



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

**ANÁLISIS CRÍTICO DEL PROYECTO DE LEY QUE REGULA EL DERECHO DE
FILIACIÓN DE LOS HIJOS E HIJAS DE PAREJAS DEL MISMO SEXO
(BOLETÍN N° 10.626-07)**

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

MARÍA LUISA CATALINA LARRAÍN ROJO

Profesora Guía: Laura Albornoz Pollmann

Santiago de Chile

2020

TABLA DE CONTENIDOS

ABREVIACIONES	5
RESUMEN	6
INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I: “DE LA FILIACIÓN EN EL DERECHO CHILENO”	11
1. Concepto de filiación	11
2. Características y principios de la filiación	12
2.1. Principio de igualdad.....	13
2.2. Principio del interés superior del niño, niña y adolescente	14
2.3. Principio de la libre investigación de la paternidad y de la maternidad	15
2.4. El derecho del niño a ser oído	16
3. Clases de filiación	17
3.1. Filiación natural.....	17
3.2. Filiación por técnicas de reproducción humana asistida (TRHA).....	18
3.3. Filiación adoptiva.....	19
3.4. Filiación determinada / no determinada	20
4. Fuentes de filiación	21
5. Determinación de la filiación	21
5.1. Determinación de la maternidad.....	22
5.2. Determinación de la filiación matrimonial.....	22
5.3. Determinación de la filiación no matrimonial.....	24
6. Efectos de la filiación	25
7. Evolución de la familia y nuevas formas de filiación	26
7.1. Filiación homo y lesboparental	29
CAPÍTULO II: “SITUACIÓN DE LA FILIACIÓN HOMO Y LESBOPARENTAL EN CHILE”	34

1.	Situación en el derecho comparado.....	34
2.	Ordenamiento jurídico chileno.....	36
3.	Argumentos para legislar sobre la filiación homo y lesboparental en Chile	37
3.1.	Normativa nacional e internacional: derechos involucrados.....	38
3.1.1.	Derecho a la igualdad y no discriminación.....	38
3.1.2.	Derecho a la identidad.....	41
3.1.3.	Derecho a la vida privada y al libre desarrollo de la personalidad	42
3.1.4.	Derecho a formar y vivir en una familia	43
3.1.5.	Principio rector: interés superior el niño, niña y adolescente	45
4.	Compromisos y obligaciones internacionales asumidas por el Estado de Chile	46
5.	Casos y jurisprudencia sobre la filiación homo y lesboparental	49
5.1.	Caso Atala Riffo e Hijas vs. Estado de Chile.....	50
5.2.	Caso de Jacqueline Díaz ante el Primer Juzgado de Familia de San Miguel.....	51
5.3.	Myra Victoria Opazo Méndez y Otro con Servicio de Registro Civil e Identificación	52
5.4.	Corte de Apelaciones ordena inscripción de mellizos con apellidos de las dos madres	54
6.	Proyectos de ley relacionados con la filiación homo y lesboparental en Chile.....	56
6.1.	Matrimonio Igualitario.....	56
6.2.	Sistema de garantías de los derechos de la niñez.....	57
6.3.	Reforma integral al sistema de adopción en Chile.....	58
6.4.	Reconocimiento de hijos/as por un segundo padre o madre	60
6.5.	Proyectos de ley contrarios a la familia homo y lesboparental	60
6.6.	Derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo	61
CAPÍTULO III: “PROYECTO DE LEY QUE REGULA EL DERECHO DE FILIACIÓN DE LOS HIJOS E HIJAS DE PAREJAS DEL MISMO SEXO (BOLETÍN N° 10.626-07)”		62
1.	Introducción al proyecto de ley	62
1.1.	Antecedentes	63
1.2.	Objetivos.....	63

2.	Contenido del proyecto	64
2.1.	Hipótesis de filiación	65
2.1.1.	Parejas de mujeres que se han sometido conjuntamente a técnicas de reproducción humana asistida	65
2.1.2.	Parejas de mujeres que cuidan y crían conjuntamente al hijo/a de una de ellas, quien no tiene paternidad determinada: reconocimiento voluntario de maternidad.....	66
2.1.3.	Parejas de convivientes civiles que cuidan y crían conjuntamente: adopción	66
2.2.	Modificaciones legislativas del proyecto de ley	67
2.2.1.	Modificaciones al Código Civil	67
2.2.2.	Modificaciones a la Ley N° 20.584	68
2.2.3.	Modificaciones a la Ley N° 19.620	69
3.	Leyes sobre filiación homo y lesboparental en el derecho comparado	70
3.1.	España.....	71
3.2.	Argentina.....	73
3.3.	Noruega.....	75
4.	Análisis del proyecto de ley en estudio	77
4.1.	Acerca de las hipótesis de filiación y las reformas específicas planteadas	77
4.1.1.	Parejas de mujeres que se han sometido conjuntamente a TRHA	77
4.1.1.1.	Sobre las TRHA como tercera forma de filiación natural (art. 179 CC).....	77
4.1.1.2.	Sobre la determinación de la co-maternidad por uso de TRHA (art. 182 CC)	78
4.1.1.3.	Sobre el derecho al acceso igualitario a las TRHA.....	84
4.1.1.4.	Sobre la acción de resguardo del nuevo artículo 11 ter de la Ley N° 20.584 .	85
4.1.2.	Parejas de mujeres que cuidan y crían conjuntamente al hijo/a de una de ellas, quien no tiene paternidad determinada: reconocimiento voluntario de maternidad.....	87
4.1.3.	Parejas de convivientes civiles que cuidan y crían conjuntamente: adopción	90
4.2.	Acerca de la aplicación de las reformas planteadas en el ordenamiento jurídico chileno	92
4.3.	Adecuación del proyecto de ley a los principios y derechos involucrados	94

4.3.1. Adecuación al principio/derecho a la igualdad y no discriminación	94
4.3.2. Adecuación a los derechos de los niños y niñas y al principio de interés superior del NNA	95
4.3.3. Adecuación a la protección de la familia	96
4.4. Adecuación del proyecto de ley a las obligaciones y compromisos internacionales del Estado de Chile.....	96
CONCLUSIONES.....	98
BIBLIOGRAFÍA.....	102

ABREVIACIONES

AUC: Acuerdo de Unión Civil.

CADH: Convención Americana de Derechos Humanos.

CC: Código Civil.

CCe: Código Civil español.

CDN: Convención de los Derechos del Niño.

CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CPR: Constitución Política de la República.

DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos.

LGBTI: Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transexuales e Intersexuales.

LMC: Ley de Matrimonio Civil.

MOVILH: Movimiento de Integración y Liberación Homosexual.

NCCyC: Nuevo Código Civil y Comercial argentino.

NNA: Niño/s, niña/s y adolescente/s.

OEA: Organización de los Estados Americanos.

ONU: Organización de las Naciones Unidas.

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

TRHA: Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

RESUMEN

Actualmente, las familias conformadas por parejas del mismo sexo constituyen una realidad en Chile, existiendo familias homo y lesboparentales que conviven o comparten la crianza de los hijos/as de uno o de ambos miembros de la pareja. Sin embargo, el ordenamiento jurídico chileno no reconoce ni protege la filiación de estas parejas respecto de sus hijos, discriminándolas por su orientación sexual, y dejando a este tipo de familias en un absoluto estado de desprotección.

En este contexto, el 22 de abril de 2016, a través del Boletín N° 10.626-07, ingresó al Congreso un proyecto de ley que regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo, permitiendo el reconocimiento de la filiación de ellas en tres diferentes hipótesis¹.

A raíz de ello, surgen las siguientes interrogantes respecto del proyecto propuesto: ¿Regula adecuadamente el derecho de filiación mencionado, de conformidad a los compromisos y obligaciones internacionales del Estado de Chile? ¿Enfrenta de forma adecuada el problema de discriminación de las familias homo y lesboparentales en materia de derechos filiativos? ¿Es compatible con el ordenamiento jurídico chileno y sus instituciones?

La presente memoria pretende analizar críticamente el proyecto y contestar estas interrogantes, para arribar finalmente a una conclusión respecto de su proyección y posible aplicación como ley en Chile. En principio, al leer la propuesta, creemos que la investigación demostrará que, si bien este proyecto implica un avance en el reconocimiento de este tipo de familias, y se condice con las obligaciones y compromisos internacionales del Estado de Chile, falta avanzar en el reconocimiento del derecho de filiación de hijos/as de parejas conformadas por dos hombres, y requiere de una mayor modificación del ordenamiento jurídico chileno, en miras a la inclusión de este tipo de familias en nuestro derecho.

¹ Proyecto presentado por moción de las senadoras Isabel Allende y Adriana Muñoz, los senadores Felipe Harboe, Alfonso de Urresti y el presidente del Senado, Ricardo Lagos Weber.

INTRODUCCIÓN

La familia es una institución en constante cambio y evolución, cuyo concepto ha adquirido mayor amplitud y diversidad con el tiempo, comprendiendo que su conformación va más allá del matrimonio y de la heterosexualidad de la pareja que la conforma. De esta manera, se han desarrollado nuevos modelos familiares, preocupándonos principalmente el modelo de familia conformado por parejas del mismo sexo².

La Constitución Política de la República (CPR) sostiene en su Capítulo I, sobre las “Bases de la Institucionalidad”, que la familia es el “*núcleo fundamental de la sociedad*” (art. 1 inc. 2), y establece que el Estado tiene como deber “*dar protección a la población y a la familia*” (art. 1 inc. 5), lo que demuestra la vital importancia que tiene ésta para la sociedad, y la necesidad que existe de regularla y protegerla jurídicamente. Dicha labor ha sido encargada a la rama del derecho de familia, que comprende “*el complejo de normas jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los pertenecientes a la familia entre sí y respecto de terceros*”³. De esa forma, el derecho privado regula las relaciones de familia y sus efectos, refiriéndose a la familia en diversas disposiciones del Código Civil (CC), como el art. 15 N° 2 y el art. 815, y tratándola en varias leyes complementarias⁴. En atención a lo anterior, y dado que la familia consiste en el “*conjunto de personas entre las que median relaciones de matrimonio o parentesco a las que la ley atribuye algún efecto jurídico*”⁵, adquiere especial relevancia la institución de la filiación⁶, en tanto fuente del derecho de familia, al tratarse del vínculo jurídico que conforma el parentesco, y, por ende, la familia, provocando el nacimiento de múltiples derechos y obligaciones⁷. Así, se ha afirmado que la filiación constituye una de las instituciones más importantes del derecho civil, y particularmente del derecho de familia, en cuanto “*afecta a las personas en sus raíces más íntimas*”⁸.

² ESPINOZA COLLAO, Álvaro. “*¿En qué está la familia en el derecho del siglo XXI? El camino hacia un pluralismo jurídico familiar*”. *Revista Nueva Época*, Año 10 (41). 2017. pp. 226 y 228.

³ RAMOS PAZOS, René. “*Derecho de Familia*”. Tomo I. 7° ed. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2010. p. 14.

⁴ Entre otras, se puede mencionar la Ley de Matrimonio Civil (1884), la Ley de Registro Civil (1884), la Ley N° 19.585 en materia de filiación (1998), la nueva Ley de Matrimonio Civil N° 19.947 (2004), la Ley N° 19.620 sobre adopción de menores (1999) y la Ley N° 20.830, que crea el Acuerdo de Unión Civil (2015).

⁵ RAMOS PAZOS, René. Op. cit. p. 9.

⁶ Regulada en el Título VII del Libro Primero del Código Civil. Artículo 179 y siguientes.

⁷ RAMOS PAZOS, René. “*Derecho de Familia*”. Tomo II. 7° ed. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2010. p. 399.

⁸ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. “*El Sistema Filiativo chileno*”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007. p. 13.

En ese contexto, y para efectos de la presente memoria, nos enfocaremos en las relaciones de filiación existentes en el seno de las familias, específicamente en aquellas que se desarrollan en las familias homo y lesboparentales, y de su tratamiento por el ordenamiento jurídico.

Actualmente las parejas del mismo sexo son capaces de, en los hechos, formar una familia, y tener hijos/as, ya sea mediante la ayuda de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), mediante la crianza conjunta de los hijos biológicos de uno de los integrantes de la pareja o de los hijos adoptados por uno de ellos. Sin embargo, el ordenamiento jurídico chileno vigente no permite la determinación de la paternidad de dos padres o de la maternidad de dos madres con respecto a un hijo/a, privando a los hijos e hijas de parejas del mismo sexo de los derechos que a todos los niños y niñas corresponden en sus relaciones familiares, extendiendo sobre ellos/as la discriminación que históricamente se ha ejercido en contra de personas que tienen una orientación sexual diversa, y generando una absoluta desprotección legal de este tipo de familias⁹.

En el plano internacional, el Caso Atala Riffo, ante la Corte Internacional de Justicia, se ha posicionado como un referente sobre no discriminación por orientación sexual a nivel global, y sobre las nuevas formas de hacer familia por parte de personas homosexuales, provocando el surgimiento de obligaciones internacionales para el Estado de Chile¹⁰. Asimismo, el Estado chileno firmó un acuerdo de Solución Amistosa con el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Movilh) ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, adoptando el compromiso de velar por que su legislación promueva la dignidad de todas las personas sin distinción por su orientación sexual o identidad de género¹¹.

En este contexto, y en vistas de la necesidad de contar con un estatuto jurídico que aborde los derechos de filiación de los hijos e hijas que conformen este tipo de familias, el 22 de abril de 2016 ingresó al Congreso un Proyecto de Ley que “regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo” (Boletín N° 10.626-07), con el objetivo de cumplir con los principios de igualdad y no discriminación, protección de las familias y los derechos de los niños y las niñas. Dicho proyecto regula el derecho de filiación en las siguientes tres hipótesis:

⁹ Boletín N° 10.626-07. Proyecto de Ley que “Regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo”, de 22 de abril de 2016. p. 1.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas vs. Estado de Chile. Sentencia de 24 de febrero, 2012.

¹¹ Acuerdo de Solución Amistosa. Caso P-946-12. Estado de Chile y Movimiento de Integración y Liberación Homosexual. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 11 junio 2016. pp. 1-2.

1. Parejas de mujeres que se han sometido conjuntamente a técnicas de reproducción humana asistida.
2. Parejas de mujeres que cuidan y crían conjuntamente al hijo/a de una de ellas quien no tiene paternidad determinada: reconocimiento voluntario de maternidad por la mujer que no es madre biológicamente.
3. Parejas de convivientes civiles que cuidan y crían conjuntamente: posibilidad de adopción en tres situaciones:
 - a. Adopción del hijo/a del o la conviviente civil que solo ha sido reconocido como hijo/a por ella.
 - b. Adopción del hijo/a del o la conviviente civil aun si éste ha sido reconocido por ambos padres o cuenta con filiación matrimonial, cumpliéndose ciertas condiciones.
 - c. Adopción conjunta de los convivientes civiles, regulándolos como parejas legalmente habilitadas para adoptar.

La presente memoria pretende analizar críticamente el proyecto de ley mencionado, abordando elementos positivos y críticos de la propuesta de filiación en sus tres hipótesis, para determinar si el estatuto jurídico que propone es el adecuado de conformidad a los compromisos y obligaciones internacionales contraídos por el Estado de Chile, si enfrenta adecuadamente el problema de discriminación histórico por razones de orientación sexual en materia de derechos filiativos, y si es compatible con el ordenamiento jurídico chileno y sus instituciones, incluyendo una perspectiva de derecho comparado. En principio, creemos que, si bien este proyecto implica un avance en el reconocimiento de este tipo de familias, y se condice con las obligaciones y compromisos internacionales del Estado de Chile¹², le falta avanzar en el reconocimiento del derecho de filiación de hijos de parejas conformadas por dos hombres, y requiere de una mayor modificación del ordenamiento jurídico chileno, en miras de la inclusión de este tipo de familias en nuestro derecho.

Para cumplir dicho objetivo, el trabajo que a continuación se presenta se organizará en tres capítulos, para finalizar con una conclusión en que se responderán las interrogantes planteadas al inicio de la memoria. El primer capítulo tratará de la filiación en el derecho chileno, incluyendo una

¹² Dichas obligaciones dicen relación con las libertades y derechos consagrados en los tratados internacionales vigentes ratificados por Chile, que deben ser respetados y garantizados por éste, consistentes principalmente en el derecho de igualdad y no discriminación, el derecho a la identidad, a la vida privada, al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a formar una familia y vivir en ella, y el principio de interés superior del niño, niña y adolescente. Asimismo, el Estado de Chile está obligado a ejecutar las medidas impuestas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Atala Riffo, que se estudiarán más adelante, pero que en general dicen relación con la no discriminación por orientación sexual; y finalmente debe cumplir el compromiso internacional asumido a través del Acuerdo de Solución Amistosa firmado con el Movilh el año 2016.

aproximación a su concepto, características, clasificación, fuentes y efectos, y terminando con un apartado referido a la evolución de la familia y las nuevas formas de filiación. El segundo capítulo desarrollará la situación de la filiación homo y lesboparental en Chile, basándose en el marco normativo expuesto en el capítulo anterior y en cómo éste excluye la posibilidad de filiación en familias conformadas por parejas del mismo sexo, señalando, luego, los derechos involucrados, los argumentos nacionales, de derecho comparado e internacionales a favor de su regulación, los compromisos y obligaciones del Estado de Chile al respecto, algunos casos y jurisprudencia sobre familias homo y lesboparentales, y una breve mención de los proyectos de ley relacionados que actualmente se están tramitando. El tercer capítulo consistirá en la presentación y análisis del proyecto de ley que regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo, iniciando con una exposición de sus antecedentes, objetivos, hipótesis de filiación planteadas, modificaciones que realizará a la legislación vigente en Chile, leyes similares existentes en el derecho comparado, y finalizando con un análisis acabado de dicho proyecto, analizando cuidadosamente las hipótesis de filiación propuestas, las reformas específicas planteadas y su posible aplicación, y examinando su adecuación a los principios y derechos involucrados en este tipo de familias y a las obligaciones y compromisos internacionales del Estado de Chile.

CAPÍTULO I: “DE LA FILIACIÓN EN EL DERECHO CHILENO”

Este primer capítulo tiene como objetivo explicar, sucintamente, el tratamiento que el ordenamiento jurídico chileno da a la filiación, y la importancia que ésta tiene para el reconocimiento y protección de la familia, en atención a los derechos y obligaciones que de ella se desprenden. De esa manera, se pretende que el lector comprenda acabadamente la regulación que efectúa nuestro derecho y las razones que lo motivaron, principalmente ligado a la visión tradicional de familia, basada en el matrimonio heterosexual entre un hombre y una mujer.

Para cumplir dicho objetivo, el presente capítulo iniciará con una breve aproximación al concepto de filiación en el derecho chileno, continuando con una exposición de sus características y principios propios, las clases de filiación existentes en Chile y sus diferentes fuentes. Posteriormente se explicarán los efectos de la filiación, mencionando brevemente los derechos y obligaciones a que da lugar, y que dan cuenta de la gran importancia que tiene esta institución para el derecho de familia. Finalmente, se hará referencia a la evolución histórica que ha sufrido la concepción de familia, especialmente en los últimos años, lo cual, junto con el desarrollo de las tecnologías, ha permitido el nacimiento de nuevos modelos familiares, enfocándonos en la situación de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, específicamente respecto de las relaciones de filiación que se desarrollan en su seno y de la falta de reconocimiento de las mismas por el ordenamiento jurídico chileno.

1. Concepto de filiación

La palabra filiación deriva de “*filius*”, que significa hijo en latín, y consiste en la relación que existe entre padres e hijos¹³. En ese sentido, la filiación se ha definido 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*”¹⁴. Asimismo, el profesor Manuel Somarriva ha afirmado que “*es la relación de descendencia que existe entre dos personas, una de las cuales es padre o madre de la otra*”¹⁵.

¹³ ABELIUK MANASEVICH, René. “*La filiación y sus efectos*”. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000. p. 39.

¹⁴ RAMOS PAZOS, René. Tomo II. Op. cit. p. 389.

¹⁵ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. “*Derecho de Familia*”. Tomo II. Ediar Editores Ltda., Santiago de Chile, 1983. p. 391.

La legislación chilena no define lo que es filiación, sin embargo, contiene diversas disposiciones que la regulan, y que hacen uso de los términos “paternidad y “maternidad”¹⁶, de lo cual se desprende su concepto en el sentido enunciado, como una relación o vínculo entre el padre o madre y su hijo/a, que, al ser establecida por la ley, tiene el carácter de legal.

Históricamente, el criterio escogido por el derecho para determinar la filiación ha consistido en el hecho biológico de la procreación, arraigado al vínculo sanguíneo entre padre o madre e hijo, sin embargo, se ha evolucionado desde este tipo de concepciones a concepciones que entienden la filiación como una relación fundamentalmente jurídica, que va más allá de la realidad biológica sanguínea¹⁷. En ese sentido, la profesora Maricruz Gómez de la Torre sostiene que la filiación es “*una relación fundamentalmente jurídica entre el padre y el hijo y la madre y el hijo*”, y de esa manera respalda la idea de que ésta, si bien se establece predominantemente en atención al hecho biológico de la procreación, también puede determinarse e incluye otros tipos de filiación, derivados de hechos no biológicos, como son la institución de la adopción y la procedente de técnicas de reproducción humana asistida con donante, en las cuales adquieren especial relevancia los principios de voluntariedad y responsabilidad, y se considera como más importante la realidad afectiva, social y educacional del hijo o hija, que la realidad biológica de los mismos¹⁸.

2. Características y principios de la filiación

La institución de la filiación tiene ciertas características que la diferencian de otras materias del derecho de familia, y que explican su importancia para el mismo. Así, nuestra jurisprudencia ha sostenido que la filiación: 1) Es un hecho jurídico; 2) Que constituye un estado civil (de hijo, padre o madre); y 3) Que es fuente de derechos y obligaciones¹⁹, a los cuales nos referiremos en el apartado relativo a los efectos de la filiación. Dicha caracterización de la filiación ha sido afirmada, también, por el Dr. Rodrigo Barcia Lehmann, que señala que ésta es un hecho jurídico que confiere la calidad de hijo, padre o madre, no existiendo en la actualidad diferencias en los derechos que tiene el hijo matrimonial y el no

¹⁶ Artículo 179 y siguientes del Código Civil.

¹⁷ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. “*Sistema Filiativo: Filiación biológica*”. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2017. p. 27.

¹⁸ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2007. Op. cit. pp. 17-18.

¹⁹ Corte Suprema, Sentencia de 21 de octubre de 2013, Rol N° 4311-2013. Énfasis agregado. Corte Suprema, Sentencia de 25 de septiembre de 2006, Rol N° 2564/2006 (Casación). Considerando tercero.

matrimonial, y derivándose de dicha calidad una serie de consecuencias, que pueden ser tanto patrimoniales como extrapatrimoniales o personales²⁰.

A su vez, existen ciertos principios básicos que informan la filiación, que se han asentado con la introducción de la Ley N° 19.585, y cuyos fundamentos se encuentran principalmente en la Constitución Política de la República y en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado de Chile²¹, pudiendo mencionarse los siguientes: 1) Principio de igualdad; 2) Principio del interés superior del niño; 3) Principio de la libre investigación de la paternidad y de la maternidad; y 4) El derecho del niño a ser oído²². Dichos principios consisten en el conjunto de estándares que deben ser observados en materia de filiación, ya sea al momento de aplicar el derecho o al resolver un conflicto normativo entre diferentes derechos en colisión, por cuanto son una exigencia de la justicia, equidad, y en general de la moralidad en sus diferentes dimensiones²³. A continuación, desarrollaremos someramente estos principios, en tanto algunos de ellos serán expuestos con mayor profundidad en el apartado concerniente a los argumentos a favor de legislar sobre la filiación homo y lesboparental en Chile.

2.1. Principio de igualdad

Consiste en un principio y regla inserto en nuestro ordenamiento jurídico que, en el sentido aristotélico, implica la exigencia de tratar de la misma manera a lo que es igual y de distinta a lo que es distinto. Así, la Corte Suprema ha afirmado que la igualdad consiste en que *“las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentran en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares”*, es decir, que *“ninguna persona es superior o inferior a otra en dignidad y derechos, lo que implica que nadie puede ser discriminado”*²⁴.

Por otro lado, el académico Amartya Sen afirma que las investigaciones que parten de un supuesto de uniformidad originaria, como el reiterado *“todos los hombres nacen iguales”*, no consideran las diferencias reales existentes entre las personas, pudiendo llegar a ser muy poco igualitarias respecto de

²⁰ BARCIA LEHMANN, Rodrigo. *“Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia”*. Santiago, Chile. Thomson Reuters Puntlex, 2011. pp. 398-399.

²¹ Los principios de la filiación están consagrados principalmente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), la Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia (2013), y los Principios de Yogyakarta (2007).

²² GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2017. Op. cit. pp. 51 y 53.

²³ *Ibíd.* p. 51.

²⁴ *Ibíd.* p. 58.

las personas que se encuentran en una posición desfavorable²⁵. En consideración a ello, el autor plantea la pregunta ¿igualdad de qué?, para determinar la variable focal a partir de la cual se evaluará la igualdad, en consideración a la diversidad humana existente. La variable escogida dependerá de lo que cada una de las teorías piensa que es el ámbito social más importante dentro del cual exigir igualdad²⁶. Así, la igualdad en términos de una variable puede no coincidir con la igualdad en la escala de otra variable²⁷. Lo importante es que, al realizar tal evaluación, se tomen en consideración las características y diversidad de las personas sometidas a comparación, y en base a ello se determine si existe igualdad en ese ámbito o, por el contrario, se está efectuando un trato discriminatorio. Ahora bien, la variable focal planteada por Amartya Sen dice relación con la capacidad de conseguir aquellos “funcionamientos” valiosos que componen nuestra vida, y que son constitutivos de nuestro bienestar, y más generalmente de conseguir nuestra libertad de fomentar los fines que valoramos²⁸. En ese sentido, *“la exigencia de equidad implica la igualdad de capacidades, igualdad de bienestar en términos de logros y funcionamientos e igualdad de libertades públicas, es decir, es un asunto de “libertades” de distintos tipos”*²⁹.

En suma, la igualdad se configura como un derecho y garantía para todas las personas en materia filial, lo que implica que nadie puede ser discriminado en cuanto a la determinación de su filiación, sus derechos y obligaciones, etc. Aquello puede apreciarse, por ejemplo, en la igualdad de derechos existente entre los hijos que tienen filiación determinada, independiente de la circunstancia de su nacimiento, lo cual se hizo efectivo con la Ley N° 19.585 de 1998.

2.2. Principio del interés superior del niño, niña y adolescente

Es un principio general del derecho, que ha sido consagrado por la Convención de los Derechos del Niño (CDN) de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Chile el 14 de agosto de 1990, y que paulatinamente se ha ido incorporando a nuestra legislación, a través de distintas leyes chilenas que lo contemplan, como la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia (art. 16 inc. 2), la Ley N° 19.620 sobre adopción de menores, la Ley N° 19.585 en materia de filiación, y el Código Civil en diversas disposiciones (art. 222, 225 inc. 3, 229, etc); configurándose actualmente como el principio fundamental

²⁵ SEN, Amartya. *“Nuevo examen de la desigualdad”*. Alianza Editorial, Madrid, 1999. p. 13.

²⁶ SEN, Amartya. Op. cit. pp. 7-8.

²⁷ SEN, Amartya. Op. cit. pp. 13-15.

²⁸ SEN, Amartya. Op. cit. p. 9.

²⁹ LODO, María y OTÁLORA, Cristina. *“El problema de la equidad y la diversidad según Amartya Sen”*. [En línea] Instituto Salamanca, 2013. <<https://institutosalamanca.com/blog/equidad-diversidad-segun-amartya-sen/>> [Consulta: 22 enero 2020].

en el derecho de los niños, niñas y adolescentes (NNA)³⁰, debiendo fundar todas las decisiones en que éstos se vean involucrados.

La CDN no ha definido lo que es el interés superior del niño, niña y adolescente, sin embargo, en la actualidad se ha llegado a concebir como “*la priorización de los derechos (intereses) de los NNA, por sobre otras consideraciones*”³¹. En relación a esto, el profesor Miguel Cillero ha afirmado que el interés superior del niño es la “*plena satisfacción de sus derechos*”³².

Tal mandato y lo que implica tendrá que ser determinado caso a caso, de modo que se procure el respeto del interés superior del NNA por toda autoridad administrativa, tribunal u órgano legislativo que aplique o regule ciertas cuestiones, en que se vean involucrados niños, niñas o adolescentes. Aquello implica, en palabras del profesor mencionado, que en cada caso deberá tomarse la decisión que asegure la máxima satisfacción y la menor restricción de los derechos del NNA³³.

2.3. Principio de la libre investigación de la paternidad y de la maternidad

Comprende el derecho de todo individuo de conocer su origen biológico, lo cual se traduce en el derecho que tiene el hijo/a a acceder a una investigación judicial para saber quién es su padre o madre biológica y a tener una relación con ellos. Este principio privilegia la verdad biológica de la paternidad o maternidad sobre la verdad formal, y se relaciona directamente con el derecho a identidad que tiene toda persona de conocer su origen biológico y de pertenecer a una familia, sin embargo, en ciertos casos, dicho derecho entra en tensión con el derecho a la intimidad del padre o la madre³⁴.

Tal investigación estaba inicialmente prohibida por el Código de Bello, sin embargo, posteriormente se permitió su realización en forma restringida³⁵, lo que se mantuvo así hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585³⁶, que la consagró ampliamente en el art. 195 del CC “*la ley posibilita*

³⁰ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2017. Op. cit. p. 73.

³¹ ESPEJO YAKSIC, Nicolás y LATHROP GÓMEZ, Fabiola. “*Identidad de género, relaciones familiares, y derechos de niños, niñas y adolescentes. Comentarios al proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género*”. *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Año 22 (2). 2015. p. 405.

³² COMISIÓN ESPECIAL ENCARGADA DE TRAMITAR PROYECTOS DE LEY RELACIONADOS CON LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. “*Informe recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo*”. Boletín N° 10.626-07. Santiago, 18 de junio de 2019. pp. 101-102.

³³ Idem.

³⁴ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2017. Op. cit. pp. 100-101.

³⁵ Modificación realizada por la Ley N° 10.271, que autorizó la investigación bajo ciertas y determinadas causales, muy difíciles de aplicar en la práctica.

³⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. “*Historia de la Ley N° 19.585*”. Santiago, 7 de mayo de 2018. [En línea]

<https://www.bcn.cl/historiadelailey/fileadmin/file_ley/6627/HLD_6627_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf> [Consulta: 10 enero 2020]. pp. 4-5.

la investigación de la paternidad o maternidad, en la forma y medios previstos en los artículos que siguen”. De esa forma, la ley permite, a través de las acciones de filiación, conocer la verdad biológica y hacer efectivo el derecho a la identidad de los hijos/as, de conformidad a los arts. 7 y 8 de la CDN³⁷.

2.4. El derecho del niño a ser oído

Consiste en el derecho que tiene todo niño o niña, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, de expresar su opinión, la cual debe ser debidamente considerada y tomada en cuenta, de acuerdo a su edad y grado de madurez³⁸. Está consagrado en la CDN, Parte I, art. 12, que señala que:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

Esto se traduce en que los Estados Partes deben permitir que el niño/a exprese sus opiniones sin presión y que decida si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado. Asimismo, deben garantizar las condiciones adecuadas para que éste/a ejerza tal derecho, proporcionando un entorno en que se sienta respetado/a y seguro/a, y en que se considere su situación individual y social. Para que el niño/a exprese su opinión informadamente, los responsables de escucharlo y sus padres o tutores deben informarle de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias, además de las condiciones en que se le pedirá que exprese sus opiniones. Finalmente, este derecho es aplicable en todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño/a, sin limitaciones, los cuales tienen que ser accesibles y apropiados para éste/a³⁹.

El Estado de Chile, en tanto parte de la CDN, está obligado a garantizar el ejercicio del derecho expuesto.

³⁷ LEPIN MOLINA, Cristián. “Los nuevos principios del derecho de familia”. [En línea] Revista chilena de derecho privado. ISSN 0718-8072. RChDP N° 23. Santiago dic. 2014. <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722014000200001> [Consulta: 9 enero 2020].

³⁸ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2017. Op. cit. p. 114.

³⁹ Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 12, 20 de julio de 2009. pp. 10 y 12.

3. Clases de filiación

La filiación como fuente del derecho de familia, puede ser de múltiples clases y ello estará determinado por su origen, las que han ido variando con el tiempo, como consecuencia de la evolución tendiente a la aceptación de nuevas formas de determinar la filiación, que van más allá de la realidad biológica basada en el vínculo sanguíneo existente entre el padre o madre y el hijo respectivo, e incorporando, así, factores de uso de nuevas tecnologías y procedimientos médicos.

Considerando lo expuesto, actualmente la filiación en Chile puede ser clasificada de la siguiente forma:

3.1. Filiación natural

Es aquella que deriva de la naturaleza, es decir, en que los hijos son biológicamente tales, producto de una relación sexual de sus padres⁴⁰. El Código Civil (CC), en su artículo 179, señala que “*la filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial*”, y en su artículo 180 menciona las formas de determinarla, que serán analizadas más adelante.

Además, respecto de los hijos nacidos después de la celebración del matrimonio, el derecho establece una presunción de paternidad en favor del marido, limitando su procedencia a los trescientos días siguientes a la disolución o separación judicial de los cónyuges, salvo que el nacimiento haya ocurrido antes de expirar los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, que el marido no haya tenido conocimiento del embarazo al momento de casarse y que desconozca judicialmente su paternidad (art. 184 CC). El legislador mantuvo dicha presunción en base al principio de certeza que otorga el matrimonio, y suponiendo dos hechos en relación a éste: la cohabitación de los cónyuges después del matrimonio y la fidelidad de la mujer al marido⁴¹.

Si se analiza la Ley N° 19.585, relativa a la filiación, se puede concluir que tiene como objetivo la obtención de la verdad biológica entre el hijo cuya filiación se determina y su correlativo padre o madre, por sobre la verdad formal, por cuanto consagra el principio de la libre investigación de la paternidad y de la maternidad en el art. 195 del CC, posibilitando que el hijo/a pueda ejercer la acción de reclamación de filiación en términos amplios, en contra de quien corresponda y apoyado por todas las pruebas que admite la ley⁴².

⁴⁰ ABELIUK MANASEVICH, René. Op. cit. p. 44.

⁴¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. “*Historia de la Ley N° 19.585*”. Op. cit. pp. 6 y 45.

⁴² *Ibíd.* pp. 4-5.

3.2. Filiación por técnicas de reproducción humana asistida (TRHA)

Es aquella en la cual la concepción se produce por la utilización de alguna de las técnicas de reproducción asistida calificadas como tales, y que está regulada en el artículo 182 del CC⁴³, que dispone que *“el padre o 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”*.

Este tipo de filiación puede ser por naturaleza, cuando el material genético proviene de los padres, de conformidad al art. 179 del CC, pudiendo ser matrimonial o no matrimonial; o puede ser legal, en base al art. 182 mencionado, respecto de ambos padres o de uno de ellos, cuando se utiliza el material genético de un tercero. En ambos casos, el elemento determinante es el consentimiento del padre y madre para someterse a dichas técnicas, como se desprende del último artículo, al afirmar que el padre y la madre *“son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas”*⁴⁴. En esa línea, la Resolución Exenta N° 1072 de 1985, que establece *“normas aplicables a la fertilización in vitro y la transferencia embrionaria”*, señala, en su N° 9, que las parejas que cumplan con los requisitos para someterse a esas técnicas deberán manifestar expresamente, por escrito, su voluntad de autorizar los procedimientos. Asimismo, en la discusión en el Parlamento de la Ley N° 19.585 se afirmó reiteradamente que la idea que subyace a la norma del art. 182 es dar primacía a la *“voluntad de acogida”* que tienen esas parejas, por sobre los derechos que pudieran reclamar los que hubieran aportado material genético⁴⁵.

Han existido dudas respecto de la constitucionalidad de la norma enunciada, en cuanto limitaría el derecho a la identidad que tiene toda persona de conocer a sus padres biológicos. Dicha inquietud fue objeto de debate en el Parlamento, en torno a la tramitación de la Ley N° 19.585, afirmándose también que atentaría contra la garantía de la libre investigación de la paternidad, y que se estaría protegiendo más dicha filiación que aquella paternidad derivada del matrimonio, que sí admite impugnación⁴⁶. Sin embargo, la introducción del art. 182 tiene su origen exactamente en la limitación de tal investigación y de la posibilidad de interponer acción de reclamación, en orden a proteger a la pareja que optó por la fertilización asistida, frente a un mal uso de la acción de filiación y reclamo de una pretendida calidad de padre biológico, en caso que se use el gameto de una persona externa, asegurándole, así, que su filiación no será perturbada por terceros extraños a ambos, bajo ningún pretexto. Asimismo, la Comisión

⁴³ Artículo introducido durante la discusión en el Senado de la Ley N° 19.585.

⁴⁴ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2017. Op. cit. p. 171.

⁴⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *“Historia de la Ley N° 19.585”*. Op. cit. p. 13.

⁴⁶ Afirmación realizada por el Diputado Sr. Monge. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *“Historia de la Ley N° 19.585”*. Op. cit. p. 886.

de Constitución, en su Segundo Informe, optó por introducir dicha norma en un nuevo art. 182, en vez incorporarla al final del art. 193, referente a la investigación de la paternidad y maternidad en juicios de filiación, con el fin de evitar que la determinación de la filiación de los hijos concebidos mediante la aplicación de TRHA se tildara como una discriminación o excepción al derecho de todos los hijos de reclamar su filiación⁴⁷.

El legislador no ha regulado detalladamente las condiciones de uso de las estas técnicas respecto de las personas que se someten a ellas ni de los donantes, y tampoco ha establecido en la ley las técnicas que son admisibles y las que no lo son, limitándose, en lo referente a sus efectos filiativos, a la regulación mencionada. Sin embargo, los antecedentes legislativos del proyecto de ley que incorporó dicha disposición legal dan cuenta de que los senadores tenían como presupuesto la limitación de las TRHA a cierto tipo de técnicas, consistentes en: la Inseminación Artificial (IA), Fecundación in Vitro (FIV), la Transferencia Intratubárica de Gametos (GIFT) y la técnica de Inyección Intracitoplasmática (ICSI), sea con gametos propios o de terceros, descartando, así, las técnicas consistentes en la fecundación *post mortem* y la maternidad subrogada⁴⁸.

Esta última técnica, al igual que en varios países del mundo, ha sido excluida en Chile, en tanto plantea diversos problemas: en primer lugar, legales, en relación a la determinación de la filiación, ya que en Chile la maternidad es determinada por el parto, como se verá en los apartados siguientes; y, en segundo lugar, éticos, cuando es utilizada con fines comerciales, atentando contra la dignidad de la mujer como fin en sí misma⁴⁹. Sin perjuicio de ello, y a diferencia de la legislación española, el ordenamiento jurídico chileno no prohíbe la aplicación de dicha técnica, pero tampoco la regula, por lo tanto no hay ley que avale el procedimiento y que excepcione a la mujer que da a luz de la calidad de madre.

3.3. Filiación adoptiva

Es la que deriva de la adopción, es decir, que no deriva de la naturaleza, sino que está determinada por la ley, e intervienen la voluntad de las partes y de la autoridad judicial, que la constituye⁵⁰. La adopción se ha definido como “*el acto de recibir legalmente como propio a un hijo que biológicamente*

⁴⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. “*Historia de la Ley N° 19.585*”. Op. cit. p. 550.

⁴⁸ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2017. Op. cit. p. 171.

⁴⁹ ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela. “*Técnicas de Reproducción humana asistida, desafíos del siglo XXI: una mirada transdisciplinaria*. Maricruz Gómez de la Torre (dir.) Abeledo Perrot Thomson Reuters, Santiago, 2013, 308pp”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 20 (1). 2013. p. 418.

⁵⁰ ABELIUK MANASEVICH, René. Op. cit. p. 225.

*no lo es, para brindarle el afecto y los cuidados necesarios para satisfacer sus necesidades espirituales y materiales*⁵¹.

Se rige por la Ley de Adopción N° 19.620 de 1999, que establece cuando un/a niño/a es susceptible de ser adoptado/a, los requisitos para adoptar, el orden de prelación a seguir entre las personas capaces e interesadas en ello, el procedimiento para llevarlo a cabo, etc. Asimismo, en su art. 37, establece que la adopción confiere al adoptado/a el estado civil de hijo/a de los adoptantes y extingue sus vínculos de filiación de origen. Dicha ley, al igual que la Ley de Filiación que le antecedió, supuso un gran cambio respecto de la regulación vigente hasta la fecha, que distinguía entre adopción plena y simple, confiriéndole el estado civil de hijo/a legítimo/a, y los derechos que ello conlleva, únicamente al adoptado/a plenamente.

Actualmente la adopción es una sola, y la filiación determinada de esa forma no tiene, para efectos legales, ninguna diferencia con las otras, siendo matrimonial si quienes adoptan al menor tienen la calidad de cónyuges, y no siéndolo en el caso de que el adoptante sea una persona soltera o viuda⁵².

3.4. Filiación determinada / no determinada

La filiación natural y la filiación por aplicación de TRHA, a su vez, pueden ser determinadas o no determinadas, según si han sido legalmente establecidas a través de alguna de las formas de determinación de la maternidad o paternidad señaladas por la ley o no⁵³. Dichos mecanismos están establecidos en el Título VII del Libro Primero del Código Civil, y varían según se trate de un/a hijo/a concebido/a por aplicación de TRHA (art. 182), de la maternidad (art. 183), de la filiación matrimonial (180 y 184), o de la filiación no matrimonial (art. 186 a 194).

Así, de conformidad al art. 37 del CC, “*La filiación de los hijos puede no encontrarse determinada respecto de su padre, de su madre o de ambos*”, lo cual tiene importancia para el otorgamiento del estado civil de hijo/a (art. 33 del CC), y los efectos que de ello se derivan (art. 181 del CC)

⁵¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE / BCN. “*Guía legal sobre adopción*”. Santiago, febrero de 2010. [En línea] <<https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/adopcion>> [Consulta: 1 octubre 2019].

⁵² ABELIUK MANASEVICH, René. Op. cit. p. 52.

⁵³ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2017. Op. cit. p. 121.

4. Fuentes de filiación

Ahora bien, en relación con la determinación de la filiación, que será tratada en el siguiente apartado, es posible sostener que las fuentes de filiación son tres:

- 1) La ley, que determina la filiación en base a ciertos presupuestos;
- 2) El reconocimiento voluntario que hace la madre, el padre o ambos sobre el hijo/a; y
- 3) La sentencia judicial, cuando un tribunal declara la maternidad o paternidad anteriormente no reconocida o modifica una ya determinada⁵⁴.

5. Determinación de la filiación

La filiación es una de las instituciones primordiales del derecho de familia, y su determinación tiene gran trascendencia, en cuanto solo cuando esté legalmente determinada producirá efectos, los cuales serán iguales para todos los hijos/as, independiente de la forma en que se determinó su vínculo filial. Asimismo, de ella se deriva el parentesco, dando nacimiento a varias relaciones jurídico-familiares, que constituyen el fundamento del derecho de familia⁵⁵. En relación a esto, y de conformidad al art. 37 del CC, una persona puede no tener filiación determinada respecto de ambos padres (filiación indeterminada), o puede tenerla determinada sólo respecto de su madre, sólo respecto de su padre, o respecto de ambos.

Determinar la filiación consiste en señalar jurídicamente quién es el padre o la madre de una persona⁵⁶, y puede hacerse de diferentes formas, siendo posible distinguir las siguientes situaciones: 1) Determinación de la maternidad; 2) Determinación de la filiación matrimonial; y 3) Determinación de la filiación no matrimonial⁵⁷. Si bien los hijos matrimoniales y no matrimoniales tienen los mismos derechos, las formas de determinación, impugnación y repudio de la filiación en uno y otro caso tienen un tratamiento diferente, lo que da sentido a su distinción.

A continuación, trataremos las diferentes formas de determinar la filiación, lo cual tendrá utilidad para entender, luego, la situación de la filiación homo y lesboparental en Chile.

⁵⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE / BCN. “*Guía legal sobre filiación*”. Santiago, enero de 2009. [En línea] <<https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/filiacion>> [Consulta: 13 septiembre 2019].

⁵⁵ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2017. Op. cit. p. 126.

⁵⁶ *Ibíd.* p. 122.

⁵⁷ RAMOS PAZOS, René. Tomo II. Op. cit. p. 406.

5.1. Determinación de la maternidad

Ya sea que se trate de la maternidad matrimonial o no matrimonial, las formas de determinar la relación de filiación entre una madre y su hijo/a son las mismas, y están señaladas en el artículo 183 de nuestro Código Civil:

- 1) Por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo/a y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil.
- 2) Por el reconocimiento de la madre; y
- 3) Por sentencia firme en juicio de filiación (art. 186 CC).

Las últimas dos formas de determinar la maternidad operan cuando ésta no ha podido establecerse a través del hecho consistente en el parto, ya sea porque la declaración del solicitante no coincide con el comprobante de parto, porque no existe dicho comprobante, o porque las identidades del hijo o hija no constan en la inscripción respectiva. Asimismo, proceden en los supuestos de adopción y aplicación de las técnicas de reproducción asistida, en los que no necesariamente existe un vínculo biológico entre la madre y el hijo o hija cuya filiación se determina. Estos dos mecanismos de determinación se rigen por las mismas reglas que rigen el reconocimiento y el juicio de filiación para determinar la paternidad⁵⁸.

5.2. Determinación de la filiación matrimonial

La filiación matrimonial tiene como núcleo central el hecho objetivo del matrimonio, existente entre el padre y madre del hijo/a cuya filiación se determina o celebrado con posterioridad, y, para ser tal, tiene que quedar determinada respecto de ambos cónyuges⁵⁹. Las formas para determinarla están establecidas en los artículos 180 y 185 del Código Civil, y consisten en los siguientes casos:

- 1) Cuando existe matrimonio entre los padres al tiempo de la concepción o del nacimiento del hijo/a, y, según el art. 185 del CC, la maternidad y paternidad estén establecidas legalmente de conformidad con los artículos 183 y 184, respectivamente, es decir, que la maternidad sea determinada en base a alguna de las formas ya señaladas y la paternidad en base a la presunción a que haremos referencia más adelante.
- 2) Cuando los padres contraen matrimonio con posterioridad al nacimiento de su hijo/a, siempre que la paternidad y maternidad hayan estado previamente determinadas por los medios que

⁵⁸ *Ibíd.* pp. 407-408.

⁵⁹ ABELIUK MANASEVICH, René. *Op. cit.* p. 70.

establece el mismo cuerpo legal: dichos medios los contempla el art. 186 del CC, y consisten en el reconocimiento del padre, la madre o ambos, y en la sentencia firme en juicio de filiación.

- 3) Si la paternidad o maternidad no estuviere determinada con anterioridad al matrimonio de los padres, pero el hijo/a es reconocido/a en su conjunto por éstos en el acto del matrimonio o durante su vigencia, en la forma prescrita por el artículo 187.
- 4) Por sentencia firme dictada en juicio de filiación (art. 185 inc. 3, 204 y 221 del CC).

Estas formas de determinación de la filiación matrimonial se han clasificado doctrinariamente, para efectos del uso de la acción de impugnación y de la definición de los titulares de la repudiación del reconocimiento, siendo la primera una forma de filiación matrimonial de origen y las últimas tres matrimoniales adquiridas⁶⁰.

Si bien en esta forma de determinación lo esencial es el matrimonio, no es requisito que éste necesariamente sea válido, en cuanto la determinación podría operar si el matrimonio es simplemente nulo, putativo, o si ha terminado por sentencia de divorcio, como lo muestran los artículos 51 inc. 4, 51 inc. 1 y 53 de la Ley de Matrimonio Civil (LMC)⁶¹.

En cuanto a la determinación de la paternidad cuando existe matrimonio, el derecho ha establecido una presunción simplemente legal en el art. 184 del CC, que deriva de la máxima romana “*pater is est quem nuptiae demonstrat*”, y establece que “*se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a la disolución o a la separación judicial de los cónyuges*”, salvo que haya nacido antes de expirar los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, el marido no haya tenido conocimiento del embarazo al momento de casarse y desconozca judicialmente su paternidad. Dicha presunción también podría operar con posterioridad a los trescientos días desde la separación judicial, “*por el hecho de consignarse como padre el nombre del marido, a petición de ambos cónyuges, en la inscripción de nacimiento del hijo*” (art. 184 inc. 3 del CC). Lo anterior supone que los padres se han reconciliado y reiniciado la cohabitación, restaurándose, así, la presunción de paternidad. Finalmente, la Ley N° 20.830, en su artículo 21, extiende esta presunción a los convivientes civiles de distinto sexo, a propósito de la filiación no matrimonial.

⁶⁰ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2017. Op. cit. p. 130.

⁶¹ BARCIA LEHMANN, Rodrigo. Op. cit. p. 401.

5.3. Determinación de la filiación no matrimonial

La filiación no matrimonial abarca los casos no establecidos en el art. 180 del CC, y puede ser determinada legalmente por el reconocimiento del padre, la madre o ambos, a través de una declaración formulada “1.º *Ante el Oficial del Registro Civil, al momento de inscribirse el nacimiento del hijo o en el acto del matrimonio de los padres; 2.º En acta extendida en cualquier tiempo, ante cualquier oficial del Registro Civil; 3.º En escritura pública; o 4.º En acto testamentario*” (art. 187 del CC). En segundo lugar, la filiación en estudio puede ser determinada por sentencia firme en juicio de filiación (reconocimiento forzado) (art. 186 del CC). Y finalmente, como ya mencionamos, se agrega a estos supuestos la presunción de paternidad de los convivientes civiles de distinto sexo, cumpliéndose con los requisitos del art. 184 del CC, siendo en total tres las formas de determinar este tipo de filiación.

Paulina Veloso define el reconocimiento como “*un acto jurídico en que una persona afirma ser el padre o la madre de otra, que no tiene determinada la paternidad o maternidad, de acuerdo a los requisitos y formas que la ley señala, y por dicha vía queda determinada la paternidad o maternidad de una persona*”⁶². Así, el reconocimiento solo surte efectos cuando se realiza respecto de una persona que no tiene paternidad o maternidad determinada, según lo prescrito por el artículo 189 de CC, y sin perjuicio de las acciones de impugnación y reclamación que puedan ser ejercidas. Dicho reconocimiento puede ser voluntario o forzado, pudiendo el primero ser expreso, tácito o provocado, y siendo el último siempre judicial, determinado por la sentencia judicial firme recaída en el juicio de filiación⁶³.

Ahora bien, sin perjuicio de que el reconocimiento voluntario constituye un tipo de filiación no matrimonial y, por lo tanto, un supuesto de filiación natural, al examinar el contenido de éste, es posible afirmar que el elemento determinante para su procedencia es la voluntad de quien reconoce, y solo se requiere una declaración formulada en la forma establecida por el art. 187 del CC, es decir, mediante acta extendida ante cualquier Oficial del Registro Civil, escritura pública o acto testamentario; sin exigirse que efectivamente exista un vínculo biológico entre el padre o la madre que reconoce y el hijo/a reconocido/a. La ley ha escogido dicho elemento como presupuesto de la correspondencia biológica, con el objeto de facilitar la determinación de la filiación, aun cuando no se asegure que efectivamente sea así⁶⁴.

⁶² VELOSO VALENZUELA, Paulina. “*El Nuevo Estatuto Filiativo y Las Modificaciones al Derecho Sucesorio, a la Luz de las Normas y Principios de la Ley N° 19.585*”. LOM Ediciones Ltda, Santiago de Chile, 1999. p. 49.

⁶³ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2017. Op. cit. p. 163.

⁶⁴ ALBERDI SOTO, Ignacio y MARDONES KRSULOVIC, Javiera P. “*Filiación homoparental: Necesidad de su reconocimiento en el ordenamiento jurídico chileno a la luz de los derechos humanos*”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2016. pp. 64 y 66.

6. Efectos de la filiación

La filiación, cuando está determinada, da lugar al nacimiento de diversos derechos y obligaciones, tanto para el padre o madre como para el hijo, cuya regulación es importante para el legislador. En ese sentido, se ha sostenido que la filiación es una de las instituciones fundamentales del derecho de familia, cuya determinación tiene efecto directo y decisivo en la atribución del estado civil de hijo/a y el recíproco de padre o madre (art. 33 del CC), el régimen de apellidos, cuidado personal, nacionalidad, patria potestad, derechos sucesorios, deber de socorro económico y alimentos, etc⁶⁵. Dichos efectos solo existirán para las personas cuya filiación se encuentre determinada y se retrotraen a la época de concepción del hijo (art. 181 del CC). Actualmente existe una igualdad de efectos entre todos los hijos con filiación determinada, independiente del origen de la filiación, lo cual se extiende a los padres en cuanto a sus propios derechos y obligaciones.

En este sentido, el profesor René Ramos Pazos afirma que los efectos de la filiación consisten en los derechos y obligaciones que derivan de ella y que abarcan las siguientes materias: 1) Autoridad Paterna; 2) Patria Potestad; 3) Derecho de alimentos; y 4) Derechos Hereditarios⁶⁶, los cuales expondremos, brevemente, a continuación.

- 1) Autoridad Paterna: ha sido definida como “*el conjunto de derechos y obligaciones de contenido eminentemente moral, existente entre padres e hijos*”, y es regulada en los artículos 222 a 242 del Código Civil, distinguiéndose entre a) Deberes de los hijos para con sus padres y ascendientes; y b) Derechos-deberes de los padres para con los hijos.
- 2) Patria Potestad: el art. 243 del Código Civil dispone que corresponde al “*conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados*”, y la regula en sus artículos 243 a 273.
- 3) Derecho de alimentos: ha sido definido por el profesor René Ramos Pazos como aquel que “*la ley otorga a una persona para demandar de otra, que cuenta con los medios para proporcionárselos, lo que necesite para subsistir de un modo correspondiente a su posición social, que debe cubrir al menos el sustento, habitación, vestidos, salud, movilización, enseñanza básica y media, aprendizaje de alguna profesión u oficio*”⁶⁷.

⁶⁵ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2017. Op. cit. p. 13.

⁶⁶ RAMOS PAZOS, René. Tomo II. Op. cit. p. 458.

⁶⁷ Ibid. p. 543.

- 4) Derechos Hereditarios: aquellos que nacen a favor del hijo/a cuando su padre o madre fallece, o a favor de éstos últimos cuando su hijo/a fallece sin tener descendientes. El derecho real de herencia consiste en la “*facultad o aptitud de una persona para suceder en todos los derechos y obligaciones transmisibles del causante o en una cuota de los mismos*”⁶⁸.

No profundizaremos más en los derechos y obligaciones que se desprenden de la filiación, ya que exceden el objeto de esta tesis, sin embargo, es crucial tener presente la amplitud de estos efectos y, por lo tanto, la importancia que tiene la determinación de la filiación para el derecho, en el sentido de que quién no tiene filiación determinada, no gozará de ellos.

7. Evolución de la familia y nuevas formas de filiación

El concepto de familia ha sido definido legalmente por la Ley N° 21.150 de 16 de abril de 2019, que modificó la Ley N° 20.530 de 2011, agregando un nuevo numeral 1° en su artículo 2, que señala que la familia “*es el núcleo fundamental de la sociedad, compuesto por personas unidas por vínculos afectivos, de parentesco o de pareja, en que existen relaciones de apoyo mutuo, que generalmente comparten un mismo hogar y tienen lazos de protección, cuidado y sustento entre ellos*”.

Con anterioridad a la dictación de dicha ley, la doctrina fue la encargada de conceptualizar y adecuar la noción de familia a las exigencias y realidades familiares del momento histórico concreto. Así, el profesor René Ramos Pazos ha afirmado que consiste en “*un conjunto de personas entre las que median relaciones de matrimonio o de parentesco (consanguinidad, afinidad o adopción) a las que la ley atribuye algún efecto jurídico*”⁶⁹. A su vez, el artículo 1 de la Constitución Política de la República dispone que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, lo que da cuenta de la gran relevancia que ésta tiene y la necesidad del reconocimiento y regulación de sus relaciones filiales, en tanto constituyen el vínculo de parentesco entre un hijo y su respectivo padre o madre, y todo lo que eso significa.

En la época de promulgación de nuestro Código Civil (1855) se tuvo en consideración un concepto de familia esencialmente tradicional, basado en el matrimonio religioso e indisoluble entre un hombre y una mujer⁷⁰. Sin embargo, como se desprende de la definición legal actual, esto ha ido cambiando, y el

⁶⁸ RAMOS PAZOS, René. “*Sucesión por causa de muerte*”. 1° ed. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2010. p. 25.

⁶⁹ RAMOS PAZOS, René. “*Derecho de Familia*”. Tomo I. Op. cit. p. 9.

⁷⁰ ARANCIBIA, María José y CORNEJO, Pablo. “*El Derecho de Familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos*”. *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, 20 (1). 2014. p. 279.

matrimonio se ha concebido como una institución laica y disoluble, además de que el año 1998 se suprimió la diferencia que existía entre los hijos nacidos fuera y dentro del matrimonio, y de que el año 2015 se aprobó la Ley de Acuerdo de Unión Civil, que permite y le otorga efectos jurídicos a la unión de dos personas, convivientes civiles, ya sean de diferente o igual sexo. Dichas modificaciones han implicado un cambio en los principios que rigen el derecho de familia y han permitido la apertura de nuestra legislación al reconocimiento de nuevas estructuras familiares, que van más allá del matrimonio, y que ya existían de hecho en nuestra sociedad⁷¹.

En esa línea, el artículo 1 inc. 1 de la LMC (Ley N° 19.947) sostiene que el matrimonio es la base principal de la familia, con lo cual se infiere que no es la única, y que ésta puede prescindir del mismo. En relación a ello, al revisar la historia de la ley mencionada, se desprende que existió gran controversia respecto de la introducción de dicha disposición y su significado, en tanto, por un lado, ciertos senadores afirmaban la necesidad de ella, en orden a proteger la familia y el matrimonio como su base fundamental, abogando incluso por sustituir dicho inciso por otro que consagrara el matrimonio como la única base de la familia (senadores señores Bombal, Coloma, Larraín y Romero), lo cual, afortunadamente, se rechazó. Y, por otro lado, varios senadores eran de la opinión de que, si bien el matrimonio es la base principal de la familia, no es la única, existiendo familias, por ejemplo, conformadas por madres solteras, por personas separadas que formaron un hogar común, abuelos que se hacen cargo de sus nietos, etc., las cuales merecen igual protección. En base a ello, los senadores señores Gazmuri y Núñez estaban por suprimir el inciso controvertido, sin embargo, la Comisión no compartió la propuesta, fundamentalmente porque la norma repite uno de los principios contenidos en el art. 1 de la CPR y agrega la vinculación de la familia con el matrimonio.⁷² De todas formas, la redacción actual solo señala que el matrimonio es la base principal de la familia, sin restringirla a éste, y permitiendo que existan familias que prescindan de ello, como sostuvieron múltiples parlamentarios.

Por su parte, el Comité de Derechos del Niño, de la Convención sobre Derechos del Niño, reconoce en su Observación General N° 7 de 2006 “*que ‘familia’ se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño*” (párrafo 15). Siguiendo esta idea, también afirma que “*en la práctica los modelos familiares son variables y cambiantes en muchas regiones, al igual que la disponibilidad de redes no estructuradas de apoyo a los*

⁷¹ *Ibíd.* p. 285.

⁷² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. “*Historia de la Ley N° 19.947*”. Santiago, 17 de mayo de 2004. [En línea] <<https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/606/4/HL19947.pdf>> [Consulta: 15 enero 2020]. pp. 1657-1658.

padres, y existe una tendencia global hacia una mayor diversidad en el tamaño de la familia, las funciones parentales y las estructuras para la crianza de los niños” (párrafo 19)⁷³.

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos afirmar que los nuevos principios que han surgido para tutelar las relaciones familiares, entre otros, son los siguientes: a) la inclusión de otros modelos familiares; b) la inclusión y ocupación de las uniones entre parejas del mismo sexo; c) la prohibición de matrimonio de mujeres menores de edad; d) la igualdad en los miembros de la pareja; y e) la no discriminación de los miembros de la familia. De esa manera, se ha abierto la posibilidad de acoger y reconocer otros modelos familiares, que van desde la familia no matrimonial, la de composición múltiple o poligámica, las encabezadas por mujeres jefas de hogar, y hasta la familia homo o lesboparental⁷⁴, siendo ésta última la estructura familiar relevante para nosotros, por lo cual será tratada más adelante con mayor profundidad.

En este contexto, cobra relevancia la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el Caso Atala Riffo e Hijas vs. Estado de Chile, en la cual la Corte se refiere al concepto de familia, mencionando diversos casos y órganos de derechos humanos creados por tratados que han indicado que no existe un modelo único, por lo cual éste puede variar, permitiendo la inclusión de familias conformadas por parejas del mismo sexo⁷⁵. Asimismo, en el ámbito nacional, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en el caso Myra Victoria Opazo Méndez y Otro con Servicio de Registro Civil e Identificación, se pronunció afirmando que, si bien la familia no se encuentra definida en nuestra legislación, las dos mujeres y su hija conforman una, y ésta puede estar constituida a través de la reunión de parejas heterosexuales y homosexuales⁷⁶.

Al estudiar los diferentes modelos de familia, cobran especial relevancia las relaciones de filiación que las conforman, ya que son esenciales en la construcción de la familia, en cuanto determinan el parentesco, al otorgar la calidad de hijo y la correlativa de padre o madre. Como ya mencionamos anteriormente, hoy en día la filiación es una relación jurídica que excede la realidad biológica, y su determinación contempla casos como la adopción y la aplicación de técnicas de reproducción asistida,

⁷³ ÁLVAREZ, Juan J; DEL PINO, Sebastián; SAAVEDRA, María Belén y VIAL, Tomás. “*Derecho de las personas LGTBI en Chile: Una evaluación*”. En: Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile, 2017. Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, 2017. pp. 435-436.

⁷⁴ ESPINOZA COLLAO, Álvaro. Op. cit. pp. 231-232.

⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas vs. Estado de Chile. Op. cit. Párrafo 172.

⁷⁶ Corte de Apelaciones de Valparaíso. Myra Victoria Opazo Méndez y Otro con Servicio de Registro Civil e Identificación, 15 de junio, 2018. Protección N° 3335-2018. Considerando noveno. Sentencia relativa al recurso de protección interpuesto por las dos mujeres demandantes (convivientes civiles), que pretendían que se les reconociera a ambas como madres de una menor, el cual es rechazado por la Corte de Apelaciones, con un voto disidente.

ya sea en su versión biológica, cuando se aporta material genético del progenitor, o cuando no lo hace y es de carácter legal⁷⁷. En este sentido, es posible concebir un hijo sin necesidad de tener relaciones sexuales, produciéndose una disociación entre concepción y filiación, entre filiación biológica y formal, e implicando un replanteamiento de los conceptos de maternidad y paternidad⁷⁸. Esto quiere decir que las personas a partir de cuyos gametos se concibió al hijo/a, aun cuando genéticamente tengan relación con éste/a, no necesariamente serán determinados como su padre o madre, en tanto pueden ser meros donantes de gametos o haber dado a la criatura en adopción, determinándose la paternidad y maternidad a favor de otras personas, de conformidad a la ley. Además, este replanteamiento se ha incrementado con el uso de técnicas como el método ROPA FIV (Recepción de Ovocitos de la Pareja) por parejas de lesbianas, planteándose la posibilidad de la doble maternidad, en tanto una de las mujeres da a luz a un hijo/a, concebido a través de la implantación de un embrión producto del óvulo de la otra mujer y del espermatozoide de un donante⁷⁹. Así, una de las mujeres sería la madre por el hecho del parto y la otra mujer sería la “madre genética del hijo/a”. Sin embargo, la determinación de la maternidad a favor de la “madre genética” no está contemplada en nuestra legislación, como se explicará a continuación.

En el apartado que sigue analizaremos las formas en que una pareja conformada por personas del mismo sexo puede, en los hechos, formar una familia y tener hijos, sin perjuicio de la falta de reconocimiento legal de la filiación en dicho contexto.

7.1. Filiación homo y lesboparental

Actualmente la copaternidad de hombres homosexuales y la comaternidad de mujeres lesbianas constituyen una realidad en Chile, existiendo un número considerable de parejas del mismo sexo que conviven junto con sus hijos/as o que comparten la crianza de los de los hijos/as de uno o de ambos miembros de la pareja⁸⁰. Si bien en nuestro país no existe una cifra exacta de la cantidad de familias homo y lesboparentales, se han realizado diversas encuestas que permiten acercarnos suficientemente a un número, como para afirmar que es una cantidad importante.

Así, la encuesta “Sexualidad de los chilenos 2017”, realizada por Gfk Adimark, mostró que el número de lesbianas, gays y bisexuales en Chile se aproxima al 10% del total de sus habitantes, coincidiendo con el porcentaje existente a nivel mundial, y constituyéndose como el sondeo más certero

⁷⁷ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2017. Op. cit. pp. 17-18.

⁷⁸ *Ibíd.* p. 25.

⁷⁹ *Idem.*

⁸⁰ Boletín N° 10.626-07. Op. cit. p. 1.

en la determinación de dicha cifra en Chile⁸¹. Asimismo, el Censo Abreviado 2017 dio cuenta de que en Chile habría 860.189 hombres bisexuales o gays y 897.201 mujeres lesbianas o bisexuales, confirmando el porcentaje mencionado⁸².

Además, también hay que considerar que el Censo 2012 arrojó que 20.747 mujeres y 14.229 hombres reconocen convivir con una pareja del mismo sexo en Chile⁸³. Si bien dicha encuesta tuvo errores en la contabilización de la población (se manipularon las cifras sobre el número total de chilenos efectivamente censados) y un gran porcentaje de omisión (9,3% a nivel nacional, alcanzando un 20% en 70 comunas), no permitiendo establecer resultados exactos, tiene utilidad para al menos dar una idea respecto de la realidad de estas parejas en nuestro país, entendiendo, también, que la cantidad de personas que se reconocen como no heterosexuales ha aumentado y que, en general, los números son mayores a los que muestran estas encuestas, en tanto las personas LGBTI suelen ocultar su orientación sexual o identidad de género para evitar ser objeto de discriminaciones⁸⁴.

Si bien las parejas del mismo sexo no son capaces de concebir biológicamente, a través de relaciones sexuales, a un hijo o hija, actualmente pueden, en los hechos, formar una familia y tener hijos, ya sea mediante la aplicación de TRHA, o mediante la crianza conjunta de los hijos biológicos o adoptados de uno de los miembros de la pareja. No obstante, estas familias carecen de un reconocimiento legal en Chile, dado que el ordenamiento jurídico chileno no permite que ambos/as padres o madres tengan un vínculo legal de filiación con sus hijos, siendo posible únicamente respecto de uno de ellos⁸⁵, en tanto:

- 1) La legislación chilena dispone que el padre o madre del hijo/a concebido/a mediante TRHA son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas, excluyendo expresamente la determinación de la filiación homo y lesboparental derivada de la aplicación de estas técnicas, e imposibilitando su impugnación y reclamación de una filiación distinta (art. 182 del CC). Así, la filiación por uso de TRHA se aplica a una pareja humana, sea matrimonial o no, pero

⁸¹ MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL. “XVI. Informe Anual de Derechos Humanos. Diversidad sexual y de género en Chile. Hechos 2017”. Santiago, 2017. [En línea] <<http://www.movilh.cl/documentacion/2018/Informe-DDHH-2017-Movilh.pdf>> [Consulta: 1 octubre 2019].

⁸² MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL. “Preguntas Frecuentes”. Santiago, 2019. [En línea] <<https://www.movilh.cl/preguntas-frecuentes/>> [Consulta: 1 octubre 2019].

⁸³ Idem.

⁸⁴ Idem.

⁸⁵ ANDAHUR S., Estefanía; D’ANGELO, Arianna y MORENO H., Constanza. “Familia homoparental y lesbomaternal: Una realidad sin reconocimiento ni protección legal”. En: Segundo informe sobre salud sexual, salud reproductiva y derechos humanos en Chile. Estado de la situación 2017-2018. Santiago, Corporación Miles. p. 82.

siempre y cuando ella sea conformada por un hombre y una mujer, descartando incluso la posibilidad de que una mujer sola pueda recurrir a ellas⁸⁶.

- 2) Respecto de la posibilidad de adopción, los artículos 20, 21 y 30 de la Ley N° 19.620 establecen un orden de prelación entre los interesados en adoptar que cumplan con los requisitos para ello. Así, el primer orden trata de los matrimonios residentes en Chile, ya sean nacionales o extranjeros, el segundo de los matrimonios residentes en el extranjero, sean nacionales o extranjeros, y el tercer orden, de las personas solteras, divorciadas o viudas residentes en Chile. De esta forma, se excluye a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de adopción conjunta, ya que el artículo 102 del CC señala que el matrimonio es entre un hombre y una mujer, impidiendo el matrimonio igualitario. Además, la Ley N° 20.830 del año 2015, que “Crea el Acuerdo de Unión Civil”, no modificó la Ley de Adopción en el sentido de incluir a los convivientes civiles de un mismo sexo, asimilando sus derechos filiativos al del matrimonio para efectos de adopción. Por ello, las parejas homosexuales o lesbianas solo podrían acceder a este proceso a través de la adopción individual por uno de los miembros de la pareja, como persona soltera, lo que implica que, en los hechos, existirá una familia homo o lesboparental, que convivirá y compartirá la crianza del niño/a adoptado/a, pero que jurídicamente no tendrá reconocimiento como tal, en tanto legalmente solo uno de los miembros de la pareja tendrá la calidad de padre o madre del hijo/a adoptado/a. Así, el otro miembro de la pareja, a los ojos de la ley, no será más que un extraño, sin derecho ni obligación alguna respecto del hijo/a, quedando en una posición de total desprotección frente al padre o madre legal del mismo, que tendrá la custodia y la autoridad para tomar la totalidad de las decisiones en relación al niño/a. A su vez, el hijo/a contará con la mitad de los derechos que le corresponderían si se reconociera a ambos miembros de la pareja como padres o madres, implicando una diferencia de trato respecto de los hijos/as adoptados/as por parejas heterosexuales.
- 3) Nuestro ordenamiento jurídico no permite el uso del reconocimiento como forma de determinar la filiación en el supuesto de una familia homo o lesboparental, en tanto éste solo procede respecto de una madre y/o padre, siendo necesario que exista una alteridad sexual entre los supuestos progenitores⁸⁷. Esto tiene su fundamento en que el reconocimiento es una forma de determinar la filiación por naturaleza, en la que, si bien el legislador ha escogido

⁸⁶ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2017. Op. cit. p. 171.

⁸⁷ ALBERDI SOTO, Ignacio y MARDONES KRSULOVIC, Javiera P. Op. cit. pp. 66-67.

como criterio decisivo para ello la voluntad del reconociente, solo lo ha hecho para efectos de facilitar su determinación, en tanto juega como un presupuesto de correspondencia biológica, aunque no la asegure. De esa manera, no se permite que el hijo biológico de uno de los miembros de la pareja sea reconocido por su pareja homosexual, ya que se entiende que no es posible que también tenga correspondencia biológica con esta última.

El caso Myra Victoria Opazo Méndez y Otro con Servicio de Registro Civil e Identificación constituye un claro ejemplo de la barrera legal existente en nuestro ordenamiento jurídico para permitir el reconocimiento conjunto de un/a hijo/a por ambos miembros de la pareja, ya que tanto la Corte de Apelaciones de Valparaíso como la Corte Suprema rechazaron el recurso de protección y la apelación en contra de dicha sentencia, respectivamente, sosteniendo que, sin perjuicio de que las demandantes y la menor constituyen una familia, la legislación actual impide el reconocimiento solicitado, en tanto no existe en ella una forma que permita inscribir válidamente a dos mujeres como madres⁸⁸, y que la filiación se funda en normas de orden público, que no pueden ser alteradas al arbitrio de las partes interesadas⁸⁹.

- 4) La figura de la posesión notoria de la calidad de hijo para acreditar la filiación no procede respecto de las parejas del mismo sexo, dado que, si bien otorga preminencia a la realidad social sobre la realidad biológica, cuando ella se encuentra debidamente acreditada (art. 201 del CC), el artículo 200 del CC, al referirse a ella, señala que consiste en “*que su padre, madre o ambos le hayan tratado como hijo, proveyendo a su educación y...*”, dejando claro que tiene como presupuesto y requisito básico la heterosexualidad de sus progenitores para aplicarse.

En base a lo anterior, se puede concluir que el ordenamiento jurídico chileno no reconoce legalmente la existencia de las familias homo y lesboparentales, en cuanto no contempla normas que protejan las relaciones de filiación que en ellas se desarrollan, ni que regulen sus derechos y obligaciones, dejándolas en un absoluto estado de desprotección y en una situación de desigualdad frente a las familias heterosexuales. Esto se visibiliza principalmente cuando la pareja se separa o fallece el padre o madre reconocido como tal, pudiendo el/la otro/a ser despojado/a de sus hijos, en tanto no ostenta dicha calidad. De esa manera, se priva a los hijos e hijas de parejas del mismo sexo de los derechos que a todos los niños y niñas corresponden en sus relaciones familiares, respecto del padre o madre no reconocido como tal, como el derecho al nombre y a la identidad, los derechos personales a ser cuidados, protegidos y

⁸⁸ MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL. “*Corte Suprema rechaza reconocer que una niña tiene dos madres*”. Santiago, 2018. [En línea] <<https://www.movilh.cl/corte-suprema-rechaza-reconocer-que-una-nina-tiene-dos-madres/>> [Consulta: 1 octubre 2019].

⁸⁹ Corte de Apelaciones de Valparaíso. Myra Victoria Opazo Méndez y Otro con Servicio de Registro Civil e Identificación. Op. cit. Considerando décimo.

educados por sus padres o madres, sus derechos previsionales, alimenticios, de seguridad social, hereditarios, y patrimoniales en general; extendiendo sobre ellos/as la discriminación que históricamente se ha ejercido en contra de las personas que tienen una orientación sexual diversa a la heterosexual⁹⁰.

⁹⁰ Boletín N° 10.626-07. Op. cit. p. 1.

CAPÍTULO II: “SITUACIÓN DE LA FILIACIÓN HOMO Y LESBOPARENTAL EN CHILE”

El presente capítulo tiene como objetivo que el lector comprenda la situación en que se encuentra la discusión sobre la filiación homo y lesboparental en Chile, relativa a la posibilidad de que se legisle a favor de su reconocimiento jurídico.

Para ello, en primer lugar, expondremos la situación existente al respecto en el derecho comparado, en orden a comprender la tendencia existente en el mundo y el contexto en el que se está desarrollado la discusión. En segundo lugar, nos referiremos brevemente al trato que el ordenamiento jurídico chileno provee a este tipo de filiación, remitiéndonos al marco legal y conclusiones desarrolladas en el capítulo pasado, para luego exponer latamente los diferentes argumentos que existen a favor de legislar sobre la filiación homo y lesboparental en Chile, comprendiendo tanto normativa nacional como internacional, y haciendo énfasis en los derechos humanos involucrados en las familias conformadas por parejas del mismo sexo. En la misma línea, se expresarán los compromisos y obligaciones internacionales que el Estado de Chile ha asumido en relación con el respeto de los derechos de las personas LGBTI, dirigidas a terminar con las desigualdades de trato por razones de orientación sexual o identidad de género. Posteriormente se presentarán algunos casos jurisprudenciales relacionados con el tema en estudio, que dan cuenta de la tendencia existente al reconocimiento de los diferentes modelos familiares, en específico al de las familias conformadas por parejas de igual sexo, y del impedimento legal existente en Chile para su reconocimiento. Finalmente se mencionarán, sucintamente, los proyectos de ley que se han presentado y que tienen relación con la filiación homo y lesboparental, con el fin de introducir el proyecto de ley que regula el derecho de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo, cuyo análisis representa el objeto principal de esta memoria.

1. Situación en el derecho comparado

El 17 de mayo de 1990 la Organización Mundial de la Salud (OMS) eliminó la homosexualidad de la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE), reconociéndola como una variación natural de la sexualidad humana, y rechazando las “terapias” de cambio de orientación sexual⁹¹. Desde aquel momento, y hasta el día de hoy, los distintos países han avanzado en el reconocimiento y respeto de los

⁹¹ ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. “*Avances y desafíos de la situación de las personas LGBT a 15 años de que la homosexualidad dejó de ser considerada una enfermedad*”. 15 de mayo de 2015. [En línea] <https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=10964:2015-lgbt-health-sees-progress-and-challenges&Itemid=1926&lang=es> [Consulta: 24 enero 2020].

derechos de las personas homosexuales, permitiendo y regulando paulatinamente las uniones civiles de parejas del mismo sexo, el matrimonio igualitario, y la filiación homo y lesboparental. Así, Dinamarca fue el primer país en permitir la unión civil homosexual en 1989 y Holanda el primero en permitir el matrimonio igualitario en el año 2000, siendo actualmente alrededor de treinta los países que reconocen las nupcias entre personas del mismo sexo⁹².

En esa línea, respecto de la filiación, diversos países han reconocido y regulado la posibilidad de que una pareja de igual sexo pueda tener un hijo/a, con ciertos matices, ya sea a través de la adopción conjunta o por integración del niño/a, a través de su reconocimiento, o por aplicación de TRHA. Entre ellos, podemos mencionar a España, Alemania, Francia, Portugal, Austria, Reino Unido, Bélgica, Países Bajos, Noruega, Suecia, Finlandia, Canadá, Estados Unidos de América, Colombia, Brasil, Uruguay, Argentina, Sudáfrica, Taiwán, etc⁹³.

Ahora bien, respecto de las TRHA aplicables, la mayoría de los países enunciados prohíbe o no regula el uso de la maternidad subrogada para acceder a la filiación, dejando un vacío legal a ser suplido por el resto de las normas y fuentes del derecho. Aquella situación, en muchas legislaciones, imposibilita la determinación de la filiación a favor de quienes se someten a ella, en tanto contienen disposiciones que señalan, por ejemplo, que la madre del hijo/a es aquella mujer que lo dio a luz. El rechazo de la maternidad subrogada se ha basado principalmente en argumentos éticos, especialmente cuando media una compensación económica, sosteniéndose, en primer lugar, que atenta contra la dignidad de la mujer, en tanto la trata como un objeto, un medio para conseguir un fin, además de que puede verse sometida a aceptar el acuerdo por un estado de necesidad que impide su autonomía de la voluntad; y, en segundo lugar, que implica una cosificación y mercantilización del hijo/a concebido por ella⁹⁴. Además, se han esbozado argumentos legales en su contra, relacionados con la dificultad para determinar la filiación cuando no existe una ley expresa que la regule, como ya mencionamos⁹⁵. Así, la maternidad subrogada puede ser practicada solo en ciertos países, en que está permitida expresamente o hay un vacío legal, que, en base a las demás disposiciones legales e interpretación de los jueces, posibilita el establecimiento de la filiación a favor de quienes se someten a ella. La modalidad de ésta varía de un país a otro, según si se aplica solo a parejas heterosexuales o también homosexuales, si procede en su forma altruista o

⁹² RTVE. “*El matrimonio homosexual es ya legal en 30 países*”. 17 de junio de 2019. [En línea] <<http://www.rtve.es/noticias/20190617/solo-once-paises-del-mundo-esta-legalizado-matrimonio-homosexual/667560.shtml>> [Consulta: 24 enero 2020].

⁹³ ILGA WORLD. “*Mapas – Legislación sobre orientación sexual*”. 2019. [En línea] <<https://ilga.org/es/mapas-legislacion-sobre-orientacion-sexual>> [Consulta: 24 enero 2020].

⁹⁴ RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo. “*La problemática constitucional derivada de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA): El caso de la maternidad subrogada*”. *Revista de Derecho Político*. UNED. (99). 2017. p. 62.

⁹⁵ ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela. Op. cit. p. 418.

compensada, y si es permitida solo a sus nacionales o también a extranjeros que concurren al país con tal fin. Entre los países que permiten el uso de la maternidad subrogada por parejas de igual sexo destacan Canadá, algunos estados de Australia, algunos estados de Estados Unidos y Reino Unido⁹⁶.

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que existe una tendencia mundial hacia el reconocimiento de los derechos de las personas homosexuales, variando en su amplitud en cada uno de los diferentes países, según su contexto social y cultural. Sin embargo, quedan aún muchos desafíos pendientes para alcanzar el respeto de sus derechos en igualdad de condiciones que las personas heterosexuales. Así, todavía hay países, principalmente en África, Medio Oriente y Asia, que consideran que la homosexualidad es ilegal o penalizan sus actos⁹⁷; y varios países, más avanzados en la materia, que aún no permiten el matrimonio igualitario ni la filiación homo y lesboparental, sin perjuicio de que, algunos de ellos, están debatiendo sobre su regulación, como Perú, Honduras, Bulgaria, República Checa y Chile⁹⁸.

En los apartados siguientes expondremos la situación de Chile respecto del reconocimiento de la filiación homo y lesboparental, y la discusión que se ha planteado allí en miras a su regulación legal.

2. Ordenamiento jurídico chileno

Como vimos en el capítulo anterior, el derecho chileno no reconoce jurídicamente las relaciones de filiación que se desarrollan en el seno de las familias homo y lesboparentales, ya que, si bien contiene casos en que la determinación de la filiación excede la realidad biológica, basándose principalmente en la autonomía de la voluntad de los requirentes o en el vínculo afectivo y social existente, cumpliéndose las demás condiciones, como es el caso de las TRA, la adopción y el reconocimiento de un hijo/a, el derecho ha limitado el uso de dichos medios a las familias conformadas por parejas heterosexuales, exigiendo como requisito la alteridad sexual de la pareja en cada una de las formas de establecer el vínculo filial. De esa manera, el derecho se opone a todas las maneras en que podría llegar a establecerse la relación de filiación entre un hijo o hija y sus dos padres o madres, siendo todas ellas eminentemente jurídicas, al menos respecto de uno de los miembros de la pareja, en vistas de la imposibilidad de que el hijo/a sea concebido como consecuencia de una relación sexual entre ellos. Aquello tiene su fundamento

⁹⁶ BABYGEST. “*Gestación subrogada a nivel internacional: ¿Dónde es legal?*”. 2015-2019. [En línea] <<https://www.babygest.es/paises/>> [Consulta: 24 enero 2020].

⁹⁷ A modo ejemplar, podemos mencionar a Nigeria, Mauritania, Sudán, Arabia Saudita, Irán, Pakistán, Afganistán, Malasia, etc.

⁹⁸ ILGA WORLD. Op. cit.

en la noción tradicional de familia que influyó la redacción de nuestro Código Civil, y que ha permeado sus modificaciones legislativas posteriores, la cual sabemos que actualmente ha quedado obsoleta, y que ha ido evolucionando hacia el reconocimiento y aceptación de otros modelos familiares⁹⁹.

A su vez, la falta de reconocimiento legal de la filiación homo y lesboparental en Chile ha provocado que estas familias se encuentren en un estado total de desprotección y desigualdad frente a las familias heteroparentales, en cuanto a los derechos y obligaciones que corresponden a los padres, madres y a todos los niños y niñas en sus relaciones familiares¹⁰⁰. En ese sentido, existe un desafío para el ordenamiento jurídico chileno de adecuarse a las nuevas realidades familiares de la sociedad chilena, en que efectivamente existen familias conformadas por parejas del mismo sexo, que conviven o crían conjuntamente a sus hijos/as; y consagrar un estatuto jurídico que reconozca dicha situación y regule los derechos de filiación en esas familias, en cumplimiento de los principios de igualdad y no discriminación, protección de las familias y los derechos de las niñas y los niños¹⁰¹.

3. Argumentos para legislar sobre la filiación homo y lesboparental en Chile

A lo largo de los años, parte de la doctrina y jurisprudencia se ha pronunciado a favor de que se legisle sobre la filiación homo y lesboparental en Chile, afirmando la necesidad de que ésta sea reconocida jurídicamente, para que todas las personas, sin importar la familia a la que pertenezcan, gocen de los mismos derechos y obligaciones que derivan de sus vínculos familiares. Dicho punto de vista encuentra cada vez más adherentes, confirmando la tendencia existente hacia el reconocimiento de nuevos modelos familiares, en específico, el conformado por parejas del mismo sexo. Así, la encuesta Cadem del año 2018 mostró que un 65% de los encuestados está de acuerdo con el matrimonio igualitario y un 52% con que las parejas del mismo sexo puedan adoptar, lo que implica un crecimiento importante respecto del año 2014, en que dichas cifras ascendían al 52% y 37%, respectivamente; demostrando el aumento del apoyo ciudadano a la igualdad de los derechos de las personas, sin importar su orientación sexual¹⁰².

⁹⁹ ESPINOZA COLLAO, Álvaro. Op. cit. p. 234.

¹⁰⁰ Boletín N° 10.626-07. Op. cit. p. 1.

¹⁰¹ Idem.

¹⁰² FUNDACIÓN IGUALES. “Apoyo ciudadano al matrimonio igualitario y la adopción homoparental marcan su cifra más alta desde febrero de 2014”. Santiago, 2018. [En línea] <<https://www.iguales.cl/apoyo-ciudadano-al-matrimonio-igualitario-la-adopcion-homoparental-marcan-cifra-mas-alta-desde-febrero-2014/>> [Consulta: 4 octubre 2019].

En esta línea, se han expuesto diferentes argumentos para respaldar la necesidad de que el Estado de Chile consagre y regule la filiación en este tipo de familias, los cuales se relacionan principalmente con los principios rectores del derecho de familia y los derechos humanos involucrados en ellas, consagrados tanto en la normativa nacional como internacional, derivada principalmente de los tratados internacionales vigentes ratificados por el Estado chileno.

3.1. Normativa nacional e internacional: derechos involucrados

La Constitución Política de la República, en su artículo 5 inc. 2, establece el deber de los órganos del Estado chileno de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por dicho cuerpo legal y por los tratados internacionales vigentes ratificados por Chile, confirmando que éstos últimos forman parte de nuestro ordenamiento jurídico y deben ser respetados. Así, el Estado de Chile tiene la obligación de cumplir con las libertades y derechos consagrados internacionalmente, lo que se traduce en una obligación de respeto y garantía de los mismos, en conjunto con el respeto por el principio de igualdad y no discriminación¹⁰³.

3.1.1. Derecho a la igualdad y no discriminación

La garantía de igualdad y no discriminación no solo constituye un derecho protegido a nivel nacional e internacional, sino que, como ya afirmamos, también constituye un principio general del derecho de familia y de filiación, formando parte del *ius cogens*¹⁰⁴, que impone a los Estados Parte la obligación de respetar y garantizar igualmente el goce y ejercicio de los derechos humanos a todas las personas, sin discriminación¹⁰⁵.

Según lo expuesto anteriormente, la igualdad puede entenderse como la exigencia de tratar de la misma manera a lo igual y de diferente manera a lo que no lo es, estando ligada inseparablemente a la dignidad humana, y entendiendo que ninguna persona es superior o inferior a otra en dignidad y derechos, por lo que nadie puede ser discriminado¹⁰⁶. De esa forma, pueden existir tratos diferenciados, pero siempre que se trate de supuestos disímiles, que justifiquen dicha diferenciación, dado que, por el contrario, se estaría discriminando. En ese sentido, la CIDH ha afirmado que “*una diferencia de trato es*

¹⁰³ NASH, Claudio; MILOS, Catalina; NOGUEIRA, Andrés y NUÑEZ, Constanza. “*Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*”. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2012. p. 33.

¹⁰⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Opinión consultiva OC-24 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica. Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*”. Párrafo 61. p. 32.

¹⁰⁵ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2017. Op. cit. p. 57.

¹⁰⁶ *Ibíd.* pp. 57 y 58.

*discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido*¹⁰⁷.

En relación a lo anterior, se ha construido un concepto de discriminación, ligado a ciertas categorías respecto de las cuales se entiende que la diferenciación es discriminatoria. Así, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDH) ha definido discriminación como “*toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas*”¹⁰⁸.

A nivel nacional, el derecho a la igualdad y no discriminación está consagrado constitucionalmente en el art. 1 y 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, en tanto el primero señala que “*las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”, y el último “*asegura a todas las personas la igualdad ante la ley*” y dispone que “*en Chile no hay persona ni grupos privilegiados*”. Por su parte, a nivel internacional, existen numerosas convenciones que consagran el derecho en cuestión y que establecen el deber de respetarlo y garantizarlo por el Estado de Chile. Entre ellas, podemos mencionar el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), y a nivel interamericano, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), que cuenta con un nivel de aplicación más general que los anteriores, y que obliga al Estado chileno, en tanto parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos¹⁰⁹.

Así, el art. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que “*los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”. Y en su

¹⁰⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Duque vs. Colombia. Sentencia de 26 de febrero, 2016. Párrafo 106. p. 32.

¹⁰⁸ Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 18 “*No discriminación*”, 1989. Párrafo 7. p. 2.

¹⁰⁹ ÁLVAREZ, Juan J y VIAL, Tomás. “*Homoparentalidad en Chile y Derechos Humanos*”. En: Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile, 2014. Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, 2014. pp. 481-482.

art. 24 señala que “*todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley*”.

Si se lee cuidadosamente la disposición anterior, y los artículos de los Pactos Internacionales mencionados, es posible apreciar que no prohíben expresamente la discriminación por orientación sexual o identidad de género, sin embargo, la jurisprudencia de las cortes y de los organismos encargados de la aplicación de esos tratados ha considerado que constituyen categorías protegidas bajo el término “otra condición social”¹¹⁰. Así lo ha entendido la Asamblea General de la OEA, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los distintos organismos de Naciones Unidas¹¹¹. Siguiendo dicha interpretación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, en diversos casos, que “*está proscrita por la Convención, cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual o en la identidad de género de las personas*”¹¹², y que, por lo tanto, “*un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual*”, puesto que ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana¹¹³.

En relación a lo anterior, el Colegio de Psicólogos de Chile A.G. señaló, en un comunicado público, que no existe razón que justifique o dé fundamento a un trato diferencial hacia las personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales (LGBTI), en ninguno de los derechos sociales actualmente reconocidos para las personas heterosexuales¹¹⁴, confirmando que las diferencias de trato basadas en la orientación sexual o la identidad de género son discriminatorias, y por lo tanto atentan contra el derecho a la igualdad y no discriminación del que gozan todas las personas.

En vistas de la normativa nacional e internacional mencionada, es innegable que el Estado de Chile tiene la obligación de tratar a las personas LGBTI con la misma consideración y respeto que a los demás habitantes de Chile, sin discriminarlos por su orientación sexual o identidad de género¹¹⁵, y absteniéndose de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas directa o indirectamente a crear situaciones

¹¹⁰ *Ibíd.* p. 482.

¹¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Opinión consultiva OC-24 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica. Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*”. *Op. cit.* Párrafos 68-78. pp. 35-41.

¹¹² Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, párrafo 91; Caso Duque vs. Colombia, párrafo 104; y Caso Flor Freire vs. Ecuador, párrafo 118.

¹¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas vs. Estado de Chile. *Op. cit.* Párrafo 93.

¹¹⁴ COLEGIO DE PSICÓLOGOS DE CHILE A.G. “*Posición del Colegio de Psicólogos de Chile A. G. acerca de la homoparentalidad y lesbomaternidad*”. Comunicado público, Santiago, 2016. [En línea] <http://colegiopsicologos.cl/web_cpc/wp-content/uploads/2016/07/Comunicado-Posicion-del-Colegio-acerca-de-la-homoparentalidad-y-lesbomaternidad.pdf> [Consulta: 08 septiembre 2019]. p. 1.

¹¹⁵ ÁLVAREZ, Juan J y VIAL, Tomás. *Op. cit.* p. 483.

de discriminación de iure o de facto¹¹⁶. Actualmente, la legislación sobre filiación en Chile efectúa un trato diferenciado cuando se trata de familias conformadas por parejas del mismo sexo, en tanto restringe su derecho de filiación y su derecho a formar una familia, entre otros, fundándose única y exclusivamente en la orientación sexual de las madres o padres que la constituyen, lo que implica una diferenciación discriminatoria y vulneradora del derecho humano que tiene toda persona a la igualdad y no discriminación. En base a esto, es evidente la necesidad de una reforma en el derecho chileno, que reconozca y regule la filiación en las familias homo y lesboparentales, en igualdad de condiciones con las familias heteroparentales.

3.1.2. Derecho a la identidad

Consiste en un derecho que, si bien no está consagrado en nuestra Constitución Política, forma parte de los derechos que tienen todos los niños y niñas, en tanto es consustancial a los atributos de las personas y a la dignidad humana, vinculándose directamente con la forma en que las personas se relacionan en la sociedad¹¹⁷. Asimismo, el ordenamiento jurídico chileno debe contemplarlo como parte de su conjunto de derechos, y posibilitar su protección por el juez constitucional, ya que ha sido consagrado en diversos tratados internacionales vigentes ratificados por Chile, en concordancia con el art. 5 de la CPR. En esa línea se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, brindándole aplicabilidad y protección directa en nuestro país¹¹⁸.

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) reconoce y protege el derecho en cuestión en su art. 8.1 y 8.2, respectivamente, señalando que 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*”; y que 2. “*Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad*”.

En atención al artículo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado que el derecho a la identidad consiste en el “*conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derecho de que se trate y las circunstancias del caso*”¹¹⁹. Asimismo, sostiene

¹¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Opinión consultiva OC-24 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica. Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*”. Op. cit. Párrafo 61. p. 32.

¹¹⁷ COMISIÓN ESPECIAL ENCARGADA DE TRAMITAR PROYECTOS DE LEY RELACIONADOS CON LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. Op. cit. p. 97.

¹¹⁸ *Ibíd.* pp. 98-99.

¹¹⁹ *Ibíd.* p. 98.

que los atributos mencionados en el art. 8.1 de la CDN son meramente descriptivos, más no taxativos, pudiendo contemplarse otras características que individualicen a una persona como ella misma¹²⁰. De esa forma, se ha afirmado, y ha sido confirmado por el art. 3 de la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos de UNESCO del año 2004, que estos no se limitan a la configuración genética, sino que van más allá y comprenden diversos factores sociales, ambientales y personales, así como los lazos afectivos, sociales, espirituales y culturales de esa persona con otros seres humanos, que permiten la individualización de una persona como ella misma¹²¹.

En base a todo lo expuesto, es evidente que la familia a la cual una persona pertenece constituye un factor determinante en su identidad e influye decisivamente en su individualización, como lo confirma el art. 8.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. De esa manera, el Estado chileno tiene la obligación de salvaguardar las relaciones familiares, incluso aquellas que se desarrollan en el seno de una familia homo o lesboparental, en tanto ellas configuran la identidad del niño/a criado en ella, aun cuando no sean biológicas, y su falta de protección o resguardo implica una vulneración del derecho en cuestión. Actualmente, dado que el Estado chileno no reconoce jurídicamente las relaciones familiares que se desarrollan entre dos padres o madres y su hijo/a respectivo/a, procede lo dispuesto por el art. 8.2 de la Convención antedicha, y el Estado de Chile debe prestar la asistencia y protección apropiada con el fin de restablecer rápidamente la identidad de esos niños, lo que, en este caso, se traduce en la obligación de legislar al respecto y reconocer jurídicamente dichas relaciones.

3.1.3. Derecho a la vida privada y al libre desarrollo de la personalidad

La vida privada es protegida en Chile constitucionalmente, a través del art. 4 de la CPR, que asegura a todas las personas “*el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia*”, y también es protegida internacionalmente, a través de ciertos tratados internacionales que la aseguran, como la CADH y el PIDCP. Así, el art. 11 de la Convención Americana señala que: “*1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su 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; y 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques*”.

Dicho derecho cobra relevancia, en tanto habitualmente se ha entendido, y la jurisprudencia de la CIDH ha confirmado, que comprende y protege el ámbito de las relaciones personales, afectivas y

¹²⁰ *Ibíd.* p. 97.

¹²¹ *Ibíd.* p. 98.

familiares. De esa forma, la vida privada constituye un término amplio, que abarca, entre otras cosas, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos¹²².

Del párrafo anterior se desprende la relación existente entre la garantía de vida privada y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el cual, si bien no tiene consagración expresa en nuestra Constitución, constituye un derecho implícito en nuestro ordenamiento jurídico, en tanto expresión de la dignidad humana, comprendiendo la capacidad para autodeterminarse y el derecho al libre desarrollo de la afectividad y sexualidad, ligado esencialmente a la identidad personal de cada persona y siendo la clave para el desarrollo de las capacidades del individuo, con proyecciones evidentes en su ámbito relacional¹²³. Además, el art. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) señala el derecho que tiene toda persona a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad, dando lugar a diversos derechos ligados a la garantía en cuestión.

De lo anterior, se puede colegir que toda intromisión del Estado o diferenciación por parte del mismo en la protección otorgada al ámbito de las relaciones personales y afectivas constituye una infracción a sus deberes de respeto y garantía que éste debe asegurar a todos sus habitantes¹²⁴. Dicho ámbito abarca las relaciones filiales que se desarrollan entre un padre o madre y su hijo/a, y por lo tanto aquellas deben ser igualmente aseguradas y respetadas a todos los habitantes, independiente de la orientación sexual de la pareja que conforma la familia, en tanto ésta pertenece al ámbito privado de las personas y constituye un ámbito de desarrollo de su personalidad, en el cual el Estado no debe entrometerse.

3.1.4. Derecho a formar y vivir en una familia

A nivel nacional, el art. 1 de la Constitución chilena establece que “*la familia es el núcleo fundamental de la sociedad*” y que es deber del estado brindarle protección. Por otro lado, a nivel internacional, hay múltiples instrumentos que consagran el derecho a formar y pertenecer a una familia, así como la protección de la misma, pudiendo destacarse, entre ellos, la CADH (art. 17), el PIDCP (art. 24), la DUDH (art. 16), y los Principios de Yogyakarta¹²⁵. Así, el art. 17 de la Convención Americana establece que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, debiendo ser protegida por

¹²² ÁLVAREZ, Juan J; DEL PINO, Sebastián; SAAVEDRA, María Belén y VIAL, Tomás. Op. cit. p. 426.

¹²³ ALBERDI SOTO, Ignacio y MARDONES KRSULOVIC, Javiera P. Op. cit. pp. 29-30.

¹²⁴ ÁLVAREZ, Juan J; DEL PINO, Sebastián; SAAVEDRA, María Belén y VIAL, Tomás. Op. cit. p. 426.

¹²⁵ Conjunto de principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Chile se comprometió a aplicarlos en el Examen Periódico Universal (EPU) de la ONU del año 2009.

la sociedad y el Estado, y, en base a ello, la CIDH ha dispuesto que “*dada la importancia del derecho a la protección de la familia, el Estado se encuentra obligado a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar...*” y que “*el niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas*”¹²⁶.

Respecto de lo que se entiende por familia, ya hemos señalado que se ha superado la concepción tradicional que se contemplaba antes, y que actualmente el derecho internacional de los derechos humanos reconoce que no existe un concepto cerrado ni un único modelo de familia¹²⁷, permitiendo, así, la inclusión de las familias homo y lesboparentales.

El derecho a formar una familia da nacimiento a la obligación del Estado de protegerla y fortalecerla, y también de permitir a todas las personas su fundación, consistente en generar lazos afectivo-sexuales y filiativos, en tanto decisión que forma parte de la esfera de autonomía de los sujetos y que conforma su identidad¹²⁸. En relación a esto, el Principio de Yogyakarta N° 24 establece que “*toda persona tiene el derecho a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Existen diversas configuraciones de familias. Ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes*”; y luego señala que los Estados adoptarán “*todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el derecho a formar una familia, incluso a través del acceso a adopción o a reproducción asistida, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género*”; y “*velarán por que las leyes y políticas reconozcan la diversidad de formas de familias*”, entre otros.

En base a lo anterior, se puede afirmar que las personas homosexuales tienen el mismo derecho que las heterosexuales a formar una familia, y que, a su vez, todo niño y niña tiene derecho a pertenecer a una familia y vivir con ella, sea esta hetero, homo o lesboparental, lo cual debe ser respetado y garantizado por el Estado de Chile.

¹²⁶ ESPEJO YAKSIC, Nicolás. “*El derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental*”. En: JORNADAS NACIONALES DE DERECHO NACIONAL. Estudios de Derecho Familiar I. Actas Primeras Jornadas Nacionales Facultad de Derecho Universidad de Chile. 1° ed. Santiago, Chile, Editorial Thomson Reuters, 1° edición, 2016. p. 208.

¹²⁷ COMISIÓN ESPECIAL ENCARGADA DE TRAMITAR PROYECTOS DE LEY RELACIONADOS CON LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. Op. cit. p. 95; y Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas vs. Estado de Chile. Op. cit. Párrafos 142 y 172.

¹²⁸ ALBERDI SOTO, Ignacio y MARDONES KRSULOVIC, Javiera P. Op. cit. p. 30.

3.1.5. Principio rector: interés superior el niño, niña y adolescente

Como mencionamos anteriormente, el interés superior del niño, niña o adolescente (NNA) constituye un principio rector de nuestro derecho, y ha sido reconocido en diversas normas, tanto nacionales como internacionales. Respecto de las primeras, podemos mencionar el art. 222 del Código Civil, en cuanto establece que *“La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades”*, y el art. 16 inc. 2 de la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, en tanto dispone que *“el interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”*.

Ahora, en el ámbito internacional, este principio se ha fundado en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades¹²⁹. Los instrumentos internacionales que lo consagran son, principalmente, la CADH, la CDN y el PIDCP. Respecto de ello, el art. 3 de la CDN señala que *“Todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración de su interés superior”*, y el art. 19 de la CADH establece que *“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”*. Finalmente, el PIDCP, en su art. 24, se pronuncia en forma similar a la CADH.

A raíz de las disposiciones anteriores, es evidente la importancia que tiene el principio en estudio, por cuanto, como ya se señaló, su consideración es esencial y obligatoria para los padres, tribunales, y en general para todo aquel que tome una decisión que involucre a NNA, debiendo motivar, justificar y explicar su decisión en base al interés superior del niño, niña y adolescente que le sirve como fundamento¹³⁰. De esa forma, su consideración es crucial al momento de determinar las relaciones familiares, comprendiendo las relaciones de filiación que pudieren establecerse entre un/a hijo/a y su padre o madre.

Cabe recalcar que la CIDH ha sostenido que los riesgos o daños al interés superior del niño deben probarse en concreto, no bastando la sola referencia al mismo, y que éste no puede ser utilizado para

¹²⁹ COMISIÓN ESPECIAL ENCARGADA DE TRAMITAR PROYECTOS DE LEY RELACIONADOS CON LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. Op. cit. p. 102.

¹³⁰ *Ibíd.* p. 103.

amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por su orientación sexual¹³¹. En relación a esto, el Colegio de Psicólogos de Chile A.G. ha señalado públicamente que numerosos estudios han concluido que la orientación sexual no es, por sí sola, una variable que influya negativa o positivamente en el bienestar de los hijos o hijas y que tampoco se han encontrado diferencias en las habilidades parentales entre personas heterosexuales y personas no heterosexuales¹³². Por ello, esta no debe ser una variable a considerar al momento de tomar una decisión que involucre a niños o niñas, pudiendo establecerse un vínculo filial entre un/a niño/a y sus dos padres o madres de igual forma que si se tratara de una pareja heterosexual.

En suma a lo anterior, y siguiendo lo señalado por el profesor Miguel Cillero, el principio en estudio exige que se asegure la máxima satisfacción y menor restricción de los derechos de los NNA¹³³, incluyendo su derecho a tener una familia y pertenecer a ella, por lo cual es evidente que debe permitirse la filiación homo y lesboparental, de modo que los hijos criados en familias conformadas por parejas del mismo sexo gocen de los mismos derechos que los hijos de parejas heterosexuales y puedan tener una familia. Esto tiene respaldo en el art. 16 del Protocolo de San Salvador, en cuanto señala que *“Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente...”*. Si bien dicho protocolo está pendiente de ratificación por Chile, sirve para dar una idea de lo que implica el principio de interés superior del niño en materia de familia y filiación.

4. Compromisos y obligaciones internacionales asumidas por el Estado de Chile

Como mencionamos anteriormente, los tratados internacionales vigentes ratificados por el Estado chileno forman parte de su ordenamiento jurídico, de conformidad al art. 5 de la Constitución Política, y, por ende, imponen importantes obligaciones internacionales a éste, en tanto debe cumplir con las libertades y derechos allí consagrados, lo que se traduce en una obligación de respeto y garantía de los mismos, junto con la obligación de respeto del principio de igualdad y no discriminación¹³⁴. Dicha vinculatoriedad de las normas internacionales se funda en los artículos 1 (inc. 4), 5 y 6 de la CPR.

¹³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas vs. Estado de Chile. Op. cit. Párrafo 110.

¹³² COLEGIO DE PSICÓLOGOS DE CHILE A.G. Op. cit. p. 1.

¹³³ COMISIÓN ESPECIAL ENCARGADA DE TRAMITAR PROYECTOS DE LEY RELACIONADOS CON LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. Op. cit. p. 102.

¹³⁴ NASH, Claudio; MILOS, Catalina; NOGUEIRA, Andrés y NUÑEZ, Constanza. Op. cit. p. 33.

En base a lo señalado, y en relación al objeto de la presente tesis, cobran especial relevancia los derechos humanos y principios expuestos en el apartado anterior, en tanto todos ellos están consagrados en tratados internacionales vigentes ratificados por el Estado de Chile y, por lo tanto, constituyen una obligación para éste, debiendo ser respetados y garantizados por todos sus órganos, ya que, de lo contrario, éste incurriría en una violación de sus obligaciones, dando lugar a su responsabilidad internacional. En este sentido, la obligación de respeto consiste en cumplir directamente los derechos consagrados en los tratados, ya sea mediante una prestación o absteniéndose de actuar (acciones positivas o negativas); y, complementariamente, la obligación de garantía se traduce en una obligación positiva del Estado de promover y crear, a través de sus órganos, condiciones institucionales, organizativas y procedimentales para que las personas sujetas a su jurisdicción puedan gozar y ejercer plenamente los derechos y libertades consagrados internacionalmente¹³⁵. Para lograr esto, el Estado debe adaptar sus normas nacionales a las internacionales, con el fin de asegurar estas últimas, lo que se traduce en la adopción de diversas medidas, desde legislar internamente para remover los obstáculos normativos que puedan existir en la legislación interna, dictar leyes que permitan dicho goce y ejercicio, y hasta establecer los procedimientos y recursos necesarios para reclamar el cumplimiento de esas obligaciones¹³⁶.

Respecto de la situación de la filiación en Chile, y en consideración a las obligaciones internacionales que atañen a dicho Estado, es evidente que, para cumplir con ellas, en este caso concreto, el soberano debe modificar su legislación, de modo que se reconozca la filiación, y los efectos que de ella se desprenden, a todas las personas, independiente de su orientación sexual, es decir, es necesario que se dicte una ley que modifique el ordenamiento jurídico actual incluyendo y reconociendo la filiación homo y lesboparental, de conformidad al derecho a la igualdad y no discriminación, a la identidad, a la vida privada, al libre desarrollo de la personalidad, a formar y vivir en una familia, y en concordancia con el principio rector del interés superior del NNA, consagrados internacionalmente en los tratados ratificados por el Estado de Chile con vigencia actualmente.

En relación con las obligaciones internacionales de Chile en materia filial, cabe mencionar el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Atala Riffo e Hijas vs. Estado de Chile, en tanto la Corte afirmó la responsabilidad internacional del Estado chileno y lo condenó a diversas medidas de reparación, entre las cuales se pueden mencionar ciertas medidas de satisfacción para Karen Atala y sus hijas, como publicar un resumen de la sentencia y realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por la violación de los derechos humanos que establece el fallo; y garantías

¹³⁵ *Ibíd.* p. 35.

¹³⁶ *Idem.*

de no repetición de los hechos condenados, tales como la obligación de capacitar permanentemente a los funcionarios del Estado, particularmente a los del Poder Judicial, en materia de derechos humanos, no discriminación y orientación sexual¹³⁷. Asimismo, la Corte sostiene que “*Los Estados están internacionalmente obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos establecidos en la Convención... por lo que deben propender, precisamente, por enfrentar las manifestaciones intolerantes y discriminatorias, con el fin de evitar la exclusión o negación de una determinada condición*”¹³⁸.

Lo enunciado en el párrafo anterior tiene importancia, dado que las sentencias de la CIDH son vinculantes para Chile, en tanto éste le ha reconocido competencia contenciosa¹³⁹, y por ende está obligado a cumplir lo dispuesto por su jurisprudencia, lo que, en este caso, implica que se capacite al Poder Judicial en las materias enunciadas, en el sentido de que no se pueden efectuar tratos diferenciados ni restringir derechos humanos reconocidos en base a la orientación sexual de las personas, ya que implica un atentado contra el derecho a la igualdad y no discriminación, a la vida privada, a la honra y dignidad, y a la protección de la familia. Esto marca un precedente para las decisiones que los legisladores y tribunales tomarán de ahora en adelante, en que estén involucradas personas de orientación sexual distinta a la heterosexual, en tanto reconoce las nuevas formas de hacer familia por parte de personas homosexuales, y constituye una herramienta para exigir el respeto y goce efectivo de los derechos humanos de las personas LGBTI. En esa línea, la sentencia indicada confirma, de una forma u otra, la obligación que tiene el Estado de Chile de adecuar su legislación reconociendo los mismos derechos a las minorías sexuales, lo que se traduce, para efectos de la presente tesis, en la obligación de legislar a favor de la filiación homo y lesboparental.

Para finalizar, hay que considerar que el año 2016 el Estado de Chile firmó un acuerdo de Solución Amistosa con el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Movilh) ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, adoptando el compromiso de velar por que su legislación promueva la dignidad de todas las personas sin distinción por su orientación sexual o identidad de género, el cual fue declarado vinculante por la Contraloría General de la República. En esa línea, el Estado mencionado se comprometió a impulsar el matrimonio igualitario y a establecer una mesa de trabajo, junto con el Movilh, para intercambiar opiniones, realizar propuestas e impulsar ciertas medidas

¹³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana de la sentencia de 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas)*”. [En línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_239_esp.pdf> [Consulta: 24 septiembre 2019]. p. 9.

¹³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas vs. Estado de Chile. Op. cit. Párrafo 119.

¹³⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “*ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El qué, cómo, cuándo, dónde y por qué de la Corte Interamericana. Preguntas Frecuentes*”. San José, Costa Rica: Corte IDH, 2018. pp. 6 y 20.

relacionadas con la población LGBTI, varias de las cuales dicen relación con los vínculos familiares, y tienen impacto directo en la determinación de la filiación, permitiendo su establecimiento respecto de una pareja del mismo sexo. De esa manera, se plantea, entre otras medidas, la modificación de la Ley N° 19.620, sobre Adopción de Menores, y de la Ley N° 20.830, sobre Acuerdo de Unión Civil, con el objeto de permitir que los convivientes civiles puedan adoptar conjuntamente, y que el/la conviviente civil que ha criado al niño o niña sea reconocido como padre o madre, independiente de si tiene lazos de consanguinidad o no, dando lugar a la posibilidad de la adopción y el reconocimiento de la filiación homo y lesboparental¹⁴⁰. Estos compromisos son vinculantes para el Estado de Chile, y constituyen obligaciones internacionales asumidas con el fin de evitar la discriminación contra las personas LGBTI y de garantizar el goce efectivo de sus derechos. Actualmente, el Movilh ha acusado al Estado chileno, y lo denunciará ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por romper su compromiso de impulsar el matrimonio igualitario, en tanto lo eliminó del Plan Nacional de Derechos Humanos, y lo cambió por el deber de solo “monitorear” el proyecto de ley que se está tramitando¹⁴¹. Sin perjuicio de ello, las obligaciones internacionales expuestas siguen vigentes, y el Estado de Chile debe legislar para permitir la inclusión de la filiación homo y lesboparental en nuestro país, a través de las instituciones mencionadas anteriormente.

5. Casos y jurisprudencia sobre la filiación homo y lesboparental

Existen diversos casos jurisprudenciales que dan cuenta de la situación actual de la filiación homo y lesboparental en Chile, y de la insuficiencia del ordenamiento jurídico chileno para adecuarse a las evoluciones que ha experimentado el modelo de familia, constituyendo más bien un obstáculo para el reconocimiento de la filiación mencionada, y provocando que, ante la indiferencia del Estado chileno, se violen numerosos derechos humanos de las personas LGBTI y se incumplan múltiples obligaciones internacionales. Asimismo, revisaremos jurisprudencia relevante que da cuenta de la tendencia existente hacia el reconocimiento de la diversidad familiar y de la necesidad de que se legisle al respecto en Chile, consistentes principalmente en un caso tramitado ante la Corte de Apelaciones y Corte Suprema, en que hubo un voto disidente en esa línea, y en un caso reciente en que existió activismo judicial de parte del

¹⁴⁰ Acuerdo de Solución Amistosa. Op. cit. pp. 2-4.

¹⁴¹ MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL. “Ministerio de Justicia rompe con el compromiso «legal y vinculante» de impulsar el matrimonio igualitario”. Santiago, 2019. [En línea] <<https://www.movilh.cl/ministerio-de-justicia-rompe-con-el-compromiso-legal-y-vinculante-de-impulsar-el-matrimonio-igualitario/>> [Consulta: 19 octubre 2019].

tribunal llamado a decidir, el cual, haciendo caso omiso a la tendencia jurisprudencial tradicional chilena, permitió la inscripción de unos mellizos con los apellidos de sus dos madres.

5.1. Caso Atala Riffo e Hijas vs. Estado de Chile

El Caso Atala Riffo, como ya se ha mencionado, es un caso emblemático relativo a lesboparentalidad y cuidado personal, en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) condenó y declaró responsable internacionalmente al Estado de Chile por la violación de diversos derechos de la Convención Americana, en perjuicio de la Jueza Karen Atala Riffo y sus tres hijas.

El caso dice relación con una demanda de tuición interpuesta por el padre de las niñas en contra de la madre de éstas, ante el Juzgado de Menores de Villarrica, por considerar que su orientación sexual y su convivencia con una pareja del mismo sexo producirían un daño a sus hijas. Si bien el Juzgado mencionado y, posteriormente, la Corte de Apelaciones de Temuco, rechazaron dicha demanda, la Corte Suprema, al resolver un recurso de queja interpuesto por el mismo demandante, concedió la tuición al padre, sosteniendo que el otorgamiento del cuidado personal a la madre crea una situación que afecta el bienestar de las niñas, quienes podrían sufrir discriminación y confusión de los roles sexuales, y concluyendo que se ha antepuesto el interés de la madre al de las hijas. Ante esto, la jueza Karen Atala Riffo recurrió a la Comisión Interamericana, para que ésta demandara al Estado de Chile ante la CIDH, lo cual sucedió el 17 de septiembre de 2010, invocándose su responsabilidad internacional, por haberse incurrido en un trato discriminatorio en contra de la afectada y por interferir arbitrariamente en su vida privada y familiar, debido a su orientación sexual, en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado personal de sus hijas. Como ya mencionamos, la Corte declaró la responsabilidad del Estado demandado, por la violación de diversos derechos humanos, principalmente del derecho a la igualdad y no discriminación, a la dignidad, a la honra, a la protección de la familia y a la vida privada; y por lo tanto lo condenó a diversas medidas de reparación.

En atención a esto, el caso Atala Riffo se ha constituido como un referente internacional sobre no discriminación por orientación sexual, y tiene gran relevancia para la presente tesis, por diversos elementos, a los cuales ya nos hemos referido anteriormente, y que se resumen en la apertura de las puertas al reconocimiento de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, al dar cuenta de que no existe un modelo único de familia¹⁴², y que la orientación sexual es una categoría protegida por la

¹⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas vs. Estado de Chile. Op. cit. Párrafo 172.

Convención Americana, por lo cual está proscrita cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en ella, y respecto de la cual no se pueden disminuir ni restringir derechos¹⁴³.

La Corte sostiene que la orientación sexual de los padres no es un factor para determinar la buena o mala parentalidad, y que la decisión sobre el cuidado personal de un hijo no puede fundarse en dicha condición, dado que atentaría contra el derecho a la igualdad y no discriminación consagrado en el artículo 1.1. de la Convención Americana, así como a la dignidad, a la honra, y al derecho a la protección de la familia y la vida privada. Asimismo, establece que *“Los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”*¹⁴⁴.

Lo afirmado en el párrafo anterior es muy relevante respecto de la situación actual de Chile en el reconocimiento de los derechos de las personas pertenecientes a las minorías sexuales y de sus posibilidades de formar familia, ya que, considerando la legislación discriminatoria existente en materia de filiación, se hace evidente la obligación que tiene el Estado de Chile de revertir dicha situación y adecuar sus normas a lo prescrito internacionalmente, de forma que se reconozcan los mismos derechos a todas las personas y, en ese sentido, se permita la filiación homo y lesboparental. Además, hay que considerar que la jurisprudencia de la CIDH es vinculante para Chile, por lo cual éste debe cumplir con las reparaciones que establece la sentencia y legislar a favor del reconocimiento de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, para evitar más violaciones a los derechos humanos e incurrir nuevamente en responsabilidad internacional.

5.2. Caso de Jacqueline Díaz ante el Primer Juzgado de Familia de San Miguel

En julio de 2016 el Primer Juzgado de Familia de San Miguel cedió el cuidado personal temporal de una niña de cinco años a su madre de crianza, marcando un hito en materia de crianza homoparental y en el reconocimiento de las familias homo y lesboparentales y sus derechos.

Jacqueline Díaz y la madre biológica de la menor (C.B.) fueron pareja, sin embargo, ésta última abandonó el hogar común poco tiempo después del nacimiento de su hija, por lo cual, y en vistas de que

¹⁴³ Ibíd. Párrafo 91. p. 34.

¹⁴⁴ Ibíd. Párrafo 80. p. 27.

el padre biológico estuvo ausente, sin mantener contacto con ella, Jacqueline se encargó de la crianza de la menor, junto con Margarita, la mujer con la que actualmente mantiene una relación y convive hace años¹⁴⁵.

En diciembre del año 2015 la madre biológica reclamó a la niña, por lo que la madre de crianza, patrocinada por el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Movilh), inició acciones legales para demandar el cuidado personal de la menor, oponiéndose a ello tanto su madre como padre biológico. Ante tal escenario, el Primer Juzgado de Familia de San Miguel tomó en consideración diferentes informes psicológicos y sociales sobre la niña y su entorno para determinar quién estaba mayormente capacitada/o para ostentar la tuición de la menor y garantizar su estabilidad. En base a ello, el tribunal concluyó que solo Jacqueline, su madre de crianza, ofrecía protección a la niña, y por lo tanto le concedió el cuidado personal provisional por seis meses¹⁴⁶. Posteriormente la madre de crianza deberá luchar por la tuición definitiva de la menor, hecho que aún no ocurre.

Esta resolución tiene una importancia vital, porque da cuenta de que la justicia tiene conocimiento de la existencia de familias homo y lesboparentales, en tanto en el caso en cuestión existen dos madres, una biológica y otra de crianza, y un padre biológico, siendo todos ellos reconocidos como tales por la menor, además de reconocer igualmente como parte de la familia a Margarita, la pareja de Jacqueline. Asimismo, y como afirma el dirigente del Movilh, Rolando Jiménez, este caso también muestra lo absurdo que resulta prohibir la crianza y adopción homoparental en Chile, en tanto al momento de resolver una disputa sobre cuidado personal, el elemento que se toma en cuenta como primera consideración es el interés superior del niño, independiente de la orientación sexual de las madres y padres¹⁴⁷. De esa forma, el fallo reconoce la capacidad de una pareja lesboparental para cuidar a la menor, resultando irrelevante su orientación sexual, y dando cuenta de que son otros los factores a considerar para determinar la persona más apta para el cuidado, de conformidad con el interés superior del niño.

5.3. Myra Victoria Opazo Méndez y Otro con Servicio de Registro Civil e Identificación

El caso dice relación con un recurso de protección interpuesto por dos mujeres, convivientes civiles, el año 2018, ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, y en contra del Servicio de Registro Civil e Identificación, pretendiendo que se les reconociere a ambas como madres de una menor,

¹⁴⁵ EL MOSTRADOR. “Hito en adopción homoparental: Tribunal cede a una madre de crianza cuidado de una niña de cinco años”. [En línea] <<http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2016/07/21/hito-en-adopcion-homoparental-tribunal-cede-a-madre-de-crianza-cuidado-de-una-nina-de-cinco-anos/>> [Fecha de consulta: 26 agosto 2019].

¹⁴⁶ Idem.

¹⁴⁷ Idem.

concebida mediante la aplicación de la técnica de inseminación artificial, y sosteniendo que el servicio indicado incurrió en un acto ilegal y arbitrario al negar la inscripción de ambas en la partida de nacimiento de la niña, inscribiendo únicamente como madre a aquella que la dio a luz, en base al art. 183 del CC.

En tal escenario, tanto la Corte de Apelaciones como la Corte Suprema, que resolvió la apelación deducida contra la sentencia de la primera, rechazaron la demanda, sosteniendo que, sin perjuicio de que las demandantes y la menor constituyen una familia, la legislación actual impide el reconocimiento solicitado, en tanto no existe en ella una forma que permita inscribir válidamente a dos mujeres como madres¹⁴⁸, y que la filiación se funda en normas de orden público, que no pueden ser alteradas al arbitrio de las partes interesadas¹⁴⁹.

Ambos fallos cuentan con un voto disidente que, en el caso de la CA, se refiere concretamente a los arts. 113 (numerales 1 y 5) y 126 del Reglamento Orgánico del Registro Civil (DFL N° 2128), relativos a la inscripción en el Registro Civil, afirmando que de ellos no se colige la imposibilidad de inscribir a dos mujeres como madres de una menor, y sostiene que el art. 183 del CC, al contemplar como otras formas de determinar la maternidad, el reconocimiento o sentencia firme en juicio de filiación, se constituye como una norma determinante, capaz de resolver el conflicto en cuestión, la cual debe ser interpretada armónicamente con los demás preceptos legales, constitucionales e internacionales vigentes en Chile¹⁵⁰, en favor del reconocimiento de la filiación homo y lesboparental. Asimismo, hace énfasis en que las normas enunciadas, y los demás preceptos relacionados a la determinación de la filiación contemplados en el Código Civil, obedecen a un momento histórico anterior a la evolución del modelo de familia, pero que actualmente la situación ha cambiado y no se puede ignorar a las parejas homosexuales, siendo necesario su reconocimiento legal. Luego, se refiere a diversas normas nacionales e internacionales, para afirmar que la familia debe ser protegida por el Estado y que el hecho de que dicha protección y reconocimiento sea tal solo para las familias heteroparentales constituye una discriminación que vulnera el derecho a la igualdad y el derecho a la identidad de los niños y niñas. Esto tiene aún más cabida si se considera que el padre o madre del hijo/a concebido/a mediante las TRHA son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas, excluyendo la posibilidad de que sean dos mujeres solo por el hecho de su género. La ministra con voto disidente menciona, finalmente, una serie de mecanismos por los cuales el Estado podría proteger a las familias diversas, y concluye que, por todas

¹⁴⁸ MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL. “Corte Suprema rechaza reconocer que una niña tiene dos madres”. Op. cit.

¹⁴⁹ Corte de Apelaciones de Valparaíso. Myra Victoria Opazo Méndez y Otro con Servicio de Registro Civil e Identificación. Op. cit. Considerando décimo.

¹⁵⁰ *Ibíd.* p. 5.

las razones y preceptos mencionados, además del principio de progresividad de los derechos humanos, debe acogerse el recurso de protección deducido¹⁵¹. Adicionalmente, el voto disidente en la sentencia de la Corte Suprema afirma que negar la doble maternidad vulnera el interés superior del niño¹⁵².

Por todo lo anterior, es evidente la relevancia que tiene el caso expuesto, en tanto reconoce que una pareja del mismo sexo puede formar una familia y da cuenta de la barrera legal que representa nuestro ordenamiento jurídico para el reconocimiento de la filiación homo y lesboparental. Además, visibiliza los derechos en juego, que se ven vulnerados por la ausencia de regulación, y la normativa internacional, que vincula a Chile, y que demanda la modificación de su normativa o la adopción de mecanismos que permitan garantizar con igualdad los derechos de las parejas del mismo sexo.

5.4. Corte de Apelaciones ordena inscripción de mellizos con apellidos de las dos madres

Dos mujeres se sometieron a la técnica de inseminación intrauterina con donante, dando una de ellas a luz a unos mellizos, con fecha 20 de septiembre de 2017. Tras el nacimiento, concurren al Servicio de Registro Civil e Identificación, para inscribir a los mellizos con los apellidos de ambas e inscribir la doble maternidad, sin embargo, éste se negó a ello, sosteniendo que solo puede inscribirlos con el apellido de una de ellas y que la maternidad queda determinada solo respecto de aquella mujer que los dio a luz. Con posterioridad, el 12 de noviembre de 2018, las recurrentes celebraron un Acuerdo de Unión Civil, constituyendo una familia y asumiéndose ambas como madres de los niños. Para concretar aquello, el 16 de noviembre de 2018, concurren nuevamente al Servicio de Registro Civil e Identificación, para corregir administrativamente las partidas respectivas, sin embargo, éste señaló que no eran susceptibles de corrección. Frente a ello, las madres, representadas por el Movilh, dedujeron un recurso de protección contra el Servicio mencionado, ante la Corte de Apelaciones de Santiago, por haber infringido las garantías constitucionales del art. 19 N° 1, 2 y 4 de la CPR, entre otros, de igualdad y no discriminación, de vida privada, derechos del niño, interés superior del niño, derecho a la familia y por violar lo preceptuado por el art. 5 de la CPR, al no respetar los tratados internacionales ratificados por Chile. El Servicio indicado se opuso a lo señalado y sostuvo que su actuar no fue ni ilegal ni arbitrario y que no violó las disposiciones enunciadas.

En tal contexto, la Sexta Sala de la Corte estudió las diversas normativas aplicables, tanto nacionales como internacionales, y concluyó que no es posible acoger el recurso en cuanto a la inscripción de la doble maternidad, en tanto comprende una multiplicidad de aspectos jurídicos y

¹⁵¹ *Ibíd.* p. 9.

¹⁵² MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL. “Corte Suprema rechaza reconocer que una niña tiene dos madres. *Op. cit.*”

complejidades que sobrepasan la naturaleza cautelar de la acción, debiendo optarse por otros mecanismos procesales para su discusión. Sin embargo, respecto de la inscripción de los mellizos con los apellidos de ambas recurrentes, la Corte, por dos votos contra uno, ordenó al Registro Civil a inscribir a los mellizos con los apellidos de las dos madres, acogiendo, en parte, el recurso deducido. Para ello, se basó principalmente en el art. 126 del DFL N° 2128 de 1930, sobre la inscripción del nombre y apellidos, y en lo señalado por las recurrentes, en cuanto “*si se encuentra solamente determinada maternidad del (de la) hijo (a), el (la) inscrito (a) llevará como apellido paterno aquel que la madre requirente declare y como apellido materno, el paterno de la madre*”¹⁵³.

Lo anterior marca un precedente importante a favor de la igualdad de derechos de las familias homo y lesboparentales, en tanto revierte una medida homofóbica y antojadiza del Registro Civil¹⁵⁴, invisibilizadora de tales familias, y permite que tanto los hijos de parejas heterosexuales como homosexuales puedan llevar el apellido de sus dos padres o madres, reconociendo y visibilizando a las familias conformadas por parejas del mismo sexo, en conjunto con el respeto del derecho a la identidad de los niños y niñas.

Además, hay que considerar lo sostenido por la Ministra Sra. Villadangos, que estuvo por acoger el recurso en todas sus partes, basándose en diversos tratados internacionales que consagran los derechos fundamentales en juego, de los cuales algunos tienen efecto inmediato y otros aplicabilidad directa. En esa línea, también se refirió a la doctrina de la CIDH, que ha expresado que “*todos los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras existentes en los ordenamientos jurídicos internos, a fin de asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo. Así, a través de diversas medidas, los Estados pueden modificar las figuras existentes para ampliarlas a parejas constituidas por personas del mismo sexo*” (N° 228, OC 24/7)¹⁵⁵. Finalmente, la Ministra sostuvo que el Servicio incurrió en un acto ilegal y arbitrario, en tanto el hecho de negar la inscripción de la doble maternidad solicitada se fundó únicamente en el sexo femenino de la segunda de las solicitantes y en la clara desvinculación biológica entre ella y los niños, cuestión que no se hubiera cuestionado si el solicitante hubiere sido un hombre, así como carece de fundamentación racional, atendida la evolución existente en el reconocimiento de las relaciones afectivas entre personas del mismo sexo. En base a ello, concluye que la actuación del Servicio atenta contra el derecho a la igualdad y no

¹⁵³ Corte de Apelaciones. Recurso de Protección. Santiago, 7 de octubre, 2019. Considerando Vigésimosexto.

¹⁵⁴ EL MOSTRADOR BRAGA. “*Triunfo de la homoparentalidad: Corte ordena al Registro Civil inscribir mellizos con apellidos de ambas madres*”. 10 de octubre de 2019. [En línea] <<https://www.elmostrador.cl/braga/2019/10/10/triunfo-de-la-homoparentalidad-corte-ordena-al-registro-civil-inscribir-mellizos-con-apellidos-de-ambas-madres/>> [Fecha de consulta: 11 octubre 2019].

¹⁵⁵ Corte de Apelaciones. Recurso de Protección. Santiago, 7 de octubre, 2019. Op. cit. Voto Ministra Sra. Villadangos. Consideración N° 4.

discriminación, contra los derechos fundamentales de los niños, su derecho a la identidad y el principio del interés superior del niño¹⁵⁶, y que en dicho escenario la acción de protección es el mecanismo que naturalmente debe resolver las transgresiones mencionadas.

6. Proyectos de ley relacionados con la filiación homo y lesboparental en Chile

En relación con los apartados anteriores, es clara la necesidad y obligación que tiene el Estado de Chile de legislar para garantizar la igualdad de derechos de todas las personas en materia de filiación, lo que, para efectos de la presente memoria, se traduce en la obligación de legislar a favor del reconocimiento de la filiación homo y lesboparental. En ese contexto, se han presentado diversos proyectos de ley relacionados con la filiación mencionada, los cuales serán expuestos brevemente en este apartado, para dar pie a la presentación del proyecto de ley que regula directamente el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo (Boletín N° 10.626-07), cuyo análisis constituye el objeto principal de esta memoria.

Cabe recalcar que, si bien se están tramitando diversos proyectos de ley dirigidos a permitir la filiación homo y lesboparental, a la fecha ninguno de ellos ha sido aprobado, y por lo tanto sigue existiendo la necesidad de su reconocimiento en el derecho chileno. Esperamos que nuestro ordenamiento jurídico chileno se adecúe a las diferentes realidades familiares de Chile prontamente, y que al menos alguno de los proyectos en cuestión prospere.

6.1. Matrimonio Igualitario

Se han presentado diversos proyectos dirigidos a regular y permitir el matrimonio igualitario, teniendo claras consecuencias en el reconocimiento de la filiación homoparental, al permitir su establecimiento respecto de parejas del mismo sexo que se encuentren casadas, en diversas hipótesis. De estos proyectos, se pueden mencionar los siguientes:

- 1) Boletín N° 5.780-18, Proyecto de Ley que “Modifica el Código Civil en relación al concepto de matrimonio”, de 20 de marzo de 2008: plantea, por una parte, la eliminación del requisito de que los contrayentes deban ser un hombre y una mujer, permitiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo; y por otra, la eliminación de la finalidad de procreación del

¹⁵⁶ Corte de Apelaciones. Recurso de Protección. Santiago, 7 de octubre, 2019. Op. cit. Voto Ministra Sra. Villadangos. Consideraciones N° 6-10.

matrimonio. Para esto, planea modificar únicamente el art. 102 del CC. Actualmente se encuentra archivado.

- 2) Boletín N° 7.099-07, Proyecto de Ley “Sobre el contrato de matrimonio entre personas del mismo sexo”, de 3 de agosto de 2010: tiene el mismo objetivo que el proyecto anterior, sin embargo, para concretarlo plantea la modificación del art. 102 del CC y de los arts. 54 N° 4 y 80 de la Ley N° 19.947. Fue archivado y luego desarchivado el año 2015, encontrándose actualmente en primer trámite constitucional ante el Senado.
- 3) Boletín N° 9.778-18, Proyecto de Ley que “Modifica el Código Civil y la Ley de Matrimonio Civil, con el propósito de posibilitar el matrimonio igualitario”, de 10 de diciembre de 2014: pretende modificar los diversos cuerpos legales donde se señala que el matrimonio es entre un hombre y una mujer, además de los efectos que se derivan de ello. Actualmente está en primer trámite constitucional ante la Cámara de Diputados.
- 4) Boletín N° 11.422-07, Proyecto de Ley que “Modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio de parejas del mismo sexo”, de 5 de septiembre de 2017: fue presentado en el marco del Acuerdo de Solución Amistosa entre el Estado de Chile y el Movilh. Modifica diversos cuerpos normativos con el objeto de permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, dar reconocimiento en materia filiativa a las familias homoparentales y regular los regímenes patrimoniales que regularán las relaciones económicas de las parejas del mismo sexo entre sí y para con terceros. Respecto de la filiación, el proyecto permite que todo tipo de matrimonios accedan a la adopción, ya sea por integración o propiamente tal, e innova en la regulación de las TRHA, permitiendo que las dos mujeres que se sometan a ellas sean las madres, una a través del parto y la otra a través de la institución del reconocimiento¹⁵⁷. Este proyecto actualmente está en primer trámite constitucional ante el Senado.

6.2. Sistema de garantías de los derechos de la niñez

Han existido diversas iniciativas de leyes de protección de la niñez, en los años 2005, 2012 y 2013¹⁵⁸, sin embargo, cabe mencionar principalmente aquella que crea el “Sistema de garantías de los

¹⁵⁷ Boletín N° 11.422-07. Proyecto de Ley que “Modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio de parejas del mismo sexo”, de 5 de septiembre de 2017. pp. 6-8.

¹⁵⁸ Boletín N° 10.315-18. Proyecto de Ley “Sistema de garantías de los derechos de la niñez”, de 24 de septiembre de 2015. pp. 5-6.

derechos de la niñez”, consistente en el proyecto de ley del Boletín N° 10.315-18, ingresado el 24 de septiembre de 2015, y denominado “Ley de protección integral de derechos de la niñez” por la Indicación Sustitutiva del ejecutivo del 2018, encontrándose actualmente en segundo trámite constitucional ante el Senado.

Dicho proyecto tiene por objeto la creación de un sistema dirigido a la protección integral y el ejercicio efectivo de los derechos de los niños y niñas, reconocidos en la CPR, en la CDN, en los demás tratados internacionales vigentes ratificados por Chile y en las leyes¹⁵⁹. Tal sistema reconoce, a su vez, las relaciones entre los niños/as, la familia, la sociedad y el Estado, obligando a éstos últimos al respeto, promoción y protección de los derechos de los menores, y centrándose en la familia como núcleo básico de protección, y en el rol prioritario de los padres del niño/a, en relación con el cuidado, crianza, protección, orientación y educación de éste/a¹⁶⁰.

El Boletín establece diversos principios que estructurarán el sistema de garantías, formando parte de ellos el derecho de los niños/as a la igualdad en el goce, ejercicio y protección de sus derechos, sin discriminación arbitraria, explicitándose las categorías sospechosas; y el interés superior del niño/a, entendido como el disfrute y satisfacción de sus derechos. Asimismo, desarrolla ciertos derechos especialmente relevantes para la niñez, dentro de los cuales desatacan el derecho a la identidad, el derecho a vivir en familia, y el derecho a la vida privada y a la honra¹⁶¹. De tales principios y derechos se deriva la importancia del proyecto para la tesis en desarrollo, ya que justifican la necesidad del reconocimiento de filiación homo y lesboparental, como se ha aseverado en las páginas anteriores, en tanto constituye una condición necesaria para el respeto de las garantías de la niñez en igualdad para todos los niños/as, al margen de la orientación sexual de sus padres, y en concordancia con el interés superior del niño/a.

6.3. Reforma integral al sistema de adopción en Chile

Se han presentado diversas iniciativas en orden a modificar el estatuto de adopción existente en Chile, sin embargo, en este apartado nos limitaremos a desarrollar la iniciativa derivada del Boletín N° 9.119-18, por su importancia para el reconocimiento de la filiación homo y lesboparental en dicha materia. Dicho proyecto de ley ingresó al Congreso el 8 de octubre de 2013, con el objeto de entregar los criterios y lineamientos para impulsar una reforma integral al sistema de adopción, que resguarde, fomenta y favorezca mayormente el respeto por el interés superior de los niños/as, estableciendo, de esa

¹⁵⁹ *Ibíd.* Art. 1, p. 13.

¹⁶⁰ *Ibíd.* Art. 2, p. 14.

¹⁶¹ *Ibíd.* Art. 8, 9, 12, 13, 21 y 22. p. 11.

forma, un nuevo enfoque y abarcando los vacíos y deficiencias de la Ley N° 19.620. En ese sentido, se incorporan diversas modificaciones al sistema de adopción, estableciendo los principios que lo sustentan, su carácter subsidiario, otorgando mayor celeridad a sus procedimientos, y modificando los requisitos y condiciones tanto para que un niño, niña o adolescente pueda ser adoptado, como para que las personas interesadas en adoptar puedan hacerlo, cambiando el orden de prelación e incluyendo dos nuevas figuras: adopción por integración y protección intrafamiliar¹⁶².

Sin embargo, las modificaciones mencionadas en el párrafo anterior no cambian la posición de las parejas del mismo sexo respecto de sus posibilidades de adoptar, por lo cual, al alero del Acuerdo de Solución Amistosa firmado por el Estado de Chile y el Movilh, se han planteado diversas indicaciones al proyecto en cuestión, a efectos de permitir la adopción por parejas homosexuales, muchas de las cuales han sido aceptadas. En esa línea, el 13 de junio de 2018 la Comisión de Familia aprobó la adopción homoparental, al establecer que la crianza puede desarrollarse en el seno de una familia, “cualquiera sea su composición”; el 26 de septiembre del mismo año aprobó expresamente la adopción por integración para parejas de igual y distinto sexo, sean de hecho o con unión civil; y el 12 de diciembre siguiente aprobó un artículo que protege de discriminación a todas las categorías contempladas en la Ley Zamudio. Lo anterior culminó con la aprobación de la adopción homoparental por la Cámara de Diputados, con fecha 8 de mayo de 2019, permitiendo que sean susceptibles de adoptar tanto los matrimonios como los/as convivientes civiles y los solteros/as que cumplan con los requisitos para ello, y estableciendo, para tal fin, la prohibición de discriminación por orientación sexual o identidad de género¹⁶³. Luego de dicha aprobación, la Cámara de Diputados despachó el proyecto ley, con las modificaciones pertinentes, al Senado, encontrándose actualmente en segundo trámite constitucional.

Las modificaciones enunciadas implican un avance importante en el reconocimiento de las familias homo y lesboparentales y de sus relaciones de filiación en la hipótesis de adopción, permitiendo la determinación de ésta respecto de los/as convivientes civiles del mismo sexo que adopten conjuntamente a un niño, niña o adolescente, o respecto de uno de los miembros de la pareja homosexual por la adopción por integración del hijo/a del otro.

¹⁶² Boletín N° 9.119-18. Proyecto de Ley de “Reforma integral a la ley de adopciones”, de 8 de octubre de 2013. pp. 4, 5 y 8.

¹⁶³ MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL. “Hito: Cámara de Diputados aprueba la adopción homoparental y la despacha al Senado”. Santiago, 2019. [En línea] <<https://www.movilh.cl/hito-camara-de-diputados-aprueba-la-adopcion-homoparental-y-la-despacha-al-senado/>> [Consulta: 27 octubre 2019].

6.4. Reconocimiento de hijos/as por un segundo padre o madre

En el contexto de iniciativas dirigidas a reconocer la filiación homo y lesboparental, el 18 de abril de 2019 se presentó el Proyecto de Ley del Boletín N° 12.592-18, que “Modifica el Código Civil, para permitir el reconocimiento de hijos por un segundo padre o madre, en los casos que indica”. Dicha iniciativa solo tiene un artículo único, que modifica el art. 187 del CC, agregándole el siguiente inciso final: “*En el caso de los hijos que a seis meses de nacidos solo tuvieron filiación determinada respecto de un padre o una madre, se permitirá la inscripción por un segundo padre o una segunda madre. Para ello, se deberá realizar la respectiva solicitud ante el Servicio de Registro Civil e Identificación de manera conjunta con el padre o madre que figura en la inscripción del nacimiento*”¹⁶⁴. De esa forma, se permite el reconocimiento posterior al nacimiento y la inscripción de personas del mismo sexo como padres o madres, que en el caso de que el niño o niña tenga una filiación determinada sólo respecto de una persona (padre o madre), deberá realizarse en el plazo de seis meses, sin perjuicio de que, transcurrido ese tiempo, se habilita a que otra persona del mismo sexo pueda inscribirla igualmente como su hijo/a, realizando una petición conjunta con su padre o madre ante el Servicio de Registro Civil¹⁶⁵.

Actualmente tal proyecto está en primer trámite constitucional ante la Cámara de Diputados, y está siendo analizado por la Comisión de Familia y Adulto Mayor.

6.5. Proyectos de ley contrarios a la familia homo y lesboparental

Como contrapartida a los proyectos anteriores, un grupo de diputados presentaron, el 16 de junio de 2016, un proyecto que va directamente en contra del reconocimiento de la familia homo y lesboparental, en tanto “Modifica la Carta Fundamental para establecer que el matrimonio solo puede celebrarse entre un hombre y una mujer, y prohibir la adopción homoparental” (Boletín N° 10.764-07). De esa forma, plantea la introducción de una segunda parte en el inciso 2 del art. 1 de la CPR, de conformidad al siguiente tenor: “*El matrimonio constituye únicamente el vínculo entre un hombre y una mujer sobre el cual se erige preponderantemente la sociedad. Es contrario a las normas de esta la constitución la adopción de menores ejecutadas por parejas de un mismo sexo*”¹⁶⁶.

Tal modificación se basa en una concepción heterosexual del matrimonio, que entiende que la adopción y la posibilidad de educar y formar a una familia se vinculan intrínsecamente a éste, ignorando

¹⁶⁴ Boletín N° 12.592-18. Proyecto de Ley que “Modifica el Código Civil, para permitir el reconocimiento de hijos por un segundo padre o madre, en los casos que indica”, de 18 de abril de 2019. Artículo único. p. 4.

¹⁶⁵ *Ibíd.* p. 3.

¹⁶⁶ Boletín N° 10.764-07. Proyecto de Ley que “Modifica la Carta Fundamental para establecer que el matrimonio solo puede celebrarse entre un hombre y una mujer, y prohibir la adopción homoparental”, de 16 de junio de 2016.

los múltiples instrumentos de derecho internacional que se pronuncian señalando exactamente lo contrario y apoyando el reconocimiento de la diversidad familiar y de la filiación homo y lesboparental. Dicho proyecto no se condice con la evolución de la familia y sus principios, como hemos señalado en el capítulo anterior, y va en contra de los diversos derechos humanos y obligaciones internacionales del Estado de Chile, por lo tanto creemos que no tendrá cabida y que, eventualmente, en vistas del contexto histórico actual, el Congreso lo desechará.

6.6. Derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo

El Proyecto que “regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo” (Boletín N° 10.626-07) constituye el objeto de estudio principal de la presente memoria, y por lo tanto será expuesto y analizado latamente en el Capítulo III, sin embargo, cabe recalcar, de forma introductoria, que tiene gran relevancia para el reconocimiento de la filiación homo y lesboparental, en tanto regula directamente el derecho de filiación en tres diferentes hipótesis (adopción, reconocimiento voluntario y aplicación de TRHA), a diferencia de los demás proyectos de ley tratados en este apartado, que regulan desde otras materias aledañas el derecho de filiación, y solo respecto de las hipótesis específicas relacionadas con ese tema.

CAPÍTULO III: “PROYECTO DE LEY QUE REGULA EL DERECHO DE FILIACIÓN DE LOS HIJOS E HIJAS DE PAREJAS DEL MISMO SEXO (BOLETÍN N° 10.626-07)”

Este último capítulo tiene como objetivo exponer y analizar acabadamente el Proyecto de Ley presentado el 22 de abril de 2016, que “regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo” (Boletín N° 10.626-07), y que actualmente se encuentra en primer trámite constitucional ante el Senado. De esa manera, se dará respuesta a las preguntas planteadas al inicio de la tesis, en orden a determinar si el estatuto jurídico que propone es el adecuado de conformidad a los compromisos y obligaciones internacionales contraídos por el Estado de Chile, si enfrenta adecuadamente el problema de discriminación histórico por razones de orientación sexual en materia de derechos filiativos, y si es compatible con el ordenamiento jurídico chileno y sus instituciones.

Para ello, en primer lugar, se procederá a exponer los antecedentes que han dado lugar a la presentación de tal iniciativa en el Congreso y los objetivos que ésta tiene en relación con el reconocimiento de la filiación homo y lesboparental, para luego presentar y explicar las tres hipótesis de filiación que plantea y las modificaciones que, para su introducción, realizará a la legislación vigente en Chile, enunciando, finalmente, ciertas leyes similares existentes en el derecho comparado. Por último, se analizará latamente la moción en comento, estudiando cuidadosamente las hipótesis de filiación propuestas, las reformas específicas planteadas y su posible aplicación, y examinando su adecuación a los principios y derechos involucrados en este tipo de familias y a las obligaciones y compromisos internacionales del Estado de Chile.

1. Introducción al proyecto de ley

El proyecto de ley en estudio ingresó al Congreso el 22 de abril de 2016, por moción de las senadoras Isabel Allende y Adriana Muñoz, los senadores Felipe Harboe, Alfonso de Urresti y el Presidente del Senado, Ricardo Lagos Weber, con el objeto de regular el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo. Con fecha 18 de junio de 2019, la Comisión Especial del Senado encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes, a cargo de informar la iniciativa, aprobó en general, por tres votos contra dos, la idea de legislar dicho proyecto de ley y, el 29 de agosto de 2019, la Corte Suprema emitió un informe sobre el mismo, al cual nos remitiremos más adelante, en el apartado destinado exclusivamente a su análisis.

A continuación, se detallarán los antecedentes que dan lugar a la presentación del proyecto de ley en estudio, y sus objetivos.

1.1. Antecedentes

El Boletín N° 10.626-07 es presentado en un contexto en que se reconoce que la comaternidad de mujeres lesbianas y la copaternidad de hombres homosexuales es una realidad en Chile, existiendo miles de parejas del mismo sexo que conviven junto a sus hijos/as o comparten la crianza de los hijos/as de uno o de ambos/as miembros de la pareja, pero que, sin embargo, enfrentan una completa desprotección legal, en tanto el ordenamiento jurídico chileno no reconoce ni permite la filiación entre un hijo/a y sus dos padres o madres homosexuales o lesbianas, respectivamente. De esa forma, el derecho chileno excluye a los hijos/as de parejas del mismo sexo de los derechos que corresponden a todos los niños y niñas en sus relaciones familiares, y extiende sobre ellos/as la discriminación que históricamente se ha ejercido en contra de las personas de orientación sexual diversa a la heterosexual¹⁶⁷.

En vistas de lo anterior, y considerando los principios y obligaciones internacionales de derechos humanos vigentes, así como la jurisprudencia de la CIDH, relativa a la prohibición de discriminación por orientación sexual, la cual se extiende a los hijos/as, y la afirmación de que dicha condición no tiene consecuencias negativas en el desarrollo de los niños y niñas criados por padres/madres homosexuales; el texto del proyecto sostiene que es necesario contar con un estatuto jurídico para los hijos e hijas de parejas del mismo sexo, que aborde sus derechos de filiación, de conformidad a los principios de igualdad y no discriminación, protección de las familias y los derechos de los niños y niñas, especialmente importantes en la materia¹⁶⁸.

1.2. Objetivos

El proyecto en estudio pretende solucionar la situación de exclusión y de desprotección de las familias homo y lesboparentales en Chile, y regular los derechos de filiación que tienen los/as hijos/as de esas parejas, modificando la normativa actual, de forma que puedan gozar de ellos al igual que los/as niños/as criados/as en familias heteroparentales, de acuerdo a los principios y derechos humanos consagrados en la normativa nacional e internacional. En ese sentido, se atiende principalmente al

¹⁶⁷ Boletín N° 10.626-07. Op. cit. p. 1.

¹⁶⁸ *Ibíd.* pp. 1-2.

derecho del niño/a y su derecho a vivir en familia, buscando fortalecer su derecho a mantener relaciones filiales con sus padres o madres biológicos o de crianza¹⁶⁹.

Para lograr lo anterior, la iniciativa ha considerado las diversas realidades de los/as hijos/as de parejas del mismo sexo, pretendiendo adecuarse a cada una de ellas, en orden a brindarles reconocimiento y protección¹⁷⁰, y entendiendo, además, que los vínculos de filiación no se limitan a la unión civil o el matrimonio de los padres o madres¹⁷¹, sino que comprende situaciones que van más allá de ello y que también requieren protección. En ese sentido, el proyecto plantea tres hipótesis de filiación, abarcando diferentes instituciones, las cuales serán tratadas latamente a continuación.

2. Contenido del proyecto

El proyecto de ley regula, en primer lugar, los derechos de filiación de los hijos e hijas nacidos con el apoyo de TRHA respecto de la pareja de madres que se sometieron conjuntamente a ellas, en segundo lugar, la posibilidad de reconocimiento voluntario de maternidad a la madre que comparte la crianza del hijo/a que no tiene paternidad determinada y, finalmente, la inclusión de los/as convivientes civiles entre las parejas legalmente unidas que pueden adoptar, así como la posibilidad de adopción del hijo/a del o la conviviente civil que solo ha sido reconocido como tal por éste/a (co-adopción), o que ha sido reconocido por ambos padres o cuenta con filiación matrimonial, cumpliéndose ciertas condiciones¹⁷².

Para permitir la determinación de la filiación a través de dichas hipótesis, la iniciativa propone diversas modificaciones al Código Civil, a la Ley N° 20.584 (2012), “que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud”, y a la Ley N° 19.620 (1999), “que dicta normas sobre adopción de menores”, las cuales serán revisadas a continuación, junto con las hipótesis planteadas.

¹⁶⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE / BCN. “*Casos de filiación homoparental en la legislación extranjera*”. Santiago, mayo de 2019. [En línea] <https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27268/2/Informe_BCN_Filiacion_Homoparental_Legislacion_Comparada_2019_pdf.pdf> [Consulta: 22 agosto 2019]. p. 1.

¹⁷⁰ Boletín N° 10.626-07. Op. cit. p. 3.

¹⁷¹ ANDAHUR S., Estefanía; D’ANGELO, Arianna y MORENO H., Constanza. Op. cit. p. 83.

¹⁷² Boletín N° 10.626-07. Op. cit. p. 5.

2.1. Hipótesis de filiación

Como ya hemos señalado, las hipótesis de filiación que regula el Proyecto de Ley del Boletín N°10.626-07 son tres:

2.1.1. Parejas de mujeres que se han sometido conjuntamente a técnicas de reproducción humana asistida

Actualmente, una pareja de dos mujeres puede someterse conjuntamente a TRHA para concebir un hijo/a, sin embargo, y como afirmamos en el primer capítulo de esta memoria, el derecho chileno solo reconoce legalmente como madre a aquella que lo/a dio a luz, además de que el art. 182 del Código Civil chileno limita la determinación de la filiación a través del uso de este tipo de técnicas al “*hombre y mujer que se sometieron a ellas*”, protegiendo únicamente a la familia heteroparental que se conformó de esa forma. Así, aun cuando se trata de una forma de determinar la filiación en que la legislación privilegia la voluntad de tener hijos y asumir su cuidado y crianza por sobre la realidad genética, el derecho discrimina a las parejas de mujeres lesbianas que deciden utilizar estas técnicas para conformar una familia, dejando sin protección jurídica a la mujer que no dio a luz.

Para solucionar dicha situación y brindar protección jurídica a las familias conformadas por parejas de mujeres que se someten a este tipo de técnicas, el proyecto de ley en cuestión plantea incorporar una disposición en la legislación chilena, en el art. 182 mencionado, que expresamente reconozca la co-maternidad de aquellas mujeres emparejadas que voluntariamente convienen en someterse a técnicas de reproducción humana asistida y ser madres, ya no siendo tal únicamente aquella que dio a luz al hijo/a. Además, pretende brindar protección al acceso de las mujeres a dichos procedimientos y evitar que los prestadores de salud puedan restringirlo discrecionalmente, en base a su orientación sexual u otras consideraciones, como tener una pareja estable o contar con un diagnóstico de infertilidad, por lo cual lo regula y concibe como un derecho, cuyo ejercicio solo requiere del consentimiento informado de ambas mujeres, y que será cautelado a través de una acción judicial que podrá ser interpuesta ante la Corte de Apelaciones, de conformidad a las normas del art. 20 de la CPR¹⁷³.

Dichos cambios se ven reflejados en las modificaciones que el proyecto de ley plantea al Código Civil y a la Ley 20.584, los cuales serán expuestos más adelante.

¹⁷³ *Ibíd.* p. 4.

2.1.2. Parejas de mujeres que cuidan y crían conjuntamente al hijo/a de una de ellas, quien no tiene paternidad determinada: reconocimiento voluntario de maternidad

Ya hemos señalado que la filiación puede determinarse por el reconocimiento voluntario del hijo/a, siempre y cuando éste/a no tenga determinada su maternidad o paternidad, y bastando para ello la sola manifestación de voluntad en la forma establecida por el art. 187 del CC, sin necesidad de que se pruebe realmente la correspondencia biológica entre el padre o madre reconociente y el/la hijo/a reconocido/a. Sin embargo, para ello, nuestro ordenamiento jurídico exige la alteridad sexual de la pareja que conforma la familia, impidiendo dicho reconocimiento respecto de la pareja de mujeres que asumen conjuntamente el cuidado y crianza del hijo/a de una de ellas.

La iniciativa legislativa en estudio afirma que dicha situación constituye una “*discriminación e ilegítima restricción a las obligaciones que corresponde al Estado en materia de protección de las familias y especial garantía de los derechos de los/as niños/as*”, por lo cual plantea y regula la posibilidad del reconocimiento voluntario de maternidad por la pareja mujer de la madre del hijo/a, que lo/la cría y cuida junto a ella, siempre que no tenga paternidad determinada, permitiendo, así, el nacimiento del vínculo de filiación entre ellos/as, y de todos los derechos y obligaciones propios de la maternidad¹⁷⁴. Para ello, modifica diversos artículos del Código Civil, referidos al reconocimiento del hijo, incluyendo los términos: “madres”, “ambas”, y “ellas”; para referirse a las personas que pueden efectuarlo.

2.1.3. Parejas de convivientes civiles que cuidan y crían conjuntamente: adopción

La Ley N° 20.840, que crea el acuerdo de unión civil, introduce en Chile un nuevo estatuto familiar, que permite la protección de las parejas de igual o distinto sexo que se unen civilmente, sin embargo, en materia de filiación no consagra protección alguna para los hijos e hijas de las familias así conformadas, ni incorpora a los/as convivientes civiles entre las personas que de acuerdo a la ley pueden adoptar. En ese contexto, la moción pretende darle coherencia al ordenamiento jurídico chileno, adecuando la legislación sobre adopción al estatuto familiar mencionado, lo cual se traduce en la regulación de la posibilidad de adopción en tres situaciones¹⁷⁵:

- 1) Adopción del hijo/a del o la conviviente civil que solo ha sido reconocido como tal por él/ella (co-adopción). Actualmente la Ley N° 19.620, en su art. 11 inc. 1, regula dicha situación solo respecto de los cónyuges y lo remite directamente al procedimiento contemplado en el Título III de la Ley.

¹⁷⁴ Idem.

¹⁷⁵ Ibíd. p. 5.

- 2) Adopción del hijo/a del o la conviviente civil aun si éste ha sido reconocido por ambos padres o cuenta con filiación matrimonial, siempre que concurra consentimiento del otro padre o madre o autorización judicial en su caso¹⁷⁶. Hasta el momento, el art. 11 inc. 2 y 3 de la Ley N° 19.620 confiere esta posibilidad de adopción únicamente a los cónyuges, exigiendo el consentimiento del otro padre o madre, y disponiendo que, en caso de ausencia u oposición de éste/a, corresponde al juez resolver si el menor es susceptible de ser adoptado.
- 3) Adopción conjunta por los/as convivientes civiles, regulándolos como parejas legalmente habilitadas para adoptar, en igualdad de condiciones que los cónyuges. Actualmente el art. 20 de la Ley N° 19.620 concibe dicha habilitación solo respecto de los cónyuges chilenos o extranjeros.

2.2. Modificaciones legislativas del proyecto de ley

Para llevar a cabo la implementación en el derecho chileno de las tres hipótesis de filiación expuestas en el apartado anterior, el proyecto de ley, en cada uno de sus tres artículos, plantea la modificación de diversas disposiciones legales del Código Civil, de la Ley N° 20.584 (2012), y de la Ley N° 19.620 (1999), a las cuales nos referiremos separadamente, para un mayor orden y entendimiento.

2.2.1. Modificaciones al Código Civil

El artículo 1 del Proyecto de Ley establece las modificaciones a realizarse al Código Civil, específicamente a los artículos 179, 182, 187 y 188 del Título VII, relativo a la filiación, comprendiendo tanto las reglas generales de la misma como las reglas para la determinación de la filiación no matrimonial:

- 1) Se modifica el inciso primero del art. 179, que trata de los tipos de filiación, en tanto se reemplaza la expresión “o” por una coma, y se reemplaza el punto final por la frase “o de conformidad a lo establecido en el artículo 182” (TRHA), quedando el primer inciso de dicho artículo redactado de la siguiente forma: “*La filiación por naturaleza puede ser matrimonial, no matrimonial o de conformidad a lo establecido en el artículo 182*”.

¹⁷⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE / BCN. “Casos de filiación homoparental en la legislación extranjera”. Op. cit. p. 3.

- 2) Respecto del art. 182, relativo a la filiación mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, se intercala un nuevo inciso segundo (pasando el actual a ser tercero): *“Tratándose de una pareja de mujeres, las madres del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son las mujeres que se sometieron a ellas”*.
- 3) Se modifica el art. 187, que regula el reconocimiento del hijo/a como forma de determinar la filiación, en los siguientes términos: a) El inciso primero, reemplazándose la expresión “o” por una coma y agregándose la frase “o ambas”, después de la palabra “ambos”; y b) En el N° 1, reemplazándose la frase “de los padres” por “o del acuerdo de unión civil de los padres o madres”; quedando dichas disposiciones redactadas de la siguiente forma:
*“El reconocimiento del hijo tendrá lugar mediante una declaración formulada con ese determinado objeto por el padre, la madre, ambos o ambas, según los casos:
1°. Ante el Oficial del Registro Civil, al momento de inscribirse el nacimiento del hijo o en el acto del matrimonio o del acuerdo de unión civil de los padres o madres”*.
- 4) Se modifica el art. 188, referido al reconocimiento tácito de la filiación por petición de consignar el nombre del padre o madre, intercalándose las palabras “o ellas” entre las frases “cualquiera de ellos” y “al momento de practicarse”, quedando redactado en los siguientes términos: *“El hecho de consignarse el nombre del padre o de la madre, a petición de cualquiera de ellos o ellas, al momento de practicarse la inscripción del nacimiento, es suficiente reconocimiento de filiación”*.

Las modificaciones expuestas permiten brindar operatividad y reconocimiento a dos de las hipótesis planteadas por el proyecto de ley en estudio, a saber, la filiación respecto de parejas de mujeres que se han sometido conjuntamente a TRHA, y aquella derivada del reconocimiento voluntario de maternidad.

2.2.2. Modificaciones a la Ley N° 20.584

El proyecto de ley, en su artículo 2, plantea diversas modificaciones a la Ley N° 20.584 de 2012, que “regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud”, con el objeto de reconocer la autonomía reproductiva de las personas y regular el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida, concibiéndolo como un derecho, que no puede ser restringido discrecionalmente por los prestadores de salud, y dotándolo de protección a través de una acción judicial que podrá ser interpuesta ante la Corte de Apelaciones, y que se tramitará de conformidad a las normas del art. 20 de la CPR.

Dichas modificaciones consisten en agregar a la Ley N° 20.584 un nuevo Párrafo 4° bis, y los siguientes artículos 11 bis y 11 ter nuevos:

"Párrafo 4° bis. De la autonomía reproductiva

Art. 11 bis: El reconocimiento de la autonomía reproductiva de la persona, incluye su derecho a fundar una familia y a acceder igualitariamente a la tecnología necesaria para ejercer ese derecho.

Art. 11 ter: No se podrá condicionar el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida, bastando para dicho acceso, la sola suscripción del consentimiento informado respectivo, el cual no podrá exigir en especial la existencia de una pareja estable, de una determinada orientación sexual o del diagnóstico de infertilidad.

Tanto la persona afectada por alguna exigencia de las indicadas en el inciso precedente, como cualquiera en su nombre, podrá ocurrir ante la Corte de Apelaciones del domicilio de aquella o del prestador involucrado, para la adopción de las medidas que ésta estime necesarias para el restablecimiento del derecho regulado en este artículo. Esta acción se tramitará de acuerdo con las normas del recurso establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República".

2.2.3. Modificaciones a la Ley N° 19.620

Ciertamente, la mayor cantidad de modificaciones realizadas por la iniciativa en estudio se concentran en la Ley N° 19.620 de 1999, "que dicta normas sobre adopción de menores". Así, el tercer artículo del proyecto de ley plantea la modificación de los artículos 11, 20, 21, 22 y 30 de la Ley N° 19.620, en los siguientes términos:

- 1) En el artículo 11 inc. 1, se intercala la frase "o convivientes civiles", entre las frases "de los cónyuges" y "que lo quisieran adoptar".
- 2) En el artículo 20 se intercalan las siguientes frases en los incisos primero y cuarto:
 - a) En el primer inciso se intercala la frase "y convivientes civiles", entre las palabras "cónyuges" y "chilenos", y luego, entre las palabras "matrimonio" y "que hayan sido evaluados", se incorpora la expresión "o acuerdo de unión civil". Finalmente, entre las palabras "los cónyuges" y "deberán actuar", se introduce la frase "y convivientes civiles".
 - b) En el inciso cuarto se intercala la expresión "o acuerdo de unión civil", entre las palabras "el matrimonio" y "cuando uno o ambos cónyuges", y luego, entre las palabras "cónyuges" y "estén afectados", se incorpora la frase "o convivientes civiles".

- 3) Se modifica el primer inciso del art. 21 de la Ley, intercalándose la expresión “ni convivientes civiles”, entre las palabras “cónyuges e “interesados”.
- 4) Se modifican los incisos primero, segundo y tercero del artículo 22, de la siguiente forma:
 - a) En el primer inciso se intercala la frase “o al conviviente civil sobreviviente”, entre las expresiones “viuda” seguida de una coma y “si en vida”. Luego, entre las palabras “cónyuge” y “se hubiere iniciado”, se intercala la frase “o convivientes civiles”. En tercer lugar, se incorpora la expresión “o conviviente civil”, entre las palabras “cónyuge” y “difunto”. Y finalmente, entre las expresiones “cónyuges” y “desde la oportunidad”, se intercala la frase “o convivientes civiles”.
 - b) En el segundo inciso se introduce la frase “o conviviente civil”, entre las palabras “cónyuge” y “difunto”.
 - c) En el tercer inciso se intercala la frase “o convivientes civiles”, entre las palabras “Los cónyuges” y “que hubieren”, y luego, entre las expresiones “divorcio” y “si conviene”, se introduce la frase “o el término del acuerdo de unión civil en su caso”.
- 5) Finalmente, se modifica el artículo 30 de la Ley, reemplazándose la palabra “matrimonio” por la expresión “cónyuges o convivientes civiles”.

Como se podrá observar, dichas modificaciones dicen relación principalmente con las palabras y el lenguaje que utiliza la ley en cuestión, con el fin de introducir el nuevo estatuto familiar de los/as convivientes civiles al cuerpo legal y a la lógica de la adopción, permitiendo que éstos puedan adoptar en las tres situaciones descritas anteriormente.

3. Leves sobre filiación homo y lesboparental en el derecho comparado

Como se señaló en el capítulo anterior, en el derecho comparado existen múltiples países que permiten y regulan la filiación homo y lesboparental en diversas hipótesis, sin embargo, en el presente apartado nos limitaremos al estudio de la legislación existente al respecto en España, Argentina y Noruega, en tanto dichos países fueron los escogidos en forma ejemplar por el Informe de la Biblioteca

del Congreso Nacional¹⁷⁷, por contener normas respecto del matrimonio y la convivencia homosexual, y regular la filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo de manera similar a la propuesta por el Boletín N° 10.626-07. Además, nos parece relevante analizar el tratamiento que los ordenamientos jurídicos español y argentino le otorgan a la filiación, en tanto son países con los que compartimos la influencia histórica de la Iglesia Católica y la tradición jurídica continental.

En general, las tres legislaciones permiten la filiación por adopción tanto para las parejas casadas como para las uniones de convivencia entre personas de igual sexo, y respecto de la utilización de TRHA, todas ellas la regulan de forma similar, permitiendo la determinación de la filiación ya sea que se trate de un matrimonio o de relaciones de convivencia entre las mujeres que se someten a ellas, salvo por España, que solo lo permite cuando dichas mujeres han contraído matrimonio¹⁷⁸.

A continuación, se desarrollará el tratamiento que cada uno de los países mencionados le da a la filiación, enfocándonos en los casos en que es posible determinarla a favor de dos padres o madres.

3.1. España

En España se reconoce y regula a nivel nacional el matrimonio igualitario, a partir de la Ley N° 13/2005 de 2005, que modificó el Código Civil español (CCe), y estableció los mismos requisitos y efectos al matrimonio, ya sea que los contrayentes sean de igual o distinto sexo (art. 44 CCe)¹⁷⁹, reemplazando las expresiones “marido y mujer” por “cónyuges” y “padre y madre” por “progenitores”. En la misma línea, el artículo 32 de la Constitución española señala que “*el hombre y la mujer tienen el derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*”, sin distinguir el sexo ni la orientación jurídica de los contrayentes.

En segundo lugar, se reconocen las convivencias o uniones civiles de personas del mismo sexo, registradas o no, teniendo derechos similares a los matrimonios, sin embargo, su regulación no es a nivel nacional, sino a nivel de las diferentes comunidades autónomas¹⁸⁰.

Respecto de la filiación, según el art. 108 del CCe, hay dos formas en que puede tener lugar: por naturaleza y por adopción, teniendo ambas los mismos efectos jurídicos, y pudiendo ser la primera tanto matrimonial como no matrimonial.

¹⁷⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE / BCN. “*Casos de filiación homoparental en la legislación extranjera*”. Op. cit. Informe solicitado por la Comisión Especial del Senado, encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes.

¹⁷⁸ *Ibíd.* p. 1.

¹⁷⁹ *Ibíd.* p. 4.

¹⁸⁰ *Idem.*

La Ley N° 13/2005, además de la modificación enunciada anteriormente, estableció la filiación por adopción conjunta o sucesiva por parte de ambos cónyuges, lo cual luego, con la Ley N° 26/2015, se amplió a nivel nacional a las parejas unidas por análoga relación de afectividad a la conyugal (art. 175 N° 4 CCe), permitiendo que dos personas del mismo sexo puedan adoptar en tanto contraigan matrimonio o estén unidas en el sentido de la norma indicada, ya sea con anterioridad o posterioridad a la adopción (adopción posterior del hijo/a adoptado de la pareja). En relación a esto, la doctrina ha sostenido que dicha unión análoga a la conyugal alcanza no sólo a quienes han registrado su unión, sino que también a aquellas parejas que no han realizado dicho trámite¹⁸¹, comprendiendo a los convivientes de hecho.

Ahora bien, respecto de la aplicación de TRHA, el ordenamiento jurídico español cuenta con la Ley N° 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida, que complementa a las leyes civiles en materia de filiación. El art. 7 N° 3 de la Ley en cuestión establece que *“cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”*. Dicho consentimiento constituye la base para la determinación de la filiación a favor de la cónyuge que no da a luz, independientemente del origen del material genético.

De esa forma, y ligado al art. 44 N° 5 de la Ley 20/2011, la ley española reconoce la doble filiación maternal de hijos/as nacidos/as mediante TRHA solo cuando existe un matrimonio entre las mujeres que se someten a ellas, excluyendo la posibilidad de su determinación a favor de dos mujeres unidas de hecho o civilmente¹⁸². Éstas últimas tendrán que recurrir a la adopción por integración para acceder a la doble maternidad, ya que, si no hay matrimonio, la legislación española otorga el carácter de madre solo a aquella mujer que dio a luz, no contemplando un reconocimiento de su compañera sin vínculo matrimonial¹⁸³. Esto marca una diferencia con las parejas heterosexuales unidas de hecho, en que la paternidad podrá quedar determinada por el consentimiento previo del compañero masculino en la fecundación y el uso de TRHA (art. 8 N° 2 de la Ley N° 14/2006)¹⁸⁴.

Por otro lado, la ley mencionada descarta la doble filiación paternal por esta vía, ya que, en primer lugar, regula su procedencia únicamente para los matrimonios heterosexuales o conformados por dos mujeres y, en segundo lugar, excluye la aplicación de la única TRHA a través de la cual una pareja de hombres podría acceder a la doble paternidad, a saber la técnica de la maternidad subrogada, en tanto

¹⁸¹ Idem.

¹⁸² *Ibíd.* p. 5.

¹⁸³ ESTEBAN, Patricia. *“El laberinto legal que sufren las parejas homosexuales para inscribir a sus hijos”*. 8 abril 2019. [En línea] El País. <https://elpais.com/economia/2019/04/05/mis_derechos/1554465687_049095.html> [Consulta: 5 enero 2020].

¹⁸⁴ ALBERDI SOTO, Ignacio y MARDONES KRSULOVIC, Javiera P. Op. cit. p. 22.

señala que será nulo de pleno derecho el contrato por el cual se acuerde la gestación por sustitución (art. 10 de la Ley N° 14/2006). Como consecuencia, una pareja de hombres solo podrá acceder a la doble filiación a través de la adopción.

Finalmente, la jurisprudencia española ha ido más allá de esas hipótesis y ha dado cabida a la institución de la posesión permanente de estado para determinar la doble maternidad legal, legitimando el ejercicio de la acción de reclamación de maternidad, tanto para la ex esposa como para la ex conviviente de la madre biológica, en base a pruebas que demuestren la relación de parentesco notoria y pública entre madre e hijo/a, de conformidad con el art. 131 del CCE¹⁸⁵.

3.2. Argentina

A nivel latinoamericano, tiene gran relevancia el ordenamiento jurídico argentino, por cuanto en los últimos años ha evolucionado sostenidamente hacia el reconocimiento de las familias homo y lesboparentales y de sus derechos filiales. Así, el año 2010 se promulgó la Ley N° 20.618, que permitió el matrimonio igualitario, concediéndole los mismos efectos que a los matrimonios celebrados entre personas heterosexuales, convirtiéndose en el primer país en Latinoamérica en dictar una norma de tal carácter¹⁸⁶. Posteriormente, se dictó y entró en vigencia el Nuevo Código Civil y Comercial (NCCyC), que regula el matrimonio sin distinguir el sexo de los contratantes¹⁸⁷, y que en su art. 402 señala que *“ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo”*, confirmando la legalidad del matrimonio igualitario y el reconocimiento de sus efectos, de igual forma que si se tratara de un matrimonio heterosexual.

Además, el cuerpo legal citado regula la unión convivencial de las parejas, independiente de su sexo y orientación sexual, entendida como la *“relación afectiva de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o diferente sexo”* (art. 509 NCCyC).

Ahora, y entrando de lleno en lo que nos convoca, el art. 558 del Código mencionado regula tres fuentes de filiación: 1) por naturaleza, 2) por adopción y 3) por aplicación de TRHA; y establece que

¹⁸⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE / BCN. *“Casos de filiación homoparental en la legislación extranjera”*. Op. cit. p. 5.

¹⁸⁶ HERRERA, M. y GROSMAN, C. 2013. *“Tensiones y desafíos del derecho a contraer matrimonio de las parejas del mismo sexo. La experiencia en el derecho argentino”*. En: GOMEZ, M. y LEPIN, C. Parejas Homosexuales ¿unión civil o matrimonial? Santiago de Chile. Legal Publishing.

¹⁸⁷ ALBERDI SOTO, Ignacio y MARDONES KRSULOVIC, Javiera P. Op. cit. p. 22.

ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación, así como también establece que la filiación, cualquiera sea su fuente, tendrá los mismos efectos.

Respecto de la filiación por adopción (simple, plena o por integración), el art. 599 del NCCyC establece que pueden ser adoptantes un matrimonio, los integrantes de una unión convivencial o una única persona, sin distinguir el sexo de los mismos, ni exigir como requisito su heterosexualidad, de lo cual se desprende que las parejas del mismo sexo pueden adoptar en tanto estén casadas o en una unión convivencial¹⁸⁸.

Luego, a propósito de la filiación por TRHA, el Capítulo 2 del NCCyC establece ciertas reglas generales relacionadas con el consentimiento, el derecho a información de las personas nacidas a través de estas técnicas, y la voluntad procreacional, respecto de la cual establece que “*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...*” (art. 562). De esa forma, el derecho argentino reconoce la filiación a favor de dos mujeres en base a la voluntad procreacional de aquella que no dio a luz, independientemente de si existe un vínculo matrimonial entre ellas o no, con la diferencia de que dicha filiación se presumirá si están casadas, de conformidad al art. 566 del NCCyC, siempre y cuando haya existido efectivamente el consentimiento mencionado. A su vez, el art. 577 dispone que no será admisible la impugnación, el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno contra la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante el uso de TRHA, cuando haya mediado el consentimiento descrito.

A su vez, el año 2013 se promulgó la Ley N° 26.862, que regula el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, por toda persona mayor de edad que haya explicitado su consentimiento informado.

Ahora bien, en relación a las técnicas permitidas, y a la posibilidad de que una pareja masculina pueda acceder a la doble paternidad, el Anteproyecto de Reforma al CCyC regulaba expresamente la técnica de la maternidad subrogada, sin embargo, fue eliminada durante el debate legislativo, sin prohibirse, provocando un vacío legal al respecto¹⁸⁹. Tal situación ha provocado que las personas que han optado por dicha técnica dependan de la valoración que realice cada tribunal, en orden a conceder o no la doble maternidad o paternidad a las/os madres/padres de intención, generando una situación de

¹⁸⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE / BCN. “*Casos de filiación homoparental en la legislación extranjera*”. Op. cit. p. 6.

¹⁸⁹ LOPES, Cecilia. “*Familias formadas por parejas del mismo sexo y el Código Civil y Comercial de la Nación*”. *Derecho y Ciencias Sociales*. N° 19. ISSN 1852-2971, Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP. 2018. pp. 35-36.

incertidumbre legal¹⁹⁰. Sin embargo, en los últimos años la jurisprudencia ha tendido a aceptarlo, y conceder la filiación a los padres y madres que han prestado su voluntad procreacional. Así, el año 2012 el Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires permitió la inscripción de Tobías, un niño nacido en India por maternidad subrogada, como hijo de dos hombres en Argentina¹⁹¹, y recientemente, el año 2017, una jueza de Familia de Viedma dictó por primera vez un fallo autorizando el uso de la técnica de forma previa al inicio del tratamiento¹⁹².

Finalmente, respecto de la procedencia del acto jurídico de reconocimiento como forma de determinar la filiación extramatrimonial, el derecho argentino lo trata únicamente respecto de la paternidad, cuando la mujer que da a luz no está casada (art. 571 del NCCyC), no procediendo, por ende, en el caso de parejas del mismo sexo.

3.3. Noruega

La legislación de este país nórdico fue la última en ser expuesta por el informe de la Biblioteca del Congreso Nacional mencionado y, al igual que la de los dos países anteriores, está un paso por delante que Chile en el reconocimiento de las familias homo y lesboparentales, por cuanto, en primer lugar, reconoce y permite tanto la convivencia como el matrimonio de personas del mismo sexo, según el Act N° 40 relating to Registered Partnership (1993) y The Marriage Act N° 47 (2009), respectivamente¹⁹³; y, en segundo lugar, en lo que respecta a la filiación, regula la determinación de la doble paternidad o maternidad de la siguiente manera:

La Ley de Adopción de Noruega (Adoption Act N° 16 de 2017) permite la adopción conjunta de los cónyuges o cohabitantes (art. 6) y también la adopción del hijo/a del cónyuge, cohabitante o pareja de hecho registrada del mismo sexo, salvo que se trate de un/a niño/a extranjero/a y que en su país de origen no se permita dicha adopción. Cuando se habla de cohabitantes, se hace referencia a dos personas que viven juntas en una relación estable y parecida a un matrimonio¹⁹⁴.

¹⁹⁰ BABYGEST. “*Gestación subrogada en Argentina: Código Civil y proyecto de ley*”. 2019. [En línea] <<https://babygest.com/es/gestacion-subrogada-en-argentina/>> [Consulta: 15 marzo 2020].

¹⁹¹ Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. “D. C. G. y G.A. M. c/ GCBA s/ Amparo”. Sentencias del 22 de marzo del 2012, 22 de junio del 2012 y 06 de julio de 2012.

¹⁹² MEGANOTICIAS. “*Argentina permite a pareja homosexual tener un hijo usando un ‘vientre’ de alquiler*”. Santiago, 2017. [En línea] <<https://www.meganoticias.cl/mundo/201154-argentina-permite-a-pareja-homosexual-tener-un-hijo-usando-un-vientre-de-alquiler.html>> [Consulta: 15 marzo 2020].

¹⁹³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE / BCN. “*Casos de filiación homoparental en la legislación extranjera*”. Op. cit. p. 7.

¹⁹⁴ Idem.

La sección 3 de la Ley de Infancia noruega (Children Act N° 8, de 2017) hace referencia a la filiación derivada del uso de TRHA, y dispone que “...*La mujer con la que la madre está casada en el momento del nacimiento del niño, cuando éste fue concebido por medio de fertilización asistida, proporcionada por un servicio de salud noruego y aprobado, con el consentimiento de la mujer para la fecundación, se considerará como la co-madre del niño. En el caso que la fertilización asistida sea proporcionada por un servicio de salud aprobado, pero fuera de Noruega, deberá conocerse la identidad del donante de espermia*”¹⁹⁵. Lo anterior no se aplica si es que al momento del nacimiento la mujer se encuentra separada de su cónyuge por acuerdo o sentencia judicial. Luego, la sección 4 regula el caso de la cohabitante de la madre, señalando que ésta puede declarar (reconocer) su co-maternidad respecto del niño/a nacido/a mediante fertilización asistida, siempre y cuando ésta se haya practicado en un servicio de salud aprobado y la cohabitante haya consentido en la fecundación.

Finalmente, la Ley de Infancia señala tres formas de determinar la co-maternidad de la cónyuge o cohabitante de la madre del niño/a, al disponer que ella deriva de 1) su matrimonio; de 2) una declaración, como la indicada en la sección 4 antes descrita; o de 3) una sentencia. Además, señala que un/a niño/a no puede tener, a su vez, tanto un padre como una co-madre¹⁹⁶. En atención a lo anterior, es necesario aclarar que el reconocimiento como forma de determinar la filiación solo puede realizarse en el caso enunciado de la cohabitante que declara su co-maternidad, y en el caso del padre biológico del niño/a, que reconoce su paternidad (sección 4 de la Ley de Infancia).

Ahora bien, en lo atinente a la técnica de la maternidad subrogada, Noruega pertenece al grupo de países que no prohíbe explícitamente la técnica, pero que, sin embargo, en primer lugar, prohíbe la donación de embriones, por lo tanto no se pueden utilizar óvulos fertilizados de una mujer que no es la que da a luz al bebé, de conformidad a la Ley N° 100 de 5 de diciembre de 2003 (“Ley de Biotecnología”); y, en segundo lugar, establece la no vinculatoriedad de los acuerdos para dar a luz a un niño/a para otra mujer (sección 2 de la Ley de Infancia). Lo anterior no descarta que las parejas del mismo sexo puedan acudir a otros países, donde dicha técnica está regulada, para practicar la gestación subrogada. Sin embargo, aquello arrastra diversas complicaciones legales, en tanto la ley noruega no tiene reglas específicas sobre la determinación de la filiación en caso de subrogación en el extranjero, aplicándose, por ende, las reglas generales sobre la misma¹⁹⁷. Así, la Ley de Infancia noruega, en su sección 2, capítulo 2, establece que la madre del niño/a es aquella que lo/a dio a luz; luego, en su sección 3, señala que el padre del niño será aquel hombre con quien la madre está casada al momento de

¹⁹⁵ Traducción extraída del Informe de la Biblioteca del Congreso Nacional. *Ibíd.* p. 8.

¹⁹⁶ *Idem.*

¹⁹⁷ SUKHANOVA, Anna. “*Subrogación en Noruega*”. 4 marzo 2019. [En línea] Pons Medical Group. <<https://surrogacybypons.com/es/surrogacy-overseas-for-norwegians/>> [Consulta: 7 enero 2020].

nacimiento del hijo/a; y finalmente, en su sección 4, cuando la madre subrogada no está casada, contempla la posibilidad de que el padre genético reconozca al hijo/a¹⁹⁸.

4. Análisis del proyecto de ley en estudio

En los apartados anteriores hemos presentado latamente el proyecto de ley en estudio, comprendiendo las razones de su existencia, sus objetivos y su contenido, siendo ahora el momento de examinar si dicha iniciativa legislativa regula suficientemente el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo y si enfrenta adecuadamente la discriminación histórica de la cual han sido y son objeto las personas LGBT en materia de derechos filiativos.

A continuación, analizaremos cada una de las hipótesis reguladas por el proyecto de ley y las reformas específicas planteadas por éste, en orden a determinar si su regulación es compatible con el ordenamiento jurídico y sus instituciones, y si es suficiente, de conformidad al principio de igualdad y no discriminación, al derecho de los/as niños/as, al principio de interés superior del niño, niña y adolescente, y a la protección de la familia. En base a ello, podremos establecer si el Estado de Chile cumple con las obligaciones internacionales que lo aquejan en materia de reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI, especialmente en torno a sus derechos filiales.

4.1. Acerca de las hipótesis de filiación y las reformas específicas planteadas

4.1.1. Parejas de mujeres que se han sometido conjuntamente a TRHA

A continuación, examinaremos separadamente: 1) las TRHA como tercera forma de filiación natural; 2) la determinación de la co-maternidad por uso de TRHA; 3) el derecho al acceso igualitario a las TRHA; y 4) la acción de resguardo del nuevo art. 11 ter de la Ley N° 20.584.

4.1.1.1. Sobre las TRHA como tercera forma de filiación natural (art. 179 CC)

Primeramente, el proyecto de ley modifica el artículo 179 del CC para incluir a las técnicas de reproducción asistida como tercera forma de filiación natural, junto a la matrimonial y a la no matrimonial, lo cual, a nuestro parecer, es errado, ya que, si bien la filiación derivada de su uso puede ser natural, cuando se utilizan gametos propios, no constituye una tercera forma de filiación diferente a la matrimonial o no matrimonial, sino que, un supuesto de determinación de la filiación, que será

¹⁹⁸ Idem.

matrimonial o no matrimonial, dependiendo del vínculo existente entre las personas que aparecen como los padres o madres del hijo/a así concebido/a¹⁹⁹. En ese sentido, cuando se trata de una pareja heterosexual casada, la filiación a favor de la mujer se determina por el parto y a favor del hombre por la presunción de paternidad, siendo matrimonial; y, en cambio, cuando no están casados, la maternidad se determina por el parto y la paternidad por el reconocimiento del hijo/a que hace el hombre, siendo no matrimonial²⁰⁰. No hay más opción. Claramente, en el caso de parejas de mujeres, la filiación será siempre no matrimonial, pues actualmente no pueden contraer matrimonio.

4.1.1.2. Sobre la determinación de la co-maternidad por uso de TRHA (art. 182 CC)

Al examinar el proyecto de ley, pueden preverse diversas complicaciones de la hipótesis en análisis, que dicen relación, principalmente, con la ausencia en Chile de una regulación adecuada de las TRHA, limitándose, en materia de filiación, a lo dispuesto en el art. 182 del CC. Tal disposición legal cuenta con múltiples imprecisiones, de las cuales el proyecto de ley no se hace cargo, sino que, más bien, las mantiene, extendiéndolas al caso de la co-maternidad²⁰¹. Entre dichas complicaciones, podemos señalar las siguientes:

- 1) Se mantiene la incertidumbre existente respecto de si la imposibilidad de impugnar o reclamar una filiación distinta alcanza o no al hijo/a concebido mediante TRHA, lo cual reabrió el debate en el Senado, y en la Comisión especial del mismo, sobre la constitucionalidad de dicha norma²⁰². En relación a ello, y de acuerdo al objeto de la norma, consideramos que debe protegerse la situación de los madres y padres que se han sometido a tales técnicas y que continua e ininterrumpidamente han acreditado su condición de tales, por lo cual dicha prohibición se extiende a todos, incluido al hijo/a concebido/a por ellas, en tanto la norma no hace distinciones, y, por el contrario, “*se permitirá la intromisión de un tercero en una relación de familia*”, conformada por las madres/padres que lo/a han criado y cuidado en tal calidad²⁰³. Sin embargo, compartimos la opinión de las abogadas Bárbara Allendes Orozco y

¹⁹⁹ CORRAL TALCIANI, Hernán. “*Convivencias lésbicas y doble maternidad*”. En: Derecho y Academia. Santiago, Chile, 16 de junio de 2019. [En línea] <<https://corraltalciani.wordpress.com/2019/06/16/convivencias-lesbicas-y-doble-maternidad/>> [Consulta: 22 agosto 2019].

²⁰⁰ COMISIÓN ESPECIAL ENCARGADA DE TRAMITAR PROYECTOS DE LEY RELACIONADOS CON LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. Op. cit. p. 116. Sr. Hernán Larraín.

²⁰¹ Corte Suprema. “*Informe Proyecto de Ley 30-2019 que regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo*”. Oficio N° 189-2019. Santiago, 29 de agosto de 2019. [En línea] <<https://www.pjud.cl/documents/396729/0/INFORME+PROYECTO+DE+LEY+FILIACION+MISMO+SEXO.pdf/1327ac32-f149-4c91-a8da-7ac36bf3e017>> [Consulta: 9 septiembre 2019]. pp. 15 y 18.

²⁰² DIARIO DE SESIONES DEL SENADO. Legislatura 367ª. Sesión 86ª, en martes 17 de diciembre de 2019. República de Chile. pp. 64 y 82. Senadora Luz Ebensperger y Senador Juan Coloma.

²⁰³ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2007. Op. cit. p. 125.

Melanie Villavicencio Flores, en el sentido de que el anonimato del donante no puede ser absoluto, debiendo considerar y compatibilizarse con los derechos y el interés superior del niño/a así concebido/a²⁰⁴. De esa manera, el hijo/a debe tener la posibilidad de saber que fue concebido por este procedimiento y saber quién es su progenitor biológico, dado que toda persona tiene derecho a conocer la verdad respecto de su origen. Para ello, creemos que debería seguirse la solución planteada por la profesora Maricruz Gómez de la Torre, y establecerse un sistema similar al contenido en la Ley de Adopción (art. 27 Ley N° 19.620), de forma que el hijo/a, al cumplir la mayoría de edad, si quiere saber quién aportó sus gametos para concebirlo/a, pueda acceder al expediente clínico del lugar donde se practicó la técnica, y obtener tal información, lo cual deberá ser igualmente informado al donante al momento de realizar su donación²⁰⁵. Tal es la solución seguida por la legislación noruega, sin que ello implique una impugnación de paternidad (sección 6 a. de la Ley de Infancia noruega).

- 2) En relación al numeral anterior, cabe señalar un error de texto del art. 182 planteado, derivado de la mantención de la redacción del actual inciso segundo que pasa a ser tercero, el cual, al establecer que no podrá impugnarse ni reclamarse una filiación distinta a la determinada de acuerdo a “la regla precedente”, sugiere su prohibición solo respecto del nuevo inciso segundo, quedando sin dicha cobertura el inciso primero de tal precepto²⁰⁶. Por ello, creemos que debe modificarse levemente el nuevo inciso tercero del art. 182, extendiendo tal prerrogativa a “las reglas precedentes”, de forma que se aplique a toda filiación determinada por el uso de TRHA, sin distinciones.
- 3) No se regula la forma en que debe prestarse el consentimiento requerido para someterse a las TRHA y determinar la filiación a su favor, ni como éste será comprobado en juicio, en caso de litigio, provocando incertidumbre respecto de quienes efectivamente se considera que se sometieron a las técnicas y son los padres o madres del niño/a concebido/a por ellas²⁰⁷, pudiendo desencadenarse consecuencias muy desafortunadas a raíz de ello²⁰⁸. En este aspecto,

²⁰⁴ ALLENDES O., Bárbara y VILLAVICENCIO F., Melanie. “El hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida y su derecho a la identidad”. Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas, 2 (3). 2013. p. 16.

²⁰⁵ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2007. Op. cit. pp. 126-127.

²⁰⁶ COMISIÓN ESPECIAL ENCARGADA DE TRAMITAR PROYECTOS DE LEY RELACIONADOS CON LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. Op. cit. pp. 74-75. Prof. José Luis Goldenberg.

²⁰⁷ Corte Suprema. “Informe Proyecto de Ley 30-2019 que regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo”. Op. cit. p. 19.

²⁰⁸ Dichas consecuencias dicen relación con la posibilidad de que, por dificultades probatorias, no se determine como padre o madre a la persona que realmente consintió en el uso de las técnicas, o que se determine erróneamente como tal a otra persona, impidiendo que la primera pueda impugnar su vínculo y reclamar la filiación a su favor.

coincidimos con lo señalado por la académica Fabiola Lathrop ante la Comisión especial del Senado, en tanto pensamos que la iniciativa es claramente perfectible, siendo óptimo que se regule la voluntad procreacional, al igual que lo han hecho diversas legislaciones comparadas, como la argentina, normándose las condiciones y requisitos para entender que se ha prestado el consentimiento para ser padre o madre en el futuro, de forma libre y espontánea²⁰⁹.

En relación a la incertidumbre no resuelta por la iniciativa respecto de quienes se entiende que se someten a las TRHA, se ha planteado la posibilidad interpretativa de que dicha disposición permitiría la paternidad o maternidad ejercida por más de dos personas, es decir, que el hijo/a podría gozar de más de dos vínculos de filiación²¹⁰. A nuestro parecer, dicha interpretación no es correcta, en tanto el proyecto de ley se refiere a las mujeres que se someten a la técnica en el contexto de una “pareja de mujeres”, además que en el primer inciso del art. 182 se menciona como padre y madre del hijo/a por ella concebido únicamente al hombre y mujer que se sometieron a ellas, dando cuenta de que se trata de dos personas y no más.

- 4) La iniciativa no explica cómo se determinaría la doble maternidad a favor de las mujeres que se someten a TRHA. En relación a esto, creemos que, como ha señalado la Corte Suprema, debido a las “*modificaciones planteadas a los artículos 187 y 188 del Código Civil, lo usual será que el artículo 182 no reciba aplicación, siendo desplazado por las normas generales de determinación de la filiación*”, al igual que ocurre actualmente con las parejas heterosexuales. Así, la maternidad de la mujer gestante será determinada por el hecho del parto, según el art. 183 CC, y la maternidad de la segunda madre por el reconocimiento que ésta otorgue en la inscripción del hijo/a, conforme al art. 187 modificado por la Moción²¹¹.

En base a ello, solo pueden identificarse dos situaciones en que el art. 182 tendrá aplicación y utilidad: 1) Cuando la filiación del hijo/a, determinada por otros medios, coincide con la establecida por el art. 182, como en el caso en que se determina por el reconocimiento de la mujer no gestante en el uso de TRHA. En dicha situación, la filiación determinada por el art. 182 podrá oponerse como excepción frente a una acción de impugnación de tal vínculo, interpuesta, por ejemplo, por la madre no gestante que quiere desconocer su maternidad o el donante de gametos que planea reclamar posteriormente al hijo/a; y 2) Cuando el hijo/a

²⁰⁹ COMISIÓN ESPECIAL ENCARGADA DE TRAMITAR PROYECTOS DE LEY RELACIONADOS CON LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. Op. cit. pp. 56-57. Prof. Fabiola Lathrop.

²¹⁰ *Ibíd.* p. 65. Directora del Instituto de Ciencias de la Familia de la Universidad de los Andes, señora Jimena Valenzuela.

²¹¹ Corte Suprema. “*Informe Proyecto de Ley 30-2019 que regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo*”. Op. cit. pp. 15-16.

concebido a través de dichas técnicas no tiene filiación determinada, por no haber procedido las normas generales de determinación. En este caso, el hijo/a o su representante legal podrá ejercer la acción de reclamación de maternidad contra las mujeres que consintieron en la aplicación de las TRHA²¹².

En atención a lo anterior, hay que considerar que generalmente la maternidad de la mujer gestante quedará determinada por el parto, mientras que, en el caso de la no gestante, el art. 182 será aplicado únicamente cuando el óvulo aportado al proceso proviene de un tercero ajeno a la pareja, dado que, si proviene de la misma mujer no gestante, “*se podrá reclamar y acreditar su maternidad mediante pruebas biológicas o genéticas, volviéndose innecesaria la invocación del artículo 182*”²¹³.

De todas maneras, se ha dado cuenta que, en vistas de la normativa actual, para determinar la filiación conforme al art. 182 del CC, se requerirá siempre de sentencia judicial que constate los presupuestos de tal norma²¹⁴. Esto, ya que la ley no ha establecido normas para que la voluntad procreacional acceda directamente al Registro. Por esta razón, el profesor Corral asevera que la determinación “*se completará siempre con la sentencia judicial que constate que el hijo fue concebido por aplicación de una técnica de reproducción asistida y que el supuesto padre o madre se sometió voluntariamente a ella, estando consciente de la utilización de gametos de un tercero*”²¹⁵.

- 5) Respecto de las técnicas permitidas para concebir un hijo/a, la Moción no se pronuncia sobre el caso de la maternidad subrogada, por lo cual algunos académicos se han preguntado si el art. 182 del CC comprendería una habilitación de dicho procedimiento o no²¹⁶. Ante ello, creemos fielmente que de la lectura de la iniciativa no se desprende una habilitación a tal técnica, dado que en ningún momento la aborda ni pretende abordarla, por lo tanto se entiende que la inclusión de un nuevo inciso segundo al art. 182 no cambia la situación actual del

²¹² CORRAL TALCIANI, Hernán. “*Reproducción humana asistida y filiación. Un análisis del nuevo artículo 182 del Código Civil*”. En: Primeras Jornadas de Derecho Médico, Cuadernos Jurídicos 2. Santiago, Chile: Universidad Central, 2000. pp. 5 y siguientes.

²¹³ Corte Suprema. “*Informe Proyecto de Ley 30-2019 que regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo*”. Op. cit. pp. 16-17.

²¹⁴ *Ibíd.* p. 17.

²¹⁵ CORRAL TALCIANI, Hernán. 2000. Op. cit. p. 6.

²¹⁶ COMISIÓN ESPECIAL ENCARGADA DE TRAMITAR PROYECTOS DE LEY RELACIONADOS CON LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. Op. cit. Sra. Jimena Valenzuela (pp. 64 y 66) y Sr. Hernán Larraín (pp. 115-116).

ordenamiento jurídico chileno respecto de ella²¹⁷, a saber, que existe un vacío legislativo ante el cual proceden las disposiciones generales de determinación de la filiación, es decir, la maternidad se fija por el hecho del parto.

En atención a ello, se ha planteado que el proyecto de ley es discriminatorio contra las parejas de hombres, pues permite la filiación por aplicación de TRHA solo a aquellas parejas conformadas por mujeres²¹⁸, y no regula la única técnica que les permitiría acceder a la parentalidad, a saber, la maternidad subrogada. En esa línea, el senador señor Juan Pablo Letelier sostiene que el proyecto debería ir más allá y reconocer también la realidad de las parejas homoparentales de varones²¹⁹. Frente a ello, creemos que la exclusión de la filiación por TRHA a parejas masculinas confirma el afán de la Moción de no inmiscuirse en el debate sobre la procedencia de la técnica de la maternidad subrogada, limitándose a las parejas de mujeres que pueden acceder a otras técnicas, mayormente aceptadas, que no requieren de una mujer ajena a ellas para concebir un hijo/a. Somos de la opinión de que dicha decisión es acertada, en tanto ni en el derecho comparado existe consenso sobre el uso de la técnica del vientre de alquiler, por lo tanto consideramos que su procedencia requiere de una discusión más completa, en un proyecto que regule íntegramente las técnicas de reproducción permitidas en Chile y se pronuncie respecto de la situación particular de dicho método, regulando claramente sus condiciones de uso, en caso de permitirse.

Las problemáticas expuestas dan cuenta de la insuficiencia normativa de nuestro ordenamiento jurídico en relación a la aplicación de TRHA, en tanto no regula adecuadamente ni su uso ni las consecuencias derivadas del mismo. Así, existe un vacío legal en la materia, que no es subsanado por el proyecto de ley, subsistiendo la falta de regulación en diversas situaciones que se plantean en relación al uso de estos procedimientos, como el consentimiento para someterse a ellos, la maternidad subrogada, la inseminación *post mortem*, la donación y transferencia de embriones, la situación de la mujer sola que se somete a las técnicas, utilización de gametos propios o de terceros, el destino de los embriones, etc²²⁰.

²¹⁷ ORELLANA, Bárbara. “Lesbomaternidad: ¿Cuestión de crianza o de filiación?” [En línea] El Mercurio Legal en internet. 11 de junio, 2019.

<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2019/06/11/Lesbomaternidad-cuestion-de-crianza-o-de-filiacion.aspx?utm_source=Suscriptores+Activos+Legal&utm_campaign=0343e7e48e-EMAIL_CAMPAIGN_2019_06_11_11_42&utm_medium=email&utm_term=0_61e3138702-0343e7e48e-301321293> [Consulta: 9 septiembre 2019].

²¹⁸ CORRAL TALCIANI, Hernán. 2019. Op. cit.

²¹⁹ DIARIO DE SESIONES DEL SENADO. Op. cit. p. 72. Senador Juan Pablo Letelier.

²²⁰ Corte Suprema. “Informe Proyecto de Ley 30-2019 que regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo”. Op. cit. pp. 19-20.

En base a ello, algunos senadores han planteado que no es adecuado que la iniciativa aborde estos tópicos solo con la pretensión de permitir la determinación de la filiación a favor de la pareja de mujeres que se someten a tales técnicas, requiriéndose, en realidad, de una legislación integral sobre la materia, que aborde cada una de las deficiencias del ordenamiento actual y regule adecuadamente las TRHA²²¹. A nuestro parecer, es claro que se requiere de una regulación exhaustiva de estas materias, que subsane las deficiencias de la legislación actual, no obstante, consideramos que el reconocimiento de los derechos de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo no puede esperar, y que la aprobación del proyecto de ley por parte del Congreso no excluye la posibilidad de regulación exhaustiva de dichos tópicos por otros proyectos de ley, cuyo objetivo sea exactamente ese, regular detalladamente el acceso, las condiciones y consecuencias del uso de TRHA.

De esta manera, si bien la hipótesis en comento es claramente perfectible, debiendo regularse algunas cuestiones importantes, como la voluntad procreacional, creemos que su tramitación y pronta aprobación es beneficiosa e imprescindible, en tanto regula una situación existente en nuestra sociedad, que requiere ser reconocida con urgencia, en orden a proteger a los hijos/as de las familias lesboparentales concebidos por TRHA, que actualmente no tienen ningún tipo de reconocimiento ni protección como tales. Los tópicos que exceden dicho objeto no conforman el contenido de la Moción, debiendo examinarse y regularse en otros proyectos de ley paralelos, específicamente presentados para ello.

En relación a esto, cabe tener en cuenta que actualmente se están tramitando en el Congreso diversos proyectos de ley relativos a las TRHA y derechos reproductivos, pudiendo mencionarse²²²: 1) el Boletín N° 11.100.11, que “Modifica la ley N°20.418, que Fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad, para incorporar en ella información sobre tratamientos de infertilidad y fertilización asistida”, consagrando en forma expresa el derecho a acceder y elegir los tratamientos de fertilización asistida que propenden al desarrollo de la familia; 2) el Boletín N° 11.576-11, que “Regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida”, normando, entre otros, los requisitos que se deben cumplir para acceder a la aplicación de la técnica y prohibiendo la discriminación de quienes deseen someterse a ellas en base a

²²¹ COMISIÓN ESPECIAL ENCARGADA DE TRAMITAR PROYECTOS DE LEY RELACIONADOS CON LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. Op. cit. p. 113. Senadora Ena Von Baer.

²²² Corte Suprema. “Informe Proyecto de Ley 30-2019 que regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo”. Op. cit. pp. 20-23.

su orientación sexual o género²²³; y 3) el Boletín N° 12.106-07, que “Modifica el Código Civil para determinar la identidad de niños y niñas nacidos en gestación subrogada”.

Como último comentario, y siguiendo lo señalado por la Defensora de los Derechos de la Niñez, Patricia Muñoz, creemos que la propuesta legislativa debería pronunciarse respecto de si el nuevo inciso segundo del art. 182 se aplicará retroactivamente o no, en miras del principio de igualdad, considerando que la falta de regulación de las TRHA ha permitido que actualmente múltiples niños/as sean integrantes de familias lesboparentales sin reconocimiento filiativo²²⁴.

4.1.1.3. Sobre el derecho al acceso igualitario a las TRHA

La iniciativa, en orden a permitir que las parejas de mujeres puedan someterse a TRHA sin discriminación, consagra el acceso a las mismas como un derecho, cautelado por una acción judicial que se pretende introducir en el inciso segundo del nuevo art. 11 ter de la Ley N° 20.584.

Aquello tiene una importancia vital, ya que actualmente, dada la insuficiencia regulatoria en la materia, el acceso a tales procedimientos está sujeto a la discrecionalidad de cada uno de los centros médicos que los realizan, existiendo prácticas conservadoras de parte de algunos de ellos, que en general no admiten su procedencia cuando se trata de parejas del mismo sexo²²⁵. En ese sentido, el Informe de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales del año 2014, ha señalado, en lo relativo a las TRHA, que *“tanto en la regulación como en la información pública entregada respecto de los programas de salud se señala que ella es para ‘parejas’, sin que se especifique si son heterosexuales o no. Dadas las prácticas de discriminación prevalentes en nuestra sociedad, esta ambigüedad permite, en los hechos, discriminaciones hacia las parejas no heterosexuales. En efecto, el sistema público no lo reconoce y el privado, en general, lo prohíbe”*²²⁶.

En ese contexto, consideramos que el proyecto de ley es acertado al reconocer el acceso a tales técnicas como un derecho, en orden a terminar con las prácticas discriminatorias de las clínicas y hospitales en cuestión, y asegurar que las parejas de mujeres que quieran someterse a ellas, efectivamente

²²³ Boletín N° 11.576-11. Proyecto de ley que “Regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida”, de 10 de enero de 2018. p. 10.

²²⁴ COMISIÓN ESPECIAL ENCARGADA DE TRAMITAR PROYECTOS DE LEY RELACIONADOS CON LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. Op. cit. pp. 110-111. Defensora de los Derechos de la Niñez, señora Patricia Muñoz.

²²⁵ Ibíd. p. 88. Prof. Mauricio Tapia.

²²⁶ ÁLVAREZ, Juan J y VIAL, Tomás. Op. cit. pp. 487-488.

puedan hacerlo, sin condicionamientos ni discriminaciones por su orientación sexual, y contando con una acción de resguardo para restablecer su derecho, en caso de que sea vulnerado²²⁷.

A su vez, tal derecho ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que, en el Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in vitro) vs. Costa Rica, sostuvo que “*el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho*”²²⁸. Y se condice con el Principio Yogyakarta N° 24, que establece que toda persona tiene el derecho a formar una familia, con independencia de su orientación sexual, y que los Estados tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias a fin de asegurar tal derecho, incluso a través del acceso a la adopción o reproducción asistida, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

Ahora bien, al contrario de lo afirmado por ciertas autoridades²²⁹, creemos que de la consagración de tal derecho no se desprende una irrogación de gastos para el Estado, y que por lo tanto su implementación no es inconstitucional, ya que, como afirma la senadora Ximena Rincón, “*el artículo 11 ter propuesto por la Moción sólo cautela la no discriminación en el acceso a las técnicas de reproducción asistida, pero no fija una obligación estatal en tal sentido. Es decir, no se compromete al aparato público a garantizar tales provisiones médicas*”²³⁰. Asimismo, en el Informe de la Comisión Especial encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes, se hace presente que, al momento de presentación de la iniciativa, la Oficina de Partes de la Corporación no estimó que el proyecto irrogara gastos fiscales, por lo que lo admitió a tramitación; y se explicó que el nuevo art. 11 ter solo resguarda el acceso igualitario a tales procedimientos, más no garantiza su provisión efectiva por parte del Estado a cualquier persona que lo requiera²³¹.

4.1.1.4. Sobre la acción de resguardo del nuevo artículo 11 ter de la Ley N° 20.584

Ahora bien, en lo atinente a la acción de resguardo que se busca implementar en el nuevo art. 11 ter de la Ley N° 20.584, dado que se establece que será de conocimiento de la Corte de Apelaciones, de

²²⁷ COMISIÓN ESPECIAL ENCARGADA DE TRAMITAR PROYECTOS DE LEY RELACIONADOS CON LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. Op. cit. p. 88. Prof. Mauricio Tapia.

²²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre, 2012. p. 46. Párrafo 146.

²²⁹ Entre ellas, la Senadora Ena Von Baer (p. 122), el Director Ejecutivo de la Corporación Comunidad y Justicia, Nicolás Rodríguez (p. 91), y el Ministro de Justicia y Derechos Humanos, Hernán Larraín (p. 117). COMISIÓN ESPECIAL ENCARGADA DE TRAMITAR PROYECTOS DE LEY RELACIONADOS CON LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. Op. cit.

²³⁰ *Ibíd.* p. 126. Senadora Ximena Rincón.

²³¹ *Ibíd.* p. 123.

acuerdo a las reglas de tramitación del recurso de protección del art. 20 de la CPR, han surgido cuestionamientos sobre su constitucionalidad, ya que podría entenderse que se están regulando, por vía legal, nuevas hipótesis del recurso de protección²³². Sin embargo, esto no es correcto, y el precepto en cuestión no es inconstitucional, dado que lo único que se propone al establecer que “*esta acción se tramitará de acuerdo con las normas del recurso establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República*”, es que, ante afectaciones en el acceso a TRHA, se siga el procedimiento judicial al que se sujeta dicha acción constitucional, más no generar una nueva causal de la misma, por lo cual de modo alguno se está modificando irregularmente la Constitución²³³. De todas formas, cabe mencionar que las normas de tramitación del recurso de protección no se encuentran en la Carta Fundamental, sino que en una norma infralegal, correspondiente a un Auto Acordado de la Excelentísima Corte Suprema (Acta 173-2018)²³⁴.

Por otro lado, se han planteado algunas observaciones respecto de la forma en que está formulada la acción en comento, principalmente porque: 1) no establece un plazo u oportunidad para su interposición; y 2) no se pronuncia sobre la necesidad de cumplir con las reglas de comparecencia en juicio; quedando dudas respecto de si aquello se somete igualmente a las reglas procedimentales del recurso de protección o no, en tanto, respecto del primero, no es claro que sea propiamente una regla de tramitación, pareciendo ser, más bien, un elemento previo a los trámites del proceso; y, respecto del segundo, no es certero que de la aplicación de las normas de tramitación de la acción constitucional se deduzca la exención de patrocinio y mandato judicial²³⁵. A nuestro parecer, las omisiones anteriores deben ser suplidas por las normas de tramitación que se establecen para la acción en cuestión, procediendo las reglas del auto acordado mencionado, sin embargo, estamos de acuerdo con lo señalado por la Corte Suprema en su informe sobre el Boletín N° 10.626-07, en tanto debiese establecerse expresamente, para que exista claridad y certeza al respecto²³⁶.

Finalmente, si se examina la acción propuesta y el contexto en el que se inserta, a primera vista, parece alterar el sistema general de tutela de los derechos que contempla la Ley N° 20.584, ya que establece un recurso especialísimo para un derecho determinado de su catálogo, del cual carecen, en general, los demás derechos consagrados en el Título II de dicha ley, procediendo respecto de ellos una reclamación ante el prestador institucional y la Superintendencia. Esto podría encontrar su justificación

²³² *Ibíd.* p. 122. Senadora Ena Von Baer.

²³³ *Ibíd.* pp. 123-124.

²³⁴ *Idem.*

²³⁵ Corte Suprema. “*Informe Proyecto de Ley 30-2019 que regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo*”. *Op. cit.* p. 5.

²³⁶ *Idem.*

en una mayor importancia del bien jurídico protegido por la acción en estudio, a saber, la no discriminación en el acceso a las técnicas reproductivas, requiriendo por tanto de una protección especial, a través de un recurso de mayor rango y eficacia²³⁷. Sin embargo, si se analiza más acabadamente la función y los efectos de tal acción en la práctica, nos daremos cuenta de que en realidad no incorpora un mecanismo nuevo de protección del derecho vulnerado, sino que, salvo por algunas diferencias formales, es idéntica al recurso de protección ya reconocido por nuestro ordenamiento jurídico, no diferenciándose de éste en ningún aspecto relevante. Así, en palabras de la Corte Suprema, la acción propuesta se confunde con el recurso de protección por vulneración del derecho a la igualdad, pudiendo resultar redundante su inclusión como forma de resguardar el acceso igualitario a las técnicas reproductivas²³⁸.

Sin perjuicio de ello, creemos que, si bien ambas acciones tienen la misma fisonomía, y la inclusión del recurso en comento puede tornarse redundante, su establecimiento expreso es beneficioso, ya que permite una mayor visibilidad de la protección otorgada al acceso igualitario a las TRHA, incentivando su cumplimiento por los centros médicos que las practican, lo cual tiene gran importancia, considerando las prácticas discriminatorias ya asentadas en tales establecimientos contra el acceso de las parejas del mismo sexo a dichos procedimientos. En ese sentido, concordamos con el profesor Mauricio Tapia en que la acción propuesta constituye el mecanismo jurisdiccional adecuado para proteger el derecho al acceso igualitario a las TRHA²³⁹.

4.1.2. Parejas de mujeres que cuidan y crían conjuntamente al hijo/a de una de ellas, quien no tiene paternidad determinada: reconocimiento voluntario de maternidad

Esta segunda hipótesis es innovadora, ya que cambia el paradigma sobre el presupuesto de la institución del reconocimiento de un hijo/a, a saber, la correspondencia biológica entre el/la reconociente y reconocido/a²⁴⁰. Así, la Moción reconoce jurídicamente los vínculos afectivos existentes entre el/la hijo/a y la pareja mujer de la madre biológica del mismo/a, que, junto a ella, lo/a cuida y cría en rol de madre, aunque claramente no exista un vínculo biológico entre ellos/as. Esto, siempre y cuando el hijo/a no tenga paternidad determinada.

Dicha regulación se justifica en la visión liberal que ha adoptado nuestro ordenamiento jurídico en la materia, al no exigir ningún tipo de acreditación del vínculo biológico entre tales sujetos o de otra especie para que el acto se perfeccione, bastando meramente la manifestación de voluntad en la forma

²³⁷ *Ibíd.* p. 6.

²³⁸ *Ibíd.* p. 6-8.

²³⁹ COMISIÓN ESPECIAL ENCARGADA DE TRAMITAR PROYECTOS DE LEY RELACIONADOS CON LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. *Op. cit.* p. 88. Prof. Mauricio Tapia.

²⁴⁰ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2007. *Op. cit.* p. 68.

prescrita por el art. 187 del CC²⁴¹. Aquello ha permitido la procedencia de reconocimientos por complacencia, en que la pareja masculina de la madre biológica reconoce al hijo/a de esta última como suyo/a, aunque no exista realmente un vínculo sanguíneo entre ellos. En ese sentido, creemos que no existe razón alguna para no extender tal prerrogativa a la pareja femenina de la madre en cuestión, que, al igual que ésta, se hace cargo del hijo/a en tal calidad.

Por ello, celebramos la modificación que se pretende realizar a los artículos 187 y 188 del CC, en tanto, al incluir las expresiones “o ambas” y “o ellas”, respectivamente, permite el reconocimiento de un hijo/a en el contexto de una pareja de mujeres, pudiendo concurrir juntas a inscribirlo al Registro Civil. En esa línea, creemos que también debería modificarse el art. 186 del CC, para que sus disposiciones sean coherentes, permitiendo el reconocimiento por “ambas”²⁴².

Ahora bien, siguiendo la lógica anterior, consideramos que la institución del reconocimiento debiese extenderse igualmente a las parejas de hombres, en tanto, si bien se puede llegar a entender su exclusión, por el hecho de que la maternidad se fija por el parto, y, por lo tanto, en general está determinada²⁴³; existen excepciones, como lo confirma el art. 183 del CC, al contemplar otras hipótesis de determinación de la maternidad. En ese sentido, creemos que, aunque sea excepcional, debería permitirse el reconocimiento voluntario de paternidad por la pareja masculina del padre del hijo/a reconocido/a, cuando éste/a no tenga maternidad determinada, al igual que se pretende regular para las parejas de mujeres, de conformidad al derecho a la igualdad y la protección de la familia. Para ello, creemos que ni siquiera es necesario reformar la Moción, dado que de la forma en que ya está redactada la norma, y por las modificaciones que se introducen para tales efectos, se podría entender que no solo comprende la doble maternidad, sino también la doble paternidad, al usar los términos “ambos” y “ambas”²⁴⁴. En ese sentido, falta únicamente la intención del legislador de otorgarle tal sentido, y posibilitar el reconocimiento de un hijo/a tanto en el contexto de parejas de mujeres como de hombres.

Sin perjuicio de lo anterior, y continuando con el análisis de la hipótesis de filiación planteada, es posible observar que la iniciativa se limita a extender la prerrogativa en cuestión a la pareja mujer de la madre del hijo/a, más no se pronuncia sobre requisito alguno para efectuar tal reconocimiento,

²⁴¹ Idem.

²⁴² Corte Suprema. “Informe Proyecto de Ley 30-2019 que regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo”. Op. cit. p. 14.

²⁴³ COMISIÓN ESPECIAL ENCARGADA DE TRAMITAR PROYECTOS DE LEY RELACIONADOS CON LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. Op. cit. p. 106. Defensora Patricia Muñoz.

²⁴⁴ Ibíd. p. 76. Prof. José Luis Goldenberg.

En esa misma línea se ha pronunciado la Corte Suprema en su informe. Corte Suprema. “Informe Proyecto de Ley 30-2019 que regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo”. Op. cit. p. 15. Pie de página N° 17.

manteniendo la ausencia de limitaciones de la ley al respecto. De esa manera, para que proceda tal acto, no se exige probar la convivencia ni la crianza conjunta de las mujeres, no se requiere el consentimiento de la madre biológica, y tampoco que el hijo/a sea mayor de edad, pudiendo otorgarse un reconocimiento por cualquier mujer, respecto de una persona mayor de edad y sin su consentimiento²⁴⁵. Tal flexibilidad en la forma de reconocer a un hijo/a opera también en la actualidad respecto del hombre que reconoce su paternidad, y deriva del contexto de dictación de la Ley de Filiación del año 1998, en que había más niños/as sin filiación determinada; sin embargo, consideramos que ya no tiene sustento hoy en día, debiendo revisarse y modificarse, en orden a implementar un sistema similar a otros países del derecho comparado²⁴⁶, que establecen un plazo para ejercer tal derecho y/o exigen el consentimiento de la madre o el adolescente, una vez que éste último ha alcanzado cierta edad²⁴⁷.

A su vez, dado que la Moción nada dice respecto de la procedencia de la repudiación y de las acciones de impugnación y reclamación de filiación en torno a esta nueva posibilidad de reconocimiento, consideramos que se aplican las normas generales al respecto, a saber, el hijo/a puede repudiar tal reconocimiento de conformidad al art. 191 del CC, y proceden las acciones de impugnación y reclamación de los artículos 204 y siguientes del referido cuerpo legal. Ahora, hay que considerar que no se necesitará de prueba pericial biológica para acreditar que la mujer reconociente no es la real progenitora, lo que muestra en cierta forma la precariedad de su reconocimiento²⁴⁸, en tanto el padre biológico podrá impugnarla y posteriormente reclamar su paternidad sobre el hijo/a, de conformidad a las normas mencionadas.

En relación a lo anterior, el profesor Mauricio Tapia ha señalado la necesidad de que se precise si sería posible en tal esquema que el menor contase con dos madres y un padre²⁴⁹. A nuestro parecer, del texto de la iniciativa, que exige que se trate de hijos/as sin paternidad determinada, y de lo dispuesto por el art. 189 del CC, al señalar que “*no surtirá efectos el reconocimiento de un hijo que tenga legalmente determinada una filiación distinta, sin perjuicio de ejercer las acciones a que se refiere el artículo 208*”, se desprende que los vínculos de filiación serán máximo dos, es decir, a favor de un padre y madre o de dos madres. Sin embargo, dado que se trata de un esquema desconocido para nuestro derecho, en que pueden estar involucradas más personas, creemos que tal discusión enriquecería y aclararía el conflicto

²⁴⁵ CORRAL TALCIANI, Hernán. 2019. Op. cit.

²⁴⁶ El art. 123 del Código Civil español exige el consentimiento del hijo/a para que proceda el reconocimiento y la sección 4 de la Ley de Infancia noruega lo permite solo si ha mediado aceptación de parte de la madre o si ésta ha señalado previamente como tal al padre reconociente.

²⁴⁷ COMISIÓN ESPECIAL ENCARGADA DE TRAMITAR PROYECTOS DE LEY RELACIONADOS CON LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. Op. cit. p. 57. Prof. Fabiola Lathrop.

²⁴⁸ CORRAL TALCIANI, Hernán. 2019. Op. cit.

²⁴⁹ COMISIÓN ESPECIAL ENCARGADA DE TRAMITAR PROYECTOS DE LEY RELACIONADOS CON LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. Op. cit. pp. 88-89. Prof. Mauricio Tapia.

que podría plantearse al respecto en el futuro, en caso de aprobarse el proyecto, por lo tanto coincidimos en que aquello debe ser precisado cuando se discuta en particular la iniciativa.

Finalmente, la Moción pretende implementar una nueva instancia para efectuar el reconocimiento en el art. 187 N°1 del CC, a saber, al momento del acto del acuerdo de unión civil, lo cual, si bien resulta innecesario para efectos de permitir el reconocimiento en el contexto de una pareja de mujeres, pues el precepto ya contempla la posibilidad de hacerlo en cualquier tiempo, ante cualquier oficial del Registro Civil²⁵⁰; puede resultar útil en miras a introducir el estatuto familiar de los convivientes civiles en la materia. Sin perjuicio de ello, al incluirlo junto al acto de matrimonio, la iniciativa mantiene la incoherencia existente actualmente en tal disposición, que, sin perjuicio de estar ubicada bajo el título “De la determinación de la filiación no matrimonial”, incluye un reconocimiento que evidentemente constituirá una filiación matrimonial, de conformidad al art. 180 del CC²⁵¹. Creemos que aquello no necesariamente debe ser enmendado por el proyecto en estudio, al exceder su objeto, pero que eventualmente debiese ser modificado, en orden a otorgar coherencia al sistema.

En suma, celebramos la inclusión del reconocimiento voluntario de maternidad entre las hipótesis de filiación planteadas, pues reconoce la realidad afectiva y el parentesco social del hijo/a, avanzando en el respeto de su identidad y vida familiar²⁵². Sin embargo, al igual que la profesora Fabiola Lathrop, creemos que el proyecto es perfectible, pudiendo constituir una instancia para revisar el régimen de reconocimiento parental en nuestro país, e introducir condiciones para su otorgamiento²⁵³. Asimismo, como ya mencionamos, creemos que debería extenderse al caso de las parejas homosexuales masculinas, de forma que los hijos/as de cualquier familia, ya sea heteroparental u homoparental, conformada por parejas de mujeres o de hombres, tengan los mismos derechos de filiación.

4.1.3. Parejas de convivientes civiles que cuidan y crían conjuntamente: adopción

Esta última hipótesis de filiación, como hemos mencionado, adecua la legislación sobre adopción al estatuto familiar de los convivientes civiles, regulando la posibilidad de que puedan adoptar en tres situaciones²⁵⁴.

Aquello permite que las parejas unidas por acuerdo de unión civil, ya sean heterosexuales u homosexuales, puedan acceder a la adopción en forma equivalente a los matrimonios residentes en

²⁵⁰ *Ibíd.* p. 111. Defensora Patricia Muñoz.

²⁵¹ *Idem.*

²⁵² *Ibíd.* p. 57. Prof. Fabiola Lathrop.

²⁵³ *Idem.*

²⁵⁴ Boletín N° 10.626-07. *Op. cit.* p. 5.

Chile²⁵⁵, encontrándose en el mismo nivel de prelación, abriéndose las puertas, así, al reconocimiento de la filiación homo y lesboparental en la materia.

Ahora bien, para efectos de regular coherentemente esta hipótesis, es necesario considerar que paralelamente se está tramitando un proyecto de ley que reforma en forma integral el sistema de adopción existente en Chile (Boletín N° 9.119-18 del año 2013), el cual actualmente se encuentra en segundo trámite ante el Senado, e incluye igualmente la posibilidad de adopción homoparental.

Tal proyecto es más amplio y sobrepasa la regulación efectuada por la Moción del Boletín N° 10.626-07 en la materia, ya que aborda el tópico integralmente²⁵⁶ y, además de implementar igualmente la adopción por integración, permite que una o dos personas, independiente de su orientación sexual o tipo de relación, sean capaces de adoptar, de conformidad al derecho de los NNA a vivir en una familia, “cualquiera sea su composición”. De esa forma, la reforma pretendida permite que incluso los convivientes de hecho puedan adoptar, y elimina la preferencia de las parejas casadas por sobre las personas solteras, divorciadas o viudas²⁵⁷, a diferencia del proyecto de ley en estudio, que mantiene los estados civiles en un contexto de órdenes de prelación, conservando incluso la preeminencia de la adopción internacional por sobre la de tales personas²⁵⁸.

En vista de lo anterior, creemos que el proyecto de reforma integral es la sede más indicada para discutir y regular la hipótesis de adopción en cuestión,²⁵⁹ debiendo evitarse la implementación de medidas aisladas, en orden a asegurar la coherencia y armonía del sistema legal de adopción. Ahora bien, dado que no se tiene certeza del futuro de dicha reforma, y de si efectivamente se convertirá en una ley rigente en Chile, creemos que es conveniente que el proyecto de ley en estudio contemple una hipótesis de filiación por adopción a favor de las personas unidas en acuerdo de unión civil, de forma que de todos modos se incluya dicho estatuto familiar a la lógica del sistema de adopción, de conformidad al derecho a la igualdad y protección de la familia. Para ello, consideramos imprescindible que se haga seguimiento

²⁵⁵ El art. 3 del Proyecto de Ley del Boletín N° 10.626-07 modifica el artículo 20 de la Ley N° 19.620, en el sentido de establecer que “podrá otorgarse la adopción a los cónyuges o convivientes civiles chilenos...”.

²⁵⁶ COMISIÓN ESPECIAL ENCARGADA DE TRAMITAR PROYECTOS DE LEY RELACIONADOS CON LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. Op. cit. Prof. Mauricio Tapia (p. 87) y Sr. Hernán Larraín (p. 119).

²⁵⁷ Corte Suprema. “Informe proyecto de ley N° 20-2019”. Oficio N° 129-2019. Santiago, 24 de junio de 2019. pp. 18-19.

²⁵⁸ COMISIÓN ESPECIAL ENCARGADA DE TRAMITAR PROYECTOS DE LEY RELACIONADOS CON LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. Op. cit. p. 119. Sr. Hernán Larraín.

²⁵⁹ FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN. “Derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo”. Mirada Política, Edición #1922, Julio 2019. [En línea] <https://www.fjguzman.cl/wp-content/uploads/2019/07/MP_1922_filiaciones.pdf?fbclid=IwAR05dc-cd43kFXg6WE9-TcavA1rMtZvKUGPRqYgQrKEX8paiMzv2KlNXHno> [Consulta: 25 agosto 2019].

constante a la tramitación del Boletín N° 9.119-18, con el objeto de asegurar que sus regulaciones sean compatibles²⁶⁰.

4.2. Acerca de la aplicación de las reformas planteadas en el ordenamiento jurídico chileno

Del apartado anterior se desprende la gran amplitud y complejidad del proyecto de ley en estudio, en tanto modifica diversos cuerpos legales, al abordar tres temas profundos, a saber, las TRHA, el reconocimiento voluntario y la adopción, cuyas regulaciones actualmente están estructuradas al margen de la posibilidad de la doble paternidad y maternidad. En ese sentido, para incluir operativamente la filiación homo y lesboparental en nuestro derecho y, a la vez, mantener la coherencia legislativa del mismo, deben revisarse una gran cantidad de instituciones y las consecuencias que se derivarán de su reforma²⁶¹. Esto es muy importante si se tiene en cuenta que *“la modificación del régimen general imperante tendrá consecuencias no solo en lo que la futura ley quiere modificar, sino también en el régimen de relación directa y regular, en la obligación de alimentos, en la posesión notoria del estado civil, en los derechos sucesorios, entre otras muchas materias...”*²⁶².

En relación a ello, se puede apreciar que la Moción modifica algunas disposiciones legales, extendiendo sus prerrogativas a las parejas de mujeres, o, en el caso de la adopción, a los convivientes civiles, pero que, sin embargo, no plantea reformas más estructurales, en orden a cambiar la lógica heterosexual imperante en nuestro sistema. Así, la Corte Suprema ha señalado que *“uno de los problemas de operatividad que suscita la propuesta – quizá el más importante –, radica en que el proyecto legal no se hace cargo de adaptar cada una de las normas existentes al nuevo reconocimiento de filiación de padres y madres de igual sexo, ni tampoco propone una regla genérica que subentienda incluida esta filiación cuando la ley describe la situación de una pareja de padres de distinto sexo”*²⁶³. De esa forma, en los distintos cuerpos legales se sigue utilizando reiteradamente la palabra “padres”, que en su sentido natural y obvio, como lo define la Real Academia Española (RAE), se limita al “padre y madre de una persona”, excluyendo la posibilidad de dos madres o de dos padres en el sentido de dos hombres²⁶⁴.

Aquello genera inconvenientes en diversas materias, relacionados principalmente con la privación de derechos y deberes a las familias homoparentales, como puede advertirse en los siguientes textos

²⁶⁰ COMISIÓN ESPECIAL ENCARGADA DE TRAMITAR PROYECTOS DE LEY RELACIONADOS CON LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. Op. cit. p. 71. Prof. María Sara Rodríguez.

²⁶¹ *Ibíd.* p. 86. Prof. Mauricio Tapia.

²⁶² DIARIO DE SESIONES DEL SENADO. Op. cit. pp. 64-65. Senadora Luz Ebensperger.

²⁶³ Corte Suprema. *“Informe Proyecto de Ley 30-2019 que regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo”*. Op. cit. p. 10.

²⁶⁴ *Ibíd.* pp. 10-11.

normativos²⁶⁵: 1) La CPR, en su art. 19 N° 10 y 11, usa la expresión “padres” en relación con el derecho preferente y deber de educar a los hijos y el derecho de escoger su establecimiento de enseñanza; 2) El Código Civil, en diversas disposiciones, hace referencia al “padre, madre o ambos”, pudiendo mencionarse entre ellas el art. 37 sobre la falta de determinación de la filiación, el art. 41 relativo a los hermanos de simple o doble conjunción, el art. 107 sobre obtención de consentimiento para contraer matrimonio, el art. 186 sobre determinación de la filiación por reconocimiento, el art. 200 sobre posesión notoria del estado civil de hijo/a, los artículos 204 y siguientes, relativos a las acciones de reclamación, específicamente respecto del legitimado activo para ejercerlas, el art. 225 sobre cuidado personal, el art. 229 sobre relación directa y regular, el art. 244 sobre patria potestad y el art. 994 relativo a la regulación de las indignidades en la sucesión; 3) El Código del Trabajo (CT), en su art. 195 inc. 2 limita los permisos pre y postnatal a la madre que da a luz y al padre del recién nacido, privando de tal derecho a la pareja mujer no gestante, en el contexto del uso de TRHA o de reconocimiento voluntario (no ocurriendo así en el caso de adopción). Asimismo, el inc. 3 de tal artículo y el art. 197 bis inc. 8 del CT excluyen a la madre no gestante de los sujetos a los cuales se puede traspasar el permiso postnatal; 4) El Decreto Ley N° 3500 de 1980 que establece nuevo sistema de pensiones (arts. 5, 9, 10, 58, 72 y 88); 5) La ley N° 16.744 que establece normas sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, al usar la expresión “padre y madre” en su art. 49; 6) La Ley N° 21.063 (arts. 1, 3, 14, 15 y segundo transitorio); 7) El Decreto con Fuerza de Ley N° 2 de 2010 del Ministerio de Educación (artículos 3, 4, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16 C, 16 D, 33 y 37; y 8) La Ley N° 20.248 (arts. 2, 6, 7 y 29).

Asimismo, otra dificultad que suscitará la aplicación de las reglas propuestas dice relación con la forma en que se concretará registralmente la filiación, es decir, la inscripción del recién nacido en el Servicio de Registro Civil e Identificación, ya que el proyecto de ley modifica los artículos 187 y 188 del CC, extendiendo la hipótesis de filiación por reconocimiento de un hijo/a a favor de parejas del mismo sexo, sin embargo, no reforma la Ley del Registro Civil en ese sentido, por lo cual no existe un correlato de ello en sus normas. Así, se mantiene la redacción de los artículos 31 y 32 de dicha ley, que, sin perjuicio de referirse a los artículos 187 y 188 antedichos, excluyen de sus presupuestos que el reconocimiento sea realizado por dos madres²⁶⁶.

En síntesis, para que el texto del proyecto de ley no sea letra muerta y efectivamente tenga operatividad, requiere de una serie de correcciones que permitan incluir a las parejas del mismo sexo en la lógica de la filiación, y en las materias en que despliega sus efectos²⁶⁷. En ese sentido, creemos que,

²⁶⁵ *Ibíd.* pp. 11-14.

²⁶⁶ *Ibíd.* pp. 14-15.

²⁶⁷ DIARIO DE SESIONES DEL SENADO. Op. cit. p. 47. Senador Pedro Araya.

primeramente, debe incluirse una regla genérica que subentienda incluida la filiación homo y lesboparental cuando la ley se refiere a la situación de una pareja de padres de distinto sexo, y posteriormente, deben revisarse y, en su caso, adaptarse ciertas materias, en orden a regular de forma más equitativa los derechos y deberes que recaen sobre los padres/madres y los hijos/as, como, por ejemplo, el permiso postnatal, que difiere según se trate de la madre o el padre. Esto, considerando siempre las circunstancias del caso.

4.3. Adecuación del proyecto de ley a los principios y derechos involucrados

En este apartado examinaremos si el proyecto expuesto es compatible a los principales principios y derechos involucrados en la materia, los cuales han sido señalados previamente y enunciados en el mismo texto de la iniciativa, en tanto fundantes de las reformas planteadas.

4.3.1. Adecuación al principio/derecho a la igualdad y no discriminación

La Moción en estudio implica un avance innegable en el reconocimiento igualitario de los derechos de filiación a todas las personas, en tanto extiende la determinación de la filiación a las parejas del mismo sexo a través de tres mecanismos que, hasta el día de hoy, están reservados a las parejas heterosexuales²⁶⁸. Así, el proyecto subsana, en parte, la discriminación indirecta de que son objeto las familias homoparentales en Chile, de acuerdo a los artículos 1 y 19 N° 2 de la CPR y a las diversas disposiciones de los tratados internacionales vigentes en Chile que consagran el derecho a la igualdad y no discriminación.

Tal reconocimiento, a la vez, va en línea con el respeto de los demás derechos humanos involucrados en la materia, que lo justifican, a saber, el derecho de las personas a la identidad, a la vida privada, al libre desarrollo de la personalidad, y a formar y vivir en una familia, sin discriminación por su orientación sexual u otras condiciones; cuyo goce y ejercicio se ven incrementados a raíz de la regulación propuesta, de conformidad al principio en comento.

Ahora bien, considerando lo expuesto en el apartado anterior, es posible que los tratos discriminatorios en contra de las familias homo y lesboparentales se perpetúen en las diferentes materias relacionadas a la filiación, principalmente respecto de los derechos y deberes que corresponden a sus integrantes, como el cuidado personal, la relación directa y regular, la patria potestad, etc²⁶⁹. Por ello, es extremadamente necesario que el proyecto se corrija en el sentido señalado, de forma que todas las

²⁶⁸ *Ibíd.* Senador Pedro Araya (pp. 47 y 50), senador Felipe Harboe (p. 58) y senadora Ximena Rincón (pp. 60-61).

²⁶⁹ Corte Suprema. “*Informe Proyecto de Ley 30-2019 que regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo*”. Op. cit. pp. 11-14.

personas, independiente de su orientación sexual, puedan gozar de los derechos y obligaciones que se desprenden de sus relaciones familiares, en tanto madres/padres o hijos/as, sin diferenciación según se trate de una familia homoparental o heteroparental.

Finalmente, como ya hemos mencionado, el proyecto debe extender la hipótesis de reconocimiento voluntario a las parejas de hombres, para que los hijos/as de uno de ellos, que no tengan maternidad determinada, puedan ser reconocidos por la pareja masculina de su progenitor, al igual que ocurre con las parejas de mujeres cuando no se tiene paternidad determinada. Esto, dado que su exclusión constituye una diferencia de trato discriminatoria en contra de ellas, al no tener una justificación objetiva y razonable²⁷⁰ más allá de la mayor excepcionalidad de la maternidad no determinada.

4.3.2. Adecuación a los derechos de los niños y niñas y al principio de interés superior del NNA

Una crítica que se ha reiterado al proyecto es que éste estaría anteponiendo una especie de “derecho al hijo/a” de las parejas sobre el interés superior del niño/a, afectando el derecho a la identidad y la dignidad de éste/a último/a, en tanto lo/a están cosificando, al considerarlo/a objeto del derecho a la no discriminación y a la autonomía reproductiva²⁷¹.

A nuestro parecer tal afirmación se basa en un concepto limitado de familia, que la entiende como aquella conformada por un padre y madre, y la restringe únicamente a las relaciones biológicas o genéticas, cuando, como ya sabemos, la realidad excede ese modelo²⁷² y el derecho a la identidad comprende también los vínculos afectivos y familiares sociales no genéticos, incluyendo a las madres o padres de crianza de los niños/as²⁷³. Así, como ha señalado la senadora Isabel Allende, no se trata del derecho de las madres o padres sobre sus hijos/as, sino que del derecho de los niños/as a vivir en un ambiente familiar, entendido en un sentido amplio, y conformado por las personas que les otorgan un mayor bienestar²⁷⁴. En ese sentido, al contrario de lo afirmado, creemos que las hipótesis planteadas implican un avance en la protección de la familia y el respeto del derecho a la identidad de los niños/as²⁷⁵, al reconocer como sus madres o padres a las mujeres u hombres que efectivamente los/as han criado y cuidado como tales.

De esa manera, es posible apreciar que el proyecto está orientado al interés superior del NNA, en tanto pretende asegurar la mayor satisfacción y menor restricción del derecho de los niños/as a vivir en

²⁷⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Duque vs. Colombia. Op. cit. p. 32. Párrafo 106.

²⁷¹ CORRAL TALCIANI, Hernán. 2019. Op. cit.

²⁷² ESPINOZA COLLAO, Álvaro. Op. cit. pp. 226-228.

²⁷³ UNESCO. Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos. 2004. Artículo 5.

²⁷⁴ DIARIO DE SESIONES DEL SENADO. Op. cit. p. 42. Senadora Isabel Allende.

²⁷⁵ COMISIÓN ESPECIAL ENCARGADA DE TRAMITAR PROYECTOS DE LEY RELACIONADOS CON LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. Op. cit. p. 56. Fabiola Lathrop.

una familia y pertenecer a ella²⁷⁶, independiente de la orientación sexual de sus padres/madres, permitiéndoles acceder a los mismos mecanismos de determinación de la filiación de que gozan actualmente los hijos/as de familias heteroparentales, y, si el proyecto es corregido en el sentido indicado anteriormente, a los derechos y deberes que derivan de tal vínculo, lo cual constituye una medida que claramente beneficia los intereses y la protección de los menores, conforme al art. 3 de la CDN, al art. 19 de la CADH y al art. 24 del PIDCP.

4.3.3. Adecuación a la protección de la familia

De lo dicho anteriormente, es claro que los cambios planteados por el proyecto de ley favorecen el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, constituyendo un avance inédito en la protección de las familias homo y lesboparentales, hasta ahora desamparadas por la ley chilena, de acuerdo al art. 1 de la CPR y al art. 17 de la CADH. No obstante, quedan desafíos pendientes en relación a la protección otorgada a las familias conformadas por parejas masculinas, en tanto se las excluye de la posibilidad de determinar su filiación tanto por reconocimiento voluntario como por el uso de TRHA. En relación a ello, ya hemos comentado que la Moción debe perfeccionarse de forma que extienda la institución del reconocimiento a tales familias, y que el acceso a TRHA de parte ellas, es decir, a la maternidad subrogada, deberá ser discutida latamente en un proyecto de ley que se dedique especialmente a ello, en vistas de la complejidad de la discusión y el acotado objeto de la iniciativa en estudio.

4.4. Adecuación del proyecto de ley a las obligaciones y compromisos internacionales del Estado de Chile

En relación a los apartados anteriores, y sin perjuicio de que la iniciativa debe ser perfeccionada, es posible observar que la regulación propuesta se condice con las obligaciones internacionales del Estado de Chile, en tanto modifica su legislación, reconociendo la filiación homo y lesboparental, de conformidad al derecho a la igualdad y no discriminación, a la identidad, a la vida privada, al libre desarrollo de la personalidad, a formar y vivir en una familia, y al interés superior del NNA, consagrados internacionalmente en los tratados vigentes ratificados por Chile²⁷⁷.

Asimismo, se condice con las obligaciones derivadas del Caso Atala Riffo e Hijas vs. Estado de Chile y con los compromisos adoptados por Chile a través del Acuerdo de Solución Amistosa firmado con el Movilh el año 2016, por cuanto las hipótesis y modificaciones implementadas revierten una

²⁷⁶ COMISIÓN ESPECIAL ENCARGADA DE TRAMITAR PROYECTOS DE LEY RELACIONADOS CON LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. Op. cit. p. 102. Prof. Miguel Cillero.

²⁷⁷ DIARIO DE SESIONES DEL SENADO. Op. cit. p. 42. Senadora Isabel Allende.

situación discriminatoria existente en la sociedad chilena, a saber, que existen parejas del mismo sexo que tienen hijos/as, constituyendo una familia, pero que, sin embargo, no tienen reconocimiento ni protección legal como tales²⁷⁸. En ese contexto, la iniciativa comprende que la orientación sexual constituye una categoría protegida por la CADH, respecto de la cual no se pueden negar ni restringir derechos²⁷⁹, y, por lo tanto, reconoce la filiación homo y lesboparental, permitiendo que todas las personas, independiente de su orientación sexual, puedan acceder a mecanismos para tener hijos/as y formar una familia. Aquello permite que sus integrantes adquieran el estado civil de hijos/as y el correlativo de padres/madres, pudiendo gozar de los derechos y deberes que se desprenden de ello, promoviendo, así, la dignidad de las personas LGBTI y de su descendencia.

Sin embargo, no hay que olvidar que, para asegurar efectivamente tales prerrogativas y la igualdad de los derechos que a todos los niños y niñas corresponden en sus relaciones familiares, es vital que se corrija el proyecto en el sentido señalado en el apartado referente a la aplicación del proyecto, es decir, adaptando normativamente las demás normas y cuerpos legales, dado que, por el contrario, sus disposiciones podrían resultar inaplicables y se mantendrían las discriminaciones contra las personas homosexuales y sus hijos/as en las diversas materias aledañas a la filiación²⁸⁰, mencionadas anteriormente.

²⁷⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas vs. Estado de Chile. Op. cit. Párrafo 80.

²⁷⁹ *Ibíd.* Párrafo 93.

²⁸⁰ Corte Suprema. “*Informe Proyecto de Ley 30-2019 que regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo*”. Op. cit. pp. 10-14.

CONCLUSIONES

La iniciativa en estudio se hace cargo de la realidad de las familias homo y lesboparentales en Chile, reconociendo el derecho de filiación de sus hijos e hijas con gran amplitud, a través de tres hipótesis que abarcan prácticamente todas las formas en que una pareja homosexual podría acceder a la parentalidad.

En ese sentido, se trata de un proyecto bastante amplio, que comprende las TRHA, la adopción y la institución de reconocimiento voluntario, de forma similar a las legislaciones argentina, española y noruega. Sin embargo, a diferencia de estos países, la introducción de la filiación homo y lesboparental en Chile se enfrenta a un ordenamiento jurídico estructurado en base a la heterosexualidad de la familia, así como a una ausencia de regulación exhaustiva de las TRHA y a una insuficiencia regulatoria del reconocimiento voluntario para acceder a la paternidad/maternidad, especialmente en relación a los requisitos exigidos.

Lo anterior demuestra la real complejidad de la iniciativa en comento, al requerir la modificación de múltiples cuerpos legales para incluir a las familias conformadas por parejas del mismo sexo en su lógica. Respecto de ello, el desarrollo de esta tesis ha permitido evidenciar la insuficiencia de la Moción para cumplir tal labor, en tanto *“no se hace cargo de adaptar cada una de las normas existentes al nuevo reconocimiento de filiación de padres y madres de igual sexo, ni tampoco propone una regla genérica que subentienda incluida esta filiación cuando la ley describe la situación de una pareja de padres de distinto sexo”*²⁸¹. Asimismo, no se encarga de las imprecisiones y ausencias normativas existentes en las leyes relativas a las hipótesis en cuestión, manteniéndolas y extendiéndolas al caso de las parejas del mismo sexo.

Por ello, para que la iniciativa se aplique eficazmente y logre su objetivo de forma coherente con el ordenamiento jurídico, es imprescindible que sea corregida y perfeccionada en la discusión en particular de la misma, adoptándose las siguientes medidas:

- 1) Debe incluirse una regla genérica que subentienda incluida la filiación homo y lesboparental cuando la ley se refiere a la situación de una pareja de padres de distinto sexo, y posteriormente, deben revisarse y, en su caso, adaptarse ciertas materias, en orden a regular

²⁸¹ *Ibíd.* p. 10.

de forma más equitativa los derechos y deberes que recaen sobre los padres/madres y los hijos/as, considerando siempre las circunstancias del caso.

2) Respetto de la hipótesis de filiación por TRHA:

- a) Es necesario que se norme la voluntad procreacional para someterse a ellas, especialmente sus requisitos, de forma que se asegure que el consentimiento del futuro padre o madre fue prestado libre y espontáneamente²⁸².
- b) Debe desestimarse la inclusión de las técnicas de reproducción asistida como tercera forma de filiación natural en el art. 179 del CC.
- c) Se tiene que modificar el nuevo inciso tercero del art. 182 del CC, extendiendo la prohibición de impugnación y reclamación a “las reglas precedentes”.
- d) La propuesta legislativa debería pronunciarse respecto de si el nuevo inciso segundo del art. 182 se aplicará retroactivamente o no, en miras del principio de igualdad.
- e) Sobre la acción de resguardo del nuevo art. 11 ter de la Ley N° 20.584, es necesario que se establezca expresamente que el plazo u oportunidad para su interposición, así como las reglas de comparecencia en juicio, se regirán por las normas de tramitación de la acción de protección del art. 20 de la CPR.
- f) Constituye una oportunidad para regular y reconocer expresamente el derecho del hijo/a concebido/a por TRHA de conocer la verdad sobre su origen y saber quién es su progenitor biológico, cumpliendo con ciertos requisitos²⁸³.

3) Respetto de la hipótesis de reconocimiento voluntario de maternidad:

- a) Debe extenderse a las parejas de hombres cuando la maternidad no está determinada, conforme al derecho a la igualdad y no discriminación.
- b) Constituye una oportunidad para revisar y perfeccionar la institución del reconocimiento voluntario de paternidad/maternidad, implementando requisitos para su procedencia, como un plazo para ejercer tal derecho y/o el consentimiento de la madre/padre o el/la adolescente reconocido/a, una vez que éste/a último/a ha alcanzado una cierta edad²⁸⁴.

²⁸² COMISIÓN ESPECIAL ENCARGADA DE TRAMITAR PROYECTOS DE LEY RELACIONADOS CON LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. Op. cit. pp. 56-57. Prof. Fabiola Lathrop.

²⁸³ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2007. Op. cit. pp. 126-127.

²⁸⁴ COMISIÓN ESPECIAL ENCARGADA DE TRAMITAR PROYECTOS DE LEY RELACIONADOS CON LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. Op. cit. p. 57. Prof. Fabiola Lathrop.

- c) Es necesario que se precise si sería posible que el menor contase con dos madres y un padre²⁸⁵.
 - d) Se requiere reformar la Ley del Registro Civil, especialmente los artículos 31 y 32, de forma que las parejas del mismo sexo puedan inscribir a sus hijos/as como suyos, y el reconocimiento pueda ser realizado por dos madres (y en caso de que se extienda a las parejas masculinas, por dos padres hombres).
- 4) En lo relativo a la hipótesis de adopción, es imprescindible que se haga seguimiento a la tramitación del Boletín N° 9.119-18, que reforma integralmente la ley de adopciones, con el objeto de asegurar que sus regulaciones sean compatibles y se mantenga la armonía del ordenamiento jurídico al respecto²⁸⁶.

Por otro lado, hay ciertas materias que exceden el objeto de la Moción²⁸⁷, que deberán ser tratadas en proyectos paralelos, presentados especialmente para ello, por su mayor complejidad y necesidad de discusión, como las técnicas de reproducción asistida y la procedencia de la maternidad subrogada. Tales procedimientos requieren de una regulación exhaustiva, que esperamos se adopte prontamente, de forma que exista un marco regulatorio definido y estable.

En suma, contestando las preguntas planteadas al inicio de esta memoria, nos encontramos ante un proyecto de ley que va bien encaminado en cuanto al reconocimiento de las familias homo y lesboparentales y la regulación de los derechos de filiación de sus hijos/as, de conformidad a los compromisos y obligaciones internacionales del Estado de Chile, pero que, sin embargo, al ser incompatible con la lógica de filiación imperante en el ordenamiento jurídico chileno y sus instituciones, requiere ser corregido y perfeccionado, modificando mayormente las normas vigentes, en orden a asegurar su operatividad y la coherencia del sistema. Efectuadas tales correcciones, la Moción enfrenta apropiadamente la discriminación de la que han sido y son objeto las familias homo y lesboparentales, permitiendo que puedan determinar su filiación, y gozar de todos los derechos y deberes que se desprenden de ella, independiente de la orientación sexual de la pareja que la conforma. En ese sentido, valoramos positivamente la Moción, por cuanto revierte la situación de desprotección que viven tales familias en Chile, avanzando en el reconocimiento del parentesco social, y centrándose en los derechos

²⁸⁵ *Ibíd.* pp. 88-89. Prof. Mauricio Tapia.

²⁸⁶ *Ibíd.* p. 71. Prof. María Sara Rodríguez.

²⁸⁷ El objeto de la iniciativa se acota a la extensión de la determinación de la filiación a las parejas del mismo sexo, a través de los mismos mecanismos, dentro de lo posible, que las parejas heterosexuales, no pretendiendo inmiscuirse en cuestiones más complejas, como la regulación de las TRHA.

de los niños/as, especialmente en su identidad y derecho a la vida familiar, de conformidad al principio de igualdad y no discriminación²⁸⁸.

²⁸⁸ COMISIÓN ESPECIAL ENCARGADA DE TRAMITAR PROYECTOS DE LEY RELACIONADOS CON LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. Op. cit. p. 56. Prof. Fabiola Lathrop.

BIBLIOGRAFÍA

A. LIBROS, REVISTAS, PRENSA Y ARTÍCULOS

1. ABELIUK MANASEVICH, René. “*La filiación y sus efectos*”. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000. 530 p.
2. ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela. “*Técnicas de Reproducción humana asistida, desafíos del siglo XXI: una mirada transdisciplinaria. Maricruz Gómez de la Torre (dir.) Abeledo Perrot Thomson Reuters, Santiago, 2013, 308pp*”. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, 20 (1): 413-419. 2013.
3. ALLENDES O., Bárbara y VILLAVICENCIO F., Melanie. “*El hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida y su derecho a la identidad*”. Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas, 2 (3): 1-20. 2013.
4. ÁLVAREZ, Juan J; DEL PINO, Sebastián; SAAVEDRA, María Belén y VIAL, Tomás. “*Derecho de las personas LGTBI en Chile: Una evaluación*”. En: Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile, 2017. Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, 2017. pp. 419-463.
5. ÁLVAREZ, Juan J y VIAL, Tomás. “*Homoparentalidad en Chile y Derechos Humanos*”. En: Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile, 2014. Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, 2014. pp. 477-492.
6. ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina. “*Doble maternidad. Reclamación de filiación matrimonial por posesión de estado. Maternidad biológica y maternidad por ficción legal: concurrencia y simultaneidad. Comentario a la STS 740/2013, de 5 de diciembre (RI 2013, 7566)*”. Revista Bolivariana de Derecho, (18): 378-399. Julio 2014.
7. ALBERDI SOTO, Ignacio y MARDONES KRSULOVIC, Javiera P. “*Filiación homoparental: Necesidad de su reconocimiento en el ordenamiento jurídico chileno a la luz de los derechos humanos*”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2016. 92 p.
8. AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION. “*Lesbian & gay parenting. 2005*”. [En línea] <<http://www.apa.org/pi/lgbt/resources/parenting-full.pdf>> [Consulta: 10 septiembre 2019].
9. ANDAHUR S., Estefanía; D’ANGELO, Arianna y MORENO H., Constanza. “*Familia homoparental y lesbomaternal: Una realidad sin reconocimiento ni protección legal*”. En: Segundo

- informe sobre salud sexual, salud reproductiva y derechos humanos en Chile. Estado de la situación 2017-2018. Santiago, Corporación Miles. pp. 77-89.
10. ARANCIBIA, María José y CORNEJO, Pablo. “*El Derecho de Familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos*”. Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca, 20 (1): 279-318, 2014.
 11. AUDI, Robert. “*Diccionario Akal de Filosofía*”. Madrid, España, Ediciones Akal, 2004. 1049 p.
 12. BABYGEST. “*Gestación subrogada a nivel internacional: ¿Dónde es legal?*”. 2015-2019. [En línea] <<https://www.babygest.es/paises/>> [Consulta: 24 enero 2020].
 13. BABYGEST. “*Gestación subrogada en Argentina: Código Civil y proyecto de ley*”. 2019. [En línea] <<https://babygest.com/es/gestacion-subrogada-en-argentina/>> [Consulta: 15 marzo 2020].
 14. BARCIA LEHMANN, Rodrigo. “*Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia*”. Santiago, Chile. Thomson Reuters Puntlex, 2011. 572 p.
 15. BASOALTO RIVEROS, Constanza P. “*Alcances de la adopción homoparental a la luz del interés superior del niño*”. Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, 10 (1): 10-30. Junio 2019.
 16. BIBLARZ, T. y STACEY, J. (2011). “(How) Does the Sexual Orientation of Parents Matter?” [En línea] 2011 <http://faculty.law.miami.edu/mcoombs/documents/Stacey_Biblarz.pdf> [Consulta: 10 septiembre 2019].
 17. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. “*Historia de la Ley N° 19.947*”. Santiago, 17 de mayo de 2004. [En línea] <<https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/606/4/HL19947.pdf>> [Consulta: 15 enero 2020].
 18. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. “*Historia de la Ley N° 19.585*”. Santiago, 7 de mayo de 2018. [En línea] <https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6627/HLD_6627_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf> [Consulta: 10 enero 2020].
 19. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE / BCN. “*Casos de filiación homoparental en la legislación extranjera*”. Santiago, mayo de 2019. [En línea] <https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27268/2/Informe_BCN_Filiacion_Homoparental_Legislacion_Comparada_2019_pdf.pdf> [Consulta: 22 agosto 2019].
 20. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE / BCN. “*Guía legal sobre adopción*”. Santiago, febrero de 2010. [En línea] <<https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/adopcion>> [Consulta: 1 octubre 2019].
 21. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE / BCN. “*Guía legal sobre filiación*”. Santiago, enero de 2009. [En línea] <<https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/filiacion>> [Consulta: 13 septiembre 2019].

22. CABEZUDO BAJO, María José. “Avances hacia una regulación de la gestación por sustitución en España en base al modelo regulado en el Estado de California”. Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, biotecnología y Medicina Avanzada, (46): 59-120. 2017.
23. COLEGIO DE PSICÓLOGOS DE CHILE A.G. “Posición del Colegio de Psicólogos de Chile A. G. acerca de la homoparentalidad y lesbomaternidad”. Comunicado público, Santiago, 2016. [En línea] <http://colegiopsicologos.cl/web_cpc/wp-content/uploads/2016/07/Comunicado-Posicion-del-Colegio-acerca-de-la-homoparentalidad-y-lesbomaternidad.pdf> [Consulta: 08 septiembre 2019].
24. COMISIÓN ESPECIAL ENCARGADA DE TRAMITAR PROYECTOS DE LEY RELACIONADOS CON LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. “Informe recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo”. Boletín N° 10.626-07. Santiago, 18 de junio de 2019.
25. CORRAL TALCIANI, Hernán. “Reproducción humana asistida y filiación. Un análisis del nuevo artículo 182 del Código Civil”. En: Primeras Jornadas de Derecho Médico, Cuadernos Jurídicos 2. Santiago, Chile: Universidad Central, 2000.
26. CORRAL TALCIANI, Hernán. “Convivencias lésbicas y doble maternidad”. En: Derecho y Academia. Santiago, Chile, 16 de junio de 2019. [En línea] <<https://corraltalciani.wordpress.com/2019/06/16/convivencias-lesbicas-y-doble-maternidad/>> [Consulta: 22 agosto 2019].
27. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El qué, cómo, cuándo, dónde y por qué de la Corte Interamericana. Preguntas Frecuentes”. San José, Costa Rica: Corte IDH, 2018. 25 p.
28. DIARIO DE SESIONES DEL SENADO. Legislatura 367ª. Sesión 86ª, en martes 17 de diciembre de 2019. República de Chile.
29. DÍAZ PANTOJA, Juliana. “Adopción homoparental: Un desafío entre la heteronormatividad y la lucha por la igualdad”. [En línea] Revista digital Derecho y cambio social: 1-19, 2017. <https://www.derechoycambiosocial.com/revista049/ADOPCION_HOMOPARENTAL.pdf> [Consulta: 22 agosto 2019].
30. EL MOSTRADOR. “Hito en adopción homoparental: Tribunal cede a una madre de crianza cuidado de una niña de cinco años”. [En línea] <<http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2016/07/21/hito-en-adopcion-homoparental-tribunal-cede-a-madre-de-crianza-cuidado-de-una-nina-de-cinco-anos/>> [Fecha de consulta: 26 agosto 2019].

31. EL MOSTRADOR BRAGA. “*Triunfo de la homoparentalidad: Corte ordena al Registro Civil inscribir mellizos con apellidos de ambas madres*”. 10 de octubre de 2019. [En línea] <<https://www.elmostrador.cl/braga/2019/10/10/triunfo-de-la-homoparentalidad-corte-ordena-al-registro-civil-inscribir-mellizos-con-apellidos-de-ambas-madres/>> [Fecha de consulta: 11 octubre 2019].
32. ESPEJO YAKSIC, Nicolás y LATHROP GÓMEZ, Fabiola. “*Identidad de género, relaciones familiares, y derechos de niños, niñas y adolescentes. Comentarios al proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género*”. Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Año 22 (2): 393-418. 2015.
33. ESPEJO YAKSIC, Nicolás. “*El derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental*”. En: JORNADAS NACIONALES DE DERECHO NACIONAL. Estudios de Derecho Familiar I. Actas Primeras Jornadas Nacionales Facultad de Derecho Universidad de Chile. 1° ed. Santiago, Chile, Editorial Thomson Reuters, 1° edición, 2016. Pp. 197-209.
34. ESPINOZA COLLAO, Álvaro. “*¿En qué está la familia en el derecho del siglo XXI? El camino hacia un pluralismo jurídico familiar*”. Revista Nueva Época, Año 10 (41): 223-240. 2017.
35. ESTEBAN, Patricia. “*El laberinto legal que sufren las parejas homosexuales para inscribir a sus hijos*”. 8 abril 2019. [En línea] El País. <https://elpais.com/economia/2019/04/05/mis_derechos/1554465687_049095.html> [Consulta: 5 enero 2020].
36. FUNDACIÓN IGUALES. “*Apoyo ciudadano al matrimonio igualitario y la adopción homoparental marcan su cifra más alta desde febrero de 2014*”. Santiago, 2018. [En línea] <<https://www.iguales.cl/apoyo-ciudadano-al-matrimonio-igualitario-la-adopcion-homoparental-marcan-cifra-mas-alta-desde-febrero-2014/>> [Consulta: 4 octubre 2019].
37. FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN. “*Derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo*”. Mirada Política, Edición #1922, Julio 2019. [En línea] <https://www.fjguzman.cl/wp-content/uploads/2019/07/MP_1922_filiaciones.pdf?fbclid=IwAR05dc-cd43kFXg6WE9-TcavAIrMtZvKUGPRqYgQrKEX8paiMzv2KINXHno> [Consulta: 25 agosto 2019].
38. GOLOMBOK, S. y BADGER, S. “*Children raised in fatherless families from infancy: A follow-up of children of lesbian and single heterosexual mothers at early adulthood*”. Human Reproduction, 25 (1): 150-157, 2010.
39. GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. “*El Sistema Filiativo chileno*”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007. 293 p.

40. GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. “*Sistema Filiativo: Filiación biológica*”. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2017. 396 p.
41. GOÑI HUARTE, Elena. “*El problema de la homosexualidad y la filiación en Chile. Situación en España y soluciones de derecho comparado*”. Revista Electrónica Iberoamericana, 10 (2): 1-18. 2016.
42. GRUPO DE ÉTICA Y BUENA PRÁCTICA CLÍNICA DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD (SEF). “*Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución*”. Madrid, abril de 2016. 28 p.
43. HERRERA, M. y GROSMAN, C. 2013. “*Tensiones y desafíos del derecho a contraer matrimonio de las parejas del mismo sexo. La experiencia en el derecho argentino*”. En: GOMEZ, M. y LEPIN, C. *Parejas Homosexuales ¿unión civil o matrimonial?* Santiago de Chile. Legal Publishing. 139 p.
44. ILGA WORLD. “*Mapas – Legislación sobre orientación sexual*”. 2019. [En línea] <<https://ilga.org/es/mapas-legislacion-sobre-orientacion-sexual>> [Consulta: 24 enero 2020].
45. LATHROP GÓMEZ, Fabiola. “*Notas sobre una relectura del derecho a la identidad en contextos de filiación a la luz del desarrollo jurisprudencial chileno*”. En: JORNADAS NACIONALES DE DERECHO NACIONAL. Estudios de Derecho Familiar I: Actas Primeras Jornadas Nacionales: Facultad de Derecho Universidad de Chile. 1° ed. Santiago, Chile, Editorial Thomson Reuters, 1° edición, 2016. pp. 221-228.
46. LEPIN MOLINA, Cristián. “*Los nuevos principios del derecho de familia*”. [En línea] Revista chilena de derecho privado. ISSN 0718-8072. RChDP N° 23. Santiago dic. 2014. <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722014000200001> [Consulta: 9 enero 2020].
47. LODO, María y OTÁLORA, Cristina. “*El problema de la equidad y la diversidad según Amartya Sen*”. [En línea] Instituto Salamanca, 2013. <<https://institutosalamanca.com/blog/equidad-diversidad-segun-amartya-sen/>> [Consulta: 22 enero 2020].
48. LOPES, Cecilia. “*Familias formadas por parejas del mismo sexo y el Código Civil y Comercial de la Nación*”. Derecho y Ciencias Sociales. N° 19. ISSN 1852-2971, Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP: 22-44. 2018.
49. MEGANOTICIAS. “*Argentina permite a pareja homosexual tener un hijo usando un ‘vientre’ de alquiler*”. Santiago, 2017. [En línea] <<https://www.meganoticias.cl/mundo/201154-argentina-permite-a-pareja-homosexual-tener-un-hijo-usando-un-vientre-de-alquiler.html>> [Consulta: 15 marzo 2020].

50. MORENO HIDALGO, Constanza. “*Hacia la regulación de la filiación homo y lesboparental en Chile: la experiencia comparada*”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2017. 110 p.
51. MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL. “*Corte Suprema rechaza reconocer que una niña tiene dos madres*”. Santiago, 2018. [En línea] <<https://www.movilh.cl/corte-suprema-rechaza-reconocer-que-una-nina-tiene-dos-madres/>> [Consulta: 1 octubre 2019]
52. MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL. “*Corte Suprema respalda la filiación y adopción homoparental*”. Santiago, 2017. [En línea] <<https://www.movilh.cl/corte-suprema-respalda-la-filiacion-y-adopcion-homoparental/>> [Consulta: 22 agosto 2019].
53. MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL. “*Hito: Cámara de Diputados aprueba la adopción homoparental y la despacha al Senado*”. Santiago, 2019. [En línea] <<https://www.movilh.cl/hito-camara-de-diputados-aprueba-la-adopcion-homoparental-y-la-despacha-al-senado/>> [Consulta: 27 octubre 2019].
54. MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL. “*Ministerio de Justicia rompe con el compromiso «legal y vinculante» de impulsar el matrimonio igualitario*”. Santiago, 2019. [En línea] <<https://www.movilh.cl/ministerio-de-justicia-rompe-con-el-compromiso-legal-y-vinculante-de-impulsar-el-matrimonio-igualitario/>> [Consulta: 19 octubre 2019].
55. MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL. “*Preguntas Frecuentes*”. Santiago, 2019. [En línea] <<https://www.movilh.cl/preguntas-frecuentes/>> [Consulta: 1 octubre 2019].
56. MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL. “*XVI. Informe Anual de Derechos Humanos. Diversidad sexual y de género en Chile. Hechos 2017*”. Santiago, 2017. [En línea] <<http://www.movilh.cl/documentacion/2018/Informe-DDHH-2017-Movilh.pdf>> [Consulta: 1 octubre 2019]
57. NASH, Claudio; MILOS, Catalina; NOGUEIRA, Andrés y NUÑEZ, Constanza. “*Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*”. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2012. 447 p.
58. NOSEDA, Janet. “*Hijos de padres del mismo sexo: estudios empíricos de los últimos 50 años*”. [En línea] El Mostrador en internet. 16 de mayo, 2016. <<https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2016/05/16/hijos-de-padres-del-mismo-sexo-estudios-empiricos-de-los-ultimos-50-anos/>> [Consulta: 4 octubre 2016].

59. ORELLANA, Bárbara. “*Lesbomaternidad: ¿Cuestión de crianza o de filiación?*” [En línea] El Mercurio Legal en internet. 11 de junio, 2019.
<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2019/06/11/Lesbomaternidad-cuestion-de-crianza-o-de-filiacion.aspx?utm_source=Suscriptores+Activos+Legal&utm_campaign=0343e7e48e-EMAIL_CAMPAIGN_2019_06_11_11_42&utm_medium=email&utm_term=0_61e3138702-0343e7e48e-301321293> [Consulta: 9 septiembre 2019].
60. ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. “*Avances y desafíos de la situación de las personas LGBT a 15 años de que la homosexualidad dejó de ser considerada una enfermedad*”. 15 de mayo de 2015. [En línea]
<https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=10964:2015-lgbt-health-sees-progress-and-challenges&Itemid=1926&lang=es> [Consulta: 24 enero 2020].
61. PATTERSON, C. J. “*Children of Lesbian and Gay Parents: Psychology, Law, and Policy*”. 2009 [En línea] <<http://www.the7eye.org.il/wp-content/uploads/2015/07/lgbt-parents3.pdf>> [Consulta: 10 septiembre 2019].
62. PATTERSON, C. J., RUSSELL, S., WAINRIGHT, J. L. “*Psychosocial Adjustment, School Outcomes, and Romantic Relationships of Adolescents With Same-Sex Parents*”. Child Development, 75 (6): 1886-1898.
63. PÉREZ GONZÁLEZ, Araceli A. “*‘Homoparentalidad’ Un nuevo tipo de familia*”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2016. 255 p.
64. PLACERES H., José; OLVER M., Diego y ROSERO M., Germania. “*La familia homoparental en la realidad y la diversidad familiar actual*”. Revista Médica Electrónica, año 39 (2): 361-369. 2017.
65. RAMOS PAZOS, René. “*Derecho de Familia*”. Tomo I. 7° ed. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2010.
66. RAMOS PAZOS, René. “*Derecho de Familia*”. Tomo II. 7° ed. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2010.
67. RAMOS PAZOS, René. “*Sucesión por causa de muerte*”. 1° ed. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2010. 212 p.
68. RODRIGUEZ, María Sara. “*Lesbomaternidad: ¿Cuestión de crianza o de filiación?*”. 6 junio 2019. [En línea] El Mercurio Legal en Internet. <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2019/06/06/Lesbomaternidad-cuestion-de-crianza-o-de-filiacion.aspx>> [Consulta: 26 noviembre 2019].

69. RTVE. “*El matrimonio homosexual es ya legal en 30 países*”. 17 de junio de 2019. [En línea] <<http://www.rtve.es/noticias/20190617/solo-once-paises-del-mundo-esta-legalizado-matrimonio-homosexual/667560.shtml>> [Consulta: 24 enero 2020].
70. RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo. “*La problemática constitucional derivada de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA): El caso de la maternidad subrogada*”. Revista de Derecho Político. UNED. (99): 49-78. 2017.
71. SAAVEDRA, María Belén y VALDÉS, Constanza. “*Derechos humanos de las personas LGTBI en Chile: Desafíos pendientes*”. En: Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile, 2018. Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, pp. 211-232.
72. SEN, Amartya. “*Nuevo examen de la desigualdad*”. Alianza Editorial, Madrid, 1999. 224 p.
73. SILVA SÁNCHEZ, Antonio; ACEDO PENCO, Ángel y PERALTA CARRASCO, Manuel. “*Derecho de Familia: Nuevos retos y realidades. Estudios jurídicos de aproximación del Derecho Latinoamericano y Europeo*”. Madrid, España. Dykinson S. L. 2017. 416 p.
74. SCHWARZE, J. E., ZEGERS-HOSCHILD, F. y GALDAMES, V. (2010). “*Reproducción Asistida en Latinoamérica y Chile*”. Revista Médica Clínica Las Condes, 21(3), 451-456. [En línea] <http://www.clinicalascondes.com/areaacademica/pdf/MED_21_3/14_Reproduccion_Schwarze.pdf> [Consulta: 10 septiembre 2019].
75. SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. “*Derecho de Familia*”. Tomo II. Ediar Editores Ltda., Santiago de Chile, 1983.
76. SUKHANOVA, Anna. “*Subrogación en Noruega*”. 4 marzo 2019. [En línea] Pons Medical Group. <<https://surrogacybypons.com/es/surrogacy-overseas-for-norwegians/>> [Consulta: 7 enero 2020].
77. VELOSO VALENZUELA, Paulina. “*El Nuevo Estatuto Filiativo y Las Modificaciones al Derecho Sucesorio, a la Luz de las Normas y Principios de la Ley N° 19.585*”. LOM Ediciones Ltda, Santiago de Chile, 1999. 200 p.
78. VIAL SOLAR, Tomás. “*Derechos humanos de las personas LGBTI en Chile: Avances y deudas pendientes en tiempos contradictorios*”. En: Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile, 2019. Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derechos Universidad Diego Portales, pp. 133-155.

B. LEYES CHILENAS

1. Decreto con Fuerza de Ley N° 1. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil. Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, 30 de mayo de 2000.

2. Decreto N° 100. Constitución Política de la República. Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Santiago, Chile, 22 de septiembre de 2005.
3. Ley N° 19.585. Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, 26 de octubre de 1998.
4. Ley N° 19.620. Dicta normas sobre adopción de menores. Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, 5 de agosto de 1999.
5. Ley N° 19.947. Establece nueva Ley de Matrimonio Civil. Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, 17 de mayo de 2004.
6. Ley N° 20.530. Crea el Ministerio de Desarrollo Social y Familia y modifica cuerpos legales que indica. Ministerio de Planificación, Santiago, Chile, 13 de octubre de 2011.
7. Ley N° 20.584. Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. Ministerio de Salud, Subsecretaría de Salud Pública. Santiago, Chile, 24 de abril de 2012.
8. Ley N° 20.830. Crea el Acuerdo de Unión Civil. Ministerio Secretaría General de Gobierno, Santiago, Chile, 21 de abril de 2015.
9. Ley N° 21.150. Modifica la Ley N° 20.530 y Crea el Ministerio de Desarrollo Social y Familia. Ministerio de Desarrollo Social, Santiago, Chile, 16 de abril de 2019.

C. PROYECTOS DE LEY

1. Boletín N° 5.780-18. Proyecto de Ley que “Modifica el Código Civil en relación al concepto de matrimonio”, de 20 de marzo de 2008.
2. Boletín N° 7.099-07. Proyecto de Ley “Sobre el contrato de matrimonio entre personas del mismo sexo”, de 3 de agosto de 2010.
3. Boletín N° 9.119-18. Proyecto de Ley de “Reforma integral a la ley de adopciones”, de 8 de octubre de 2013.
4. Boletín N° 9.778-18. Proyecto de Ley que “Modifica el Código Civil y la Ley de Matrimonio Civil, con el propósito de posibilitar el matrimonio igualitario”, de 10 de diciembre de 2014.
5. Boletín N° 10.315-18. Proyecto de Ley “Sistema de garantías de los derechos de la niñez”, de 24 de septiembre de 2015.
6. Boletín N° 10.626-07. Proyecto de Ley que “Regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo”, de 22 de abril de 2016.

7. Boletín N° 10.764-07. Proyecto de Ley que “Modifica la Carta Fundamental para establecer que el matrimonio solo puede celebrarse entre un hombre y una mujer, y prohibir la adopción homoparental”, de 16 de junio de 2016.
8. Boletín N° 11.100-11. Proyecto de Ley que ““Modifica la ley N°20.418, que Fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad, para incorporar en ella información sobre tratamientos de infertilidad y fertilización asistida”, de 19 de enero de 2017.
9. Boletín N° 11.422-07. Proyecto de Ley que “Modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio de parejas del mismo sexo”, de 5 de septiembre de 2017.
10. Boletín N° 11.576-11. Proyecto de ley que “Regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida”, de 10 de enero de 2018.
11. Boletín N° 12.106-07. Proyecto de ley que “Modifica el Código Civil para determinar la identidad de niños y niñas nacidos en gestación subrogada”, de 12 de septiembre de 2018.
12. Boletín N° 12.592-18. Proyecto de Ley que “Modifica el Código Civil, para permitir el reconocimiento de hijos por un segundo padre o madre, en los casos que indica”, de 18 de abril de 2019.

D. LEYES EXTRANJERAS

1. Argentina. Ley N° 26.862: Reproducción medicamente asistida. Promulgada el 25 de junio de 2013.
2. Argentina. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Ley N° 24.430: Constitución de la Nación Argentina. Promulgada el 3 de enero de 1995. Disponible en: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>>
3. Argentina. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Ley N° 26.618: modifica Código Civil Argentino. Promulgada el 21 de julio de 2010. Disponible en: <<http://bcn.cl/29yu9>>
4. Argentina: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Ley N° 26.994: aprueba Código Civil y Comercial de la Nación. Promulgada el 7 de octubre de 2014. Disponible en: <<http://bcn.cl/29yua>>
5. España. Código Civil Español, 1889. Texto consolidado de 6 de octubre de 2015. Disponible en: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>>
6. España. Constitución Española, 1978. Disponible en: <<https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>>
7. España. Ley N° 21/1987, Jefatura del Estado. “Se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción”, de 11 de noviembre de 1987. Disponible en: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1987-25627>>

8. España. Ley N° 13/2005, Jefatura del Estado. “Modificación al Código Civil en materia de Derecho a contraer matrimonio”, de 1 de julio de 2005. Disponible en: <<http://bcn.cl/29ytb>>
9. España. Ley N° 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida, de 26 de mayo de 2006. Disponible en: <<http://bcn.cl/o5hm>>
10. España. Ley 54/2007, Jefatura del Estado. “Adopción Internacional”, de 28 de diciembre de 2007. Disponible en: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-22438-consolidado.pdf>>
11. España. Ley N° 19/2015, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. Disponible en: <<http://bcn.cl/29yu7>>
12. Noruega. Ley para parejas de hecho registradas del mismo sexo (Act N° 40 relating to Registered Partnership). Disponible en: <<http://bcn.cl/29yy9>>
13. Noruega. Ley de Matrimonio (The Marriage Act N° 47). Disponible en: <<http://bcn.cl/29yya>>
14. Noruega. Ley de Adopción (The Adoption Act N° 16). Disponible en: <<http://bcn.cl/29yyb>>
15. Noruega. Ley de Infancia (The Children Act N° 8). Disponible en: <<http://bcn.cl/29yyd>>

E. NORMATIVA DE DERECHO INTERNACIONAL

1. Acuerdo de Solución Amistosa. Caso P-946-12. Estado de Chile y Movimiento de Integración y Liberación Homosexual. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 11 junio 2016.
2. Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 7, de 20 de septiembre de 2006.
3. Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 12, 20 de julio de 2009.
4. Comité de los Derechos Humanos. Observación General N° 19 “*Artículo 23. La familia*”, de 1990.
5. Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 18 “*No discriminación*”, 1989.
6. Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño. Fecha: 20 de noviembre de 1989.
7. Naciones Unidas. Declaración Universal de Derechos Humanos. Fecha: 10 de diciembre de 1948.
8. Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Fecha: 16 de diciembre de 1966.
9. Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Fecha: 16 de diciembre de 1966.
10. Organización de Estados Americanos. Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia. Fecha: 5 de junio de 1933.
11. Organización de Estados Americanos. Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Fecha: 1948.

12. Organización de Estados Americanos. Convención Americana de Derechos Humanos. Fecha: 22 de noviembre de 1969.
13. Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Fecha: 2007.
14. UNESCO. Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos. 2004.

F. JURISPRUDENCIA NACIONAL

1. Corte de Apelaciones de Valparaíso. Myra Victoria Opazo Méndez y Otro con Servicio de Registro Civil e Identificación. 15 de junio, 2018. Protección N° 3335-2018.
2. Corte de Apelaciones. Recurso de Protección. Santiago, 7 de octubre, 2019.
3. Corte Suprema. Caso Chiappe con Marty. Sentencia de 23 de mayo, 2017. Rol: 99.861-2016.
4. Corte Suprema. “Informe Proyecto de Ley 32-2017 para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio de parejas del mismo sexo”. Oficio N° 173-2017. Santiago, 4 de octubre de 2017. [En línea] http://www.movilh.cl/wp-content/uploads/2017/10/Corte_Suprema_y_Matrimonio_igualitario_en_Chile1.pdf?fbclid=IwAR0OFIYTUvpoJ-Zt-dUW39bfWyUOsQrvihnb4ENE1iZQckDIEFXnbGkv180 [Consulta: 25 agosto 2019].
5. Corte Suprema. “Informe proyecto de ley N° 20-2019”. Oficio N° 129-2019. Santiago, 24 de junio de 2019.
6. Corte Suprema. “Informe Proyecto de Ley 30-2019 que regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo”. Oficio N° 189-2019. Santiago, 29 de agosto de 2019. [En línea] <https://www.pjud.cl/documents/396729/0/INFORME+PROYECTO+DE+LEY+FILIACION+MI+SMO+SEXO.pdf/1327ac32-f149-4c91-a8da-7ac36bf3e017> [Consulta: 9 septiembre 2019].
7. Corte Suprema. Myra Victoria Opazo Méndez y Otro con Servicio de Registro Civil e Identificación. 24 de julio, 2018. Rol N° 15.108-2018.
8. Corte Suprema. Sentencia de 21 de octubre de 2013. Rol N° 4311-2013.
9. Corte Suprema, Sentencia de 25 de septiembre de 2006, Rol N° 2564/2006 (Casación).
10. Juzgado de Letras y Familia de Los Lagos. Sentencia de 28 de septiembre de 2012. RIT V-223-2011.

G. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

1. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas vs. Estado de Chile. Sentencia de 24 de febrero, 2012.
2. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre, 2012.
3. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Duque vs. Colombia. Sentencia de 26 de febrero, 2016.
4. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Flor Freire vs. Ecuador. Sentencia de 31 de agosto, 2016.
5. Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Opinión consultiva OC-24 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica. Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*”.
6. Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana de la sentencia de 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas)*”. [En línea]
<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_239_esp.pdf> [Consulta: 24 septiembre 2019]. 9 p.
7. Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. “D. C. G. y G.A. M. c/ GCBA s/ Amparo”. Sentencias del 22 de marzo del 2012, 22 de junio del 2012 y 06 de julio de 2012.