



**Universidad de Chile**

**Facultad de Derecho**

**Departamento de Derecho Privado**

# **ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO SUSCITADO A PROPÓSITO DE LA DOBLE MATERNIDAD**

*Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*

Autores:

Julio Arenas Morales  
Natalie Valladares Sanzo

Profesora Guía:

Dra. Maricruz Gómez de la Torre Vargas

Santiago de Chile

Julio 2019



“Si no realizamos la igualdad y la cultura dentro de la escuela, ¿dónde podrán exigirse estas cosas?”.

Gabriela Mistral Revista de Educación, *Año II, Nº 1*.

*Santiago, marzo de 1923*



1	INTRODUCCIÓN.....	9
2	CONCEPTO DE FILIACIÓN .....	13
3	CONCEPTO DE REPRODUCCIÓN MEDICAMENTE ASISTIDA.....	19
4	FILIACIÓN ANTE LA REPRODUCCIÓN MEDICAMENTE ASISTIDA.....	29
5	DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD .....	31
6	PRINCIPIOS QUE INFORMAN LA DOBLE MATERNIDAD.....	35
6.1	Principio de Interés Superior del Niño. ....	35
6.2	Igualdad ante la ley.....	43
6.3	Derecho a la Identidad.....	51
6.4	Derecho a la vida familiar. ....	56
6.5	Derecho a la intimidad .....	61
6.6	Colisión de Derechos Fundamentales .....	64
7	ANÁLISIS DE SENTENCIAS.....	67

7.1	Causa Rol 223-2011. Juzgado de Letras de los Lagos .....	67
7.2	Causa ROL 74.926-2017 Recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago.....	71
7.3	Causa ROL 3.335-2018 Recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso .....	74
8	REGULACIÓN A NIVEL COMPARADO EN TORNO A LA DOBLE MATERNIDAD .....	79
8.1	MÉXICO .....	79
8.2	ESPAÑA.....	81
8.3	ARGENTINA.....	81
9	INSTITUCIONES VINCULADAS A LA DOBLE FILIACIÓN MATERNA Y SOLUCIONES TENTATIVAS PARA RECONOCER LA FIGURA DE LA DOBLE MATERNIDAD.....	83
9.1	Presunción legal de paternidad.....	83
9.2	Posesión notoria del estado civil de hijo .....	85
9.3	Adopción .....	91
10	CONCLUSIÓN.....	105
11	BIBLIOGRAFÍA .....	111

## RESUMEN

En la actualidad nuestro sistema registral cuenta con un déficit importante, a saber, no es posible la inscripción de un niño o niña con dos madres, es decir con dos vínculos filiativos maternos, esto a pesar de que, en nuestro país, es una realidad la configuración de este tipo de familias, ya sea por vía de técnicas de reproducción humana asistida, o por la conformación de familias reconstituidas

Lo anterior es dramático si comprendemos que dichos niños, niñas y adolescentes, carecerán de los importantísimos derechos que les otorga mantener una filiación determinada, respecto de sus madres.

Es por lo anterior que este trabajo se propone analizar la situación jurídica actual de la doble maternidad en nuestro país, teniendo en cuenta como consideración principal, al niño o niña que se encuentra en esta situación.

Para efectos de lo anterior, se analizará la normativa referente a la doble maternidad, los principios relevantes, las experiencias comparadas, los pronunciamientos de nuestros tribunales, y las posibles soluciones y proyectos de ley que atienden a enmendar la situación actual, a la cual se ven enfrentadas dichas familias



## 1 INTRODUCCIÓN

La ampliación del concepto clásico de familia ha ido abriendo paulatinamente la protección legal - por diversas vías (patrimoniales, penales, previsionales, sucesorias, entre otras)- a nuevos grupos de convivencia, como los formados por parejas de personas del mismo sexo, familias monoparentales o familias reconstituidas. El reconocimiento legal expreso de su conformación solo ha dado legitimidad legal a algunas de estas formas de familia, como ocurre con el acuerdo de unión civil, aunque con carencia de un análisis sistemático de las implicaciones jurídico – familiares de los cambios sociales y normativos. Uno de los ámbitos que participa de esta carencia es el filiativo<sup>1</sup>, el que no presenta modificaciones, respecto de la determinación de la filiación, desde el año 1999.

Jurídicamente, la filiación es el vínculo jurídico que une a un individuo con su padre por una parte y con su madre por la otra. Así nuestro sistema normativo se basa en una filiación binaria o parental, en que toda persona tiene un padre y una madre. Lo que no significa, como veremos más adelante, que sea inmodificable.

Biológicamente para que la vida humana exista, es necesario la unión de los gametos masculino y femenino. Dicho fenómeno procreacional ha estado ligado históricamente al acto sexual, por lo cual muchas culturas han entendido que la filiación no es más que el reconocimiento jurídico de dicha realidad. Sin embargo, y a nuestro entender, la filiación es un fenómeno cultural que

---

<sup>1</sup>Acuña San Martín, Marcela (2018) “Doble maternidad y doble paternidad: Desafíos del derecho de Familia”.

puede tener mayor o menor raigambre en el hecho biológico o bien, en la voluntad. La trascendencia de esta última se manifiesta, en primer lugar, en la libertad que tiene todo individuo de planificar su familia, entendiendo por tal la libertad para decidir si procrear o no, así como para evitar la reproducción. La generación ya no es la consecuencia natural del encuentro físico entre un hombre y una mujer, sino más bien fruto de una elección consciente. Produciéndose así la separación entre sexualidad y reproducción.

Así, las técnicas de reproducción humana asistida, en adelante TRA, han permitido procrear por medios distintos de la relación sexual entre un hombre y una mujer. Dando origen a un tipo distinto de filiación con fuente en la voluntad, y que hoy en el mundo como en nuestro país es una realidad cada vez más latente y por tanto necesaria de regular. Más cuando el Estado chileno ha brindado su protección y reconocimiento legal expreso, a través del acuerdo de unión civil, a uniones entre individuos a quienes le es imposible, mediante relación sexual, la procreación, como es el caso de las parejas del mismo sexo. Individuos todos, que tienen el derecho y la plena libertad de planificar su familia.

En Chile no hay regulación suficiente sobre la aplicación de las TRA. En consecuencia, no se prohíbe ni permite que una mujer sola o una pareja de mujeres del mismo sexo recurran a estas técnicas. Pues bien, y si esta última recurre, como ya lo han hecho decenas de parejas conformadas por mujeres en nuestro país, ¿Cuáles serían las reglas jurídicas aplicables para atribuir la afiliación al niño o niña nacida mediante TRA respecto de la madre que no la ha parido? La explicación que de momento han dado nuestros tribunales ha sido la imposibilidad

de reconocer la doble maternidad por no existir dicha figura en nuestro ordenamiento<sup>2</sup>, negándoles la respectiva inscripción.

Realizar un análisis de la problemática expresada en el párrafo anterior es de suma relevancia, sobre todo, a la luz de un principio rector en derecho de familia como lo es el del interés superior del niño o niña que nace mediante este tipo de técnicas. Lo anterior, con la finalidad de determinar si sus derechos están siendo vulnerados para que en tal situación se examinen las posibles soluciones.

Así, el presente trabajo se circunscribirá analizar en qué escenario se encuentra la doble maternidad, tanto en Chile como nivel comparado, junto con analizar la situación jurídica en que se encuentra el hijo o hija de aquella pareja de mujeres, que mediante TRA, han decidido ser madres, ya sea que una de ellas haya concebido la criatura mediante donante, a través de inseminación artificial, o que ambas mujeres hayan participado mediante fecundación in vitro, aportando una el óvulo, el cual es inseminado con el semen de un donante, y la otra llevando a cabo el embarazo y parto.

Lo anterior se llevará a cabo mediante un análisis de las normas nacionales que regulan la materia, del estudio del sistema filiativo chileno, así como de los principios que lo inspiran. Asimismo, nos referiremos a las técnicas de reproducción asistida utilizadas en la actualidad y a casos jurisprudenciales destacados en materia de doble maternidad en Chile. Lo anterior, con el

---

<sup>2</sup>Corte de Apelaciones de Valparaíso, *Recurso de protección* causa Rol N°3.335-2018, Considerando N°6

objeto de proponer soluciones jurídicas sobre la materia y analizar la discusión actual de la problemática.

## 2 CONCEPTO DE FILIACIÓN

La filiación ha sido definida por René Ramos Pazos como *“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 grado.”*<sup>3</sup>

Según la profesora Maricruz Gómez de la Torre *“Jurídicamente, ella se define como el vínculo jurídico que une a un individuo con su padre (filiación paterna) y con su madre (filiación materna), o con uno de ellos solamente. En la base, ella es un hecho natural que el derecho transforma en hecho jurídico.”*<sup>4</sup>

Tradicionalmente se ha entendido en Chile, que la filiación se define, a partir de la idea de paternidad y maternidad, como un hecho natural que se produce por la procreación humana mediante el ejercicio de las facultades sexuales<sup>5</sup>. Lo anterior suponía la dificultad de determinar el origen de la gestación, atendido el carácter privado de las relaciones sexuales de las personas, por lo cual se construyó un sistema de presunciones y restricciones probatorias que sostuvo el régimen jurídico de filiación por mucho tiempo, hasta que nuevas pruebas biológicas permitieron determinar la identidad del hombre causante del embarazo, y la consecuente evolución de la normativa en la materia. Sin perjuicio de lo anterior, sabemos que en la actualidad la filiación puede constituirse sin la existencia de este hecho natural, como es el caso

---

<sup>3</sup>Ramos Pazos, René (2009) *Derecho de Familia Tomo II. Editorial Jurídica, Sexta Edición Actualizada*. P. 386.

<sup>4</sup>Gómez de la Torre, M. (2017) *Sistema Filiativo – Filiación biológica*. Valencia: Tirant lo blanch. P. 27.

<sup>5</sup>Corral Talciani, Hernán (1999) *Determinación de la filiación y acciones de estado en la reforma de la Ley N°19585*, 1998. Publicado en Revista de Derecho P. Univ. Católica de Valparaíso, 1999, pp. 39-109.

de la filiación adoptiva o la que se produce por aplicación de técnicas de reproducción humana asistida.

Por otro lado, es posible afirmar que puede existir procreación sin filiación y filiación sin procreación, siempre que haya discordancia entre el hecho biológico base y el vínculo jurídico establecido. Luego, la filiación es una relación fundamentalmente jurídica, donde serán padre y madre aquellas personas que asuman voluntariamente este rol social, aun cuando genéticamente no lo sean, especialmente en aquellos casos que el vínculo estará determinado por los principios de voluntariedad y responsabilidad, primando la realidad social y afectiva por sobre la biológica.

Sobre la evolución que ha experimentado la filiación, a partir de su tratamiento jurídico, Hernán Corral Talciani señala que *“El tránsito de la filiación de hecho natural a posición y relación jurídica, ha llevado a algunos a considerar que la relación entre padre e hijo es una realidad más del mundo del Derecho que de la corporeidad y la biología. Un enfoque sociológico de la paternidad o maternidad pueden llevar a afirmar que lo relevante de ellas no es el vínculo de sangre entre generante y generado, sino la relación social que se asume entre los sujetos, caracterizada por la voluntad de acogida o de corresponsabilidad parental.*

*El dilema entre comprender la filiación como un nexos natural biológico o como una relación formal construida por un cierto voluntarismo, se pone de relieve en el Derecho moderno.<sup>6</sup>”*

---

<sup>6</sup>Corral Talciani, Hernán (1999) *Determinación de la filiación y acciones de estado en la reforma de la Ley N°19585*, 1998. Publicado en Revista de Derecho P. Univ. Católica de Valparaíso, 1999, pp. 39-109.

Particularmente las técnicas de reproducción humana asistida han abierto la puerta a una idea de filiación que supera la corporeidad, la biología y las presunciones clásicas, y que da primacía al enfoque sociológico de la misma, donde tiene cabida la voluntad de coparentalidad de dos personas del mismo sexo, que pone en jaque el régimen clásico del *CodeNapoleon*. Es por esto por lo que, según expresa Maricruz Gómez de la Torre, llama la atención que existan sentencias recientes de nuestros tribunales que insisten que sólo hay dos clases de filiación: la biológica y la adoptiva<sup>7</sup>.

En conclusión, para efectos de este trabajo, entenderemos que la filiación consiste en un vínculo jurídico que une a padres e hijos, del cual se originan importantísimos derechos y deberes, y que puede tener un fundamento biológico o puramente jurídico. La filiación biológica se basa en una relación sanguínea entre padres e hijos, consecuencia de la unión de gametos de los primeros. La filiación jurídica, por otro lado, es determinada por la ley. Generalmente la filiación biológica y jurídica coincidirán, pero esto no necesariamente debe ser así, como en los casos de filiación adoptiva y en la filiación producto del uso de técnicas de reproducción asistida cuando uno o ambos gametos pertenecen a personas distintas del padre o madre que se someten a este tratamiento.

Como dijimos anteriormente, hasta hace no mucho tiempo la relación sexual tenía una posición de exclusiva predominación en materia de filiación, ya que era la única forma de fecundar el

---

<sup>7</sup>Gómez de la Torre, M. (2017) *Sistema Filiativo – Filiación biológica*. Valencia: Tirant lo blanch. P. 29.

óvulo de una mujer, y que, atendida la natural intimidad en que se producen las relaciones sexuales, se presentó el problema de establecer cuál relación sexual dio efectivamente lugar a la gestación, por lo cual surgió en el Derecho de Familia un conjunto de presunciones de paternidad y restricciones probatorias, que tradicionalmente informaron el régimen de filiación. Sin embargo, cuando el progreso de la ciencia permitió acceder a pruebas biológicas que determinaran con certeza quién es el padre o madre de una persona, el sistema de presunciones fue cediendo espacio a la verdad biológica. Hasta este punto, seguía siendo indispensable el hecho natural de la relación sexual para que existiera procreación. Por lo mismo, los conceptos clásicos de filiación siempre se refieren a ella como elemento base de la reproducción, pero, con el nacimiento de las técnicas de reproducción humana asistida, ya no es necesario el contacto sexual entre un hombre y una mujer para poder concebir una nueva vida. La innovación que suponen estas técnicas médicas de fecundación puso en entredicho la legislación que regulaba sólo la concepción por fecundación natural, generando una separación entre reproducción y sexualidad.

*“Estas técnicas producen una disociación entre concepción y filiación, entre filiación biológica y formal. Esto pone en entredicho los conceptos de paternidad y maternidad, así como la determinación legal de la paternidad y de la maternidad.*

*La posibilidad de que una mujer dé a luz un hijo cuya concepción se ha conseguido con la implantación de un óvulo o de un embrión producto de una donación de óvulos, sea con la*

*finalidad de ser su madre o de cederlo a otra mujer que alquiló su vientre, plantea una confusión de las maternidades genética, biológica y formal o jurídica. Discernir quién es la madre supone levantar nuevas concepciones que entran en conflicto.<sup>8</sup>*

Entendido ya el concepto de filiación, y situado este a nuestra realidad cultural, debemos hacer notar para los efectos de este trabajo, que en nuestro país hay una cultura jurídica que reconoce solamente una filiación binaria. Visión derivada del paradigma antiguo, referente a que la reproducción solo puede producirse por la vía sexual, y por ende entre un hombre una mujer.

Como ya se adelantaba al principio de este trabajo, existen diversas técnicas que ya no hacen necesaria la actividad sexual para conseguir procrear una nueva vida. Dicha temática será analizada en el siguiente apartado.

---

<sup>8</sup>Gómez de la Torre, M. (2007) *El sistema filiativo chileno*. Editorial Jurídica de Chile. P. 16.



### 3 CONCEPTO DE REPRODUCCIÓN MEDICAMENTE ASISTIDA

Es posible definir la Reproducción Medicamente Asistida o fecundación artificial, como un conjunto de técnicas médicas destinadas a alcanzar la concepción de un ser humano, por una vía distinta de la unión sexual de dos personas. Para esto existen diversos métodos, todos los cuales buscan, en definitiva, la manipulación genética para lograr un embarazo<sup>9</sup>. Por otro lado, la filiación por aplicación de las técnicas de reproducción asistida es aquella en que la concepción se produce por la utilización de alguna de estas técnicas.

Luego, el principal avance de estas tecnologías consiste en superar la necesidad de relación sexual entre un hombre y una mujer para la génesis de una nueva vida, y la consecuente separación que se produce entre sexualidad y reproducción, sin perjuicio de lo cual, sigue siendo necesario, en tanto material genético, un óvulo y un espermatozoide humanos.

Hernán Corral Talciani, por su parte, sostiene que las técnicas de fertilización médicamente asistida comprenden un conjunto de procedimientos biotecnológicos destinados a la concepción, gestación y nacimiento de un hijo, sin que medie la realización completa del acto sexual<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup>BenítezPiraino, Dinka (2018) *Filiación y mujeres lesbianas “Estándares, derecho comparado y análisis del caso chileno*, Rubicón

<sup>10</sup>Corral Talciani, Hernán (1995) *“Familia y procreación artificial. Perspectivas para una legislación en Chile”*, Charla dictada el 4 de mayo de 1995, Pág.3

Luego, visto lo anterior, podemos esquematizar las alternativas de reproducción médicamente asistidas en las siguientes<sup>11</sup>:

- 1.- Inseminación artificial (IA): Procedimiento consistente en la introducción de espermatozoides en el aparato genital de una mujer, mediante cualquier mecanismo distinto de la relación sexual.
- 2.- Fecundación in vitro (FIV): Procedimiento consistente en el encuentro artificial de un óvulo y un espermatozoide en una placa de cultivo de un laboratorio.
- 3.- Transferencia intratubárica de gametos (GIFT): Procedimiento consistente en la transferencia de ovocitos y espermatozoides a la o las trompas de Falopio, para que se realice en ellas la fecundación, del mismo modo que el proceso natural.
- 4.- Inyección intracitoplásmica de semen (ICSI): Técnica de Fecundación in Vitro cuyo procedimiento consiste en inyectar un espermatozoide único, directamente al óvulo que se quiere fertilizar.

Sobre esto, es necesario señalar que *“Tanto la inseminación artificial como la transferencia intratubárica de gametos se realizan dentro del cuerpo de la mujer. En cambio, la fecundación in vitro con transferencia de embriones (FIVTE) y la ICSI se llevan a cabo fuera del vientre de ésta.”*<sup>12</sup>

En sus orígenes, las Técnicas de Reproducción Humana asistida surgieron como una forma de superar la imposibilidad de procrear de las personas que sufrían ciertos tipos de infertilidad, y

---

<sup>11</sup>Gómez de la Torre, M. (2017) *Sistema Filiativo – Filiación biológica*. Valencia: Tirant lo blanch. P. 22-23.

<sup>12</sup>Gómez de la Torre, M. (2017) *Sistema Filiativo – Filiación biológica*. Valencia: Tirant lo blanch. P. 23.

como un medio de prevenir enfermedades genético-hereditarias cuando existía riesgo de transmisión al hijo, pero en la actualidad su objeto se ha ampliado hasta constituirse en un método alternativo de reproducción.

Así, la donación de espermios y la congelación de óvulos y embriones otorga a las mujeres fértiles un espectro de libertad para programar su maternidad, sin la necesidad de contar con una pareja masculina. Al mismo tiempo, la congelación de semen y embriones da lugar a una hipótesis impensada hace algunos años atrás, cual es, la fecundación post mortem<sup>13</sup>. Finalmente, *“El último avance en estas técnicas puede ayudar a superar enfermedades genéticas transmitidas por mitocondrias maternas que se encuentran en el citoplasma del óvulo. Mediante una fecundación in vitro se concibe una criatura con el espermatozoide del hombre de la pareja y el núcleo del óvulo materno, el cual ha sido previamente transferido al óvulo enucleado de una donante. El embrión tendrá un nuevo genoma, proveniente de la fusión de ambos padres y de un mínimo de ADN mitocondrial de la donante del óvulo”*<sup>14</sup>.

La utilización de estas técnicas como un método alternativo de reproducción, ha encontrado una justificación en el derecho fundamental de las personas a procrear, que abarcaría otras garantías fundamentales, tales como el derecho a desarrollar una vida familiar, al libre desarrollo de la personalidad, y a la libertad. De esta forma, el derecho a procrear no estaría necesariamente vinculado a la pareja, sino también al individuo, en tanto titular del derecho a

---

<sup>13</sup>Fecundación realizada con material genético extraído en vida, de una persona muerta.

<sup>14</sup>Gómez de la Torre, M. (2017) *Sistema Filiativo – Filiación biológica*. Valencia: Tirant lo blanch. P. 24.

procrear y la autodeterminación reproductiva. Luego, considerando que las técnicas de reproducción humana asistida son una realidad difundida en nuestro país, nos vemos obligados a preguntarnos, para efectos de este trabajo, si acaso la manipulación de material genético humano en un laboratorio es aceptable desde el punto de vista jurídico. Para responder esta pregunta tenemos que realizar un análisis de los antecedentes jurisprudenciales disponibles y la legislación vigente.

El Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas se pronunció respecto de la prohibición de Técnicas de Reproducción Asistida que se impuso en Costa Rica, el año 2000, mediante la sentencia N°2000-02360 de la Corte Suprema de ese país. El Comité manifestó que esta prohibición violaba el derecho de toda mujer a formar una familia, y que constituía una injerencia en su vida privada, además de afectar otros derechos protegidos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. *“El Comité solicita a los Estados parte eliminar cualquier interferencia en el ejercicio de este derecho. La falta de acceso de las mujeres a los servicios de salud y particularmente a los servicios de salud reproductiva, ha sido identificada por el Comité como una violación al artículo 3, el cual garantiza el derecho de las mujeres y hombres a la igualdad.”*<sup>15</sup>

Así, este pronunciamiento contiene un interesante mensaje en la materia, consistente en que los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar a las personas su autonomía reproductiva y el derecho a formar una familia, lo que se traduce también en el deber de no injerencia

---

<sup>15</sup>El Comité de Derechos Humanos (2007) *Información suplementaria sobre Costa Rica Programada para examen por el Comité de Derechos Humanos de la ONU durante su 89ª Sesión*, 9 de marzo.

arbitraria en las decisiones reproductivas de una mujer o pareja. Luego, es posible concluir, a partir de esto, que las Técnicas de Reproducción Asistida no pueden ser prohibidas ni limitadas de forma arbitraria en Chile, pues cualquier medida de este tipo iría contra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por nuestro país y que se encuentra vigente, constituyendo una injerencia ilegítima en la vida de las personas, así como un atentado al derecho a la intimidad consagrado en el artículo 19 N°4 de nuestra Constitución.

Por otro lado, es posible estimar que la legalidad de las técnicas de reproducción asistida y sus implicancias éticas están íntimamente vinculadas con la determinación del momento en que se produce la concepción. Para estos efectos, resulta particularmente relevante el fallo del año 2012 de la Corte Interamericana de Justicia, que distinguió entre vida humana y ser humano a propósito del caso *Artavia Murillo versus Costa Rica*<sup>16</sup>:

*“La prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que*

---

<sup>16</sup> El caso *Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica* consiste en una causa que conoció la [Corte Interamericana de Derechos Humanos](#) sobre a la responsabilidad internacional que podría caber al Estado de [Costa Rica](#) por la prohibición que impuso a la práctica de procedimientos de fecundación in vitro. Esto, pues el 7 de abril de 1995 se presentó una acción de inconstitucionalidad contra el Decreto Ejecutivo N°24029-S de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud, que autorizaba y regulaba la práctica de la [fecundación in vitro](#). El 15 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de la [Corte Suprema](#) de Costa Rica anuló dicho decreto ejecutivo, por considerarlo inconstitucional. A partir de lo anterior, nueve parejas presentaron una petición a la [Comisión Interamericana](#).

*si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca logra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo.”<sup>17</sup>*

De la sentencia de la CIDH podemos colegir que, si bien existe vida humana desde el momento de la fecundación, en el entendido que el material genético que contiene la célula es necesario para el desarrollo de un ser humano, esto de ninguna forma es suficiente por si solo para constituir una vida, pues el ser humano como tal no puede existir antes de la anidación, que da pie a la concepción.

En el ámbito nacional, sobre este tema se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, en un fallo del año 2017 sobre el proyecto de ley de aborto en 3 causales, donde manifestó lo siguiente:

*“En conclusión, la disposición constitucional del inciso segundo del numeral 1 del artículo 19 – la ley protege a la vida del que esta por nacer- envuelve una diferencia con la protección del derecho a la vida que la precede, en el inciso primero, puesto que, al entregar su resguardo al legislador, tiene un margen de adaptación o de flexibilidad para abordar casos en que la interrupción deliberada del embarazo no se considere constitutiva de delito. El legislador no tiene una reserva limitada o dirigida a prohibir el aborto, su redacción es simplemente habilitante para regular la protección. De otro modo, si se estimase que el derecho constitucional a la vida,*

---

<sup>17</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012) *Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica*, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C No.257, párr. 174.

*reconocido en el inciso primero de artículo 19n1, abarca al que está por nacer, el inciso segundo resultaría absolutamente redundante;*

[...]

*En un contexto donde el que está por nacer mantiene en el vientre materno una existencia común con la madre, sin vida individual ni autónoma, constituyendo una existencia condicionada al nacimiento y a la sobrevivencia un momento siquiera, parece necesaria y razonable la diferenciación entre una persona y un nasciturus, entre un sujeto jurídico pleno de derechos y deberes y un sujeto que es aún una expectativa de persona, una vida en ciernes, sin duda objeto de la valoración por el derecho que lo protege durante el desarrollo gestacional;*

[...]

*Todos conocemos la interpretación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos hizo sobre esta disposición, en el caso Artavia Murillo versus Costa Rica. En lo que aquí interesa, esta sostuvo dos cosas. Por una parte, que la protección del que está por nacer no es absoluta, sino que gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional. Por la otra, dicha protección implica proteger a la mujer, porque la concepción ocurre dentro de su cuerpo.”<sup>18</sup>*

---

<sup>18</sup>Tribunal Constitucional de Chile, 28 de agosto de 2017. Rol N°3729 (3751)-17-CPT.

Luego, parece que nuestro Tribunal Constitucional concuerda con la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a distinguir entre vida humana y ser humano. Igualmente se vislumbra, en ambas sentencias, que el sujeto de protección es, sobre todo, la mujer que lleva en su vientre el nasciturus. Por tanto, podemos concluir que, si bien las técnicas de reproducción humana asistida no encuentran regulación exhaustiva en la legislación nacional, estas son perfectamente lícitas y se hallan acorde al artículo 4.1 la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>19</sup>

En materia de legislación nacional, ya hemos anticipado que en Chile no se ha legislado suficientemente sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Encontramos una referencia legal en el artículo 182 del Código Civil, el cual establece:

*Art. 182. 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.*

Luego, los padres del niño concebido mediante Técnicas de Reproducción Asistida serán el hombre y mujer que se someten a estas, por lo cual se establece una filiación legal, que puede coincidir o no con la biológica, pero que sin duda prima sobre ella. Así, la calidad de donante de gametos no significará el establecimiento de una relación de parentesco con el niño o niña que

---

<sup>19</sup>Art 4.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos “*Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente*”

nazca producto de la aplicación de estas técnicas médicas, y las personas que se sometan a este tratamiento no podrán impugnar la filiación bajo la excusa de no ser padres biológicos.

La importancia de esta norma es fundamental, pues, si no existiera, podría ocurrir que un donante de gametos pretendiera ejercer una acción de filiación respecto del niño o niña concebido a partir de su material genético.

Ahora, esta norma resulta muy limitada, en tanto solo tiene por objeto determinar quién será padre o madre en estos casos, pero no hace referencia a qué personas pueden someterse a las Técnicas de Reproducción Asistida, ni qué sucede en los casos de inseminación artificial de mujeres sin pareja o de parejas homosexuales.

En ese sentido, *“Es preciso que los Estados legislen sobre las técnicas de reproducción asistida, pero que lo hagan con espíritu democrático y laico, sin olvidar que los ámbitos de la reproducción son cruciales para el ser humano en lo que a toma de decisiones se refiere. Los derechos reproductivos suponen libre albedrío, el cual solo puede ejercerse en un Estado laico que no admita imposiciones ni trabas religiosas a la decisión de cada persona, y que además cree las condiciones adecuadas para el ejercicio de esa libertad [...] Las técnicas de reproducción asistida tienen que ser, desde luego, sometidas a ciertas limitantes derivadas del reconocimiento de otros derechos, tanto de los mismos involucrados como de terceros, y a ciertos principios como la indicación médica y la proporcionalidad de los medios que se empleen. Es necesario establecer sistemas de inspección y control de calidad de las*

*instituciones y profesionales calificados que desarrollen las técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, existe una gran diferencia entre establecer limitantes, cuando estas se encuentran justificadas y no sean excesivas a imponer una tajante prohibición o no legislar.<sup>20</sup>*

---

<sup>20</sup>Brena Sesma, Ingrid. (2014) Interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana sobre la Protección de los Derechos Humanos, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica. Cuestiones Constitucionales N°31. México jul./dic.

#### 4 FILIACIÓN ANTE LA REPRODUCCIÓN MEDICAMENTE ASISTIDA

Como hemos mencionado, la filiación tiene al menos tres posibles fuentes: una biológica, otra por adopción y una última por técnicas de reproducción asistida. Determinar la filiación implica señalar jurídicamente quién es la madre y/o el padre de una persona.<sup>21</sup>

Luego, los efectos de la filiación determinada se relacionan directamente con lo que establece el artículo 33 del Código Civil: *“Tienen el estado civil de hijos respecto de una persona aquellos cuya filiación se encuentra determinada, de conformidad a las reglas previstas por el Título VII del Libro I de este Código. La ley considera iguales a todos los hijos.”*

Por lo tanto, tendrán el estado civil de hijo o hija, solo aquellas personas que tengan su filiación determinada de acuerdo con la ley. El estado civil de hijo o hija, que se obtiene a través de la determinación de la filiación, importa destacados derechos, como el derecho a ser cuidado por los padres, derecho de alimentos, ser representado judicial y extrajudicialmente y tener derechos sucesorios respecto de ellos y sus demás parientes. Consecuencia de lo anterior, los niños o niñas que no tengan su filiación determinada carecerán del estado civil de hijos e hijas y, por ende, no tendrán los importantes derechos mencionados anteriormente.

La hipótesis que reconoce el Código Civil en su artículo 182, queda reducida a una sola situación, cual es que un hombre y una mujer quieran someterse a las mencionadas técnicas de

---

<sup>21</sup>Gómez de la Torre, M. (2017) *Sistema Filiativo – Filiación biológica*. Valencia: Tirant lo blanch. P. 122.

reproducción humana asistida. Dicho artículo no se encontraba incluido en el proyecto original, y fue fruto de la discusión originada en el Senado, referente a la hipótesis en que la pareja que se sometió a técnicas de reproducción humana asistida se arrepintiera, porque el hijo naciera enfermo o cualquier situación análoga y buscarán desconocer su vínculo.

Si la pareja que se somete a estos procedimientos médicos está casada al tiempo de la concepción o al momento del nacimiento, entonces la filiación del hijo concebido por Técnicas de Reproducción Asistida será matrimonial. Esto se extrae simplemente de la aplicación de las reglas generales de filiación, pues la relación respecto de la madre quedará determinada por el parto, y la del padre por la presunción de paternidad que opera respecto del marido. De todas formas, y previamente, se requerirá del consentimiento escrito de ambos cónyuges, en orden a expresar su voluntad de someterse a estas técnicas. Si, en cambio, la pareja no ha contraído matrimonio y se trata de un proceso de fecundación artificial con gametos ajenos, la filiación queda determinada por el consentimiento previo y expreso de la pareja, que opera como un reconocimiento anticipado de paternidad y maternidad.

Las limitaciones de esta norma pueden explicarse en su objeto exclusivo de legitimar los procedimientos de reproducción humana asistida, que ya se estaban llevando a cabo en nuestro país. Sin embargo, la redacción del citado artículo resulta poco feliz, toda vez que no solo las parejas heterosexuales se someten a dichas técnicas, sino que existe un número importante de personas, en particular mujeres solteras y parejas homosexuales, que recurren a los mismos procedimientos con el objeto de engendrar un hijo. Luego, tanto estas personas, como sus hijos,

quedan en una situación muy desmejorada en relación a las parejas heterosexuales, cuya situación sí es recogida por la escasa regulación que existe en la materia. Más aún, teniendo en cuenta que las normas referentes a la filiación corresponden a normas de Orden Público.

## 5 DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD

Como hemos dicho, la maternidad es un estado civil con importantes efectos jurídicos, por lo cual su forma de determinación es una de las materias esenciales del Derecho de Familia.

Tradicionalmente se ha afirmado que la maternidad es siempre cierta, en tanto parte de la base de hechos materiales y visibles, como el embarazo y el parto.

Será la determinación de la filiación, de acuerdo con sus propias reglas legales, la que atribuya la calidad de hijo, tal como señala el artículo 33 del Código Civil. Sin perjuicio de lo anterior, la determinación de la maternidad es un asunto que excede lo estrictamente jurídico, en cuanto la relación que vincula a la madre e hijo constituye un estrecho lazo<sup>22</sup>, que difícilmente puede verse contenido por criterios estrictamente legales.

Respecto de la forma de determinación de la maternidad, el artículo 183 del Código Civil establece:

---

<sup>22</sup>Gómez de la Torre, M. (2017) *Sistema Filiativo – Filiación biológica*. Valencia: Tirant lo blanch. P. 145.

*“La maternidad queda determinada legalmente por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del registro civil. En los demás casos la maternidad se determina por reconocimiento o sentencia firme en juicio de filiación, según lo dispuesto en los artículos siguientes.”*

Luego, podemos observar que para la determinación de la maternidad basta con la comprobación del hecho base del alumbramiento y la constancia oficial de la identidad de madre e hijo en las partidas del Registro Civil, sin exigir acto de reconocimiento alguno, sea este expreso o tácito. La inscripción en la partida de nacimiento cumplirá el rol de determinación y prueba de la maternidad. Además, es posible intuir, a partir de esta norma, que el Código Civil ha seguido en la materia un criterio biológico de determinación de la maternidad.<sup>23</sup>

Para cumplir con los objetivos de permanencia y publicidad de la determinación de la filiación, esta debe constar en un registro público. Esto es reafirmado por el artículo 31 N°4 de la Ley N°4.808 de Registro Civil, que señala que en la inscripción de nacimiento debe dejarse constancia de *“Los nombres, apellidos, nacionalidad, profesión u oficio y domicilio de los padres, o los del padre o madre que le reconozca o haya reconocido. Se dejará constancia de los nombres y apellidos de la madre, aunque no haya reconocimiento, cuando la declaración del requirente coincida con el comprobante del médico que haya asistido al parto, en lo concerniente a las identidades del nacido y de la mujer que lo dio a luz.”*

---

<sup>23</sup>Ramos Pazos, René (2009) *Derecho de Familia*: Editorial jurídica de Chile. P 397.

Por otro lado, en aquellos casos en que en el Registro Civil no conste la identidad de la madre porque, por ejemplo, el comprobante de parto no señala la identidad de ésta o no exista tal comprobante, la maternidad necesariamente deberá determinarse por vía de reconocimiento o sentencia judicial. Así lo establece el artículo 183, inciso 2, que señala:

*“En los demás casos la maternidad se determina por reconocimiento o sentencia firme en juicio de filiación, según lo disponen los artículos siguientes.”*

Luego, de la lectura de los citados artículos, concluimos que la maternidad puede quedar determinada de tres formas. En primer lugar, puede determinarse de pleno derecho a partir del hecho del parto, en la medida que se cumplan ciertos requisitos especiales establecidos por el legislador; en segundo lugar, puede quedar determinada por el hecho del reconocimiento de la madre; y, en tercer lugar, puede producirse por sentencia judicial firme recaída en juicio de filiación. Una vez que dicha filiación se encuentra determinada judicial o extrajudicialmente, la forma de acreditarla es por medio de las partidas del Registro Civil.

Respecto de la determinación de la maternidad por vía de reconocimiento, cabe preguntarse si el acto de reconocimiento de la maternidad tiene un efecto constitutivo o bien declarativo. Podría afirmarse que su naturaleza jurídica es la de un acto declarativo, a partir del artículo 187 del Código Civil, que lo trata como una declaración, y del artículo 181 del mismo cuerpo legal, que establece que la filiación produce efectos retroactivos a la época de la concepción. Ahora, aun cuando se trate de una declaración de voluntad, esta tiene un carácter exclusivamente

recepticio, pues siempre puede quedar sin efecto por el repudio del hijo reconocido.

Como acto jurídico, el reconocimiento de la maternidad es unilateral, solemne, irrevocable y no susceptible de sujetarse a modalidades, de tal forma que, si estuviera sometido a plazo o condición, dicho reconocimiento sería nulo.

En cuanto a la determinación de la maternidad por vía de reconocimiento, la ley no ha establecido ninguna limitación respecto de la clase de hijo que se puede reconocer. En ese sentido, es posible reconocer como hijo a una persona menor o mayor de edad, capaz o incapaz, viva o muerta, siempre y cuando no tenga su filiación determinada. Así lo establece el artículo 189 del Código Civil, que señala:

*“No surtirá efectos el reconocimiento de un hijo que tenga legalmente determinada una filiación distinta”.*

El problema se plantea a partir del nacimiento por vía de TRA, de un niño o niña, cuya familia está compuesta por una pareja de mujeres, las cuales se sometieron a dichas técnicas. Como hemos visto el artículo 182 de Código Civil, omite dicha situación, puesto que a la época en la que fue incluida dicha modificación, el tema de la homoparentalidad, constituía una situación totalmente invisibilizada.

Hoy como un dilema actual y manifiesto nos proponemos dar una mirada desde el punto de vista de los principios consagrados a nivel internacional, las soluciones normativas comparadas, la jurisprudencia nacional, y la discusión actual dada en nuestro país, con la finalidad de obtener un norte el cual nos encamine a la solución más justa y apropiada desde el punto de vista del niño o niña nacido producto de técnicas de TRA.

## 6 PRINCIPIOS QUE INFORMAN LA DOBLE MATERNIDAD

### 6.1 Principio de Interés Superior del Niño.

El principio del interés superior del niño es un principio general del derecho que, en la actualidad, constituye un pilar fundamental en materia de legislación sobre infancia y adolescencia.

Como principio general de Derecho, el Interés Superior del Niño constituye un concepto jurídico indeterminado. Este carácter abstracto del concepto constituye una de sus fortalezas, pues permite que dicho principio informe un amplio espectro de instituciones de Derecho de Familia, como el derecho a la identidad, la filiación y la autoridad paterna, procurando siempre el mejor desarrollo físico, moral, espiritual y social de todo niño, niña y adolescente. Sin embargo, como concepto jurídico indeterminado, establecer una definición dogmática del interés superior del niño es una difícil tarea, que obliga a llenarlo de contenido caso a caso.

Sin perjuicio de lo anterior, según Ravetillat y Pinochet *“Es bien sabido que buena parte de la doctrina ha puesto en tela de juicio la efectiva utilidad del concepto jurídico indeterminado del interés superior del niño. Ciertamente es que la verdadera fuerza atribuida a este principio reside en su carácter eminentemente abstracto, aspecto este que facilita su adaptación a los diferentes supuestos de hecho que puedan ir suscitándose; no obstante, esa misma circunstancia le ha valido un gran número de críticas fundamentadas, esencialmente, en su alto grado de indeterminación.”*<sup>24</sup>

Revisaremos los intentos de algunos autores de doctrina nacional para dotar de contenido cierto a este principio, aceptando su carácter amplio. Así, el profesor Miguel Cillero señala que *“De este modo es posible afirmar que el interés superior del niño es, nada más, pero nada menos, que la satisfacción integral de sus derechos.*

*Por su parte, la formulación del principio en el artículo tercero de la Convención permite desprender las siguientes características: es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los*

---

<sup>24</sup> Ravetillat B. I, y Pinochet O. R. (2015) *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el Derecho Civil chileno*. Revista Chilena de Derecho, vol. 42 N° 3, pp. 903 – 934.

*derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática.*<sup>25</sup>

Por otro lado, y desde una perspectiva práctica, la profesora Maricruz Gómez de la Torre<sup>26</sup> señala que el interés superior del niño, en materia de filiación, consiste principalmente en:

- Permitir al niño realizar indagaciones sobre su filiación en aquellos casos que esta no se encuentre determinada, pues está vinculada a su derecho a la identidad personal, entre cuyos atributos se encuentran tener nombre y conocer a sus padres.
- Permitir al niño rechazar una filiación cuando ésta no coincide con la verdad biológica o la verdad social.
- Permitir al niño manifestar su opinión, si acaso tiene edad y madurez para hacerlo, cuando se trate de reclamar o impugnar una filiación.

Del análisis de estas referencias doctrinales, podemos extraer que el interés superior del niño, como principio, se ha convertido en una vía para hacer efectivos otros derechos o principios derivados de materias que dicen relación con niños, niñas y adolescentes, especialmente si consideramos que, como concepto abstracto, los tribunales de justicia, las instituciones públicas o privadas de bienestar social, la autoridad administrativa y los órganos legislativos cumplen un

---

<sup>25</sup> Cillero, M. (1999). *El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Ponencia presentada en el I Curso Latinoamericano: Derechos de la Niñez y la Adolescencia; Defensa Jurídica y Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. San José de Costa Rica.

<sup>26</sup> Gómez de la Torre, M. (2017) *Sistema Filiativo – Filiación biológica*. Valencia: Tirant lo blanch. P. 100.

rol fundamental en su efectiva aplicación, en la medida que lo utilicen como un mandato de ponderación en todos los asuntos que conozcan y que resulte pertinente.

Es posible asignar a este principio una triple función: es una garantía, pues cualquier decisión que diga relación con niños, debe considerar sus derechos; es una norma orientadora, que obliga a todas las instituciones públicas y privadas; y es una norma de interpretación y resolución de conflictos, que permite determinar qué interpretación de una regla jurídica satisface de manera más efectiva el interés del niño<sup>27</sup>.

A diferencia de lo que sucede con otros principios de Derecho, cuyo desarrollo se produjo primero en el contexto internacional, y posteriormente fueron incorporados por los ordenamientos jurídicos nacionales; el principio del interés superior del niño experimentó una consagración inversa. Este principio fue recogido positivamente por primera vez en la legislación de Francia, a mediados del siglo XIX, a propósito de leyes que tenían por objeto limitar la figura de la patria potestad. En Italia e Inglaterra, por su parte, su incorporación se produjo durante el siglo XX, lo que coincidió con importantes hitos internacionales en la materia, como su mención formal en la Declaración de Derechos del Niño de 1959 y su incorporación en la Convención de los Derechos del Niño de 1989<sup>28</sup>.

La Declaración de los Derechos del Niño de 1959 expresa:

---

<sup>27</sup> Gómez de la Torre, M. (2017) *Sistema Filiativo – Filiación biológica*. Valencia: Tirant lo blanch. P. 78.

<sup>28</sup> Ravetillat B. I, y Pinochet O. R. (2015) *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el Derecho Civil chileno*. Revista Chilena de Derecho, vol. 42 N° 3, pp. 903 – 934.

*“Principio 2*

*El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. **Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.**”*

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños, por su parte, señala en su artículo 3:

*“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial que se atenderá será **el interés superior del niño.**”*

De la lectura de estos dos instrumentos internacionales, aparece que persiguen consagrar cierto grado de autonomía para los niños, niñas y adolescentes en el ejercicio de sus derechos, de acuerdo siempre con su etapa de desarrollo y nivel de madurez, en tanto los considera entes activos en su vida familiar y social. De esta forma, se evidencia una inédita vocación de empatía con la calidad de niño, más allá de simplemente revestirlo del necesario aparato protector.

A partir de su consagración en la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, este principio comenzó a transformarse en una de las directrices rectoras de las legislaciones nacionales en materia de Derecho de Familia, obteniendo en todas ellas la categoría de consideración primordial. Sin perjuicio de lo anterior, el carácter vertebral de la citada convención no debe hacernos olvidar que existen otros instrumentos internacionales relevantes que recogen este principio, cuyo análisis no es objeto de este trabajo.

A nivel de legislación nacional chilena, el principio de Interés Superior del Niño fue incorporado por las Leyes N°19.585 y 19.620, que constituyeron una modificación normativa en materia de filiación y adopción de menores, respectivamente. Está consagrado en el título IX de nuestro Código Civil, “De los Derechos y obligaciones entre los padres y los hijos”, que en el artículo 222 inciso 1°, establece:

*“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.”*

Por otro lado, la ley N°19.968, que crea los Tribunales de Familia, señala en su artículo 16 inciso 2°:

*“(El) **interés superior del niño, niña o adolescente**, es el principio rector que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.”*

La Ley N°19.620, que dicta normas sobre adopción de menores, también contiene una referencia relevante en la materia, en su artículo 1, inciso 1°:

*“La adopción tiene por objeto 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.”*

La Ley N°19.947, que establece la nueva Ley de Matrimonio Civil, señala en su artículo 3:

*“Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el **interés superior de los hijos** y del cónyuge más débil.”*

Finalmente, la Ley N°20.084, que establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal, recoge este principio en su artículo 2°:

*“En todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en*

consideración el **interés superior del adolescente**, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos”.

Estas son algunas de las principales normas de nuestra legislación en referencia al principio de Interés Superior del Niño, y nos permiten concluir que este principio cruza todo nuestro ordenamiento, y no está limitado a los aspectos en que el Derecho de Familia toca la infancia y adolescencia. Además, aparece que nuestro legislador ha establecido el deber de los diferentes operadores jurídicos de considerar dicho interés en todas las materias que involucran a este segmento etario de la población.

En definitiva, el interés superior del niño es un principio esencial de nuestro ordenamiento jurídico, que reviste especial importancia para muchas decisiones y actividades que involucran a los niños. Luego, *“Podemos concluir entonces que se trata de un concepto jurídico indeterminado, flexible, que consiste en garantizar al niño, niña y adolescente el ejercicio de sus derechos fundamentales y el disfrute pleno y efectivo de los derechos y garantías que surgen de su calidad de persona humana, los que deben ser respetados en las resoluciones que dicten los jueces, en las medidas que tomen los organismos públicos y privados, y en el ejercicio de la autoridad de los padres.”*<sup>29</sup>

Este principio presenta una particular relevancia en la materia que toca este trabajo, si consideramos que el interés superior del niño es un derecho sustantivo y una norma de

---

<sup>29</sup> Gómez de la Torre, M. (2017) *Sistema Filiativo – Filiación biológica*. Valencia: Tirant lo blanch. P. 94.

procedimiento que obliga a la autoridad a considerarlo en el proceso de adopción de decisiones que puedan afectar a niños o niñas. Entonces, al tiempo de legislar y resolver sobre doble maternidad en el contexto de la aplicación de Técnicas de Reproducción Asistida, el Estado debe explicar satisfactoriamente cómo sus actos y decisiones resultan acordes con el interés superior del niño, expresando los criterios fundantes y la forma en que fue ponderado respecto de otras consideraciones. Por un lado, los Estados no pueden decidir sobre doble maternidad discrecionalmente, ni excluyendo el criterio del mejor interés del hijo de las familias lesboparentales, pero además se encuentra obligado a hacer primar este interés por sobre otras consideraciones. En ese sentido, *“el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones (...) esta posición se justifica por la situación especial de los niños (dependencia, madurez, condición jurídica y, a menudo, carencia de voz). Los niños tienen menos posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses, y las personas que intervienen en las decisiones que les afectan deben tener en cuenta explícitamente sus intereses. Si los intereses de los niños no se ponen de relieve se suelen descuidar.”*<sup>30</sup>

## 6.2 Igualdad ante la ley

La igualdad en la aplicación de la ley es un principio fundamental de Derecho, que constituye un mandato dirigido a los órganos que ejercen jurisdicción para que estos juzguen de la misma manera aquellos casos que resulten iguales, atendidas sus características relevantes. En esa

---

<sup>30</sup>Naciones Unidas Comité de los Derechos del Niño (2013), *Observación General N°14*, ob. cit., p. 10.

dirección, la Corte Suprema ha manifestado que la igualdad supone que deben aplicarse las mismas normas jurídicas a las personas que se encuentren en las mismas circunstancias, sin concederse privilegios ni imponerse obligaciones que no recaigan sobre otras personas en condiciones similares<sup>31</sup>, y por lo mismo contiene una prohibición de discriminación arbitraria.

Al respecto, el profesor Humberto Nogueira plantea:

*“La igualdad en cuanto derecho fundamental reconoce la titularidad de toda persona sobre el bien jurídico igualdad, que es oponible a todo destinatario, que implica el derecho a no ser discriminado por razones de carácter subjetivo u otras que resulten jurídicamente relevantes, con el consiguiente mandato correlativo respecto de los órganos o autoridades estatales y los particulares de prohibición de discriminación.*

*El principio y derecho a la igualdad se proyectan siempre en dos niveles diferentes: la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley.*

*La igualdad ante la ley se refiere a la eficacia de los mandatos de la igualdad en la aplicación en el ámbito administrativo, en el ámbito jurisdiccional y en la relación entre particulares.*

*La igualdad en la ley se refiere a la igualdad como derecho fundamental, a su eficacia vinculante frente al derecho, frente al legislador.<sup>32</sup>”*

---

<sup>31</sup>Corte Suprema, Sentencia de 03 de octubre de 2000, ROL N°2595-1999, Considerando 5°.

<sup>32</sup>Nogueira Alcalá, Humberto (2006)*El derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acciones positivas*. Revista de Derecho de Universidad Católica del Norte. Sección Estudios. Año 13 – N°2, año 2006, pp. 61-100.

Además de ser un principio de Derecho, la igualdad de trato ante la ley es un derecho fundamental, cuya consagración constitucional la encontramos en el artículo 1° de nuestra Carta Fundamental, que señala:

*“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.*

Por otro lado, el artículo 19 N°2 de la Constitución, establece:

*“La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley”.*

Precisamente a partir de estas normas de carácter abstracto y amplio, es que resulta posible concluir que el principio de igualdad ante la ley constituye uno de los pilares fundamentales del ordenamiento jurídico chileno, que obliga a interpretar en su clave toda normativa interna, incluyendo el Derecho de Familia, y que importa también un mandato de no discriminación.

En el ámbito internacional, la Declaración de los Derechos del Niño contempla en su Principio I, el derecho a la igualdad, sin distinción de raza, religión o nacionalidad, en tanto establece:

*“El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración.*

*Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole,*

*origen nacional o social, posición económica, nacimiento, u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.”*

Posteriormente, la Convención de los Derechos del Niño lo consagró en su artículo 2, en los siguientes términos:

*1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.*

*2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.*

Estas normas de Derecho Internacional se encuentran incorporadas al Derecho interno de nuestro país, en virtud del inciso segundo del artículo 5 de nuestra Carta Fundamental, que señala:

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

Luego, una vez analizadas las normas nacionales e internacionales que contemplan el derecho de igualdad ante la Ley, se puede colegir que dicho principio básico emana de la propia esencia o naturaleza humana, no importando las distinciones de segundo orden que se puedan hacer entre personas, en cuanto a su sexo, raza, estirpe o condición. Sin perjuicio de lo anterior, este principio exige que la igualdad sea evaluada a partir de un análisis fáctico que contemple todos los factores relevantes, y no de acuerdo con un criterio puramente formal pues, aunque en términos teóricos todas las personas son iguales, la situación de cada cual puede hacerlo merecedor de una especial protección del legislador. Así, muchas veces el principio de igualdad en sentido formal entra en colisión con los criterios de diferenciación que considere el legislador respecto de ciertas personas o situaciones, en la medida que dicha distinción se base en una justificación objetiva, razonable y persiga una finalidad constitucionalmente legítima.

En materia de filiación nuestra legislación ha experimentado una importante evolución relacionada con el principio de igualdad ante la ley. Así lo ha expresado nuestra Corte Suprema: de 18 de agosto de 2008, Rol N°2893-2008:

*“Que previo a resolver las materias planteadas en el recurso, resulta indispensable formular algunas consideraciones en torno a la regulación y la evolución jurídica del estatuto filiativo. En este sentido, preciso es señalar que nuestro Código Civil, inicialmente distinguía entre hijos legítimos e ilegítimos, constituido este último grupo por los naturales o simplemente ilegítimos. La ley N°10.271 si bien mantuvo las categorías señaladas, amplió el reconocimiento voluntario de hijo natural e introdujo el reconocimiento forzoso, limitándolo a determinados casos taxativos y de difícil acreditación. Así las cosas, la Ley N°19.855, vigente a partir del 27 de octubre de 1999, introduce importantes cambios en materia de filiación, estableciendo la matrimonial y la no matrimonial, terminando de esta manera, con las anteriores categorías de hijos y las diferencias existentes entre ellos. El nuevo sistema se funda en principios como la igualdad de las personas, el derecho a su identidad, y la libre investigación de la paternidad o maternidad, los que deben tenerse en consideración, para una recta interpretación de cada una de las normas de la referida ley, de manera de mantener la debida coherencia y lógica armonía entre sus disposiciones.”<sup>33</sup>*

Esta positiva evolución no es casual, sino que persigue dar cumplimiento al mandato que contiene el principio de Igualdad, y que, como hemos dicho, alcanza a todo el ordenamiento jurídico. Así, el ámbito de la filiación no es el único donde este principio ha impulsado una importante transformación, pues con el paso del tiempo los criterios exclusivamente jerárquicos han perdido fuerza y sido reemplazados por nuevos criterios igualitarios<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Corte Suprema. Sentencia de 18 de agosto de 2008. Rol N°2893-2008. Considerando 7°.

<sup>34</sup> Lepin, M. C. (2014). *Los nuevos principios del Derecho de Familia*. Revista Chilena de Derecho Privado, N°23. Santiago.

Como dijimos anteriormente, dentro del contenido del principio de Igualdad, encontramos el mandato de no discriminación. A este respecto, resulta relevante las diferencias que puedan subsistir en nuestra legislación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales, pues tratándose de personas esencialmente iguales, el legislador les daría un trato distinto. El profesor Lepin señala que *“la totalidad de las discriminaciones en materia de filiación han sido eliminadas, en su mayoría por la ley N°19.585 y la ley N°19.620, equiparando los derechos a todos los hijos de filiación determinada, nacidos dentro o fuera del matrimonio, ya sea por filiación biológica, por técnicas de reproducción humana asistida o por adopción.”*<sup>35</sup>

A su vez, la profesora Gómez de la Torre plantea que la diferencia entre la filiación matrimonial y la no matrimonial, consiste en que la primera se refiere a un hecho comprobable, cual es el matrimonio de la madre con quien se supone padre del hijo. Esta distinción normativa resultaría inevitable pues, a diferencia de lo que ocurre con la filiación matrimonial, en la no matrimonial no existe un elemento objetivo que permita atribuir el hijo a una persona determinada. Por tanto, actualmente persiste una distinción entre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, pese al mandato de no discriminación<sup>36</sup>.

Es claro que todos los seres humanos somos diferentes, dicha realidad es palpable y un recordatorio constante de nuestra propia individualidad. Sin embargo, es igualmente indudable que, al pertenecer a la misma especie, todos los seres humanos compartimos ciertas características esenciales, las cuales emanan de nuestra propia naturaleza. Así, todos tenemos

---

<sup>35</sup> Lepin, M. C. (2014). *Los nuevos principios del Derecho de Familia*. Revista Chilena de Derecho Privado, N°23. Santiago.

<sup>36</sup> Gómez de la Torre, M. (2017) *Sistema Filiativo – Filiación biológica*. Valencia: Tirant lo blanch. P. 152.

determinadas necesidades básicas, de cuya satisfacción depende la conservación y calidad de nuestra vida, como la alimentación y vivienda, y poseemos carencias comunes, como nuestra vulnerabilidad a temprana edad. Luego, es desde esta dimensión que el principio de Igualdad toma particular fuerza para la materia que toca a este trabajo, pues si compartimos necesidades y dependemos unos de otros para su satisfacción, esta situación nos determina de manera natural a garantizarnos una recíproca igualdad y respeto.

Atendido el desarrollo que ha tenido el concepto de familia en el último tiempo, podemos observar la importancia del principio de igualdad ante la ley para la doble maternidad consecuencia de la aplicación de técnicas de reproducción asistida. La Opinión Consultiva OC-24/17, de la Corte IDH señala que los Estados tienen un deber de abstención respecto de acciones que puedan constituir una forma de discriminación, de derecho o de facto, considerando que la igualdad es inseparable de la dignidad esencial de la persona<sup>37</sup>. Por otro lado, se refiere al deber positivo de los Estados de adoptar todas las medidas que sean necesarias para lograr garantizar el acceso en igualdad de condiciones, y sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, a un catálogo de derechos, entre los cuales se encuentra el derecho a licencia por maternidad o paternidad, beneficios familiares y custodia de los hijos<sup>38</sup>. Luego, es posible concluir que el principio de igualdad ante la ley exige del Estado una regulación normativa en materia de filiación de dos mujeres que forman una familia y tienen un hijo a través de técnicas de reproducción asistida, tal como lo hace para el caso de que se trate de una pareja heterosexual.

---

<sup>37</sup> Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 61

<sup>38</sup> Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 196 y 197

### 6.3 Derecho a la Identidad.

En la Convención de Derechos del Niño no existe una definición del derecho a la identidad, sin perjuicio de que se establecen sus características principales. *“Se lo define doctrinariamente como un derecho personalísimo, del que goza todo ser humano a ser uno mismo, en su compleja y múltiple diversidad de aspectos, alcanzando de esta forma su propia identidad [...] Se lo relaciona con los atributos de ser único e irrepetible, frente al mundo social que rodea al individuo [...] También se ha señalado que encuentra su fundamento axiológico en la dignidad del ser humano. Que es un derecho personalísimo merecedor, por sí, de tutela jurídica y en tanto derecho personalísimo, es autónomo, distinguiéndose de los otros.”*<sup>39</sup>

Luego, podemos afirmar que el derecho a la identidad es un derecho fundamental en virtud del cual toda persona, desde su nacimiento, puede obtener y mantener una identidad, que se construye con su nombre, apellido, nacionalidad, sexo del individuo, y en general todas aquellas características que nos permiten identificar a una persona como parte de una sociedad.

Ahora, si bien las normas de Derecho nacional e internacional en la materia dotan de contenido al concepto de derecho a la identidad, ninguna de estas delimita con claridad qué es lo que engloba este principio. Para un sector de la doctrina, la identidad incluye toda la realidad de una persona, que se divide en un aspecto estático (integrado por signos externos, como la filiación,

---

<sup>39</sup> Gómez de la Torre, M. (2017) *Sistema Filiativo – Filiación biológica*. Valencia: Tirant lo blanch. P. 103.

el nombre y datos de nacimiento), y otro aspecto dinámico (integrado por atributos intelectuales, morales, culturales, etc.) Otro sector, en cambio, afirma que la identidad abarca exclusivamente el aspecto estático, es decir atributos como el nombre, la nacionalidad y el derecho a conocer a sus padres<sup>40</sup>.

Al gozar de este derecho fundamental desde el nacimiento, es evidente que los niños también tienen derecho a la identidad, lo que en su caso incluye el acceso a la información sobre su origen y la identidad de sus progenitores. Íntimamente relacionado con el derecho a la identidad de los niños, se encuentra el establecimiento de un sistema registral que guarde constancia de los nacimientos y el nombre de los padres, pues la inscripción en el Registro Civil proporcionará al niño nacido la capacidad jurídica y el reconocimiento como miembro de la sociedad.

La Convención de los Derechos del Niño se refiere al derecho a la identidad en su artículo 7:

*“1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.*

*2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos*

---

<sup>40</sup> Gómez de la Torre, M. (2017) *Sistema Filiativo – Filiación biológica*. Valencia: Tirant lo blanch. P. 107.

*internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.”*

El mismo instrumento internacional vuelve a referirse a este derecho en su artículo 8:

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

*2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.”*

Por su parte, la Convención Americana de los Derechos Humanos, en su artículo 18, se refiere a uno de los atributos fundamentales del derecho a la identidad, el derecho al nombre:

*“Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.”*

Nuestro Tribunal Constitucional, en Sentencia de 29 de septiembre del año 2009, Rol N°1340-2009, refiriéndose a las normas de Derecho Internacional citadas, ha dicho que:

*“Se infiere que la identidad humana queda comprendida (sic) en la categoría de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, como reza el artículo y 5° de la Constitución Política de la República”.*

A partir de este fallo, podemos sostener que el derecho a la identidad está íntimamente ligado a la dignidad humana y, luego, una persona es tal cuando puede reconocerse como individuo perteneciente a una determinada sociedad, con características propias, que lo distinguen de los demás miembros de dicho grupo. En otras palabras, la calidad de persona no se sostiene solo en base a cualidades biológicas, sino también en la certeza de su origen e historia, lo que le permite ser reconocido y desenvolverse entre sus pares.

En lo que se refiere al Ordenamiento Jurídico Nacional, podemos encontrar el derecho a la identidad dentro del Título VIII del Código Civil, el cual se refiere a las acciones de filiación. Particularmente en los artículos 195, 198 y 199 de este cuerpo legal, los cuales otorgan al individuo el derecho a conocer su origen biológico, parte fundamental del derecho a la identidad:

Nuestra legislación establece limitaciones para la investigación de la paternidad o maternidad en el caso de posesión notoria de estado de hijo y en el caso de aplicación de técnicas de reproducción asistida utilizando donantes. Respecto de la posesión notoria de estado civil de hijo, una persona asume el rol social de padre o madre, aun cuando en términos genéticos no sea así. En estos casos, nuestro legislador ha hecho primar la posesión notoria del estado civil

de hijo por sobre la verdad biológica, salvo en los casos que el juez estime que existen graves razones que demuestren la inconveniencia para el niño o niña, de acuerdo con el artículo 201 del Código Civil<sup>41</sup>.

Luego, es posible vincular este razonamiento del legislador con el tema que trata esta memoria, en cuanto parece acorde con el derecho a la identidad y el interés superior del niño, que se establezca la posibilidad de que el hijo concebido mediante técnicas de reproducción asistida pueda determinar su filiación respecto de las dos mujeres que se sometieron a este tratamiento y que en la práctica cumplen el rol de madres, integrando la filiación un aspecto estático del derecho a la identidad.

Finalmente, hacemos presente que, en opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la decisión de tener hijos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja<sup>42</sup>. A partir de lo anterior, se concluye que tal voluntad exigiría del Estado el cumplimiento del deber de no injerencia y de adoptar todas las medidas necesarias para posibilitar el ejercicio pleno de este derecho, sin distinción de género u orientación sexual.

---

<sup>41</sup> Gómez de la Torre, M. (2017) *Sistema Filiativo – Filiación biológica*. Valencia: Tirant lo blanch. P. 114.

<sup>42</sup> Corte IDH (2012) Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica, párr. 272.

#### 6.4 Derecho a la vida familiar.

Para abordar el tema del derecho a la vida familiar, en el contexto de este trabajo, es importante aclarar previamente que el concepto de familia y su correlato jurídico en el Derecho de Familia, ha experimentado una profunda evolución con el devenir de los años. Por lo mismo, es necesario determinar cuál es la familia protegida por este derecho.

Existe una histórica dificultad en las ciencias sociales para alcanzar una definición unánime, o al menos mayoritaria, de lo que es la familia, e incluso para establecer qué es lo esencial de la misma. El modo en que entendió la familia el legislador en la época de dictación del Código Civil de 1855 estuvo determinado por el carácter religioso y agrario de esa sociedad chilena, donde la familia encontraba su base exclusiva en el matrimonio, celebrado según el rito religioso católico.

En ese sentido, Jorge Del Picó plantea que *“El proceso de delimitación de los elementos incluidos en el concepto, propio del trabajo que implica una definición de familia, lo mismo que su traducción positiva, ha enfrentado dificultades evidentes, por causas similares a las indicadas respecto de la propia elaboración conceptual. Así, los intentos de definición han adoptado como criterios rectores el fundamento del parentesco común, de la radicación física o de su funcionalidad, por citar algunos.*

*Jurídicamente, el Derecho chileno no ha contemplado una definición o concepto de familia públicamente utilizado en documentos oficiales, salvo la remota y limitada referencia contenida en el artículo 815 del Código Civil, con ocasión de la regulación de los derechos de uso y habitación.<sup>43</sup>*

La RAE define familia como *“Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas.”<sup>44</sup>*

Por otro lado, el Informe emitido en 1993 por la Comisión Nacional de la Familia, intentó dar un concepto de familia que supera la idea de un fundamento exclusivamente matrimonial:

*“La familia es un grupo social, unidos entre si por vínculos de consanguinidad, filiación (biológica o adoptiva) y de alianza, incluyendo las uniones de hecho cuando son estables”.*

Es sabido, y así lo ha asumido nuestro constituyente, que la familia es el núcleo primario de desarrollo de las personas. Por lo mismo, el derecho de las personas a integrar y desarrollarse dentro de una familia es un derecho de carácter humano y fundamental, en la medida que ha recibido una consagración no solo a nivel nacional, sino también en el ámbito internacional de los derechos humanos.

---

<sup>43</sup> Picó, R. J. (2011) *Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del Derecho Matrimonial Chileno*. Revista Ius et Praxis, Año 17, N°1, pp. 31 – 56.

<sup>44</sup> Real Academia Española. (2014). *Familia*. En Diccionario de la lengua española (23.a ed.).

El principio de protección a la vida privada y familiar se encuentra consagrado en los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos:

*“Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad.*

*2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.”*

*“Artículo 17. Protección a la Familia.*

*1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.”*

Por otro lado, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su artículo 16:

*“Artículo 16.*

*1. 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.*

2. *Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.*

3. *La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.*”

Luego, asumido que la familia constituye el elemento base de la sociedad y el espacio nuclear donde la persona comienza y desarrolla su vida, debemos entender obligadamente que el amparo de este ámbito otorga protección a todas y cada una de las aristas que constituyen al individuo, como son su integridad física y psíquica, su dignidad natural, y el derecho al desarrollo de su identidad, entre otros. En el mismo sentido, el profesor Corral Talciani plantea que *“Como vemos, las relaciones domésticas, esto es, las familiares, aparecen desde un inicio como integrantes de esta nueva esfera de protección de las personas, que se propicia con la formulación del derecho a la privacidad<sup>45</sup>”*, lo cual parece establecer nuevos y complejos deberes para el Estado, si consideramos que en su opinión consultiva N°17, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que la obligación de protección de la vida privada y familiar implica *“favorecer de la manera más amplia el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar”*.

Ahora, en íntima relación con el artículo primero, inciso segundo, de la Constitución, que establece que *“la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”*, se encuentra el artículo 1 de la Ley de N°19.947 que señala *“la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El*

---

<sup>45</sup>Corral Talciani, Hernán (1999) *Vida familiar y derecho a la privacidad*. *Revista Chilena de Derecho*, volumen 26, año 1999, pp. 63-86.

*matrimonio es la base principal de la familia*". Así, la nueva ley de matrimonio civil vino a establecer un cambio importante en la forma de entender la familia, en cuanto reitera la fórmula constitucional, pero incorpora la idea de que existen alternativas a la familia matrimonial, considerando que el matrimonio es su base principal y, por tanto, no exclusiva<sup>46</sup>.

Como dijimos anteriormente, considerando el desarrollo del concepto de familia y su evolución en la doctrina, jurisprudencia y legislación nacional, es posible dar cuenta que hoy nuestro ordenamiento jurídico reconoce vínculos familiares que no hayan nacido exclusivamente del matrimonio, ya sea que dicho razonamiento parte del artículo 1° de la Ley N°19.947, o de la posibilidad que la ley ha abierto a parejas del mismo sexo para regular sus relaciones mutuas mediante el Acuerdo de Unión Civil, y así conformar un núcleo familiar, amparado por el ordenamiento jurídico chileno.

Finalmente, es posible afirmar que la íntima relación que existe entre el derecho a la vida familiar y el derecho a la intimidad nos reconduce a la discusión sobre la factibilidad legal del establecimiento de doble filiación materna en el caso de aplicación de técnicas de reproducción asistida. Lo anterior, pues las familias formadas a partir de parejas lesboparentales reúnen todas las características que definen a una familia en la actualidad y, por tanto, no parece razonable negarles la posibilidad de gozar de la certeza jurídica y derechos que implica la determinación de la filiación materna en aquellos casos que dos mujeres se han sometido voluntariamente a este tratamiento y ejercen el rol de madres. La protección a la familia es un

---

<sup>46</sup> Historia de la ley 19.947, cámara de diputados, legislatura 350, sesión 56, 10 de marzo de 2004

principio universal que no admite distinciones: allí donde haya una familia, dicho grupo será merecedor de la protección a la que está obligado el Estado. Así lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva de Oc-24/17 de 24 de noviembre de 2017:

*“La Convención Americana protege, en virtud del derecho a la protección de la vida privada (artículo 11.2) así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17) el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo. La Corte estima también que deben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterosexuales, de conformidad con el derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículos 1.1 y 24), todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar protegido entre personas del mismo sexo. Sin perjuicio de lo anterior, la obligación internacional de los Estados trasciende las cuestiones vinculadas únicamente con derechos patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como a los derechos y obligaciones reconocidos en el derecho interno de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales.”*

## 6.5 Derecho a la intimidad

Como hemos esbozado al comienzo de este trabajo, el sistema registral adoptado por nuestra ley obedece a un orden binario, es decir, solo podrán ser procreadores de una nueva vida humana,

un hombre y una mujer. Sin embargo, dichas categorías dejan fuera un amplio abanico de situaciones vinculadas a la identidad de género<sup>47</sup>.

En nuestra sociedad actual, las personas no solo se identifican con estas categorías de género binarias, hombre-mujer, existe una diversidad de categorías, las cuales no encajan en dichos parámetros, de esta manera y solo con fines enunciativos podemos nombrar a lesbianas, gays, travestis, bisexuales y transgénero.

La identidad de género se encuentra estrechamente ligada a la idea de libertad, todos, como seres humanos, tenemos el derecho y la libertad de autodeterminación, es decir, de tomar aquellas decisiones que le den significado a nuestra existencia y nos permitan desarrollarnos como personas de una manera integral y plena. Así, el derecho a la intimidad es aquella esfera que resguarda las decisiones más íntimas del ser humano, referente a sus opciones de vida y a su libertad. Nuestra Constitución Política de la República, otorga protección a dicha categoría en virtud de su artículo 19 N°4, el cual asegura a todas las personas, el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia.<sup>48</sup>

Actualmente, en nuestro país, no es posible la inscripción de una persona con dos madres, lo cual ha traído como consecuencia, que un número importante de mujeres que se ven en la

---

<sup>47</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017) Glosario “La identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones de género, incluyendo vestimenta, modo de hablar y auto-identificación, y que hace referencia a la vivencia que una persona tiene de su propio género.

<sup>48</sup>Constitución Política de la República (1980) Artículo 19 N°4.

situación de querer inscribir a su hijo o hija, deban abandonar la esfera de protección de su intimidad y enfrentar los reproches sociales y jurídicos impuestos en la actualidad, producto de la concepción binaria preponderante. Así como veremos, ante la negativa del Servicio Registro Civil, y el agotamiento de sus instancias, se ven en la obligación de concurrir a los Tribunales de Justicia, y agotar cada oportunidad con la finalidad de requerir, que el vínculo filiativo que tienen respecto de sus hijos, sea reconocido y en definitiva determinado, tanto como el que tendría un hombre y una mujer respecto de sus hijos.

Este es un desgaste que atañe la esfera más íntima de la familia, que pone en tela de juicio e implica para dichas madres un cuestionamiento permanente de las decisiones basadas en sus opciones de sexualidad, identidad de género, libertad y autodeterminación como personas.

Lo cual afecta el epicentro del libre desarrollo de su personalidad, del desenvolvimiento de su vida privada y familiar, atañando igualmente su identidad personal y sexual, y en definitiva su dignidad como personas, y su derecho a igualdad y no discriminación.

Dicha afectación al derecho a la intimidad no es de ninguna manera necesaria, es imprescindible una modificación al sistema registral chileno, acorde con la realidad actual de nuestra sociedad, dicha temática, será abordada en el apartado final de este trabajo.

## 6.6 Colisión de Derechos Fundamentales

A lo largo de este capítulo se ha dado cuenta de los principales principios jurídicos y derechos fundamentales que informan la doble maternidad, y del marco jurídico relevante en la materia. Este ejercicio de revisión es, sin duda, indispensable para comprender a cabalidad el tema que desarrolla esta memoria.

Recapitulando, debemos tener claro que el principio de Interés Superior del Niño, el derecho a la identidad, el principio de Igualdad ante la Ley y el derecho a la vida familiar y la intimidad, son pilares fundamentales en el desarrollo sano de cualquier persona que anhele proyectarse de manera integral y efectiva en el mundo civil. Sin embargo, muchas veces el derecho no alcanza a reconocer determinadas realidades, dejando en desamparo jurídico a grupos de personas que se han visto históricamente marginados. Como hemos venido señalando hasta ahora, el Derecho de Familia, ha tenido una larga evolución a este respecto. Evolución que no tiene un límite definido, por lo cual constantemente esta rama del Derecho Civil asume nuevas direcciones o giros radicales, como ha ocurrido con el concepto de familia, para venir a recoger y resolver situaciones problemáticas que se encuentran sin respuesta.

Cuando dos o más principios entran en colisión, es necesario realizar un ejercicio de ponderación, con el objeto de determinar una solución que considere todas las directrices en pugna y que se adecúe a los fines del ordenamiento jurídico en la materia. Si no fuese posible

alcanzar esta solución, necesariamente habrá que determinar cuál de los intereses de igual rango tiene mayor relevancia en el caso concreto, lo que es tarea de los tribunales.

Existen distintas teorías que pretenden otorgar mayor certeza al resultado de este ejercicio judicial, desarrollando métodos racionales que conduzcan a una regla aplicable a otros supuestos de idéntica colisión de derechos fundamentales. Uno de los métodos más usados es el principio de la proporcionalidad, que implica interpretar los derechos fundamentales como principios y no simplemente como reglas, de tal forma que operen con la mayor amplitud posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas<sup>49</sup>.

Es bajo esta ponderación, que nuestros jueces se ven obligados a poner bajo la balanza, todos los factores que han sido analizados a lo largo de este trabajo, es decir: El hecho de que la filiación es un fenómeno jurídico, que se basa en una realidad social, dicha realidad ha evolucionado, desde el paradigma binario, el cual fuere un absoluto en épocas anteriores; Que dicho vínculo jurídico, trae aparejado una serie de destacados derechos patrimoniales y extrapatrimoniales: Que la normativa nacional, apunta en la dirección de invisibilizar, la realidad de que existen familias compuestas por mujeres lesbianas y sus hijos o hijas nacidos producto de TRA, siendo el paradigma de esta omisión el artículo 182 del Código Civil; El interés superior del niño, el cual debiera ser una consideración primordial, atendido que la negativa a reconocer el vínculo entre la madre que no participó del parto y su hija o hijo, implica la negación al niño o niña de destacados derechos; El principio de igualdad, desde el punto de vista del niño o niña,

---

<sup>49</sup>Gómez de la Torre, M. (2017) *Sistema Filiativo – Filiación biológica*. Valencia: Tirant lo blanch. P. 52.

en especial a lo que se refiere a que no haya distinción alguna, producto de su condición o la de sus padres <sup>50</sup>; además de lo propio respecto a derecho a la identidad, derecho a la intimidad y a la vida familiar, principios que igualmente se ven afectados y deben participar de la ponderación hecha por la judicatura, cuando es llamada a pronunciarse.

Teniendo las cartas sobre la mesa, nos disponemos a realizar un análisis de las sentencias más destacadas en la materia.

---

<sup>50</sup>Declaración de los Derechos del niño (1959). Principio N° 1

## 7 ANALISIS DE SENTENCIAS

### 7.1 Causa Rol 223-2011. Juzgado de Letras de los Lagos

La sentencia en comento cobra real importancia en nuestro trabajo, debido a que es la única en nuestro país que abre la puerta a la inscripción de un hijo con dos madres, es decir, a la doble maternidad. Dicha sentencia emana del juzgado de Letras y Familia de los Lagos, en juicio declarativo, no contencioso. El reconocimiento otorgado, se confirió en virtud del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales y alegando la posesión notoria de la calidad de hijo, en virtud de los artículos 200 y 201 del Código Civil. Pero, sin duda alguna, esta sentencia destaca en el ámbito nacional por sus múltiples particulares y requiere ser reseñada para una mejor comprensión del caso, toda vez que alteró la estructura que se tiene en nuestro país sobre la filiación, al aceptar la existencia de que una persona, tenga un vínculo filial con dos madres distintas.

La cultura mapuche, posee notables singularidades con respecto a nuestra cultura, por lo cual no se pueden dejar pasar estas diferencias al momento de hacer un análisis de esta sentencia. En el caso que se comenta, hay que considerar que la poligamia es una realidad aceptada en la cultura mapuche, en dicha etnia, era normal que el esposo, tomara además de su mujer, a la hermana de esta, con la finalidad de criar a los hijos que hubieren nacido de esta unión como propios.

En el caso particular, don Luis Rolando Lefillanca Antillanca y sus hermanos solicitan que se reconozca la posesión notoria de calidad de hijo con respecto a su madre de crianza, Julia Antillanca Llanca-pichun. Según los hechos expuestos en la demanda don José Segundo Lefillanca Raniqueo contrajo matrimonio ante el Registro Civil con doña Julia Antillanca Llanca-puchun, a su vez, contrajo matrimonio por la Iglesia Católica con doña Basilia Antillanca Llanca-pichun, hermana de la primera, desde el nacimiento el solicitante alega que él y sus hermanos fueron reconocidos siempre, como hecho público y notorio como hijos de doña Julia Antillanca Llanca-pichun, a pesar de ser biológicamente hijos de doña Basilia Antillanca Llanca-pichun.

Para fundamentar su acción, se basan en el reconocimiento que otorga el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales, de los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales de los pueblos originarios, en este caso particular, la poligamia, y como esta forma de familia es una realidad en la cultura mapuche. En palabras del tribunal:

*“del mérito de los antecedentes presentados el tribunal tiene por acreditado, en razón de la costumbre del pueblo mapuche, que es un hecho público y notorio que la poligamia era una realidad aceptada, especialmente tomar una segunda esposa hermana de la primera”.*<sup>51</sup>

En virtud de dichos argumentos el tribunal ordena:

---

<sup>51</sup>Juzgado de Letras y Familia de Los Lagos, Sentencia de 28 de septiembre de 2012, RIT V-223-2011

*“Que se hace lugar a lo solicitado y se reconoce judicialmente a los hermanos Lefillanca Antillanca, la posesión notoria del estado civil de hijos respecto de doña Julia Antillanca Llancaapichun, de manera que deben corregirse sus respectivas actas y certificados de nacimiento en orden a dejar constancia que todos ellos tienen dos madres, la señora mencionada en base a su cultura y crianza, sin perjuicio de su madre biológica, hermana de la anterior, doña Basilia Antillanca Llancaapichun”*

La citada resolución no ha dejado indiferente a la opinión pública:

*“Por lo anterior, es perturbadora y contraria a todo derecho la sentencia ejecutoriada del juez titular del Juzgado de Letras de Los Lagos”<sup>52</sup>*

Como refiere la autora de dicha publicación, el artículo 183 de nuestro Código Civil, versa:

*“la maternidad queda determinada legalmente por el parto...”*

Razón por la cual la filiación de los hermanos Lefillanca Antillanca, ya estaba determinada legalmente, y para modificarla conforme a la ley, es necesario, ejercer conjuntamente las

---

<sup>52</sup>Rodríguez Pinto, María Sara (2014) *Maternidad y poligamia: madre hay una sola*, disponible en el Mercurio Legal, 20 de octubre de 2014

acciones de impugnación y reclamación de filiación, como establece el artículo 208<sup>53</sup> del mismo cuerpo legal.

Cualquier otra forma de determinar la filiación es contraria a derecho público chileno, según el artículo 1462 de nuestro Código Civil.<sup>54</sup>

Además, resulta curioso, que el padre de dichos hermanos haya acudido en primer término al registro civil, y en segunda instancia a la iglesia católica para concretar su vínculo conyugal con dos mujeres distintas, y que luego sus hijos alegarán la doble maternidad en razón de su pertenencia a la cultura mapuche, siendo el matrimonio ante el registro civil y la iglesia católica, una institución antagónica a su cultura y tradición, en palabras de la profesora Maricruz Gómez de la Torre “ *Creo, entonces errónea la interpretación del tribunal de Letras y de Familia, porque sólo procedería aplicar la costumbre mapuche si amabas madres y su marido hubieran convivido conforme a la tradición y nunca se hubieran casado ni civil ni religiosamente, como ocurre en la especie*”<sup>55</sup>.

Por último, es necesario destacar que la posesión notoria de la calidad de hijo no es una acción independiente, como explicaremos más adelante, sin embargo, esta sentencia se fundamenta

---

<sup>53</sup>Art 208 Código Civil “Si estuviese determinada la filiación de una persona y quisiera reclamarse otra distinta, deberán ejercerse simultáneamente las acciones de impugnación de la filiación existente y reclamación de la nueva filiación. En este caso, no regirán para la acción de impugnación los plazos señalados en el párrafo 3° de este Título”

<sup>54</sup>Art 1462 Código Civil “Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público chileno. Así la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, es nula por el vicio del objeto”

<sup>55</sup>Gómez de Latorre, M. (2017) Sistema Filiativo – Filiación biológica. Valencia: Tirant lo blanch. P. 150.

en la aplicación del artículo 4° de la ley 19.253<sup>56</sup>, el cual establece que la posesión notoria de la calidad de hijo servirá como título suficiente para constituir en favor de los indígenas, iguales derechos y obligaciones, a los emanados de la filiación legítima y el matrimonio civil.

A pesar de lo particular del fallo, es notable destacar que, en definitiva, en nuestro país ha sido posible determinar la doble maternidad.

## 7.2 Causa ROL 74.926-2017 Recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

Este fue el primer caso en que nuestros tribunales de justicia trataron la temática de la doble maternidad a propósito de un recurso de protección interpuesto por convivientes mujeres, que se sometieron a técnicas de reproducción medicamente asistida. Dicho recurso se interpone a propósito de la discriminación alegada por las recurrentes, puesto que, al momento inscribir a su hija en el Registro Civil, dicho organismo rechazó la inscripción en aplicación de las normas correspondientes: artículo 31 n°4 de la ley 4.808; artículos N°1 y 5 del Reglamento Orgánico del Registro Civil; y 183 del Código Civil.

El razonamiento de la Corte queda de manifiesto en los siguientes considerandos:

---

<sup>56</sup>Artículo 4° de la Ley N ° 19.253 “Para todos los efectos legales, la posesión notoria del estado civil de padre, madre, cónyuge o hijo se considerará como título suficiente para constituir en favor de los indígenas los mismos derechos y obligaciones que, conforme a las leyes comunes, emanen de la filiación legítima y del matrimonio civil. Para acreditarla bastará la información testimonial de parientes o vecinos, que podrá rendirse en cualquier gestión judicial, o un informe de la Corporación suscrito por el director”

*“NOVENO” Que las normas sobre estado civil vigentes en nuestra legislación nacional son de orden público, de manera que no puede disponerse por voluntad de las personas ni tampoco puede existir una interpretación extensiva de ellas.<sup>57</sup>*

*“DECIMO” Que, dicho de otro modo, de ellas es posible advertir, en especial de los artículos 182, 183, 186, 187, 188, y 189 del Código Civil, que un individuo no puede tener más de un padre o de una madre. Y para impugnar dicha calidad es menester recurrir a las acciones de impugnación de maternidad o paternidad, respectivamente que contempla el citado cuerpo legal.<sup>58</sup>*

Como ya hemos visto, para alterar la filiación determinada es necesario oponer las acciones de impugnación y reclamación conjuntamente según el artículo 208 del Código Civil, las normas que se refieren a la filiación son de derecho público y por ende indisponibles por las partes. La sentencia en comento fue confirmada por la Corte Suprema.

Benítez Pirano Dinka, se opone al referido razonamiento, al alegar que:

*” las normas sobre estado civil no resuelven el caso sometido a conocimiento de la judicatura, pese a lo cual soportan una interpretación conforme a la equidad, una persona si puede tener*

---

<sup>57</sup>Considerando 9°, sentencia ROL 74.926-2017 *Recurso de protección* ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

<sup>58</sup>Considerando 10°, sentencia ROL 74.926-2017 *Recurso de protección* ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

*más de una padre o madre, y en el caso no proceden las acciones de impugnación, dada la pretensión legítima de los recurrentes.*<sup>59</sup>

En el entendido que las normas sobre filiación no aplicarían al caso en comento, pues el artículo 182 del Código Civil, solo haría referencia a la hipótesis de un hombre y una mujer que se someten a las comentadas técnicas de reproducción humana y no a dos mujeres o dos hombres. Dicha omisión derivaría en la necesidad de aplicar una interpretación en torno al principio de equidad, en base al artículo 170 n ° 5 del Código de Procedimiento Civil<sup>60</sup>, y artículo 76 inciso segundo de la Constitución Chilena.<sup>61</sup>

Una perspectiva ingeniosa, que en el siguiente año se ha visto plasmada en un voto de minoría, en la Corte de Apelaciones de Valparaíso, el cual analizaremos en el siguiente apartado.

Consideramos importante destacar que, en este tipo de hipótesis, la persona más afectada no está entre las recurrentes, sino que es aquel niño o niña que carecerá de la posibilidad de mantener un vínculo filial, con una de sus madres, lo cual desde el punto de vista del derecho patrimonial y de familia, es de suma importancia

---

<sup>59</sup>Benítez Piraino, Dinka (2018)*Filiación y mujeres Lesbianas* Rubicón.

<sup>60</sup>Art 170 Código de Procedimiento Civil “ Las sentencias definitivas de primera o de única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de otros tribunales, contendrán: N°5 La enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo.”

<sup>61</sup>Art 76 inciso 2° Constitución Política de la Republica “Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva su contienda o asunto sometidos a su decisión”

Deliberadamente se hace caso omiso al mandato consagrado en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños<sup>62</sup>, en cuanto a que los tribunales mantendrán como consideración primordial, el principio del interés superior del niño. No siendo en este caso, siquiera una consideración.

### 7.3 Causa ROL 3.335-2018 Recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso

El recurso de protección se presenta en razón de la vulneración que experimentan las recurrentes, por el hecho de no poder inscribir en la partida de nacimiento de su hija Martina a sus dos madres. Alegan que producto de la negativa del Registro Civil a realizar la inscripción, se estarían vulnerando los derechos contemplados en los artículos 19 N°1,2 y 4 de la Constitución Política de la República.

Las recurrentes Mayra Opazo y Constanza Monsalves, suscribieron un acuerdo de unión civil el año 2014, luego producto de un procedimiento de inseminación artificial, lograron concebir a su hija Martina en el mes de abril del año 2017, ocupando ambas en la actualidad el rol de madre en su vida familiar.

La Corte por su parte señala en sus considerandos sexto y séptimo, las normas del Código Civil atingentes al caso, el artículo 183 es claro al establecer que la maternidad queda determinada

---

<sup>62</sup>Art 3° inciso primero de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños“*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño*”

por el parto<sup>63</sup>, y el artículo 182, se refiere a como queda determinada la filiación en casos de fertilización asistida, siendo padre y madre del niño o niña nacido producto de estas técnicas, el hombre y la mujer que se sometieron al procedimiento<sup>64</sup>.

Es a propósito de estas normas, y además de las pertinentes contenidas a nivel reglamentario<sup>65</sup>, que la Corte determina que la inscripción de Martina está de acuerdo a derecho, pues nuestra legislación, no contempla la posibilidad de una doble filiación materna. Zanjando la problemática en su considerando noveno, al establecer que la actuación del Registro Civil no es ni arbitraria ni ilegal.

No es arbitraria, pues la legislación no contempla la posibilidad de inscribir a dos mujeres como madres de una persona y, en segundo lugar, no es ilegal pues el Registro Civil ha aplicado al pie de la letra las normas correspondientes.

A pesar de esto la Corte admite, que las recurrentes y su hija si conforman una familia, y que la imposibilidad de inscribirlas a ambas como madres, se debe al retraso a la hora de legislar situaciones que no se han contemplado de manera previa.<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup>Art. 183, Código Civil “La maternidad queda determinada legalmente por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil.  
En los demás casos la maternidad se determina por reconocimiento o sentencia firme en juicio de filiación, según lo disponen los artículos siguientes.

<sup>64</sup>Art. 182, 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.

<sup>65</sup>Art. 31 N ° 4 de la Ley N °4.808, artículo 113 N°1 y 5 del DFL N ° 2.128

<sup>66</sup>Considerando 9°

Lo interesante de esta sentencia, es el voto en contra de la ministra Silvana Donoso Ocampo, quien fue de la opinión de acoger el recurso, en los siguientes términos:

En primer lugar, que las normas esgrimidas por la parte recurrida para fundamentar su actuación no tendrían el sustento necesario, por un lado, algunas no se encontrarían vigentes, pues refieren a la arcaica distinción entre hijos legítimos e ilegítimos<sup>67</sup>, y por otro, ninguna tendría una prohibición explícita de inscribir a dos mujeres como madres de un niño o niña<sup>68</sup>, y como en su época de creación, no existían técnicas de reproducción humana asistida, tampoco era posible que dichas normas contemplaran la posibilidad de dos madres o dos padres.

Que, en la opinión del voto disidente de la sentencia en comento, la norma que resuelve el asunto es el artículo 183, inciso segundo del Código Civil, el cual versa:

*“En los demás casos la maternidad se determina por reconocimiento o sentencia firme en juicio de filiación, según lo disponen los artículos siguientes”.*

Que este precepto interpretado armónicamente con los artículos 186, 187, 188, del mismo cuerpo legal, resolverían el asunto al permitir la filiación de una segunda madre con un niño o niña, a través del reconocimiento.

---

<sup>67</sup>Art 31 N ° 4 de la Ley 4.808

<sup>68</sup>DFL N ° 2.128 Reglamento Orgánico de Registro Civil, en particular, los numerales 1 y 5 artículo 113

Dicha interpretación, es sustentada en base al artículo primero de la Constitución Política de la República<sup>69</sup>; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 16.3<sup>70</sup>; Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 23.1<sup>71</sup>; Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su artículo 10.1<sup>72</sup>; La Convención de Derechos del Niño, en su preámbulo<sup>73</sup>; y por último la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 17.1.<sup>74</sup>

Postulando que, en los hechos, estaríamos en presencia de una discriminación arbitraria, a propósito de la posición hegemónica que tendría una pareja compuesta por un hombre y una mujer, en desmedro de las parejas homoparentales. Las cuales se ven imposibilitadas de mantener un vínculo filial pleno con sus hijos.

El considerando 19° del voto de minoría, es claro en este sentido:

*“Que, al impedir que una familia homoparental se yerga como familia de una niña que fue gestada mediando inseminación artificial, respecto de la cual, desde luego, nunca habrá un padre que reclame tal calidad, deviene en incumplimiento de las normas internacionales puesto*

---

<sup>69</sup>Art 1° Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.”

<sup>70</sup>“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”

<sup>71</sup> “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”

<sup>72</sup>“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posible, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y educación de los hijos a su cargo”

<sup>73</sup>“la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”. Añade “el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”; En el art. 8 de la misma convención, se dispone “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”

<sup>74</sup>“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”

*que le estamos negando la posibilidad de preservar su identidad en tanto mediante un reproche jurídico, no aceptamos esta forma de familia y, en consecuencia, dañamos los atributos de su persona”*

El voto de minoría igualmente hace presente la necesidad de referirse al principio integrador de derecho de la equidad<sup>75</sup>, como herramienta necesaria, en este caso. Atendido que la realidad actual, no se condice con la época en la cual, las normas por las cuales pretende resolver el conflicto fueron creadas.

En definitiva, la pregunta crucial aquí es, ¿cuál es el sentido o fin de la interpretación normativa que prohíbe la doble filiación materna?, sabemos que no existe una norma que zanje el caso y que sea clara en su redacción. Si tenemos en cuenta, que jamás habrá un padre que reclame dicha calidad, cual es el sentido de negar la relación madre e hija a nivel jurídico, sobre todo cuando aceptarla, conlleva múltiples ventajas para dicho niño o niña y existe una multiplicidad de normas y principios consagrados a nivel internacional que apuntan en la dirección de otorgar el estatus de madre a ambas mujeres. ¿realmente no es un acto discriminatorio o arbitrario?

---

<sup>75</sup>Considerando 23°

## 8 REGULACIÓN A NIVEL COMPARADO EN TORNO A LA DOBLE MATERNIDAD

### 8.1 MÉXICO

La Constitución mexicana a través de su artículo 4<sup>o</sup><sup>76</sup> garantiza todo individuo la libertad de planificar la familia, comprendiendo dicha garantía tanto la libertad para procrear como de abstenerse de hacerlo. Así se plantea la separación entre sexualidad y procreación consagrando constitucionalmente la decisión de reproducirse o no. Con todo, y según opinión de la doctrina mexicana en la materia, el ejercicio efectivo de estos derechos no se encuentra adecuadamente tutelado ni protegido cuando hablamos de parejas, casadas o en concubinato, del mismo sexo.

Así, México no tiene una realidad muy distinta de la chilena en lo relativo al reconocimiento y regulación de la doble maternidad, y lo anterior, pese a que las parejas del mismo sexo pueden contraer matrimonio y tiene derecho a adoptar (cuestión que no es posible en Chile). De acuerdo con su legislación, si una pareja de mujeres decide utilizar una técnica de reproducción humana asistida (TRA), en el ejercicio de su derecho a la procreación, sometiéndose una de ellas a llevar a cabo el proceso gestacional y da a luz, sólo ella sería reputada madre. Otorgándole de esta manera la maternidad a la mujer que parió, en exacto cumplimiento al principio pauliano *mater semper certa est* también recogido por nuestra legislación. De esta manera la madre no gestante o de intención no tendría, a luz del ordenamiento jurídico

---

<sup>76</sup>Artículo 4 inciso segundo de la Constitución mexicana: “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.”

mexicano, ningún vínculo filiativo con el nacido o a lo menos, no habría como determinarlo por el vacío legal en la materia.

“En estricto apego al sistema jurídico mexicano vigente, la filiación sigue el juego de la presunciones provenientes del derecho romano *“paterisest”* recogido por el código de Napoleón. Éste atribuye la paternidad de la descendencia al marido de la esposa que da a luz. Sin embargo, hoy hablamos de matrimonio entre dos mujeres, donde no hay padre. Desde luego, se determina la madre, cuyo concepto acuñó Paulo. Pero qué pasa con la otra cónyuge, quien de acuerdo con esa presunción otorga la paternidad al marido de la cónyuge, pero es el caso que aquí no hay marido a quien atribuir la paternidad. Por el contrario, se trata de otra mujer”<sup>77</sup>

Lo anterior no sólo limita que este modelo de familia decida ejercer su derecho a la procreación a través de los métodos de reproducción asistida, sino que ocasiona múltiples problemas derivados de la imposibilidad de atribuir la maternidad a ese niño o niña que nace respecto de la madre que no lo ha dado a luz, lo que es grave y vulneratorio, no tan sólo de los derechos de la madre que no lo ha parido, sino también de los del menor.

---

<sup>77</sup>Guzmán Ávalos, Aníbal. (2017). *La doble maternidad y la doble paternidad*. Revista IUS, 11(39)

## 8.2 ESPAÑA

Desde 2007 se admitió expresamente la posibilidad de determinar la doble maternidad respecto de dos mujeres casadas a propósito de la Disposición Adicional 1ª de la Ley 3/2007 de 15 de marzo, la cual modificó la ley de TRA.<sup>78</sup> El cual establece:

*“Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su conyuge”*

Previo a dicha disposición, la solución adoptada por las parejas de mujeres que se sometieron a TRA, consistía en que la madre no biológica, adoptase al niño o niña, determinando así la filiación a su favor.

## 8.3 ARGENTINA

Desde el 1 de agosto de 2015, se promulgó el nuevo Código Civil argentino. La primera norma importante, es el artículo 558 de dicho código, pues en él se establecen 3 tipos de filiación, por naturaleza, por adopción plena y por técnicas de reproducción humana asistida<sup>79</sup>, haciendo

---

<sup>78</sup>España, Ley 3, 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Boletín Oficial del Estado: A-2007- 5585

<sup>79</sup>Art 558, Código Civil Argentino “La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción.

La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.

hincapié en su inciso tercero, en que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales. Una solución legislativa interesante, con relación a la problemática producida en nuestro país producto de la obligación de interponer las acciones de impugnación y reclamación de paternidad o maternidad conjuntamente. Solo será necesario impugnar, en aquellos casos en que se pretendan un vínculo filial distinto, además de los dos vínculos que ya estuvieren determinados con anterioridad.

En cuanto a la posibilidad de la doble maternidad, producto de técnicas de reproducción humana asistida en la legislación trasandina, la norma clave es el artículo 562 del Código Civil Argentino:

*“Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscrito en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”<sup>80</sup>*

Zanjando así la problemática de la doble maternidad, en relación a las técnicas de reproducción humana asistida en dicho país, al permitirla expresamente.

---

Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

<sup>80</sup>Art 562, Código Civil Argentino.

## 9 INSTITUCIONES VINCULADAS A LA DOBLE FILIACIÓN MATERNA Y SOLUCIONES TENTATIVAS PARA RECONOCER LA FIGURA DE LA DOBLE MATERNIDAD

### 9.1 Presunción legal de paternidad

Como observamos, a propósito del principio de igualdad, el artículo 1° de la ley 19.947<sup>81</sup>, se reconoce que existen familias constituidas sin su base en el matrimonio, legitimando la existencia de familias diversas, a las constituidas por una relación heterosexual.

Producto de la necesidad de amparar y reglamentar aquellos vínculos afectivos fundados en convivencias no matrimoniales, se promulga, en el año 2015, la Ley N°20.830, que regula el acuerdo de unión civil. Este, sin perjuicio de ser un avance significativo en el reconocimiento legal y social de parejas de igual sexo, en términos filiativos ha dejado una gran deuda, ya que hay sólo dos artículos al respecto. El artículo 21 y el artículo 45. El primero de ellos refiere a la presunción de paternidad y el segundo, otorga derechos al conviviente civil en materia de cuidado personal del hijo de su pareja en casos específicos, modificando así el artículo 226 del Código Civil. Lo que hace que se haya desconocido por nuestro legislador el hecho que muchas parejas diversas a las heterosexuales, celebran acuerdos de unión civil y tienen hijos o hijas.

---

<sup>81</sup>Art 1 inciso primero, Ley 19.947 “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia.”

En relación al primero de los artículos mencionados, artículo 21 de la ley, y como ya lo adelantamos, este refiere a la presunción de paternidad no matrimonial, dicho artículo dispone que *“para efectos de la presunción de paternidad, en caso de convivientes civiles de distinto sexo se estará a las normas que la regulan, en el artículo 184 del Código Civil”*. Por su parte, el artículo 184 del Código Civil establece que *“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”*.

En definitiva, se presumirán hijos del conviviente civil varón, los hijos nacidos de su mujer conviviente civil, después de la celebración del acuerdo de unión civil y hasta lo trescientos días siguientes a su expiración. En el matrimonio, la presunción *paterisest* es de toda lógica, pues del contrato matrimonial emanan, entre otros, los deberes de cohabitación y fidelidad entre los cónyuges. Deberes no contemplados dentro del acuerdo de unión civil (AUC) para los convivientes civiles y que le ha valido duras críticas, en términos de técnica legislativa, a nuestro legislador, pues hace que se pierda la coherencia sostenida por el Código Civil.<sup>82</sup>

Desde este punto de vista, una solución al problema suscitado a propósito de la doble maternidad sería extender la presunción del artículo 21 de la Ley a las parejas lesboparentales, a propósito de las TRA. Con lo cual la filiación del niño o niña nacido producto de estas técnicas, quedaría determinada respecto de una madre por el parto y respecto de la otra por la referida presunción, siempre que exista un acuerdo de unión civil entre ellas.

---

<sup>82</sup>Gómez de la Torre, M. (2019) *La doble maternidad*. Jornadas de Derecho de Familia. Editorial Thomson, Reuters (en prensa) P. 9.

## 9.2 Posesión notoria del estado civil de hijo

La posesión notoria del estado Civil de hijo o hija “constituye una especie de reconocimiento de hecho o social de paternidad o maternidad. Tiene lugar cuando al hijo o hija se le nombra, trata y conoce como tal, durante un tiempo prolongado. Puede que biológica o genéticamente no lo sea, pero socialmente lo aparenta”<sup>83</sup>. Así, su regulación hace referencia a la determinación de la filiación por la constatación de una situación sociológica y no biológica, lo que es excepcional en nuestro sistema filiativo<sup>84</sup>.

La Posesión Notoria de hijo o hija, es una institución de carácter universal<sup>85</sup> que, en nuestro sistema normativo, se encuentra regulada en el Título VIII del Libro I del Código Civil, artículos 200 y 201. Donde el primero de ellos, en su inciso segundo, señala que consiste “*en que su padre, madre o ambos le hayan tratado como hijo, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándolo en ese carácter a sus deudos y amigos; y que éstos y el vecindario de su domicilio, en general, le hayan reputado y reconocido como tal.*” Por tanto, es una situación de hecho que, independiente de su coincidencia con la realidad biológica, determinará el goce y estado civil de hijo a través del nombre, trato y presentación ante la sociedad como tal. Así no se requiere acreditar el vínculo sanguíneo para su constitución. Además de lo anterior, se estima que es de carácter irrevocable, lo que se extrae del hecho que

---

<sup>83</sup> Gómez de Latorre, M. (2017) *Sistema Filiativo – Filiación biológica*. Valencia: Tirant lo blanch.

<sup>84</sup> Veloso Valenzuela (1999), p. 78.

<sup>85</sup> Gómez de Latorre, M. (2017) *Sistema Filiativo – Filiación biológica*. Valencia: Tirant lo blanch

los actos constitutivos de dicha institución no se pueden deshacer. Como expresa López del Carril: “*los actos constitutivos de la posesión de estado tienen un carácter irreversible y definitivo, pues que el que haya ejercido los actos de posesión de estado en el carácter de padre y/o madre ha dado a esos actos efectos permanentes y perennes e indelegables, que se consolidan a través del tiempo, y que el otorgante aunque interrumpa la comisión de esos actos no podrán aniquilarlos*”<sup>86</sup>

Del concepto entregado por el artículo 200, inciso segundo, podemos desprender los siguientes elementos:

### **1.- Nombre**

Individualización de una persona como perteneciente a una determinada familia dentro de la sociedad. Alude no necesariamente al nombre oficial, sino social, como señala el autor Gandulfo<sup>87</sup>. El código señala “presentándolo en ese carácter – de hijo- a sus deudos y amigos”.

### **2.- Trato**

Representado “En que su padre, madre o ambos le hayan tratado como hijo, proveyendo a su educación y establecimiento de modo competente.”<sup>88</sup>. Por lo que podemos entenderlo como

---

<sup>86</sup>López del Carril, Julio. (1987). “*La filiación y la ley 23.264*”. Buenos Aires, Argentina. Editorial. Abeledo Perrot. pp. 284 y 285, cit. por FAMA, María Victoria (2011) p. 450.

<sup>87</sup>Gandulfo, E. (2007). *Reconocimiento de paternidad: tópicos y cuestiones civiles*. *Revista Chilena de Derecho*, 34(2), pp. 201-250. Recuperado de <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v34n2/art02.pdf>

<sup>88</sup>Artículo 200, inciso segundo, del Código Civil.

aquellas actitudes propias de un padre o madre hacia su hijo que, en forma constante, tiene hacia otra persona, siendo ejemplo de ello el que le provea para su educación, salud, vestimenta, entre otros.

### **3.- Fama**

Se manifiesta por la frase entregada por el concepto legal “(...) presentándolo en ese carácter a sus deudos y amigos; y que éstos y el vecindario de su domicilio, en general, le hayan reputado y reconocido como tal (...)”, siendo entendido como “la opinión pública en el contexto social en que se desenvuelva el hijo o el padre o madre y que reconocen la relación como filial”<sup>89</sup>, es decir, que la sociedad reconozca y valide socialmente la relación filial entre padre e hijo.

### **4.- Duración de la posesión notoria de calidad de Hijo**

Adicional a los elementos anteriores descritos, se requieren que dichos actos que manifiestan una relación filial sea duradera y continua en el tiempo, como señal de seriedad a la institución. Respecto del tiempo, el Código Civil<sup>90</sup> establece el plazo de a lo menos cinco años continuos.

### **5. Testimonios, antecedentes o circunstancias fidedignas que establezcan de un modo irrefragable**

Para precaver ciertos abusos que se pudieran dar con la institución, este requisito exige que se acredite con pruebas de calidad – un conjunto de ellas- el cumplimiento de los elementos constitutivos de la posesión notoria de hijo o hija, los cuales den testimonio de lo que asevera

---

<sup>89</sup>Corte de Apelaciones de Arica. Recurso de apelación. Causa Rol 144-2012 Considerando 5°

<sup>90</sup>Artículo 200, inciso primero, del Código Civil.

quien intenta acreditar el vínculo. Lo anterior, de acuerdo al artículo 200 inciso primero del Código Civil.<sup>91</sup>

Por otra parte, la doctrina ha discutido latamente sobre su naturaleza o función, esto es, si correspondería a una acción de filiación, a un medio de prueba que acredita la misma o bien, una premisa fáctica del ejercicio de la primera.<sup>92</sup> Según Susana Espada, haciendo suyas las palabras de Verdugo Toro, de concebirla en este último término “(...) *se podría ejercitar en su virtud la acción de filiación ordinaria y no entender que solo puede ser una excepción como defensa ante una demanda que busca impugnar una filiación determinada legalmente*”<sup>93</sup>.

Con todo, nuestra Corte Suprema ha estimado que la posesión notoria es un medio de prueba para acreditar en juicio la filiación de una persona. Ha dicho que “*correspondería entender la posesión notoria en materia de filiación como el goce y ejercicio de un estado civil determinado en su manifestación de los hechos unida a un título legal formal, independiente de la existencia de un hecho biológico, la que en todo caso no da o genera un estado, sino sirve para probarlo, pues no es una acción sino un medio de prueba de filiación (...)*”. Esto, por la relación de los artículos que la regulan y su ubicación en el código.<sup>94</sup> Así, la posesión notoria no es una acción que pueda ser ejercida de manera independiente a un juicio de filiación, sino que

---

<sup>91</sup>Tobar Olivari, Valeria (2016). *Posesión Notoria del Estado Civil de Hijo: Tratamiento en el derecho Civil y Comparado*. Memoria para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. P. 50-53.

<sup>92</sup>Susana Espada Mallorquín (2016). *La filiación indígena por posesión notoria de estado civil de hijo*. Corte Suprema, 15 de septiembre de 2016, rol 20175-2015. Revista Chilena de Derecho Privado, N°27, pp 286-288.

<sup>93</sup>Susana Espada Mallorquín (2016). *La filiación indígena por posesión notoria de estado civil de hijo*. Corte Suprema, 15 de septiembre de 2016, rol 20175-2015. Revista Chilena de Derecho Privado, N°27, pp 286-288.

<sup>94</sup> La posesión notoria del estado civil de hijo se regula en los artículos 200 y 201, del Código Civil, con posterioridad a las normas que regulan las pruebas en materia de filiación, en el artículo 198 y la prueba pericial biológica, en los artículos siguientes.

necesariamente debe ir supeditada a uno, ya sea como medio de prueba para acreditar la pretensión o bien, como excepción a la hora de oponerse a la parte contraria que busca impugnar una filiación determinada. En igual sentido se expresa la Corte Suprema, en Sentencia Rol N° 8422-2015, al pronunciarse respecto de un recurso de casación en el fondo interpuesto por infracción de ley, al señalar, en su considerando 6°: “Que los jueces determinaron para confirmar la resolución recurrida que la posesión notoria del estado civil ‘no puede ser concebida como una acción en sí misma, ni menos en un procedimiento voluntario o no contencioso, ya que forma parte del contexto de una acción de filiación, que debe dirigirse contra legítimo contradictor’. Ello, además de estimar que ‘los tribunales de familia sólo pueden actuar dentro de la órbita de competencia, la que está claramente delimitada en el artículo 8° de la ley 19.968, disposición que en caso alguno contempla una acción de esta naturaleza’, rechazando en consecuencia la apelación, toda vez que el juez actuó conforme a la facultad que le concede el inciso 3° del artículo 54-1 de la ley 19.968.” Rechazando así el recurso deducido por la solicitante contra la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago.

Con todo, cabe hacer mención al voto de minoría de los Ministros Sr. Blanco y Sra. Muñoz, quienes fueron de la opinión de acoger el recurso, por haberse infringido el artículo 54 inciso primero de la ley de Tribunales de familia, norma que excluye, al regular el control de admisibilidad de las demandas en materia de familia, rechazar de plano una demanda que aparezca como manifiestamente improcedente si es de aquellas que dicen relación con las acciones de filiación o con la constitución o modificación del estado civil de las personas. Sosteniendo que, en la especie, la acción interpuesta por la recurrente, y que tiene por objeto

establecer la calidad de hija de una niña respecto de quien ejerce la condición de madre, se enmarca dentro de las materias respecto de las cuales el mencionado artículo ha proscrito de declaración de admisibilidad de plano.

Pese a lo anterior, el artículo 4 de la ley indígena N° 19.253 dispone; “Para todos los efectos legales, la posesión notoria del estado civil de padre, madre, cónyuge o hijo se considerará como título suficiente para constituir en favor de los indígenas los mismos derechos y obligaciones que, conforme a las leyes comunes, emanen de la filiación legítima y del matrimonio civil. Para acreditarla bastará la información testimonial de parientes o vecinos, que podrá rendirse en cualquier gestión judicial, o un informe de la Corporación suscrito por el Director”.

*“Mientras que la regla general es considerar la posesión notoria del estado civil de hijo como como medio de prueba que le sirve al juez para tener por suficientemente acreditado una filiación controvertida, en virtud de la legislación indígena, la posesión notoria, es un título que reconoce la existencia de un estado civil ya adquirido conforme a la costumbre de los pueblos originarios (...)”*<sup>95</sup>. Lo que ha sido expresado por la Corte Suprema en sentencia de 15 de septiembre de 2016, en causa Rol N° 20175-2016, la cual en virtud de dicho pronunciamiento, ordena dar aplicación preferente a normativa indígena, en el caso en particular, por sobre las normas del Código Civil en la materia.

En virtud de lo anteriormente expuesto, así como lo señalado a propósito del análisis de la sentencia pronunciada por el tribunal de Familia de los Lagos junto con una interpretación

---

<sup>95</sup>Susana Espada Mallorquín (2016). *La filiación indígena por posesión notoria de estado civil de hijo*. Corte Suprema, 15 de septiembre de 2016, rol 20175-2015. Revista Chilena de Derecho Privado, N°27, pp 287.

armónica del Código Civil, y pese a surgir como alternativa o mecanismo para que se reconozca el vínculo de la doble maternidad, no es posible aplicar esta institución con dichos fines. Básicamente por no ser una acción independiente, sino que necesariamente supeditada a un juicio de filiación. Ya sea como medio de prueba, para acreditar la pretensión o bien, como una excepción a la hora de querer desestimar la pretensión contraria, en el caso en el que se haya demandado de impugnación de filiación, y se cumplan con los requisitos necesarios.<sup>96</sup> Lo que se desprende de una interpretación armónica dada a las normas del Código Civil, teniendo en cuenta lo establecido por el artículo 309 inciso segundo, el cual establece que a falta de instrumentos auténticos, el estado de padre, madre o hijo deberá probarse en el correspondiente juicio de filiación en la forma y con los medios previstos en el Título VIII, en el que se enmarcan las normas antes referidas sobre las pruebas en materia de filiación, la prueba pericial biológica y la posesión notoria de la calidad de hijo.

### 9.3 Adopción

El Código Civil no regula esta materia, dejando su regulación actual a la Ley N° 19.620 y a su reglamento, fijado por el Decreto N° 944, de 2000, del Ministerio de Justicia. Asimismo, le es aplicable a esta institución, la Ley N° 19.585, que modifica el Código Civil en materia de filiación y la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia.

---

<sup>96</sup>A) Dicha calidad debe haber durado a lo menos 5 años, B) los hechos que la constituyen deben probarse por un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos que la establezcan irrefragable.

La ley 19.620, que regula de manera íntegra el sistema de adopción en Chile, no define la institución, sino que sólo se limita a señalar su objeto en su artículo 1°: “*la adopción tiene por objeto 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*”. Así se desprende, que la adopción es otorgada al solicitante en beneficio del niño, niña o adolescente que va a ser adoptado y no de los posibles adoptantes.

Sin perjuicio que la ley no de una definición de la institución, podemos definirla como aquel “acto jurídico que establece un vínculo de parentesco entre dos personas con una relación análoga a la paternidad”<sup>97</sup>, “como una ficción legal dirigida a considerar como hijo a quien no lo es biológicamente”<sup>98</sup> o bien, “como medida social y legal de protección al menor”<sup>99</sup>, entre otras definiciones que podemos encontrar en la doctrina.

El efecto más importante de esta institución es otorgar al adoptado la calidad de hijo de los adoptantes<sup>100</sup>, naciendo de este modo entre ellos todos los derechos y obligaciones que la ley establece entre padres e hijos. Dicho estado civil - de hijo - se adquiere por la sentencia judicial que constituye la adopción, la que producirá sus efectos legales desde la fecha en que ella se inscribe. Con dicha inscripción, se extinguen los vínculos de filiación de origen del

---

<sup>97</sup>Víctor Vergara Bularz (2011). *La adopción en Chile: Falencias y debilidades de la ley 19.920*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Gubernamentales

<sup>98</sup>Maricruz Gómez de la Torre (2007). *El sistema filiativo chileno*. Editorial Jurídica de Chile. P. 213.

<sup>99</sup>Maricruz Gómez de la Torre (2007). *El sistema filiativo chileno*. Editorial Jurídica de Chile P.214.

<sup>100</sup>Artículo 1°, inciso segundo, de la Ley N° 19.620: “La adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo respecto del o los adoptantes en los casos y con los requisitos que la presente ley establece.”

adoptado para todos los efectos civiles, salvo los impedimentos para contraer matrimonio. Por último, la adopción es irrevocable, salvo que se haya obtenido por medios ilícitos o fraudulentos, según el artículo 38 de la Ley N°19.620.

La adopción como institución es de orden público, propia del derecho de familia, constituye un estado civil, que se crea por sentencia judicial, de acuerdo a lo ya expuesto, es subsidiaria, irrevocable, de carácter reservado y puede ser tanto nacional como internacional.

Actualmente los principios que rigen la adopción en Chile son: <sup>101</sup>

- La subsidiariedad,
- El interés superior del adoptado,
- El derecho a la identidad del adoptado,
- El derecho del niño a dar su opinión y a otorgar su consentimiento respecto a su adopción,
- Preferencia de la familia matrimonial,
- Preferencia de la adopción nacional.

### **La Subsidiaridad**

Refiere a que la filiación adoptiva procede de manera supletoria a la filiación natural, siendo la familia biológica la llamada a cuidar y criar a los niños que provienen de ella. Por tanto, los Tribunales de Justicia deben agotar las instancias que permitan mantener a un niño junto a su familia biológica. Dicho principio se expresa en los artículos 1°, 7° y 15° de la ley de

---

<sup>101</sup>Maricruz Gómez de la Torre (2007). *El sistema filiativo chileno*. Editorial Jurídica de Chile.

adopción. Así como en el artículo 8° de su Reglamento, que también señala dicha preferencia y que es reiterado por la CDN en su artículo 21.

### **El interés superior del adoptado**

Principio rector en materia de familia y que en este caso guía al juez para dirimir qué es lo más conveniente y/o beneficioso para el niño, niña o adolescente que se somete a un proceso de adopción, y en virtud del cual, la ley de adopción y de más normativa pertinente, deberán velar por amparar el derecho que estos tienen de vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades tanto espirituales como materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen. Lo que está plasmado tanto en el artículo primero de la ley de adopción como en el artículo primero, inciso segundo, de su Reglamento al señalar que el “interés superior considerará su realización personal, espiritual y material, y respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, de modo conforme a la evolución de sus facultades”. Agregando adicionalmente en su artículo 10° que el proceso de adopción debe ir en beneficio del adoptado y no de los adoptantes. Todo lo cual se ajusta a lo prescrito por el artículo 21 de CDN.

### **El derecho a la identidad**

“Consiste en la prerrogativa que le corresponde a todo niño a ser inscrito, inmediatamente después de su nacimiento, en un registro oficial proporcionado por el poder público; a tener un

nombre; adquirir una nacionalidad; y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.<sup>102</sup>

En un principio la adopción tenía el carácter de reservada, negándole el derecho al adoptado a conocer su origen biológico. De hecho, la ley 16.346 establecía que todas las tramitaciones en relación al proceso de adopción, ya fueran en sede judicial o administrativa, eran absolutamente secretas, destruyéndose todo antecedente que permitiera la identificación del adoptado. Debido a la problemática que generaba lo anterior en la vida del adoptado, y sin perjuicio que la ley 18.703 significó un avance en la materia, uno de los pilares fundamentales de la actual ley de adopción fue permitirle al adoptado conocer su historia personal, al alcanzar su mayoría de edad. Esto es, averiguar respecto de la identidad biológica de sus padres. Así, actualmente, conocer la verdad respecto de su filiación de origen es un derecho para el adoptado, el cual puede ejercitarse sin tener que invocar ningún motivo calificado o especial ante el tribunal respectivo para tener acceso al expediente o bien, para solicitar información al Servicio de Registro Civil. En armonía con lo anterior es que se crea el Archivo General del Servicio de Registro Civil e Identificación, quien tiene el deber de mantener en custodia y por separado todos los antecedentes relativos a los procesos de adopción y al cual tanto el adoptado, sus ascendientes y descendientes podrán acudir para requerir información.

---

<sup>102</sup>Tobar Olivari, Valeria (2016). P. 19.

## **El derecho del niño a dar su opinión y a otorgar su consentimiento respecto a su adopción**

De acuerdo al artículo 3° de la ley de adopción vigente, el juez deberá considerar la opinión del menor, en atención a su edad y madurez. Asimismo, en caso de que se trate de un menor adulto se requerirá que consienta previo al procedimiento de adopción. Salvo que el juez, en virtud del interés superior de niño, considere que el procedimiento de adopción, pese a la manifestación contraria del menor, debe seguir adelante. Como se expresa en el considerando 8° de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 656-2005, de 27-05-2005: *“que si bien, en todas las decisiones que incumben al menor es necesario oírlo y tener en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, no corresponde resolver teniendo en cuenta únicamente su opinión, particularmente si los dichos del menor solo expresan un querer no sustentado en antecedentes que hagan plausible la necesidad de acoger tal drástica decisión”*. Lo que también se expresa en el artículo 12 de la CDN, que establece que el menor debe ser escuchado y tenida en consideración su opinión, debiendo el Estado debe velar porque esto ocurra.

Respecto de lo manifestado por la Corte en el considerando 8° de la sentencia ya citada, cabe agregar que dicha aseveración no está exenta de debate debido a lo conflictivo que podría ser incorporar a un menor que no quiere ser adoptado a una nueva familia.

## **Preferencia de la familia matrimonial**

De acuerdo a su artículo 21, la ley da preferencia a las uniones matrimoniales con residencia permanente en el país en la adopción de niños, niña o adolescentes. Sin perjuicio de permitir, subsidiariamente, la adopción por personas viudas, solteras o divorciadas. Siempre que el juez considere que son idóneos para proporcionar al niño, niña o adolescente el afecto y cuidado debido en atención a cubrir tanto sus necesidades materiales como espirituales.

### **Preferencia de la adopción nacional**

En virtud de este principio, se da preferencia a uniones matrimoniales con residencia permanente en Chile y que cumplan los requisitos establecidos en la ley<sup>103</sup>. Sin perjuicio de permitir, de manera subsidiaria, la adopción por matrimonios nacionales o extranjeros que no tengan residencia permanente en el país. El elemento central aquí, y que luego nos hace distinguir entre adopción nacional e internacional, es la residencia permanente en Chile de los adoptantes, no su nacionalidad.

De acuerdo con el artículo 21 CDN el objeto de este principio es privilegiar, en la búsqueda de una familia para el adoptado, que sea en posible de su misma nacionalidad, raza, cultura y religión, con el fin de mantener sus raíces.

Por otra parte, al dar preferencia a la adopción nacional se busca evitar el eventual tráfico de menores que podría existir. De hecho, la actual ley de adopción prohíbe la salida de menores con el objeto de que su adopción se tramite de acuerdo a la ley del país donde van a residir.

---

<sup>103</sup>Artículo número 30 de la ley 19.620.

## Principales materias que aborda la ley 19.620

Respecto de quiénes pueden ser adoptados, la ley prescribe que sólo los menores de edad que se encuentren en alguna de las situaciones que prescribe en su artículo 8<sup>o</sup><sup>104</sup>. Estas son<sup>105</sup>:

- Adopción por entrega del niño, niña o adolescente
- Adopción del propio hijo o nieto
- Adopción por desamparo del niño, niña o adolescente

En razón del tema tratado en este trabajo, nos referiremos a la segunda de las situaciones prescritas, en específico, a la adopción del propio hijo. Este tipo de adopción procede en aquellos casos en que el menor es descendiente consanguíneo de uno de los adoptantes. Así, se distinguen dos posibilidades: adopción del hijo de uno de los cónyuges adoptantes (reconocido por uno solo de sus padres, por ambos padres o con filiación matrimonial) y; adopción del nieto por parte del abuelo y su actual cónyuge.

Así, en el caso que el menor haya sido reconocido por sólo uno de los cónyuges que lo quieren adoptar, se aplica directamente el procedimiento de adopción propiamente tal, contemplado en el Título III de la Ley N° 19.620<sup>106</sup>. No requiriéndose el trámite previo de ser declarado

---

<sup>104</sup> Artículo 8 de la Ley 19.620.

<sup>105</sup> Se sigue la nomenclatura adoptada por Corral Talciani, Hernán. Ob. cit. N° 3, p. 180 y sgts.

<sup>106</sup> El segundo procedimiento necesario para otorgar la adopción de un niño, corresponde al de adopción propiamente tal, cuyas principales características son:

- Es un procedimiento no contencioso, en el que no se admite oposición;
- Es tribunal competente el juez de familia del domicilio del niño;
- El tribunal tiene facultades para decretar de oficio las diligencias necesarias para comprobar las ventajas de la adopción y la idoneidad de los solicitantes;
- El tribunal puede otorgar el cuidado personal del niño a quienes hayan manifestado su voluntad de adoptarlo siempre que se cumplan con los requisitos contemplados en la ley;
- La sentencia que otorgue la adopción ordenará la cancelación de la inscripción de nacimiento anterior y ordena una nueva;
- Procede recurso de apelación en contra la sentencia definitiva, suspendiéndose su aplicación mientras se resuelve.

susceptible de adopción. En este sentido, y de acuerdo al artículo 11 de la ley N°19.620, para que proceda este tipo de adopción deben cumplirse los siguientes requisitos:

- a) Que el niño que va a ser adoptado sea hijo biológico con filiación determinada de uno de los cónyuges.
- b) Que el menor no sea hijo biológico del otro cónyuge.
- c) Que tanto el padre biológico como el otro cónyuge estén casados

### **Personas que pueden adoptar**

La ley señala qué personas pueden adoptar, distinguiendo entre matrimonios con residencia permanente en Chile y no residentes. Sin embargo, también permite la adopción uniparental, esto es, por personas solteras, divorciadas o viudas. Sin perjuicio de preferir la adopción por adoptantes que sean cónyuges por sobre a la de carácter uniparental. Ahora, respecto de las uniones matrimoniales, privilegia aquellas con residencia permanente en Chile por sobre la nacionalidad de los cónyuges.

### **Requisitos exigidos para otorgar la adopción a personas residentes en Chile<sup>107</sup>:**

I.- Ser matrimonios chilenos o extranjeros con más de 2 años de matrimonio<sup>108</sup>. Y en caso de que no existan cónyuges interesados en adoptar un menor, también se permite la adopción por

---

<sup>107</sup>Artículos 20, 21 y 22 de la Ley N° 19.620.

parte de personas solteras, divorciadas y viudas, en los siguientes casos y cumpliendo los demás requisitos:

- A falta de matrimonios interesados o legalmente idóneos. Entre ellos, se preferirá a quien sea pariente consanguíneo del niño, y en su defecto, a quien tenga el cuidado personal;
- Puede entregarse la adopción al viudo cuando su cónyuge difunto hubiere iniciado junto a él la tramitación de adopción o manifestado de manera irrefragable su voluntad en ese sentido. En este caso, otorgada la adopción, el niño será inscrito como hijo de ambos cónyuges;
- Puede otorgarse la adopción a los cónyuges que lo hayan solicitado, aún después de declarada su separación judicial o divorcio, siempre que convenga al interés superior del niño.

II.- Haber sido evaluados como física, mental, psicológica y moralmente idóneos por el Sename u organismo acreditado por éste;

III.- Tener más de 25 años y menos de 60;

IV.- Tener 20 o más años de diferencia de edad con el adoptado.

Sin perjuicio de lo anterior, respecto de márgenes de diferencia de edad y sus cotas, el juez podrá evaluar prudencialmente, y por resolución fundada, su rebaja, la que no podrá ser superior a 5 años. Con todo, dichos márgenes etarios no son aplicables si uno de los adoptantes fuere ascendiente por consanguinidad del niño.

### **Requisitos exigidos para otorgar la adopción a personas no residentes en Chile**

Las personas no residentes en Chile sólo pueden adoptar a un niño cuando no existan matrimonios chilenos o extranjeros con residencia permanente en Chile interesados e idóneos

---

<sup>108</sup> No será exigible cuando uno o ambos cónyuges sean infértiles

para hacerlo, circunstancia que debe acreditar el Sename. Con todo, podrá acogerse la solicitud de adopción de cónyuges que no residan en Chile en virtud del interés superior del menor.

Previo a la ley vigente, la Ley N° 18.703 establecía que la adopción de menores en el extranjero debía regirse por la ley del país en que se otorgara. Lo que fue modificado por la Ley N° 19.620 con el objeto de resguardar los intereses de los menores sometidos a este proceso. Debiendo hoy sujetarse este tipo de adopciones a la normativa chilena y cuando corresponda, a las Convenciones y Convenios Internacionales ratificados por Chile, así como verificarse el proceso dentro de nuestro territorio.

Los cónyuges adoptantes deberán cumplir con requisitos de idoneidad ya señalados, y su solicitud debe ser siempre patrocinada por el Sename o un organismo acreditado ante éste. Asimismo, deben presentar al Tribunal de Familia correspondiente al domicilio del menor o de la persona o entidad a cuyo cuidado se encuentre, documentos traducidos al castellano, autenticados, autorizados y legalizados, para acreditar especialmente: su identidad, estado civil, idoneidad, requisitos que el menor adoptado debe cumplir para ingresar al país de residencia de los solicitantes, legislación vigente del país de procedencia de los solicitantes en relación con la adopción y la nacionalidad del futuro adoptado; capacidad económica, entre otros.

Durante el procedimiento los solicitantes deberán comparecer personalmente al tribunal al menos en una oportunidad y su cuidado puede ser entregado a los solicitantes, pero no podrán salir del país sin autorización judicial.

## **Proyecto de Reforma Integral al Sistema de Adopción en Chile**<sup>109</sup>

Como es de público conocimiento, con fecha 8 de mayo de 2019 el proyecto de Reforma Integral al Sistema de Adopción en Chile, pasó a segundo trámite constitucional, cuya idea matriz fundamental es “(...) *establecer un nuevo enfoque en materia de adopción, garantizando la subsidiariedad de ésta, y centrado en restablecer en el menor plazo posible, el derecho vulnerado más fundamental de los niños y adolescentes como es el de vivir en familia, (...) así como subsanar diversos vacíos y deficiencias mediante la incorporación de mecanismos más eficientes y plazos más acotados que resguarden, fomenten y favorezcan tanto el respeto del interés superior del niño, estableciendo requisitos y condiciones tanto para que un niño, niña o adolescente pueda ser adoptado, como para que las personas interesadas en adoptar puedan convertirse en madres y o padres.*”<sup>110</sup>

Como sabemos, la actual ley de adopción no contempla la posibilidad que parejas del mismo sexo puedan adoptar un niño, niña o adolescente. Lo anterior, pese a que dichas uniones gozan de reconocimiento tanto social como legal expreso al permitirles contraer el acuerdo de unión civil y pese a serles aplicables la presunción de paternidad *paterisest* a los convivientes civiles heterosexuales. Sin embargo, el reciente proyecto aprobado por la Cámara baja, en cumplimiento de uno de los objetos de la adopción (que la niña, niño o adolescente viva y se

---

<sup>109</sup>Este proyecto se originó en un mensaje enviado por el Presidente Sebastián Piñera, en su primer mandato presidencial, al Congreso en octubre de 2013. Aprobándose la idea de legislar, en la Comisión de Familia, el 22 de enero de 2014. A fines de ese año, en el mes de noviembre, la Presidenta Michelle Bachelet formuló una serie de indicaciones al proyecto. Cuestión que también hizo en el año 2015. En abril del presente año, el proyecto fue despachado a la Comisión de Familia y luego a la de Hacienda. Pasando a segundo Trámite Constitucional el 8 de mayo de 2019. Ver en [https://www.camara.cl/prensa/noticias\\_detalle.aspx?prmID=136849](https://www.camara.cl/prensa/noticias_detalle.aspx?prmID=136849)

<sup>110</sup>Idea matriz del proyecto ver en [https://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=9535&prmBOLETIN=9119-18](https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9535&prmBOLETIN=9119-18)

desarrolle en el seno de una familia, cualquiera sea su composición), en su artículo número 37 establece que podrán adoptar todas las personas mayores de edad que cumplan con los requisitos dispuestos en él, no exigiendo en ninguno de ellos la diversidad de sexos entre los adoptantes. Así, se abre no tan sólo la posibilidad de la adopción homoparental en Chile, sino a la eventual existencia de un mecanismo que permita materializar la doble maternidad en nuestro país, ya que al incorporar entre los posibles adoptantes a las parejas del mismo sexo y mantener la figura de la adopción por integración, señalada en el actual artículo número 11 de la Ley N° 19.620<sup>111</sup>, la conviviente de la madre biológica podría eventualmente adoptar al hijo o hija de su conviviente.

Con todo, creemos que el proyecto si debió incorporar mención expresa respecto de la doble maternidad y paternidad en el sentido que al adoptar un menor, este pasa a tener la calidad de hijo de los adoptantes, según el artículo 33 del Código Civil, con todos los derechos y obligaciones que emanan de dicho vínculo filiativo, como es, a modo ejemplificativo, que ambas madres se les permita su inscripción como tal en la partida de nacimiento del niño, niña o adolescente adoptado.

---

<sup>111</sup>Tipo de adopción en virtud de la cual se permite que el cónyuge pueda adoptar al hijo o hija biológico de filiación determinada de uno de los cónyuges.



## 10 CONCLUSIÓN

Si bien el Estado chileno ha dado reconocimiento expreso a las uniones de parejas de igual sexo, a través del acuerdo de unión civil, nada ha dicho respecto de la utilización de técnicas de reproducción asistida por ellas. Así, si dos mujeres se someten voluntaria y expresamente a una TRA con el objeto de ser madres, quien será legalmente la madre registral será aquella que, a dado a luz, es decir, la que ha parido, ya que su maternidad quedará determinada por el parto, inclusive en aquellos casos en no ha aportado material genético alguno. Careciendo la madre que no parió de un rol jurídico filiativo respecto de la criatura nacida, y pese, en muchos casos, a ser la procreadora biológica. Lo anterior, debido a que nuestra legislación no reconoce la figura ni permite al Servicio de Registro Civil, por la conjugación de normas existentes, la inscripción de la doble maternidad legal. No pudiendo atribuirles a ambas convivientes civiles la filiación. Así, bajo la normativa vigente, los hijos e hijas nacidas de parejas del mismo sexo enfrentan una total desprotección en cuanto a los derechos que les corresponden en sus derechos de familia, como son: *“(…)a ser cuidados, protegidos y educados por sus madres o padres, su derecho a la identidad, sus derechos alimenticios, previsionales, de seguridad social, hereditarios y los derechos patrimoniales en general, entre otros- tratándose de hijos/as de parejas del mismo sexo carecen del más mínimo reconocimiento. A estos/as niños/as el Estado de Chile no les brinda ninguna protección, extendiendo sobre ellos/as la discriminación que históricamente se ha ejercido en contra de personas de diversa orientación sexual.*

*De allí la necesidad de contar con un estatuto jurídico para los hijos e hijas de parejas del mismo sexo que aborde sus derechos de filiación, en cumplimiento de los principios de igualdad y no discriminación, protección de las familias y los derechos de los niños y las niñas.”<sup>112</sup>*

La situación anterior genera diversas problemáticas a nivel familiar, relacionadas no solo con los importantes derechos patrimoniales, y de familia consagrados a nivel normativo, sino que igualmente surgen dificultades en cuanto a beneficios a nivel social, previsional, y los que dicen relación con instituciones de índole educacional. Todos aspectos de los cuales queda excluida la madre, cuya filiación no ha sido determinada. Siendo no solo anulada a un nivel normativo de su propia familia, sino que muchas veces, viéndose excluida e invisibilizada su relación familiar, por instituciones de la sociedad civil, afectando de manera violenta, su derecho a la intimidad<sup>113</sup>. Cuestiones que, en definitiva, afectan principalmente al niño o niña nacido producto de TRA, en estas situaciones.

Como se observa en el cuerpo de este trabajo, lo anteriormente descrito ocurre y ha sido fuente de análisis y de conflictividad jurídica para nuestros tribunales desde ya algún tiempo. Los que, pese a negarse a inscribir válidamente a dos mujeres como madres, han reconocido el retraso que presenta nuestro derecho al regular este tipo de situaciones y que es de suma urgencia tratar, sobre todo considerando la situación de indefensión en queda el menor, respecto de la madre que no lo ha parido, en cuanto a la exigibilidad de derechos que cualquier hijo o hija podría demandar, a la luz del derecho nacional, a su padre o madre.

---

<sup>112</sup>Boletín N° 10.626-07. Senado. “Regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo”

<sup>113</sup>Terra Consuelo (2019) *La Odisea por Inscribir a un hijo*, revista Paula, reportajes y entrevistas, 30 de abril.

Para intentar solucionar la problemática de la doble maternidad en el año 2016, fue presentado por moción ante el senado un proyecto de ley que ampara a las mujeres implicadas en situaciones de doble maternidad<sup>114</sup>, ya sea porque se han sometido a TRA, buscando la modificación del artículo 182. O, en el caso de que una pareja de mujeres cría al hijo de una de ellas, o en la situación de que dos mujeres quieran adoptar y criar a un niño, Permitiendo para cada caso, la adopción por integración o plena, respectivamente. Tristemente, 3 años han pasado de su presentación, sin que haya un mayor avance legislativo.

Con la misma finalidad en el año 2017, por mensaje presidencial se presentó el proyecto de matrimonio igualitario<sup>115</sup>, el cual extiende la institución del matrimonio a parejas del mismo sexo, solucionando por varias vías la problemática de la doble maternidad. Se instaura la nomenclatura “progenitores” con la finalidad de no distinguir entre hombre y mujer, a la hora de referir a la persona que cumple el rol de padre o madre. En la misma línea, al permitir a parejas del mismo sexo, participar del matrimonio, se abre la puerta a la posibilidad de puedan adoptar, tanto de forma plena, como por integración, solución que como vimos esta actualmente vedada en nuestra legislación. Por último, se busca modificar el artículo 182 del Código Civil, con la finalidad de que se permita que ambas mujeres sometidas a TRA, puedan determinar su filiación, respecto de su hijo o hija.

---

<sup>114</sup>Boletín N° 10626-07. Senado. “Regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo”

<sup>115</sup>Boletín N°11422-07. Senado. “Modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio de parejas del mismo sexo”

Lamentablemente, este proyecto tampoco ha tenido un mayor apoyo, por lo cual, sigue entrampado en el primer trámite constitucional ante el senado, sin mayor movimiento hasta el día de hoy.

Si bien en el último tiempo nuestros legisladores han reconocido esta problemática, aun ninguno de los proyectos ingresados al Congreso o que se encuentran en actual tramitación han llegado a convertirse en ley de la República. Sin perjuicio de haberse dado un gran paso, al avanzar en mayo pasado a segundo trámite constitucional, el proyecto de Reforma Integral al Sistema de Adopción en que se permite la adopción homoparental.

Con fecha 18 de abril de 2019, se ha presentado un nuevo proyecto que busca solucionar la problemática de la doble maternidad<sup>116</sup>, con origen en la Cámara de Diputados, dicho proyecto de ser aprobado permitiría el reconocimiento de un niño o niña, en el caso especial, en que este solo tenga una filiación determinada, no importando en este caso, el sexo de la segunda persona que lo reconozca, siempre y cuando haya transcurrido al menos un plazo de 6 meses desde el nacimiento de la criatura. Lo cual permitiría, mediante la modificación del artículo 187 del Código Civil, que una segunda madre, pudiera reconocer a su hijo, determinando la filiación respecto de él, solucionando en definitiva la problemática suscitada a propósito de la doble maternidad.

De los múltiples proyectos que actualmente se encuentran en tramitación, a nuestro parecer, el más idóneo, desde el punto de jurídico, para solucionar la problemática de la doble maternidad,

---

<sup>116</sup>Boletín N°12.592-18. Cámara de Diputados “Modifica el Código Civil, para permitir el reconocimiento de hijos por un segundo padre o madre, en los casos que indica”

es el proyecto de matrimonio igualitario. Sin embargo, cualquiera sea la forma, esperamos de manera sincera, que la problemática tratada a lo largo de este trabajo pueda encontrar pronta solución y que el ordenamiento jurídico, pueda amparar de una vez por todas, y sin trabas a todos los niños y niñas en sus derechos de familia sin importar el tipo de familia al que pertenecen.



## 11 BIBLIOGRAFÍA

- 1- ACUÑA SAN MARTIN, MARCELA, (2018) *Doble maternidad y doble paternidad: Desafíos del derecho de Familia*. [Consulta: 25 junio 2018] Disponible en: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2018/06/25/Doble-maternidad-y-doble-paternidad-Desafios-del-Derecho-de-Familia.aspx?disp=1>
- 2- BENÍTEZ PIRAINO, DINKA, (2018) *Filiación y mujeres lesbianas “Estándares, derecho comparado y análisis del caso chileno”* Santiago. Rubicón.
- 3- BOLETÍN N°12.592-18. Cámara de Diputados “*Modifica el Código Civil, para permitir el reconocimiento de hijos por un segundo padre o madre, en los casos que indica*”
- 4- BOLETÍN N°10626-07. Senado. “*Regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo*”
- 5- BOLETÍN N°11422-07. Senado. “*Modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio de parejas del mismo sexo*”
- 6- BRENA SESMA INGRID (2014) *Interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana sobre la Protección de los Derechos Humanos, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica. Cuestiones Constitucionales N°31*. México jul./dic.
- 7- CÁMARADE DIPUTADOS (2004) *Historia de la ley 19.947*, legislatura 350, sesión 56, 10 de

marzo de 2004

- 8- CILLERO, MIGUEL. (1999). *El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Ponencia presentada en el I Curso Latinoamericano: Derechos de la Niñez y la Adolescencia; Defensa Jurídica y Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. San José de Costa Rica.
- 9- CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE
- 10-CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE ARGENTINA
- 11-CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE
- 12-CÓNSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE
- 13-CÓNSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
- 14-CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1989
- 15-CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DE 1969
- 16-CONVENIO N°169 SOBRE PUBLLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES 1989.
- 17-COMITÉDE DERECHOS HHUMANOS (2007), *Información suplementaria sobre Costa Rica Programada para examen por el Comité de Derechos Humanos de la ONU durante su 89ª Sesión*, 9 de marzo de 2007. [en línea]

- 18-CORRAL TALCIANI, HERNAN.(1999) *Determinación de la filiación y acciones de estado en la reforma de la Ley N°19585, 1998*. Publicado en Revista de Derecho P. Univ. Católica de Valparaíso
- 19-CORRAL TALCIANI, HERNAN. (1995) “*Familia y procreación artificial. Perspectivas para una legislación en Chile*”, Charla dictada el 4 de mayo de 1995.
- 20-CORTE INTERAMERICANADE DERECHOS HUMANOS (2002), *Opinión Consultiva OC-17/2002* de 28 de agosto.
- 21-CORTE INTERAMERICANADE DERECHOS HUMANOS (2017), *Opinión consultiva de OC-24/17* de 24 de noviembre.
- 22-CORTE INTERAMERICANADE DERECHOS HUMANOS (2012) *Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica*, Sentencia de 28 de noviembre, Serie C No.257.
- 23-CORTE DE APELACIONES DE ALCALDIA. *Recurso de apelación*. Causa Rol 144-2012
- 24-CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, *Recurso de protección* causa Rol N° 74.926-2017
- 25-CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, *Recurso de protección* causa Rol N° 74.926-2017
- 26-CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, *Recurso de protección* causa Rol N°3.335-2018

- 27-CORTE SUPREMA, *Sentencia* de 03 de octubre de 2000, Rol N°2595-1999
- 28-CORTE SUPREMA. *Sentencia* de 18 de agosto de 2008. Rol N°2893-2008.
- 29-CORTE SUPREMA. *Sentencia* de 12 de abril de 2016 Rol N°8422-2015
- 30-CORTE SUPREMA, *Sentencia* de 12 de abril de 2016. Rol N° 8422-2015
- 31-DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 20 de noviembre de 1959.
- 32-DECRETO N° 2.128. *Aprueba reglamento orgánico sobre el servicio Registro Civil*, publicado el 28 de agosto de 1930.
- 33-ESTADOS UNIDOS MEXICANOS LEY 3/2007 (2007). *Reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*, 15 de marzo.
- 34-ESPADA MALLORQUÍN, SUSANA (2016). *La filiación indígena por posesión notoria de estado civil de hijo*. Corte Suprema, 15 de septiembre de 2016, rol 20175-2015. Revista Chilena de Derecho Privado, N°27, pp 286-288.
- 35-GANDULFO, E. (2007). *Reconocimiento de paternidad: tópicos y cuestiones civiles*. Revista Chilena de Derecho, 34(2), pp. 201-250. Recuperado de <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v34n2/art02.pdf>
- 36-GÓMEZ DE LA TORRE M. (2007) *El sistema filiativo chileno*. Editorial Jurídica de Chile.
- 37-GÓMEZ DE LA TORRE M. (2017) *Sistema Filiativo – Filiación biológica*. Valencia: Tirant lo blanch.

- 38-GÓMEZ DE LA TORRE, M. (2019) *La doble maternidad*. Jornadas de Derecho de Familia. Editorial Thomson, Reuters (en prensa)
- 39-GUZMÁN ÁVALOS, ANÍBAL. (2017). *La doble maternidad y la doble paternidad*. *Revista IUS*, 11(39) [Consulta en 30 de abril de 2019] Disponible en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S187021472017000100007&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S187021472017000100007&lng=es&tlng=es)
- 40-JUZGADO DE LETRAS Y FAMILIA DE LOS LAGOS (2012), *Sentencia*. 28 de septiembre de 2012, RIT V-223-2011
- 41-LEPIN. M. C. (2014). *Los nuevos principios del Derecho de Familia*. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°23. Santiago. Doi: 10.4067/S0718-80722014000200001.
- 42-LÓPEZDEL CARRIL, JULIO. (1987). “*La filiación y la ley 23.264*”. Buenos Aires, Argentina. Editorial. Abeledo Perrot. pp. 284 y 285, cit. por FAMA, María Victoria (2011) p. 450.
- 43-NACIONES UNIDAS (2014), Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N°14*, ob. cit.
- 44-NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (2006)*El derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acciones positivas*. *Revista de Derecho de Universidad Católica del Norte*. Sección Estudios. Año 13 – N°2.
- 45-PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS 1976

46-PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES  
1966

47-PICÓ, R. J. (2011) *Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del Derecho Matrimonial Chileno. Revista Ius et Praxis*, Año 17, N°1

48-REPÚBLICA DE CHILE LEY N°4.808 *Reforma la Ley sobre el Registro Civil*, publicada el 10 de febrero de 1930.

49-REPÚBLICA DE CHILE LEY N°19.253. *Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la corporación nacional de desarrollo indígena*, publicada el 5 de octubre de 1993.

50-REPÚBLICA DE CHILE LEY N°19.585. *Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación*, publicada el 26 de octubre de 1998.

51-REPÚBLICA DE CHILE LEY N°19.620. *Dicta normas sobre adopción de menores*, publicada el 5 de agosto de 1999.

52-REPÚBLICA DE CHILE LEY N°19.968. *Crea los tribunales de familia*, publicada el 30 de agosto de 2004.

53-REPÚBLICA DE CHILE LEY N°19.947. *Establece nueva ley de matrimonio Civil*, publicada el 17 de mayo de 2004.

54-REPÚBLICA DE CHILE LEY N°20.084. *Establece un sistema de responsabilidad de los*

*adolescentes por infracciones a la ley penal*, publicada el 7 de diciembre de 2005.

55-REPÚBLICA DE CHILE LEY N°20.830. *Crea el acuerdo de Unión Civil*, publicada 21 de abril de 2015.

56-RAMOS PAZOS, RENÉ(2009) *Derecho de Familia Tomo II. Editorial Jurídica*, Sexta Edición Actualizada.

57-RAVETILLAT B. I, y PINOCHET O. R. (2015) *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el Derecho Civil chileno. Revista Chilena de Derecho*, vol. 42 N° 3. Doi: 10.4067/S0718-34372015000300007.

58-REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2014). *Familia*. En Diccionario de la lengua española (23.a ed.). Recuperado de <http://dle.rae.es/?id=HZnZiow>

59-RODRÍGUEZ PINTO, MARÍA SARA, (2014) *Maternidad y poligamia: madre hay una sola* en el Mercurio Legal [Consulta 20 de octubre de 2014]

60-TERRA, CONSUELO (2019) *La Odisea por Inscribir a un hijo, reportajes y entrevistas* [Consulta 30 de abril de 2019] Disponible en: [http://www.paula.cl/reportajes-y-entrevistas/la-odisea-inscribir-hijo/?fbclid=IwAR344gx CmjpTELWxn9eRj2BNvg1kIVahnLTv\\_wl-1ih67-N-jnr1xA7vmhs#](http://www.paula.cl/reportajes-y-entrevistas/la-odisea-inscribir-hijo/?fbclid=IwAR344gx CmjpTELWxn9eRj2BNvg1kIVahnLTv_wl-1ih67-N-jnr1xA7vmhs#)

61-TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, 28 de agosto de 2017. Rol N°3729 (3751)-17-CPT.

62-TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, 29 de septiembre de 2009, Rol N°1340-2009

- 63-TOBAR OLIVARÍ, VALERÍA (2016). *Posesión Notoria del Estado Civil de Hijo: Tratamiento en el derecho Civil y Comparado*. Memoria para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. P. 50-53.
- 64-VELOSO VALENZUELA, PAULINA (1999). "*La determinación de la filiación*", en *Fundación Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. El Nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al Derecho sucesorio a la luz de las normas y principios de la ley N° 19585*, Santiago: LOM Ediciones.
- 65-VÍCTOR VERGARA BULARZ (2011). *La adopción en Chile: Falencias y debilidades de la ley 19.920*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Gubernamentales.