donde no es infundado plantear la posibilidad de discrecionalidad, rayando en la arbitrariedad en la que pueden caer los jueces, ya que pueden ser motivados por sus visiones personales respecto al tema y pasar por alto el interés superior del niño. Sin ir más lejos tenemos el Caso Atala, donde, inicialmente, la Comisión Interamericana de derechos humanos, el año 2009, recomendó al Estado chileno que adoptase la legislación, políticas públicas, programas y directivas para prohibir y erradicar la discriminación basada en la orientación sexual, pero Chile no cumplió con esta recomendación y el año 2012 la Corte Interamericana de derechos humanos lo condenó, porque la Corte Suprema discriminó a la jueza Karen Atala, en virtud de su orientación sexual y le negó el cuidado personal de sus hijas.

⁵⁸ CHILE (2014). Código Civil. Artículo 182.

Y la Corte entiende que la interpretación de los tratados de derechos humanos acompaña la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales, es por ello que cuando el artículo 1.1 de la Convención establece la no discriminación por “cualquier otra condición social” se entiende incluida la orientación sexual como categoría de discriminación prohibida. Y Chile no discrimina notoriamente en virtud de la orientación sexual, pero sí parece ser evidente que tampoco se ha preocupado de asegurar la no discriminación, con políticas adecuadas y efectivas.

A Chile le queda mucho por avanzar, y se ha tomado su tiempo para abordar las discusiones que han surgido en el siglo XXI y es difícil imaginar un momento en que deje de hacerlo, pero es necesario tener presente que, como Estado, tiene una responsabilidad con sus habitantes y se ha comprometido a respetar la Libertad, Igualdad y No discriminación, tanto en su Constitución Política como en diversos tratados internacionales, por lo que solo se puede esperar que los legisladores se alejen de discusiones políticas, suscitadas por visiones personales del tema, y que avancen a una búsqueda real y efectiva del bien común para toda su población, sin discriminación alguna.

La institución de la familia es una de las que más ha cambiado en las últimas décadas, pero ello no se ha visto reflejado en nuestra legislación. Y es necesario que nuestro ordenamiento dé respuesta a las necesidades que plantean diversos sectores de la sociedad, pero es aún más fundamental que el Estado dé la protección debida a los niños y niñas, entendiendo que no afecta realmente la composición de la familia y si esta corresponde o no con los parámetros tradicionales de lo que debería ser, sino que lo realmente importante es que dentro de esa familia, sea cual sea su composición, se dé protección, afecto y estimulación.

El primer paso para Chile fue promulgar el Acuerdo de Unión Civil, con ello se dio reconocimiento legal a una realidad que en otros países ya tiene más de una década establecida. Y esto no se debe a que sea más importante la regulación de la pareja que la de los hijos, muy por el contrario, pero si costó más de 10 años permitir las uniones de hecho ¿cuántos años se tomará nuestro legislador para reconocer a las familias homo lesbo parentales y asegurarles el derecho a tener y criar hijos?

Y el paso a tomar, es asegurar el reconocimiento debido a los hijos de parejas LGBTI, realizando las modificaciones legales necesarias, con tal de asegurar el respeto de sus derechos, teniendo en cuenta como principio rector el interés superior del niño, sin permitir que sesgos políticos, religiosos o morales perpetúen la vulneración de los derechos humanos de los niños y niñas, que son parte de este nuevo tipo de familias.

CAPÍTULO II EL SISTEMA DE FILIACIÓN CHILENO Y SU APLICACIÓN A LA FAMILIA HOMO LESBO PARENTAL

¿Cuál es el sistema de filiación chileno y su aplicación a la familia homo lesbo parental?

El objetivo específico de este capítulo es analizar la realidad jurídica en el derecho chileno del sistema filiativo y aplicar dichas instituciones a familia homo lesbo parental, con el fin de generar un régimen uniforme para todos los tipos de familias.

La filiación es el vínculo jurídico que une a un hijo con su padre o con su madre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su inmediato descendiente, o sea, su descendiente en primer grado⁵⁹. También es entendida desde una perspectiva más amplia como el conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad y la maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia⁶⁰. Este concepto ha experimentado una evolución desde un fundamento en el vínculo de sangre, hasta entenderla como una relación fundamentalmente jurídica⁶¹, por lo que contemporáneamente la filiación ha sido entendida desde una perspectiva que escapa de la lógica tradicional y conservadora, para pasar a entenderse dentro de los marcos que entrega la sociedad, intentando alejarse de la idea de filiación supeditada al matrimonio.

2.1 Marco normativo de la filiación en Chile

A partir de la reforma constitucional del año 1998 que modificó el artículo 5° se entiende que es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos garantizados por la Carta Fundamental y por los Tratados Internacionales ratificados por Chile, por tanto,

⁵⁹ ROSSEL, E. (1994). *Manual de Derecho de Familia*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, séptima edición actualizada, p. 207.

⁶⁰ LÓPEZ, J. (1976). *La filiación*, Buenos Aires, Argentina. Depalma, p. 14.

⁶¹ GÓMEZ, M. (2007). *El sistema filiativo chileno*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. p.17.

las Declaraciones, Pactos, Convenciones y Tratados que se han señalado previamente, y que explícitamente garantizan la igualdad de los hijos y la prohibición de discriminación, no tienen solo un valor en sí mismos, sino aquel dado por la Constitución, teniendo el Estado chileno un rol esencial de garante de dichos derechos. Entre dichos instrumentos internacionales incorporados a la legislación nacional, destaca la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁶², cuyo artículo 2 consagra que “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

En esta misma línea, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶³, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶⁴, La Convención Americana sobre derechos Humanos⁶⁵, la Declaración de los Derechos del Niño⁶⁶ y la Convención de los Derechos del Niño⁶⁷, hacen todos referencia a la no discriminación y a la igualdad para todos los seres humanos desde su nacimiento, debiendo otorgarse iguales derechos a todos los hijos, independiente de las condiciones de su nacimiento.

La Convención de los Derechos del Niño, en el ámbito de filiación adquiere un rol fundamental, dado que es el primer código universal obligatorio que regula los derechos del niño⁶⁸, además tiene una norma expresa según la cual aquellos Estados que la firmaron deben adaptar su legislación interna a la Convención.

A nivel legislativo la filiación está consagrada en el Código Civil. Inicialmente se establecieron dos clases de hijos: legítimos e ilegítimos, de acuerdo a si fueron concebidos dentro o fuera del matrimonio. Dado el contexto de su promulgación, la filiación legítima recibió prerrogativas que los hijos de filiación ilegítima no tenían, lo que se tradujo en un importante goce de derechos, ya que lo que buscaba no era sino la protección del matrimonio y un incentivo a las personas a que contrajesen tal vínculo. Por otro lado, este menoscabo a los

⁶² GÓMEZ, M. (2007). *El sistema filiativo chileno*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. p. 27.

⁶³ Suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969, Publicado el 27 de mayo de 1989 en el Diario Oficial.

⁶⁴ Suscrito por Chile el 16 de diciembre de 1966 y publicado el 29 de abril de 1989 en el Diario Oficial.

⁶⁵ Suscrita por Chile el 22 de noviembre de 1969 y Publicada el 5 de enero de 1991 en el Diario Oficial.

⁶⁶ Suscrito por Chile el 18 de septiembre de 1970, Publicado el 27 de mayo de 1989 en el Diario Oficial

⁶⁷ Suscrita por Chile el 22 de noviembre de 1964 y Publicada el 5 de enero de 1991 en el Diario Oficial

⁶⁸ Suscrito por Chile el 9 de mayo de 1969, Publicado el 8 de mayo de 1989 en el Diario Oficial.

hijos de filiación ilegítima era el reflejo de una sociedad que buscaba demostrarles una connotación peyorativa, en cuanto su filiación se originaba en un acto que solo debía darse, de acuerdo a los cánones de la época, dentro del matrimonio.

Además en materia de investigación de la paternidad se desconocía la posibilidad de que los hijos tuviesen una acción propiamente tal para acceder a dicha investigación, entendiendo que solo el reconocimiento era capaz de producir el vínculo filial. La posibilidad de la “legitimación” posterior al matrimonio de los padres se entendía como una posibilidad limitada de acceder a los derechos que nacen de la filiación que tenían los hijos legítimos.

Así, se distinguió entre:

- Hijos de dañado ayuntamiento que eran aquellos nacidos de uniones ilícitas, como las incestuosas, adulterinas y sacrílegas.
- Hijos naturales, aquellos reconocidos por el padre o la madre con el propósito de otorgarles tal calidad.
- Hijos ilegítimos con derecho a alimentos necesarios, que eran aquellos que resultaban de un cierto reconocimiento tácito por no concurrir el padre a citaciones para confesar paternidad.

Con la Ley N° 19.585 se eliminó la distinción entre filiación legítima, natural e ilegítima, sin embargo, se decidió no prescindir de la distinción entre hijos matrimoniales y no matrimoniales, atendido a si nacen en el marco de un vínculo matrimonial o no. Se permite, como un elemento esencial, la investigación de la paternidad o maternidad, regulando la presentación en juicio de las nuevas pruebas biológicas, además se suprimió la distinción entre hijos legítimos y naturales. Se buscó igualar la condición jurídica de todos los hijos, señalando que no puede existir diferencia entre los derechos y obligaciones que nacen de la filiación, la igualdad se refiere a los efectos de la filiación (derechos alimenticios y hereditarios), pero no al estado civil en sí mismo considerado, que continúa teniendo una estructura interna diferenciada en las formas de determinación de la filiación, de impugnación, reclamación y repudiación, que se observan para los hijos matrimoniales y para los hijos no matrimoniales.

Las modificaciones introducidas por las leyes N° 19.585 y N° 19.620, determinó sustancialmente la estructura de la filiación:

1. Filiación por Naturaleza:
 - A. Determinada
 - a) Matrimonial;
 - b) No matrimonial;
 - c) Por fecundación mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida
 - B. No determinada.
2. Filiación Adoptiva. Esta filiación está regulada por la ley 19.620.

2.1.1. Filiación por naturaleza determinada

a) Filiación Matrimonial:

El artículo 179 señala que “La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial”, consiguientemente el artículo 180 establece que la filiación matrimonial se produce en los siguientes casos:

1. Cuando al tiempo de la concepción o del nacimiento del hijo exista matrimonio entre los padres
2. Cuando con posterioridad al nacimiento del hijo, los padres contraen matrimonio entre sí, siempre que a la fecha del matrimonio, la paternidad y la maternidad hayan estado previamente determinadas por los medios que el Código establece
3. Si la paternidad o la maternidad no estuviere determinada con anterioridad al matrimonio de sus padres, habrá filiación matrimonial si los padres han reconocido al hijo en el acto del matrimonio o durante su vigencia en la forma prescrita en el artículo 187.

Con lo anterior, se puede determinar que los elementos de la filiación matrimonial son la maternidad, paternidad y matrimonio.

b) Filiación no matrimonial:

En virtud del artículo 180 señala “*En los demás casos, la filiación es no matrimonial*”. Siendo los elementos de la filiación no matrimonial son sólo la paternidad, la maternidad o ambos.

- c) Por fecundación mediante la aplicación de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

El artículo 182 consagra dos ideas fundamentales, la primera es que padre y la madre de este hijo son el hombre y la mujer que se sometieron a la aplicación de dichas técnicas; y, por otra parte, que no se puede impugnar esta filiación; ni se admite reclamar una filiación diferente. De manera que si en la aplicación de estas técnicas se hubiere recurrido a un tercero (donante de espermios o de óvulos; o utilización de un útero ajeno) ni el hijo ni el tercero tendrían acción de reclamación de filiación. Y en la contraparte, ni los padres ni el hijo podrían impugnar esta filiación.

2.1.2 Filiación adoptiva

El artículo 179 inciso 2º establece que “la adopción, los derechos entre adoptante y adoptado y la filiación que pueda establecerse entre ellos, se rigen por la ley respectiva”. La adopción se encuentra regulada en la Ley N° 19.620, sobre Adopción de Menores.

2.1.3 Determinación de la filiación

1.- Determinación de la maternidad se regula en el artículo 183:

- a) 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; o
- b) Por el reconocimiento de la madre; y
- c) Por sentencia judicial firme, recaída en un juicio de filiación.

2.- Determinación de la filiación matrimonial:

- a) Por el nacimiento del hijo durante el matrimonio de sus padres, con tal que la maternidad y paternidad estén legalmente establecidas en conformidad con los artículos 183 y 184 del Código Civil, respectivamente. El artículo 183 señala a su vez que la maternidad queda legalmente determinada por el parto cuando la identidad del hijo y la madre constasen en Partida del Registro Civil o por reconocimiento o por sentencia firme en juicio de filiación.

b) Tratándose del hijo nacido antes de casarse sus padres, la filiación matrimonial queda determinada por la celebración del matrimonio, siempre que la maternidad y la paternidad estén ya determinadas por:

- El reconocimiento de los padres o,
- Por sentencia firme en juicio de filiación o,
- En caso contrario, por el último reconocimiento efectuado conforme a lo establecido en los artículos 187 y siguientes.

c) Por sentencia dictada en juicio de filiación, que debe subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo.

El artículo 184 del Código señala la presunción de paternidad *Pater is est*. “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”. No se aplica presunción respecto de los hijos que nacen antes de los 180 días subsiguientes al matrimonio si el marido o tuvo conocimiento del embarazo de la mujer al tiempo de casarse y desconoce judicialmente su paternidad. La forma de desconocer la presunción es la interposición de acción de desconocimiento de paternidad que se tramita en el plazo y forma de la acción de impugnación, pero no podrá ejercerse si por actos positivos ha reconocido al hijo después de nacido.

Es a través de esta reforma sustancial al sistema de filiación que es posible desprender diversos principios que informan tanto a la nueva legislación como a un nuevo paradigma del derecho de familia en Chile. El mismo mensaje ejecutivo señala que “la virtud esencial del proyecto que les presentamos es la de pretender armonizar nuestro sistema legal, con el derecho a la plena igualdad ante la ley, que nuestra carta fundamental reconoce y asegura a todas las personas, así como con los principios contenidos en los instrumentos internacionales relativos a los derechos esenciales de la persona, que los órganos del Estado se han comprometido no sólo a proteger, sino a promover”⁶⁹. Siendo reconocido expresamente el

⁶⁹ CHILE (10 de agosto de 1993). Mensaje del Ejecutivo, proyecto de ley N° 19.586. Cuenta en Sesión 25, Legislatura 326.

principio de igualdad de todos los hijos, impidiendo, por lo tanto, que sean discriminados cualquiera que sea la circunstancia de su nacimiento.

El segundo principio fundamental que se consagra en la ley N° 19.585 es el de la supremacía del interés superior del niño, siendo reconocido normativamente y como un criterio determinante, que deberá tener en cuenta el juez en sus diversas intervenciones⁷⁰, lo cual supone considerar al niño como sujeto de derecho, procurando su mayor realización espiritual y material posible, guiarlo en el ejercicio de sus derechos esenciales conforme su edad y desarrollo. El Estado y sus órganos deben garantizar estos derechos, adecuando la legislación chilena a la Convención de Derechos del Niño.

A pesar de que la conceptualización del principio no está claramente definido, se han establecido parámetros que permiten señalar que necesariamente su aplicación se circunscribe a la protección de los derechos de los niños, por sobre cualquier otra consideración. “Desde el reconocimiento explícito de un catálogo de derechos se superan las expresiones programáticas “del interés superior del niño” y es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos”⁷¹.

Finalmente, se reconoce como principio el derecho a la identidad, es decir que toda persona tiene derecho a conocer su origen biológico, pero también a pertenecer a una familia. Este derecho comprende elementos estáticos, destinados sustancialmente a no cambiar, como el nombre, el sexo, los datos respecto del nacimiento, la filiación; y dinámicos, referidos a lo que se denomina el patrimonio ideológico cultural de la personalidad, constituido por las experiencias pasadas, la condición presente y por sobre todo, las posiciones, las aspiraciones y convicciones ideológicas, políticas y morales de cada individuo. Comprende también que esta verdad personal sea así reconocida por las demás personas (la sociedad en su conjunto)⁷².

⁷⁰ VELOSO, P. (2010) *Principios fundamentales del nuevo estatuto de filiación*. 15 de agosto de 2014, de Veloso, Flores, Reyes. Estudio jurídico Sitio web: <http://www.velosoycia.cl/publicaciones.php>. p. 19.

⁷¹ CILLERO, M. (1999). *El interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, en “Infancia, Ley y Democracia en América Latina” Tomo I, Editorial Temis, Ediciones Deploma, Santa Fe de Bogotá, Buenos Aires. 2ª edición. p. 69.

⁷² (VELOSO, P. 2010. p. 27).

2.2 Sistema de filiación chileno aplicado a la familia homo lesbo parental

Resulta útil realizar un análisis de como aplica el marco normativo de la filiación en Chile en el caso de las familias homo lesbo parentales, si es que acaso es posible su aplicación en este sistema.

2.2.1. Filiación determinada por naturaleza

Dentro de la filiación determinada por naturaleza en las familias homo lesbo parentales solo sería posible hacer el símil en la filiación no matrimonial, dado que dentro del ordenamiento jurídico chileno no se reconoce el matrimonio entre parejas del mismo sexo. La filiación por naturaleza no matrimonial es posible ser aplicada dentro de las parejas del mismo sexo cuando uno de los miembros de la pareja tiene un hijo fruto de una relación anterior siempre que la filiación con ese hijo no este determinada no matrimonialmente. Para que este tipo de filiación esté presente no debería darse ninguno de los supuestos consagrados en el artículo 180 del Código Civil, cuyo inciso final señala “En los demás casos, la filiación es no matrimonial”, siendo los elementos de la filiación no matrimonial sólo la paternidad, la maternidad o ambos.

En el caso que el hijo tuviera la filiación determinada por uno solo de sus progenitores sería aplicable el estatuto al reconocimiento de hijos no matrimoniales voluntariamente para el otro miembro de la pareja homo lesbo parental. El reconocimiento voluntario se realiza, actualmente, mediante una declaración formulada con ese determinado objeto por el padre, la madre o ambos en virtud del artículo 187 del Código Civil, en acta extendida en cualquier tiempo, ante cualquier oficial del Registro Civil, por escritura pública o en acto testamentario.

2.2.2. Filiación adoptiva

La realidad chilena actualmente se circunscribe a la Ley N° 19.620, que establece la normativa sobre adopción de menores, estableciendo que la adopción es una, y que su efecto principal consiste en conferir al adoptado el “*estado civil de hijo de los adoptantes*” como señala el artículo 37 de dicha ley, con los mismos derechos que los hijos biológicos; esto

quiere decir que no existe excepción, distinción o discriminación alguna frente a los derechos del niño o niña.

Quienes pueden adoptar en Chile son, con prioridad, los matrimonios chilenos o extranjeros con residencia permanente en Chile, y, en el caso que no haya matrimonios interesados, los solteros, divorciados o viudos, chilenos o extranjeros con residencia permanente en el país; o también bajo el mismo supuesto pueden adoptar los cónyuges chilenos o extranjeros no residentes en Chile. Pueden adoptar también los abuelos del menor, así como el viudo o viuda que en vida del cónyuge difunto haya iniciado los trámites de adopción o bien que el difunto haya manifestado su voluntad de adoptar.

Como es posible notar, no se plantea en ninguna parte el acceso al proceso de adopción a parejas del mismo sexo, dado que se encuentra limitado para matrimonios, personas solteras o viudas. En la práctica las personas LGBTI podrían acceder a la adopción señalando que son solteros o en el caso de que sean viudos, pero solo se posibilita esta clase de adopción cuando no exista un matrimonio interesado en materializar la adopción de un niño determinado, exigiéndose además una estricta evaluación de idoneidad respecto del solicitante. En la práctica será complejo que una persona soltera logre adoptar un niño, niña o adolescente, esto debido a que en la gran mayoría de los casos habrá un matrimonio dispuesto a hacerlo, y como la misma norma lo señala, ellos tendrán preferencia.

El artículo 1º de la ley, señala que el objeto de la adopción es “velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen”. No hay razón de peso para descartar a priori a las parejas del mismo sexo que quieren adoptar, las familias homo lesbo parentales se encuentran en plena armonía con todos estos propósitos, por lo que su segregación no solo perjudica a las parejas, si no a los niños que podrían tener acceso a una familia que les brinde todos los cuidados y garantías para su desarrollo integral. Por ello es que es perfectamente posible circunscribir la adopción homo lesbo parental perfectamente dentro de la legislación que regula el proceso de adopción.

Cabe señalar además el supuesto que consagra la misma ley N° 19.620 que regula la adopción del hijo del cónyuge que sólo tiene la filiación determinada respecto de éste. Se remite directamente al procedimiento contemplado en Título III de la Ley, artículo 11 inciso 1°. Esta ley permite la posibilidad de adopción de un hijo incluso si este cuenta con reconocimiento por ambos padres o filiación matrimonial en el caso de los cónyuges, supeditándolo al consentimiento de aquel que perderá la filiación, pero permitiendo que incluso en ausencia u oposición sea el juez quien pueda decidir si el menor es susceptible de ser adoptado. Por lo que parece ser necesario, para evitar discriminaciones arbitrarias y contrarias al interés superior del niño, que se dé esta posibilidad a las parejas del mismo sexo incluyendo a los convivientes civiles dentro de la regulación pertinente.

2.2.3. Técnicas de reproducción asistida

El último tipo de fecundación determinada es aquella por técnicas de reproducción asistida (TRA) que son todas aquellas técnicas mediante las cuales se trata de aproximar en forma artificial a los gametos femeninos (óvulos) y masculinos (espermatozoides) con el objeto de favorecer el embarazo. Las Técnicas de Reproducción Asistida se pueden clasificar en:

- De baja Complejidad. Cuando la unión entre óvulo y espermatozoide se realiza dentro de la trompa de Falopio.
- De alta Complejidad. Cuando la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar en el laboratorio, lo que implica la necesidad de extraer los óvulos del organismo de la mujer.⁷³

Están reguladas en el artículo 182 del Código Civil, que señala que se considera padre y madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción asistida al hombre y mujer que se sometieron a ellas, y que no podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente por aquellos que se sometieron a las técnicas de reproducción asistida, ni reclamarse una distinta por terceros.

⁷³ NASCENTIS. (2014). *Técnicas de reproducción asistida*. 26 de julio de 2016. Sitio web: http://www.nascentis.com/tecnicas_reproduccion_asistida.

Actualmente no se reconoce jurídicamente a parejas del mismo sexo que se someten a reproducción asistida, generando una discriminación, porque a cualquier pareja heterosexual que se somete a fertilización asistida se le reconoce legalmente a ambos sus vínculos de filiación respecto a los hijos o hijas que nazcan producto del tratamiento de fertilización, independiente de quién aporta el material genético y tenga el vínculo biológico. Lo anterior resulta respecto de parejas del mismo, que en la práctica uno de los padres o madres deba optar por el reconocimiento dejando al otro en la completa desprotección jurídica del vínculo filiativo.

2.2.4. Amplitud probatoria

Dentro de las acciones de filiación se admite la amplitud probatoria, y en ella se encuentra la institución de la Posesión Notoria de la calidad de hijo, que se utiliza cuando “su padre, madre o ambos lo han tratado como hijo, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, y presentarlo en ese carácter ante sus amigos, y que éstos y el vecindario lo hayan reputado y reconocido como tal”, como señala el inciso 2º del artículo 200 del Código Civil. La posesión notoria de la calidad de hijo servirá también para que el juez tenga por suficientemente acreditada la filiación, siempre que haya durado a lo menos cinco años prevaleciendo incluso sobre las pruebas de ADN, salvo que se pruebe la inconveniencia para el hijo de aplicar la regla anterior.

Esta institución, resulta del todo posible extenderla a las parejas del mismo sexo de modo que el espíritu de la norma sea realmente respetado, que es el que la paternidad sea amparada por el derecho en cuanto sea la realidad más allá de un vínculo meramente biológico. Dentro de la misma línea, en una de las propuestas que el Movilh entregó para mejorar el proyecto AVP, se contemplaba modificar el inciso segundo del artículo 1º señalando “En caso de muerte del conviviente que sea madre o padre de niño o niños criados en el hogar común y siempre que el interés superior del niño así lo exija, podrá aplicarse la posesión notoria de la calidad de hijo dispuesta en el artículo 200 del Código Civil entre el conviviente sobreviviente y el o los hijos del difunto, ello en la medida que no existan vínculos de filiación entre éstos y padre o madre vivo, que éste o ésta no sea habido, o bien que a juicio del tribunal se encontrare impedido para ejercer el cuidado personal del niño por

motivo grave e irreversible”, utilizando la institución la posesión notoria de la calidad de hijo como un medio de remediar la inestabilidad jurídica en que quedan los hijos de parejas homo lesbo parentales que no tienen acceso al reconocimiento de ambos padres⁷⁴.

⁷⁴ AMIGO, C. (2013). *Predicción Allamand: AVC fracasado = Matrimonio igualitario inminente*. 2 de agosto de 2017, de El quinto poder Sitio web: <http://www.elquintopoder.cl/politica/prediccion-allamand-avc-fracasado-matrimonio-igualitario-inminente>.

CAPÍTULO III PERSONAS LGBTI Y LA FAMILIA HOMO LESBO PARENTAL EN CHILE

¿Cuál es la situación actual de Chile con respecto al reconocimiento, tanto legislativo como jurisprudencial, de la familia homo lesbo parental?

El objetivo específico de este capítulo es analizar, en general, el avance que ha tenido el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI y, en particular, la familia homo lesbo parental, tanto a nivel legislativo como jurisprudencial.

La discusión sobre la igualdad de derechos de las personas LGBTI se ha convertido, actualmente, en un elemento central en la problemática del respeto a los derechos humanos. Chile pasó a ser un país que sancionaba la homosexualidad penalmente, a uno en vías de incorporar a todos los ciudadanos, sin discriminación por orientación sexual, a la vida política y nacional, y donde se pretende que la igualdad sea una realidad. Pero la mayoría de los procesos de cambio son lentos, y ha sido complejo adaptar la legislación nacional a los cambios sociales que han ocurrido en el mundo, siendo el matrimonio igualitario una deuda pendiente con las personas LGBTI, pero aún más importante, y grave, es la falta de reconocimiento de la “familia homo lesbo parental” como institución dentro de la sociedad. La legislación sobre filiación de nuestro país, como se vio en el capítulo anterior, es evidencia de lo anterior, ya que, pese a los cambios sustanciales que se dieron con la ley N° 19.585, los hijos de parejas homo lesbo parentales no son reconocidos como tales.

Es fundamental analizar cuál es la situación actual chilena en materia de reconocimiento de los derechos de los hijos de familias homo lesbo parentales, para poder, posteriormente, ver como dicha regulación posiblemente atenta contra los derechos de estos niños y las modificaciones pendientes para que todos los niños, niñas y adolescentes tengan el mismo derecho a tener una familia y que sea reconocida como tal.

3.1 Homosexualidad y Homo lesbo parentalidad

Recordemos que la American Psychological Association señala que orientación sexual se refiere a un patrón perdurable de atracciones emocionales, románticas y/o sexuales hacia hombres, mujeres o ambos sexos⁷⁵. Generalmente se clasifica en tres categorías: heterosexual, bisexual y homosexual, dándose dentro de estas dos últimas la posibilidad de establecer relaciones afectivas con personas del mismo sexo.

Se han distinguido, a través del tiempo, diversas teorías sobre la homosexualidad, siendo la más aceptada aquella que considera que el comportamiento homosexual es equiparable al heterosexual, donde, gracias a décadas de investigaciones y experiencia clínica, prácticamente todas las organizaciones médicas y de salud mental de Estados Unidos han concluido que estas orientaciones representan formas normales de la experiencia humana, las relaciones lesbianas, gay y bisexuales son formas normales del vínculo humano.⁷⁶

Bajo esa mirada, los problemas más complejos y debatidos los presentan, por una parte, el reconocimiento legal de la cohabitación o convivencia entre personas del mismo sexo y su eventual asimilación al matrimonio, y, por otra, el derecho a tener hijos reconocidos legalmente, es decir, el derecho a formar una familia homo lesbo parental reconocida por el ordenamiento jurídico, cuya falta de regulación ha traído graves consecuencias no solo para las parejas, sino también para sus hijos.

El término “homo lesbo parentalidad” fue creado en Francia en 1977 para denominar aquella relación familiar que se da cuando un adulto identificado como homosexual es al mismo tiempo padre de un menor⁷⁷. Familia homo lesbo parental es aquella en que una pareja de hombres o una pareja de mujeres, respectivamente, se convierten en padres o madres

⁷⁵ AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION. (2012). *Answers to your questions: For a better understanding of sexual orientation and homosexuality*. 26 de junio de 2014, de Washington, DC Sitio web: <http://www.apa.org/topics/sexuality/orientacion.pdf>, p. 1.

⁷⁶ (AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION. 2012. p.3.)

⁷⁷ GROSS, M. (2012). *Qu'est-ce que l'homo lesbo parentalité*. Paris, Francia: Petit Bibliothèque Payot

de uno o más niños. Esto puede ser a través de la adopción, técnicas de reproducción asistida, maternidad subrogada o una de las personas de la pareja tiene un hijo de una relación anterior.

En la actualidad se está produciendo una discusión sobre el grado de protección que deben tener las distintas formas de constituir familia. Las uniones heterosexuales gozan de legitimidad garantizada dentro del sistema, lo cual no ha sucedido con las parejas del mismo sexo, sin considerar que diversos estudios científicos han establecido que las familias homolesbo parentales poseen las mismas capacidades para criar hijos e hijas que una pareja heterosexual, así la escuela de Derecho de la Universidad de Columbia escribe que “we identified 79 scholarly studies that met our criteria for adding to knowledge about the wellbeing of children with gay or lesbian parents. Of those studies, 75 concluded that children of gay or lesbian parents fare no worse than other children (...) this research forms an overwhelming scholarly consensus, based on over three decades of peer-reviewed research, that having a gay or lesbian parent does not harm a children”⁷⁸. En noviembre del año 2002 la American Psychiatric Association en su estudio “Adoption and co-parenting of children by same-sex couples” avaló, con todos sus derechos legales, beneficios y responsabilidades, que a las personas homosexuales se les permita adoptar menores, ya sea solos o como pareja. En la misma línea se pronuncian la American Psychological Association; American Academy of Pediatrics y la American Psychoanalytic Association.⁷⁹

⁷⁸ COLUMBIA LAW SCHOOL. (marzo de 2017). *What does the scholarly research say about the wellbeing of children with gay or lesbian parents?* 15 de octubre de 2017, de The Public Policy Research Portal Sitio web: <http://whatweknow.law.columbia.edu/topics/lgbt-equality/what-does-the-scholarly-research-say-about-the-wellbeing-of-children-with-gay-or-lesbian-parents/>.

En el mismo sitio web se pueden consultar todos los estudios relevantes.

⁷⁹ En 1976 la American Psychological Association (APA) adoptó una resolución donde destacaba que ni el sexo ni la identidad de género ni la orientación sexual son motivos que impiden la adopción, del mismo modo que no deben ser variables que retiren la custodia.

En 1995 el APA publica *Lesbian and Gay Parenting: A resource for psychologists*, proporcionando una bibliografía comentada de investigaciones psicológicas. En resumen se concluye que los resultados de las investigaciones señalan que los padres heterosexuales y los padres homosexuales crían a sus hijos de forma muy semejante, no apoyando los datos los estereotipos sociales.

En el año 2000, la American Psychiatric Association apoyó el derecho legal de las uniones del mismo sexo, reconociendo sus derechos, beneficios y responsabilidades, destacando su apoyo a la adopción y a la adopción compartida.

En febrero de 2002, el informe elaborado por la American Academy of Pediatrics dio su apoyo a la adopción por padres gay y madres lesbianas así como a la legalización de la co-parentalidad.

En mayo de 2002 la posición de la American Psychoanalytic Association también dio su apoyo a la adopción, destacando las competencias de los padres gay y lesbianas.

Muchas parejas del mismo sexo a nivel mundial son, o quieren ser, padres o madres. Así, el Censo del 2010 en los Estado Unidos mostraba que habían 594.000 hogares con parejas del mismo sexo, de ellas 115.000 reportaron tener un hijo⁸⁰. Esta realidad en Chile aún no se ha llevado a estadísticas, por ejemplo el Censo del 2012 solo determinó que 14.229 hombres y 20.747 mujeres conviven con pareja del mismo sexo⁸¹, pero dicho instrumento no se preocupó de determinar cuántas de estas parejas tenían hijos, por lo que sería necesario una estadística oficial que contemple a estas familias, para evaluar su situación actual y real.

Grande es la controversia en los últimos años en Chile, respecto al bienestar de hijos de parejas homo lesbo parentales. Tanto en la opinión pública como en los medios de comunicación, se ha discutido largamente acerca de las capacidades de una persona LGBTI para criar a sus propios hijos, la orientación sexual que sus hijos desarrollan, y como el rechazo de la sociedad podría afectarlos. Lo cierto es, como se estableció anteriormente, que la investigación científica ha mostrado que padres gays y madres lesbianas son tan capaces y adecuados como los padres heterosexuales, y, en cualquier caso, los hijos siempre se benefician de ser criados por dos progenitores en una unión legalmente reconocida, así lo entendió la Corte Suprema de California “the exclusion of same-sex couples from the designation of marriage works a real and appreciable harm upon same-sex couples and their children (...) because of the long and celebrated history of the term ‘marriage’ and the widespread understanding that this word describes a family relationship unreservedly sanctioned by the community, the statutory provisions that continue to limit access to this designation exclusively to opposite-sex couples – while providing only a novel, alternative institution for same-sex couples – likely will be viewed as an official statement that the family relationship of same-sex couples is not of comparable stature or equal dignity to the family relationship of opposite-sex couples”⁸².

⁸⁰ THE U.S. CENSUS BUREAU. (septiembre de 2011). *Same-Sex Couple Households*. 16 de junio de 2017, de U.S. Department of Commerce Economics and Statistics Administration U.S. CENSUS BUREAU American Community Survey Briefs Sitio web: <http://www.census.gov/prod/2011pubs/acsbr10-03.pdf>

⁸¹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. (2012). *Síntesis de Resultados*. 15 de julio de 2017, de Sitio web: http://estudios.anda.cl/recursos/censo_2012.pdf, p. 13.

⁸² THE CALIFORNIA SUPREME COURT. (2008). In re MARRIAGE CASES. 16 de junio de 2017, de California Judicial Branch Sitio web: <http://www.courts.ca.gov/documents/S147999.pdf>, pp. 117 y 118.

En dicho contexto, resulta interesante analizar los resultados de la Encuesta Nacional UDP 2010, representativa del 74% de la población nacional, dónde se les consultó a los entrevistados respecto a las distintas estructuras familiares posibles y la tolerancia frente a la homosexualidad. En relación con el tema de la homosexualidad, las cifras muestran que, si bien existe mayor aceptación por parte de los chilenos, hay aspectos frente a los cuales la sociedad todavía tiene una posición conservadora. Al consultar si consideran la homosexualidad como una opción tan válida como cualquier otra, el 54,7% se manifestó a favor; al consultar si las parejas homosexuales deberían tener derecho a contraer matrimonio, sólo un 33,8% se mostró de acuerdo. La cifra desciende aún más al consultarles si creen que una pareja del mismo sexo pueden criar un niño tan bien como una pareja heterosexual, con un 29,2% de aprobación en el caso de las parejas de lesbianas, y un 23,3% en el caso de las parejas gay. Finalmente, la posibilidad de que las parejas homosexuales tengan derecho a adoptar hijos es la que recibe menos aprobación, con solo un 22,5%.⁸³

El estudio “Percepciones en Torno a la Diversidad Sexual” de julio del año 2014 realizado por el Instituto Nacional de la Juventud (Injuv), entre otros aspectos, determinó que el 84% de los jóvenes encuestados afirma que la homosexualidad es una orientación sexual tan válida como cualquier otra. Según datos del sondeo, el 70% está de acuerdo con el matrimonio homosexual y el 79%, con legalizar las uniones de hecho entre parejas del mismo sexo. Si bien el estudio muestra una mayor aceptación a nivel general, los índices de tolerancia igualmente decaen cuando se trata de la adopción por parte de parejas del mismo sexo. El 64% admite estar de acuerdo con permitir la adopción de hijos por parte de una pareja de hombres, aceptación que es mayor cuando se trata de parejas lesbianas (70%). Las opiniones más tolerantes se manifiestan en jóvenes de nivel socioeconómico alto. Así se hace la relación de que a mayor nivel cultural más aceptación, de hecho, al segregar las cifras por estrato social lo anterior queda evidenciado, por ejemplo, el 74% de los jóvenes del estrato alto está de acuerdo con el matrimonio homosexual, versus el 64% del estrato bajo⁸⁴.

⁸³ INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN EN CIENCIAS SOCIALES. (2010). *Chile 2010: Percepciones y actitudes sociales*. 17 de septiembre de 2017, de Facultad de Ciencias Sociales e Historia de la Universidad Diego Portales Sitio web: <http://encuesta.udp.cl/descargas/banco%20de%20datos/2010/Principales%20Resultados%202010.pdf>.

⁸⁴ INJUV. (julio 2014) Percepciones en Torno a la Diversidad Sexual. 17 de octubre de 2014. De Injuv Sitio web: http://www.injuv.gob.cl/portal/wp-content/files_mf/sondeodiversidadsexual.pdf

Concluyendo, anteriormente fue analizada la historia de las personas LGBTI en Chile, y la falta de desarrollo de una legislación de familia que les incluya cabalmente, pero es necesario hacer una evaluación pormenorizada de los diversos casos, proyectos y leyes.

3.2 Antecedentes legislativos del reconocimiento de la familia homo lesbo parental

En Chile, durante los últimos años, ha existido cierto movimiento legislativo con el objetivo de lograr el reconocimiento jurídico de los derechos de las personas LGBTI y, eventualmente, el de las familias homo lesbo parentales. El Congreso nacional ha discutido durante varios años diversas propuestas presentadas por parlamentarios en el Senado y la Cámara de Diputados.

3.2.1. Primeros avances

El senador independiente Carlos Bianchi presentó el 19 de diciembre de 2007 un proyecto de ley que regula la celebración del contrato de unión civil y sus consecuencias patrimoniales⁸⁵, previniendo que el matrimonio es y debe ser la única forma de establecer lo que comúnmente denominamos “familia”, señala, sin embargo, que hay otras formas de relación afectiva, que no involucran el concepto de familia pero sí requieren reconocimiento y protección legal en especial para aquel contratante más débil que muchas veces se ve involucrado en una relación de la cual sale extremadamente perjudicado y sin ningún tipo de derecho. La iniciativa planteó la creación de una figura legal que proteja y ampare otro tipo de relaciones afectivas de pareja que se están dando en nuestra sociedad, dejando de lado la posibilidad de instaurarse como una alternativa al matrimonio, al momento de querer constituir una familia en los términos constitucionalmente entendidos. El proyecto actualmente se encuentra archivado en virtud del artículo 36 bis, inciso segundo, del Reglamento del Senado que establece que transcurrido el plazo de dos años sin que la Comisión se hubiere pronunciado sobre los asuntos sometidos a su conocimiento, éstos pasarán automáticamente al archivo.

⁸⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (diciembre de 2007). Boletín 5623-07 “Regula la celebración del contrato de unión civil y sus consecuencias patrimoniales.”

El Senador Carlos Ominami presentó en enero del año 2008 el único proyecto de ley que busca la protección del menor y el reconocimiento de los derechos del hijo sin importar la orientación sexual de su progenitor, pretendiendo modificaciones al Código Civil, a la ley N° 19.968 que crea los tribunales de familia y a la ley N° 16.618 de menores⁸⁶.

Se establecen las siguientes modificaciones al Código Civil:

1. Agregar al artículo 225, el siguiente inciso tercero nuevo, pasando a ser el actual inciso tercero el cuarto: “No se comprende dentro de las inhabilidades para ejercer el cuidado personal del menor, la orientación sexual diversa de la madre, padre o adulto que ejerza o pueda ejercer, de acuerdo con las reglas generales, este cuidado. Tampoco será causal de inhabilidad el hecho que quien detente o pueda detentar, el cuidado personal del niño mantenga o no alguna relación con otra persona de su mismo sexo, ya sea en la esfera de su vida privada o pública.”
2. Modificar el artículo 229 del Código Civil, agregando el siguiente inciso final nuevo: “No será causal fundada para suspender o restringir este derecho, la orientación sexual diversa de la madre o del padre, sea que mantenga o no alguna relación, ya sea en la esfera de su vida privada o pública, con otra persona de su mismo sexo.”
3. Incorporar el siguiente inciso final al artículo 244 del Código Civil: “No será causal para suspender, restringir o privar de este derecho a quien lo detente, su orientación sexual diversa, sea que mantenga o no alguna relación, ya sea en la esfera de su vida privada o pública, con otra persona de su mismo sexo.”

Las modificaciones a la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia son en el siguiente sentido:

1. Nuevo inciso segundo del artículo 341 incorporando: “La prueba de la orientación sexual diversa de alguna de las partes, sea que se manifieste en la esfera de su vida privada o pública, no será considerada en la sentencia como fundamento para

⁸⁶ OMINAMI, C. (2008). *Proyecto de ley que modifica el Código Civil, la Ley N° 19.968 que crea los tribunales de Familia y la Ley N° 16.618 de menores en miras de asegurar una efectiva protección de los derechos y deberes que emanan de la filiación.* 15 de junio de 2017, de Movilh Sitio web: http://www.movilh.cl/documentacion/tuicion_madres_y_padres_homosexuales.pdf

restringir, suspender o privar de algún derecho con respecto del menor, a aquel contra quien resulte probada dicha orientación.”

Finalmente, las modificaciones a la Ley N° 16.618 de menores:

1. Intercálese en el inciso segundo del artículo 16 bis, después del (.) seguido y antes de la frase “De la misma forma procederá respecto de un menor de dieciséis años imputado de haber cometido una falta.”, la siguiente frase: “No será motivo suficiente para que Carabineros de Chile ejerza esta función, la sola orientación sexual diversa de los miembros de su familia, de algún miembro de la familia o de quien ejerce el cuidado del menor, sea que se manifieste en la esfera de su vida privada o pública dicha orientación.”

De esta forma el senador entendió que no es dable permitir discriminación en razón de orientación sexual, y lo que debe predominar es la protección del interés superior del hijo o hija.

En agosto del año 2008 el Diputado Marco Enríquez-Ominami presentó una moción con el objetivo de introducir un proyecto de ley que modifique el artículo 102 del Código Civil en relación con el concepto de matrimonio⁸⁷ señalando que el objetivo era cambiar el actual concepto de matrimonio dispuesto en el Código Civil. Se buscaba eliminar el requisito de que los contrayentes deban ser un hombre y una mujer, es decir, personas de diferentes sexos, pretendiendo extender la institución del matrimonio a las parejas del mismo sexo. El proyecto no se refiere específicamente a las familias homo lesbo parentales ni a la situación de sus hijos, es decir, solo establece la modificación respecto al matrimonio. El proyecto de ley actualmente se encuentra archivado por el Oficio N° 10-2010 de la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados.

La Cámara de Diputados tramita desde el 2009 un proyecto presentado por, el entonces diputado y actual Senador del Partido Socialista, Fulvio Rossi, llamado “Pacto de

⁸⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (19 de agosto de 2009) Boletín 5633-07 “Modifica el artículo 102 del Código Civil en relación al concepto de matrimonio.”

Unión Civil”⁸⁸ con el apoyo de académicos de diversas universidades y del Movimiento por la Liberación Homosexual, que buscaba tener una regulación compleja del reconocimiento de forma de vida de las minorías sexuales, aunque sin las características del matrimonio civil. Se señala en el proyecto de ley que el Pacto de Unión Civil es "un contrato celebrado por dos personas naturales, de sexo diferente o del mismo sexo, para organizar su vida en común"⁸⁹, pudiendo extrapolar el reconocimiento a las parejas de hecho homosexuales o heterosexuales, pero sin tener ninguna incidencia en su estado civil y en las reglas de filiación aplicables a los padres que celebren el acuerdo. El proyecto apunta a una regulación de las parejas pero no entra específicamente al tema de la filiación de los niños, niñas y adolescentes hijos de aquellos que celebren el pacto de unión civil.

Se presentó una moción el 10 de marzo de 2010 por el senador del Partido por la Democracia Guido Girardi, junto al entonces senador independiente Carlos Ominami⁹⁰, con el objetivo de Regular los Pactos de Uniones Civiles, en base al principio de igualdad ante la ley consagrado en la Constitución de Chile. La iniciativa señala que se busca regular la nueva realidad de la sociedad chilena bajo la denominación de Pacto de Unión Civil, para las personas del mismo sexo así como para las personas de distinto sexo, que deciden formar hogares y compartir sus vidas sin estar unidos en matrimonio. El proyecto establece que en ningún caso se busca asimilar el Pacto de Unión Civil al matrimonio, sino declarar los derechos y deberes de convivencia básicos y patrimoniales, es decir, tiene un fin de protección de los convivientes más que de la familia con hijos. El proyecto se encuentra archivado en virtud del artículo 36 bis, inciso segundo, del Reglamento del Senado.

Motivado por la promesa de campaña del ex presidente Sebastián Piñera, el ex senador de Renovación Nacional Andrés Allamand presentó el 29 de junio de 2010, el documento conocido como “Acuerdo de Vida en Común” o por su sigla: AVC. El proyecto, calificaba como una “exigencia social” hacerse cargo de la situación de innumerables parejas que llevan una vida en común, sin resguardo legal en cuanto a sus derechos de acceso a la salud,

⁸⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (27 de octubre de 2009) Boletín 6735-07 “Establece un Pacto de Unión Civil.”

⁸⁹ (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2009 Boletín 6735-07 Artículo 1792-28).

⁹⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (10 de marzo de 2010) Boletín 6846-07 “Regula los pactos de uniones civiles.”

previsión, herencia u otros beneficios sociales. El AVC fue formulado pensando en la figura del matrimonio exclusivamente a parejas de distinto sexo, señalando que “el ordenamiento jurídico que reserva el matrimonio para personas de distinto sexo, no puede ignorar a las parejas homosexuales y debe brindarles reconocimiento legal”⁹¹.

En ese sentido, comenta Claudia Amigo que “es una vergüenza que el AUC se demoró más de 4 años, siendo una ley que nació de Allamand. Un tipo extremadamente anti LGBTQI, que él elaborando el AVP, pensando en su distorsionando mente que esto iba a resguardar y proteger el matrimonio heterosexual, él nunca tuvo voluntad política de elaborar una ley igualitaria, le salió el tiro por la culata, pero sus intenciones jamás fueron la igualdad, siempre fueron en vista a proteger el matrimonio civil heterosexual, nunca fue para abrir la puerta o para extender derechos a la comunidad LGBTQI.”⁹²

En este mismo orden de ideas, en la Cámara de Diputados el 8 de septiembre del año 2010, un grupo de parlamentarios del Partido Renovación Nacional presentaron una moción para la modificación del artículo 1º de la Constitución que señala como un deber del Estado “resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender a su fortalecimiento”, de manera de incluir a continuación de esta frase el siguiente texto: “propender al fortalecimiento de toda unión de un hombre y una mujer realizada con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”, con el fin de excluir de la protección constitucional de la familia la creada por parejas del mismo sexo. Esta propuesta habría sido compatible con el Acuerdo de Vida en Común, ya que éste regula relaciones principalmente patrimoniales y no modifica la institución de la familia per se.

En agosto del año 2010, cuando se aprobó el matrimonio igualitario en Argentina, los senadores Fulvio Rossi y Guido Girardi ingresaron un proyecto para establecer la misma figura en Chile⁹³, considerando como insatisfactoria la definición legal de matrimonio como un contrato entre un hombre y una mujer, consagrada en el artículo 102 del Código Civil. El proyecto buscaba eliminar el requisito de que los contrayentes deban ser un hombre y una

⁹¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (10 de agosto de 2010) Boletín 7099-07 “Sobre el contrato de matrimonio entre personas del mismo sexo.”

⁹² (AMIGO, C. 2017, Entrevista personal).

⁹³ (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2009, Boletín 5633-07).

mujer y que la finalidad de la unión entre ambos sea la procreación. Actualmente el proyecto se encuentra archivado desde marzo del año 2014, por la comisión, en virtud del artículo 36 bis, inciso segundo, del Reglamento del Senado.

En agosto del año 2011, diputados de la Unión Demócrata Independiente se unieron a una iniciativa presentada por los entonces Ministros, Pablo Longueira y Andrés Chadwick, de consagrar constitucionalmente que el matrimonio es de manera indubitada entre un hombre y una mujer⁹⁴. Se señala en el proyecto que el objetivo de la reforma es el proteger, asegurar y garantizar el matrimonio como base de la familia, y que éste sólo puede tener como contrayentes a un hombre y una mujer. El proyecto actualmente se encuentra en el primer trámite constitucional siendo conocido por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados desde el año 2011.

3.2.2. Acuerdo de Unión Civil

El Acuerdo de Unión Civil (AUC) promulgado el año 2015 tuvo una larga historia de tramitación, y fue designado de diversas maneras.

La historia de la ley parte con el Acuerdo de Vida en Pareja, conocido también por su sigla AVP, fue una iniciativa impulsada por el Gobierno de Sebastián Piñera en el año 2011, que pretende regular los efectos jurídicos de una situación de convivencia para parejas, sin distinción de su orientación sexual. Se entiende como una unión civil nacida del contrato entre dos personas, del mismo o distinto sexo, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común. La propuesta presidencial planteó que el AVP podría ser celebrado por escritura pública ante notario o en el Registro Civil, por personas mayores de edad, que tengan libre administración de sus bienes, y contempla una comunidad de bienes y efectos patrimoniales, previsión social, pensiones y herencias, protección legal a los hijos. El proyecto de ley fue firmado por Sebastián Piñera el 9 de agosto de 2011, quien señaló “No

⁹⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (10 de marzo de 2010) Boletín 7869-07 “Reforma Constitucional que establece que el matrimonio es entre un hombre y una mujer.”

existe un sólo tipo de familia, existen múltiples formas y expresiones de familia (...) por lo que todas merecen respeto, merecen dignidad y van a tener el apoyo del Estado”⁹⁵.

En enero del año 2013, la Sala del Senado acogió la petición que realizó la Comisión de Constitución con el objeto de fusionar el proyecto del Ejecutivo que crea el Acuerdo de Vida en Pareja (AVP), con el que regula la figura contractual denominada Acuerdo de Vida en Común (AVC). El senador Hernán Larraín señaló al respecto que "La Comisión en forma mayoritaria, no unánime e incluso con el desacuerdo del Gobierno, acordó la fusión del proyecto porque consideramos que se trata de materias que tienen una raíz común que es la regulación de la situación jurídica de parejas del mismo sexo o de distinto sexo que no tienen hoy día un estatus legal y tratándose de materias afines, nos parece que no podemos dejar aquellas iniciativas de ley presentadas anteriormente por parlamentarios que digan relación con el mismo tema, porque se pierde el trabajo parlamentario"⁹⁶.

La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado aprobó la idea de legislar el proyecto sobre Acuerdo de Vida en Pareja en abril de 2013 y en marzo de 2014, el recién asumido Gobierno de Michelle Bachelet, anunció la suma urgencia al AVP con el fin de obtener su aprobación en el Poder Legislativo tras años de tramitación.

El 7 de octubre de 2014, se publican los Boletines N^{os} 7.873-07 y 7.011-07 sobre el Proyecto de Ley del Acuerdo de Vida en Pareja, considerando las modificaciones realizadas en la discusión parlamentaria. Es posible reconocer tres artículos que tendrían una aplicación a la protección de los hijos de las parejas que firmasen el AVP:

El primer artículo es:

Artículo 21.- Se presumen hijos del conviviente civil varón los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del acuerdo de vida en pareja y dentro de los trescientos días siguientes a su terminación.

⁹⁵ RADIO COOPERATIVA. (9 de agosto de 2011). *Piñera presentó Acuerdo de Vida en Pareja destacando a la familia como "fuente" de felicidad*. 20 de abril de 2016, de Radio Cooperativa Sitio web: <http://www.cooperativa.cl/noticias/sociedad/homosexualidad/union-civil/pinera-presento-acuerdo-de-vida-en-pareja-destacando-a-la-familia-como-fuente-de-felicidad/2011-08-09/115517.html>.

⁹⁶ EL MERCURIO. *Senado autoriza fusión de proyectos sobre acuerdo de vida en común* 12 de octubre de 2014 de emol Sitio web: <http://www.Emol.com>.

El segundo artículo es una modificación realizada al artículo 58 del decreto ley 3.500 de 1980:

a) Agrégase, en el inciso primero, la siguiente letra g):

“g) quince por ciento para el o la conviviente civil que cumpla los requisitos del artículo 7º, siempre que concurren hijos del o la causante con derecho a pensión, que no sean hijos comunes. Cuando no concurren dichos hijos o cuando éstos dejen de tener derecho a pensión, el porcentaje se elevará al mencionado en las letras a) o b) dependiendo de si no existen o existen hijos comunes con derecho a pensión, respectivamente. Cuando concurren hijos comunes con derecho a pensión del o la causante y adicionalmente existan hijos del o la causante con derecho a pensión, que no sean comunes con él o la conviviente civil, el porcentaje de éste o ésta será el establecido en la letra b) anterior, aumentándose al porcentaje establecido en la letra a) anterior, en caso que tanto los hijos comunes como los no comunes, dejen de tener derecho a pensión.”.

El tercer artículo, y más importante, es el 45 que modifica el artículo 226 del Código Civil introduciendo el siguiente inciso tercero:

“No obstante lo prescrito en el inciso precedente, el juez podrá entregar el cuidado personal del hijo al cónyuge o conviviente civil del padre o madre, siempre que hayan contribuido significativamente a su crianza y educación.”

Con lo anterior, es clara la escasa regulación que se le daba al tema del reconocimiento e igualdad de los hijos de parejas del mismo sexo en el AVP, la aplicación de estos artículos era sumamente cuestionable al no ser una regulación suficiente que sienta las bases para el reconocimiento de los derechos de estos hijos.

El 17 de diciembre de 2014 la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados acordó el cambio de nombre a Pacto de Unión Civil (PUC)⁹⁷, ello generó la reacción de la

⁹⁷ ALVARADO, J. (17 de diciembre de 2014). *Acuerdo de Vida en Pareja cambia de nombre: ahora se llamará "PUC"*. 18 de julio de 2017, de BioBioChile Sitio web: <http://www.biobiochile.cl/noticias/2014/12/17/acuerdo-de-vida-en-pareja-cambia-de-nombre-ahora-se-llamara-puc.shtml>.

Pontificia Universidad Católica (PUC)⁹⁸ que, al parecer, siente cierta posesión sobre el acrónimo y no quería ser vinculada con las uniones civiles, por lo que, tras presiones del rector Ignacio Sánchez, finalmente se estableció el nombre “Acuerdo de Unión Civil”.

El 28 de enero de 2015 se ofició la aprobación del informe de la Comisión mixta a la Cámara de origen. Siguió el trámite del Tribunal Constitucional que emitió su informe el 2 de abril del mismo año, finalizando el proceso con la promulgación el 13 de abril y posterior publicación el 21 del mismo mes de la Ley N° 20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil.

El AUC es un contrato celebrado entre dos personas que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente. Los contrayentes se denominan convivientes civiles y adquieren ese estado civil. Se celebra ante el Servicio de Registro Civil e Identificación, u otro lugar que fijen los contrayentes dentro del territorio jurisdiccional ante cualquier oficial, posteriormente se levanta un acta que debe ser firmada por el oficial civil y los contrayentes, quienes deben declarar no ser casados ni tener otro AUC vigente, finalmente el acta se tiene que inscribir en un registro especial llevado por el Registro Civil.

Los convivientes civiles tienen deberes de ayuda mutua; solventar los gastos generados por la vida en común según sus facultades económicas y el régimen patrimonial; conservan la administración de los bienes adquiridos antes y después de la celebración del contrato, salvo se pacte otra modalidad.

Tienen derechos hereditarios tal cual como el cónyuge sobreviviente y se le puede asignar la cuarta de mejoras, tiene derecho de adjudicación preferente y derechos de habitación y uso tal como el cónyuge sobreviviente según el artículo 1337 del Código Civil regla 10^a. Es procedente la institución de la compensación económica siempre que la separación sea por mutuo acuerdo, voluntad unilateral o nulidad judicial. Pueden ser carga del otro conviviente civil. Tiene derecho a la pensión de sobrevivencia o viudez.

⁹⁸ EL MOSTRADOR. (27 de enero de 2015). *La Universidad Católica consigue que el PUC cambie de nombre a Acuerdo de Unión Civil*. 18 de julio de 2017, de El mostrador Sitio web: <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2015/01/27/la-universidad-catolica-consigue-que-el-puc-cambie-de-de-nombre-a-acuerdo-de-union-civil/>.

En el tema de filiación el AUC no es una regulación apropiada ni suficiente. Solo reconoce a los convivientes civiles la posibilidad de ejercer el cuidado personal de los hijos del otro conviviente, siempre que medie sentencia judicial a su favor ante la incapacidad del otro progenitor.

3.2.3. Proyectos de ley en tramitación

A continuación, se mencionaran 4 proyectos de ley que se encuentran en tramitación en el Congreso, que reconocen, regulan o permiten la filiación en familias homo lesbo parentales. Se analizarán con mayor detención más adelante, al proponer formas de solución al problema actual.

1. Proyecto de ley que Regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo. Busca regular los derechos de filiación de hijos nacidos a través de Técnicas de Reproducción Asistida respecto de parejas de mujeres que se someten conjuntamente a ellas; regula el reconocimiento voluntario de maternidad a la madre que comparte la crianza de un niño, niña o adolescente sin filiación determinada; y finalmente adecua la legislación sobre adopción al acuerdo de unión civil, para que parejas de convivientes civiles puedan adoptar, incluyendo la adopción integrativa.
2. Proyecto de ley que modifica la Ley N° 19.620, para permitir la adopción por parte de los convivientes civiles, Con este proyecto se busca establecer y permitir la adopción y crianza por parte de parejas que hayan celebrado el AUC, con independencia del sexo de los contrayentes, sin que se les imponga la obligación de contraer la institución del matrimonio. Igual va por una línea parecida al proyecto anterior, pero regulando concretamente la adopción y no el resto de las formas de filiación.
3. Proyecto que Regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida, busca permitirle a parejas heterosexuales, del mismo sexo, estén casadas o unidas civilmente, y a personas solteras, acceder a la gestación por subrogación, siempre que no hayan podido obtener resultados por otras técnicas de reproducción asistida, y se resguarde que sea un sistema absolutamente altruista.

4. Proyecto de ley Matrimonio Igualitario que modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio de parejas del mismo sexo. Este proyecto busca, de forma poco exhaustiva y metódica, reconocer la familia en su diversidad actual, buscando su adecuada protección y fortalecimiento, sin discriminaciones arbitrarias en razón de orientación sexual de los padres, a través de permitir el acceso a la institución del matrimonio y el reconocimiento de las familias homo lesbo parentales. Es un proyecto poco exhaustivo y metódico, si bien es valorable la adecuación lingüística al término “progenitores”, no se modifican todos los artículos pertinentes del Código Civil ni de las otras leyes que tratan el tema. No se establece con claridad la posibilidad del reconocimiento voluntario para matrimonios de personas del mismo sexo. También se niega de plano la posibilidad de la pluriparentalidad, lo cual en Brasil y Argentina ya ha sido aceptado, por lo que Chile continúa con su patrón de atraso comparado. Respecto a la adopción, ella se limita a los matrimonios, dejando fuera a los convivientes civiles, lo cual no tiene fundamento moderno alguno. En lo relativo a las Técnicas de Reproducción Asistida, se contemplan para parejas de distinto sexo y parejas de mujeres, negando la posibilidad de la maternidad por subrogación para las parejas de hombres.

Todos estos sirven para demostrar un avance en la preocupación del legislador respecto al reconocimiento de los hijos de familias homo lesbo parentales. Si estos proyectos se convirtieran en leyes, Chile al menos cumpliría con su obligación internacional de no discriminación a los niños, niñas y adolescentes en virtud de las características de sus progenitores.

3.3 Antecedentes jurisprudenciales del reconocimiento de la familia homo lesbo parental

Es importante partir por señalar que en Chile ha existido una paulatina incorporación de la familia homo lesbo parental dentro de los fallos de los tribunales de justicia en temas relacionados con la protección del menor y su cuidado personal.

Desde el caso Atala, donde la Corte Suprema dejó de lado el interés superior del niño, para dictar un fallo que atendió a criterios discriminatorios, gradualmente se ha dado lugar a asumir que la orientación sexual diversa no debe ser un elemento que inhabilita a una persona

para poder ejercer la paternidad o maternidad correctamente, llegando a agosto de 2017, donde la misma Corte concede la custodia de dos menores a su padre, quien mantiene una relación con una persona del mismo sexo. A continuación, se hará una revisión de los fallos emblemáticos en el reconocimiento de la familia homo lesbo parental dentro de Chile.

3.3.1. El Caso Atala

En el año 2004 se dio a conocer uno de los casos más importantes, y sin lugar a dudas el más conocido, en cuanto al reconocimiento de la familia homo lesbo parental y los derechos de sus hijos en nuestro país.

El año 2003 la jueza Karen Atala fue demandada ante los tribunales por su ex cónyuge, Jaime López, por la tuición, hoy cuidado personal, de sus hijas menores de edad basándose en su orientación sexual, ya que en ese momento Atala se encontraba en una relación con otra mujer, argumentando que sus hijas no podrían estar al cuidado de su madre por ser esta lesbiana y vivir con su pareja en el mismo hogar que ejercía la crianza de las niñas.

Atala ganó en el fallo de primera instancia, que fue pronunciado el 29 de octubre de 2003, por el juzgado de Menores de Villarrica, quien señaló: "La orientación sexual de la demandada no representa un impedimento para desarrollar una maternidad responsable (...). La homosexualidad no es una conducta patológica. (...) La voluntad de las tres menores es que sus padres vuelvan a vivir juntos y en la última de las audiencias, (R. y V.) expresaron su deseo de volver a vivir con su madre. En el caso de M., sólo se detectó una leve preferencia por la figura materna"⁹⁹.

López interpuso una orden de no innovar en la Corte de Apelaciones de Temuco y, a la vez, apeló la sentencia de primera instancia. Posteriormente, la Corte de Apelaciones confirmó la sentencia, ante lo cual López recurrió de queja a la Corte Suprema y presentó una nueva orden de no innovar, solicitando otra vez la custodia de las niñas mientras se resolvía este nuevo recurso.

⁹⁹ JUZGADO DE LETRAS DE VILLARRICA. (29 de octubre de 2003). Sentencia en causa sobre tuición caratulada "López con Atala". Dictada por Viviana Cárdenas Beltrán.

El 31 de mayo de 2004, la Cuarta Sala de la Corte Suprema -con los votos a favor de Urbano Marín, Jorge Medina y José Luis Pérez, y en contra de José Benquis y Orlando Álvarez- concedió la tuición definitiva a López en una sentencia no susceptible de recurso interno alguno, donde es posible destacar los siguientes argumentos:

"No es posible desconocer que la madre de las menores, al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual (...) ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas.", y en otro considerando establecieron que "Aparte de los efectos de esa convivencia, puede causar el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas (...) la eventual confusión de roles sexuales que puede producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona de género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores"¹⁰⁰.

Seis meses después de que la Corte Suprema dictara el fallo, la jueza Atala decidió acudir a instancias internacionales, presentando una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, exactamente el 24 de noviembre de 2004. Sus argumentos fueron que se vulneraron sus derechos esenciales y se violaron ocho artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual fue ratificada por Chile en el año 1990. La comisión determinó que el Estado de Chile era responsable por las violaciones a los derechos humanos, y se le recomendó tomar una serie de medidas para evitar la discriminación basada en la condición sexual. En septiembre de 2010, la Comisión consideró que el Estado no había dado cumplimiento a las recomendaciones y decidió demandarlo por "el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que experimentó Karen Atala, debido a su orientación sexual".

La Comisión manifestó que "ambas autoridades judiciales (la Corte Suprema y el Juzgado de Menores de Villarrica) se basaron en presunciones de riesgo derivadas de prejuicios y estereotipos equivocados sobre las características y comportamientos de un grupo

¹⁰⁰ CORTE SUPREMA DE CHILE (31 de mayo de 2004) Sentencia Rol 1193-2004 en causa de Queja Disciplinaria caratulada "López Atala Matilde y otros".

social determinado. (...) la decisión (de la Corte Suprema) tuvo como sustento las propias concepciones estereotipadas de los jueces sobre la naturaleza y efectos de las relaciones entre personas del mismo sexo"¹⁰¹.

Al responder a la demanda, el Estado de Chile rechazó "la totalidad de las pretensiones presentadas por la Comisión y los representantes (de Atala), y su responsabilidad internacional por las alegadas violaciones a la Convención Americana". También resaltó la tramitación en el Parlamento de la ley contra la discriminación y del Acuerdo de Vida en Común (AVC) para regular la convivencia de las parejas de hecho. Alegaron que "La sentencia de la Corte Suprema resolvió (...) que: las niñas presentaban perturbaciones de orden psicológico y carencias afectivas. (...) Existía evidencia contundente que daba cuenta que la demandada demostraba una intensa actitud centrada en sí misma y características personales que dificultaban el ejercicio adecuado de su rol maternal, circunstancias que llevaron a concluir que no ofrecía un medioambiente idóneo para el desarrollo de las hijas". Y que "En un juicio de tuición, que tiene por objeto estimar qué padre tendrá el cuidado personal de los hijos, el juez no sólo tiene la facultad sino la obligación de evaluar todas y cada una de las condiciones y circunstancias concretas que determinen el interés superior del niño. (...) Resulta por tanto inherente al juicio de tuición (...) que el juez pueda, de acuerdo a la ley, investigar aspectos íntimos de la vida de las personas"¹⁰².

Por parte de Karen Atala se argumentó que, mediante la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, se habría vulnerado el interés superior del niño, "al contravenir el derecho de las niñas M., V. y R. a no ser separadas de su familia". Además, agregaron que los niños no pueden ser discriminados por las condiciones de sus padres.

Karen señaló en audiencia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "La humillación que he sentido como mujer, el estigma que se me ha puesto de que una mujer madre no puede ser lesbiana o que una lesbiana no puede criar a sus propios hijos, no se los

¹⁰¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (24 de febrero de 2012) Caso Atala Riffo y Niñas Vs Chile. Párrafos 55. Disponible en sitio web http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.

¹⁰² MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES (31 de marzo de 2008) Respuesta del Estado de Chile, Dirección de Derechos Humanos, citado en Informe N° 42/08 de Admisibilidad, Petición 1271-04 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

puedo explicar. He sido destruida en mi identidad, en mi dignidad. (...) El haber sido estigmatizada en el Poder Judicial como la jueza lesbiana (...). Me duele mucho eso, porque menoscaba mi condición profesional, de madre, de mujer y lo que sufren hasta hoy mis hijas más pequeñas. La brujita no tiene ningún recuerdo de haber vivido conmigo. No tiene en su memoria a su madre (...). La princesita tampoco tiene recuerdos de haber vivido conmigo, ninguno. La única que recuerda cómo era la vida familiar nuestra es la brujita chica. Para un niño que no recuerde cómo fue vivir con su mamá, es un dolor, para ese niño, para esa niña, en el caso de mis hijas, y su mamá no está muerta, su mamá está viva (...). Ese dolor no tiene precio. Entonces yo quisiera y se lo digo sinceramente, que la Corte ojalá acoja esto y sancione al Estado de Chile para que nunca más un tribunal de la República se considere sensor de lo que es normal o anormal en una familia o en una sociedad"¹⁰³.

El fallo de la CIDH estableció que Atala fue, efectivamente, víctima de discriminación por parte del Estado de Chile, a la vez que aclaró que ésta no era una instancia para dirimir la custodia de las niñas, afirmando que "La Corte considera necesario resaltar que el objeto del presente caso no es dirimir si la madre o el padre de las tres niñas ofrecían un mejor hogar para las mismas. En el presente caso la controversia entre las partes se relaciona con dos aspectos: i) el juicio de tuición iniciado por el padre de las niñas, y ii) un proceso disciplinario llevado a cabo en contra de la señora Atala". También deja en que claro que, "La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños". Y, además "El Tribunal considera que dentro de la prohibición de discriminación por orientación sexual se deben incluir, como derechos protegidos, las conductas en el ejercicio de la homosexualidad. Además, si la orientación sexual es un componente esencial de identidad de la persona, no era razonable exigir a la señora Atala que pospusiera su proyecto de vida y de familia. No se puede considerar como 'reprochable o reprobable jurídicamente', bajo ninguna circunstancia, que la señora Atala haya tomado la decisión de rehacer su vida. Además, no se encontró probado un daño que haya perjudicado a las tres niñas". Finalizando con que "En el presente caso, este Tribunal constata que el lenguaje utilizado por la Corte

¹⁰³ CIDH, Audiencia, Caso 12.502, *Karen Atala e Hijas Vs Chile*.

Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una ‘familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social’, y no en una ‘familia excepcional’, refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia”¹⁰⁴.

La sentencia condenó a Chile por la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación; del derecho a la vida privada y del derecho a ser oído. Sin embargo, establece que no vulneró la garantía judicial de imparcialidad y que Chile no debe modificar sus leyes internas. Para reparar a la jueza y sus hijas, Chile le debió pagar 35 millones de pesos, brindar atención médica y psicológica gratuita, publicar la sentencia en el Diario Oficial, implementar cursos antidiscriminación para funcionarios públicos y realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por la discriminación que afectó a Atala y sus tres hijas.

Tras este caso, se estableció un nuevo estándar interpretativo a nivel judicial, donde se refuerza el interés superior del niño, quien no puede ser discriminado por condiciones de sus progenitores. Pero la ley aún no logra dar cabida a las relaciones de filiación, ya que solo existen proyectos de ley respecto a derechos filiativos y, recientemente, el matrimonio para personas del mismo sexo, pero ello aún no es una realidad.

Finalmente, cuando la jueza Atala reflexiona sobre la condena a Chile en su caso, ella entiende que “fue una rehabilitación simbólica, me validó como madre, pero a nivel personal el tiempo perdido no se devuelve. El daño y el estigma en que vivieron y se criaron mis hijas es irreversible”.¹⁰⁵

3.3.2. C.P.W. con A.G.L.

En diciembre del año 2008 el juez Francisco Loret, del Juzgado de Familia de Puente Alto, resolvió que dos menores se quedaran con su padre, a quien los medios chilenos identifican con las iniciales C.P.W., señalando además que la madre debía pagar mensualmente una pensión alimenticia por sus hijos.

¹⁰⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (24 de febrero de 2012) Caso Atalla Riffó y Niñas Vs Chile. Párrafos 29, 111, 139 y 145. Disponible en sitio web http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.

¹⁰⁵ ATALA, K. (2 de febrero de 2017). Entrevista personal.

El 2 de septiembre de 1992, C.P.W. contrajo matrimonio con A.G.L, tuvieron dos hijos y posteriormente el hombre confesó a su señora que era homosexual y que tenía una relación con otro hombre. En octubre de 2008, C.P.W. presentó en el Tribunal de Familia de Puente Alto una medida de protección mediante la cual, el 25 de ese mes, obtuvo el cuidado provisorio de sus dos hijos durante 90 días, y manifestó su intención de pedir la tuición definitiva.

Un informe de la consejera técnica del tribunal de Puente Alto, Raquel Garrido, señaló que los niños acusaron haber sufrido maltrato verbal de parte de su madre, que en estado de descontrol los habría expulsado de su casa, en presencia del padre, quien entonces los llevó a vivir con él a la comuna de La Florida. En dicha instancia, además se informó que ninguno de los dos niños deseaba volver junto a la madre.

El progenitor señaló a los medios de comunicación que sus hijos viven felices con él y que tienen claro que el común denominador de las parejas es heterosexual, destacando la felicidad que tienen ahora los niños, quienes han manifestado su voluntad de estar con él¹⁰⁶.

En este caso concreto, los padres llegaron a un acuerdo respecto al cuidado personal, el cual es aceptado, y permitido para regular otras diversas materias como relación directa y regular, y alimentos. Además, resultó claro que el padre era quien debía tener el cuidado personal, al ser la persona idónea para resguardar el interés superior de los niños. Así la sentencia no fue tan polemizada como pudo serlo, ya que ninguna de las partes tuvo que interponer recursos hasta llegar a la Corte Suprema que pudo haberse inclinado por un fallo con fundamentos similares a los del caso Atala.

3.3.3. Caso de Elías Bermúdez Garrido

El 21 de julio de 2010 se dictó un histórico fallo en la Corte de Apelaciones de Santiago que considera "sancionable y discriminatorio" negar el cuidado de un menor por la orientación sexual del solicitante, por lo que un hombre homosexual podrá solicitar la custodia de su sobrino.

¹⁰⁶ PÉREZ, X. & SAFFIE, P. (2009). *Padre gay pide tuición de sus hijos y madre se la cede en tribunales*. 9 de noviembre de 2017, de emol Sitio web: <http://www.emol.com/noticias/nacional/2009/03/11/348280/padre-gay-pide-tuicion-de-sus-hijos-y-madre-se-la-cede-en-tribunales.html>.

La Corte revocó una sentencia dictada el 11 de agosto de 2009 por la jueza del Primer Juzgado de Familia de Santiago, Marcela Palamara Iribarne, quien acogió una demanda del Servicio Nacional del Menor, Sename, quien declaró susceptible el proceso de adopción del menor, que responde a las iniciales de A.I.B.B., por considerar que el único familiar dispuesto a cuidarlo, su tío, Elías Bermúdez Garrido, estaba inhabilitado por ser homosexual.

El menor A.I.B.B. nació el 12 de septiembre de 2007 y dos meses después fue internado en una casa de acogida para lactantes tras constatarse que no recibía los cuidados necesarios por parte de su madre, hermana de Bermúdez, quien padece de esquizofrenia. Debido a ese estado de abandono, el menor había tenido que ser ingresado en un hospital por desnutrición y bronquiolitis.

Tras el fallo del tribunal de familia, Bermúdez Garrido presentó un recurso de queja disciplinaria el 13 de octubre del año 2009 con el apoyo del Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Movilh). La Corte de Apelaciones señaló que, considerar la orientación sexual de Bermúdez una dificultad para el desarrollo del menor, "resulta una apreciación subjetiva que significa imponer a la familia una sanción innominada y al margen de la ley, amén de discriminatoria". El fallo señaló que Elías Bermúdez "es una persona capaz e idónea para asumir el cuidado personal" de su sobrino, por lo que se comenzarán a recabar todos los antecedentes necesarios para determinar si se entregará o no a él la custodia del menor.¹⁰⁷

La Corte revocó la sentencia y derivó el caso al Segundo Juzgado de Familia de San Miguel, que ratificó el dictamen y señaló que "atribuirle a la opción sexual de don Elías Bermúdez Garrido una dificultad para el desarrollo del menor (...) resulta una apreciación subjetiva al margen de la ley"¹⁰⁸.

Así, este caso resulta ser otro paso en el progreso de la jurisprudencia chilena respecto a temas de filiación. Donde el principio fundamental tiene que ser siempre la protección del

¹⁰⁷ MOVILH. (2010). *Histórico: Corte considera "discriminatorio" negar a una persona homosexual la tuición de un menor*. 7 de noviembre de 2017, de Movilh Sitio web: <http://www.movilh.cl/historico-corte-considera-discriminatorio-negar-a-una-persona-homosexual-la-tuicion-de-un-menor/>.

¹⁰⁸ MOVILH. (2010). *Juzgado otorga a hombre gay el cuidado personal de su sobrino luego de tres años de lucha*. 7 de noviembre de 2017, de Movilh Sitio web: <http://www.movilh.cl/historico-corte-considera-discriminatorio-negar-a-una-persona-homosexual-la-tuicion-de-un-menor/>.

interés superior del niño, y además se deben asegurar el respeto y resguardo de los derechos humanos, tales como la no discriminación, la dignidad de todas las personas y la igualdad ante la ley.

3.3.4. Recurso de protección Jiménez Pérez, Rolando con Van Rysselberghe Herrera y otros

El 24 de febrero del año 2014 fue presentado un recurso de protección en contra de, en esa época, la ex diputada María Angélica Cristi, y los senadores Víctor Pérez y Jacqueline Van Rysselberghe, luego de que se pronunciaron sobre las familias homo lesbo parentales de manera discriminatoria, señalándose en el recurso que se violentaron los derechos a la integridad psíquica y a la igualdad consagrados en la Constitución, así como la Ley N° 20.609, mejor conocida como Ley Zamudio, y diversos Tratados internacionales que garantizan la no discriminación, actuando sin ningún fundamento lógico o racional, ni apoyo científico y sobre la base de antecedentes completamente erróneos, dando lugar a sus prejuicios y sentimientos homofóbicos. El recurso fue presentado por el presidente del Movimiento de Integración y Liberación Homosexual Rolando Jiménez, y por Virginia Gómez y Roxana Ortiz, quienes se casaron en España y son madres de una menor.

Roxana y Virginia señalaron: “Estamos aquí principalmente por nuestra hija. Ningún hijo debe escuchar o ver cómo sus padres o madres son agredidos sólo por ser diferentes. Estos parlamentarios usaron palabras tan crudas y violentas como aberración, inconveniencia y culpas al referirse a los derechos a crianza y adopción de gays o lesbianas. Esto nos dolió mucho, pero más por el daño que causaron a nuestra hija. Que les quede claro, antes que atacarnos a nosotros, atacaron a nuestra hija”¹⁰⁹.

Los dichos que fueron cuestionados por el recurso fueron los siguientes:

¹⁰⁹ MASCAREÑO, C. (2014). *Familia homo lesbo parental interpone acción legal contra tres parlamentarios de la UDI*. 7 de noviembre de 2017, de La Tercera Sitio web: <http://www.latercera.com/noticia/familia-homo-lesbo-parental-interpone-accion-legal-contr-tres-parlamentarios-de-la-udi/>.

Jacqueline Van Rysselberghe señaló en el diario La Tercera “Qué culpa tiene un niño de que lo adopte una pareja homosexual (...) Hoy día queremos privilegiar parejas homosexuales para adoptar a niños que parejas heterosexuales, eso no corresponde”¹¹⁰.

Víctor Pérez señaló posteriormente, al mismo diario, que “nosotros creemos que no es conveniente para la formación de un niño o una niña que sus padres sean de un mismo sexo, estamos protegiendo los intereses de la formación de los menores”¹¹¹.

María Angélica Cristi señaló a la revista “Ya”, perteneciente al diario El Mercurio, que “¡ahora seguramente se votará el matrimonio de homosexuales y hasta podría permitírseles que adopten. Una aberración, porque un niño necesita padres (...) Se parte del concepto de igualdad de género y por ahí nos vamos: se debilita la familia, hay baja natalidad, se defienden los derechos homosexuales. Más niños sufren, hay más abandono, ¡me da mucha pena!”¹¹².

El 23 de junio del año 2014 la Sexta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, en un cuestionable fallo, rechazó el recurso de protección, señalando que declaraciones de los parlamentarios se enmarcan dentro del extenso debate sobre el tema, y por lo tanto no pueden ser consideradas arbitrarias o ilegales: “Las declaraciones vertidas por los recurridos en medios de comunicación en las que manifiestan su opinión contraria a la adopción de niños y adolescentes por parte de parejas homosexuales no puede calificarse de arbitraria si se tiene presente que así como los recurrentes citan diversos estudios, informes y opiniones sobre la materia tanto en el ámbito nacional como internacional, también existen en igual cantidad otros estudios, investigaciones y pareceres que estiman y concluyen en forma contraria; es decir, se trata de una materia de suyo compleja sobre la que existen criterios y convicciones distintos, todos con razonables fundamentos y que, por lo tanto, no incurre en discriminación quien adopta uno u otro parecer (...) Que los recurridos, independientemente de sus calidades

¹¹⁰ LABRA, A. (2014). *Jacqueline van Rysselberghe: “No veo ninguna razón para que la UDI tenga que cambiar”*. 7 de noviembre de 2011, de La Tercera Sitio web: <http://www.latercera.com/noticia/jacqueline-van-rysselberghe-no-veo-ninguna-razon-para-que-la-udi-tenga-que-cambiar/>

¹¹¹ EL PERIODISTA. (2014). *Presentan recurso judicial contra tres parlamentarios UDI por “dichos discriminatorios”*. 7 de noviembre de 2011, de El periodista Sitio web: <https://elperiodistaonline.cl/locales/2014/02/presentan-recursos-contra-tres-parlamentarios-udi-por-dichos-discriminatorios/>

¹¹² REVISTA YA. (2014). *María Angélica Cristi Me dejaron muy sola*. 7 de noviembre de 2017, de El Mercurio Sitio web: <http://diario.elmercurio.com/detalle/index.asp?id={ef03e581-37c6-4da2-9556-b02a16b2007f}>.

de senadores y diputada, han tenido el legítimo derecho de manifestar su opinión sobre un tema de debate público en el que existe posiciones contradictorias, sin que ello signifique afectar la dignidad y la integridad de quienes opinan de modo distinto”. Agregándose que “En el presente caso no puede estimarse que las opiniones de los recurridos carezcan de justificación razonable, si se tiene presente que no existe un criterio unánime en favor de la adopción de niños y adolescentes por parejas homosexuales, y las opiniones e investigaciones en distinto sentido hacen que la íntima convicción manifestada por los recurridos en medios de comunicación tenga una razonable justificación emanada, precisamente, de tales posiciones divergentes al criterio de los actores.”¹¹³

La Tercera Sala de la Corte Suprema, en causa rol 20.253-2014, confirmó el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, entendiendo que las declaraciones de los parlamentarios se enmarcaron en el extenso debate sobre el tema y, por lo tanto, no pueden ser consideradas arbitrarias o ilegales.

Es posible apreciar, a través de estos fallos, cómo se ha ido gestando un criterio con respecto a la concepción del padre o madre LGBTI como individuo apto para el cuidado de un niño, niña y adolescente, y que no debe ser un criterio para los tribunales que determine a priori su idoneidad. Pese a lo anterior, es posible apreciar que, tanto la Corte de Apelaciones de Santiago como la Corte Suprema, han tenido ciertos problemas con la aceptación de la familia homo lesbo parental, si bien demuestran una prudencia que les faltó en el caso Atala, no es suficiente para dejar de lado una solapada desconfianza al rol de las personas LGBTI en la parentalidad. Señalan ambos tribunales que hay informes y opiniones sobre la materia, tanto en el ámbito nacional como internacional, que apoyan ambos lados de la disputa y que los recurridos tienen legítimo derecho de manifestar su opinión sobre un tema de debate público en el que existe posiciones contradictorias, pero se estableció anteriormente que, si bien efectivamente existe gran cantidad de estudios que avalan cada postura, no es correcto señalar que todos cuentan con el mismo valor, no es una cuestión de cantidad, sino que debe tenerse cuidado con la calidad, los procedimientos y la investigación que fue realizada para crear ese estudio. Recordar que para la Universidad de Columbia, dentro de 79 estudios que

¹¹³ CORTE DE APELACIONES. (23 de junio de 2014) Sentencia en Recurso de protección rol 8267-2014.

cumplían sus criterios, 75 establecían que los hijos de parejas del mismo sexo estaban en igualdad de condiciones que los de parejas heterosexuales.

Además, no puede olvidarse que el recurso de protección no fue en contra la libertad de expresión de los parlamentarios, sino porque sus dichos tenían un carácter eminentemente discriminatorio, por lo que parece ser claro que la disparidad de opiniones no puede, en caso alguno, justificar que una senadora de la república se refiera a la adopción homosexual como una aberración y que la defensa de los derechos de las personas LGBTI se traduce en el sufrimiento de niños y su abandono, dado que no existe ningún estudio ni informe serio que avalen dichas declaraciones, ni tampoco sirve para contribuir al debate ni opinión pública el emitir esa clase de descalificaciones.

3.3.5. Caso Gabriela Amigo

Claudia Amigo y Claudia Calderón, junto con su hija Gabriela, forman un hogar desde el año 2007. Gabriela es hija biológica de Claudia Amigo, pero reconoce a Claudia Calderón como su madre también, ya que se ha dedicado desde hace años a su crianza, educación, etc. Por ello iniciaron una acción de Posesión Notoria del Estado Civil de hija, en virtud del artículo 200 del Código Civil, a favor de Gabriela Amigo.

El cuarto juzgado de Familia de Santiago declaró inadmisibile la acción con fecha 26 de marzo de 2015, al no resultar aplicable a este caso. Ante lo anterior, se interpuso recurso de apelación, el cual fue confirmado la resolución apelada el 20 de mayo de 2015. Finalmente se presentó un recurso de casación en el fondo ante la Corte Suprema, bajo rol N° 8422-2015, y en sentencia dividida de 3 votos contra 2 se rechazó el recurso, estableciendo en su considerando octavo que “Que las acciones de filiación son nominadas. Ellas son o bien acciones de reclamación (reguladas en el §2 del Título VIII del Libro I del Código Civil) o de impugnación (reguladas por el §3 loc. cit.). En la especie, la pretensión de la solicitante se ha ejercido a través de una gestión no contenciosa y, por ende, al margen de las acciones que sobre la materia ofrece el derecho chileno, por lo que al no haberse ejercitado una acción de aquellas comprendidas en el artículo 8 numeral 8) de la Ley 19.968, no ha incurrido en error de derecho el tribunal al rechazarla de plano, por concluir que es manifiestamente

improcedente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54-1 de la misma ley, sin perjuicio de otros derechos que pudieren corresponder a la peticionaria”¹¹⁴.

El voto en contra entendió que se infringió el artículo 54-1 de la ley 19.968, que excluye la posibilidad de rechazar de plano una demanda si dice relación con las acciones de filiación y todas aquellas que digan relación con la constitución o modificación del estado civil de las personas.

Habiendo agotado los recursos internos, decidieron acudir a instancias internacionales, presentando una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual actualmente sigue en tramitación.

En este caso la judicatura chilena sigue sin demostrar la preocupación y cuidado que debería respecto de un niño, niña y adolescente. Ignorando el principio del interés superior del niño, no acogen siquiera a tramitación la demanda, por una acción legítima y adecuada al caso como es la posesión notoria del estado civil de hija.

No es solo un problema de legislación, también es que los jueces no han tenido la voluntad de dar primacía a los tratados internacionales sobre las normas que atentan contra derechos fundamentales o en el caso de vacíos.

3.3.6. Caso de Magaly Zamorano

Con fecha 11 de agosto de 2015, el Primer Juzgado de Familia de Santiago otorgó el cuidado personal a la madre de crianza de una niña de 2 años.

Magaly Zamorano y la madre biológica de la niña constituyeron una familia homo lesbo parental, teniendo y criando una niña. La madre biológica falleció de cáncer en diciembre de 2014, ante lo cual, los abuelos biológicos demandaron el cuidado personal. Las partes lograron llegar a acuerdo, otorgando el cuidado personal a la madre de crianza, acuerdo respetado por el Juzgado mencionado en virtud de la Convención Internacional de los

¹¹⁴ CORTE SUPREMA DE CHILE (12 de abril de 2016) Recurso de casación en el fondo Rol 8422-2015.

Derechos del Niño, dando primacía al interés superior del niño y al derecho de tener una familia¹¹⁵.

Este fallo se presenta como otro avance importante en el reconocimiento de la familia homo lesbo parental a pesar de la falta de regulación legislativa. Estableciendo, correctamente, la importancia del interés superior de niño para regular su situación familiar.

3.3.7. Cuidado provisorio a J.D.C.

Con fecha 23 de febrero la juez del Primer Juzgado de Familia de San Miguel, Beatriz Ramírez, fallo que la menor M.J.S. quedara al cuidado provisorio de la ex pareja de su madre, al ser quien la había cuidado casi toda su vida.

Las mujeres convivían y cuidaban a la niña menor de un año. La madre biológica se fue de la casa y dejó a la menor al cuidado de su pareja, y esa situación perduró durante casi 5 años, hasta que en diciembre de 2015 la madre biológica pidió pasar la navidad con su hija, a lo cual J.D.C. accedió, con el acuerdo que se la devolviese el 25 de diciembre, pero ello no ocurrió. El tribunal resolvió que la menor debía volver con la ex pareja, otorgándole el cuidado provisorio, en virtud del artículo 19 de la Convención de los Derechos del Niño, entendiendo que la madre biológica presentaba inestabilidad emocional y conducta negligente¹¹⁶.

Por el secreto del juicio no es claro si finalmente se le otorgó el cuidado personal definitivo, pero en cualquier caso, el fallo sirve para reafirmar que progreso jurisprudencial en buscar una solución que sea acorde al interés superior del niño, dando cabida a las familias diversas.

¹¹⁵ EL MOSTRADOR. (2015). *Justicia otorga cuidado personal de menor a madre lesbiana, tras muerte de su pareja*. 7 de noviembre de 2017, de El mostrador Sitio web: <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2015/08/12/justicia-otorga-cuidado-personal-de-menor-a-madre-de-familia-lesboparental-tras-muerte-de-su-pareja/>.

¹¹⁶ RIVERA, V. (2016). *Fallo de juzgado de familia abre el debate sobre la tuición homo lesbo parental*. 7 de noviembre de 2017, de La Tercera Sitio web: <http://www.latercera.com/noticia/fallo-de-juzgado-de-familia-abre-el-debate-sobre-la-tuicion-homo-lesbo-parental/>.

3.3.8. Fallo Corte Suprema de 23 de mayo de 2017

En juicio llevado ante el Tercer Juzgado de Familia de Santiago, con sentencia de 22 de junio de 2016, se acogió demanda confiándose el cuidado personal de dos niños mellizos de 3 años al padre, disponiendo régimen comunicacional con la madre y terapia de fortalecimiento de habilidades parentales para las partes. La Corte de Apelaciones revocó dicha sentencia, concediendo el cuidado personal a la madre en sentencia de 22 de noviembre de 2016. La parte demandante dedujo recurso de casación en el fondo.

La Corte Suprema, en un fallo dividido, acogió el recurso de casación, revocando la sentencia de la Corte de Apelaciones, y concedió el cuidado personal de los dos menores a su padre, que se encuentra en una relación con una persona del mismo sexo.

Los informes periciales señalaron que el padre era el progenitor más apto, que cuenta con mejores habilidades y/o competencias parentales, en el mismo sentido se pronunció el Consejo Técnico. La sentencia de apelaciones descartó las inhabilidades de la madre, y estableció que habría que dar prioridad a la estabilidad y mantención de la residencia de los niños.

En lo pertinente, los jueces de fondo establecieron como hechos de la causa que no hay ningún factor de riesgo de los niños por ser criados por el padre biológico y su pareja del mismo sexo, “tuvieron presente que la orientación sexual de los padres no es una consideración relevante para decidir acerca del cuidado personal de los hijos; que el interés superior del niño es el principio trascendente y que mira a su protección”¹¹⁷.

La Corte Suprema entiende que para cuidar la estabilidad emocional de los niños, hay que mirar la actitud de los padres para cooperar con el otro, lo cual no se encuentra en la madre, quien se llevó a sus hijos a Uruguay, los retuvo ilícitamente y fue necesario un juicio internacional de restitución.

Hay que destacar el voto en contra de los ministros Blanco y Chevesich, que en su considerando 5° entiende que la actitud de cooperación se debe ver en “asegurar la

¹¹⁷ CORTE SUPREMA DE CHILE (23 de mayo de 2017) Sentencia de Casación en el fondo.

corresponsabilidad en la crianza y educación de los hijos, en pro de su beneficio y formación integral, no puede el no custodio en el ejercicio de su derecho-deber de relación directa y regular incurrir en conducta que se traducen, en definitiva, en una que provoque en la prole una confusión relacional en torno a la figura paterna o materna, porque atenta contra su interés superior. Como en el presente caso, quedó establecido como hecho de la causa, con el carácter de inalterable, que el padre ha generado conflicto familiar en su intención de homologar, equiparar, igualar, a la madre con su pareja, lo que ha provocado tensionales y el temor de la progenitora de ser anulada en su calidad de tal cuando los hijos se encuentren con él y su consorte, conducta que, en definitiva, los desorientará respecto de los roles concretos de cada miembro del grupo familiar extenso, generando confusiones” por lo que no correspondería acoger el recurso, al ser esto un episodio actual y permanente, en tanto el secuestro a Uruguay fue a principios del 2015, así que ya fue superado.

Siendo esta la sentencia más reciente que aborda el tema, hay que destacar positivamente la poca importancia que tuvo para los jueces la orientación sexual del padre, ya que entendieron, correctamente, que ello no afecta sus capacidades parentales, y que lo necesario de asegurar es el interés superior del niño.

Parece ser, que en el voto en contra si se le dio relevancia a la orientación sexual, es imposible saber si ello responde a los roles de padre y madre que tratan de resguardar, o si se ve un riesgo de que los niños consideren a la pareja de su padre como otra figura parental. Lo cual no tiene mucho sentido, considerando que a la Corte, en el pasado, le ha parecido relevante que los niños y niñas cuenten con una figura materna y paterna, resultándoles imposible que eso se logre en parejas del mismo sexo.

Sin perjuicio de ello, hay que destacar el avance jurisprudencial logrado por la Corte Suprema, y su nuevo enfoque en la protección de los derechos humanos, con mayor atención en el interés superior de los niños, niña y adolescente.

3.3.9. Caso Emma de Ramón y Gigliola Di Giammarino

El último caso de filiación homo lesbo parental conocido por los tribunales chilenos es el de Emma de Ramón y Gigliola Di Giammarino. La pareja mantiene una relación hace 8

años y el 30 de diciembre de 2015 suscribieron un AUC. Tras ello, decidieron someterse a una Técnica de Reproducción Asistida, eligiendo por su historial médico a Gigliola. El 28 de septiembre de 2017 nace Attilio, quien fue inscrito con ambos apellidos, pero solo tiene vínculo legal con Gigliola.

Ante lo anterior, la pareja interpuso recurso de protección contra el Servicio de Registro Civil e Identificación, por negarse a inscribir en la partida de nacimiento de Attilio José de Ramón Di Giammarino a sus dos mamás.

Con fecha 28 de diciembre de 2017 se dicta sentencia. La duodécima sala de la Corte de Apelaciones entiende que las normas relativas al estado civil son de orden público, por tanto, las personas no pueden disponer de ellas y tampoco puede existir una interpretación extensiva. Así establece que de los artículos 182, 183, 186, 187, 188 y 189 del Código Civil es posible entender que “un individuo no puede tener más de un padre o más de una madre. Y para impugnar dicha calidad es menester recurrir a las acciones de impugnación de maternidad o paternidad.” Por ello, el Registro Civil no habría cometido un acto ilegal, en cuanto “la actual legislación no contempla la posibilidad de que un individuo pueda estar inscrito a la vez por dos madres, pues la maternidad está determinada por el hecho del parto, situación que únicamente la cumple la señora DI GIAMMARINO DUCASSE”. Decisión que tampoco es ilegal o arbitraria, ya que se apoya en la normativa chilena vigente.

Hay que resaltar que la Corte, en el considerando Décimo quinto, entiende que no ha existido vulneración a garantías fundamentales, porque no se discrimina por “identidad sexual”, ni se desconoce a la familia, ni se vulnera el interés superior del niño, sino que este es un tema de estado civil, que se rige por normativa vigente sin poder ser modificada voluntariamente por las personas.¹¹⁸

El fallo no resulta sorprendente, los tribunales chilenos sostenidamente han negado estos recursos, al entender que escapa de sus atribuciones, y es un tema que debe ser regulado por el legislativo, modificando la actual normativa que rige la filiación.

¹¹⁸ CORTE DE APELACIONES (29 de diciembre de 2017). Rol 74.926-2017

3.4 Consideraciones finales

Tras el análisis realizado en este capítulo, se puede determinar que Chile ha logrado un progreso tanto legislativo como jurisprudencial, pero ha sido lento e insuficiente.

En el ámbito legislativo se han reconocido las uniones civiles de personas del mismo sexo, pero no hay un real reconocimiento de las familias homo lesbo parentales, sin dar una protección adecuada, ni siquiera mínima, a la filiación.

La jurisprudencia si se ha adaptado a las nuevas realidades de familia, avanzando del caso Atala, en que se le quitó el cuidado personal de sus hijas basándose en su orientación sexual, a entender que el principio rector es el interés superior del niño, y ello no puede apreciarse en una característica de los padres, sino en sus capacidades parentales y afectivas.

Pero el poder judicial se ha lavado las manos, fallando que no es un tema de su competencia, que debe legislarse primero, que ellos solo aplican la ley. Pero ya se revisó la experiencia comparada, y en diversos países se ha dado lugar al reconocimiento de derechos igualitarios para las familias homo lesbo parentales gracias a fallos jurisprudenciales, como es el caso de Argentina, donde jueces optaron por la protección de los derechos humanos, y terminaron con una discriminación arbitraria histórica. Por lo que ya no parece dable que los Tribunales de Justicia de Chile se excusen de esta manera, al menos ya no es suficiente para resistir las críticas y las acciones internacionales.

Si bien es claro el progreso, no es suficiente, Chile ni siquiera ha cumplido con los mínimos, y se ha demorado más que sus países vecinos. Así que es el momento de empezar a legislar en serio y respetar los derechos todos ciudadanos.

CAPÍTULO IV DERECHOS Y OBLIGACIONES EN LAS FAMILIAS HOMO LESBO PARENTALES

La pregunta que busca responder este capítulo es ¿Cuáles son los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos de familias homo lesbo parentales que son afectados por esta discriminación del sistema jurídico chileno y las consecuencias de esa desprotección? Se busca analizar en específico los derechos humanos afectados, junto con las consecuencias prácticas que ello trae, o podría traer, en la vida de los menores afectados por la falta de reconocimiento de uno de sus padres o madres.

En este capítulo se busca ver los derechos y obligaciones vulnerados, tanto a nivel nacional como internacional, debido a la falta de regulación, y consecuente protección, de los hijos de familias homo lesbo parentales. Centrándose, en el caso del derecho interno, en los efectos que importan la filiación y como estos se ven alterados y, a nivel internacional, ver ciertos principios establecidos en la Convención Internacional de Derechos del Niño, como instrumento llamado a irradiar toda la legislación nacional respecto a la especial situación de los niños, niñas y adolescentes.

4.1 Derechos y Obligaciones en la legislación interna

Se ha de entender que “la filiación importa relaciones jurídicas entre padres e hijos que, en el ámbito de la familia, satisfacen requerimientos de asistencia, protección y representación jurídica de éstos, mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado. Esta relación existe desde el momento en que la paternidad y la maternidad quedan establecidas legalmente.”¹¹⁹ Es en ese sentido que la filiación genera diversos efectos, entendidos estos como los derechos y obligación que nacen de ella. En virtud del artículo 33

¹¹⁹ GÓMEZ, M. (2007). *El Sistema Filiativo Chileno*. Editorial Jurídica de Chile. p. 131

del Código Civil, es posible entender que son extensibles para quienes tienen el estado civil de hijos respecto de una persona, siendo todos los hijos considerados iguales por la ley.

En esa línea, es claro que quienes no tengan el reconocimiento de hijo se verán privados de los efectos propios de las relaciones jurídicas que surgen del vínculo de la filiación. Lo que permite entender que los hijos de familias homo lesbo parentales verán coartados una serie de derechos y deberes, afectando sus derechos más fundamentales por una discriminación arbitraria de parte del Estado de Chile.

Los efectos de la filiación, de acuerdo a la profesora Maricruz Gómez, son los siguientes:

- Autoridad paterna: Referida a los efectos personales.
- Patria potestad: Referida a los efectos patrimoniales.
- Derecho de alimentos.
- Derechos hereditarios.

A continuación, se detallará en qué consiste cada una de estas categorías, los derechos y obligaciones que involucra y cómo estos se ven alterados en las familias homo lesbo parentales, debido a la falta de reconocimiento de uno de los padres o madres por parte de la ley chilena.

4.1.1 Efectos personales de la filiación: la autoridad paterna

La doctrina plantea que es el conjunto de derechos y deberes que la ley concede al padre y madre respecto de la persona de sus hijos, “tiene como fin procurar al niño la protección y los cuidados indispensables para garantizar su desarrollo espiritual y material.”¹²⁰ En virtud de lo anterior, es posible distinguir entre:

i. Deberes de los hijos para con sus padres.

Estos deberes son dos:

a) Deber de respeto y obediencia.

¹²⁰ (GÓMEZ, M. 2007. p. 132)

Tratado en el artículo 222 inciso 1° del Código Civil, se extiende a ambos padres, ya que hoy en día la patria potestad puede corresponder al padre, la madre o a los dos de consuno, por ello no se justifica otorgar la antigua preeminencia que tenía a la autoridad paterna. Consiste en que los hijos, al estar bajo la autoridad de sus padres, deben respetarlos y obedecerlos como tales, aunque la autoridad va disminuyendo conforme el hijo va creciendo, el respeto siempre debe estar presente en este vínculo de filiación.

Por lo anteriormente expuesto, es claro que este deber, en la práctica, no se ve afectado por el no reconocimiento de la familia homo lesbo parental, ya que se da naturalmente en el marco de una relación familiar, donde los terceros no tienen generalmente ninguna injerencia.

Sin perjuicio de lo anterior, la Ley de menores y la Ley de Violencia Intrafamiliar, permiten intervenir al juez en los conflictos domésticos para regular y controlar la autoridad de los padres, ello en todos los casos en que dicha autoridad excede los márgenes legales de ejercicio. En cuyo caso, si existiría cierto perjuicio en casos de filiación no reconocida, donde a una persona no se le reconocería su carácter de padre o madre, y la ley no le otorgaría autoridad frente a los hijos.

b) Deber de cuidado.

Tratado en el artículo 223 del Código Civil, se traduce en el deber de auxiliar a sus padres en su ancianidad, en el estado de demencia, y en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren. Dicha obligación, que se materializa en el deber de socorro, recae en los hijos de cualquier edad, aún aquellos emancipados, ya que la ley entiende que los hijos deben corresponder al cuidado dado por sus padres, en el caso que ellos lo necesiten. El incumplimiento a este deber genera consecuencias para el hijo, ya que es indigno de suceder, en virtud del artículo 968 N°3 del Código Civil, y puede ser desheredado, según el artículo 1208 N°2 del mismo cuerpo legal.

En el caso de este deber sí se hace evidente un perjuicio para las familias homo lesbo parentales, ya que aquel padre que no pudo acceder al reconocimiento, no podrá exigir este socorro por parte de sus hijos, aún hallándose en situaciones de extrema necesidad. Por otro lado, respecto a las posibles sanciones civiles que emanan del incumplimiento de este deber de

socorro, en la práctica no tienen efecto, ya que no hay una relación de parentesco entre aquellos hijos no reconocidos por sus padres del mismo sexo, por lo cual no se les aplicaría la indignidad ni el desheredamiento.

Este deber toma particular relevancia cuando se analiza el cambio demográfico que ha experimentado Chile en los últimos tiempos, ya que existe una población envejecida, se ha dado un aumento sostenido del número de personas ubicadas en el tramo de 60 años, además las tasas de natalidad y mortalidad han disminuido. Las personas cada vez tienen menos hijos, y el derecho chileno aprovecha de discriminar a las parejas del mismo sexo que buscan formar una familia, y, por otra parte, dichos hijos tendrían la obligación de cuidar a sus padres en la ancianidad, pero en el caso de las familias homo lesbo parentales uno de esos padres o madres no contaría con la protección legal, de la misma forma que el hijo no contaría con la protección para que cumpla sus deberes respecto a él.

ii. Derechos y deberes de los padres para con sus hijos.

“El cuidado, la crianza y la educación de los hijos son elementos de las relaciones filiales y el Código Civil las entiende como un derecho-deber, que importa la obligación de los padres de proporcionar a sus hijos todo lo necesario para su desarrollo material, moral e intelectual”¹²¹. Se trata de verdaderos deberes correlativos entre padres e hijos, y el propósito es que los padres se preocupen de satisfacer las necesidades materiales, afectivas y psicológicas del hijo.

El artículo 222 del Código Civil dispone que la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades. Los padres deben ejecutar todas las conductas necesarias para asegurar, el bienestar físico y espiritual de sus hijos de manera sostenida en el tiempo.

En esa línea, los derechos-deberes de los padres para con sus hijos son los siguientes:

¹²¹ (GÓMEZ, M. 2007. p. 134)

a) Cuidado Personal

Consiste en el derecho de los hijos de vivir con sus padres, no ser separado de ellos y a crecer en el seno una familia, según lo establece la Convención de Derechos del Niño, y, desde la perspectiva de los padres, es el derecho a tener a sus hijos con ellos, y en el deber que tienen de proporcionar residencia, alimento y educación.

El artículo 224 del Código Civil establece algo de gran relevancia; el cuidado personal de la crianza y educación toca de consuno a los padres, y lo anterior no hace más que evidenciar que el legislador tuvo a la vista el interés superior del niño, protegiendo que el hijo fuese cuidado por ambos padres, sin hacer distinción de ningún tipo, ya que este es uno de los derechos fundamentales en cuanto afecta la crianza y educación de los niños. El mencionado artículo pone de manifiesto que ambos padres están llamados por la ley, y además en condiciones de igualdad, a cumplir con el deber de crianza de sus hijos.

Entonces es claro que en las familias homo lesbo parentales se da un afectación de este derecho-deber, ya que el padre o madre no reconocido no podrá exigir el cuidado personal del hijo, ni el hijo tendrá el derecho a que quien no lo pudo reconocer, se preocupe de su crianza y educación.

La ley sabe la importancia de la convivencia entre padres e hijos, por ello en caso que los padres se separen, asegura que la convivencia con los hijos se mantenga. Y primero permite que los padres acuerden quién tendrá el cuidado personal, pero en caso de no lograr acuerdo será el tribunal quien decida. En las familias homo lesbo parentales solo habría un progenitor reconocido, en ese sentido se pronuncia el artículo 224 del Código Civil, planteando que el cuidado personal tocará al padre o madre que haya reconocido al hijo. Por lo anterior, a quien no se le permitió reconocer al hijo, en ningún caso podría optar por mantener este derecho, siendo que el interés superior del niño, principio que debe regir la decisión del tribunal, podría exigir que dicho padre o madre no reconocido sea, efectivamente, quien tenga dicho cuidado personal.

b) Regulación del Derecho y Deber de mantener una relación Directa y Regular con el hijo.

Se encuentra en el artículo 229 del Código Civil, estableciendo que aquel padre o madre que no tenga el cuidado personal, tiene el derecho-deber de mantener una relación directa y regular con el hijo. La legislación chilena trata esta materia desde la óptica del padre, a diferencia de la Convención de Derechos del Niño, que pone el foco en el derecho del niño a mantener contacto directo con ambos padres, como establece el artículo 9.3 de la misma.

Se da a los padres la facultad de llegar a acuerdo sobre quién debe tener el cuidado personal y sobre la relación directa y regular del padre que no lo tiene, este debe ser aprobado por el juez, de lo contrario las partes deben someterse a mediación y si ella no resulta, el juez será quien la regule. En este derecho-deber se vuelve a hacer evidente la problemática del no reconocimiento por ambos padres de la filiación en familias homo lesbo parentales. Centrándonos en la óptica de la CIDN, es claro que existe una privación de un derecho del hijo, ya que aquel padre o madre que no lo pudo reconocer no tiene amparo jurídico para exigir la relación directa y regular con su hijo. Y ello contraviene directamente el interés superior del niño, porque es indispensable para su buena formación poder mantener una comunicación constante con sus padres o madres.

Parece también relevante mencionar que, hasta hace poco, el derecho chileno mantenía una disposición que no respetaba el principio de la igualdad entre los cónyuges, estableciendo que en caso de separación el cuidado personal correspondía a la madre, pero esto cambió con la ley N° 20.680, llamada popularmente “Ley amor de papá”, estableciendo que el cuidado personal se puede determinar de común acuerdo para el padre, la madre o ambos en forma compartida. Esto es relevante para el tema en cuestión, debido a que el legislador entendió que el interés superior del niño hace necesario igualar los derechos de ambos padres, ya que ambos son necesarios para su crecimiento integral.

Pero en lo relativo a las familias homo lesbo parentales se sigue dejando de lado el interés superior del niño por meros temas políticos y visiones conservadoras del tema, lo cual solo lleva a una desprotección del niño o niña, quien no puede ver regulada la relación directa y regular respecto del progenitor que no pudo reconocerlo.

c) Derecho de dirigir la educación de los hijos.

Regulado en el artículo 236 del Código Civil, establece el derecho-deber de los padres de educar a sus hijos, orientándolos hacia su pleno desarrollo. Esto no se agota en la educación en el área académica, ya que también se ve la educación moral, ideológica y los valores. Las normas del Código Civil no hacen sino explicitar el mandato contenido en la Constitución Política de la República, en virtud del cual es un deber de los padres educar a sus hijos. En efecto, dispone, en lo pertinente, lo siguiente: “Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: 10°.- El derecho a la educación. La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida. Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos.

Pareciera ser que este derecho no se ve afectado en el caso de familias homo lesbo parentales, pero ello no es efectivo, ya que en caso de discrepancia entre los padres respecto a cuál es la mejor educación para el hijo u orientada a que creencias o valores, corresponde al juez resolver la controversia. Por tanto, la falta de reconocimiento genera el problema que uno de los padres no tendrá derecho a opinar sobre la educación para su hijo, y ello puede no ser tan importante cuando se enfoca en el aspecto de la formación académica, pero si se torna sustancialmente relevante cuando se piensa en los valores que ese niño va a tener y con qué creencias se irá desarrollando, llegando a afectar su pleno desarrollo, el cual es protegido por la Constitución Política de Chile.

Ya sea constitucionalmente, o con el respaldo de tratados internacionales ratificados por Chile, en la práctica se hace imposible garantizar de manera efectiva estos derechos para aquellos hijos de padres o madres del mismo sexo, debido a que siempre se podrá compeler a aquel padre que reconoció al hijo, pero no a aquel que no tuvo acceso al reconocimiento por un simple vacío legal.

d) Deber de asumir los Gastos de educación, crianza y establecimiento de los hijos.

Este deber es auto explicativo. Si es necesario plantear que la ley da una serie de reglas respecto a cómo se reparten estos gastos, distinguiendo el régimen patrimonial en que se encuentran casados los padres y si es que el hijo tiene bienes propios.

En los casos de familias homo lesbo parentales no hay matrimonio, así que es necesario acudir al artículo 230 del Código Civil, según el cual los padres contribuirán en proporción a sus respectivas facultades económicas y en caso de fallecimiento del padre o madre, los gastos corresponden al sobreviviente. El artículo 231 ratifica que si el hijo tuviere bienes propios, los gastos de su establecimiento, y en caso necesario, los de su crianza y educación, podrán sacarse de ellos, conservándose íntegros los capitales en cuanto sea posible. La obligación de alimentar al hijo que carece de bienes, puede pasar a los abuelos, por la falta de ambos padres o por la insuficiencia de ambos padres.

Esta obligación en el caso del progenitor que no tiene acceso al reconocimiento del hijo se transforma en una facultad, por lo que puede contribuir o puede ignorar las necesidades del hijo, sin ninguna consecuencia legal. Del mismo modo en caso de que el padre o madre proveedor muera, no habrá manera de compeler al sobreviviente a hacerse cargo de los gastos del hijo, por lo que en la práctica la discriminación que existe para los padres perjudica gravemente al hijo.

e) Derecho de corrección de los padres.

El artículo 234 del Código Civil, establece que los padres tienen la facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal. Esta facultad excluye toda forma de maltrato físico y psicológico. Deberá, en todo caso, ejercerse en conformidad a la ley y a la Convención sobre los Derechos del Niño.

Lo relevante es cuando se excede la facultad de corrección, realizando conducta constitutiva de violencia intrafamiliar. El maltrato infantil atenta contra los derechos a la dignidad, igualdad, seguridad y autoestima de los niños y niñas afectados. La Ley N° 20.066 contiene algunas disposiciones relevantes, sanciona todo maltrato que afecte la vida o integridad física o psíquica, teniendo como uno de sus objetivos de protección al menor de edad que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquier de los integrantes del grupo familiar. Otro aspecto positivo de esta ley es que no se limita a padres casados, sino que incorpora al “conviviente” en el supuesto de hecho, por lo que si el padre o madre no reconocido ejerciera violencia contra el hijo, si podría perseguirse en virtud de esta ley.

f) Autorización para que el menor pueda salir al extranjero.

Tema regulado en el artículo 49 de la Ley N° 16.618, establece que si el cuidado personal es compartido se requiere la autorización de ambos padres para que el menor salga del país, y en el caso que uno de los padres tenga el cuidado personal solo podrá salir con la autorización de aquel y también se requiere la autorización del padre que tenga derecho a tener una relación directa y regular. Uno de los padres podría oponerse a la salida del hijo, y la ley exige que justifique su negativa, siendo el juez quien tendrá que resolver la disputa, estableciendo si es que el menor puede salir y bajo qué condiciones.

Los padres o madres de familias homo lesbo parentales se ven afectados en cuanto aquel progenitor no reconocido no podrá pedir el cuidado personal ni la relación directa y regular, de ello deriva que su opinión no tendrá peso alguno respecto a la salida del menor del país, lo cual vulneraría sus derechos como padre o madre. Más aún, se podrían llegar a dar casos de secuestro internacional de menores, regulados por la Convención sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, donde uno de los padres traslade o retenga de forma ilícita al menor, y el padre no reconocido no tendría la posibilidad de acudir a la justicia con el fin de que se respeten sus derechos de tuición y visitas, llegando incluso a vulnerar el interés superior del menor, por una decisión arbitraria del padre o madre que cuenta con reconocimiento legal.

4.1.2 Efectos patrimoniales de la filiación: la patria potestad

Se entiende por patria potestad, en virtud del artículo 243 del Código Civil, el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados, que tengan una filiación determinada, sea ésta matrimonial o no matrimonial. Antiguamente era una institución exclusiva de la filiación legítima, mientras que para los hijos naturales se debía nombrar un guardador. La patria potestad comienza al nacer el hijo y termina con su emancipación.

Ella se ejerce sobre los bienes del hijo, otorgándose al padre o a la madre o a los dos de consuno, las siguientes facultades:

- Derecho legal de goce: Regulado en los artículos 250 y siguientes del Código Civil, da las facultades de usar los bienes del hijo y percibir sus frutos, con el deber de conservar la forma y sustancia de los bienes y restituirlos si fuesen fungibles, o restituir igual cantidad y calidad del mismo género o pagar su valor en dinero.
- Derecho para administrar los bienes: Regulado en el artículo 253 del mismo cuerpo legal, y derivado del derecho legal de goce, se entiende que se tiene la facultad para administrar dichos bienes, con las limitaciones de no poder enajenar ni gravar los bienes raíces sin autorización judicial. El padre o madre responde hasta culpa leve y deben rendir cuenta de la administración ejercida, como es propio de quienes administran bienes ajenos.
- La representación legal del hijo. Regulado en el artículo 244 del Código Civil, dando al padre, o la madre, o ambos, la representación tanto judicial como extrajudicial del hijo.

La Patria potestad sigue la lógica de un derecho-deber, ya que es una facultad del padre, la madre o ambos, la cual está dirigida al beneficio del hijo no emancipado. Para ver a quien corresponde ejercer la patria potestad, la legislación nacional hace la distinción de si los padres viven juntos o separados, excluyendo como requisito el matrimonio. De esa forma si los padres viven juntos la patria potestad la puede tener el padre, o la madre o ambos, en cualquier caso dependiendo del acuerdo que tomen, si no hay acuerdo le corresponderá al padre, según lo dispone el artículo 244 inciso 2° del Código Civil. En caso que vivan separados, los padres determinan quien ejerce la patria potestad, manteniéndose la posibilidad de que la ejerzan de forma conjunta, y a falta de acuerdo será ejercida por el padre que tenga el cuidado personal. Existiendo siempre la posibilidad de que el padre que no tenga la patria potestad demande ante tribunales de justicia con el fin de obtenerla.

En el caso de los hijos de familias homo lesbo parentales será imposible llegar a acuerdo, ya que no se reconoce a uno de los progenitores como legitimado para poder realizar el acuerdo. La regulación de la patria potestad queda sin efecto en la mayoría de sus disposiciones debido al no reconocimiento de ambos padres o madres con el hijo, coartando, sin razón legítima, el efecto patrimonial de la filiación respecto de uno de los padres o madres.

4.1.3 Derecho de alimentos

El derecho de alimentos es “el que tienen determinadas personas en estado de necesidad, de exigir alimentos a otra también determinadas, las cuales están obligadas a proporcionárselos por mandato de la ley o acuerdo de las partes o por un tercero”¹²². Los alimentos son uno de los efectos más relevantes de la relación de filiación, son aquellos que habilitan al alimentario para subsistir modestamente, según corresponda a su posición social, comprendiendo alimentación, vivienda, vestuario, salud, movilización, recreación, enseñanza básica y media, y el aprendizaje de alguna profesión y oficio.

El artículo 321 del Código Civil establece que se deben alimentos al cónyuge, los descendientes, ascendientes, hermanos y al que hizo una donación cuantiosa. Se utiliza un concepto amplio; descendientes, por tanto se refiere a hijos, nietos, bisnietos. El padre y la madre están obligados de proporcionar alimentos a sus descendientes, y la ley distingue si es que están casados o no y bajo qué régimen matrimonial se encuentran casados, en su caso. Aquí se presenta el problema, ya que la ley utiliza el presupuesto del matrimonio y los regímenes matrimoniales, por tanto, en el caso de familias homo lesbo parentales, aquel padre o madre no reconocido no podrá ser llamado a cumplir con su obligación de dar alimentos en caso de que el hijo este en estado de necesidad. Importante destacar que la ley busca que los padres contribuyan en proporción a sus facultades económicas, como se ve en la regulación del régimen de separación de bienes y participación en los gananciales, por lo cual se podría dar el caso que el padre o madre no reconocido sea aquel con mejores facultades económicas, y que el hijo no tenga posibilidad alguna de exigir alimentos respecto de aquel, vulnerando así su interés superior.

En el derecho de alimentos se ve claramente la desprotección económica a la cual es sometido el menor de una familia homo lesbo parental, ya que mientras se encuentre en una familia unida no existirán problemas, y ambos padres o madres buscaran satisfacer las diversas necesidades de su hijo. El problema se hace evidente en los casos de separación, donde el hijo nunca podrá obligar al progenitor que no lo pudo reconocer a hacerse cargo de los diversos

¹²² VODANOVIC, A. (2004). *Derecho de Alimentos*, Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, p.4.

gastos y necesidades que tenga, estableciendo una discriminación que solo repercutirá en el bienestar del menor.

4.1.4 Derechos hereditarios

El derecho chileno da gran importancia a las relaciones familiares, es por ello que, respecto a la sucesión intestada, parte del supuesto que el causante querría que sus bienes queden en manos de su familia más cercana. En esa línea, el artículo 983 del Código Civil, suple la voluntad del causante respecto de las personas llamadas a suceder, siendo el primer orden de sucesión los descendientes. Ellos, según el artículo 988 del mismo cuerpo legal, excluyen a todos los otros herederos, salvo que haya cónyuge sobreviviente que concurriría con ellos. La regla para determinar las asignaciones es que el cónyuge recibirá dos legítimas rigurosas de los hijos, salvo que exista solo un hijo, caso en el cual será igual a la legítima rigurosa de este. La porción del cónyuge sobreviviente no bajará nunca de la cuarta parte de la herencia o la mitad legitimaria, y el resto se dividirá entre los hijos en partes iguales.

La protección al hijo también se expresa en el mecanismo de las asignaciones forzosas, las cuales son una limitación a la libertad de testar, que, de acuerdo al artículo 1167 del Código Civil son los alimentos debidos por ley, las legítimas y la cuarta de mejoras. Centrándonos en las legítimas, estas son asignaciones preferentes y privilegiadas que la ley asigna a los legitimarios, siendo legitimarios los hijos, los ascendientes y el cónyuge sobreviviente, y habiendo hijos se excluyen los demás legitimarios, salvo al cónyuge sobreviviente. La legítima rigurosa es la parte de la mitad legitimaria que corresponde a cada legitimario.

Este es uno de los temas críticos en las familias homo lesbo parentales, ya que se hace evidente la problemática de que uno de los padres o madres no pueda reconocer al hijo, dejándolo en una desprotección innecesaria y discriminatoria. Claramente el hijo no tendrá la calidad de descendiente respecto de uno de los progenitores, por tanto no tendrá derechos hereditarios, y se podría dar el caso que fallezca el padre o madre que genere mayor aporte económico y nada de su herencia llegaría al hijo no reconocido, en caso de sucesión intestada.

El caso se podría resolver ligeramente respecto a la herencia testada, ya que a través del testamento se podría destinar la cuarta de libre disposición para el hijo, pero no podría otorgársele la cuarta de mejoras ni se debería respetar su legítima, por lo cual sería un mero parche que en ningún caso alcanzaría la cantidad a la que sí podría tener derecho un hijo reconocido. Por todo lo anterior, la discriminación a la que la legislación somete al hijo de parejas del mismo sexo se hace extrema, negándole sus derechos hereditarios le somete a una desprotección económica a la cual no somete a ningún otro hijo, y que atenta contra los dispuestos en la CIDN, ya que discrimina a un niño por la condición de sus padres.

La legislación chilena terminó con la discriminación de hijos legítimos y naturales, incluso se derogaron una serie de artículos permitiendo que el adoptado concorra en el primer orden de sucesión como descendiente, pero el derecho no se ha actualizado respecto de los derechos igualitarios de los hijos de parejas del mismo sexo.

4.2 Derechos y Obligaciones a nivel internacional

Si bien la legislación chilena presenta variadas deficiencias respecto a la protección de los niños, niñas y adolescentes, a nivel internacional si existe un marco regulatorio mucho más robusto debido a que existe una serie de instrumentos internacionales destinados a la protección de los niños, niñas y adolescentes.

El nacimiento de la protección otorgada por los instrumentos internacionales nace como tal con la Declaración de derechos humanos en 1948¹²³, generando un sistema que pretende generar un piso mínimo de derechos a todos los individuos. Posteriormente, se generó una especificación en los instrumentos de protección, siendo el que interesa particularmente La Convención Internacional de Derechos del Niño dado que reconoce a los niños como sujetos de derecho y consagra una serie de derechos inalienables e irrenunciables, que ninguna persona o Estado puede desconocer. Es un tratado internacional que ha sido ratificado por todos los países del mundo, salvo Estados Unidos, Somalia y Sudán del Sur. Como tal, está llamada a irradiar las diversas legislaciones nacionales, ya que deja sentadas las bases para regular la situación de los niños, niñas y adolescentes, estableciendo los derechos que tienen y las obligaciones de los

¹²³ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Resolución 217 A (III).

Estados respecto a su protección y aseguramiento. La Convención cambió el paradigma desde el enfoque de la situación irregular, en que se veía a los niños como sujetos que no podían asumir las consecuencias de sus acciones, hacia la doctrina de la protección integral.

A continuación se analizarán instrumentos internacionales, entre ellos la CIDN, y como los derechos consagrados se ven vulnerados en el caso de las familias homo lesbo parentales, debido a la falta de reconocimiento que el derecho chileno produce, que se traduce en que uno de los progenitores nunca es mirado como tal.

a) Derecho a la no discriminación

El derecho a la no discriminación tiene un lugar extremadamente importante dentro de las normas relativas a derechos humanos ya que todos los derechos deben ser llevados a la práctica sin distinción, teniendo, por lo tanto, una vinculación intrínseca con la igualdad.

En primer lugar se debe mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos protege a las personas sexualmente diversas según lo señalado en el artículo segundo, donde se estipula que estos derechos “deben reconocerse a toda persona sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”¹²⁴, aceptándose doctrinaria y jurisprudencialmente que la orientación sexual forma parte de la expresión “otra condición” que es utilizado en el artículo.

En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, indica en su artículo 26 que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Por lo tanto, a raíz de este instrumento, los Estados que lo ratificaron deben velar por la prohibición y erradicación de las discriminaciones producidas por orientación sexual e identidad de género al estar estas incluidas, como en el caso anterior, en lo que en el artículo se designa como cualquier índole o condición social.

¹²⁴ (ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, 1948, DUDH artículo 2).

Es posible concluir por tanto, que en ninguno de estos instrumentos se hace referencia explícita a la orientación sexual como categoría protegida en cuanto a la discriminación, ni a las familias homo lesbo parentales, no obstante se puede señalar, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas quien supervisa la aplicación del Pacto de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, quien señala que este último prohíbe las discriminaciones basadas en la orientación sexual, aludiendo al artículo 26 que reclama el Derecho a la Igualdad ante la ley. La respuesta del Comité incide en la obligación de los Estados en hacer efectivo el acceso a la justicia sin discriminación por razones de orientación sexual e identidad de género¹²⁵.

La Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género de Naciones Unidas, del año 2008, referida a discriminaciones y violaciones de derechos humanos relacionadas con orientación sexual e identidad de género es un instrumento más específico. Ella fue firmada por Chile, como miembro de las Naciones Unidas, y dicha declaración reafirma el principio de universalidad de los derechos humanos y del goce de ellos sin distinción alguna, junto al principio de no discriminación para aplicar los derechos humanos por igual a todas las personas. Es por ello que se condenan todas las violaciones de derechos humanos basadas en la orientación sexual o identidad de género, y llama a los Estados a promover y proteger los derechos de todas las personas, tomando las medidas necesarias para asegurar que la orientación sexual o identidad de género no sean motivo de violaciones de derechos humanos.

En el ámbito de protección de la población LGTBI, la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha adquirido un importante rol dado que ha sido un mecanismo efectivo de garantía de los derechos de esta parte de la población, al comprometer a los Estados parte a adoptar cambios en la legislación interna para que se respeten los derechos y las libertades, así como el ejercicio de ellas, para cada persona. Es decir, los Estados deben garantizar el acceso y la garantía de los Derechos Humanos para las personas LGBTI sin discriminación ni exclusión.

Junto con la Convención, es fundamental destacar la jurisprudencia que se ha generado a partir de los casos conocidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siendo el

¹²⁵ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. (2000). Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 941/2000.

caso Atala un paradigma dentro de la lucha de las familias homo lesbo parentales. La Corte estableció que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana bajo el término “otra condición social” contenida en el artículo 1.1 de la Convención. Es por esto que no es posible que la normativa interna de los países disminuya el ejercicio de los derechos consagrados en la Convención utilizando como fundamento la orientación sexual. Se hace alusión también a la vida privada que se entiende como la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuándo decide proyectar a los demás¹²⁶. El Tribunal constató que durante el proceso de tuición, a partir de una visión estereotipada sobre los alcances de la orientación sexual de la señora Atala, se generó una injerencia arbitraria en su vida privada, dado que la orientación sexual es parte de la intimidad de una persona y no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad o maternidad.

Asimismo, la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer apunta en determinados artículos a garantizar los derechos humanos de las lesbianas y las mujeres transexuales para el disfrute de una vida libre de violencia. Esta convención supone un paso adelante en lo que respecta a incorporar la perspectiva de género, volviéndose la mirada hacia lo que ocurre “en el ámbito privado y por ende en el campo de la sexualidad”¹²⁷.

En el año 2007 se dio un paso adelante con la propuesta de un instrumento internacional para los derechos de las personas LGBTI. Esta nace en el seno del Sistema de Naciones Unidas y recibió el nombre de Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de los Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género (conocida como los Principios de Yogyakarta). Este instrumento genera una obligación por parte de los Estados en relación con la orientación sexual y la identidad de género, estableciéndolos como categorías autónomas de protección. Chile, en el año 2009, en el Examen Periódico Universal de la Organización de Naciones Unidas se comprometió a aplicar estos principios que exigen expresamente “adoptar todas las medidas legislativas y de

¹²⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2008) Resumen oficial emitido sobre el caso Atala Riffó y niñas vs Chile (fondo, reparaciones y costas).

¹²⁷ COLECTIVA POR EL DERECHO A DECIDIR. Seminario Derechos Sexuales y Reproductivos, Hoja Informativa 2, Los Derechos Sexuales y Reproductivos, San José, Costa Rica.

otra índole que resulten apropiadas para prohibir y eliminar la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en las esferas pública y privada.”

La Convención Internacional de Derechos del Niño en su artículo 2 plantea el derecho de No discriminación, en cuanto todos los derechos son para todos los niños, sin excepción. Siendo obligación del Estado proteger a los niños contra toda forma de discriminación, tomando todas las acciones necesarias para promover sus derechos. Es deber de los Estados respetar y garantizar los derechos de cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna basada en la raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, impedimentos físicos, nacimiento o cualquier otra condición del niños, de sus padres o representantes legales.

La no discriminación es un Principio general de la CIDN, el cual debe orientar las medidas y diseños de políticas y programas que se deben adoptar en cada Estado. Así la CIDN busca asegurar que los niños, niñas y adolescentes ejerzan la titularidad de derechos que les corresponden a todas las personas. Así se establece en su artículo 2 que el Estado debe tomar todas las medidas para proteger a los niños y niñas contra discriminación o castigos que deriven de la condición, actividades, opiniones o creencias de sus padres, tutores o familiares.

En la práctica, este deber de no discriminación pasa inadvertido por el Estado chileno en lo que se refiere a los hijos de parejas del mismo sexo, dado que la obligación de garantizar y respetar que todos los niños sean iguales es ignorada, e incluso directamente violada con disposiciones como el artículo 182 del Código Civil, que señalan que los hijos que sin vinculación biológica hayan sido fruto de las técnicas de reproducción asistida y tengan padres heterosexuales serán reconocidos como hijos con todos los derechos y deberes consiguientes, dejando de lado, arbitrariamente, a aquellos hijos de parejas del mismo sexo.

Es claro que el Estado de Chile permite que niños y niñas se vean discriminados por la condición de sus padres, en cuanto por el mero hecho de pertenecer a una familia homo lesbo parental ven coartados una serie de derechos, y ello se traduce en un menoscabo económico, social y jurídico, el cual solo puede ser salvado con una adecuación de la legislación chilena con el fin de equipararla a las exigencias internacionales.

b) Interés superior del Niño

La Convención Internacional de Derechos del Niño consagra en su artículo 2 párrafo 1 el interés superior del niño, entendiendo que todas las acciones que involucran a niños y niñas deben priorizar siempre el interés superior del mismo y su bienestar.

El Comité Internacional de los Derechos del Niño en su Observación General N° 14 aclara el interés superior del niño, planteando que es un “derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada.”¹²⁸

El interés superior del niño irradia toda la CIDN, apareciendo en una serie de artículos tales como 9, 10, 18, 20, 21, 37 y 40. Su objetivo es garantizar el pleno y efectivo disfrute de todos los derechos reconocidos en la Convención y el desarrollo completo de los niños. Así es un derecho a que siempre sea una consideración principal, sopesando los intereses en conflicto para que prime siempre dicho interés superior.

Cabe recordar que los niños, niñas y adolescentes deben ejercer sus derechos igual que el resto de las personas, por eso este principio busca la satisfacción de los derechos fundamentales de la infancia. Y no se agota en casos concretos, como para tomar decisiones en los juicios que se lleven en sede de familia, sino que el interés superior del niño debe irradiar el diseño de políticas estatales, su ejecución y la resolución de los diversos conflictos que puedan presentarse.

Este principio, si bien es mencionado en diversas disposiciones del derecho chileno, parece no tener cabida en el caso de hijos de familias homo lesbo parentales, ya que en ningún caso se centra el foco en el interés superior de los hijos de estas familias, estableciendo una regulación igualitaria con el resto de los niños y niñas, sino que se omite su realidad de la legislación, lo cual repercute en una falta de protección por una omisión consciente de los grupos políticos que ven esto como un oferta de campañas, y no como la vida, desarrollo y protección de ciertos niños, niñas y adolescentes.

¹²⁸ COMITÉ INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N°14, p. 3

La inexistencia de regulación de la filiación de familias homo lesbo parentales a quien más daño causa no es a los padres, ya que ellos, en la práctica, si pueden ejercer su rol de padre o madre pese a no ser reconocidos, sino que la afectación es principalmente para los menores, quienes ven que su familia no es reconocida por el Estado, que no pueden considerar a ambos padres como tales y que solo podrán ejercer sus derechos con respecto a uno de sus progenitores. Además cabe destacar que el hecho de ignorar a las parejas del mismo sexo dentro de los legitimados para adoptar es una prueba más de que el Estado chileno no considera el interés superior del niño como un principio que irradie efectivamente la legislación de familia, sino que da más importancia a visiones políticas y religiosas que no son concordantes con la defensa de los derechos propios de los hijos.

En cuanto a la normativa interna se hace eco de lo consagrado por esta Convención señalándose en el artículo 222 del Código Civil que “La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades”. A su vez se hace referencia en la Ley N° 19.968 señalando “esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”.

c) **Derecho a formar una familia y/o contraer matrimonio**

El artículo 16.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, establece que: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.”¹²⁹ El problema que se puede identificar es que cuando establece los motivos que no pueden obstar al matrimonio, no se encuentra orientación sexual, con lo cual no sería una

¹²⁹ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. (2008). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. 15 de agosto de 2017. Portal de Recursos Educativos Abiertos (REA) en Sitio Web: <http://www.temoa.info/es/node/19618>

protección directa para la familia homo lesbo parental, sino que su enfoque es hacia la elección libre de la pareja y el pleno consentimiento necesario para el matrimonio.

En cualquier caso, se protege el derecho de hombres “y” mujeres, por lo que no habría que interpretar que se limita a establecer el derecho a casarse entre un hombre “con” una mujer y viceversa, como bien lo hace notar el Voto particular concurrente de los ministros Fernández Fredes, Carmona Santander, Viera-Gallo Quesney y García Pino, en Rol 1881-10-INA en pronunciamiento por inaplicabilidad de 2011.

El Artículo VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, establece que “Toda persona tiene derecho a constituir una familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.”¹³⁰ Este artículo presenta la ventaja de establecer que constituir una familia es un derecho de toda persona, sin hacer distinciones de género, ello se debe a su identificación como elemento fundamental de la sociedad.

El Artículo 23, segundo párrafo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que: “Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello” A su respecto, basta lo ya dicho respecto a la Declaración Universal de Derechos Humanos.

El Artículo 10,1 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que: “1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. (...) . Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición.” En este artículo se debe destacar el enfoque se da a la familia, y es necesario tener en cuenta como se establece la necesidad de adoptar medidas especiales de protección para los niños, niñas y adolescentes, cuidando que no exista discriminación por cualquier condición. Aquí sería

¹³⁰ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. (1948). *Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre*. 15 de agosto de 2017. Sitio Web: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>.

posible establecer la obligación del Estado, que en el caso de Chile estaría siendo incumplida, de procurar la no discriminación a niños y niñas de familias LGBTI, ya que por la orientación sexual de sus padres o madres, se vería afectada su filiación, y todos los derechos que se desprende de ella.

El Artículo 17,2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece que: “Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.”

El Artículo 16, primer párrafo inciso a) y b) de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, donde se establece que: “1. Los Estados Partes adoptaran todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, aseguran, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: a) El mismo derecho para contraer matrimonio. b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio solo por su libre albedrío y su pleno consentimiento.” Esta disposición se enfoca en el pleno consentimiento y la libertad de la mujer para escoger a su cónyuge, que es una respuesta a las violaciones de sus derechos humanos que sufren las mujeres de algunas regiones del mundo donde hay matrimonios concertados, con grandes diferencias de edad y donde el consentimiento de la mujer se ve totalmente ignorado. De todas formas sirve para reiterar la calidad de derecho humano que se le ha dado al matrimonio.

Los Artículos 8 y 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El primero establece que “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y correspondencia. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que en, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.” , y el segundo: “Derecho a contraer matrimonio. A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes

nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.” Respecto de ambos artículos es particularmente interesante ver la aplicación que les ha dado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya que en sentencia del caso *Schalk y Kopf* contra Austria de 24 de junio de 2010, estableció que “la convivencia entre personas del mismo sexo constituye hoy una manifestación no solo del derecho a la vida privada sino también del derecho a la vida familiar, recogidos ambos en el artículo 8 del CEDH”¹³¹. Si bien este caso se conoce por no obligar a los estados a legalizar los matrimonios igualitarios, en virtud de la CEDH, si es claro que el Tribunal se aparta de su jurisprudencia anterior, donde entendía que los Estados tenían total libertad para reconocer la relación de parejas del mismo sexo, e identifica el avance del consenso europeo para el reconocimiento legal de dichas parejas. Esta jurisprudencia del tribunal es interesante porque “En *Schalk*, no solo se admite que la relación estable existente entre dos personas del mismo sexo es constitutiva de vida familiar, sino que además, (...) se considera que no siempre el matrimonio ha de ser heterosexual”¹³², ya que se entiende que existe una desconexión entre matrimonio y procreación, sin ser esta última un requisito esencial para que pueda celebrarse el primero.

El Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género. Comienza expresando que “la aplicación de las normas internacionales de derechos humanos se rige por los principios de universalidad y no discriminación”, por tanto todas las personas LGBTI tienen “derecho a gozar de la protección de las normas internacionales de derechos humanos”. Se busca que los Estados aseguren los derechos humanos, independiente de la orientación sexual de las personas, pero es posible ver diversas prácticas discriminatorias que subsisten en casi todo el mundo. Respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que no es obligación permitirlo, pero “la obligación de proteger de la

¹³¹ NANCLARES, J. (2014). *La posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos acerca del matrimonio entre personas del mismo sexo*. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 741. p. 208.

¹³² (NANCLARES, J. 2014. p. 210).

discriminación comprende que las parejas de hecho homosexuales sean tratadas de la misma manera y tengan derecho a las mismas prestaciones que las parejas heterosexuales”¹³³.

La Resolución sobre Derechos Humanos, orientación sexual e identidad de género de la Organización de Estados Americanos de 2008, donde la asamblea general, reiterando que la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, toma nota de las violaciones de derechos humanos basadas en la orientación sexual e identidad de género, resolviendo que la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos incluya en su agenda el tema de “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”.

La Resolución A3-0028/1994 del Parlamento Europeo pide a la Comisión de la Comunidad Europea que recomiende a los Estados miembros la eliminación de la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales; garantizando a dichas uniones “los plenos derechos y beneficios del matrimonio” y, además, que se ponga fin a “toda restricción de los derechos de las lesbianas y de los homosexuales a ser padres, a adoptar o a criar niños”.

Los principios de Yogyakarta del año 2007 sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual e Identidad de Género, especifican la protección de los derechos humanos aplicables en el ámbito de orientación sexual e identidad de género, y el principio 24 establece que “Toda personas tiene el derecho a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Existen diversas configuraciones de familias. Ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes.” Este sería el instrumento más explícito respecto al derecho de formar una familia para las personas LGBTI, buscan ser una orientación para la interpretación y aplicación de las normas de derechos humanos. Sin embargo, no han sido adoptados como tratado internacional de derechos humanos, por lo que no son un instrumento vinculante para los diversos Estados.

¹³³ INFORME DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. (2011). *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*. A/HR/19/41. p. 23.

CAPÍTULO V PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

¿Qué posibles formas de solución se pueden dar para evitar la desprotección de los hijos de familias homo lesbo parentales?

El objetivo de este capítulo es Plantear diversas propuestas de solución, revisando los cuerpos legales que requieren ser reformados. Con todo lo anteriormente analizado, es evidente que Chile tiene deficiencias en cuanto a su regulación en el derecho de familia y la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

En ese sentido, y tras haber revisado la experiencia comparada, es posible determinar dos caminos para solucionar la desprotección en que se encuentran los hijos de familias homo lesbo parentales, por un lado se puede regular primero la protección de los niños, sin importar la composición familiar, o se puede legislar el matrimonio igualitario, terminando con la discriminación a las personas LGBTI y las familias que forman en sus uniones.

5.1 Incorporación de la filiación homo lesbo parental autónomamente

La primera opción, y lo que pudo hacer Chile hace años para evitar una discriminación arbitraria respecto de los hijos de parejas del mismo sexo sin entrar en la discusión de las uniones de las personas LGBTI, es regular la filiación en sí, asegurando los derechos y obligaciones propios que surgen de dicha relación, independiente del sexo de los progenitores.

El primer avance por el cual se está intentado de realizar esta vía a través del Boletín 10626-07 que Regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo. Fue patrocinado por las senadoras Isabel Allende y Adriana Muñoz, junto a Ricardo Lagos Weber, Felipe Harboe, Alfonso De Urresti y Alejandro Navarro. Ingresó a tramitación el 12 abril de 2016 y se encuentra aún en primer trámite constitucional, debiendo ser informado por la Comisión encargada de niños, niñas y adolescentes. Este proyecto busca regular los

derechos de filiación de hijos nacidos a través de Técnicas de Reproducción Asistida respecto de parejas de mujeres que se someten conjuntamente a ellas; regula el reconocimiento voluntario de maternidad a la madre que comparte la crianza de un niño, niña o adolescente sin filiación determinada; y finalmente adecua la legislación sobre adopción al acuerdo de unión civil, para que parejas de convivientes civiles puedan adoptar, incluyendo la adopción integrativa.

Un segundo avance se ha dado por el diputado Miguel Ángel Alvarado, quien presentó el Boletín 11447-18 que modifica la Ley N° 19.620, para permitir la adopción por parte de los convivientes civiles, en septiembre de 2017, entendiéndose que durante el último tiempo han existido cambios en la conformación de las familias, y una baja en la celebración de matrimonios, que está dejando de ser la base de la familia chilena, además se reconoce una vació en el AUC, al no permitir a estas familias la posibilidad de adoptar y regular la filiación, por ello se busca dar la posibilidad de adoptar a los convivientes civiles heterosexuales y homosexuales. El proyecto modifica 3 artículos de la Ley N° 19.620 en el siguiente sentido:

- En el artículo 20°, inciso primero se intercale entre la voz “cónyuges” y la expresión “con residencia” la expresión: O parejas que hayan celebrado un Acuerdo de Unión Civil.

En el mismo inciso, se intercala entre la voz “matrimonio” y la expresión “que hayan sido” la expresión: O desde la celebración de un Acuerdo de Unión Civil, entre parejas heterosexuales u homosexuales, en conformidad a la Ley N° 20.830.

Se intercala en el inciso cuarto, entre la voz “matrimonio” y la expresión “, cuando”, la expresión: O parejas que hayan celebrado un Acuerdo de Unión Civil.

- El inciso segundo del artículo 26°, se intercala entre la voz “matrimonio” y la expresión “de los adoptantes”, la expresión: O parejas que hayan celebrado un Acuerdo de Unión Civil.
- El inciso primero del artículo 30°, se intercala entre las voces “matrimonios” “chilenos”, la expresión: O parejas que hayan celebrado un Acuerdo de Unión Civil.

Con este proyecto se lograría llenar un vacío legal sensible, entendiendo que la familia no es dependiente de la existencia de un matrimonio, y que los convivientes civiles, sean de diferente sexo o del mismo, pueden acceder a la opción de la adopción para extender sus familias, sin que se les imponga la obligación de contraer la institución del matrimonio.

En tercer lugar, y considerando que el proyecto de filiación se centra principalmente en las parejas de mujeres, quedando un tanto en desamparo las parejas de hombres que quieran tener hijos, recientemente ingresó un proyecto relativo a la maternidad subrogada, ingresado el 10 de enero de 2018 por los diputados Miguel Ángel Alvarado, Loreto Carvajal y Guillermo Ceroni, Boletín 11576-11 Regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida con el fin de permitirle a parejas heterosexuales o del mismo sexo, estén casadas o unidas civilmente, y a personas solteras, acceder a este procedimiento.

El proyecto establece que la mujer gestante deberá cumplir una serie de requisitos, tales como:

- Tener un mínimo de 25 años y un máximo de 45.
- Ser de nacionalidad chilena o residente legal. Y no tener antecedentes legales ni relación alguna con quien solicite el procedimiento.
- Acreditar características socioeconómicas estables para garantizar el curso del embarazo y solo puede recibir recursos para solventar dichos gastos.
- Haber gestado al menos un hijo sano con anterioridad.
- Inscribirse en el Registro de Gestación por Subrogación. No puede someterse al procedimiento en más de dos oportunidades y aceptar la imposibilidad de reclamar derechos de filiación futuros.

Se impone, a quien solicita el procedimiento, la carga de acreditar que se ha probado cualquier otro método o técnicas de reproducción asistida, sin obtener resultados positivos.

Con estos tres proyectos de ley se viene a llenar el vacío legal que existe respecto a la protección de los hijos de familias homo lesbo parentales, sin discutir la relación de los progenitores. Ello parece ser una estrategia adecuada para la situación actual de Chile,

considerando que recientemente fue electo como presidente Sebastián Piñera, quien se ha pronunciado, con cierta constancia, en el sentido de que el matrimonio es una institución entre un hombre y una mujer, por lo cual imposibilitaría el reconocimiento de la filiación por esa vía, al menos, por los siguientes 4 años.

5.2 Incorporación de la filiación homo lesbo parental en el proyecto de Matrimonio igualitario

El Proyecto de Ley que modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio de parejas del mismo sexo¹³⁴, pretende regular no solo el matrimonio sino también la filiación, admitiendo la posibilidad de que un hijo o hija de una pareja del mismo sexo tengas ambas filiaciones reconocidas por el ordenamiento chileno. Fue iniciado por mensaje presidencial e ingresado para su tramitación legislativa por el Senado con fecha 5 de septiembre de 2017. En la actualidad, se encuentra en su primer trámite constitucional, habiendo oficiado informe la Corte Suprema el 10 de octubre.

En el mensaje del proyecto se deja claro que ha existido una evolución del derecho de familia en las últimas décadas, dejando atrás la incapacidad relativa de la mujer, la discriminación de hijos legítimos e ilegítimos, la regulación del divorcio, la corresponsabilidad parental, hasta llegar a la promulgación del AUC el año 2015, reconociendo el proyecto de ley del matrimonio igualitario como necesario para la igualdad de las familias. Además el gobierno es consciente de las obligaciones internacionales que tiene pendientes, sobre todo por la sentencia condenatoria del caso Atala, que reconoce “nuevas formas de hacer familia y de cuidado de niños y niñas por parte de personas homosexuales”¹³⁵.

I. Modificaciones que introduce el Proyecto de Ley en filiación

1. En primer lugar establece una adecuación del lenguaje con relación a cuatro conceptos ejes del proyecto: “cónyuge” viene a reemplazar “marido y mujer”; reemplaza la idea de “maternidad y paternidad” por “filiación” en su articulado; y dado que se reconoce la doble filiación a hijos de parejas del mismo sexo, ya no se hace referencia a “los padres”

¹³⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (septiembre de 2017). Boletín 11.422-07 “Modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio de parejas del mismo sexo”.

¹³⁵ (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2017, Boletín 11.422-07).

utilizando "progenitores", la cual se define en el artículo 34 del Código Civil "Los progenitores de una persona son aquellas personas respecto de las cuales se ha determinado la relación de filiación, es decir, su madre y padre, sus dos madres, o sus dos padres, todo lo que consideramos positivo en la medida que busca incorporar a las parejas del mismo sexo de una manera orgánica al Código Civil. Más de 50 artículos no son modificados de acuerdo a esta adecuación explícitamente, pero se incorpora un inciso II del artículo 34 que extiende el concepto de progenitor a cualquier cuerpo normativo que hable de madre o padre.

2. Reconoce la filiación a parejas del mismo sexo.
3. Adopción: se permite que matrimonios (sin importar el sexo de los cónyuges) accedan a la adopción, ya sea por integración o a través de la adopción propiamente tal.
4. Se extiende la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), incluyendo a parejas de mujeres que se someten a estos procedimientos.
5. Actualiza el artículo 2320 del Código Civil en relación con la responsabilidad extracontractual por el hecho del ajeno, estableciendo que los progenitores son responsables, ya no el padre y en defecto la madre, como se regulaba anteriormente.
6. Se modifica el inciso 4 del artículo 1 de la Ley N° 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias ley para permitir que madre o padre solicitar alimentos para el hijo ya nacido o que está por nacer.

II. Críticas al proyecto

Gran cantidad de normativa no se ve modificada generando tanto al corto como al largo plazo diversos problemas interpretativos e incoherencias con la idea de inclusión a la sociedad de las parejas del mismo sexo:

1. No se modifica el Código del Trabajo con relación a todo lo mencionado precedentemente.
2. No se incorpora la pluriparentalidad, incluso imitando el artículo 558 del Código Civil Argentino, la rechaza expresamente, señalando que la filiación nunca podrá determinarse por más de 2 personas. Al respecto cabe señalar lo concluido en Argentina por mayoría de la comisión de Familia, de las Jornadas Nacionales de

Derecho Civil, en octubre de 2015 “En los casos de pluriparentalidad es posible declarar la inconstitucionalidad del artículo 558 del Código Civil y Comercial de la Nación”¹³⁶.

3. No se modifica ni la presunción de paternidad del marido ni el impedimento para pasar a segundas nupcias de la mujer, ya que se señala que sólo pueden darse entre parejas de distinto sexo. El impedimento de segundas nupcias debería derogarse debido a lo anacrónico que resulta, pero con respecto a la presunción de paternidad no es comprensible que no se haya realizado una homologación al Código Civil Argentino, que en el artículo 566 señala: “Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio ¹³⁷”. Es decir, se cambió desde una presunción de paternidad a una de filiación incluyendo tanto la paterna como materna y no hace distinción entre parejas de distinto y del mismo sexo, como se está haciendo en el proyecto de ley.
4. Esta iniciativa no pretende modificar las normas que regulan la adopción en Chile, ya que existe un proyecto de ley al respecto¹³⁸. La única modificación que se introduce en estos términos es relativa al orden de los apellidos que deberá llevar el menor que sea adoptado. Es decir este proyecto de ley no permitirá la adopción de convivientes civiles, lo que carecería de cualquier justificación, e incluso ya se ingresó un proyecto de ley para incluirlos dentro de la Ley de adopción¹³⁹. Carece de economía legislativa continuar ingresando normativa parcelada y que deberá posteriormente subsanarse por medio de iniciativas anexas.
5. Técnicas de reproducción asistida, propone un nuevo artículo 182 del Código Civil, sin incluir a las parejas de hombres. Es decir, desconoce que estas parejas pueden acceder a dichos procedimientos, dejando un vacío legal importante. Es claro que regular la aplicación de dichas técnicas en un proyecto de ley sobre matrimonio igualitario, carecería de sentido debido a su especificidad, pero bastaría con incluir en el

¹³⁶ COMISIÓN 6, FAMILIA. (2015). *Identidad y filiación*. 8 de septiembre de 2017, de XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca Sitio web: <http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-06.pdf>

¹³⁷ ARGENTINA. (octubre de 2014). Ley N° 26.994 Código Civil y Comercial.

¹³⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (octubre de 2013). Boletín 9119-18 “Reforma integral al sistema de adopción en Chile”.

¹³⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (2017). Boletín 11447-18.

mencionado artículo un enunciado general para todas las parejas, sin importar su sexo, que se sometan a las TRA, como se señaló previamente.

6. Se establece una modificación a la Ley N° 4.808, sobre Registro Civil, estableciendo que los hijos comunes de parejas del mismo sexo deberán llevar el apellido que escogieron para el primero de ellos. Es decir, permite que las parejas del mismo sexo escojan el orden de apellidos, pero las parejas de distinto sexo no, lo que genera una incoherencia que carece de razonabilidad, ya que incluso existe un proyecto de ley¹⁴⁰ que pretende que todas las parejas puedan escoger el orden de los apellidos de sus hijos. Se hace incomprensible la razón de no proponer una norma general.

Por todo lo anterior, si bien el proyecto resulta ser un avance importante respecto al reconocimiento de las familias diversas, existen problemas de precisión, exhaustividad y fragmentación de la legislación pertinente.

5.3 Cuerpos legales a reformar

Debido a la falta de minuciosidad legislativa, frecuentemente cuando se establece una modificación legal no se hace una revisión exhaustiva sobre todas leyes que pueden verse afectadas, generando al largo plazo incoherencias que afectan al ejercicio de los derechos de las personas. Dichas dificultades deben ser subsanadas muchas veces por medio de dictámenes administrativos o con posteriores modificaciones legales. Es por esto, que en el presente trabajo, se ha realizado una revisión que intenta explicitar todos aquellos cuerpos legales que requerirían una eventual modificación ante la inclusión de la filiación homo lesbo parental.

1. Código Civil

El Código Civil es por antonomasia la ley que debe contener mayores modificaciones, por lo que podría parecer una perogrullada incluirla en esta enumeración, pero para efectos de claridad en la exposición es necesario.

¹⁴⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (noviembre de 2015). Boletín 10396-18 “Modifica la Ley N° 19.620, para permitir la adopción de menores por parte de los convivientes civiles”.

Con respecto a los artículos que deben ser modificados es necesario partir por aquellos que se refieren a la filiación, dejando una consagración expresa en el artículo 37 de la posibilidad de la determinación de la filiación con respecto a una pareja del mismo sexo. Asimismo se vuelve necesario la modificación con respecto al tipo de hermanos que pueden existir (artículo 41), debido a la necesidad de coherencia con lo anterior. Debe modificarse además lo relativo a la representación legal (artículo 43) para explicitar la posibilidad de la determinación de la filiación de una pareja del mismo sexo; lo relativo al ascenso en caso de matrimonio de los que no hubieren cumplido dieciocho años (artículo 107 y siguiente); el nombramiento de curador debido a la falta de padres (artículos 125 y 248); la filiación por Técnicas de Reproducción Asistida para incluir a las parejas del mismo sexo (artículo 182), la cual será tratada de manera autónoma más adelante; el reconocimiento de un hijo (artículos 187 y 188); inclusión de las parejas del mismo sexo en la posesión notoria de la calidad de hijo (artículo 200), como ya se señaló anteriormente.

También deben incluirse en derechos y deberes tan fundamentales como el cuidado personal (artículo 200 y siguientes), la patria potestad y emancipación (artículo 244 y siguientes); y finalmente aspectos sucesorios como el nombramiento de guardador por testamento (artículo 358).

Es posible hacer presente en este apartado la necesidad de modificación del lenguaje, debido a las implicancias que, en términos prácticos, tienen términos como padre o madre sin considerar que puedan ser más de uno con independencia de su sexo. En el anteproyecto de matrimonio igualitario presentado en marzo de 2016 por la Fundación Iguales en colaboración con la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile se señala como cambio introducido al proyecto “En lo que respecta a la filiación, se introduce el concepto de “progenitores”, “progenitor” o “progenitora”, en reemplazo de “padres”, “padre” o “madre”.”¹⁴¹ Los cual resulta necesario para evitar discriminaciones en razón del sexo, y parece coherente con los objetivos buscados, en especial porque se inclina por la misma solución dada por la legislación española, que fue comentada previamente.

¹⁴¹ FACULTAD DE DERECHO UCH Y FUNDACIÓN IGUALES. (2017). *Anteproyecto Ley De Matrimonio Igualitario*. 3 de agosto de 2017, de Fundación Iguales Sitio web: https://www.iguales.cl/archivos/matrimonio-igualitario/Anteproyecto_Matrimonio_Igualitario-Universidad-Chile-Fundacion-Iguales.pdf.

Cabe señalar la introducción de un concepto relativamente nuevo dentro del derecho civil y de familia: la pluriparentalidad, entendido como “el reconocimiento de más de dos vínculos filiales que, al salirse del principio binario sobre el que se estructura el derecho filial (...) configura una red de relaciones jurídicas inéditas, a partir del ejercicio del derecho a la voluntad procreacional por al menos tres personas, quienes titularizan todas las obligaciones y derechos que del vínculo paterno/materno-filial emanan”¹⁴². Pese a ser un concepto desconocido en nuestro ordenamiento, otros ordenamientos ya han dado el paso para incorporar la posibilidad de que un hijo tenga más de dos filiaciones reconocidas, como Argentina¹⁴³ y Estados Unidos¹⁴⁴, entendiendo que dadas las necesidades de las diversas familias siempre debe primar el interés superior del niño o niña. La necesidad se ve en diversos tipos de familia, como se señala en Francia: “familias recompuestas, adoptivas, familias de acogida, familias recurriendo a las asistencias medicalizadas a la procreación (AMP), y también hoy en día familias homo lesbo parentales ponen en escena parentescos paralelos; lo que provoca numerosas cuestiones, nuestro sistema de filiación occidental siendo, por tradición, poco propenso a dar derechos a los parentescos adicionales”¹⁴⁵. Es necesario hacer especial referencia a este tema, ya que es el caso de parejas del mismo sexo en que se ha dado un desarrollo jurisprudencial, ya que muchas veces el tercero que participó en la concepción del niño o niña quiere ser parte de su vida, sin que exista una razón jurídicamente válida para excluirlo a priori. Sin ser innecesario comentar que el proyecto de matrimonio para personas del mismo sexo no contempla esta figura.

2. Código del trabajo

A pesar de lo que se podría pensar en una primera instancia, el Código del Trabajo contiene una gran cantidad de normativa que debe ser modificada para generar una efectiva protección a los derechos de las familias homo lesbo parentales. Partiendo por el artículo 13

¹⁴² BESCOS, I. & ANABEL, S. *Pluriparentalidad: jaque mate a la heteronormatividad en el derecho filial*. Diario DPI Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos Nro. 7. p. 7.

¹⁴³ REDACCIÓN DE REUTERS. (2015). *Argentina acepta registrar a bebé con tres padres, primer caso de América Latina*. 18 de septiembre de 2017, de Reuters Sitio web: <http://es.reuters.com/article/entertainmentNews/idESKBN0NF21G20150424>.

¹⁴⁴ MARTÍN, C. (2017). *Tres padres para un hijo por orden del juez*. 8 de septiembre de 2017, de El Mundo Sitio web: <http://www.elmundo.es/sociedad/2017/03/19/58cd7eb7468aeb364f8b45e5.html>.

¹⁴⁵ LE GALL, D. (2008). *La evolución de la familia en Francia. De la aparición del pluralismo familiar a la cuestión de la pluriparentalidad*. Espacio Abierto, vol. 17, núm. 4, octubre-diciembre. Universidad del Zulia Maracaibo, Venezuela, p. 17.

que regula el trabajo de los menores de 18 años en relación con el permiso necesario para ejercerlo; el pre y pos natal, consagrado en el artículo 195 y siguientes, haciendo referencia tanto al permiso de la madre embarazada así como al permiso parental, que en este caso debería ser inclusivo para generar derechos equivalentes en caso de parejas del mismo sexo, en particular en caso de que sean mujeres debido a la referencia explícita en el permiso parental solo a los “padres”, así mismo se especifica el permiso relacionado con la adopción de una manera que no limita necesariamente a una pareja de distinto sexo, pero hace una remisión a los artículos 19 y 24 de la Ley N° 19.620, por lo que no considera la posibilidad de que se adopte al hijo de la pareja del mismo sexo, en relación con el otorgamiento del permiso. Asimismo se consagran derechos en casos específicos como cuando la madre ha fallecido, subsidios vinculados a este permiso (artículo 198), permisos cuando la salud de un niño menor de un año requiera atención especial (artículo 199), permiso cuando la salud de un menor de 18 años requiera la atención personal con motivo de un accidente grave o de una enfermedad terminal en su fase final o enfermedad grave, aguda y con probable riesgo de muerte (artículo 199 bis).

También debe modificarse el fuero laboral del artículo 201, haciéndolo concordante con todas las modificaciones anteriores, en especial en lo que se refiere a solo señalar “al padre” como posible beneficiario de dicha prerrogativa cuando se habla del permiso parental, además de ampliar la adopción al hijo de la pareja ya que se vuelve a limitar a la hipótesis de la Ley N° 19.620; artículo 203 en relación con el derecho a una sala anexa de manera de incorporar a las parejas conformadas por dos hombres y finalmente el artículo 206, que consagra el derecho de los trabajadores a disponer, a lo menos, de una hora al día, para dar alimento a sus hijos menores de dos años, para hacerlo comprensivo de la modificación.

3. Ley N° 19.620:

La modificación de esta ley es fundamental, ya que es necesario regular la adopción del hijo de pareja que solo tiene filiación determinada respecto de dicha persona. La Ley N° 19.620 regula esta situación solo respecto de cónyuges y remite directamente al procedimiento contemplado en Título III de la Ley, artículo 11 inciso 1°, por lo que es necesario incluir a las parejas del mismo sexo. Asimismo la ley permite la posibilidad de adopción de un hijo incluso

si este cuenta con reconocimiento por ambos padres o filiación matrimonial en el caso de los cónyuges, supeditándolo al consentimiento de aquel que perderá la filiación, pero permitiendo que incluso en ausencia u oposición sea el juez quien pueda decidir si el menor es susceptible de ser adoptado.

Finalmente las parejas de distinto sexo son expresamente incorporadas a través de la consagración legal en la Ley N° 19.620, que las faculta para adoptar conjuntamente, lo que no ocurre con las parejas del mismo sexo. Esto debería ser remediado a través de la inclusión de las parejas que celebren el AUC, mientras se tramita el proyecto de matrimonio igualitario¹⁴⁶, dado que a las parejas casadas se les da prioridad a través de los artículos 20 y 21 de la mencionada ley. El artículo 21 de la ley en comento señala “En caso de que no existan cónyuges interesados en adoptar a un menor que cumplan con todos los requisitos legales o que sólo les falte el de residencia permanente en Chile, podrá optar como adoptante una persona soltera, divorciada o viuda, con residencia permanente en el país...”, es decir, se realiza una discriminación indirecta a todas las parejas del mismo sexo.

4. Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida

Chile no cuenta con una ley que regule la Reproducción Asistida, pese a que a la filiación a la que da origen sí es reconocida por el Código Civil, entregando protección al hombre y a la mujer que se someten en conjunto a dichas técnicas. Para las parejas del mismo sexo este tipo de técnicas adquieren especial relevancia y, pese a que en Chile no existen requisitos legales para someterse a dichos procedimientos, deja la posibilidad de acceder a ellos a la discrecionalidad de cada Clínica o Centro de Reproducción.

Las dos regulaciones nacionales que tratan específicamente el tema son la Ley N° 20.418 que fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad y la Resolución Exenta N° 1072 de 1985 del Ministerio de Salud sobre normas aplicables a la fertilización in vitro y la transferencia embrionaria. La primera regula simplemente el acceso a las prestaciones e información y se garantiza por el Estado cierto piso mínimo para todos los ciudadanos, pero sin entrar a ningún tipo de regulación exhaustiva. La

¹⁴⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (noviembre de 2015). Boletín 11.422-07 “Modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio de parejas del mismo sexo”.

segunda señala que “Estos procedimientos constituyen una modalidad terapéutica más cuyo fin superior es el de resolver la ausencia de hijos en parejas humanas en las cuales diversas afecciones y situaciones contrarias al natural desarrollo de la vida, impiden la concepción.¹⁴⁷” Es decir, plantea este tipo de técnicas desde una perspectiva sólo terapéutica, lo que es posible comprender debido a la época de su publicación, pero debe ser actualizado a las nuevas necesidades de las parejas del mismo sexo y a los hijos que hoy nacen y nacerán de estas uniones. Esta lógica se vuelve aún más anacrónica al tener en cuenta que en octubre de 2016 la OMS¹⁴⁸ dio a conocer la elaboración de un nuevo estándar para el concepto de infertilidad, reconociendo a quienes no tienen una pareja para poder fecundar, como infértiles. El concepto deja de ser una condición médica y amplía su definición a la incapacidad para encontrar una pareja sexual capaz de concebir, con el objetivo de facilitar el acceso a la fecundación in vitro especialmente a los solteros o las parejas del mismo sexo. Según los dichos de uno de los autores de esta medida, el doctor David Adamson, el concepto de infertilidad está redactado de manera que incluye los derechos de todos los individuos a tener una familia, y eso incluye a los hombres solteros, mujeres solteras; y hombres y mujeres homosexuales¹⁴⁹.

Las TRA tienen particularidades dependiendo de si es una pareja del mismo sexo femenino o masculino. En el primer caso adquiere muchas similitudes con las parejas de distinto sexo, por razones de orden práctico, ya que es una de las integrantes de la pareja quien se somete al procedimiento y será la gestante, por lo que bastaría con incluir la posibilidad de que sea una pareja de mujeres las que se someten a técnicas de reproducción humana asistida dentro de la regulación existente.

En el caso de una pareja de hombres es más complejo, en cuanto requerirán de una tercera persona de sexo femenino quien deberá subrogar su vientre. En Chile no existe ninguna regulación sobre el llamado “vientre de alquiler” salvo un proyecto de ley presentado

¹⁴⁷ MINISTERIO DE SALUD DE CHILE. (1985). Ley Resolución Exenta N° 1072 sobre normas aplicables a la Fertilización in Vitro y la transferencia embrionaria.

¹⁴⁸ BODKIN, H. (2016). *Single men will get the right to start a family under new definition of infertility*. 17 de agosto de 2017, de The Telegraph Sitio web: <http://www.telegraph.co.uk/news/2016/10/19/single-men-will-get-the-right-to-start-a-family-under-new-defini/>.

¹⁴⁹ (BODKIN, H, 2016).

en el 2008 para penalizarlo¹⁵⁰, por lo que en este caso se requiere una modificación mayor incorporando la institución de la subrogación de vientre y la posibilidad de que sean dos hombres quienes accedan a dicho procedimiento, resguardando así los derechos del niño o niña, así como los de los padres y de la mujer que gestará el hijo.

En cualquier caso, el Código Civil hace imposible esta práctica al limitar a las parejas heterosexuales la regulación de dichas técnicas.

Pese a que se considera esencial una regulación orgánica en esta materia, es posible entregar una solución provisoria permite expandir el resguardo legal entregado por el Código Civil, como la dada por la Facultad de Derecho y la Fundación Iguales quienes señalan como indicación “Reemplazase el inciso primero del artículo 182 por el siguiente: “Artículo 182. Los progenitores del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida **son las personas** que se sometieron a ellas, en tal calidad”¹⁵¹.

5. Ley N° 20.255: Establece reforma previsional

En lo que se refiere al beneficio establecido en dicha ley es necesario modificar el artículo 78, de manera de hacerlo efectivo respecto a todos los tipos de adopción, dado que la redacción actual se puede prestar para interpretaciones restrictivas.

6. Decreto con Fuerza de Ley N° 2128

Los artículos 126 y 127 de dicho decreto señala qué apellidos debe llevar un recién nacido. Incluso dejando de lado la confusión a la que llevaría la aplicación de esa normativa a las familias homo lesbo parentales (dado que habla de apellido materno y paterno), es urgente modificar dicha regulación dado que se refiere a los recién nacidos como legítimos e ilegítimos, distinción derogada desde 1998, y que resulta discriminatoria y vulneradora de numerosas normativas tanto nacionales como internacionales. Hecho ese alcance, la posibilidad de que las parejas tanto de distinto como mismo sexo puedan elegir libremente al

¹⁵⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (diciembre de 2008). Boletín 6306-07 “Sanciona la utilización del vientre materno para el embarazo por encargo de terceros, incorporando un nuevo tipo penal denominado: de la sustitución de la maternidad.”

¹⁵¹ (FACULTAD DE DERECHO UCH Y FUNDACIÓN IGUALES. 2017).

orden en que se colocarán sus apellidos en la partida de nacimiento de sus hijos, viene a solucionar una serie de problemáticas que viven las familias homo lesbo parentales, como por ejemplo, cuando una pareja de mujeres quiere cada una gestar un hijo pero no hay posibilidad legal de que ambos niños/as lleven el mismo apellido. En la práctica esta modificación permitiría una mejora transversal a todos los tipos de familia, existiendo ya un proyecto de ley¹⁵² que pretende regular el tema, pero sin que su tramitación haya sido prioritaria.

¹⁵² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (noviembre de 2015). Boletín 10396-18 “Modifica el decreto con fuerza de Ley N° 2.128, que aprueba el Reglamento Orgánico del Servicio del Registro Civil y la Ley N° 17.344, para otorgar la opción de determinar el orden de los apellidos.”

CONCLUSIONES

Se comenzó esta investigación de la hipótesis de que los hijos de parejas del mismo sexo, al solo poder ser reconocidos solo por uno de sus progenitores, ven producido un menoscabo directo a sus derechos fundamentales de no discriminación, interés superior del niño y derechos y deberes de los padres a su respecto.

Se realizó un estudio histórico de las personas LGBTI y las familias homo lesbo parentales, tanto en Chile como en Argentina, Reino Unido y España, tras lo cual se determinó que Chile se encuentra al debe en sus obligaciones de protección de los derechos de estas familias, al no haberles dado ni un mínimo reconocimiento. Además se encuentra legislando con, al menos, 10 años de atraso en materias tales como uniones civiles y matrimonio igualitario. Yendo más allá, al revisar los avances legislativos y jurisprudenciales sobre la materia queda claro que, por una parte, el poder legislativo ha sido reticente a la protección de las personas LGBTI y especialmente de las familias homo lesbo parentales, siendo el único progreso el AUC con un solo punto de protección a dichas familias, por el contrario, el poder judicial ha realizado un progreso real respecto a la educación en estas materias, y el mayor reconocimiento de la familia homo lesbo parental en sus sentencias, pero ello no ha sido tan profundo como en otros países, donde han forzado a los otros poderes a remediar la vulneración de derechos humanos por la falta de legislación.

Con todo, era necesario mencionar el derecho de familia chileno y como este trata los temas de filiación y los derechos y obligaciones que surgen por ella, en esa línea se analizaron las formas de incluir a la familia homo lesbo parental y como se ven afectados los niños, niñas y adolescentes por la falta de reconocimiento, determinando que pierden una enorme cantidad de derechos, y eso es inaceptable especialmente al considerar los estándares internacionales a

los que acepto someterse Chile al firmar y ratificar la Convención Internacional de Derechos del Niño.

Finalmente, se plantearon algunas propuestas de solución al problema que se reconoció en la legislación de familia de Chile, estableciendo la posibilidad de reconocimiento autónomo a la familia homo lesbo parental apoyándose en tres proyectos actuales: el de ley de filiación, permitir adopción a parejas que han contraído AUC y el proyecto que permite la maternidad subrogada, todos los cuales vienen a configurar un derecho de filiación independiente de la existencia de un matrimonio entre los progenitores, preocupándose por el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y el aseguramiento de sus derechos. Por otra parte, se analizó el proyecto de matrimonio igualitario, que logra hacer una suerte de equiparación entre las familias con progenitores de distinto y del mismo sexo, a pesar de que presenta ciertas falencias que deben ser mejoradas en su tramitación. En ese sentido, se hizo especial énfasis en las distintas normativas que deben ser reformadas, con el fin de lograr superar la fragmentación de nuestro ordenamiento, logrando coherencia y evitar vacíos que permitan la vulneración de derechos. Considerando las recientes elecciones presidenciales, donde fue electo por segunda vez Sebastián Piñera, quien durante su campaña dijo que “estoy dispuesto a perfeccionar el AVP (sic) para que tengan los mismo derechos, pero yo creo que el matrimonio es una institución diferente. No hay que hacer idénticas cosas que son diferentes y esto no significa que uno sea mejor que el otro”¹⁵³, cerrando al parecer la posibilidad de que el proyecto de ley de matrimonio para personas del mismo sexo se convierta en ley durante los próximos 4 años. El presidente electo si planteó una reforma a la actual Ley de adopción, estableciendo que los “tribunales van a determinar qué es lo mejor, en algunos casos podrá ser un tipo de pareja, en otros casos otros tipos de parejas. No vamos a discriminar ni por sexo, ni por edad, ni por orientación sexual.”¹⁵⁴ Por ello, todo da a entender que Chile regulará primero los derechos filiativos, y posteriormente, en algún otro gobierno, se avanzará en el reconocimiento del matrimonio para todas las personas, sin discriminación.

¹⁵³ EMOL. (2 de noviembre de 2017). *Sebastián Piñera mantiene su postura contra el matrimonio igualitario pero asegura estar "dispuesto a perfeccionar el AVP*. 18 de diciembre de 2017, emol Sitio web: <http://www.emol.com/noticias/Nacional/2017/11/02/881565/Sebastian-Pinera-mantiene-su-postura-contra-el-matrimonio-igualitario-pero-asegura-estar-dispuesto-a-perfeccionar-el-AVP.html>.

¹⁵⁴ PIÑERA, S. (noviembre de 2017) Entrevista televisiva en programa Mucho Gusto, canal Mega. 18 de diciembre de 2017 de Sitio Web: <http://www.mega.cl/programas/mucho-gusto/mejores-momentos/59637-exclusivo-sebastian-pinera-estuvo-en-el-estudio-y-dio-sus-impressiones-tras-pasar-a-segunda-vuelta.html>.

Así, es posible determinar que la omisión del reconocimiento de las familias homo lesbo parentales no encuentra fundamento alguno para permitir que continúe afectando los derechos de niños, niñas y adolescentes, obviando el principio central del derecho de familia, el cual es el interés superior del niño. La no regulación implica directamente una discriminación en comparación a los hijos de familias heterosexuales y una indefensión jurídica en relación con los derechos y obligaciones como son los derechos hereditarios, previsión social, cuidado personal en caso de separación o muerte de la pareja, pensión alimenticia y el derecho de una relación directa y regular. En el fondo, pese a los tratados internacionales y los propios derechos garantizados por la Constitución, todos los hijos no son iguales en Chile.

La única manera de cautelar efectivamente los derechos de estos niños, niñas y adolescentes es generar una legislación omnicompreensiva de todos los tipos de familia que se dan en la sociedad, ya que la inexistencia de regulación a quien más perjudica es a los hijos e hijas, quienes viven su vida sabiendo que para el Estado chileno su familia no existe o no tiene el mismo valor que las otras.

BIBLIOGRAFÍA

I. Libros

1. ABELIUK, R. (2000). *La filiación y sus efectos (la filiación, su determinación. Acciones judiciales. La filiación adoptiva. Sucesión intestada y asignaciones forzosas. Otras reformas de las leyes N° 19.585 y N°19.620)*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.
2. ALCARAZ, R & A. (2008). *El derecho a la no discriminación por identidad y expresión de género*. Textos del caracol, núm. 4. Dante núm. 14, CONAPRED. p. 6. Véase también Comisión Internacional de Juristas, Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos (2009), Guía para Profesional No. 4.
3. BARATTA, A. (1999). *Infancia y Democracia en Derecho a tener derecho*. Infancia, derecho y políticas sociales en América Latina, tomo 4, Unicef, Montevideo, Uruguay.
4. BEAUVOIR, S de. (1981). *Le deuxième sexe*. Trad. Esp. *El segundo sexo*. Buenos Aires: Editorial Siglo Veinte.
5. CILLERO, M. (1999). *El interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, en “Infancia, Ley y Democracia en América Latina” Tomo I, Editorial Temis, Ediciones Deploma, Santa Fe de Bogotá, Buenos Aires. 2ª edición.
6. FIGARI, C. (2011). *Matrimonio Igualitario: ciencia y acción política*, en Solari, N. & Von Opiela, C. *Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ley 26618*. Buenos Aires: Editorial La Ley. .
7. GÓMEZ, M. (1993). *La fecundación in vitro y la filiación*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile.
8. GÓMEZ, M. (2007). *El sistema filiativo chileno: filiación biológica, por técnicas de reproducción asistida y por adopción*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile.
9. GOMEZ, M. y LEPIN, C. (2013). *Parejas Homosexuales ¿unión civil o matrimonial?* Santiago de Chile. Legal Publishing,
10. GROSS, M. (2012) *Qu'est-ce que l'homoparentalité ?*, Petit Bibliothèque Payot, Paris.

11. HERNÁNDEZ, G. (2009). *Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo*. Santiago de Chile. Editorial Arcis.
12. LÓPEZ, J. (1976). *La filiación*, Buenos Aires, Argentina. Depalma
13. MCDOWELL, L. (2000). *Gender, Identity and Place, Understanding feminist geographies*. Madrid: Editorial Cátedra.
14. ORREGO, J. *La filiación y la protección de los incapaces*. Versión online en <http://www.juanandresorrego.cl>
15. RAMOS PAZO, R. (2007). *Derecho de Familia*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. Séptima Edición. (I).
16. ROBALDO, M. (2011). *La homoparentalidad en la deconstrucción y reconstrucción de familia*. Aportes para la discusión. Revista Punto Género N.1. ISSN 0719-0417.
17. ROBLES, V. (2008). *Bandera hueca: historia del movimiento homosexual de Chile*. Santiago, Chile. Editorial Arcis / Editorial Cuarto propio.
18. ROCHA, H. (2004). *Uniones Civiles*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
19. ROSSEL, E. (1994). *Manual de Derecho de Familia*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, séptima edición actualizada.
20. STOLLER, R. (1968). *Sex and gender*. Science House, New York: Hogarth Press and Institute of Psychoanalysis: London.
21. STROMQUIST, N. (2006). *La construcción del género en las políticas públicas. Perspectivas comparadas desde América Latina*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos. 1º Edic.
22. UNDURRAGA, V. (2006). *Interés superior del niño/a y tuición de la madre o padre homosexual*. En revista de derechos del niño N°3-4.

II. Artículos

1. ALZATE, P. (2005). *Análisis a la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de Derecho a Contraer Matrimonio*, España. 5 de mayo de 2016 de Sitio Web: www.formatolegal.com.
2. AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION. (2002). *Respondiendo tus preguntas sobre las personas trans, identidad de género y expresión de género*. 29 de mayo de 2015. Sitio web: <http://www.apa.org/topics/lgbt/transgender.aspx>

3. AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION. (2006). *Answers to your questions About: Individuals With Intersex Conditions*. 7 de junio de 2017. Sitio web: <http://www.apa.org/topics/lgbt/intersex.pdf>.
4. AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION. (2012). *Answers to your questions: For a better understanding of sexual orientation and homosexuality*. 26 de junio de 2014, de Washington, DC Sitio web: <http://www.apa.org/topics/sexuality/orientacion.pdf>.
5. AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION & NATIONAL ASSOCIATION OF SCHOOL PSYCHOLOGISTS. (2015). *Resolution on gender and sexual orientation diversity in children and adolescents in schools*. 07 de junio de 2017. Sitio web: <http://www.apa.org/about/policy/orientation-diversity.aspx>.
6. BESCOS, I. & ANABEL, S. *Pluriparentalidad: jaque mate a la heteronormatividad en el derecho filial*. Diario DPI Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos Nro 7
7. BORRILO, D. (2011). *De la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la Homofobia: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la orientación sexual*. Revista de Estudios Jurídicos, Universidad de Jaén (11).
8. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2014). *Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes*.
9. INSTITUTE OF MEDICINE (Instituto de Medicina de las Academias Nacionales de Ciencias de los Estados Unidos de América). (2011). *The Health of Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender People: Building a Foundation for Better Understanding*. 21 de marzo de 2017, de The National Academies Press. Sitio web: http://books.nap.edu/openbook.php?record_id=13128&page=32.
10. JIMENEZ, M. (2012). *La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales*. Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá, Volumen V.
11. KÉLLER, E. F. (1994). *El sistema género/ciencia: o ¿es el sexo al género lo que la naturaleza es a la ciencia?* Centro de Estudios y Documentación (eds.), La mujer y la

- ciencia. Cuadernos para el debate - Instituto de la Mujer Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid. Citado por Ester Barberá.
12. LATHROP, F. (2012). *Ante la Ilustrísima Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informe Pericial Caso N° 12.502 Karen Atala Riffo y otras vs. Chile*. Revista de Derecho Escuela de Postgrado (2).
 13. LE GALL, D. (2008). *La evolución de la familia en Francia. De la aparición del pluralismo familiar a la cuestión de la pluriparentalidad*. Espacio Abierto, vol. 17, núm. 4, octubre-diciembre. Universidad del Zulia Maracaibo, Venezuela.
 14. LEPIN, C. (2014). *Los nuevos principios rectores del Derecho de Familia*. Revista Chilena de Derecho Privado.
 15. MARTÍN, M. (enero-junio 2010). *El derecho constitucional al matrimonio homosexual en España*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, núm. 13.
 16. MARTÍN, M. (2011). *Aproximación Histórica al Tratamiento Jurídico y Social dado a la Homosexualidad en Europa*. Estudios Constitucionales, Año 9, N° 1: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca.
 17. NANCLARES, J. (2014). *La posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos acerca del matrimonio entre personas del mismo sexo*. En Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N° 741.
 18. NASH, C. (2012). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile: Recepción y Aplicación en el ámbito interno*. Santiago. Centro de Derechos Humanos.
 19. RAMOS PAZO, R. (1999). *Análisis crítico de la ley n° 19.585*, Revista de Derecho, Vol. X.
 20. SANGALLI, M., ORTIZ, F., WAJSMAN, M., SÁNCHEZ, C. & SCHMIDT, C. (2014). *El interés superior del niño en las adopciones homoparentales*. Lecciones y Ensayos Nro 90.
 21. SEMINARIO GALEGO DE EDUCACIÓN PARA LA PAZ. (2006). *Educación emocional y violencia contra la mujer*. Madrid: Editorial Los libros de la Catarata.
 22. VAN DER BOM, I., COFFEY-GLOVER, L., JONES, L., MILLS, S. & PATERSON, L. (2016). *Implicit homophobic argument structure: equal marriage discourse in the Moral maze*. Journal of Language and Sexuality, 4 (1).

23. VELOSO, P. (2010) *Principios fundamentales del nuevo estatuto de filiación*. 15 de agosto de 2014, de Veloso, Flores, Reyes. Estudio jurídico.

III. Informes y documentos

1. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (1954). Libro de sesiones ordinarias del Senado, Tomo I.
2. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (diciembre de 2007). Boletín 5623-07 “Regula la celebración del contrato de unión civil y sus consecuencias patrimoniales.”
3. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (diciembre de 2008). Boletín 6306-07 “Sanciona la utilización del vientre materno para el embarazo por encargo de terceros, incorporando un nuevo tipo penal denominado: de la sustitución de la maternidad.”
4. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (19 de agosto de 2009) Boletín 5633-07 que “Modifica el artículo 102 del Código Civil en relación al concepto de matrimonio”.
5. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (27 de octubre de 2009). Boletín 6735-07 “Establece un Pacto de Unión Civil”.
6. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (10 de marzo de 2010) Boletín 6846-07 “Regula los pactos de uniones civiles.”
7. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (10 de marzo de 2010) Boletín 7869-07 “Reforma Constitucional que establece que el matrimonio es entre un hombre y una mujer.”
8. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (10 de agosto de 2010) Boletín 7099-07 “Sobre el contrato de matrimonio entre personas del mismo sexo”.
9. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (octubre de 2013). Boletín 9119-18 “Reforma integral al sistema de adopción en Chile”.
10. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (2014). Boletín 9778-18. “Modifica el Código Civil y la ley de Matrimonio Civil, con el propósito de posibilidad el matrimonio igualitario”.
11. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (noviembre de 2015). Boletín 10396-18 “Modifica el decreto con fuerza de Ley N° 2.128, que aprueba el Reglamento

- Orgánico del Servicio del Registro Civil y la Ley N° 17.344, para otorgar la opción de determinar el orden de los apellidos”.
12. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (noviembre de 2015). Boletín 11.422-07 “Modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio de parejas del mismo sexo”.
 13. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (2016). Historia de la Ley N° 20.069.
 14. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (2017). Boletín 10626-07 “Regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo”.
 15. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (2017). Boletín 11.422-07 “Modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio de parejas del mismo sexo”.
 16. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (2017). Boletín 11447-18 “Modifica la Ley N° 19.620, para permitir la adopción de menores por parte de los convivientes civiles”.
 17. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (2018). Boletín 11576-11 “Regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida”.
 18. CHILE (10 de agosto de 1992) Mensaje del Ejecutivo, proyecto de ley N° 19.586. Cuenta en Sesión 25, Legislatura 326.
 19. CIDH, Audiencia, Caso 12.502, *Karen Atala e Hijas Vs Chile*.
 20. COMISIÓN 6, Familia. (2015). *Identidad y filiación*. 8 de septiembre de 2017, de XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca Sitio web: <http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-06.pdf>
 21. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe N° 42/08 de Admisibilidad, Petición 1271-04 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
 22. COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. (16 de diciembre de 2010). *Recomendación general N°28 relativa al artículo 2 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*. CEDAW/C/GC/28, párr. 5.

23. FACULTAD DE DERECHO UCH & FUNDACIÓN IGUALES. (2017). Anteproyecto Ley De Matrimonio Igualitario. 3 de agosto de 2017, de Fundación Iguales Sitio web: https://www.iguales.cl/archivos/matrimonio-igualitario/Anteproyecto_Matrimonio_Igualitario-Universidad-Chile-Fundacion-Iguales.pdf
24. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. (2011). Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*. A/HR/19/41.
25. OMINAMI, C. (2008). *Proyecto de Ley que modifica el Código Civil, la Ley N° 19.968 que crea los tribunales de familia y la Ley N° 16.618 de menores en miras de asegurar una efectiva protección de los derechos y deberes que emanan de la filiación*.
26. PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL. (2004). *Programa Electoral Elecciones Generales 2004*. 14 de marzo de 2017. Sitio web: <http://www.psoe.es/media-content/2015/03/Programa-Electoral-Generales-2004.pdf>.
27. SUBCOMISIÓN EPISCOPAL PARA LA FAMILIA Y DEFENSA DE LA VIDA. (26 de diciembre de 2004,). *Hombre y Mujer los creó*. Nota con motivo de la Jornada por la Familia y por la Vida.

IV. Estudios estadísticos

1. CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS. (29 de octubre de 2013). *Encuesta CEP*. 16 de junio de 2014 Sitio web: http://www.cepchile.cl/dms/archivo_5388_3457/encuestaCEP_sep-oct2013.pdf.
2. INJUV. (julio 2014) *Percepciones en Torno a la Diversidad Sexual*. 17 de octubre de 2014. De Injuv Sitio web: http://www.injuv.gob.cl/portal/wp-content/files_mf/sondeodiversidadsexual.pdf.
3. INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN EN CIENCIAS SOCIALES. (2010). *Chile 2010: Percepciones y actitudes sociales*. 17 de septiembre de 2017, de Facultad de Ciencias Sociales e Historia de la Universidad Diego Portales Sitio web: <http://encuesta.udp.cl/descargas/banco%20de%20datos/2010/Principales%20Resultados%202010.pdf>.

4. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. (2002). *Censo 2002*. Sitio web: <http://www.censo.cl>.
5. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. (2012). *Síntesis de Resultados*. 15 de julio de 2017. Sitio web: http://estudios.anda.cl/recursos/censo_2012.pdf.
6. THE U.S. CENSUS BUREAU. (septiembre de 2011). *Same-Sex Couple Households*. 16 de junio de 2017, de U.S. Department of Commerce Economics and Statistics Administration U.S. CENSUS BUREAU American Community Survey Briefs Sitio web: <http://www.census.gov/prod/2011pubs/acsbr10-03.pdf>.

V. Noticias en medios comunicacionales

1. AMIGO, C. (2013). *Predicción Allamand: AVC fracasado = Matrimonio igualitario inminente*. 2 de agosto de 2017, de El quinto poder Sitio web: <http://www.elquintopoder.cl/politica/prediccion-allamand-avc-fracasado-matrimonio-igualitario-inminente>.
2. ALVARADO, J. (17 de diciembre de 2014). *Acuerdo de Vida en Pareja cambia de nombre: ahora se llamará "PUC"*. 18 de julio de 2017, de BioBioChile Sitio web: <http://www.biobiochile.cl/noticias/2014/12/17/acuerdo-de-vida-en-pareja-cambia-de-nombre-ahora-se-llamara-puc.shtml>.
3. BODKIN, H. (2016). *Single men will get the right to start a family under new definition of infertility*. 17 de agosto de 2017, de The Telegraph Sitio web: <http://www.telegraph.co.uk/news/2016/10/19/single-men-will-get-the-right-to-start-a-family-under-new-defini/>.
4. EL MERCURIO. *Senado autoriza fusión de proyectos sobre acuerdo de vida en común*. 12 de octubre de 2014, de Emol Sitio web: <http://www.Emol.com>.
5. EL MERCURIO. (2 de noviembre de 2017). *Sebastián Piñera mantiene su postura contra el matrimonio igualitario pero asegura estar "dispuesto a perfeccionar el AVP"*
Fuente: Emol.com -
[http://www.emol.com/noticias/Nacional/2017/11/02/881565/Sebastian-Pinera-](http://www.emol.com/noticias/Nacional/2017/11/02/881565/Sebastian-Pinera-mantiene-su-postura-contr-el-matrimonio-igualitario-pero-asegura-estar-dispuesto-a-perfeccionar-el-AVP.html)
[mantiene-su-postura-contr-el-matrimonio-igualitario-pero-asegura-estar-dispuesto-a-perfeccionar-el-AVP.html](http://www.emol.com/noticias/Nacional/2017/11/02/881565/Sebastian-Pinera-mantiene-su-postura-contr-el-matrimonio-igualitario-pero-asegura-estar-dispuesto-a-perfeccionar-el-AVP.html). 18 de diciembre de 2017, de Emol Sitio web: <http://www.emol.com/noticias/Nacional/2017/11/02/881565/Sebastian-Pinera->

[mantiene-su-postura-contr-el-matrimonio-igualitario-pero-asegura-estar-dispuesto-a-perfeccionar-el-AVP.html](#)

6. EL MOSTRADOR. (27 de enero de 2015). *La Universidad Católica consigue que el PUC cambie de nombre a Acuerdo de Unión Civil*. 18 de julio de 2017, de Sitio web: <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2015/01/27/la-universidad-catolica-consigue-que-el-puc-cambie-de-de-nombre-a-acuerdo-de-union-civil/>.
7. EL MOSTRADOR. (2015). *Justicia otorga cuidado personal de menor a madre lesbiana, tras muerte de su pareja*. 7 de noviembre de 2017, de El mostrador Sitio web: <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2015/08/12/justicia-otorga-cuidado-personal-de-menor-a-madre-de-familia-lesboparental-tras-muerte-de-su-pareja/>.
8. EL PERIODISTA. (2014). *Presentan recurso judicial contra tres parlamentarios UDI por “dichos discriminatorios”*. 7 de noviembre de 2011, de El periodista Sitio web: <https://elperiodistaonline.cl/locales/2014/02/presentan-recursos-contr-tres-parlamentarios-udi-por-dichos-discriminatorios/>
9. LABRA, A. (2014). *Jacqueline van Rysselberghe: “No veo ninguna razón para que la UDI tenga que cambiar”*. 7 de noviembre de 2011, de La Tercera Sitio web: <http://www.latercera.com/noticia/jacqueline-van-rysselberghe-no-veo-ninguna-razon-para-que-la-udi-tenga-que-cambiar/>
10. MARTÍN, C. (2017). *Tres padres para un hijo por orden del juez*. 8 de septiembre de 2017, de El Mundo Sitio web: <http://www.elmundo.es/sociedad/2017/03/19/58cd7eb7468aeb364f8b45e5.html>.
11. MASCAREÑO, C. (2014). *Familia homoparental interpone acción legal contra tres parlamentarios de la UDI*. 7 de noviembre de 2017, de La Tercera Sitio web: <http://www.latercera.com/noticia/familia-homoparental-interpone-accion-legal-contr-tres-parlamentarios-de-la-udi/>.
12. MOVILH. (2010). *Histórico: Corte considera “discriminatorio” negar a una persona homosexual la tuición de un menor*. 7 de noviembre de 2017, de Movilh Sitio web: <http://www.movilh.cl/historico-corte-considera-discriminatorio-negar-a-una-persona-homosexual-la-tuicion-de-un-menor/>.
13. MOVILH. (2010). *Juzgado otorga a hombre gay el cuidado personal de su sobrino luego de tres años de lucha*. 7 de noviembre de 2017, de Movilh Sitio web:

<http://www.movilh.cl/historico-corte-considera-discriminatorio-negar-a-una-persona-homosexual-la-tuicion-de-un-menor/>.

14. PÉREZ, X. & SAFFIE, P. (2009). *Padre gay pide tuición de sus hijos y madre se la cede en tribunales* Fuente: Emol.com - <http://www.emol.com/noticias/nacional/2009/03/11/348280/padre-gay-pide-tuicion-de-sus-hijos-y-madre-se-la-cede-en-tribunales.html>. 9 de noviembre de 2017, de emol Sitio web: <http://www.emol.com/noticias/nacional/2009/03/11/348280/padre-gay-pide-tuicion-de-sus-hijos-y-madre-se-la-cede-en-tribunales.html>.
15. RADIO COOPERATIVA. (9 de agosto de 2011). *Piñera presentó Acuerdo de Vida en Pareja destacando a la familia como "fuente" de felicidad*. 20 de abril de 2016, de Radio Cooperativa Sitio web: <http://www.cooperativa.cl/noticias/sociedad/homosexualidad/union-civil/pinera-presento-acuerdo-de-vida-en-pareja-destacando-a-la-familia-como-fuente-de-felicidad/2011-08-09/115517.html>.
16. REDACCIÓN DE REUTERS. (2015). *Argentina acepta registrar a bebé con tres padres, primer caso de América Latina*. 18 de septiembre de 2017, de Reuters Sitio web: <http://es.reuters.com/article/entertainmentNews/idESKBN0NF21G20150424>.
17. REVISTA YA. (2014). *María Angélica Cristi Me dejaron muy sola*. 7 de noviembre de 2017, de El Mercurio Sitio web: <http://diario.elmercurio.com/detalle/index.asp?id={ef03e581-37c6-4da2-9556-b02a16b2007f}>.
18. RIVERA, V. (2016). *Fallo de juzgado de familia abre el debate sobre la tuición homoparental*. 7 de noviembre de 2017, de La Tercera Sitio web: <http://www.latercera.com/noticia/fallo-de-juzgado-de-familia-abre-el-debate-sobre-la-tuicion-homoparental/>.

VI. Legislación

1. ARGENTINA. (2009). Código Civil.
2. ARGENTINA. (2014). Ley N° 26.618.
3. ARGENTINA. (2014). Ley N° 26.413.

4. ARGENTINA (2014) Ley N° 26.994 Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.
5. CHILE (2014). Código Civil.
6. CHILE. (1999). Ministerio de Justicia. Dicta Norma sobre Adopción de Menores.
7. CHILE. (1990) Ministerio de Relaciones Exteriores. 1990. Convención Internacional de los Derechos del Niño.
8. CHILE. (1991). Ministerio de Relaciones Exteriores. Convención Americana de los Derechos Humanos.
9. CHILE. (1985). Ministerio de Salud de Chile. Ley Resolución Exenta N° 1072 sobre normas aplicables a la Fertilización in Vitro y la transferencia embrionaria.
10. CHILE. (2005) Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile.
11. CHILE. (2015) Ministerio Secretaría General de Gobierno. Ley N° 20.830: Crea el Acuerdo de Unión Civil.
12. COUNCIL OF EUROPE. Tribunal europeo de Derechos Humanos. (2010). Convenio europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.
13. ESPAÑA. (2017). Código Civil de España.
14. ESPAÑA. (1978). Constitución española.
15. ESPAÑA. Juan Carlos I Rey de España. (2005). Ley 13/2005.
16. ESPAÑA. Juan Carlos I Rey de España. (2006). Ley N°14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida
17. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. (1948). *Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre*.
18. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (2006). *Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*, p. 6, nota al pie 1. En Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes, elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “CIDH” en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11): Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género.

19. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. (2008). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*.

VII. Jurisprudencia

1. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (1983). Caso Dudgeon con Reino Unido. Aplicación N° 7525/76.
2. CORTE DE APELACIONES. (23 de junio de 2014) Sentencia en Recurso de protección rol 8267-2014.
3. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO de (27 de noviembre de 2014). Rol N° 3.656-14
4. CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN (6 de abril de 2016). Rol N° 1.676-2016.
5. CORTE DE APELACIONES (28 de diciembre de 2017). Rol 74.936-2017.
6. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS de 24 de febrero de 2012. Caso Atala/ Riffo y niñas.
7. CORTE SUPREMA DE CHILE (31 de mayo de 2004) Sentencia Rol 1193-2004 en causa de Queja Disciplinaria caratulada “López Atala Matilde y otros”.
8. CORTE SUPREMA DE CHILE (12 de abril de 2016) Recurso de casación en el fondo Rol 8422-2015.
9. CORTE SUPREMA DE CHILE (23 de mayo de 2017) Sentencia de Casación en el fondo.
10. Freyre Alejandro contra GCBA sobre Amparo (2009). EXP 34292 /0. JUZGADO 1ra INST. EN LO CONTENCIOSO ADM. Y TRIB. N° 15.
11. JUZGADO DE LETRAS DE VILLARRICA. (29 de octubre de 2003). Sentencia en causa sobre tuición caratulada “López con Atala”. Dictada por Viviana Cárdenas Beltrán.
12. THE CALIFORNIA SUPREME COURT. (2008). In re MARRIAGE CASES. 16 de junio de 2017, de California Judicial Branch

VIII. Sitios Web

1. CABRAL, M. & BENZUR, G. (2005). *Cuando Digo Intersex. Un diálogo introductorio a la intersexualidad*. 25 de marzo de 2017
2. COLUMBIA LAW SCHOOL. (marzo de 2017). *What does the scholarly research say about the wellbeing of children with gay or lesbian parents?* 15 de octubre de 2017, de The Public Policy Research Portal Sitio web: <http://whatweknow.law.columbia.edu/topics/lgbt-equality/what-does-the-scholarly-research-say-about-the-wellbeing-of-children-with-gay-or-lesbian-parents/>.
3. LA ENCICLOPEDIA DE CIENCIAS Y TECNOLOGÍAS EN ARGENTINA. (2012). *Constituciones de Argentina y tratados internacionales con rango constitucional*. 14 de junio de 2017. Sitio web: http://cyt-ar.com.ar/cyt-ar/index.php/Constituciones_de_Argentina_y_tratados_internacionales_con_rango_constitucional.
4. NASCENTIS. (2014). *Técnicas de reproducción asistida*. 26 de julio de 2016. Sitio web: http://www.nascentis.com/tecnicas_reproduccion_asistida.
5. PIÑERA, S. (noviembre de 2017) Entrevista televisiva en programa Mucho Gusto, canal Mega. 18 de diciembre de 2017 de Sitio Web: <http://www.mega.cl/programas/mucho-gusto/mejores-momentos/59637-exclusivo-sebastian-pinera-estuvo-en-el-estudio-y-dio-sus-impresiones-tras-pasar-a-segunda-vuelta.html>.

ANEXO

Entrevistada: Claudia Amigo

Claudia Amigo es madre lesbiana y activista por el respeto a los derechos humanos de las familias diversas y sus hijos. Trabaja en diversas organizaciones vinculadas a la promoción y protección de los derechos de los hijos de familias homo lesbo parentales y presentó una denuncia en contra del Estado de Chile por discriminación en relación con los derechos filiativos de las parejas del mismo sexo ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La entrevista se realizó el 21 de febrero de 2017, durante la mañana, en un café ubicado en el Espacio M al lado del Palacio de Tribunales de Justicia. En un ambiente más relajado, se comienza comentándole a Claudia el enfoque de esta tesis, y el interés de abarcar historias reales como la de su familia.

1.- ¿Cuál es, a su parecer, el contenido exacto del Acuerdo de Unión Civil?

Básicamente para nosotras, lo entendemos como una Ley que permite que las parejas puedan proteger bienes en común y cualquier interés en común, va ligado a la compra de propiedades, o la limitación de compra de propiedades en caso de parejas que ya hayan accedido al subsidio individualmente, ahí no les hace un favor porque no podrían acceder al subsidio ya que su pareja tiene uno. También da la posibilidad de que cuando una mujer está cesante o estudiando, la que si cuenta con cobertura de salud puede tomar a su pareja legalmente como parte de su asignación familiar, que si es un beneficio, porque si no fuera así la pareja no tendría acceso a salud por estar fuera del sistema y al no estar trabajando no podría estar en Fonasa ni Isapre. El AUC también permite que en formularios, por ejemplo en la matrícula de

nuestra hija, exista un cambio desde el AUC porque ahora podemos poner que son convivientes civiles, y eso implica que nuestra hija vive en un lugar donde tiene dos madres, pero esa madre es solo la pareja de la madre, para nosotras somos madres, pero para el Estado es mi pareja y no es madre, y para el colegio, al menos saben de manera práctica, que nuestra hija vive con dos personas, son convivientes civiles, pero la segunda persona no es legalmente su mamá, entonces igual da lo mismo, podemos poner que somos convivientes civiles, pero eso no implica ningún tipo de reconocimiento legal. Las madres de crianza son madres ilegales y los hijos tienen un estado civil de hijos con solo la madre biológica, la gestadora, por tanto también son hijos ilegales de sus madres ilegales.

También se pueden llenar otros formularios como conviviente civil. Importante, yo fui atropellada por un colectivo hace años atrás, y no permitieron a Claudia (mi pareja) entrar a verme, eso paso en el segundo año de nuestra relación, yo estaba sola, no tenía a quien más acudir en ese momento, estaba con mucho dolor, estaba en shock, quería que alguien de mi familia entrara a verme y mi familia de origen vive en EEUU y mi familia es Claudia y nuestra hija Gabriela, quien estaba en el colegio, la Clau pidió permiso en el trabajo y fue corriendo a verme, pero no le permitieron acceso, fue doloroso no poder verla y para ella, imagínate, no saber cómo está tu pareja luego de un atropello es sumamente estresante. Esa parte se resuelve, en temas de urgencia de salud no pueden negarle acceso en ningún recinto ni público ni privado. Esa vez fue horrible, el negarle el acceso a quien más tu amas, y la persona afuera sin saber cómo estás, que te nieguen el acceso, es indignante. Ese es otro plus del AUC.

Nosotras sabemos que el AUC no es, de ninguna forma, la solución a lo que es la ilegitimidad que ejerce el Estado en contra de hijos, hijas e hijes de familias diversas, no hetero parentales, sin dejar ninguna afuera. Sabemos que el estado está violando nuestros derechos, sin lugar a dudas, y obviamente por un sistema hetero centrista que venimos arrastrando de manera indigna y contrario a los derechos universales desde hace siglos, desde que invitaron a Andrés Bello a escribir el Código Civil *quedó la caga*.

2.- ¿Cree que el Acuerdo de Unión Civil ofrece un marco legal suficiente a la familia homo lesbo parental?

No, absolutamente no. Conocemos casos cercanos de madres que han tenido que luchar contra la familia de origen, por ejemplo la familia de origen pentecostal, que no acepta de ninguna manera que su hija, siendo lesbiana, sea co-madre de alguien, que tuviese una pareja lésbica y que ellas dos criaran a su hijita juntas, murió la madre gestadora y la familia pentecostal atacó furiosamente, prácticamente semanalmente ingresando recursos de protección para quitarle el cuidado personal. Ya la niña a los tres años perdió una de sus mamás, eso es bastante doloroso, y más encima tener una familia pentecostal, abuelos del lado de la madre gestadora tratando de quitarle esa permanencia, ese vínculo que ya se estableció desde antes de nacer de la niña con su otra madre. De ninguna manera el AUC da una solución. El AUC ni siquiera es retroactivo, ¿Cómo puedes reconocer que fuiste conviviente civil de alguien que falleció antes de que se promulgara una ley que fue elaborada en base a los mínimos políticos que no molesten a ningún sector prejuiciosamente conservador? Lo que me enrabia es que nuestra hija no cuenta con derechos de filiación a ese vínculo materno filial, simplemente porque estamos elaborando leyes que no incomoden al sector político, al sector religioso y al sector social ante LGBTQI, estamos hablando a un sector que odia a la población LGBTQI, entonces obviamente ¿Estos senadores y diputados a quienes se deben? A sus electores, entonces al fin y al cabo en Chile, y en muchos países, nuestros políticos no funcionan al servicio de elaborar leyes que sean inclusivas, igualitarias en derechos y libertades, sino que ellos apelan a trabajar por quienes ellos se deben; a las personas quienes votan por ellos. ¿Quiénes son esas personas? Mayoritariamente personas que nos repudian, entonces estamos en un círculo viciosos.

Es una vergüenza que el AUC se demoró más de 4 años, siendo una ley que nació de Allamand. Un tipo extremadamente anti LGBTQI, que él elaborando el AVP, pensando en su distorsionada mente que esto iba a resguardar y proteger el matrimonio heterosexual, él nunca tuvo voluntad política de elaborar una ley igualitaria, le salió el tiro por la culata, pero sus intenciones jamás fueron la igualdad, siempre fueron en vista a proteger el matrimonio civil heterosexual, nunca fue para abrir la puerta o para extender derechos a la comunidad LGBTQI.

Alguien como Ricardo Lagos Weber dice no, no es prioridad del gobierno durante el primer mandato de Bachelet. Yo creo que en esa época nadie estaba preparado para pensar legalmente

que dos personas del mismo género pudieran formar familia, formar familia pueden ser dos personas, no necesariamente con hijos. Al final y al cabo el AUC es solo un remedio que trata un síntoma, pero no lo cura. No soluciona lo, que para nosotras, es más importante, de que todos los integrantes de la familia estén protegidos, en especial nuestra hija, y los hijos, hijas e hijes de familias homo lesbo trans parentales.

Nosotras firmamos el AUC, yo fui un poco reticente a hacerlo, pero soluciona esos 3 o 4 temas que mencioné antes: acceso a que las personas puedan ver a sus parejas cuando están en una situación que pelagra su vida o necesita que alguien pueda entrar a verla; segundo, asignación familiar en caso que una de las dos esta cesante, en la práctica o estudiando; y tercero, ver el tema de protección sobre los bienes, pero ahí la embarraron porque no es retroactivo, así que lo que pasa antes de eso da lo mismo.

3.- ¿Cuál es su percepción del avance en los derechos de la comunidad LGBTI en Chile?

Pobre, muy pobre. Demasiado lento para mi gusto y el de muchas personas. Yo encuentro que incluso ese pequeño paso con la ley 20.609, da vergüenza ajena lo precario que es. Hay una ley que es la ley Zamudio, si tú me discriminas puedo apelar a la ley Zamudio, pero veamos realmente en qué condiciones puedes demandar a una empresa, un lugar o una persona por discriminarte por la condición. Le dicen condición, ya sea la realidad que tú tengas: puedes ser afrodescendiente, una persona en situación de discapacidad, puedes ser alguien de un pueblo originario que le niegan un trabajo, puede ser una lesbiana a quien le niegan trabajar con niños por ser lesbiana, o simplemente ser discriminada en un restaurante público, te niegan un asiento con el resto de la gente. A nosotras nos pasó esa estupidez, entramos a un restaurante, donde siempre íbamos con nuestra hija la Gaby, y una vez entramos solas, le abrí la puerta a mi pareja y siempre me refiero a ella como “mi amor”, y le pregunto ¿mi amor te quieres sentar acá? Y la mesera no encontró nada mejor que decir “saben que (mira a su alrededor) hay mesas arriba, igual no está habilitado arriba, pero podemos habilitar por usted” ¿Qué paso por la mente de esa persona al ofrecernos un asiento en un sector no habilitado en un restaurante que estaba lleno, pero habían booths? pero había gente con familias, con hijos ¿a quién están protegiendo ahí? Yo digo, yo quiero demandar contra esa persona, ese establecimiento, por eso nos acercamos a la municipalidad de Providencia al Departamento de

Diversidad y no Discriminación, fuimos al supervisor, tomamos los pasos, hicimos reclamo por escrito ¿pero eso quedo en qué? En la voluntad de la empresa de tomar talleres sobre diversidad sexual.

¿Qué más discriminador que un estado que te niegue acceso a la justicia? Nosotras llevamos de manera voluntaria nuestro caso, por algo que si tiene precedente en Chile ya que si hay doble maternidad en Chile. Dos mujeres mapuches llevaron su caso para reconocimiento a través de una petición de posesión notoria del estado civil de hijo, estos tres hijos mapuches llevaron esta petición junto a sus dos mamás al Tribunal de Familia de la región de Los Lagos, ellos respetaron su cultura, y el hecho de que en familias mapuches hay dos madres a veces y un padre, en este caso hay un padre biológico, una madre biológica y su hermana, y ellos tres crían a tres hijas que ya están grandes. En 2011 el juez determinó que por el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, iban a respetar la doble maternidad de esas mamás. Por esa decisión de ese juez, con criterio y respeto a la cultura, otorgaron estado civil de hijos legalmente a esos tres niños con sus dos madres, madre de crianza. Qué más discriminador, que en un país donde existe una ley Zamudio, el mismo Estado, el mismo tribunal de justicia, pero en Santiago el 2016 no haya aceptado nuestra solicitud. Le llevamos al Tribunal de Familia, en conjunto con la clínica de la UDP, la demanda que solicitaba que Gabriela cuente con su posesión notoria de estado civil de hija con respecto a su madre Claudia Calderón. Nos cerraron la puerta inmediatamente, entró la demanda y en horas dijeron “inadmisible”, las abogadas de la clínica pidieron una reposición de esa decisión, no hubo, llegamos a la Corte de Apelación, tampoco hubo avance ahí con el precedente de la región de Los Lagos, no tienen obligación de respetar un precedente, la justicia en Chile tiene muchas falencias y esa es una de ellas. Lo llevamos a la Corte Suprema, nos encontramos con Ministros que no son conservadores, pero por un tema técnico legal, como no existe ninguna posibilidad que ellos puedan solucionar este tema de manera voluntaria, no contenciosa, nos dijeron que no, que eran 3 votos contra 2. En uno de los votos quedó estipulado que esto tiene que verse en lo legislativo, tienen que haber cambios legislativos para que ellos puedan tener la posibilidad de otorgarle la posesión notoria de estado de hijo a Gabriela. Entonces tendríamos que haber ido como mapuches.

Era algo súper voluntario, respetamos los derechos de nuestra hija y buscamos que el Estado también lo haga y le otorgue estado civil e hija entre ella y la Claudia, ¿por qué no? Porque somos lesbianas y no hay doble maternidad en Chile, salvo si eres una familia mapuche. Tampoco hay ningún cuerpo legal que pueda defendernos en ese sentido.

Una vez que la Corte Suprema nos cerró la puerta escalamos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, recibieron la petición y solo tenemos el número de ingreso, nos reunimos con uno de los ex Ministros, nos dice que nos puede ir bien en la Comisión, pero no se resuelve en la totalidad, hay que volver a primera instancia. Así funciona esta mugre de derecho de familia. Esperamos que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos decida que Chile tiene el deber de ver este tema, de darnos acceso a algo que le da a todo el mundo, a la justicia y darnos un día en el tribunal, por último que nos escuchen, ni siquiera nos escucharon.

Si eso llega a pasar pueden tardar 5, 6 hasta 10 años, la Gaby puede tener 18, 22 años y finalmente va a ser reconocida como hija de Claudia. Eso no resuelve el problema que existe, que no hay derecho de filiación igualitarios, los niños, niñas y niños criados en familias, sea por inseminación artificial, sea por una familia ensamblada que no tiene filiación propiamente reconocida, sea por co-adopción, ninguno de esos casos son protegidos. Entonces ¿que estamos haciendo?, el Consejo de infancia nos dijo que en el AUC llegaron a un acuerdo con Movilh y dijeron hijos no, hijos afuera. Llegaron a un acuerdo poco democrático, anti democrático.

Nosotras luchamos para que, al menos el artículo 182 se reformara, para que ambas madres fueran reconocidas en la ley de reproducción asistida, eso también fue negado de parte de la UDI, nos dijeron en la comisión de constitución en la cámara de diputados que esto simplemente es inconstitucional, pero todo ese tiempo había un acuerdo entre Movilh y esa comisión en que hijos en ninguna circunstancia. ¿Qué lucha por derechos es esa?

Veámoslo desde la perspectiva de la sociedad civil ¿Qué rol tenemos como sociedad civil? Negocia con nuestros diputados, llegar a acuerdos que menoscaben a los niños, niñas, niños y adolescentes de familias diversas o tenemos el deber como sociedad de civil de empujar los

límites y no permitir algo tan poco consecuente con los derechos humanos de los niños, niñas y niños llegar a un acuerdo tan sucio como ese?.

Al fin y al cabo existen personas que tienen voluntad política, como un diputado que nos invitó a hablar este tema, el AUC y pasar por la comisión de familia primero, para ver el tema de la co-adopción por integración. El MOVILH atacó en ese momento, dijo que iba a entorpecer la ley, iba a atrasar la ley, porque ya tenían esta cosita debajo de la mesa, detrás de 4 puertas de llegar a un acuerdo, avanzar con la ley, pero sin cabros chicos, y nos cagaron a todas las familias diversas que existimos desde antes de esta estúpida idea de un AUC saliera, por eso tenía reticencia en firmar ese acuerdo con mi pareja, pero por respeto a todo el amor que siento por ella y el amor que siente por mí, es lo único que tenemos, es lo que hay gracias a ese tipo de acuerdos sucios que se han por debajo de la mesa. Entonces nos negaron incluso el 182.

Al final después de ingresar la petición nos dimos cuenta que si bien esto en el futuro puede solucionar quizás nuestro tema, no hay ninguna garantía que un juez diga que sí, no soluciona el tema de los demás, y ahí nos vimos enfrentadas a decidir si trabajamos con la sociedad civil organizada y dejamos de trabajar solas o no, y cuando vimos la apuesta que tenían, el proyecto sobre la reforma al derecho de filiación que está en el senado ahora dijimos “ya, puede ser, hagámoslo”, y ahí nos unimos al trabajo colectivo con otras organizaciones como Corporación Humanas, Rompiendo el Silencio, VisibLes, y nosotras como Familia es Familia, somos las 3, es una organización familiar, pero si trabajamos en conjunto con ellas para incidir políticamente, explicar la realidad de las familias diversas, para no negociar, no vendernos. No solo en el sentido ideológico, sino que realmente abogar por los derechos de filiación de los hijos, hijas e hijas de familias diversas, independientemente de un matrimonio igualitario que puede entrar en discusión el próximo junio. A nosotras claramente el matrimonio igualitario sería lindo, pero eso si no va con filiación da lo mismo, y también sabemos que da lo mismo porque muchas parejas se han separado, hay parejas que ha muerto la otra madre, entonces ¿de qué nos sirve decir si acepto si hay parejas que tienen una realidad, como cualquier pareja heterosexual, cualquier familia hetero parental que se unen y se separan, se casan y se disuelven, y que pasa con la filiación ahí? ¿Deja de existir con el padre porque padre y madre se divorciaron, esos hijos ya no tiene vinculo legal con el padre? No. Entonces ¿por qué debe

ser diferente para dos madres que tienen el mismo rol? No hay diferencia en responsabilidades, deberes, obligaciones, menos en nuestro caso, amor, porque guiamos a nuestra hija en base a sus derechos, no violamos sus derechos.

En este tema jugamos el mismo rol, hacemos lo mismo, pero somos dos mujeres. Entonces ¿Por qué si estamos juntas, si nos separamos, el vínculo de la Gabriela debería terminarse con Claudia, con su otra mamá, con su abuela, con sus tíos? ¿Por qué debería no existir, por qué Claudia y Gabriela no existen? Porque este *puto* país es hetero centrista y la discriminación se palpa todos los días. El Estado nos discrimina diariamente en todo aspecto, y lo peor de todo es que discriminan a nuestros hijos, hijas e hijes y adolescentes. Hay una discriminación del Estado que es innegable, pero como no existe, técnicamente, cuerpo legal que proteja este vínculo materno filial de hijos, hijas e hijas con sus madres o padres LGBTQI es permisible, se puede hacer, a pesar de contar con la sentencia del caso Atala, eso tampoco ayudó. En todas las reuniones no respetan atención a esos temas, nuestros senadores y diputados no pescan el tema. Algunos son más transparentes “yo no me puedo quemar con esto, pero si entra en trámite les puedo ayudar con el voto, pero no puedo dar mi cara y decir que estos con los derechos de filiación de familias LGBTQI”. Toda familia debiese tener protección legal, no solo un concepto de familia, menos en base a una institución podrida que menoscaba a las familias. ¿Qué mujer se quiere casar, que mujer heterosexual se somete, es tan sumisa que dice ah si yo me entrego a este hombre y él tiene la administración de mis bienes? Bueno el AUC te da la opción de separación de bienes. En este caso elegimos juntas, confiamos la una y la otra y tenemos a la Gabriela entremedio, así que no podemos decir todo por separado, no nos conviene y tampoco a la Gaby.

En el fondo el AUC no soluciona el tema de las familias lesbo parentales ni homo ni trans, más grave aún, en temas de trans parentalidad sea biparental o monoparental.

Entonces ¿qué hacemos? Luchamos por los derechos de filiación, paralelamente, muy *piola*, porque sabemos que el matrimonio igualitario es muy sexy para la prensa. De hecho nos sacaron del reportaje, malgastamos mucho tiempo con Contacto de Canal 13, nos invitaron a hablar sobre derecho de filiación y después de grabar todo lo que nos pidieron, invadieron la casa, toda la cuestión, con la mente en visibilizar el tema de los derechos de filiación con

independencia del matrimonio igualitario. Porque así debe ser, la filiación no es matrimonial y no debiese volver a serlo por nosotros, por los homosexuales, lesbianas, transexuales, no debiese ser así. Pero nuestra misma sociedad civil está empujando eso, estamos cayendo en la misma característica del AUC en el matrimonio igualitario, y lamentablemente en las manos de una demanda de MOVILH contra el Estado, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos vio y gracias a ese acuerdo amistoso, todo lo que es la incidencia política cayó en las manos de las mismas personas que negaron derechos a nuestros hijos, y no derechos tan inalcanzables, solo reformar el 182.

Tengo una tremenda desconfianza con el mundo político y la sociedad civil y particularmente con el MOVILH, porque lo que hicieron fue nefasto y lo que son capaces de hacer a través del matrimonio también, es un riesgo. Salga o no el matrimonio igualitario no resuelve el tema de derechos de filiación como corresponde, esa filiación no tiene que estar ligada con un anillo ni con una pareja. Hay lesbianas que viven toda la vida como monoparentales.

4.- ¿En qué propuestas ha trabajado para reivindicar los derechos de la comunidad LGBTI?

En el Proyecto de Derechos de Filiación, completamente comprometidas en eso. Y he participado en mesas de trabajo, no con mucha voz de decisión, por ley de identidad de género, es más que nada de opinión.

5.- ¿Cuáles son los tratados internacionales, que usted conoce, vinculados a los derechos de la comunidad LGBTI?

La Convención universal de derechos humanos, ahí establece que ninguna persona, por ninguna índole debiese ser discriminada, discriminado, discriminada. La Convención de derechos de los niños, niñas y adolescentes.

6.- ¿Cómo aprecia que son vulnerados los derechos de los hijos de parejas del mismo sexo?

No cuentan con filiación materno-filial, paterno-filial, con su otra madre o padre. Ellos no ven a sus padres o madres con diferencia. Todo caso es distinto, pero todos deberían contar con sus

derechos de filiación materno-filial, paterno-filial. Ello va en conjunto con los derechos sociales, así que se les niegan más derechos aun.

7.- ¿Qué sugerencias tiene respecto al tema de la filiación homo lesbo parental?

Que se reforme el derecho de familia respecto al derecho de filiación. Que la filiación entre los hijos sea reconocida legalmente en todos sus derechos, con su co-madre o co-padre, siempre y cuando no exista una filiación previa. Ahora si hay un niño o niña que quiera quitarse la filiación, haya un proceso en que se puede pedir a un juez que no reconozca esa filiación, y pueda renunciar a su filiación previa.

Primordialmente que exista reconocimiento legal de su filiación, en varios casos, con niños, niñas, niños que nacen por técnicas de reproducción asistida, en el caso de familias ensambladas, sin importar como tuvo al hijo, sea por técnicas de reproducción asistida o por una relación anterior. Y obviamente integración por adopción, donde si ya existe un padre con un hijo, y no tiene vinculo reconocido, que el otro padre o madre pueda co adoptarlo.

Y el reconocimiento voluntario. En Argentina existe, a pesar que primero se reconoció el matrimonio igualitario, las mujeres lucharon para que también existiera el reconocimiento voluntario. Eso también necesitamos en Chile, no puede ser que cada vez que entra una solicitud voluntaria para reconocer a un hijo que se niegue acceso a la justicia, que lo estimen inadmisibile, que sea algo simple, administrativo, que uno puede, al igual que un hombre, entrar a un registro civil y reconocer a tus hijos, aunque no seas la madre gestadora. Tendríamos que cambiar la plataforma de red de familia del registro civil, cosa que sea un trámite súper simple.

Y por supuesto que existiese educación que lo acompañara. En el colegio desde pre kínder y arriba, debiese siempre existir la posibilidad de que nuestros hijos, hijas e hijas tuvieran también una educación inclusiva, donde están en los textos escolares donde se vean no solo imagen de familias heteroparentales, sino de también homo lesbo trans parentales, que en las clínicas, en el sistema de salud también exista la posibilidad de que sean reconocidos sin ningún drama que son hijos de dos padres o dos madres. Y que en lo social esto fuese

acompañado también con educación, no solo estos diálogos ciudadanos que quiere hacer el gobierno de ahora, sino que sea algo permanente.

Entrevistada: Karen Atala

Karen Atala Riffo es jueza y activista chilena. Presentó una demanda en contra del Estado de Chile ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por discriminación debido a su orientación sexual. Ha denunciado la discriminación contra las madres lesbianas, y ha trabajado en colaboración con diversas organizaciones que promueven los derechos de la población LGTBI, entre ellas es posible mencionar el Consejo Consultivo de la Fundación Iguales, integrando actualmente su directorio.

La entrevista fue desarrollada el día 2 de febrero del año 2017 en la oficina de la jueza Karen Atala en el 14° Juzgado de Garantía de Santiago. Luego de una introducción del enfoque de la nuestra tesis, partió señalándonos que el que el 30 de agosto de 2016 se hace un informe de la Corte Suprema sobre el cumplimiento del caso Karen Atala, en el cual se señala “Esta Corte entiende que con el mérito de lo expuesto en su academia judicial... se ha dado cumplimiento a lo que compete a la corte.”, la jueza Atala afirma “*Sucedo que son cursos voluntarios, uno postula a los cursos que quiere hacer, y uno de ellos es discriminación por orientación sexual. Cada curso de la academia tiene cupo máximo de 25 alumnos, duran 2 o 3 días. ¿Se cumple el estándar que estableció la Corte interamericana en su sentencia? ¿Se cumple la vocación transformadora de cursos permanentes y dirigidos con miras a cambiar un patrón de prejuicios y estereotipado? Es elitista, y no se cumple.* Continúa explicando las razones que la impulsaron a llevar su caso ante la Corte Interamericana “*¿Por qué lo hice? Fue algo*

personal, me llegaron muchos emails. Y yo encontré que esta es una injusticia y es un pésimo precedente judicial”, explica que cuando empezó a trabajar en su caso se dio cuenta que era un tema político.

1.- ¿Cuál es, a su parecer, el contenido exacto del Acuerdo de Unión Civil?

Me parece bueno, encuentro que se hace cargo de una deuda histórica y hay un reconocimiento importante para las parejas del mismo sexo. La convivencia empieza a ocupar la principal forma de unión afectiva. Me parece que va a llenar un nicho para cierto nivel socioeconómico, en el cual acceder al matrimonio es una cosa de élite. ¿Te imaginas una pareja de clase baja casándose con participación en los gananciales y luego hacer trabajo contable para ver que es tuyo y mío? Es un techo mínimo de derechos para las parejas. Y respecto de las parejas del mismo sexo es un avance reconocer la afectividad y dar un piso mínimo

Si hago la diferenciación entre parejas del mismo sexo y heterosexuales, para las últimas está bien, porque tienen su elección, y la unión civil es una salida idónea siempre teniendo la oportunidad de mejorar el estatuto jurídico optando al matrimonio. Para las parejas del mismo sexo es discriminatoria, porque establece un único acceso y de ahí no hay más. No se puede mejorar el estatuto jurídico porque la ley no lo contempla, siendo invisibilizadas de nuevo.

2.- ¿Cree que el Acuerdo de Unión Civil ofrece un marco legal suficiente a la familia homo lesbo parental?

El marco legal de la unión civil respecto de los hijos, no obstante que permite que la unión civil se haga extensiva, no nos engañemos, hay una suerte de fraude de etiqueta, porque los hijos los dejan en el régimen de las parejas heterosexuales. “La normativa chilena establece en el artículo 1 de la CPR inciso 2, *la familia es el núcleo fundamental de la sociedad*, ¿no es cierto? Estamos felices. Nos vamos al Código Civil, Artículo 102 ‘*El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente*’. ¿Y qué dice la ley de matrimonio civil? ‘La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia’

Eso es lo que yo denomino una tríada heteronormativa, de la cual discurre toda la lógica del derecho de familia chileno, es decir, digo que en el fondo la Constitución Política de la República establece que la familia es la base fundamental de la sociedad, luego el Código Civil dice que el matrimonio es unión entre hombre y mujer y la Ley de Matrimonio Civil dice que el matrimonio es la base de la familia, por tanto todo lo civil va a discurrir en base a la familia. Luego se reafirma la lógica heteronormativa, ya que los hijos, tanto matrimoniales y no matrimoniales tienen derechos reconocidos respecto a sus progenitores, derecho de alimentación, visitas, en caso de separación de los padres, el derecho de sucesión, da lo mismo si son hijos matrimoniales o no matrimoniales, o de parejas de convivientes. Pero, ¿dónde está el punto de discriminación? Son los hijos cuyos padres son parejas del mismo sexo, sea que se accedió en el caso de las lesbianas por técnicas de fertilización asistida, ya sea porque una de ellas fue madre biológica de manera “tradicional” en una relación heterosexual previa, ya sea por adopción, o en caso de parejas gay sea porque son padres de una madre sustituta, o por adopción soltero o internacional. El punto es que estos hijos, que van al jardín infantil, al colegio, a la sala cuna, hay una brecha jurídica entre sus compañeros, y esos hijos son discriminados por el Estado chileno respecto de sus compañeros cuyos padres son una pareja heterosexual. Porque esos padres gays y lesbianas si se separan, el vínculo afectivo del hijo se ve invisibilizado ante el derecho. Invisibilización ante el derecho en el sentido que el padre no es el biológico o no tiene vinculo filiativo, no tiene ningún derecho a exigirle alimentos, ni el padre tienen derecho a exigir trato regular y permanente con él, ni derechos sucesorios.”

Eso es lo que se denomina en derecho discriminación indirecta, es decir la CPR asegura igualdad de todos ante la ley y que la familia es la base, pero a medida que se va bajando en la pirámide normativa se va viendo la regulación heteronormativa.

Si se ve la demanda en el caso Atala, el estado siempre arguyó que en Chile no se discriminaba a los homosexuales, que todos somos iguales ante la ley. Pero algunos son más iguales que otros. El Estado está al debe, y puedo aseverar que “los hijos de parejas del mismo sexo, lésbicas y gay, son los nuevos huachos del siglo XXI, así de simple”.

3.- ¿Cuál cree que es el principal motivo para que no se haya legislado en Chile sobre la filiación en el caso de parejas del mismo sexo?

Ideología de género versus conservadurismo ideológico cristiano. Chile, a pesar de ser un Estado laico, es un Estado confesional, en el cual todo se hace en nombre de dios, el consejo de obispos dice algo y está en primera plana, respecto a la píldora del día después Van Rysselberghe cita que va contra dios, etc. Es un Estado laico, ellos deben legislar sobre sus bases. Son metodistas, evangélicos y para todos, la homosexualidad es una aberración, ese pensamiento se encuentra transversalmente en todo. ¿A quién sirve el Estado laico? ¿A las leyes o a sus religiones? Hay un gran peso de la sociedad burguesa que es muy católica, el hecho que se descalifiquen las demandas de diversidad sexual satanizándolas, es una muestra de ello.

Además el poco avance que tienen en Chile la institucionalidad: poder ejecutivo y legislativo, con los compromisos internacionales adquiridos por los tratados ratificados en Chile y actualmente vigentes. La falta de Potestas de la sentencia de la Corte Interamericana. Tiene Auctoritas, pero no Potestas.

4.- ¿Cree que es importante regular el matrimonio de parejas del mismo sexo antes de la filiación, o es posible verlos como temas independientes?

Si, desde Rompiendo el silencio con Corporación Humanas se presentó un proyecto de derechos filiativos para que vaya por carril distinto al matrimonio igualitario. También se presentó un proyecto con Mauricio Tapia.

Proyectos hay, pero con los tiempos legislativos chilenos, se duermen en el sueño de los justos.

5.- ¿Cómo aprecia que son vulnerados los derechos de los hijos de parejas del mismo sexo?

En todos los ámbitos. Primero al negarse el reconocimiento filiativo con ambos progenitores. Segundo con las consecuencias en caso de rupturas de las parejas no pueden demandar alimentos ni mantener trato regular y permanente con el niño que es un referente de vínculo afectivo. Derechos sucesorios. Derecho cuando la pareja está viva, todos los que involucran guarda y crianza y custodia del niño, incluso para salir del país se requiere autorización, si lo

llevas al hospital no puedes, no puedes dar ascenso. La heteronormatividad obligatoria lo impide.

6.- ¿Siente que ha habido un cambio a nivel social y judicial?

Judicial si, el caso Atala se ha estudiado en los cursos formativos, en los habilitantes, se estudia en los magísteres, en los diplomados, por los jueces y abogados de familia, ya que estableció un estándar interpretativo. Reafirmando los derechos del niño, que no puede ser discriminado por el origen sus padres.

Pero no sacamos nada, si la ley invisibiliza las relaciones filiativas de los hijos con sus padres del mismo sexo, no podemos judicializar, traspasarle como Estado la carga a los padres de tener que judicializar cada actuación en que se involucre a sus hijos, por ejemplo, en caso de requerir autorización ante el juez para salir del país cuando el otro padre o madre se niega, recurso de protección para ingresarlo a la clínica si hay que decidir que lo trasplanten, demandar una relación regular y permanente, si puede tener o no apego con el niño. Se traspasa a los padres judicializar cada acción en que se ven involucrados.

Quienes pueden pagarlo lo hacen. Es del día a día, sobre todo teniendo una sociedad globalizada, sin ir más lejos, países limítrofes con nosotros reconocen matrimonio igualitario y filiación, parejas extranjeras se radican en Chile y se dan cuenta que un padre o madre es invisibilizado. Hay casos en que han tenido que demandar el reconocimiento de esa familia como unidad familiar, pero no se reconoce el vínculo filiativo con un padre. Se está discriminando a niños que en sus países tienen derechos normales, y acá se ven vulnerados.

Está fallando doblemente el Estado de Chile, porque significa perder derechos el hecho de venir a Chile.

7.- ¿Cree que a lo que se condenó a Chile en su caso fue suficiente para reparar daño causado y evitar que vuelva a ocurrir?

Yo creo que hay que dividir la pregunta en dos partes. En primer lugar fue una rehabilitación simbólica, me validó como madre, pero a nivel personal el tiempo perdido no se devuelve. El daño y el estigma en que vivieron y se criaron mis hijas, ¿Cuánto se demoró? 8 años la

tramitación entre la denuncia y la sentencia de la Corte Interamericana, mi hija menor tenía 3 años, ahora tiene 11, Mi hija mayor tenía 8, ahora 16, fue más de la mitad de su vida. El daño es irreversible. La más chica era muy chica no se acuerda de vivir conmigo. Entonces el daño personal no se reparó.

Por otra parte, el daño simbólico para las familias diversas y las madres sí.

Y si va a servir para evitar otros daños porque establece estándares interpretativos.

8.- ¿Conoce otros casos similares al suyo?

No he conocido otros casos, pero si la Corte Interamericana se ha pronunciado en otros casos en relación con personas LGBTI. Hay dos casos relevantes en que se cita el caso Atala. El caso Flor Freire contra Ecuador y el caso Duque contra Colombia. Flor Freire era un funcionario militar que fue destituido por conducta homosexual y él dijo que no era homosexual y además que el código ético era malo. El otro es por el derecho a seguridad social, murió la persona de VIH y nunca le dieron derecho a la pensión de viudez.

Lo más importante, en relación con el derecho de familia, la Suprema Corte de la Nación Mexicana, vía jurisprudencia y antes que la Suprema Corte Norteamérica, falló ampliando el concepto de matrimonio a las parejas del mismo sexo y ordenando que los registros civiles no nieguen el derecho a casarse, y cita como fuente, vía control de convencionalidad ex officio el fallo Atala. Yo considero que ese fallo de la Corte Mexicana es la hija menor del caso Atala.

Se habla del matrimonio y los derechos fundamentales, concepto de familia, Estado y derecho a ni discriminación. Lo que hace este fallo de la Corte Mexicana, es que se da porque una pareja de lesbianas va al registro civil de Oaxaca a casarse, le dicen que no, recurren, la corte le dice que están obligados a casar, el procurador dice que es ilegal. Se demanda, en la Corte se deconstruye el artículo, eso lo atomiza: ¿Cuáles son los fines del matrimonio? ¿El fin de procrear es exclusivo de las parejas heterosexuales? Concluye que no, las parejas del mismo sexo pueden tener hijos por técnicas de fertilización asistida, adopción o subrogación. La reproducción no es prerrogativa de la pareja heterosexual. Hay parejas heterosexuales que no son padres, ¿dejan de ser matrimonio? No. Entonces la procreación no es requisito de la

esencial del matrimonio, no lo es, eliminémoslo, hay que deconstruirlo: el deber de auxiliarse, de socorro. Eso es lo de la esencia del matrimonio, que es lo que denomina en mi artículo la ética del cuidado, esa es la necesidad humana básica de cuidar a otros, de afecto. Si como ser humano, buscamos la vida en pareja para realizar nuestra vida de cuidar a alguien y que alguien me cuide a mí, eso no tiene género. Negar el acceso al matrimonio porque tiene que ser un hombre y una mujer eso es discriminatorio. Más aún cuando el matrimonio es la puerta de entrada a otros derechos. Constituyendo el contrato de matrimonio se adquiere una serie de derechos que escapan del matrimonio: subsidio habitacionales, becas de estudios, etc. Negar ese abanico de derechos a las parejas del mismo sexo porque no pueden acceder a la institución matrimonial es discriminatorio.

Lo dice la Corte Mexicana al final es una frase muy linda: debe declararse inconstitucional la porción normativa del artículo 143 “entre un hombre y una mujer” que excluye injustificadamente a las parejas homosexuales del matrimonio, para que se interprete en conformidad al principio de la igualdad y se entienda que el matrimonio es un contrato celebrado entre dos personas para proporcionarse “ayuda mutua en la vida”.

Entrevistada: María Eugenia Lorenzini

María Eugenia Lorenzini Lorenzini, más conocida como **Kena Lorenzini**, es psicóloga, fotógrafa y activista chilena. Actualmente forma parte de la Corporación Humanas, centro de estudios y acción política feminista para la promoción y defensa de los derechos humanos de las mujeres y la justicia de género en Chile y Latinoamérica¹⁵⁵.

Esta entrevista fue realizada el día viernes 19 de junio de 2015, durante la tarde, en la oficina de Kena Lorenzini de la Corporación Humanas, cercana al metro Manuel Montt, nos recibió y comenzó inmediatamente señalando: *“Yo soy, entre paréntesis, mamá de una chiquitita, que la estamos adoptando, pero solo la puede adoptar mi pareja, la niña tiene 3 años. Lo estoy viviendo en carne propia, yo, legalmente, no tengo ninguna relación, ni voy a poderla tener durante un tiempo. Sí lleva mi apellido, porque se puede colocar el apellido que quieras”*.

1.- ¿Cuáles son los tratados internacionales, que usted conoce, vinculados a los derechos de la comunidad LGBTI?

Ninguno. Mira, existen los acuerdos de Yakarta, pero la verdad es que no conozco ninguno que trate específicamente el tema. Si, por ejemplo en los derechos humanos está el derecho a la orientación sexual, creo que con ese basta y sobra como tratado. Hay muchos tratados, por ejemplo la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), habla sobre el tema de la orientación sexual de las mujeres, la diversidad,

¹⁵⁵ Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, humanas. Extraído de http://www.humanas.cl/?page_id=44. Consultado 08 de junio de 2017.

pero no conozco ninguno específico. Me refiero a que en la declaración de los derechos humanos si está consagrado, el derecho a la orientación sexual.

Hablo de derecho a la orientación sexual, no a la condición, no es lo mismo. ¡No es lo mismo condición sexual que orientación sexual! Aquí en Chile se ha tratado de poner el derecho a la condición sexual. “Condición” quiere decir que una nace así, y no que se construye como una identidad diferente. La orientación es una idea que no es que tú nazcas así, sino que decides en un momento, da lo mismo si es porque te nació el deseo y no lo pudiste evitar, pero es una decisión y no una condición inevitable. ¡No se nace, se decide! Orientación es una decisión personal de vivirlo, no vivirlo, en fin, permitir que llegue a tu consciente, no permitirlo. Condición significa que viene contigo, son dos ideas distintas.

2.- ¿Cuál es su percepción del avance en los derechos igualitarios en Chile?

Lento, pero ha cambiado mucho en estos últimos 7 años, ha habido un cambio importante, de hecho está el Acuerdo de Unión Civil (AUC), hay más conciencia, se está preguntando en las encuestas permanentemente. De hecho, el CENSO realizado durante el gobierno de Sebastián Piñera, que fue malo técnicamente, tuvo un aspecto positivo, el cual fue preguntarlo abiertamente. En los hechos los temas de género han ido quedando algo atrás en relación a aquellos, porque la diversidad sexual ha tenido un discurso tan potente, y atractivo y tan taquillero finalmente, hay que decirlo también, todos para ser políticamente correctos toman ese discurso, en cambio el de las mujeres no lo toma nadie, entonces ha habido cambios importantes. No los que quisiéramos, pero Chile no sé, desde la dictadura hasta ahora, no se destaca por ser progresista. Ahora, antes de la dictadura Chile era el país más progresista de América Latina, de ahí vino la dictadura y somos de los más atrasados. En los últimos 7 años ha habido cambios en la percepción, en los colegios, por ejemplo hay colegios que tienen grupos lésbicos formados, o gente de la diversidad sexual, las universidades sobre todos que están hace unos 12 – 13 años. Pero hace unos 7 ya está instalado, aparece en las encuestas, es un tema que se habla, es políticamente correcto aceptar a las personas con una orientación sexual diferente, incluidos también las personas trans que pueden tener hijos, no tener hijos. En ese sentido todo ha ido cambiado aceleradamente diría yo en los últimos 7 años, para bien. No lo suficiente, por supuesto.

En cuanto a que no lo suficiente, ¿Qué cree que faltaría?

Igual por ejemplo el Acuerdo de unión Civil es un acuerdo para personas de segunda categoría, no en el caso de personas que se sienten heterosexuales porque ellos pueden optar al matrimonio, las personas de la diversidad sexual no pueden optar al matrimonio, no es tan en igualdad de condiciones. La maternidad, si yo firmo el contrato, los hijos de mi pareja, si no tienen padre, no son necesariamente mis hijos, yo no puedo llegar y adoptarlos, hay que hacer todo un trabajo, hay cosas que no están.

Es como nosotros y los chimpancés, tenemos el 98% de ADN o cromosomas igual y un 2% no. Esto es la misma cuestión, el 2% que no tienes acceso es lejos el más importante que tiene que ver con el tema de la paternidad y maternidad fundamentalmente. Que no pueden adoptar las personas LGTBI eso es parte de ese 2%

**3.- ¿Ha trabajado en propuestas para reivindicar los derechos de la comunidad LGBTI?
En caso de ser afirmativa la respuesta, ¿en cuáles?**

Si permanentemente, desde aquí de Humanas trabajamos en todo. Yo vengo desde los 80, época desde la que he sido una cara visible, he trabajado, participado de todas las marchas, de seminarios, permanentemente me están pidiendo que de charlas, conferencias. Ahora soy miembro del directorio, del consejo asesor de Rompiendo el Silencio, con Karen Átala y otras personas. Siempre he estado trabajando por los derechos de las mujeres de la diversidad sexual.

4.- ¿Qué pasa con los derechos filiativos en el caso de parejas de personas del mismo sexo?

Primero no podemos adoptar. Segundo, en algunos casos tú vas a poder, en el fondo, a ver yo vivo con mi pareja, y mi pareja se muere, los niños que hemos criado juntas que son hijos de ella no pasan automáticamente a ser mis hijos. Hay una cuestión que tiene que ver cuando llevas mucho tiempo criando a un hijo que no es tuyo, la posesión notoria del estado de hijo, eso no aplica en el caso de los acuerdo de unión civil, hay que hacer más mérito que eso, para

que lo sigas cuidando, hay que hacer muchos trámites para que sea reconocida legalmente, de hecho creo que la posesión notoria no está concedido.

No sé cuál es el camino que se va a poder seguir, lo que si se... mira estamos con problemas, en este momento en Chile, como Humanas llevamos el caso de 2 mamás. Dos casos, no uno lo llevamos nosotros y otro la UDP. Uno es el caso de una mamá que tiene un hijo, que la otra mama quiere reconocerlo y no pudo acá en Chile, está en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el caso de Claudia Amigo. El otro es las “Ales”, Ale Benado y Ale Gallo¹⁵⁶ que tuvieron hijos por inseminación artificial, la ley no le reconoció la maternidad a la que no los tuvo. Ambos casos, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entonces por ahora, en Chile la filiación es 0,000% de posibilidad, y además no pueden adoptar. Puede adoptar una lesbiana, no hay ningún impedimento legal para que una persona lesbiana adopte un hijo, pero no existe esa imposibilidad, pero si la imposibilidad total de que 2 personas del mismo sexo adopten. En el caso de los hombres es súper complicado, las mujeres nos podemos embarazar, los hombres no se pueden embarazar, así que si no han tenido un matrimonio anterior, si no ha conseguido tener un hijo por ahí, es difícil. Mira yo conocí un médico por el twitter, un gastroenterólogo conoció a otra mujer por twitter, se hicieron súper amigos, porque les encanta la opera no sé qué, y me acaba de llegar una foto de que tuvieron un hijo en común, él es gay, ella no, no es lesbiana, tuvieron hijo por inseminación, pero es complicado. Muy pocas mujeres van a entregar su hijo para que 2 hombres se lo críen, no porque sean 2 hombres, sino que por entregar su hijo. Para los hombres es mucho más complicado que para las mujeres.

5.- ¿Cuál cree que es el principal motivo para que no se haya legislado en Chile sobre la filiación en el caso de parejas del mismo sexo?

El conservadurismo de quienes gobiernan este país, este país, en realidad, hay 7 familias que manejan todo. Ya ven ustedes con todos los casos de corrupción que se ve que 3 grandes empresas, empresarios, dueños de bancos y todo, manejan a todos los políticos chilenos, por lo tanto tiran líneas de lo que debe y no debe ser. Entonces aquí el conservadurismo de la clase política, de la élite de Chile es el que impide estos cambios. Por ejemplo no pasa así con la gente, se hacen encuestas y la mayoría de la gente está por el matrimonio igualitario, se hacen

¹⁵⁶ Alexandra Benado y Alejandra Gallo

encuestas y un alto porcentaje, a pesar de la concientización, esta porque las personas puedan adoptar hijos, casi cerca del 50%. Entonces la elite es la que manda, y hay una cosa que se opone permanente, a la cual todos los políticos la autoridad le tienen mucho miedo, que va más allá del respeto, que es la injerencia de las iglesias, ambas iglesias han sido lo más nocivo para la diversidad sexual, para las mujeres primero y después para la diversidad sexual. Se han metido en todos, por ejemplo el antimonio igualitario que había propuesto Rossi, consiguió la firma de 5 senadores y después se echaron para tras 4 porque la iglesia evangélica les dijo bueno nosotros les tiramos billetes, hacemos esto, esto otro, y sacaron la firma, o sea, estaba firmado y retiraron la firma. Entonces está claro que las iglesias, las élites económicas hacen que aparezcamos como un país conservador, pero no, yo no creo que el país sea conservador. Eso ha impedido que se avance, porque tenemos una derecha tremendamente poco progresista por ser derecha, pero también tenemos una centro izquierda que tampoco les interesa, también son conservadores, si tu miras un socialista chileno, viene a ser como un hombre de derecha de Francia, y eso que en Francia están pro el aborto, etc. Entonces las élites son tremendamente conservadoras.

6.- ¿Cómo aprecia que son vulnerados los derechos de los hijos de parejas del mismo sexo?

Por el bien superior del niño, esos son los derechos de los niños. En el caso de estos dos, el no reconocimiento de la maternidad de la otra es en desmedro de los hijos. Por ejemplo, si una de las dos quiere viajar con el niño y la otra no quiere, a veces como psicóloga me ha tocado atender gente que ha criado niños hasta adultos 16-17 años, se ha separado y las personas le han quitado los hijos, la otra mujer o el otro hombre le ha quitado a los niños. No tiene ninguna protección ese niño de tener sus dos madres reconocidas por el estado.

Por ejemplo, suponte que una está en FONASA y la otra ISAPRE, el hijo podría optar por estar en ISAPRE, no se puede, solo lo puede dar la que es legalmente. Se vulnera el derecho al niño a tener una madre, a tener reconocimiento legal de que tiene una madre. Como que te dijeran que tu mamá y tu papá no son legalmente tú mamá y tú papá. Hay un monto de beneficios no solo económicos, sino beneficios sociales que se reciben porque es hijo de una persona que trabaja en una institución o en fin, si yo trabajo por ejemplo en un banco que

fuera estupendo, mi hija no tendría derecho a esos beneficios porque legalmente no sería hija mía, por ejemplo a que te den beca para educación, en fin, no estaría en igualdad de condiciones que el resto de los niños hijos de funcionarios del banco, por no ser reconocida legalmente.

Los derechos del niño son bien claros: a tener una nacionalidad, tener mamá y papá, dice progenitores más bien. Hay derechos concretos que no se cumplirían al no ser reconocido legalmente, derecho a un nombre. Claro coincide que a quien en Chile se puede poner el apellido que tú quieras, pero legalmente no significa nada. El tema es que el derecho al apellido también es importante, y además como tú le explicas a un niño o una niña que no es tu mamá, pero es tu mamá. Entonces le estás haciendo un daño tremendo, porque el impides el derecho a tener a sus madres, sus dos personas que la han cuidado, criado y querido, etc.

¿Y en el caso de los derechos de la pareja?

¿Qué te puedo decir? Absolutamente. Más que la pareja, es la otra madre, porque en realidad en los derechos de la pareja en Chile no tiene, en este momento, ningún reconocimiento. Se aprobó el AUC que empieza a correr en septiembre, octubre por ahí, recién ahí se va a poder hacer ese contrato, pero en este momento las parejas no existen legalmente. No es la pareja la que se ve vulnerada, sino que es la madre, en tanto madre te vulneran tú derecho como madre, no como pareja. Ahora en el caso de que una persona conoce a otra, y esa ya tiene un hijo y ese hijo no tiene un padre presente, y lo crían junto, ahí también se ve afectada la pareja, porque la pareja que en tanto madre de los niños, la otra madre sus derechos están, lo mismo que le pasa a los niños, le pasa a ellos, ella tampoco tiene derecho reconocer a su hijo, tampoco tiene derecho a darle los beneficios que le da la empresa, por ejemplo, tampoco lo puede llevar de viaje, en fin, con un permiso notarial se puede hacer, ¿pero por qué tendría que dar un permiso notarial?

Entiendo que igual para salir el país te tienen que dar un permiso, pero a lo mejor si te pillan viajando a puerto Montt en avión tendrías que demostrar un permiso de la mamá si una tía se lleva a un cabro chico, me imagino que tiene que demostrar de alguna manera que tienen autorización de los padres si no queda como raptó. ¿Entiendes? Pueden pensar que tú la raptaste. Entonces eso no está, en eso te quitan el derecho a la maternidad, el derecho a ser

madre en la pareja, no como pareja. En el fondo como pareja, la pareja no existe, legalmente no existe, entonces si la maternidad, tampoco existe, pero por eso vamos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ninguna de esas parejas existe, pero las cuatro mujeres son mamás. En tanto madres van a la Corte Interamericana por el bien superior del niño y por el derecho a la maternidad de las mujeres en tanto madres.

7.- ¿Cree que es importante regular el matrimonio igualitario antes de la filiación, o es posible verlos como temas independientes?

Siempre es mejor tener el derecho a la filiación, porque existe muchísimo en las mujeres. Si el matrimonio igualitario resolviera el problema, quizás. Pero la mayoría de las mujeres no está por casarse, las lesbianas en general, si tú hablas con el movimiento lésbico, no están por el matrimonio igualitario, porque a las mujeres en general, el matrimonio viene siendo una cuestión de poderes, etc. La filiación es lo importante, por el bien superior del niño y por el derecho a la maternidad. Casarse es una opción, el tener hijos es un derecho tuyo. También es un derecho poderte casar, pero en el fondo se refiere a otras cosas, como al patrimonio. Sí, también está la filiación, pero la filiación es primero, porque si no te quieres casar los hijos fuera del matrimonio son reconocidos. En Chile eso no es hace muchos años, a fines de los 90 se empezaron a reconocer los hijos fuera del matrimonio, que son la mayoría de los casos en Chile.

Los hijos es la prioridad, me parece que la filiación es mucho más importante que el matrimonio igualitario por el bien superior de los niños y niñas. Porque evidentemente el hijo o hija fuera del matrimonio debe tener los mismos derechos que uno que está dentro del matrimonio. En este caso que no hay matrimonio, lo primero es la filiación, el reconocimiento a ser hijo y ser madre o hija y madre o padre.

8.- ¿Cuál es, a su parecer, el contenido exacto del Acuerdo de Unión Civil?

El patrimonio, fundamentalmente el patrimonio. También en algunos derechos como la salud por ejemplo, no derecho a la salud sino que puede ser carga del otro o la otra. Si se está muriendo, si se enferma tu eres un pariente. El 98% es igual al matrimonio, el 2% que tiene que ver fundamentalmente con el tema de filiación es lo que no se regula. Pero básicamente

patrimonio, derecho a los temas de salud, reconocimiento como pareja, pero la filiación queda afuera, ese es el gran tema que no está. Yo me atrevería a decir que es fundamentalmente patrimonial, por eso me interesaba, muchas necesitamos el tema del patrimonio, porque una de las dos tiene más y la otra no tiene, una se quedara con la hija si la familia lo aprueba, puede que tú no tengas hermanos, pero basta que tenga una tía, el pariente más cercano se queda con las cosas. Eso regula, yo creo que es fundamentalmente patrimonial, ese creo que es el foco y algunos reconocimientos legales que tienen que ver con un tema afectivo, pero le falta ese 2% *que nos diferencia de los monos.*

9.- ¿Cree que el Acuerdo de Unión Civil ofrece un marco legal suficiente a las familias homo lesbo parentales?

No, porque el tema de la filiación no está resuelto, es muy complejo. Hay que tener que demostrar muchas cosas para que acepten que tú seas madre de tus hijos legalmente.

10.- ¿Qué sugerencias tiene respecto al tema de la filiación en las familias homo lesbo parentales?

Derecho a la adopción y derecho a ser inmediatamente la madre de un hijo tenido por inseminación artificial, in vitro, y también la posesión notoria del estado de hijo. Me parece que esos son los 3 fundamentales, poder adoptar, ser reconocida por inseminación y ambas o ambos ser reconocidos.

11.- En esta discusión suele salir a la palestra el argumento de que los niños necesitan una imagen paterna y una imagen materna, como fundamento para evitar la filiación homo lesbo parental ¿cuál sería su respuesta ante dicho argumento?

Miren la televisión, lo único que tenemos son imágenes paternas o de hombres, el cura, el presidente Lagos que era un gran papá, hay una niña o niño nunca le va a faltar una imagen de hombre, lo único que hay en la sociedad son imágenes de hombres y de padres. Es cuestión de mirar a los presidentes de América Latina, ¿Cuántas mujeres hay? 2, el resto son hombres. La paternidad tiene que ver con lo masculino se supone, la paternidad es bien *charcha* la que hay en Chile, imagínate que si el papá trabaja en retail no tiene derecho a jardín infantil, solo

tienen derecho las mujeres, la paternidad no es una cuestión que se respete demasiado, desde que salió la ley para que los hombres se tomaran el pos natal, solo el 0,3% se lo han tomado, esa ley salió hace 5 meses, la paternidad aquí no es un tema. Lo que yo creo que se pregunta cuando se dice imagen paterna es imagen de lo masculino, por el equilibrio de lo masculino y lo femenino, pero bueno, el mundo entero está basado en un universal que es masculino, nosotras somos lo contrario de ellos, no somos lo que son los hombres, así se mueve el mundo, las mujeres somos lo que los hombre no son, pero el universal pro el que se guía el mundo es un masculino, así que olvídate. La imagen materna, en el caso de los hombres, no sé cómo se podría resolver, la feminidad también existe, no está oculto.

De partida no sé si es tan importante tener una imagen de hombre y de mujer, cuando la sociedad relativamente te las da, tienes tías, abuelas, hermanas, hay mujeres, en el caso de los hombres, olvídate, aunque fueran puras mujeres en tu familia, eso está resuelto.

Es una respuesta retórica, no tiene ninguna trascendencia, no tiene importancia, vivimos igual en un mundo en que todavía se habla de hombres y mujeres, a pesar de que somos mucho más, hay intersex, personas trans que no se sienten ni hombres ni mujeres, pero bueno este mundo está entre hombres y mujeres, así que imágenes de mujeres van a tener también. Es una pregunta retórica no conduce a nada.

Además si una se va más allá, filosóficamente hablando, el hombre y la mujer son construcciones culturas, es género, el género es una construcción cultural. ¿Qué es eso de lo femenino y lo masculino? Que es lo que se busca cuando te dicen imagen paterna e imagen materna, un hombre puede ser absolutamente femenino en los cánones de lo que se entiende femenino, que es una cuestión cultural, nadie nace mujer, lo dijo la Simone de Beauvoir, y uno puede decir lo mismo de los varones, los hombre no nacen, se van construyendo, la cultura desde el momento en que estas en la guata y apenas sales ya tienes un lugar asignado, vas a usar celeste, la otra rosado, las niñitas juntan las piernas, en fin. Te construyen culturalmente, tu subjetividad aparece cuando ya eres más grande y vas tomando tus propias decisiones dentro de lo que el mundo te ofrece.

Todo es cultural, eso va haciendo mujeres subjetivamente distintas, pero previamente es cultura, que un hombre puede ser masculino y femenino a la vez, y una mujer puede ser

femenina y masculina a la vez, en lo culturalmente establecidos como masculino y femenino, porque ¿Por qué va a ser masculino no llorar y femenino llorar? Es una estupidez. Eso es un rasgo que socialmente es como femenino, las mujeres son las que lloran. Ahí tienes, es una pregunta retórica en lo superficial, pero en lo profundo es una falsa dicotomía, en el fondo no existe lo femenino y lo masculino es una construcción cultural, un hombre puede tener de ambas cosas, y en una familia de dos varones pueden tener lado femenino, no necesariamente roles, ojo que no es lo mismo, no necesariamente se va a repetir lo que se produce en las parejas heterosexuales, que la mujer la cocina y la tontera, o por último la nana si tienen plata, y el papá el que juega a la pelota. No, no tienen por qué repetir los roles, eso es una tontera, pero se puede, ya okay. Pero quienes no lo repiten pueden ser un hombre más sensible, que le importe la ropa, bueno a los gays les importa mucho la ropa, que le gusten las cosas bien rosadas para la niña, los seres humanos somos mucho más complejos que esa binariedad hombre-mujer.

Yo lo encuentro una pregunta retórica en lo superficial, y en lo profundo una pregunta que no tiene sentido. Porque todavía estamos en un universo masculino- femenino, porque es cultural y todo lo cultural se puede cambiar. No hay naturalidad, no existe una naturaleza ya, desde el momento que comemos con tenedor y cuchillo eso es lo más antinatural que hay, si fuera natural comeríamos con las manos, iríamos por la calle y nos *tiraríamos* unos a otros si estuviéramos *calientes*, pero la cultura ha hecho que no nos *tiremos* unos a otros, ha puesto la regla de incesto, comemos sentadas si podemos, ojala en una mesa, con tenedor y cuchillo, nada es natural, de lo humano todo es cultural, desde el momento que nacemos todo es cultural. Entonces todas esas preguntas en lo profundo no tienen sentido, en lo superficial la binariedad hombre-mujer esta, así que por lo tanto se puede tomar desde cualquier espacio.