

**INFORME DE LA COMISION ESPECIAL
ENCARGADA DE TRAMITAR PROYECTOS DE
LEY RELACIONADOS CON LOS NIÑOS, NIÑAS
Y ADOLESCENTES**, 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 Nº 10.626-07.

HONORABLE SENADO:

Vuestra Comisión Especial encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes, tiene el honor de informaros el proyecto de ley de la referencia, en primer trámite constitucional, iniciado en Moción de los Honorables Senadores señoras Allende y Muñoz, y señores De Urresti, Harboe y Lagos.

- - - - -

NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL

El inciso segundo del artículo 11 ter, nuevo, contenido en el artículo 2° de esta Moción, que se propone incorporar a la Ley Nº 20.584, reviste el carácter de orgánico constitucional, en conformidad a lo establecido en el inciso primero del artículo 77 de la Constitución Política de la República. Lo anterior, en tanto dispone de una nueva acción que será de conocimiento de las Cortes de Apelaciones, referente a afectaciones en el acceso a técnicas de reproducción humana asistida, por condicionantes distintas de la sola suscripción del consentimiento informado respectivo, en especial, la existencia de una pareja estable, de una determinada orientación sexual o del diagnóstico de infertilidad.

De ese modo, tal inciso debe ser aprobado por los cuatro séptimos de los Honorables Senadores en ejercicio, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 66 del texto constitucional.

- - - - -

OPINIÓN A LA EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA

Se hace presente que la Sala de la Comisión, mediante oficio N° 51/ENA/19, de fecha 13 de junio del año en curso, solicitó el parecer de la Excelentísima Corte Suprema respecto del inciso segundo del artículo 11 ter, que se propone incorporar, por medio del artículo segundo de la Moción en análisis, a la ley N° 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen la personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. Lo anterior, ya que el mismo se vincula con la organización y atribuciones de los Tribunales de Justicia, por las razones expresadas previamente en el acápite anterior de este Informe.

Ello, en cumplimiento de lo preceptuado en los incisos segundo y tercero del artículo 77 de la Constitución Política de la República y en el artículo 16 de la ley N° 18.918, orgánica constitucional del Congreso Nacional.

- - - - -

A una o más de las sesiones en que la Comisión Especial discutió la iniciativa en examen asistieron, además de los miembros de esta instancia, la Honorable Senadora señora Isabel Allende y el Honorable Senador señor Felipe Kast y la Honorable Diputada señora Daniela Castillo.

Durante el análisis de este proyecto de ley, vuestra Comisión Especial contó, asimismo, con la participación del Ministro de Justicia y Derechos Humanos, señor Hernán Larraín; del Jefe de la División Jurídica de tal Secretaría de Estado, señor Sebastián Valenzuela, del Asesor de esta última División, señor Mario Bustos; de la Asesora Legislativa de la Subsecretaría de la Niñez del Ministerio de Desarrollo Social, señora Simona Canepa; del Abogado de Reformas Legales de dicho organismo, señor Mauricio Léniz; del entonces jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, señor Ignacio Castillo; del ex Asesor de la Subsecretaría de Derechos Humanos, señor Pablo Pizarro y de la ex Asesora del Consejo Nacional de la Infancia, señora Daniela González.

Además, fueron especialmente invitadas a exponer sus puntos de vista, las siguientes entidades y académicos:

- De la Agrupación Familia es Familia. Asistieron las representantes, señoras Claudia Amigo, Claudia Calderón y Rocío Muñoz.

- De la Corporación Humanas. Concurrieron las representantes, señoras Camila Maturana y Alexandra Benado.

- De la Agrupación Lésbica Rompiendo el Silencio. Participaron las representantes, señoras Gabriela Reinero, Daniela Reinero y Érika Montecinos.

- De la Agrupación Lésbica Visibles. Asistieron las representantes, señoras Victoria Muñoz e Isidora Sagüés.

- La Académica de Derecho de Familia de la Universidad de Chile, señora Fabiola Lathrop Gómez.

- La Directora del Instituto de Ciencias de la Familia de la Universidad de Los Andes, señora Jimena Valenzuela.

- La Profesora de Derecho Civil de la Universidad de Los Andes, señora María Sara Rodríguez.

- El Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile, señor Juan Luis Goldenberg.

- El Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Los Andes, señor Hernán Corral.

- El Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Chile, señor Mauricio Tapia.

- De la Corporación Comunidad y Justicia. Participaron el Director Ejecutivo, señor Nicolás Rodríguez; el Asesor Legislativo, señor Vicente Hargous y la Investigadora, señora Sofia Huneeus.

- De la Defensoría de los Derechos de la Niñez. Concurrió la Defensora, señora Patricia Muñoz.

Excusó su asistencia, la Académica de Derecho de Familia de la Pontificia Universidad Católica de Chile, señora Carolina Salinas.

Asimismo, se hace presente que asistieron, como oyentes autorizados por la Presidenta de la Comisión, las siguientes personas:

- De la Corporación Opción: la Asesora, señora Camila de la Maza.

- Del Instituto Nacional de Derechos Humanos: el entonces Analista Legislativo de la Unidad Jurídica Judicial, señor Christian Finsterbusch.

- De la Unicef: el Abogado y Consultor, señor Felipe Cowley y la ex Consultora, señora Paulina Solís.

- De la Fundación Cuide Chile: la Coordinadora del Área Legislativa, señora Maite Monsalve y el Representante, señor Camilo Cammás.

- De la Fundación Ciudad del Niño: el Investigador, señor José Fernández.

Además, asistieron los Asesores de la Honorable Senadora señora Allende, señor Rafael Ferrada; del Honorable Senador señor Ossandón, señora Maria Angélica Villadangos y señores Benjamín Lorca y José Tomás Hughes; de la Honorable Senadora señora Rincón, señoras Paulina Gómez y Paula Silla; de la Honorable Senadora señora Von Baer, señora Marcela Aranda, señor Felipe Caro y Juan Carlos Gazmuri; de la Honorable Senadora señora Muñoz, señor Leonardo Estrade-Brancoli; del Honorable Senador señor Kast, señor Óscar Morales; de la Honorable Diputada señora Mix, señora Constanza Valdés; del Comité Demócrata Cristiano, señor Luis Espinoza; del Comité del Partido Socialista, señores Rodrigo Márquez y Francisco Aedo; de la Fundación Jaime Guzmán, señoras María Teresa Urrutia y Margarita Olavarría; de la Biblioteca del Congreso Nacional, señora Paola Truffello y de la Segpres, señor Guillermo Álvarez.

OBJETIVOS DEL PROYECTO

Establecer un estatuto jurídico para los hijos e hijas de parejas del mismo sexo, que aborde sus derechos de filiación, desde la perspectiva de su reconocimiento y determinación por parte de aquéllas, de la autonomía reproductiva de estas últimas y del procedimiento de adopción al que las mismas puedan optar.

ANTECEDENTES

Para el debido estudio de este proyecto de ley, se han tenido en consideración, entre otros, los siguientes:

I.- ANTECEDENTES JURÍDICOS

- Código Civil.

Artículos 179, 182, 187 y 188.

- **Ley N° 20.584**, de 24 de abril de 2012, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud.

- **Ley N° 19.620**, de 5 de agosto de 1999, que dicta normas sobre adopción de menores.

Artículos 11, 20, 21, 22 y 30.

II. ANTECEDENTES DE HECHO

Los autores de la Moción sostienen que la comaternidad de mujeres lesbianas y copaternidad de hombres homosexuales constituye una realidad en Chile. Así, señalan que miles de parejas del mismo sexo conviven junto a sus hijos/as o comparten la crianza de los hijos/as de uno o de ambos/as miembros/as de la pareja, pero enfrentan una completa desprotección legal.

En efecto, explican que si bien desde 1998 en Chile ya no existen los hijos ilegítimos, lo cierto es que se mantiene la discriminación puesto que no se reconoce ni protege a las parejas del mismo sexo que crían juntas a sus hijos/as. Bajo la normativa vigente, agregan, los hijos e hijas de parejas del mismo sexo enfrentan una total desprotección. Así, indican que los derechos que a todos los niños y niñas corresponden en sus relaciones familiares -como los derechos personales a ser cuidados, protegidos y educados por sus madres o padres, su derecho al nombre y la identidad, sus derechos alimenticios, previsionales, de seguridad social, hereditarios y los derechos patrimoniales en general, entre otros-, tratándose de hijos/as de parejas del mismo sexo carecen del más mínimo reconocimiento. A estos últimos, añaden, el Estado de Chile no les brinda ninguna protección, extendiendo sobre ellos/as la discriminación que históricamente se ha ejercido en contra de personas de diversa orientación sexual.

De ese modo, señalan que se hace necesario contar con un estatuto jurídico para los hijos e hijas de parejas del mismo sexo, que aborde sus derechos de filiación, en cumplimiento de los principios de igualdad y no discriminación, protección de las familias y los derechos de los niños y las niñas.

Al respecto, prosiguen, cabe considerar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado -en la sentencia dictada en el caso *Atala Riffo e Hijas vs. Estado de Chile*- que si bien el interés superior del niño constituye un fin legítimo "la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona". Agrega la Corte que "el interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos" (Párrafo 110).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, asimismo, determinó que para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño no son admisibles "presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño [ni] consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños" (Párrafo 111).

Asimismo, dicho tribunal consideró que incluso cuando "ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios" (Párrafo 119) por cuanto "el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos" (Párrafo 120).

De igual forma, establece dicho órgano jurisdiccional que la prohibición de discriminación por orientación sexual es de tal carácter que una "eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio" (Párrafo 124). Ello, por cuanto la definición del interés superior del niño es un asunto concreto a decidirse en cada caso, dado que "la determinación de un daño debe sustentarse en evidencia técnica y en dictámenes de expertos e

investigadores en aras de establecer conclusiones que no resulten en decisiones discriminatorias" (Párrafo 124).

La postura sostenida por la Corte, explican, se sustenta en la jurisprudencia comparada y en numerosos estudios científicos, en los que se descartan consecuencias negativas en el desarrollo de niños y niñas criados por madres o padres homosexuales. En efecto, indican que diversos estudios considerados por dicho tribunal permiten concluir que "i) las aptitudes de madres o padres homosexuales son equivalentes a las de madres o padres heterosexuales; ii) el desarrollo psicológico y el bienestar emocional de los niños o niñas criados por padres gays o madres lesbianas son comparables a los de las niñas o los niños criados por padres heterosexuales; iii) la orientación sexual es irrelevante para la formación de vínculos afectivos de los niños o las niñas con sus padres; iv) la orientación sexual de la madre o el padre no afecta el desarrollo de los niños en materia de género respecto a su sentido de sí mismos como hombres o mujeres, su comportamiento de rol de género y/o su orientación sexual, y v) los niños y las niñas de padres homosexuales no son más afectados por el estigma social que otros niños" (Párrafo 128).

En esa línea, resaltan que el mencionado órgano jurisdiccional sostuvo que "las niñas y los niños no pueden ser discriminados en razón de sus propias condiciones y dicha prohibición se extiende, además, a las condiciones de sus padres o familiares, como en el presente caso a la orientación sexual de la madre" (Párrafo 151). En base a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la referida Corte concluyó que "la noción de 'vida familiar' abarca a una pareja del mismo sexo que convive en una relación estable de facto, tal como abarcaría a una pareja de diferente sexo en la misma situación", pues consideró "artificial mantener una posición que sostenga que, a diferencia de una pareja heterosexual, una pareja del mismo sexo no puede disfrutar de la 'vida familiar" (Párrafo 174).

A la luz de lo anteriormente señalado, manifiestan que las realidades de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo son diversas, requiriendo respuestas jurídicas variadas acorde a su situación, en conformidad con los principios y obligaciones internacionales y nacionales de derechos humanos vigentes, en particular en materia de igualdad y no discriminación, protección de las familias y derechos de los niños y las niñas.

Por ello, agregan, el presente proyecto de ley busca regular, brindando reconocimiento y protección, en primer lugar, a los

derechos de filiación de los hijos/as nacidos con apoyo de técnicas de fertilización asistida respecto de la pareja de madres que se sometieron conjuntamente a dicho procedimiento, y no únicamente -como sucede bajo la legislación vigente actualmente- de la madre que lo dio a luz.

En segundo lugar, añaden, se pretende regular la posibilidad de reconocimiento voluntario de maternidad a la madre que comparte la crianza del hijo/a que no tiene filiación determinada.

Además, se adecua la legislación sobre adopción al nuevo estatuto familiar consagrado por la Ley N° 20.840, que crea el acuerdo de unión civil, para incluir a convivientes civiles entre las parejas legalmente unidas que pueden adoptar, como asimismo la posibilidad de adopción del hijo/a del o la conviviente civil que solo ha sido reconocido como hijo/a por ella (co-adopción).

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

En este punto, señalan que la legislación chilena permite que parejas de mujeres lesbianas se sometan a técnicas de reproducción humana asistida, dando origen a un tipo de familias cuyos hijos/as solo cuentan con vínculo de filiación respecto de la madre que los dio a luz, pero carecen de todo reconocimiento al vínculo que tienen con su otra madre.

Así, explican que el ordenamiento jurídico nacional entrega protección legal al hombre y a la mujer que se someten en conjunto a técnicas de reproducción humana asistida, pues la legislación chilena privilegia la voluntad de tener hijos y asumir su cuidado y crianza, por sobre la realidad genética. Expresamente se reconoce la filiación plena a quienes han elegido tener hijos con apoyo de la reproducción asistida, es decir, se reconoce a las familias así conformadas todos los derechos y obligaciones propios de las relaciones entre padres, madres y sus hijos/as, disponiendo el artículo 182 del Código Civil que:

"El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ella". Esta protección es a su vez reforzada por la

vía de impedir "impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni podrá reclamarse una distinta".

Sin embargo, este reconocimiento y protección legal se niega a las familias no conformadas por una pareja heterosexual, pues la norma se limita expresamente al "hombre y la mujer que se sometieron a ellas". Ello impone una discriminación a las parejas de mujeres lesbianas que deciden conformar una familia y tener hijos con apoyo de estas técnicas, viéndose impedidas de brindar protección jurídica plena a sus hijos, quienes solo cuentan con el reconocimiento legal de una de sus madres.

De acuerdo a lo señalado, afirman que se requiere incorporar en la legislación chilena una norma que expresamente reconozca, en la antedicha disposición, la comaternidad de aquellas parejas de mujeres que voluntariamente convienen en someterse a técnicas de reproducción humana asistida y ser madres. Asimismo, manifiestan que corresponde brindar protección al acceso de las mujeres a las citadas técnicas, evitando que los prestadores de salud puedan restringirlo discrecionalmente, debiendo garantizarse tal acceso reconociendo expresamente el derecho y una acción judicial que lo cautele.

II. Parejas de mujeres que cuidan y crían conjuntamente al hijo de una de ellas quien no tiene paternidad determinada: reconocimiento de maternidad

A este respecto, indican que la legislación nacional permite, respecto de los/as niños/as que no tienen determinada su paternidad, que sean reconocidos por la pareja de su madre, si se trata de una pareja conformada por un hombre y una mujer, e incluso por cualquier varón que manifieste su voluntad de reconocer al niño o niña, en conformidad al artículo 187 del Código Civil. En efecto, mediante acta extendida ante cualquier Oficial del Registro Civil, escritura pública o acto testamentario, puede en cualquier momento reconocerse como hijo/a a un/a niño/a que no tiene paternidad reconocida, sin exigirse para ello requisito alguno ni ninguna clase de acreditación biológica o circunstancial de la paternidad, confiriéndose pleno vínculo de filiación y todos los derechos y obligaciones propios de la paternidad a partir de la sola declaración de voluntad.

Sin perjuicio de lo anterior, agregan que tratándose de una pareja de mujeres que asumen conjuntamente el cuidado y crianza del hijo o hija de una de ellas, que no tenga determinada paternidad, corresponde igualmente contemplar la posibilidad de que pueda reconocer al hijo, confiriéndose pleno vínculo de filiación y todos los derechos y obligaciones propios de la maternidad. Restringir esta posibilidad, que privilegia la voluntad y el compromiso de crianza por sobre la realidad biológica únicamente a parejas heterosexuales, afirman, constituye una discriminación e ilegítima restricción a las obligaciones que corresponden al Estado en materia de protección de las familias y especial garantía de los derechos de los/as niños/as.

III. Parejas de convivientes civiles que cuidan y crían conjuntamente

En este punto, explican que a partir de la dictación de la Ley N° 20.830, que crea el acuerdo de unión civil, se reconoce en el país un nuevo estatuto familiar que permite la protección jurídica a parejas de diferente y del mismo sexo que se unen. El carácter familiar de la unión civil, añaden, se expresa –principalmente- en el reconocimiento del estado civil de convivientes civiles a los contrayentes, que es precisamente uno de los efectos propios de las relaciones familiares protegidas por el ordenamiento jurídico; el reconocimiento del vínculo por afinidad que existe entre convivientes civiles y los consanguíneos de la persona con quien se ha unido; su celebración ante el Servicio de Registro Civil e Identificación y el Registro Especial de Uniones Civiles que se encomienda a este organismo llevar; el reconocimiento de los mismos derechos hereditarios que la legislación confiere a los cónyuges sobrevivientes; la extensión a los convivientes civiles del estatuto de bienes familiares regulado en el Código Civil; la competencia encomendada a los Tribunales de Familia; entre otros.

No obstante el reconocimiento y protección del carácter familiar de las uniones civiles, señalan que en el debate parlamentario de este nuevo estatuto jurídico familiar no llegó a consagrarse la necesaria protección de los hijos e hijas de las parejas unidas, ni la incorporación de los convivientes civiles entre las personas que de acuerdo a la ley pueden adoptar hijos/as. En consecuencia, aseveran que corresponde adecuar la normativa sobre adopción, (ley N° 19.620, que dicta normas sobre adopción de menores), a fin de darle coherencia al ordenamiento jurídico chileno, el cual, desde la dictación de la referida Ley N° 20.830, reconoce y protege a las familias conformadas por personas unidas en acuerdo de unión civil.

Por consiguiente, afirman que lo anterior requiere, como mínimo, incorporar las siguientes modificaciones a la citada Ley N° 19.620:

- Regular la posibilidad de adopción del hijo/a del o la conviviente civil que sólo ha sido reconocido como hijo/a por ella (Ley N° 19.620 regula esta situación respecto de cónyuges y remite directamente al procedimiento contemplado en el Título III de la Ley, Art. 11 inciso 1°).

- Regular la posibilidad de adopción del hijo/a del o la conviviente civil, incluso si ha sido reconocido por ambos padres o cuenta con filiación matrimonial (Ley N° 19.620 confiere a cónyuges esta posibilidad de adopción exigiendo el consentimiento del otro padre o madre y dispone que en caso de ausencia u oposición del otro padre corresponda al juez resolver si el menor es susceptible de ser adoptado, Art. 11 incisos 2° y 3°).

- Regular que los convivientes civiles sean parejas legalmente habilitadas para adoptar, tal como en la actualidad se permite a cónyuges chilenos o extranjeros (Ley N° 19.620, Art. 20).

III. OTROS ANTECEDENTES

Durante la discusión en general de esta iniciativa legal, vuestra Comisión Especial solicitó a la Biblioteca del Congreso Nacional la elaboración de un informe sobre legislación comparada relativo a aspectos relacionados con el proyecto de ley. Dicho informe fue elaborado por los Abogados señora Paola Truffello y señor Guido Williams, siendo su tenor el siguiente:

I. Hipótesis de filiación homoparental del proyecto de ley, Boletín N° 10.626-07

La iniciativa en estudio propone crear un estatuto jurídico para los hijos e hijas de parejas del mismo sexo “que aborde sus derechos de filiación, en cumplimiento de los principios de igualdad y no discriminación, protección de las familias y los derechos de los niños y las niñas”.

De esta forma, el proyecto en estudio enmarca su propuesta desde la perspectiva del niño/a y su derecho a vivir en familia, consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño. para el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad de aquéllos.

En este sentido y como señala Illanes (2016): “la consideración del derecho a vivir en familia, como derecho humano, reclama de su resguardo precisamente a partir de la consideración del titular de ese derecho y no a partir de quienes están llamados a satisfacerlo.”.

El proyecto de ley en estudio, propone la modificación de tres cuerpos legales: el Código Civil, la Ley N° 19.620, de adopción de menores y la Ley N° 20.584, de derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud.

Las hipótesis de filiación que contempla el proyecto son:

1. Hijo/a adoptado por conviviente civil

Se otorga al conviviente civil el derecho a adoptar en las siguientes circunstancias¹:

- Se permite a la pareja conviviente civil adoptar en igualdad de condiciones que los cónyuges.

- Se permite la adopción del hijo/a del conviviente civil, cuando éste sólo ha sido reconocido por uno de sus progenitores.

- Se permite la adopción del hijo/a del conviviente civil, aunque éste tenga filiación determinada de ambos progenitores, siempre que concurra el consentimiento del otro padre o madre, o autorización judicial en su caso.

2. Hijo/a nacido mediante aplicación de técnicas de reproducción asistida (TRA)

¹ El estado civil de conviviente civil fue creado por la Ley N° 20.830 que regula el acuerdo de unión civil.

Se establece la filiación entre el hijo/a nacido con el apoyo de TRA y la pareja de mujeres que se sometió conjuntamente a ella, quienes son consideradas madres del hijo/a.

Actualmente, la ley contempla este tipo de filiación solo para parejas heterosexuales².

En este aspecto, el proyecto además incorpora a la Ley N° 20.584, de derechos y deberes de los pacientes en materia de salud, un párrafo referido a la autonomía reproductiva, reconociendo el derecho de toda persona a fundar una familia y acceder igualitariamente a la tecnología necesaria para ello. El ejercicio de este derecho, dispone el proyecto, sólo requiere del consentimiento de la persona, y no puede condicionarse a la existencia de una pareja estable, orientación sexual determinada o diagnóstico de infertilidad. Se contempla también una acción judicial para cautelar el ejercicio de este derecho.

3. Hijo/a reconocido por madre de crianza

Se establece la filiación entre un niño/a sin paternidad determinada y la mujer que lo reconoce voluntariamente como propio.

Esta hipótesis, que hace aplicable las normas de reconocimiento voluntario, supone que la mujer que reconoce la maternidad, será la pareja de la madre biológica que comparte la crianza del niño/a. Así lo señalan los antecedentes de la iniciativa, privilegiando “la voluntad y el compromiso de crianza por sobre la realidad biológica”.

Sin embargo, la norma propuesta no distingue, por lo que dicho reconocimiento podría ser hecho por cualquier mujer y, además, no se aplicaría a los hombres.

Actualmente, el reconocimiento voluntario está establecido sólo para el padre o madre biológico³.

II. Hipótesis de filiación homoparental propuestas en el proyecto de ley

1. España

En España se reconoce tanto el matrimonio entre personas del mismo sexo (a nivel nacional), como las relaciones de convivencia del mismo sexo (por diversas comunidades autónomas).

² Art. 182, Código Civil.

³ Art. 187 y 188, Código Civil.

El matrimonio entre personas del mismo sexo se encuentra regulado a nivel nacional en el Código Civil. Fue establecido por la Ley N° 13/2005 el 2005, la que modificó el citado cuerpo legal y dispuso iguales requisitos y efectos cuando los contrayentes del matrimonio son del mismo o distinto sexo⁴.

A diferencia del matrimonio, la convivencia o unión civil no encuentra regulación unitaria nacional, sin perjuicio de que éstas sean mencionadas, por ejemplo, en el Código Civil⁵. Su regulación se encuentra a nivel de las comunidades autónomas, como es el caso de: Andalucía, Aragón, Asturias, Baleares, Canarias, Cataluña, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla-León, Extremadura, Galicia, Madrid, País Vasco y Valencia. Según ha señalado el Consejo de Notarios de la Unión Europea (2012), en España, las parejas de hecho pueden ser tanto homosexuales como heterosexuales, registradas o no registradas.

a. Filiación por adopción por el cónyuge o pareja con análoga relación de afectividad

La Ley N° 13/2005, ya referida, estableció la filiación por adopción, conjunta o sucesiva, por parte de matrimonios del mismo sexo o por parejas unidas por análoga relación de afectividad a la conyugal⁶:

“Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges o por una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permitirá al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. Esta previsión será también de aplicación a las parejas que se constituyan con posterioridad.”.

El concepto de parejas unidas por análoga relación de afectividad a la conyugal puede alcanzar, según la doctrina⁷, no sólo a quienes se encuentran bajo el imperio de una norma sobre parejas registradas, sino que incluso a quienes no han realizado dicho trámite.

b. Filiación de los hijos/as nacidos mediante

TRA

⁴ Art. 44, Código Civil.

⁵ Cabe mencionar que el Tribunal Supremo de España ha reconocido la libertad de pactar por los miembros de la pareja, en el marco de la autonomía contractual (artículo 1.255 del Código Civil de España), los efectos económicos de la convivencia, con la misma libertad con la que decidieron unirse y con los límites generales del mencionado artículo 1.255. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, 611/2005, de 12 de septiembre de 2005.

⁶ Apartado 4 nuevo, art. 175, Código Civil.

⁷ Boldó (2013:28).

La Ley N° 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida, dispone que la filiación deberá regularse por las leyes civiles, salvo las especificaciones que establece dicha ley⁸.

En lo que nos interesa, la Ley N° 14/2006, modificada por la Ley N° 19/2015, señala que⁹:

“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 de Registro Civil, que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.”.

De esta forma, la doble filiación maternal de hijos/as nacidos mediante TRA procede sólo si existe unión matrimonial. No hay normativa aplicable a la gestación que se da en el ámbito de una unión de hecho entre mujeres, salvo recurrir a la adopción (De la Fuente, 2015: 14).

Cabe señalar que la jurisprudencia española ha legitimado el ejercicio de la acción de reclamación de maternidad por permanente posesión de estado (regulada en el art. 131 del Código Civil¹⁰) en el ámbito de la doble maternidad legal, tanto para la ex esposa como para la ex conviviente de la madre biológica (De la Fuente, 2015: 5-6).

2. Argentina

En Argentina, la Ley Nacional N° 26.618 (2010), estableció el matrimonio entre personas del mismo sexo, con iguales efectos que el celebrado entre parejas heterosexuales.

Posteriormente, el nuevo Código Civil y Comercial¹¹ estableció, como regla general en materia de matrimonio, que todas las normas debían ser interpretadas y aplicadas sin limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del mismo, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo¹².

El citado Código, estableció, asimismo, las llamadas uniones convivenciales, es decir, la relación afectiva de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que

⁸ Art. 7, Ley N° 14/2006.

⁹ Art. 7.3, Ley N° 14/2006.

¹⁰ Art. 131, Código Civil, España: “Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado. Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada”.

¹¹ Ley N° 26.994, en vigencia desde agosto de 2015.

¹² Art. 402, Código Civil y Comercial.

conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo¹³.

Se contemplan como fuentes de la filiación la que tiene lugar por naturaleza, por técnicas de reproducción humana asistida o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos¹⁴.

a. Filiación por adopción por el cónyuge o pareja en unión convivencial

En materia de filiación por adopción (simple, plena o de integración), la ley argentina dispone que pueden ser adoptantes un matrimonio, los integrantes de una unión convivencial o una única persona¹⁵.

De manera que se permite la adopción por parejas del mismo sexo, se encuentren casadas o en unión convivencial.

b. Filiación de los hijos/as nacidos mediante TRA

En materia de filiación derivada de TRA, se consagra la voluntad procreacional matrimonial o extramatrimonial¹⁶. Esta norma señala:

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

Los artículos 560 y 561 citados, regulan el consentimiento (previo, informado y libre) en las TRA, el que debe renovarse cada vez que se utilicen gametos o embriones y además la forma y requisitos del mencionado consentimiento.

Asimismo, en materia de voluntad procreacional, se dispone que la determinación de la filiación en este caso, se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad a lo reseñado. En el caso que se utilicen gametos de terceros, no se genera

¹³ Art. 509, Código Civil y Comercial.

¹⁴ Art. 558, Código Civil y Comercial.

¹⁵ Art. 599, Código Civil y Comercial.

¹⁶ Art. 562, Código Civil y Comercial.

vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales¹⁷.

Asimismo, en los casos de TRA, la presunción de filiación matrimonial¹⁸ no procede cuando el o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, libre e informado.

3. Noruega

En Noruega, se encuentra regulada la convivencia y el matrimonio de personas del mismo sexo (*Act N° 40 relating to Registered Partnership*, en 1993 y, *The Marriage Act N° 47*, en 2009, respectivamente).

Se establece la filiación homoparental por adopción conjunta por los cónyuges o cohabitantes, así como la del hijo/a del cónyuge, cohabitante o pareja de hecho registrada del mismo sexo (salvo que el niño sea extranjero y en su país de origen no se permita dicha adopción).

Respecto a la filiación derivada de TRA, se considera co-madre a la mujer que al momento del nacimiento del niño/a concebido por TRA, se encontraba casada con la madre biológica y consintió en la fecundación (salvo que al momento del nacimiento se encuentre separada de su cónyuge por acuerdo o sentencia judicial).

Por su parte, la cohabitante de la madre puede declarar la co-maternidad del niño/a nacido mediante TRA si consintió en la fecundación.

a. Filiación por adopción del hijo/a anterior del cónyuge o cohabitante

En materia de adopción, la Ley de Adopción de Noruega (*Adoption Act N° 16* de 2017) establece como regla general que sólo las personas capaces de ser buenos proveedores de cuidado para niños pueden adoptar, o se les puede otorgar el consentimiento previo para adoptar (sección 5).

Luego, el artículo 6 dispone que sólo los cónyuges y los cohabitantes pueden adoptar juntos. Cohabitantes, significa dos

¹⁷ Art. 575 del Código Civil y Comercial.

¹⁸ Art. 566, inc. 1°, Código Civil y Comercial, establece que, salvo prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge, los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte.

personas que viven juntas en una relación estable y parecida a un matrimonio.

Asimismo, se dispone que una persona casada o un cohabitante puede adoptar sólo si su cónyuge o cohabitante falta, tiene una discapacidad mental o tiene una enfermedad mental grave. Adicionalmente, puede adoptar sólo si el niño es:

- El hijo del cónyuge o cohabitante anterior o actual del solicitante.
- El propio hijo del solicitante.
- El ex hijo adoptivo del solicitante.

**b. Filiación del hijo/a concebido por TRA.
Presunción de la cónyuge y declaración de la cohabitante**

La Ley de Infancia noruega (*Children Act* N° 8, de 2017) en materia de paternidad o co-maternidad (sección 3) dispone que:

El hombre con quien la madre está casada en el momento del nacimiento del niño será considerado como el padre del niño.

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 esperma.

Si los cónyuges estuvieran separados por acuerdo o por una sentencia judicial, en el momento del nacimiento, no se aplican las reglas antes citadas.

Si la madre es viuda, su último cónyuge será considerado padre o co-madre si es posible que la madre haya concebido antes de la muerte del cónyuge.

Si la paternidad o maternidad no es establecida conforme a la sección 3, ésta puede ser declarada (es decir, reconocida). Si el niño nació mediante fertilización asistida, la cohabitante de la madre puede declarar su co-maternidad, siempre que se haya hecho en un servicio de salud aprobado y la cohabitante de la madre haya dado su consentimiento para la fecundación (sección 4).

La co-maternidad de un niño/a también es regulada en la Ley de Infancia, la que dispone que la cónyuge o cohabitante de la madre será considerada como la co-madre del niño si ella se deriva del matrimonio, de una declaración (como la de la sección 4) o de una sentencia. Un niño no puede tener tanto un padre como una co-madre. Las disposiciones establecidas en estatutos o reglamentos que se apliquen o se refieran a un padre se aplicarán de la misma manera a una co-madre o con respecto a ella. Las disposiciones relativas al establecimiento y la impugnación de la paternidad se aplicarán en la medida en que sean apropiadas para el establecimiento y la constatación de la maternidad (sección 4 a).

ESTRUCTURA DEL PROYECTO

El proyecto de ley está estructurado sobre la base de tres artículos permanentes, configurados en los siguientes términos:

I. Artículo primero

Letra a): se modifica el inciso primero del artículo 179 del Código Civil, a fin de establecer, como otra modalidad de filiación por naturaleza a la derivada de técnicas de reproducción humana asistida.

Letra b): se incorpora un inciso segundo, nuevo (pasando el actual a ser tercero), al artículo 182 del Código Civil, en el cual se dispone que, tratándose de una pareja de mujeres, las madres del hijo concebido mediante la aplicación de las referidas técnicas, serán las mujeres que se sometieron a ellas.

Letra c): se modifica el artículo 187 del Código Civil a fin de permitir que las madres, en conformidad con las enmiendas antes descritas, puedan reconocer al hijo o hija de que se trate.

Letra d): se modifica el artículo 188 del Código Civil, con el objetivo de reconocer que el hecho de que cualquiera de las madres consigne su nombre en la inscripción de nacimiento del menor, sea suficiente reconocimiento de filiación.

II. Artículo segundo

Este precepto incorpora un párrafo 4º bis, nuevo, a la ley N° 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, el que contempla, a su vez, dos nuevas disposiciones.

Artículo 11 bis: establece, como contenido de la autonomía reproductiva de la persona, el derecho a fundar una familia y a acceder igualitariamente a la tecnología necesaria para ejercer dicho derecho.

Artículo 11 ter: prohíbe condicionar el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida, bastando para ello la sola suscripción del consentimiento informado respectivo, para lo cual no se podrá exigir, en especial, la existencia de una pareja estable, de una determinada orientación sexual o del diagnóstico de infertilidad **(inciso primero)**.

Establece una acción para que cualquier persona afectada por una vulneración fijada en el inciso anterior pueda acudir, por sí o por cualquiera en su nombre, a la Corte de Apelaciones de su domicilio o del prestador involucrado, para la adopción de las medidas que ésta estime necesarias para el restablecimiento del derecho regulado en el presente artículo. Asimismo, se dispone que la acción en comento se tramite de acuerdo a las normas que regulan la acción de protección constitucional **(inciso segundo)**.

Artículo Tercero: coherente con las modificaciones anteriormente descritas, en el presente precepto se efectúan una serie de enmiendas legislativas a fin de establecer que los convivientes civiles sean parejas legalmente habilitadas para adoptar, tal como en la actualidad se permite a cónyuges chilenos o extranjeros.

Con tal finalidad, se agrega tal concepto (convivientes civiles) en los artículos **11 (letra a)**, **20 (letra b)**, **21 (letra c)**, **22 (letra d)** y **30 (letra e)**, a fin de lograr el objetivo antes descrito.

DISCUSIÓN EN GENERAL

Se consigna que, durante el debate en general del proyecto de ley en estudio, la Comisión Especial recibió, además del Ejecutivo, a múltiples organizaciones y profesionales con expertise en la materia, cuyas exposiciones se pasan a describir a continuación.

Exposición de la Corporación Humanas

La Abogada de la Corporación Humanas, señora Camila Maturana, inició su intervención señalando que el Estado tiene la obligación de regular las materias en discusión, ya que el vacío institucional existente deja a muchos niños en la indefensión.

Luego, hablando en representación de Alexandra Benado y Alejandra Gallo, indicó que ellas, en el año 2010, tuvieron a sus hijos mellizos por medio de la aplicación de técnicas de reproducción asistida.

El año 2013, prosiguió, acudieron a Corporación Humanas preocupadas por la desprotección de sus dos hijos, respecto de los cuales el Estado de Chile sólo reconoce como madre a una de ellas, a saber, a la señora Gallo, quien los dio a luz.

En tal sentido, comentó que se dirigieron al Servicio de Registro Civil e Identificación a inscribir como madre a Alexandra, cuestión que dicho organismo público rechazó.

En consecuencia, añadió, se iniciaron las acciones jurisdiccionales por discriminación, siendo rechazados los nuevos recursos que se alcanzaron a deducir, sin que se llegara a resolver si la exclusión previamente descrita constituía o no un acto discriminatorio.

Frente a ello, agregó, presentaron su caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el año 2013.

Por otro lado, expresó que la institución que representa participó de la discusión legislativa acerca del Acuerdo de Unión Civil en las Comisiones de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de ambas Cámaras, sugiriendo incluso, en la del Senado, una propuesta de modificación del artículo 182 del Código Civil, la que se materializó en una indicación que luego fue declarada inadmisibles.

Sin perjuicio de lo anterior, observó que todo lo anterior permitió reflejar la necesidad de legislar sobre una realidad que existe y que afecta a muchos niños en el país. En efecto, precisó que la comaternidad de mujeres lesbianas y copaternidad de hombres homosexuales se verifica en muchos hogares de nuestro país. Sin embargo, agregó, en Chile no existen estudios que permitan cuantificar ni conocer la realidad de estas familias. Únicamente se cuenta con datos parciales y preliminares provenientes del Censo de Población del año 2012, conforme a

los cuales 34.976 personas en dicha oportunidad declararon convivir con su pareja del mismo sexo, de las que el 60% corresponde a mujeres (20.747)¹⁹.

Posteriormente, indicó que la creciente visibilidad de estas familias ha despertado diversas preocupaciones por el desarrollo y bienestar de los niños y niñas, así como el impacto que tendría para ellos/as crecer en estos espacios. No obstante, agregó, numerosos estudios psicológicos efectuados en niños y niñas nacidos de mujeres lesbianas han mostrado que la ausencia de un padre no afecta negativamente a los mismos. Pertenecer a una familia cuya madre lesbiana convive con su pareja lesbiana, afirmó, no afecta al desarrollo síquico normal del niño o niña y el lesbianismo de su madre no influye en su orientación sexual²⁰.

En años recientes, añadió, la normativa chilena ha avanzado a estadios más protectores de los derechos de las personas y la infancia.

En efecto, explicó que desde 1998 Chile cuenta con una legislación que reconoce a los niños sus derechos de filiación y familiares con independencia del vínculo jurídico que une a sus madres/padres²¹. A su vez, expresó que desde el año 2012, se cuenta con un marco legal frente a la discriminación, instituyendo en el derecho nacional la prohibición de discriminación por orientación sexual e identidad de género, entre otras causales de exclusión prohibidas²².

Luego, señaló que en el año 2015 se dictó la ley N° 20.830, que crea el acuerdo de unión civil, estatuto jurídico de carácter familiar para parejas del mismo o diferente sexo, a quienes se reconoce el

¹⁹ Como es ampliamente conocido, debido a numerosos problemas metodológicos el Censo 2012 fue repetido en abril 2017 sin que a la fecha se disponga de información sobre sus resultados.

²⁰ TASKER, Fiona, GOLOMBOK, Susan (1998), Growing up in a Lesbian Family, Effects on Child Development, The Guilford Press, New York, London. Disponible parcialmente en: http://books.google.cl/books?id=bZR8eD5JNMQC&dq=golombok+y+tasker+1996&hl=es&source=gbp_navlinks_s (revisado por última vez 5 de mayo de 2017).

²¹ República de Chile, Ley N° 19.585, Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación, publicada en el Diario Oficial el 26 de octubre de 1998.

estado civil de convivientes civiles, entre otros derechos propios de la relación familiar que esta normativa les confiere²³.

Además, agregó, se encuentran vigentes en el país el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer y la Convención sobre Derechos del Niño, entre otros tratados internacionales sobre derechos humanos, que, de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución Política de la República vigente²⁴, integran el ordenamiento jurídico nacional amparando los derechos de todas las personas sin discriminación.

De acuerdo a lo establecido en estos tratados internacionales, añadió, el Estado de Chile se encuentra obligado a garantizar a todas las personas, sin discriminación, sus derechos, el brindar protección jurídica a las familias y, ciertamente, adoptar medidas especiales de resguardo a los derechos de niños y niñas.

Al respecto, agregó, resulta relevante atender a lo que ha resuelto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia. En la sentencia dictada por la Corte en el caso "*Atala Riffo e hijas vs. Chile*", en febrero de 2012, se establecen con claridad el conjunto de obligaciones que corresponde cumplir al Estado de Chile, como asimismo al resto de los países de la región, en los ámbitos señalados²⁵.

²² República de Chile, Ley N° 20.609, Establece medidas contra la discriminación, publicada en el Diario Oficial el 24 de julio de 2012.

²³ República de Chile, Ley N° 20.830, Crea el acuerdo de unión civil, publicada en el Diario Oficial el 21 de abril de 2015.

²⁴ Conforme a la Constitución Política de la República: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales

a. Derecho a la igualdad y prohibición de discriminación

En cuanto al derecho a la igualdad y prohibición de discriminación, señaló que la Corte, en la sentencia referida reafirma que *"todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es de por sí incompatible con la misma"* (Párrafo 78).

Además, se dispone que *"la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona"*, por lo que resulta incompatible con la igualdad de derechos *"toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación"* (Párrafo 79).

Agrega dicho tribunal que, de acuerdo a su jurisprudencia, *"el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del ius cogens"* (Párrafo 79)

A su vez, explicó que en lo referente al alcance del principio de igualdad y no discriminación, el mencionado órgano jurisdiccional, establece que dicha máxima importa el deber de *"abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto"*. Además, conlleva la obligación de los Estados de *"adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas"* y asimismo, el *"deber especial de protección [frente a la discriminación] 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"* (Párrafo 80).

ratificados por Chile y que se encuentren vigentes" (Art. 5° inc. 2)

²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012), Caso Atala Ríffo y niñas Vs. Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C N° 239. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf (revisado por última vez 5 de mayo de 2017)

Posteriormente, indicó que ante la inexistencia de una definición convencional de discriminación, la Corte adopta como conceptualización de discriminación aquella formulada por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que define la 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 propiedad, 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 (Observación General N° 18 No Discriminación, 10 de noviembre de 1989, CCPR/C/37, párrafo 6)"*(Párrafo 81).

b. Prohibición de discriminación por orientación sexual e identidad de género

A este respecto, destacó que el mencionado órgano jurisdiccional establece, del mismo modo como lo ha sostenido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la interpretación evolutiva de los tratados de derechos humanos (Párrafo 83) y conforme a ello, la expresión *"cualquier otra condición social"* contenida en el Art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. debe ser interpretada eligiéndose *"la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos"* (Párrafo 84), en conformidad al principio de la norma más favorable al ser humano y la evolución del derecho internacional contemporáneo (Párrafo 85).

En base a las obligaciones generales de respeto y garantía y criterios de interpretación contenidos en la Convención Americana (artículo 1.1 y artículo 29), lo establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA sobre Derechos Humanos, orientación sexual e identidad de género adoptadas desde 2008 en adelante, lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y diversas decisiones de los organismos de Naciones Unidas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en definitiva *"deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual"* (Párrafo 91, destacado añadido).

Se agrega, que un derecho reconocido *"no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual"* pues ello configuraría una violación al *"artículo 1.1. de la*

Convención Americana que proscribe la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención" (Párrafo 93).

Para sostener lo anterior, indicó que la Corte Interamericana descartó expresamente la argumentación sostenida por el Estado de Chile en el caso Atala, en cuanto a que a la fecha de dictarse la sentencia de la Corte Suprema, es decir, mayo de 2004, *"no habría existido un consenso respecto a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación"*. Así, tal magistratura señaló que *"la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido"* (Párrafo 92).

c. Diferencia de trato basada en la orientación sexual

En este acápite, indicó que el citado órgano jurisdiccional estableció que, para determinar si una diferencia de trato se basa en la orientación sexual de una persona, no es requisito que la totalidad de la decisión se base *"fundamental y únicamente"* en ello, bastando constatar que *"de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona para adoptar una determinada decisión"* (Párrafo 94). Tanto en el proceso judicial de tuición como en la decisión de la Corte Suprema de mayo de 2004 y en la decisión de tuición provisoria, la Corte Interamericana observa que se trata de decisiones que tuvieron en consideración central, significativa o principal la orientación sexual de la madre de las niñas, configurándose una diferenciación en el trato en base a ello (Párrafos 96, 97 y 98).

d. Concepto inclusivo de las familias que los Estados deben proteger

En cuarto lugar, añadió, resulta central atender a lo que el antedicho tribunal ha determinado en lo referente a las familias, estableciendo que los Estados se encuentran en la obligación jurídica de brindar protección a aquéllas en conformidad a lo dispuesto en el Artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la que comprende tanto a las familias conformadas por parejas de diferente como del mismo sexo, con independencia de si existe entre ellas un vínculo matrimonial.

La Corte, agregó, señala que la Convención Americana no define un concepto cerrado de familia ni tampoco protege únicamente un modelo tradicional de familia. Por el contrario, dicho tribunal

sostiene que el concepto de vida familiar no se reduce al matrimonio sino que abarca también otros lazos familiares de hecho (Párrafo 142). Sostiene la Corte que la jurisprudencia internacional es coherente en este punto (Párrafo 143).

e. El principio del interés superior del niño

Respecto al interés superior del niño, el citado órgano judicial enfatiza que *"el objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso, y que constituye un principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades"*, de ahí que en *"el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere 'cuidados especiales', y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir 'medidas especiales de protección'"* (Párrafo 108).

La Corte, además, dispone que *"la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios"*, por lo que *no serían admisibles "las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia"* (Párrafo 109, destacado añadido).

Si bien el interés superior del niño, en abstracto constituye un fin legítimo *"la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona"*. Agrega la Corte que *"el interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos"* y no puede tomarse en consideración esta condición social por el órgano juzgador *"como elemento para decidir sobre una tuición o custodia"* (Párrafo 110).

f. Prohibición de discriminación a los niños y niñas

Por último, expresó que la Corte Interamericana releva el alcance de la prohibición de discriminación en casos que involucren

a menores de edad, que en conformidad a la Convención sobre Derechos del Niño comprende la obligación del Estado de garantizar los derechos de los niños sujetos a su jurisdicción sin distinción alguna, con independencia de "cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales" y la obligación de adoptar medidas para garantizar la protección de los niños frente a toda forma de discriminación o castigo "por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, sus tutores o de sus familiares" (Convención sobre Derechos del Niño, Artículo 2) (Párrafo 150). Es decir, "las niñas y los niños no pueden ser discriminados en razón de sus propias condiciones y dicha prohibición se extiende, además, a las condiciones de sus padres o familiares, como en el presente caso a la orientación sexual de la madre" (Párrafo 151).

Exposición Agrupación Lésbica Rompiendo el Silencio

La Representante de la Agrupación Lésbica Rompiendo el Silencio, señora Érika Montecinos, inició su intervención indicando que el fundamento de la Moción en análisis es i) reconocer y proteger los derechos de filiación de los hijos nacidos con apoyo de técnicas de fertilización asistida, respecto de la pareja de madres que se sometieron conjuntamente a dicho procedimiento, y no únicamente, como sucede bajo la legislación vigente actualmente, a la madre que dio a luz; ii) otorgar la posibilidad de reconocimiento voluntario de maternidad a la madre que comparte la crianza del hijo que no tiene filiación determinada y iii) adecuar la legislación sobre adopción al nuevo estatuto familiar consagrado por la ley N°20.830, que crea el acuerdo de unión civil, para incluir a los convivientes civiles entre las parejas legalmente unidas que pueden adoptar, como, asimismo, la posibilidad de adopción del hijo del o la conviviente civil que sólo ha sido reconocido como hijo por el padre o la madre (co-adopción).

I. Derechos de filiación de los hijos de mujeres que se someten conjuntamente a técnicas de reproducción asistida

En este punto, expresó que la legislación nacional privilegia la voluntad de tener hijos y asumir su cuidado y crianza por sobre la realidad genética, razón por la cual se reconoce la filiación a quienes han elegido tener hijos con apoyo de la reproducción asistida, toda vez que se trate de una pareja heterosexual. Así, la norma expresamente limita su aplicación al "hombre y la mujer que se sometieron a ellas" (las técnicas de reproducción asistida, situación reforzada por la vía de impedir la impugnación de tal filiación (Art. 182 inc. 2 Código Civil).

De ese modo, explicó que el ordenamiento de nuestro país permite el sometimiento a técnicas de reproducción asistida a parejas de lesbianas, pero sus hijos/as son privados del vínculo filiativo con respecto a la madre que no los dio a luz.

II. Derechos de filiación derivados del reconocimiento voluntario de maternidad por la pareja de la madre de los hijos/as que no tienen paternidad determinada

A este respecto, indicó que la legislación chilena permite, respecto de los niños que no tengan determinada su paternidad, el reconocimiento, por parte de la pareja de la madre, si se trata de una pareja conformada por un hombre y una mujer, e incluso por cualquier varón que manifieste su voluntad de reconocer al niño o niña. Para ello, no se exige requisito alguno ni ninguna clase de acreditación biológica o circunstancial de la paternidad, pues basta la sola declaración de voluntad para establecer pleno vínculo de filiación y todos los derechos y obligaciones propios de la paternidad (artículos 187 y 188 Código Civil). En el caso de parejas conformadas por mujeres, no se prevé la posibilidad del referido reconocimiento voluntario y el vínculo de filiación que de ello deriva.

III. Derechos de filiación de los hijos de parejas convivientes civiles

En este punto, indicó que la Moción plantea la modificación de la ley N° 19.620, que dicta normas sobre adopción de menores, a fin de adecuarla a los principios de igualdad y no discriminación, protección a la familia, y a los derechos de los niños y niñas en particular, dando coherencia al ordenamiento jurídico chileno el que desde la dictación de la Ley N° 20.830 reconoce y protege a las familias conformadas por personas unidas en acuerdo de unión civil.

En esa línea, propuso las siguientes modificaciones:

1. Conceder la opción de adopción del hijo del o la conviviente civil que sólo ha sido reconocido como hijo por ella.

2. Otorgar la posibilidad de adopción del hijo del o la conviviente civil aun si ha sido reconocido por ambos padres o cuenta con filiación matrimonial. Actualmente se regula esta situación confiriéndole tal posibilidad a los cónyuges, exigiendo el consentimiento del otro padre o madre y dispone que, en caso de ausencia u oposición, corresponde al juez resolver si el niño o niña es susceptible de ser adoptado.

3. Disponer que los convivientes civiles son parejas legalmente habilitadas para adoptar, tal como en la actualidad se permite a cónyuges chilenos o extranjeros.

IV. Autonomía reproductiva, derecho a fundar una familia y acceso a técnicas de reproducción asistida

A este respecto, sugirió incorporar una especial protección al acceso a las técnicas de reproducción asistida entendiendo que ello forma parte del derecho a fundar familia y la autonomía reproductiva de cada persona.

Exposición de la Agrupación Familia es Familia

La Representante de la Agrupación Familia es Familia, señora Claudia Calderón, comenzó su presentación afirmando que el derecho de filiación actual configura una discriminación arbitraria del Estado en contra de niños, niñas y adolescentes. Lo anterior, agregó, en tanto hijos, hijas e hijes de familias diversas, compuestas por madres o padres del mismo género, existen y merecen contar con los mismos derechos de filiación que la de sus pares que provienen de familias cuyos adultos responsables son padres de distinto género.

Hoy en día el Estado chileno, agregó, incurre en una violencia sistemática al someter a los niños, las niñas, les niñas y adolescentes de madres y padres del mismo género, a vivir al margen de una legislación que vulnera directamente sus derechos a desarrollar una vida libre de violencia, ya que Chile, a pesar de ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño y de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de manera local, en la práctica discrimina de la manera más brutal posible, al negarse a reconocer la existencia de un vínculo tan esencial de la infancia, como la relación materno-filial o paterno-filial directa entre los menores y sus madres o sus padres.

Recomendaciones de Familias Diversas

En este punto, consideró imprescindible que los hijos cuenten lo antes posible con sus derechos de filiación en relación a sus madres o padres del mismo género, debiendo ello ser regulado de manera equitativa, de acuerdo a la citada Convención, respetándose, por consiguiente:

a) Derecho a ser hijo de sus madres de crianza a través del reconocimiento voluntario.

b) Derecho a su propia identidad familiar.

c) Derecho a que su interés superior sea protegido por el Estado.

d) Derecho a una vida libre de violencia.

e) Derecho a una vida libre de discriminación arbitraria.

f) Derecho a tener acceso a todos sus derechos sociales vinculados a sus madres o padres de crianza.

g) Derecho a gozar de los mismos beneficios de salud relacionado a sus madres o padres de crianza.

h) Derecho al acceso a la educación libre de discriminación arbitraria o selección basada en el tipo de familia del cual provienen.

i) Derecho a ser reconocido a través de un trámite simple, administrativo por el Registro Civil, con una actualización de la Plataforma "Red Familiar" y las partidas de nacimiento y todas las plataformas que se cruzan con el Derecho de Familia.

j) Derecho a alimentos y relación directa y regular en caso de separación de sus madres o padres del mismo género.

Posteriormente, efectuó la lectura de los siguientes casos de familias conformadas por parejas de mujeres, las que se pasan a transcribir:

a. Familia Lesbomaternal Silva Zamorano. Valeska y su hija Javiera de 3 años

Nuestra familia se componía por Magaly Zamorano (36 años), Javiera Silva Zamorano (3 años), y quien suscribe, Valeska Silva (29 años). En el año 2010 nos conocimos con Magaly, desde ese momento comienza nuestra historia de amor, compartimos aproximadamente 6 años juntas, si no hubiera sido por un cáncer fulminante, que le arrebató la vida sólo en 3 meses, hasta el día de hoy estaríamos juntas.

A continuación, describiré la lucha que hemos tenido que vivir con mi hija, tras el duelo por la pérdida de nuestra querida y amada Magaly, por salvar y proteger lo más hermoso que puede tener una persona, "su familia". En el año 2014, exactamente el 25 de diciembre a las

7:41 am, recibimos la peor llamada de nuestras vidas, nos llamaban del hospital, dándonos la noticia que Magaly había fallecido producto del cáncer al colon que ella padecía, que duró 3 meses.

Desde esta fecha en adelante comenzó nuestra lucha por proteger y salvar a nuestra familia, en especial proteger a nuestra hija Javiera de tan solo 2 años de edad en ese momento. Javiera es hija biológica de Magaly. Los abuelos maternos de Javiera, Padres adoptivos de esta última, comenzaron a presentar demandas en el Primer Juzgado de Familia de Santiago, desde enero del 2015, donde recién en el séptimo arbitrio incoado, la jueza Luisa Hernández determinó que la abuela de Javiera llegue a un acuerdo de visitas con mi hija, logrando yo, por mi parte, tener el cuidado personal de aquélla.

Pensando que ese momento sería nuestra gran tranquilidad, no fue así, después de todo el proceso vivido, el duelo por la perdida y lucha por cuidar y proteger a mi hija, siguen presentando demandas de distinta índole hasta el día de hoy. Hemos sufrido como familia la discriminación de los abuelos maternos en todo momento, también hemos tenido grandes cambios en nuestras vidas, teniendo que ir a vivir de allegadas donde una tía por las fuertes acusaciones que se presentan, Javiera ha tenido en sólo dos años grandes cambios, que a la larga la perjudicarán, por culpa de gente arrogante y falta de respeto hacia nosotras.

Por parte de mi familia directa, mi madre sufre un infarto en marzo de este año, después de las acusaciones de los abuelos maternos de Javiera, mi padre ha presentado varias descompensaciones físicas y psicológicas a raíz de esta horrible acusación. Todo esto hemos tenido que sufrir mi hija y yo, por no tener un reconocimiento legal como familia, ya que en este país no tenemos derechos, y quedamos a la deriva como ciudadanas. Lo que más duele como madre, es el hecho que mi hija esté en constante vulneración de sus derechos como niña, por no poder tener una familia y vivir en la tranquilidad que una niña de 3 años necesita. La lucha aun no acaba, seguiré y lo haré hasta que muera, lucharé por mi hija y por nuestra familia, también por no querer que otra familia pase por la misma situación que hemos tenido que vivir con mi pequeña. Realmente es demasiado doloroso. En nombre de nuestra familia, Silva Zamorano, pedimos y exigimos de corazón que se nos escuche, queremos y necesitamos tranquilidad para nuestras vidas.

b. Familia Lesbomaternal Rodríguez Núñez. Priscilla e Isabel y sus hijas, Santiago

Hola, soy Priscilla de 34 años, lesbiana y madre de tres hijas preciosas, vivo en pareja desde hace ya casi 4 años, soy una fiel creyente que la familia como institución es necesaria para formar la sociedad, pero al mismo tiempo defiendo el derecho de formar familias

basadas en el amor y respeto, la educación de nuestros hijos es fundamental para que en un futuro tengamos personas integras en nuestra sociedad, de esa educación nos preocupamos a diario con Isabel mi pareja, sin embargo siempre tendremos el miedo constante del desamparo legal que en estos momentos nos vemos expuestas, mis hijas han ido creando un lazo de afectividad con Isabel, un trabajo de tiempo, donde se ha invertido cariño y comprensión, pero todo esto se ve afectado ya que en Chile aún no tenemos los mismos derechos que las parejas heterosexuales tienen a diario, nos preguntamos cómo podemos continuar formando nuestra familia, tener más hijos si estamos totalmente desprotegidas ante la ley, no sólo nosotras, si no que nuestros hijos, cómo explicarles que ellos no tienen los mismos derechos que otros niños, que si Isabel es la madre gestante yo jamás podre tener ningún vínculo legal que nos una y proteja.

Como nuestro caso, existen muchos otros más en Chile, los niños ya están acá, están naciendo, y están desprotegidos.

Es por eso que hacemos un llamado en conciencia, a fin de lograr que el derecho al reconocimiento legal de nuestros hijos sea efectivo, real y concreto, que no se siga discriminando por una orientación sexual, que nada tiene que ver con el amor y respeto, además de la capacidad que tenemos para cuidar de nuestros hijos.

**c. Familia Lesbomaternal Guerrero Gálvez.
Karin Guerreo, Solange Gálvez y su hija de 3 años, de San Felipe**

Mi nombre es Karin, madre biológica (31 años) y vivo junto a mi pareja Solange, madre de crianza o (no biológica como quieran llamarle) de 25 años. Tenemos una pequeña de 3 años y medio, en donde nosotras planificamos traerla al mundo. Es una niña muy alegre le gusta mucho la música, bailar y cantar, asiste al jardín desde los 8 meses ya que nosotras nos desarrollamos profesionalmente y ejercemos en lo que estudiamos con mucho esfuerzo.

Nuestra pequeña nos reconoce a ambas como sus mamás, pero el Estado no lo ve así, ya que, al matricularla en el colegio o jardín, al ir al médico o realizar cualquier tipo de trámite, sólo yo existo como familiar directo (madre biológica).

Esto es muy incómodo ya que mi pareja quien está al cuidado en conjunto conmigo de la crianza, es ella quien conoce en profundidad a la pequeña, por lo cual, en caso de que yo faltase mi pareja no tendría ningún vínculo (legal o sanguíneo) con la niña, quedando desprotegida por completo.

Acá lo realmente importante es ver los derechos de los niños en donde debiese ser prioridad su cuidado y bienestar y solo lo

puede hacer quien realmente la niña reconozca a quien pueda protegerla y cuidarla más allá de su grupo sanguíneo.

d. Familia Lesbomaternal Córdova Pinto. Fabiola, Paola y su hija Fernanda, de Santiago

Somos Fabiola y Paola, una pareja de lesbianas que llevamos 4 años de relación y 7 meses de unión civil.

A los dos años y medio decidimos tener un bebé mediante inseminación artificial, de la cual nació nuestra hija Fernanda, embarazo complicado y parto prematuro, por lo cual la niña necesito estar hospitalizada por complicaciones propias de su prematurez, momento en el cual empezaron nuestros problemas, por no existir una ley de filiación que nos ampare.

En neonatología estaba establecido un régimen de visitas (padre y la madre) sin excepción. Por lo cual Fabiola, madre de crianza, no podía ver a su hija que se encontraba en la UTI, en ese momento nos sentimos discriminadas ya que conversamos con el personal a cargo sin tener ninguna solución, por lo que tuvimos que comenzar a hablar con todo el mundo posible y contar nuestra historia para que nos pudieran dar la posibilidad de ver juntas a nuestra hija logrando que nos respetaran como pareja.

Es realmente importante hacer algo por todos los hijos e hijas para que todos sus derechos sean protegidos por completo.

Otra realidad que estamos pasando es que en la empresa de Fabiola, los hijos de los trabajadores que estén como cargas de ellos cuentan con muchos beneficios (salud, dental, bonos, becas para la educación y otros), pero Fernanda, al no poder ser reconocida como hija legal de su madre de crianza, no puede optar a estos beneficios porque la ley no permite tener como carga a un niño sin vinculo biológico.

e. Familia Transparental Gutiérrez Núñez Robin, Carolina e hijos

Mi nombre es Robin, soy un hombre transexual que parió dos hijos. Junto con mi actual pareja hemos criado a los niños, ya son 5 años de relación y entrega entre ambos y como familia. ¡No sería justo que en mi ausencia vinieran miembros de mi familia o del otro padre a tomar posesión de mis hijos siendo que nunca nos han aceptado! ¡La única familia que cobija a los hijos somos yo y mi pareja! Y legalmente ella no podría tomar ninguna decisión importante sobre ellos ya sea médica, judicial o financiera en mi ausencia. Esto tiene que cambiar, tienen que existir

derechos para las familias y protección de los hijos. Padres son los que crían y no los que engendran y después desaparecen de sus vidas.

Presentación de la Agrupación Visibles

La Representante de la Agrupación Visibles, señora Victoria Muñoz, efectuó el siguiente relato ante la Comisión, el que se pasa a transcribir:

Mi nombre es Victoria Muñoz Reyes. Pertenezco a Visibles, Agrupación de mujeres lesbianas y bisexuales, que trabaja por el empoderamiento y la visibilidad.

Esta tarde nuestra misión es generar conciencia, para ello citaremos palabras textuales del educador mexicano, Abel Pérez Rojas, quien dijo "es frecuente que al hablar de familia se cometa el error de concebirla como algo estático y ajeno a descubrimientos científicos, y progresos de la cultura y del arte".

Revoluciones, evoluciones y progresos en la historia no han podido cambiar el carácter fundamental y trascendente de la familia. Esta premisa, nos exige una legislación libre de prejuicios y de discriminaciones arbitrarias, que afectan a este conjunto de personas unidas por vínculos afectivos.

Honorables Senadores y Senadoras, hacemos un llamado a no coartar la libertad e intencionalidad de otros seres humanos, no al menos por motivos de índole personal, que están alejados del bien común.

La realidad misma es quien debe guiar las plumas que escriben la ley, es innegable la formación cada vez más frecuente y visible de las familias compuestas por individuos de igual sexo. Existimos, y seguiremos existiendo.

¿Qué hará el Estado para dar igualdad en Derechos?

¿Cómo nuestros representantes dejarán de amparar la discriminación con legalidad?

¿Cómo y cuándo cumpliremos con los tratados internacionales ratificados por Chile?

Es momento de analizar nuestra historia sobre el punto, pues toda situación presente tiene un pasado que nos nutre de experiencias.

En 1990, Chile firma la Convención de los Derechos del Niño, su particularidad es reconocer a los niños, niñas y adolescentes como seres titulares de sus propios derechos reconociendo en ellos derechos sociales, económicos, culturales, civiles, y políticos y estableciendo al Estado como garante de estas prerrogativas.

Luego, en 1993 se ingresa el proyecto de filiación actual, que iguala las categorías de los hijos, sean nacidos dentro o fuera del matrimonio. Éstas y otras reformas, dejan atrás el concepto de matrimonio insertado por los españoles, pues "este acto necesario para la constitución de una familia", deja de ser única fuente para el reconocimiento legal de estos núcleos de la sociedad.

Desde 1960 comienza a aumentar el número de hijos nacidos fuera del matrimonio, la sociedad cambia y las autoridades se ven obligadas a dar respuesta, pues son los derechos y obligaciones filiales que protegen a los niños y niñas, lo que está en juego.

Las discusiones han sido arduas, pero finalmente se han logrado reformas. ¿Por qué ahora no?

Los invito a ser historia en la lucha por la filiación sin discriminación, a no quedar atrás. Tal como las personas las sociedades se forman, crecen, se desarrollan, fusionan y algunas veces acaban, pues el transcurso del tiempo surte efecto en los seres humanos y en la ley.

Las necesidades mutan, su insatisfacción une voces que reclaman soluciones conscientes e inmediatas.

Nuestro Chile de los 80' fue cuna de diversas organizaciones lésbicas, todas ellas con una causa en común: la protección de las familias y la igualdad en los derechos. Con el nuevo milenio, en 2002 se oficializa la lucha de nuestras compañeras presentes, me refiero a la organización Rompiendo el Silencio.

Familia es Familia, por su parte, comienza su trabajo enfocado en la filiación desde 2012, mientras que Corporación Humanas desde 2004 ha contribuido al cumplimiento de los tratados internacionales en materia de derechos humanos de las mujeres, quien expone pertenece a Visibles, una agrupación creada en 2014 con el objeto de visibilizar todas las demandas lésbicas.

Sacando cálculos simples, nuestra causa tiene 37 años en agrupaciones, y toda una vida en la historia de la humanidad. Mujeres desde sus casas son representadas también por esta lucha.

En abril de 2016 se presenta el proyecto de derechos filiativos que hoy nos reúne. En la actualidad, por la reforma de 1998, el reconocimiento y la filiación no está determinado por un vínculo matrimonial, pues la voluntad de firmar o no un contrato tradicional, no puede interferir en los derechos de niños y niñas pertenecientes a familias.

El matrimonio de los padres o madres no puede determinar la existencia de los derechos de los hijos. Este proyecto de derechos filiativos pone fin a nuestra actual inexistencia legal como familias lesbomarentales, transparentales u homoparentales.

Sabemos que la familia, como estructura social, enfrenta infinitos desafíos, pero por sobre todo, sabemos que aquellas familias que logran cumplir sus funciones de apego, seguridad, confianza y socialización, son aquellas que logran flexibilizarse y cambiar, respetando la individualidad de sus integrantes y la realidad social.

Nuestras familias no se enfrentan a amenazas internas por la falta de habilidades de sus madres, sino por una externa, que es la falta de legislación. Es por esto que hoy estamos aquí, para hacernos cargo de nuestro rol, porque nuestros hijos e hijas no son objetos, sino personas y sujetos de derechos. De nosotras depende que nuestros hijos e hijas tengan una familia que ampare su sano desarrollo, de ustedes, como autoridades, que sean reconocidos por el Estado.

Los invito a responder con conciencia y responsabilidad de representantes. ¿A quiénes afectamos, en concreto, si los Derechos Filiativos no se convierten en ley?

La respuesta fue expuesta, la realidad vulnerada de nuestras familias requiere de su trabajo legislativo.

Luego de las exposiciones previamente descritas, los Honorables Senadores efectuaron las siguientes consultas y observaciones.

El Presidente Accidental de la Comisión, Honorable Senador señor Letelier, solicitó que el Ejecutivo se pronuncie acerca de su posición respecto del proyecto de ley en análisis,

El entonces Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, señor Ignacio Castillo, manifestó que, en opinión del Ejecutivo la iniciativa en examen resulta ser una Moción altamente valorable e interesante, en tanto presenta, para la discusión parlamentaria, un desafío en términos legislativos, en cuanto supone la regulación en Chile de la filiación homoparental.

En ese contexto, subrayó, el Gobierno ha suscrito un acuerdo de solución amistosa en el marco del proceso llevado a cabo ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por parte de César Peralta, el cual denunció al Estado de Chile por la ausencia, en su normativa interna, de la figura del matrimonio igualitario.

Dicho pacto, añadió, implica el compromiso del Ejecutivo de presentar, durante el primer semestre del año 2017, un proyecto de ley en tal sentido, que regule el matrimonio de dos personas del mismo sexo, el cual se encuentra en estudio, trabajándose en el Mensaje Presidencial que finalmente se someterá al debate en el Honorable Congreso Nacional.

El impulso de tal regulación, añadió, genera como imperativo el estudiar las distintas variables que vienen aparejadas con ello, entre las cuales se encuentra, por cierto, la filiación en el ámbito homoparental.

Por consiguiente, prosiguió, existe la necesidad de trabajar colaborativamente en estos temas, a fin de hacerse cargo de los grandes vacíos de regulación que el ordenamiento presenta a este respecto, corrigiendo, además, las situaciones desfavorables hacia parejas del mismo sexo contempladas, entre otros cuerpos normativos, por la Ley que regula el Acuerdo de Unión Civil.

En efecto, dicha legislación no permite que uno de los convivientes pueda reconocer a un hijo sin que tenga el mismo lazo de consanguinidad, incluso cuando aquél lo haya criado, por el solo hecho de que uno de los progenitores es del mismo sexo.

Así, añadió, se pretende dar respuesta a estos desafíos desde distintas perspectivas, por ejemplo, en la regulación contemplada en el proyecto que crea un sistema de garantías de la niñez (**Boletín N° 10.315-18**), iniciativa en el que se considera, entre otros, el principio de no discriminación, fijándose, como categorías sospechosas, precisamente, a la maternidad, a la paternidad y a la filiación. Asimismo, expresó que tal proyecto recoge el derecho del niño a su identidad, no obstante que, además, contiene, a lo largo de su articulado, un lenguaje inclusivo.

Por tales consideraciones, finalizó, y en el contexto previamente descrito, es que manifestó el respaldo del Ejecutivo a la presente Moción, debiendo estudiarse hasta qué punto se puede vincular esta iniciativa con el proyecto de ley que crea un sistema de garantías a la niñez (**Boletín N° 10.315-18**).

La Representante de la Agrupación Familia es Familia, señora Claudia Amigo, expresó que ella es madre gestadora de Gabriela Amigo, quien hoy se encuentra con su abuela no reconocida como tal por el Estado de Chile, configurándose, a su juicio, una evidente vulneración de los derechos de la menor.

En esa línea, indicó que esta problemática es crítica, y que aboga por la protección de los derechos de los hijos que se encuentran en el seno de familias homoparentales, lesbomaternales o transparentales, ya que los mismos no cuentan con sus prerrogativas de filiación y de identidad familiar, por la mera discriminación institucional que se efectúa respecto de sus padres o madres del mismo sexo,

Estas situaciones, añadió, son reales y acaecen diariamente, como es el caso de Javiera, cuya madre progenitora falleció, encontrándose actualmente su pareja lesbica (quien ha estado a cargo del cuidado de la niña) en un litigio con los abuelos maternos de la menor, peligrando perder su cuidado personal.

Todos estos episodios, resaltó, evidencian la diferenciación dañina que se hace en este ámbito, lo que genera efectos en otras figuras, como es el caso de la procedencia de alimentos, o de la conservación de una relación directa y regular.

Por último, solicitó que la Comisión apruebe el proyecto y que con ello se respalde el esfuerzo formador y de cuidado que las personas como ella efectúan diariamente en sus grupos familiares, brindándole amor y protección a sus hijos, independientemente de que el Estado no lo reconozca.

Finalizó su intervención señalando que le es indiferente el debate acerca del matrimonio igualitario, indicando que lo que está en discusión no es el derecho de las parejas a acceder a esta institución, sino que la prerrogativa de los hijos a contar con una filiación determinada y a su identidad material.

El Presidente Accidental de la Comisión, Honorable Senador señor Letelier, agradeció que en las presentaciones se hayan contemplado testimonios personales y propuestos, lo que contribuye a advertir el verdadero impacto de la situación en análisis.

Posteriormente, indicó que en pocas legislaciones se han abordado las materias en debate, por lo que el particular reviste un desafío significativo.

A su vez, señaló que en nuestra tradición jurídica la filiación se determina, por regla general, por lazos consanguíneos y,

excepcionalmente, por medio de otras figuras, como lo es el reconocimiento de un hijo, cuestión que puede ser realizada por cualquier hombre, sin que quepa oposición de la madre.

Atendido lo anterior y las exposiciones escuchadas, estimó que la iniciativa debe reflexionar sobre tres asuntos, el primero, el derecho de toda persona, independiente de su sexo, de reconocer a un niño como hijo, en segundo orden, la regulación acerca del acceso a las técnicas de reproducción asistida y sus consecuencias, y, por último, la eventual relación de estos temas con materias propias de la adopción.

En su opinión, añadió, los terceros tópicos no deben ser abordados en el presente debate, ya que la institución de la adopción gira en torno a la determinación de la filiación por medio de una resolución judicial, en atención al interés superior del niño, por lo que estima que el debate acerca del punto debe ser considerado en una iniciativa ulterior, de carácter sistémica y general.

Por su parte, en una oportunidad posterior, **la Honorable Senadora señora Allende**, expresó que la Moción se hace cargo de la discriminación que todavía existe en nuestro país en materia de orientación sexual, cuestión que resultó gráficamente ejemplificada en el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala, en el cual, en su opinión, se fijó una verdadera pauta para el Estado de Chile en términos de reparación de vulneración de derechos, reconociendo la prerrogativa que asiste a toda persona de no estar sujeta a diferenciaciones arbitrarias por su condición sexual.

En efecto, recordó, en tal litigio el Poder Judicial privó a la Jueza Atala del cuidado de su hijo por ser ésta lesbiana, lo que posteriormente fue revertido en la aludida instancia internacional. Es así, agregó, como el órgano jurisdiccional interamericano estableció que “el interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos”.

En esa línea, añadió, son los niños los que sufren tales discriminaciones antes descritas. En el particular, explicó, producto de las distinciones que contempla la legislación civil en materia de filiación, que no protege de la misma forma a parejas heterosexuales que a las homosexuales, lo que repercute directamente en otros ámbitos, tales como el derecho de cuidado personal, de alimentos o derechos sucesorio, los que sólo reconocen para su operatividad un vínculo filiativo biológico (precisamente lo consagrado en la ley).

Es en ese sentido, observó, que se genera una injusticia para las parejas de mujeres del mismo sexo que se someten a técnicas de reproducción asistida, ya que el ordenamiento jurídico actual sólo otorga la calidad de madre a la mujer que dio a luz al niño o niña, dejando a la otra de lado.

En ese orden de cosas, resaltó que es un hecho que la copaternidad y la comaternidad es una dinámica familiar cada vez más frecuente, visible y pública, no sólo al amparo de la Ley de Acuerdo de Unión Civil, sino también por otro tipo de convivencias que se generan y existen en la sociedad.

En consecuencia, subrayó, una de las medidas abordadas por la iniciativa en estudio es la regulación de la posibilidad de reconocimiento voluntario de maternidad a la madre que comparte la crianza del hijo y que no tiene una filiación determinada.

Sin perjuicio de lo anterior, reparó en la necesidad de que tanto los esfuerzos que se generen con ocasión del debate del presente proyecto, como en otros, permitan luego adecuar coherentemente la legislación sobre adopción. De ese modo, destacó que el proyecto de ley que modifica la Ley de Adopción (**Boletín N° 12.245-18**) debiese ser congruente con las reglas adoptadas con ocasión de la discusión de la iniciativa en examen.

Por otra parte, indicó que, a su juicio, las discriminaciones que se advierten en la legislación civil dan cuenta de la progresiva obsolescencia del Código Civil, ya que, en lo pertinente, sólo da protección al hombre y a la mujer que se someten a las referidas técnicas de reproducción asistida, privilegiando la realidad genética por sobre los derechos de la mujer que no concibió al niño, pero que se dedica a su cuidado y crianza.

Muestra de ello, agregó, es el tenor del artículo 182 de tal cuerpo legal, el que dispone que:

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

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

En consecuencia, reiteró las injusticias que se producen en este contexto, y la consecuente discriminación que ello genere, impide que parejas de mujeres que cuidan conjuntamente a un niño o niña, cuya filiación paterna no se encuentra determinada, puedan ser reconocidas

como madres (ambas), precisamente lo que la Moción pretende soslayar, pretendiendo otorgar igualdad de derechos en este ámbito, independientemente de que las parejas de mujeres hayan o no celebrado un acuerdo de unión civil

Por último, y por otra parte, en lo concerniente a la actual regulación del reconocimiento, señaló que el mismo no presenta un diseño adecuado, en tanto permite que cualquier hombre, por acta extendida ante el Oficial del Registro Civil o por medio de escritura pública, reconozca como hijo a un menor, independientemente de la relación que tenga con éste o con su madre, lo que supone la concurrencia de eventuales casos de desprotección para estos últimos.

Finalmente, agradeció el rol de las organizaciones del sector en este continuo avance para una protección igualitaria de derechos en estas materias, lo que sólo busca resguardar con mayor vigor las prerrogativas de los niños.

La Honorable Senadora señora Muñoz, expresó que la noción de familia, a nivel mundial, ha experimentado en las últimas décadas un cambio significativo del cual nuestra legislación debe dar cuenta, justamente la dirección a la que apunta la Moción en estudio.

En efecto, estimó como un derecho fundamental la prerrogativa de constituir una familia, independiente de su composición, lo que genera que la institucionalidad reconozca tal realidad, en aras a resguardar a los niños, en cuyo seno, tales agrupaciones cuidan y crían.

El Honorable Senador señor Ossandón, a su turno, recomendó no polarizar el presente debate, a fin de no catalogar negativamente a quienes puedan tener diferencias con el proyecto. Ello, resaltó, no significa bajo ningún respecto ser homofóbico o discriminatorio, sino que sólo tener una opinión diversa.

A su vez, estimó que, en muchas ocasiones, la discusión del particular es desarrollada a la base de elementos pasionales, debiendo primar, por el contrario, parámetros racionales para su debate.

Sin perjuicio de lo anterior, destacó que la mujer que da a luz a su hijo debiese tener el derecho a su cuidado personal independiente de su orientación sexual.

Por último, reiteró que las discrepancias que pueden surgir en el análisis de la iniciativa, y que él puede sostener, no lo convierten en un sujeto homofóbico, ya que cree en la dignidad humana intrínseca de todo ser humano, independiente de su orientación sexual.

Finalmente, e independiente de sus diferencias, no duda en las buenas intenciones de las Honorables Senadoras y Honorables Senadores autores de la Moción en análisis.

La Honorable Senadora señora Allende, precisó que sus dichos no fueron en caso alguno a quien le antecedió en el uso de la palabra, sino a un hecho existente en nuestra sociedad, cual es, la discriminación que padecen las minorías sexuales, lo que ha conducido incluso a la perpetración de delitos en contra de ellas, como es el caso de múltiples agresiones a personas homosexuales de las que se ha tomado público conocimiento a través de la prensa.

La Presidenta de la Comisión, Honorable Senadora señora Rincón, estimó que la mayor virtud del proyecto de ley en examen es el enfoque que el mismo hace en el niño, a fin de resguardar su derecho a que cuente con un padre o madre que se haga cargo de él en todos los aspectos, sin que se le priven prerrogativas por el solo hecho de vivir en una familia homomarental.

Presentación de la Agrupación Familia es Familia

La Representante de la Agrupación Familia es Familia, Rocío Muñoz, efectuó una exposición sobre su testimonio personal sobre las materias abordadas por la iniciativa en estudio, en los siguientes términos.

En primer lugar, expresó que su familia es lesbomarental, la que se generó y constituyó por medio de la aplicación de técnicas de reproducción asistida, procedimiento a través del cual su pareja, Susana, dio a luz a su hijo Rafael.

En seguida, Indicó que su título profesional es de Ingeniero agrícola, desempeñándose en la actualidad en una institución de educación superior de la comuna de Puente Alto.

A continuación, señaló que ha conversado con varias de las autoridades presentes en la Comisión, a fin de, precisamente, dar a conocer su testimonio.

En esa línea, indicó que, asimismo, se ha reunido con el equipo del Honorable Senador señor Ossandón, al cual jamás podría catalogar como un enemigo.

Luego, expresó que se califica como una persona más corriente que normal, la que nunca se ha sentido discriminada negativamente por su orientación sexual, siempre presentando un buen trato

con sus pares, no habiendo experimentado problemas laborales, contando con el aprecio de sus jefes por sus calificaciones y rendimiento.

Con Susana, su conviviente civil, tienen una relación de trece años, habiéndose siempre planteado el hecho de ser madres.

Así, agregó, después de varios intentos, habiendo generado ahorros y cierta estabilidad económica para afrontar el nacimiento de un hijo, se sometieron como pareja al respectivo tratamiento en una clínica, lo que resultó en un embarazo por parte de su conviviente, dando a luz a su hijo Rafael.

Posteriormente, expresó que la periodista Consuelo Saavedra sintió inquietud por su caso, por lo que ella, junto con Susana, accedieron a que se filmara un episodio de Informe Especial, de una extensión de 23 minutos (denominado “Rafael y sus dos mamás”), en el cual se grabó el parto (único registro con el que cuentan del nacimiento de su hijo, por lo que le resulta un momento de suma emoción cada oportunidad que lo ve).

En ese contexto, añadió, el equipo televisivo la acompañó al Servicio de Registro Civil e Identificación al momento de la inscripción de su hijo, minuto en el cual advirtió que en el certificado de nacimiento de este último sólo constaba su conviviente, mas no ella, sintiéndose ilusa al haber pensado que podía constar en un documento de tal naturaleza. De ese modo, prosiguió, la invadió una sensación de pena y comenzó a llorar, estimando que, en este caso, la garantía constitucional de igualdad ante la ley no era observada.

En tal sentido, expresó que dicho certificado establece que su hijo proviene de una madre soltera, cuestión que no es así, sino que, por el contrario, es fruto de una familia de dos madres, que son su equipo y red de cuidado marental.

Luego de tal episodio, con su pareja experimentaron una situación sorprendentemente positiva, ya que Rafael se encuentra inscrito en la libreta de acuerdo de unión civil con sus dos madres, producto de un error del referido organismo público, lo que permitió, entre otras cosas, que su empleador reconociera a su conviviente como tal y a su hijo en esa calidad, y que el jardín infantil también lo hiciera. Asimismo, resaltó, esa situación también le ha permitido registrar al menor como su carga en la caja de compensación y que, en términos previsionales, el Fondo Nacional de Salud (FONASA) también reconozca a Rafael como su hijo, al igual que los cuatro pediatras, la terapeuta ocupacional, la terapeuta de psicomotricidad y la fonoaudióloga que lo atienden.

Por el contrario, subrayó, precisamente en la dirección contraria es que se orienta la legislación actual, en tanto, y sólo a modo de ejemplo, en caso de que la relación con su conviviente terminara, Rafael no tendría derecho a exigirle a ella alimentos, menos a tener derechos hereditarios.

Finalmente, expresó que por las razones antedichas la discriminación institucional existente en este ámbito torna a los niños en estos contextos en los nuevos hijos ilegítimos, por lo que solicitó a la Comisión Especial debatir, tramitar y aprobar la iniciativa en estudio, a fin de superar la realidad actual, con el objetivo que se reconozca el vínculo filiativo de ambas madres respecto del niño o niña nacido por el sometimiento conjunto a técnicas de reproducción asistida, pudiendo, de ese modo, ambas madres aparecer en tal calidad en la partida de nacimiento del menor.

La Representante de la Agrupación Familia es Familia, señora Claudia Amigo, por su parte, agradeció la oportunidad que brinda esta instancia legislativa para dar a conocer su experiencia, por lo que inició su testimonio expresando que su hija Gabriela, gracias a diversas gestiones realizadas y costeadas por ella y su pareja, pudo cambiar sus apellidos al de sus dos madres, Amigo (su apellido) y Calderón (el apellido de su pareja, Claudia Calderón).

Ambas, agregó, han co-criado a Gabriela con corresponsabilidad, lo que les ha brindado oportunidades valiosas, como por ejemplo, enseñarle al colegio de aquélla acerca de la diversidad familiar, lo que permitió que, luego de unos años, al haber llegado a tal establecimiento un niño de una agrupación familiar similar a la suya, éste no padeció discriminación alguna, ni preguntas incómodas, ni siquiera por parte de sus compañeros o compañeras de curso.

En consecuencia, añadió, el trabajo que han realizado en este sentido con Gabriela se remonta a sus primeros años de vida. Lo anterior, añadió, ya que incluso su familia estimaba que no era conveniente para la menor el que viviese con dos madres, lo que la impulsó a resistir todo tipo de embates para preservar su cuidado, a fin de garantizar a la niña su derecho de vivir y pertenecer a una familia, lesbomarental en este caso.

En esa línea, señaló que el cambio que experimentó su familia se originó producto de una enfermedad de su madre, quien se vio en la necesidad de optar por aceptar o no su situación y tener vínculos con su hija, su nuera y su nieta, eligiendo, efectivamente, mantener una relación con ellas, lo que generó una unificación familiar en este sentido, todo ello, subrayó, por Gabriela, la que en la actualidad ya tiene 15 años de edad.

Otra muestra significativa de su constante lucha al lado de su hija, resaltó, se remonta incluso a *kindergarden*, en donde esta última, preguntada por la profesora acerca del tipo de familia con la que vivía, no levantó la mano ante ninguna de las opciones indicadas por la maestra, ya que no se mencionó un grupo familiar de dos madres. Tal episodio, destacó, la profesora lo tomó con naturalidad y de manera comprensiva, generando luego que el colegio, en vez de conmemorar el día de la madre, celebre el día de las familias.

En el mismo sentido, resaltó que una vez que Gabriela se licenció de 8° básico la Directora del establecimiento educacional les agradeció por todos los esfuerzos realizados, cuestión que, en palabras de la primera, permitió que el colegio avanzara y creciera en su proyecto educativo.

Posteriormente, expresó que, dentro de los esfuerzos que han realizado para avanzar en su lucha, presentaron una acción ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 2015, cuya resolución todavía se encuentra pendiente.

Luego, indicó que las organizaciones del sector deben trabajar en comunidad con las autoridades para avanzar en lograr la corresponsabilidad por los derechos de los hijos en este sector, a fin de evitar que ellos queden en una situación similar a los hijos ilegítimos, los cuales sólo a partir del año 1998 fueron reconocidos, sin más, como hijos, sin diferencias arbitrarias por parte de nuestra legislación.

En efecto, agregó, es difícil para un niño desarrollar su vida cuando el ordenamiento niega a sus familiares tales calidades, negando su derecho a ser considerado como hijo de la madre o padre que él entiende como tal, y que, en consecuencia, se encuentra a su cuidado.

En seguida, mencionó el caso de Javiera, una niña que perdió a su madre por un cáncer fulminante que acabó con su vida en un par de meses (diciembre 2015), y que se enfrentó a que la familia de esta última demandó su cuidado personal en desmedro de su otra madre, Valeska, por razones lesbofóbicas, no obstante que la niña reconocía en tal calidad, como una adulta responsable de su crianza, a aquélla, como a alguien a quien ama y respeta.

No obstante lo anterior, agregó, sólo mediante una conciliación extrajudicial se pudo arribar a un acuerdo en este caso, en el que, afortunadamente, la abuela materna dejó sus diferencias de lado para poder establecer un régimen de relación directa y regular con su nieta, lo que, una vez más, resaltó, da cuenta que las actuaciones en unidad en este

contexto, dentro de su diversidad propia, generan enormes beneficios a los niños.

A su vez, señaló que la familia de María Eugenia Lorenzini, por su parte, ha acogido a Sofía, haciéndose cargo de un complejo trasplante de médula que requería la menor.

En esa línea, se preguntó en qué condiciones estarían esos niños, si tales parejas de madres no estuvieran presentes.

Por tales razones, manifestó su convicción en el necesario avance que se debe dar en la protección de los derechos de los niños en esta materia, solicitando a la Comisión que legisle sobre el particular, a fin de hacerse cargo de una realidad diaria que afecta a muchos niños de este país.

Finalmente, exhibió un video con distintos casos y testimonios que dan cuenta de las problemáticas previamente descritas.

Presentación de la Agrupación Lésbica Rompiendo el Silencio

La Abogada de la Agrupación Lésbica Rompiendo el Silencio, señora Gabriela Reiner, comenzó su exposición señalando que las realidades familiares son diversas, por lo tanto lo que se requiere son respuestas jurídicas de esa naturaleza, debiendo Chile respetar los estándares nacionales e internacionales respecto de las obligaciones vigentes en materia de derechos humanos, teniendo especial cuidado con los principios de igualdad y no discriminación, protección a las familias y el interés superior del niño.

De ahí, agregó, que las organizaciones de la sociedad civil del sector sugieren la aprobación del presente proyecto de ley.

Posteriormente, resaltó la realización, en el año 2018, del Estudio exploratorio “Ser lesbiana en Chile”, el cual se llevó a cabo *online*, desde el 31 de mayo al 1 de julio de dicho año, recabándose 436 respuestas válidas. Dicho estudio, añadió, se generó a fin de conocer la realidad de, precisamente, las lesbianas y mujeres bisexuales en Chile, a partir del análisis, desde el año 2006, de diversas situaciones de violencia en contra de ellas.

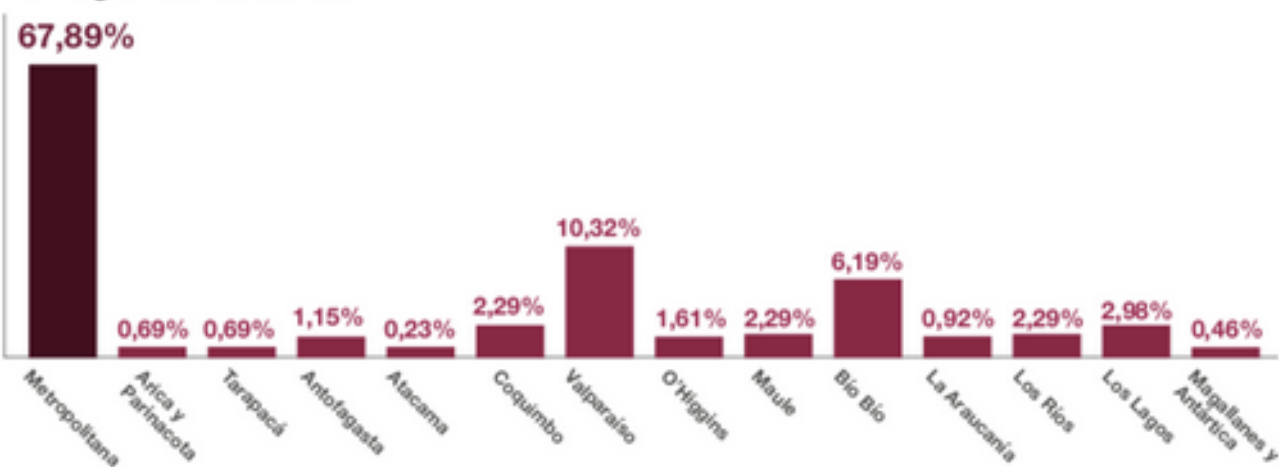
Así, indicó que en esta encuesta se caracterizaron a sus participantes principalmente por contar entre 21 y 35 años de edad, dentro de las cuales la mayoría contaba con estudios superiores, cuyo sesgo se debe sopesar a efectos de extrapolar los resultados de este proceso al resto de la realidad lésbica en Chile.

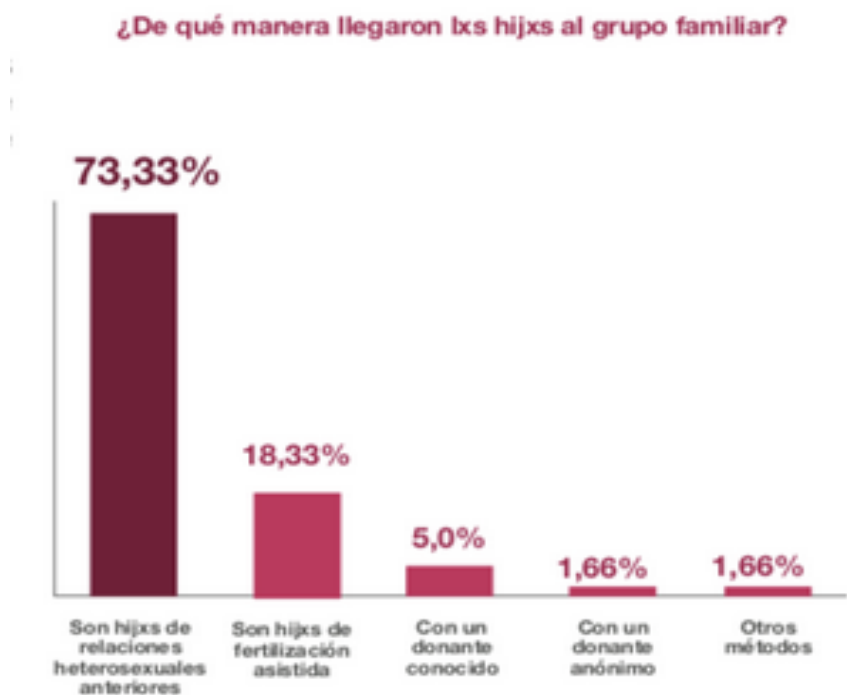
A continuación, y mediante el siguiente esquema, graficó la distribución demográfica de las encuestadas.

En seguida, resaltó que el ítem 4 del estudio, relativo a las relaciones de pareja, violencia y maternidades, en su pregunta número 2 consultaba a la mujer si ella o su pareja tenían hijos, respondiendo afirmativamente un 84,89% y negativamente un 15,11%.

A su vez, prosiguió, consultadas acerca de la forma en que llegaron los hijos al grupo familiar, se evidenciaron los siguientes resultados.

1.8 Región de residencia





De ese modo, observó cómo la gran mayoría de los hijos provenían de relaciones heterosexuales anteriores.

Asimismo, resaltó que las otras causas responden fundamentalmente a la aplicación de técnicas de reproducción asistida, las cuales no se encuentran a un estatuto normativo que establezca los vínculos filiativos que a partir de las mismas se generan, sin dejar de subrayar los altos costos que involucra un procedimiento de esa naturaleza, y sin perjuicio de la discriminación en el acceso a la salud que, de igual modo, se configura en estos espacios.

Finalmente, sostuvo que el Estado tiene el deber de proteger a las familias, independientemente de su conformación, quedando sujeto a resguardar, asimismo, a las familias que siguen un modelo ensamblado, a la base de relaciones afectivas o de crianza.

Presentación de la Agrupación Lésbica Visibles

La Representante de la Agrupación Lésbica Visibles, señora Victoria Muñoz Reyes, inició su exposición señalando que los dos apellidos con los que ella cuenta se deben a que proviene de una familia heterosexual, razón por la cual sus dos padres aparecen en tal calidad en su partida de nacimiento del Servicio de Registro Civil e Identificación, verificando de esa forma su filiación como hija de aquéllos.

Posteriormente, expresó que de acuerdo al artículo 55 del Código Civil, persona es todo individuo de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición, no fijando el precepto distinción alguna, a este respecto, acerca de la orientación sexual del sujeto para catalogarlo en la antedicha calidad.

En seguida, indicó que de acuerdo a los primeros tres incisos del artículo 1º de la Constitución Política de la República se puede desprender que el Estado tiene el deber de proteger a la organización familiar, independientemente del tipo de familia de que se trate. Lo anterior, subrayó, sin desconocer la historia del constituyente.

En seguida, indicó que, a partir de la autonomía que la Constitución otorga a los cuerpos intermedios, el concepto de familia en este contexto debe ser reapropiado, en términos de su significado y de los derechos que a partir de la misma se deriva.

En esa línea, indicó que no existe una definición legal para esta última, como tampoco para el proceso de conformación de la misma.

No obstante lo anterior, explicó que se encuentran diseminados a lo largo de nuestra legislación criterios discriminatorios y patriarcales en este ámbito (influenciados fuertemente por el Código Civil), los que no son coincidentes con la realidad actual y la naturaleza afectiva de las relaciones familiares.

A su vez, abogó por la reapropiación de la idea de lo que se entiende como natural en una familia, ya que ello tiende a entenderse en códigos heterosexuales y binarios. Por el contrario, añadió, dicho concepto debe interpretarse en una lógica dinámica, en donde los roles parentales y parentales no se asuman como estáticos, sino cambiantes y diversos.

Por otra parte, señaló que la Agrupación Visibles, en su carácter de organización lesbofeminista, ha generado instancias seguras que han permitido advertir las preocupantes cifras de violencia de que padecen las mujeres, por acción u omisión del Estado o de la sociedad (recuerda en tal sentido el caso de Nicol Saavedra, fallecida hace tres años y cuyo crimen permanece impune hasta el día de hoy).

En tal sentido, vinculó tales episodios de violencia en contra de mujeres lesbianas, con la falta de regulación y reconocimiento de derechos respecto de ellas, especialmente el de poder formar una familia.

Posteriormente, afirmó que el feminismo, que es instinto y consciencia, conduce a la reapropiación de conceptos que

contienen derechos, lo que conlleva a la actual lucha, en pleno S. XXI, pero que se remonta a muchos atrás, de las madres lesbianas por los derechos de sus hijos, impidiendo que los mismos sean excluidos de la institucionalidad.

Precisamente es en esa línea, prosiguió, en la que se orienta el proyecto de ley en estudio, el que propone el reconocimiento de distintas formas de constituir familia, con independencia del vínculo contractual de las madres, a fin de resguardar, por sobre todo, el interés superior del niño.

De ese modo, agregó, la iniciativa se hace cargo de la existencia de familias originadas por adopción por integración, adopción simple o por la aplicación de técnicas de reproducción asistida, a partir de las cuales se desarrollan vínculos familiares basados en la co-crianza, el co-cuidado y en el amor recíproco.

Finalmente, sostuvo que el proyecto no pretende eliminar un vínculo filiativo existente sino reconocer uno que actualmente no cuenta con amparo legal, con el objetivo de armonizar derechos, superando los prejuicios por orientación sexual o identidad de género que actualmente se generan, a fin de que, para efectos de la protección del interés superior del niño, sólo se consideren las habilidades parentales o parentales de las personas a su cargo.

Luego de las presentaciones antes descritas, los Honorables Senadores efectuaron las siguientes observaciones.

El Honorable Senador señor Ossandón, expresó que los testimonios antes planteados son sin duda emotivos. Así, indicó que, sin perjuicio del número de casos que efectivamente exista, se trata de una realidad que requiere una respuesta.

Sin perjuicio de lo anterior, señaló que la adopción debe diferenciarse de los temas abordados por el proyecto, a fin de que se focalicen los esfuerzos en los derechos que repercuten directamente sobre el bienestar de los niños.

Finalmente, resaltó que jamás ha sostenido que esta iniciativa atenta en contra de los derechos del resto de los niños, cuyo cuidado no se encuentra radicado en parejas del mismo sexo.

Por último, destacó que toda la discusión, precisamente, debe centrarse en las necesidades y la protección de las prerrogativas de los niños en este contexto, con el objetivo de resguardar su interés superior.

La Representante de la Agrupación Familia es Familia, Rocío Muñoz, resaltó que la adopción sí tiene vinculación con las demás materias contempladas en la iniciativa, señalando que junto con su pareja pretenden adoptar un niño, en caso de que la ley se lo permita, a fin de que su hijo Rafael no sea hijo único.

Posteriormente, aseveró que muchas lesbianas tienen miedo de expresar su condición sexual por las repercusiones negativas y discriminadoras que ello les puede generar, de ahí que muchas de las encuestas asociadas pueden no reflejar las verdaderas cifras, sino que exhiban un número menor al realmente existente.

La Presidenta de la Comisión, Honorable Senadora señora Rincón, recomendó analizar en profundidad los distintos aspectos abordados por el proyecto, a fin de transformar la discusión sobre el particular, con el propósito de superar la visión tradicional sobre los roles de hombres y mujeres en la familia y en la sociedad.

Exposición de la señora Fabiola Lathrop

La Académica de Derecho de la Universidad de Chile, señora Fabiola Lathrop, comenzó su presentación expresando que la iniciativa en examen colabora con el reconocimiento jurídico del vínculo afectivo entre un niño, niña o adolescente y su progenitor no biológico o genético, quienes forman parte de una familia encabezada por parejas del mismo sexo.

En esa línea, indicó que las principales virtudes del proyecto residen en realizar modificaciones a la Ley de Adopción y a determinadas normas del Código Civil para reconocer el derecho del niño a la vida familiar en este contexto, así como el parentesco social que se genera en este ámbito, como también el acceso a técnicas de reproducción asistida por parte de una pareja de mujeres.

En seguida, subrayó que la figura del parentesco social no es del todo extraña a nuestro ordenamiento jurídico, en tanto existen pronunciamientos jurisprudenciales en tal sentido, sin perjuicio de determinadas instituciones jurídicas nacionales que asumen tal vínculo, como lo es la posesión notoria del estado civil de hijo, el modo en que hoy se configura el reconocimiento de un hijo (que no requiere o exige para su procedencia que quien efectúa tal acto jurídico sea el progenitor biológico del menor) y ciertos aspectos de la actual Ley de Adopción.

Luego, señaló que, como antecedente de las propuestas contempladas por el proyecto, se encuentra el abandono del

clásico modelo del parentesco genético-biologista, recogido por el Código de Bello, y que tuvo su auge durante la primera mitad del siglo XIX, el que se constituía a la base de la tríada matrimonio, parentesco y familia.

En efecto, agregó, en ese esquema, se seguía un continuo concatenado de los siguientes elementos: sexualidad, reproducción, relaciones heterosexuales, matrimonio y familia. Así, añadió, tal diagrama configuraba el modelo nuclear de la clase media.

A continuación, explicó que tal paradigma comienza a ser cuestionado fuertemente durante el S.XX., cristalizándose en diversas críticas al mismo en la década de los 80', sosteniéndose, por el contrario, que el parentesco no sólo se liga a la biología y a la genética, sino que aquél también se constituye por otro tipo de elementos, factores que comienzan a considerarse, reconociéndose, asimismo, también en términos jurídicos tal relación.

En tal sentido, observó que diversos pueblos y sociedades asumen otros parámetros, de carácter social, para determinar el parentesco, siendo ello recogido por el estudio del antropólogo David M. Schneider, el cual, en su obra, *A critique of the study of kinship*, de 1984, asevera que "lo que los hechos biológicos de la reproducción representan para el parentesco occidental, en otras sociedades y pueblos lo pueden representar otro tipo de prácticas, acciones, actos comunes y compartidos como la residencia, la alimentación, la crianza, la tierra, el patrimonio, algunos rituales, etcétera."

A su turno, indicó que, paralelo a la crítica previamente descrita, se comienzan a desarrollar en la realidad social factores que inciden en nuevas formas de parentesco, surgiendo, en consecuencia, nuevos conceptos que se suman al modelo biparental (sistema binario), a saber, la homoparentalidad (copaternidad y comaternidad), coparentalidad (criar y educar sin estar en pareja), monoparentalidad o monomarentalidad (por la adopción de hijos o su procreación artificial) y la pluriparentalidad (tipo de organización familiar originada a partir de hijos propios y los de la otra pareja). Esta última idea, precisó dice relación con la existencia de 2 padres o 2 madres, existiendo cierto reconocimiento jurisprudencial de esta figura en Argentina y en Brasil, ordenamientos en los cuales, por ejemplo, se ha reconocido la existencia, por parte de los órganos jurisdiccionales, de más de 4 abuelos, lo que ha derivado en una orden imperativa al Registro Civil para efectuar dicha inscripción.

Posteriormente, resaltó que lo anterior no implica una sustitución de las nuevas categorías por los hechos biológicos, sino que, por el contrario, las primeras muchas vienen a complementar los mismos, incorporando en este ámbito criterios sociales del todo determinantes para el niño.

Así, indicó que efectivamente, no se trata de una cuestión de exclusión sino de más bien complementar, y entender este punto de manera dinámica, conforme a las prácticas sociales que se han ido verificando en los últimos años, y que diversos estudios sociológicos lo reafirman, dando pie a parejas parentales, a parejas conyugales, civiles o de hecho, y a parejas progenitoras. Todas realidades, agregó, que el derecho debe regular y reconocer.

A continuación, en lo que respecta a la copaternidad y comaternidad en Chile, indicó que, de acuerdo a una encuesta del año 2007, realizada en Santiago en el contexto de la “Marcha por el orgullo y la diversidad sexual”, se observaron las siguientes cifras:

- Un 9.2% convive con parejas del mismo sexo.
- El 9.8% tienen hijos: en el 85% son resultado de relaciones heterosexuales; un 2.5% de “adopción informal”; y un 7.5% comparte la educación de los hijos de la pareja actual.

En el mismo sentido, destacó un estudio del año 2005 de la socióloga de la Universidad Diego Portales, señora Florencia Herrera, la que verificó que el método más usado por las mujeres lesbianas para ser madres es el sexo heterosexual, generalmente en el marco de un matrimonio tradicional, es decir, tienen hijos provenientes de una relación heterosexual anterior, siendo pocos los casos en que se ha utilizado la inseminación artificial (sea en forma clínica o artesanal)

Por consiguiente, añadió, las ideas de sexualidad, procreación, filiación y alianza (relación de pareja), no siempre resultarán asociadas, sino que son opciones eventuales, en tanto ser posible encontrar que tanto una pareja parental, conyugal, de convivientes, de hecho o progenitora se encuentren a cargo de la crianza y cuidado de un niño.

En seguida, en lo relativo a la copaternidad y comaternidad en Chile, destacó los resultados arrojados por la encuesta “Ser

lesbiana en Chile”, realizada el 2018, en el que un 15,11% de las participantes declaró tener hijos, biológicos o no, lo que da cuenta de una situación que en la práctica ocurre, siendo, por ende, un problema real del cual la institucionalidad debe adoptar medidas.

Por otra parte, en lo concerniente a las técnicas de reproducción asistida, manifestó que, en su opinión, existe un significativo vacío regulatorio respecto de éstas, en tanto Chile carece de un estatuto para estas materias, lo que resulta considerablemente grave en el entendido que tales tratamientos son una vía de acceso a la parentalidad.

La situación se complejiza aún más, agregó, si se considera lo indicado por el Informe de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, del año 2016, el que sostiene que “tanto en la regulación como en la información pública entregada respecto a los programas de salud se señala que ella es para “parejas”, sin que se especifique si son hetero o no. Dadas las prácticas de discriminación prevalentes en nuestra sociedad, esta ambigüedad permite, en los hechos, discriminaciones hacia parejas no heterosexuales. En efecto, el sistema público no lo reconoce y el privado, en general, lo prohíbe”.

A su vez, en lo relativo a las propuestas contenidas en el proyecto, indicó que el mismo busca lograr el reconocimiento jurídico de los vínculos de afecto que rodean la crianza del niño, a fin de proteger a este último de vulneraciones a su derecho a la identidad y a la vida familiar. En efecto, explicó que los niños en estas situaciones no pueden demandar de alimentos, ni disfrutar, en condiciones de igualdad (con otros hijos que responden a patrones más tradicionales de familia), de beneficios como bonos de escolaridad, nacimiento, orfandad, entre otros.

Asimismo, añadió, si el progenitor no biológico del niño muere, éste no tiene derechos abintestato ni puede reclamar determinadas indemnizaciones.

En esa línea, subrayó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el año 2018, precisamente sostuvo que “el reconocimiento jurídico (en adición a la “protección) de las relaciones familiares son importantes para luchar contra la discriminación en perjuicio de las parejas LGBT y sus hijos/as, en tanto los padres y madres sin reconocimiento legal se ven impedidos de tomar decisiones relacionadas con aspectos fundamentales de la vida de sus hijos/as, como en el ámbito de

educación y salud. Asimismo, son frecuentemente excluidos de los beneficios estatales y privilegios fiscales especialmente diseñados para brindar apoyo a los familiares”.

A este respecto, observó que, si se analizan distintos cuerpos legales vinculados al ejercicio de derechos relacionados con la salud, se alude, en el caso de menores, a la expresión de voluntad del representante legal del paciente. Dicha regla, agregó, genera grandes inconvenientes para el caso de niños que viven y son cuidados en el contexto de una familia homoparental, en la cual no existe coincidencia entre el citado representante y la persona a cargo de su crianza, lo que origina una desigualdad hacia estos niños, en relación de aquellos menores que residen en familias que obedecen a un esquema tradicional.

Posteriormente, indicó que su motivación en la presente exposición, a la hora de analizar la iniciativa en estudio, no es de orden moral o valórica, sino que dar cuenta de la situación a partir de los estándares del particular desde el punto de vista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Así, resaltó que, de acuerdo a la Opinión Consultiva 24-2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “el alcance de la protección del vínculo familiar de una pareja de personas del mismo sexo trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales (...). La obligación internacional de los Estados trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como a los derechos y obligaciones reconocidos en el derecho interno de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales”.

En consecuencia, subrayó que el aludido órgano jurisdiccional aboga por una igualdad de estatutos en este ámbito, cuestión inobservada en la estructura del actual acuerdo de unión civil, ya que este último, precisamente, no aborda cuestiones relativas a los hijos, siendo por ese hecho catalogado como un “matrimonio sin hijos”, en tanto sólo regular aspectos patrimoniales.

Lo anterior, agregó, refleja las pocas posibilidades de las familias constituidas sobre la base de una pareja del mismo sexo de intervenir en la vida de esos hijos, a través de las distintas figuras y herramientas que brinda el ordenamiento jurídico para el resto de las organizaciones familiares.

En efecto, explicó que, por ejemplo, el cuidado personal sólo procede respecto del conviviente civil por inhabilidad del progenitor jurídicamente determinado, en circunstancias muy acotadas. A su turno, añadió, en parejas de hecho tal figura simplemente no resulta aplicable, ya que el sujeto no progenitor es mirado como un simple tercero.

En lo que respecta a la relación directa y regular, prosiguió, ella corresponde sólo a los progenitores, a los abuelos y a los parientes que la ley individualice (de acuerdo a la Ley de Adopción).

Sin perjuicio de lo anterior, destacó que el reconocimiento social, en casos puntuales y concretos, sólo se ha acogido en sede judicial, a través de medidas de protección seguidas en los tribunales de familia, situación que, nuevamente, dan cuenta de soluciones jurídicas en base a casos reales.

En el mismo sentido, indicó que en las parejas homoparentales no existe determinación jurídica de la filiación. No obstante ello, recalcó que la legislación vigente no dispone que un niño debe tener progenitores de distinto sexo, sino que ello se desprende de ciertas normas como el artículo 186 del Código Civil (relativo al reconocimiento del padre, la madre o de ambos) o el artículo 30 de la Ley del Servicio de Registro Civil e Identificación (que establece que las inscripciones sólo pueden ser efectuadas por el padre o la madre, por sí mismo o por mandatario).

La excepción a lo precedente, añadió, viene dada por el artículo 182 del Código de Bello, precepto que, atendido el contexto en el cual fue aprobado, supone el sometimiento a técnicas de reproducción asistida sólo a parejas heterosexuales.

Por su parte, señaló que la figura de la posesión notoria del estado civil de hijo, si bien reconoce el parentesco social, es concebida por la ley como una excepción, con una aplicación a determinados supuestos específicos, no siendo su procedencia general. Esta institución, resaltó, viene a ser una de las vías en las cuales el legislador entiende que la biología cede ante la realidad social que rodea el niño, bajo ciertas circunstancias en donde el interés superior de éste lo hace aconsejable.

Posteriormente, expresó que, ante los déficits previamente descritos, es que estima como virtuoso el hecho que el proyecto ponga de manifiesto la necesidad de que Chile regule estas materias,

especialmente el acceso a técnicas de reproducción asistida, en la cual no existe normativa sustantiva alguna.

En efecto, añadió, surgen grandes interrogantes respecto del acceso a tales prestaciones en la actualidad, existiendo diversas preguntas no resueltas sobre el particular, a saber:

- ¿Debe prestarse consentimiento?
- ¿Dónde consta?
- ¿Sólo proceden las técnicas homólogas o también a las heterólogas (material genético de la misma pareja o puede aportar un tercero)?
- ¿Qué sucede si se trata de un hombre o de una mujer sin pareja?
- ¿Qué ocurre si se trata de parejas homosexuales?

Así, observó que en nuestro país sólo existe, como una norma asociada a las citadas técnicas, la ley N° 20.418, sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad, del año 2010; el reglamento asociado a la misma, del año 2013, y la Guía para el estudio y tratamiento de la infertilidad del Ministerio de Salud, derivada del referido cuerpo reglamentario.

En tal regulación, afirmó que se presume la existencia de una relación sexual heterosexual fallida en el marco de una enfermedad, por lo que existe, en su opinión, una vulneración del derecho al acceso libre e igualitario a tales prestaciones sanitarias.

A continuación, señaló que, de acuerdo al Glosario internacional sobre cuidados de la fertilidad e infertilidad del año 2017, se concibe a esta última como una enfermedad caracterizada por la incapacidad de establecer un embarazo clínico de relaciones sexuales no protegidas o debido a un impedimento en la capacidad de una persona para reproducirse ya sea como individuo o con su pareja (discapacidad como impedimento funcional). Precisamente, agregó, en legislaciones en donde la filiación es más accesible para parejas del mismo sexo, la orientación sexual es

asumida, para estos efectos, como una hipótesis de infertilidad, siendo justamente concebida como una discapacidad funcional.

Atendido lo anterior, y a modo de que el proyecto resulte más completo, sugirió que la Moción contemple el acceso a las técnicas en comento, y la consecuente filiación derivada de las mismas, no sólo a parejas de mujeres, sino también de hombres, por lo que recomendó que la iniciativa incorpore, en la parte pertinente de su articulado, lo siguiente:

“El nacido por las técnicas de reproducción asistida será hijo de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que ha expresado su voluntad de ser padre o madre de tal nacido, con independencia de quien haya aportado los gametos.”.

En tal sentido, explicó que legislaciones más avanzadas en estas materias, como las de los Países Nórdicos o la Argentina, siguen el camino previamente descrito, teniendo como elemento central de la regulación a la voluntad procreacional del sujeto que quiere ser padre o madre.

Luego, y a modo de valoración general del proyecto en estudio, expresó que el mismo se hace cargo de una realidad diaria, avanzando en el reconocimiento del parentesco social, estando centrada en los derechos de los niños (y no al derecho de la pareja a formar una familia, sin perjuicio de reconocerlo también), en especial su identidad y derecho a la vida familiar, abordando, asimismo, las TRA, poniendo de manifiesto el vacío existente en nuestro ordenamiento.

Sin perjuicio de lo anterior, explicó que la iniciativa es perfectible, pudiendo constituir un espacio para normar la voluntad procreacional, es decir, la regulación de la prestación de un consentimiento para ser padre o madre en el futuro, observándose, en este punto, en legislaciones comparadas, que el sometimiento a TRA implica someter su voluntad a requisitos exigentes, a fin de prestar su consentimiento libre y espontáneo acerca de quién se hará cargo del niño.

En la misma línea, sostuvo que pudiese revisarse el régimen de reconocimiento parental en nuestro país, el que posibilita que cualquier persona pueda reconocer a un niño, sin que pueda haber oposición a tal efecto. Sin perjuicio de lo justificado que ello pudo haber resultado en el año 1998 (año en que se publicó esta regulación legal), teniendo en consideración de que exista el menor número de niños sin su filiación determinada, en la actualidad tales fundamentos han perdido fuerza.

Así, en otros ordenamientos se da un plazo para ejercer este derecho, generalmente hasta que el niño cumpla los dos años de edad, para luego sólo proceder con el consentimiento de la madre o del adolescente, en caso de que el menor haya alcanzado un determinado rango etario. Todo lo anterior, resaltó, a fin de evitar dañar la identidad real del niño.

No obstante lo señalado, subrayó que existen hoy al menos cinco casos en tribunales en donde estos aspectos se encuentran en discusión, a fin de que se reconozcan vínculos de parentesco social, los cuales han sido conocidos por los órganos jurisdiccionales por medio de distintos procedimientos (medidas de protección, recursos de protección, demandas de cuidado personal o de posesión notoria), llegando incluso estos casos a conocimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Luego, a modo de conclusión, calificó como positivo al proyecto en análisis, en tanto el mismo recoge nuevos paradigmas familiares, otorgando relevancia a las relaciones de afecto, cuidado, interdependencia y solidaridad, las cuales deben ser asumidas por el Derecho de Familia moderno, sin que sólo se quede en reconocer los elementos genéticos y biológicos presentes en este contexto.

Asimismo, expresó la iniciativa pone en evidencia la necesidad de que se cuente paulatinamente con marcos regulatorios definidos y estables, en los cuales se repiense la regulación de fondo de estas relaciones, ajustando los procedimientos para conocer de ellas, con el objeto de garantizar mecanismos pertinentes de protección de los derechos de las personas y asumir las vulnerabilidades que están desigualmente distribuidas en las sociedades.

En efecto, concluyó, la identidad legal del niño no es sinónimo de su identidad social.

Finalmente, reiteró su valoración favorable sobre el proyecto, señalando que el mismo, además de abordar a las técnicas en comento, poniendo de manifiesto el vacío normativo existente, se centra en los derechos de los niños, especialmente en su derecho a la identidad y a la vida familiar.

Sin perjuicio de lo anterior, indicó que la iniciativa es perfectible, pudiendo incorporarse mejoras en lo referente a la regulación de la voluntad procreacional y en el establecimiento de determinadas cortapisas a la figura del reconocimiento de un hijo.

Por último, respaldó el hecho que la Moción otorgue relevancia a las relaciones de afecto, cuidado, interdependencia y solidaridad en este contexto, siendo necesario que se cuente, paulatinamente, con marcos definidos y estables, en tanto la incerteza en este ámbito afecta sobre todo a los más vulnerables, dentro de los que se encuentran, por cierto, los niños de nuestro país.

Luego de la exposición previamente descrita, los Honorables señores Senadores efectuaron las siguientes consultas y observaciones.

El Honorable Senador señor Ossandón, afirmó que las cosas tienen una determinada naturaleza y disposición con independencia de lo que uno subjetivamente quiera, independientemente de lo bien intencionado de esos deseos.

En esa lógica, indicó que, de lo que concluyó de la exposición de la señora Lathrop, se aboga por el reconocimiento del derecho de los niños a un parentesco social por el sólo hecho de que ellos lo sienten así, cuestión que si bien puede ser abordado por determinados mecanismos jurídicos para la protección de tales prerrogativas, no estima que puede alcanzar un grado tal que permita cuestionar un hecho biológico incuestionable, como es que la procreación sólo puede realizarse por medio de dos personas de distinto sexo.

Asentado lo anterior, preguntó a la Académica cómo se soslaya tal situación.

El Honorable Senador señor Letelier, por su parte, expresó que desde mucho antes de los años 80'es que comenzó el debate por medio del cual se critica el modelo clásico familiar, siendo nuestra visión occidental la que nos hace parecer que tal discusión es de reciente data.

En efecto, añadió, distintas escuelas antropológicas, especialmente en el oriente, han desarrollado críticamente este punto por años.

En ese orden de cosas, indicó que la estructura cultural de occidente, en su opinión, de carácter patriarcal, generada fundamentalmente por hombres, tradición que, independientemente de sus reparos, es la tradición que se recoge en nuestro país, asume la relación excluyente entre biología y parentesco, dejando completamente de lado sus expresiones sociales, cuestión que categóricamente no comparte.

En esa línea, señaló que ha criado desde los dos años a una niña de la cual no es progenitor biológico, y en ningún momento la ha considerado menos que su hija.

Posteriormente, objetó la posibilidad de que, en la legislación actual, un hombre pueda reconocer a un niño, niña o adolescente sin posibilidad de oposición, advirtiendo las graves complejidades que ello puede conllevar para el desarrollo del menor.

En ese sentido, consultó si el hombre o mujer no progenitor que se encuentra en una relación de pareja con él o la que lo es, puede reconocer al hijo de este último sin oposición, de acuerdo a nuestro ordenamiento.

En seguida, sugirió que no se aborden materias de adopción en este debate, dejando la discusión para un momento posterior, en donde el particular sea abordado sistemáticamente desde la óptica del interés superior del niño.

Por último, sugirió tener a la vista legislación comparada de la aplicación de TRA en otros países, considerando ello un valioso insumo para la discusión del presente proyecto.

El ex Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Walker, don Patricio, efectuó tres interrogantes a la señora Lathrop: ¿qué criterios han empleado los tribunales para resolver los cinco casos que se señalaron en la exposición; ¿cómo se han regulado las materias en el Derecho comparado?, y si se encuentra normado o no el caso de los “vientres de alquiler”.

El Honorable Senador señor Letelier, sugirió avanzar, en el marco del presente debate, en algún tipo de reforma a la forma de testar la cuarta de libre disposición, simplificando el procedimiento, quizás en el modo en que se hizo con las posesiones efectivas intestadas ante el Servicio de Registro Civil e Identificación, a fin de proteger los derechos hereditarios de los niños en este contexto.

La Académica de Derecho de Familia de la Universidad de Chile, señora Fabiola Lathrop, en primer lugar, respecto de las observaciones realizadas por el Honorable Senador señor Ossandón, indicó que la regulación de las materias en comento no implica un desconocimiento de los hechos biológicos que rodean este ámbito, sino que entender que, además de ellos, existen otros de carácter social que son fundamentales para el desarrollo del niño, especialmente su identidad como persona.

En esa línea, agregó, se debe entender que los hechos familiares son complejos, por lo que resulta una visión muy simplista reducir los mismos a cuestiones de carácter meramente biológico o genético.

Así, expresó que, a su parecer, también se deben reconocer legalmente los lazos de afecto que existen alrededor del niño, precisamente para su protección.

A su turno, en lo concerniente a la pregunta realizada por el Honorable Senador señor Letelier, expresó que ese tópico ya es considerado en la Ley de Adopción, dando paso a lo que se conoce como adopción por integración, existiendo reglas definidas al respecto, que incluso permiten eximir al solicitante de determinadas etapas procesales, estando normado el caso de oposición injustificada del padre biológico.

Finalmente, respondiendo a las interrogantes formuladas por el ex Senador señor Walker, don Patricio, indicó que los casos en tribunales han sido resueltos con remisión a las estructuras presentes en los procedimientos de protección o del recurso constitucional de protección, o aludiendo a las figuras del cuidado personal o la de relación directa y regular, siempre teniendo en cuenta el interés superior del niño. Por ende, agregó, han sido múltiples las vías por las cuales el litigio se ha desenvuelto.

Luego, respecto de la segunda pregunta, indicó que la legislación más moderna en Sudamérica la tiene Argentina, quien legisló acerca del particular hace sólo unos años atrás. Lo anterior, resaltó, no obstante que en países europeos el punto ha sido regulado desde las décadas del 70' y 80'.

Por último, indicó que en Chile no existe prohibición de emplear el procedimiento de “vientres de alquiler”, sino que lo que está proscrito es la maternidad subrogada, sin perjuicio de intentos de impugnación al respecto por vía jurisprudencial.

La Presidenta de la Comisión, Honorable Senadora señora Rincón, solicitó a la Profesora señora Lathrop referirse con mayor profundidad al derecho a la identidad que asiste a los niños.

La Académica de Derecho de la Universidad de Chile, señora Fabiola Lathrop, expresó que dicho derecho puede ser entendido en una doble fase. La primera, denominada estática, dice relación con la identificación de la persona, es decir, que cuente con un nombre, un apellido, documentos oficiales que la individualicen como tal. Por otra parte, agregó, la fase dinámica, precisamente la que abordó en su exposición, se

refiere a aspectos que van más allá de lo identificatorio propiamente tal, sino que se vinculan con elementos tales como el origen étnico del sujeto, su origen social, con aquello que contextualiza su nacimiento y su crianza.

En ese sentido, se preguntó de qué forma no podría ser violatorio para el niño aparecer en los certificados y partidas respectivos, por ejemplo, con un apellido distinto al de la persona que ha estado a su cuidado, y del cual él se entiende como hijo.

En esa línea, explicó que cuando la señora Valenzuela se refiere al derecho a la identidad, advierte, respetuosamente, una imprecisión, toda vez que el proyecto no propone lo señalado por esta última.

En efecto, subrayó que la iniciativa no niega en ningún caso el derecho del niño a la búsqueda de sus progenitores biológicos, ya que ello sería contrariar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así, precisó que una cosa es la búsqueda de los orígenes, y otra es cambiar la identidad de la persona.

En Argentina, prosiguió, a modo de ejemplo, uno de los países que resguarda con mayor ahínco el derecho de la identidad de los niños, distingue la facultad del menor, desde los 14 años, a buscar sus orígenes, lo que no significa que su apellido cambiará.

En consecuencia, asentado lo anterior, afirmó que la Moción no viene a afectar tal prerrogativa que asiste a los niños, sino que, es más, no altera en absoluto el sistema binario de la filiación, como se ha tratado de señalar. En ninguna parte del proyecto se dispone que el menor podrá tener tres o más padres o madres, es decir, no se incluyen fórmulas que consagren la multiparentalidad.

Así, indicó que en Derecho Comparado sólo en casos muy puntuales en Brasil (2) y Argentina (1), se ha reconocido dicha figura, por lo que su procedencia es excepcional, siendo desarrollada por la jurisprudencia, en tanto no contemplarse explícitamente en la legislación pertinente, teniendo en consideración la situación puntual del niño y tutelando por su interés superior.

A su turno, enfatizó que la iniciativa tampoco regula la gestación por subrogación.

De esa forma, indicó que cuando se habla de los derechos de los niños, es muy fácil ridiculizar ciertas ideas recogidas por el proyecto, con ejemplos que escapan totalmente a las medidas contempladas en este último.

Luego, expresó que no participó en la redacción de la Moción, ni fue consultada por sus autores a la hora de su elaboración.

En seguida, señaló que la iniciativa sólo considera aspectos mínimos a avanzar en estas materias, de manera discreta, por lo que puede ser claramente perfeccionada y completada, por ejemplo, con ocasión de la exclusión de las parejas homosexuales masculinas, las que se encuentran excluidas de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

Por otra parte, en lo que respecta a la eventual multiplicidad de progenitores, observó que, efectivamente, es una situación que se puede configurar, ya que se debe distinguir los o las progenitores biológicos (*mater sempra certa est*), jurídicos o por afinidad (denominación adoptada por la legislación argentina). Dicho progenitor afín, subrayó, es de carácter social, el cual, por cierto, es un considerable resguardo para la protección del niño, estimando que nada malo hay en esta figura si la filiación de este último no ha cambiado, y teniendo en consideración, además, que el afecto no es algo que precisamente sobre.

Por consiguiente, añadió, de lo único que se trata es que el niño viva su vida conforme a la realidad, y que ella se vea reflejada en sus documentos de identificación.

A su vez, en lo concerniente a los argumentos basados en que ciertas instituciones han existido desde tiempos remotos, no resultan, en su opinión, del todo válidos en el debate, ya que, sólo a modo de ejemplo, de ser por eso las mujeres todavía se encontrarían sujetas a la potestad marital.

Exposición de la señora Jimena Valenzuela

La Directora del Instituto de Ciencias de la Familia de la Universidad de Los Andes, señora Jimena Valenzuela, inició su presentación señalando que el proyecto pretende otorgar la condición de paternidad a las parejas homosexuales, sean masculinas o femeninas, respecto de los hijos que alguno de ellos o ellas pudieran tener.

Luego, expresó que, en su opinión, la iniciativa es ambigua, ya que no deja claro si existe la posibilidad de impugnación respecto de los padres biológicos a esta nueva filiación, así como tampoco el modo de efectuar tal reclamación en caso de que ello procediera. A su vez, agregó, de igual forma no existe certeza acerca del número de figuras paternas o maternas que pudiera llegar a tener el menor.

A continuación, aseveró que el proyecto, además, pretende legalizar asuntos que ameritan una iniciativa legal separada y propia.

A su turno, sostuvo que la Moción otorga el Recurso de Protección constitucional mediante una normativa de mero rango legal, sin que se efectúe la reforma constitucional requerida para tales efectos.

En seguida, señaló que se detendrá en cada uno de los aspectos previamente descritos, a fin de explicarlos y tratarlos con mayor detalle.

Así, en lo relativo al sentido y alcance del proyecto, expresó que la iniciativa se presenta como una solución para los hijos no reconocidos de filiación no matrimonial, respecto de los cuales no existe una presunción de paternidad ni maternidad. Y, agregó, para los hijos concebidos mediante la aplicación de técnicas de reproducción asistida, cuando los que encargan el proceso son mujeres.

En su fin, añadió, el caso que se busca proteger es el de los hijos que viven con una pareja de homosexuales, sean hombres o mujeres. Desde esta perspectiva, prosiguió, parece difícil no oponerse a la Moción. Lo anterior, sin perjuicio de las deficiencias técnicas del proyecto, debido a tres razones.

En efecto, en primer lugar, indicó que la iniciativa es hermenéuticamente oscura o ambigua en lo que se refiere a la impugnación de la paternidad, el proceso concreto de reconocimiento del hijo y el estado en que quedarían los hijos y padres biológicos.

Asimismo, aseveró que la Moción legaliza subterfugiamente cosas que ameritan un proyecto de ley distinto, por ejemplo, la adopción de parejas homosexuales, el derecho a formar una

familia por parte de éstas y su derecho a prestaciones de técnicas de reproducción asistida. No obstante lo anterior, estimó que la iniciativa resulta, a su vez, discriminatoria para las parejas homosexuales masculinas, ya que estas últimas no pueden recurrir a las citadas técnicas para procrear, por lo que se puede afirmar que el proyecto podría abrir las puertas de entrada a una maternidad subrogada, con todos los conflictos y problemas que esta figura ha conllevado en el derecho comparado y en la comunidad internacional.

Luego, señaló que la Moción también persigue otorgar el Recurso de Protección constitucional mediante un precepto de rango legal.

A renglón seguido, y en lo concerniente a su contenido material, reparó en que el proyecto apenas modifica la redacción de algunas normas ya existentes, incorporando a las parejas homosexuales, masculinas o femeninas. En tal sentido, añadió, es una iniciativa que no prevé claramente sus propias repercusiones, por lo que parece haber sido redactado sin mayor estudio.

Posteriormente, se preguntó acerca de los efectos que podrían producirse a partir de la aprobación de la Moción en examen.

Así, expresó que una de las consecuencias que se generarían sería la consagración del Recurso de Protección por condicionar el acceso a las técnicas de reproducción asistida, lo que amerita, contrario a lo propuesto por el proyecto, una reforma constitucional en tal sentido. Lo anterior, resaltó, sin perjuicio de que la iniciativa pasa a llevar, en primer lugar, el derecho del padre o madre biológico en aquellos casos en que se encuentren fuera de la relación de pareja, y en segundo orden, el derecho del niño a conocer a sus padres sanguíneos.

A continuación, indicó que le llama la atención que la profesora Lathrop insista en que la Moción resguarda el derecho a la identidad del niño, no obstante estar esta prerrogativa claramente definida en la Convención sobre los Derechos del niño, la que establece en su artículo 7º que, “el niño tiene derecho a un nombre desde que nace y a una nacionalidad, y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. Evidentemente, prosiguió, casos fortuitos o las circunstancias de la vida impiden que un menor pueda conocer a sus progenitores, pero deliberadamente poner a un niño en esta situación, como

lo hace la iniciativa, no le parece que sea respetuoso con el derecho previamente descrito.

En efecto, un niño tiene el derecho a saber quién es su padre o madre biológico, por lo que no ve la forma en que tal prerrogativa sea resguardada en la hipótesis en que una pareja de mujeres se someta a técnicas de reproducción asistida, en la cual el gameto masculino proviene de un donante anónimo.

En esa línea, señaló que no le extrañaría que un niño pudiera demandar a sus madres porque le han negado la posibilidad de conocer quién es su padre biológico.

A su vez, expresó que, producto de su experiencia en la tramitación de juicios de adopción, es algo recurrente que los niños adoptados quieran saber quiénes son sus progenitores biológicos, en tanto ser algo que está dentro de la identidad misma de la persona.

Por otro lado, prosiguió, si bien el proyecto propone modificar el artículo 182 del Código Civil, se conservan sus problemas originales, debido a que quienes se someten a técnicas de reproducción asistida pueden ser varias personas. De ese modo, indicó que siempre le ha parecido ambigua dicha disposición, ya que no existe claridad acerca de los sujetos a que tal precepto hace referencia, a saber, los que han participado de las técnicas en cuestión, lo que es de suma importancia, en tanto la ley los legitima para reclamar la filiación del hijo a cualquiera de ellos.

Asimismo, agregó, al señalar que no se puede reclamar una filiación distinta se cae en una contradicción, dado que, precisamente, más de una persona puede demandar tal vínculo, ya sea por esta disposición o por el artículo 183 del mismo cuerpo legal, preceptos que, además, para la determinación de tal relación no admiten prueba en su contra.

Ahora bien, añadió, existe una posibilidad interpretativa distinta a tal contradicción, ya que el artículo 182 pudiera entenderse como una disposición legal que permite la paternidad o maternidad ejercida por más de dos personas. Por consiguiente, observó que si el proyecto ya transgrede el principio biológico de que no es posible la concepción de un hijo si no hay progenitores de distinto sexo, porque se va a limitar el hecho de que una persona pueda tener más de dos madres o

padres, o porqué restringir tal calidades sólo a quienes tienen una relación afectiva de carácter sexual, en tanto podrían ser madres, por ejemplo, dos hermanas dedicadas a la crianza de un hijo, o una abuela y su hija que asuman las mismas labores . Ello, afirmó, al tenor de la lógica sostenida por la profesora Lathrop de estimar que cuestiones como éstas constituirían una especie de “biologismo” y que lo importante es que se resguarde la voluntad de procrear. Por consiguiente, enfatizó que, más allá de las intenciones y deseos que se puedan tener en este ámbito, no es posible biológicamente que un hijo nazca de una relación de personas del mismo sexo.

Así, resaltó que si alteran las leyes de la naturaleza se pueden arribar a las citadas arbitrariedades, sin que ello conduzca, eventualmente, a una protección real del interés superior del niño.

Posteriormente, en lo que respecta a la maternidad subrogada, indicó que la misma continúa siendo una práctica clandestina ya que no se deroga el artículo 183, antes citado. En efecto, explicó que, si bien el proyecto no reconoce a tal figura, se abren las puertas a su procedencia, ya que de lo contrario la Moción sería discriminatoria en contra de las parejas homosexuales masculinas.

Por consiguiente, indicó que la madre del niño será quien lo dé a luz y no otra persona, pero las mujeres restantes que se someten a las técnicas de reproducción asistida también lo serán, ya que también cumplirán con los requisitos del artículo 182, previamente referido.

Luego, expresó que, ante todo, vale preguntarse una cosa, ¿existen realmente hijos de parejas del mismo sexo? La respuesta, prosiguió, sólo puede ser negativa, ya que ello, biológicamente, no puede ocurrir, ni siquiera respecto de hijos concebidos por técnicas de reproducción asistida, ya que siempre se precisan de gametos de progenitores de distinto sexo para tal finalidad.

De ahí, que sostuvo que la iniciativa no solucionaría un problema realmente existente, sino que consolidaría una situación de por sí irregular, cual es la de un hijo que no vive con uno de sus padres, sino que con al menos una persona que no lo es, pero sin pasar por el trámite de la adopción, lo que resulta considerablemente discriminatorio. En efecto, ya que, por el contrario, si una persona heterosexual que tiene un hijo luego se une con otra de las mismas características en una relación de pareja, el menor no pasa inmediatamente a ser hijo de esta última, sin que medie adopción.

A su turno, señaló que, si bien la Moción puede ser una respuesta frente al hecho de que ciertos niños son, de hecho, criados por parejas homosexuales, se trata de medidas que atentan contra el derecho del menor a su padre o a su madre. Así, expresó que familias de conformación peculiar existen por centenares, lo que no genera inmediatamente el reconocimiento de derechos en este contexto. Para ejemplificar lo anterior, citó el caso de una tía biológica que ha asumido el cuidado personal de su sobrino, para preguntarse porqué en estas hipótesis no se reconoce la calidad de madre a esa mujer.

Por otra parte, en lo referente a la presunción de paternidad del matrimonio, expresó que la misma tiene su razón de ser, a diferencia de lo sostenido en los fundamentos de la Moción. De este modo, precisó que tal figura no es una mera presunción estereotipada, sino un razonable aligeramiento probatorio, habiéndose incluso extendido a los acuerdos de unión civil.

En esa línea, expresó que dicha presunción se remonta a los tiempos del Derecho Romano, en donde se resumían bajo el adagio *pater is est quem nuptiae demonstrante*.

Asimismo, aseveró que las presunciones se establecen para facilitar la prueba en juicios en donde se disputan ciertas conductas que pueden ser probables en los hechos, por lo que no se tratan de figuras jurídicas arbitrarias. Así, indicó que la ley estima que es razonable pensar que los hijos que se conciben durante la vigencia de un matrimonio o de un acuerdo de unión civil son hijos biológicos de la pareja, sin perjuicio de que sea una presunción simplemente legal, esto es, que admita prueba en contrario.

En cambio, resaltó, no es posible que un niño sea hijo biológico de dos personas del mismo sexo, por la sencilla razón de que se requiere de un óvulo y un espermatozoide para la formación de un cigoto.

Posteriormente, sostuvo que se aprecia en el proyecto que el prisma está puesto en los padres homosexuales y en su presunto derecho a los hijos, siendo que el énfasis debiera ser el derecho de un niño de conocer a sus padres biológicos y a vivir en su familia biológica, o en su defecto a su derecho a ser restituido a una familia como la que perdió. Esta mirada, agregó, no es discriminatoria, ya que nunca se ha postulado que las parejas homosexuales tengan la prerrogativa de tener hijos, es decir,

no existe un derecho en tal sentido. Es más, añadió, las técnicas de reproducción asistida no están establecidas legalmente como una prestación obligatoria.

Luego, expresó que el hecho de que exista el artículo 182 del Código Civil no implica un reconocimiento implícito a la aplicación de tales técnicas a partir de gametos donados, o mediante la figura de la maternidad subrogada.

En consecuencia, afirmó que no es un derecho humano o social el acceso a tales provisiones sanitarias, ya que si bien la ley las contempla, no existe ningún tipo de regulación profunda que norme su funcionamiento, de ahí que algunos juristas sostienen que las convenciones que se suscriben para la aplicación de las mismas contienen un vicio de objeto ilícito.

Por otro lado, prosiguió, habida consideración de los auténticos problemas sociales de salud, de vivienda, de transporte público, entre otros, parece un error grave dar prioridades al establecer al particular como un derecho, pues es sumamente caro, y no constituye ninguna urgencia social, ya que el proyecto establece la prerrogativa de acceso a tales técnicas sólo a las parejas homosexuales.

Posteriormente, indicó que el Pacto de San José reconoce, en su artículo 17, el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia, si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello de acuerdo a las leyes internas, en la medida que éstas no afecten el principio de no discriminación establecido en la Convención. En relación a dicha máxima, observó que el artículo 2 de este tratado proscribía la discriminación por motivos de raza, color, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, lugar de nacimiento o cualquier otra condición social. Ello, destacó, no quiere decir que el Estado esté obligado, por ejemplo, a proveer de pareja a los solteros o a otorgar hijos a quienes no los tengan.

En efecto, señaló que existe un derecho a procrear, si así se desea, y a que los hijos que provengan, verdaderamente, de una unión sean reconocidos como tales.

De ese modo, precisó que el tal instrumento internacional es coherente con la idea de que existan ciertas restricciones

para la formación de una familia, conforme al principio del interés superior del niño, que en estos casos rige en primer lugar.

Así, subrayó que la razón que explicaría que a dos mujeres se les conceda la posibilidad de ser inscritas como madres es haber concurrido en la concepción y en la gestación del niño, pero desde esta perspectiva, debería también reconocerse el derecho del padre que aportó su material genético. Se llegaría así, prosiguió, a la existencia de niños con multiparentalidad.

A su turno, aseveró que otro reparo al proyecto viene dado por su vulneración al principio del Derecho Civil de la indisponibilidad del estado civil. Las personas, precisó, no pueden ser objeto de relaciones jurídicas, ya que ello se opone a su dignidad de ser humano. De ahí que no pueda contratarse la entrega de la persona fruto de una gestación, lo que implicaría la cosificación del hijo.

En esa línea, afirmó que un sujeto que dona gametos está, de alguna forma, cosificando al posible hijo que puede ser fruto de la gestación que se llevará a cabo a partir de su material genético.

En seguida, sostuvo que la iniciativa también vulnera la dignidad del padre, toda vez que lo mantiene, obligatoriamente, como una persona ajena y neutral ante el nuevo vínculo filial, incluso en el caso de su oposición a ello.

Asimismo, expresó que la Moción produce la disolución de las relaciones de filiación y el derecho de identidad del menor.

Posteriormente, señaló que en la procreación natural siempre se privilegia la verdad biológica, mientras que con las técnicas de reproducción asistida sólo la voluntad de quienes se someten a las mismas. En consecuencia, se preguntó si sólo el elemento volitivo puede prevalecer en desmedro de los derechos e intereses de los niños, respondiendo de forma categórica que no.

En tal sentido, indicó que, cuando se reclama la inexistencia de derechos de familia o hereditarios del niño respecto de la pareja de su madre, se debe sopesar el hecho de que fue la voluntad de las personas que formaron esa relación quienes pusieron al niño en tal situación. Por lo mismo, incluso se podría postular, siguiendo esa línea interpretativa, que el menor debiese ser titular de tales prerrogativas respecto de cualquier

persona que asumiera su crianza y cuidado, ya que ello le otorgaría mayor protección.

Por consiguiente, agregó, con las medidas contenidas en la iniciativa se observa que el niño contará con una identidad familiar fragmentada.

A la luz de tales afirmaciones, sostuvo que el prisma del proyecto está centrado en la pareja homosexual y su presunto derecho a tener hijos (del que desconoce su origen para que sea reclamado como tal), siendo que los énfasis debiesen estar concentrados en el menor para que conozca a sus padres biológicos y pueda vivir con ellos, o en su defecto pueda desarrollarse en otro ambiente familiar cuando, por azares de la vida, lo primero no sea viable.

Luego, reiteró que lo anterior no es discriminatorio, ya que no existe el derecho de las parejas homosexuales a tener hijos, ni tampoco las técnicas de reproducción asistida son una prestación de salud garantizada, sino que sólo están legalmente disponibles para aquellos que puedan pagarlas.

Finalmente, afirmó que la legislación propuesta atenta gravemente contra el principio de interés superior del niño, ya que señalar que los hombres o mujeres tienen el derecho a una familia, en estos términos, significa, necesariamente, pretender que existe un derecho a los hijos. Es decir, en esta relación jurídica los primeros son considerados sujetos, mientras que los hijos objetos, para satisfacer la voluntad y el querer subjetivo de aquéllos.

Reconocer una cosa semejante, prosiguió, implica permitir abusos de todo tipo, y por de pronto eliminar cualquier sustento de tipo lógico para establecer deberes o restricciones a los padres.

Por tales razones, sostuvo enérgicamente que no son los padres quienes tienen derecho a los hijos, sino que estos últimos tienen la prerrogativa de ser queridos y cuidados por un padre y una madre.

En seguida, volviendo al tema referente a la presunción de paternidad matrimonial, señaló que una prueba de que se privilegia la biología por sobre incluso tal presunción es que, de hecho, en las partidas que lleva a cabo el Servicio de Registro Civil e Identificación, hay centenares de niños con una relación filial distinta de la de los contrayentes.

Lo anterior, toda vez que puede existir el caso, por ejemplo, de una madre que, si bien está formalmente casada, tiene una relación de pareja con otra persona, con la que concibió un hijo. Dicho menor, agregó, queda registrado como hijo de esta nueva relación parental, no obstante existir un vínculo matrimonial no disuelto.

Así, estimó que no tiene sentido la presunción de maternidad de las mujeres que se someten a la aplicación de técnicas de reproducción asistida, ya que incluso al día de hoy no se respeta la presunción de paternidad matrimonial.

Exposición de la señora María Sara Rodríguez

La Profesora de Derecho Civil de la Universidad de Los Andes, señora María Sara Rodríguez, comenzó su presentación señalando que el proyecto en estudio propone modificar normas del Código Civil, de la Ley de derechos y deberes de los pacientes y la Ley de adopción de menores.

En primer lugar, indicó que las enmiendas al Código de Bello intervienen en preceptos ubicados en el Título VII (“De la filiación”) del Libro Primero (“De las personas”) del citado cuerpo legal, precisamente las disposiciones mediante las cuales se determina jurídicamente una filiación. Así, agregó, hay que tener como referencia que, todos los Códigos Civiles, e incluso remontándose a Roma, contienen normas sobre estas materias, sobre la base de un presupuesto o un antecedente fáctico, a saber, el hecho de la gestación de un hijo. En tal sentido, añadió, la ley le atribuye a esta última ciertos efectos jurídicos, esto es, justamente el vínculo filiativo.

Por tal razón, explicó, es que el artículo 179 del Código del ramo que se pretende modificar, parte estableciendo que la filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial, de lo que se colige que en ambas categorías se sigue un sustrato a la generación biológica.

Alternativamente, observó que se pueden establecer relaciones de filiación por sentencia judicial, por medio de la adopción, institución regulada en una ley especial. A este respecto, sugirió, al menos, consolidar las medidas contenidas en la iniciativa en este ámbito con la reforma integral a la Ley de Adopción (**Boletín N° 9.119-18**), en actual

tramitación legislativa, ya que no le parece razonable disponer de reglas aisladas a través de la discusión del presente proyecto.

En seguida, indicó que en términos adoptivos también existe un vínculo filiativo formal entre adoptante(s) y adoptado, la que no pretende sustituir el lazo de consanguinidad biológica, sino que integrar a un niño en una familia, el que no cuenta con un hogar estable o progenitores conocidos.

En consecuencia, explicó que la regulación de la filiación en este ámbito responde tanto a razones naturales o como consecuencia del procedimiento de adopción.

Por otra parte, en lo referente a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, expresó que las mismas perturban, o modifican, desde un punto de vista jurídico, el hecho biológico subyacente sobre el cual la normativa dispone la determinación del vínculo de filiación, de ahí que la pregunta legal sea cómo se arriba a tal resultado a partir de tales técnicas, que no asumen el mismo antecedente de hecho que la legislación vigente.

Durante la discusión de la ley N° 19.585, que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación, expresó que el particular fue abordado debido a que tales prestaciones médicas ya habían comenzado a ser utilizadas (remontándose el primer caso al año 1982), por lo que tal preceptiva introdujo una disposición que permitiese fijar formalmente los vínculos filiativos derivadas del sometimiento a aquéllas.

En consecuencia, añadió, los problemas en este contexto aparecen cuando los gametos son aportados por terceros ajenos a la pareja en cuestión, ya que, en caso contrario, es decir, cuando el material genético proviene de las personas que conforman la relación afectiva, no se generan inconvenientes jurídicos, precisamente por el conocimiento de los progenitores del hijo, lo que es coherente con la idea que subyace a la legislación del sector.

Así, señaló que el artículo 182 pretendió abordar la situación, asumiendo que la incorporación de gametos se efectuaba sólo por parte del hombre, a través de la implementación del espermio respectivo, cuestión que, por el avance tecnológico en la materia, ya se encuentra superado, siendo perfectamente posible que ambos gametos puedan

provenir de terceros ajemos a la pareja que se somete a tales técnicas, lo que, en su opinión, genera un problema para el derecho, habiéndose, en consecuencia, desbordado la lógica sobre la cual gira el citado precepto.

Lo anterior, añadió, ya que se asumía que la madre del menor fruto de la aplicación de tales técnicas era la mujer que se sometía a las mismas y que daba a luz al menor, mientras que el padre era el hombre que aportaba su material genético en tal sentido, ambos encontrándose en una relación de pareja, sin que se estimare que cupiese otra alternativa posible.

De ese modo, prosiguió, si bien la norma antes citada no es óptima, permitió establecer la determinación de la filiación del hijo en tales casos. Sin perjuicio de lo anterior, destacó que dicha disposición no pretendió reconocer o aprobar la multiplicidad de técnicas que se ejecutaban, sino sólo la fórmula previamente descrita.

Por consiguiente, afirmó que el artículo en examen se queda corto frente a la realidad actual, y la ampliación de nuevos tipos de prestaciones en este contexto.

Por tales razones, sostuvo que la problemática generada por el proyecto es su intervención en la determinación jurídica de vínculos filiativos, sobre hechos de los cuales no existe claridad respecto de su alcance.

En esa línea, indicó que la iniciativa resuelve las dificultades antes señaladas mediante el establecimiento de que el hijo tenga dos madres, respuesta de la cual no conoce algún tipo de precedente en el derecho comparado, lo que se complejiza aún más al momento de que el proyecto asimila tales vínculos con los originados por la naturaleza.

En efecto, agregó, el debate hoy sobre esta materia gira en torno a definir si la madre del hijo será quien aporta el gameto o quien lo da a luz, decantándose tal discusión, en la actualidad, por mantener la regla de determinación de la maternidad por el hecho del parto, ya que cada vez se conoce más acerca de los significativos vínculos que se generan entre el hijo y la madre que lo gesta (un apego afectivo y una especie de comunicación biológica entre ambos).

Tanto es así, añadió, que legislaciones como la inglesa, que permite la maternidad subrogada y la aplicación de todo tipo de

técnicas de reproducción asistida, no modifica la regla previamente citada. Por consiguiente, los padres intencionales, en tal ordenamiento, podrán optar a la radicación del cuidado personal del menor, de su patria potestad, entre otras figuras asociadas, manteniéndose como madre del hijo a quien lo concibió, siendo ello registrado, en ese sentido, en la partida de nacimiento del menor.

Como consecuencia de lo anterior, prosiguió, las medidas del proyecto también generan problemas a nivel registral, toda vez que los certificados respectivos deben acreditar fehacientemente el origen biológico del niño, con la finalidad de hacer fe respecto de su contenido. Así, de adoptarse las reglas de la iniciativa, se estaría alterando la fuerza probatoria y verídica de la partida de nacimiento, cuestión que si bien realizó por medio de la Ley de Identidad de Género, ahora se estaría efectuando para el caso de niños recién nacidos.

Por otra parte, señaló que la Moción propone introducir cambios a la Ley de derechos y deberes de los pacientes, incorporando el concepto de autonomía reproductiva, el cual, indirectamente, consiste en legitimar y constituir como un derecho exigible contra el Estado, el acceso a las técnicas de reproducción asistida.

Nuevamente, reiteró, le parece que la señalada no es la vía para regular tales provisiones, sino que se requiere de una ley integral en tal sentido, o simplemente no regular el particular. La segunda opción, a su juicio, es la más adecuada, en tanto las prestaciones en comento cambian constantemente producto del avance tecnológico, por lo que no existe un sustrato científico sólido sobre el cual normar.

Finalmente, expresó que, en su opinión, no resulta apropiado incorporar en este proyecto las modificaciones que se proponen a la Ley de Adopción, sino que ellas deben ser objeto de un debate integral sobre estas materias, el que pudiese desarrollarse en la iniciativa legal que al efecto se encuentra en tramitación legislativa (**Boletín N° 9.119-18**).

Por último, manifestó respetuosamente a la Comisión Especial su recomendación de rechazar la idea de legislar sobre la iniciativa en estudio. Lo anterior, teniendo en consideración que, a diferencia de lo contemplado en el proyecto, la voluntad procreacional no genera vínculos de filiación. Sin perjuicio de ello, expresó que no se cierra a la idea de regular, eventualmente, la aplicación de las técnicas de reproducción

asistida en una ley aparte, en donde se disponga el procedimiento de determinación de la filiación en estos casos.

Presentación del señor José Luis Goldenberg

El Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile, señor José Luis Goldenberg, inició su exposición aseverando que la Moción en examen ha sido elaborada desde una visión más bien patnocéntrica, ya que no enfoca en la posición del hijo, es decir, no adopta un prisma infantocéntrico que hoy se alza como un principio rector de nuestro ordenamiento jurídico, no solamente por el reconocimiento internacional de la máxima del interés superior del niño, sino también su consagración a nivel local.

Para poder explicar lo anterior, añadió, se analizarán los tres cuerpos normativos que la iniciativa modifica.

El primero, explicó, es el Código Civil, en lo que respecta a la determinación de la filiación. En tal sentido, la iniciativa parte realizando una enmienda al artículo 179, al cual se le incorpora un tercer elemento a la diferenciación binaria que dicho precepto hace de la filiación matrimonial y no matrimonial.

Ello, agregó, parece no tener mayor coherencia con la regulación sectorial, ya que si se observa el artículo 180 de dicho Código se aprecia que el mismo dispone que la filiación es no matrimonial en todos aquellos casos en que el vínculo no es marital, por lo que la disposición sigue una regla de exclusión residual para tales efectos.

En consecuencia, destacó que el tercer criterio añadido por el proyecto no resulta compatible con la clasificación previamente descrita, es decir, sobre la base de la existencia o no de un matrimonio que cobija el nacimiento del niño. De hecho, precisó que para aplicar las reglas del artículo 182 necesariamente tenemos que estar en un ámbito extra matrimonial, ya que de lo contrario estaríamos frente a la procedencia de la presunción de paternidad.

En efecto, explicó que para que opere la regla del citado artículo se requiere que la pareja que se somete a las técnicas de reproducción asistida no se encuentre casada, ya que de estarlo opera la referida regla de presunción.

Así, prosiguió, el problema radica en este ámbito a partir de la forma en que se pretende modificar el citado artículo, principalmente porque este precepto ha sido cuestionado, desde el punto de vista doctrinal, entre otras razones, por su redacción (concuera con la señora Valenzuela respecto de la ambigüedad de la fórmula “hombre y la mujer que se sometieron a ellas”). De ese modo, y en un tenor similar al que actualmente presenta la disposición, el proyecto dispone que serán madres la pareja de mujeres que se sometieron a la aplicación de las aludidas prestaciones médicas, no obstante el hecho de que sólo una mujer es la que propiamente se somete a tal tratamiento, mientras que la otra sólo consentirá o acompañará, no existiendo de su parte un sometimiento real a aquéllas, lo que generará un problema técnico al momento de interpretar la norma.

La principal objeción que existe respecto del artículo 182, destacó, se refiere a su inciso segundo (que pasa a ser inciso tercero), y que señala que “no podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta”.

Al respecto, agregó, un problema que se suscitaría con la conservación de tal inciso y la incorporación del propuesto por la Moción, es que el ahora inciso tercero fijaría la imposibilidad de impugnación de la filiación sólo respecto de aquella determinada por la aplicación de las referidas técnicas (toda vez que el ahora inciso final alude a la “regla precedente”), quedando sin dicha cobertura el inciso primero del precepto.

Asimismo, añadió, la prohibición de impugnación antes descrita genera inconvenientes precisamente respecto de los postulados de la señora Lathrop acerca del derecho de la identidad del niño. Ello, observó ya que esta última abogaba por el reconocimiento de tal prerrogativa desde su perspectiva dinámica, esto es, el origen social del menor. Sin perjuicio de lo anterior, señaló que ello no es lo que está en discusión en el proyecto, sino que más bien, en estas materias se pretende establecer cuál es la identidad biológica del niño.

En consecuencia, de seguir la línea del proyecto, indicó que el artículo 182 resulta en un verdadero problema, ya que si se otorga al niño el derecho a saber su origen sanguíneo (el que se consagra en tratados internacionales y en el artículo 195 del Código Civil, el que establece la libre investigación de la maternidad y la paternidad), es difícil compatibilizar tal prerrogativa con la determinación, como madres de aquél, de la pareja de mujeres sometidas a las técnicas en comento.

En efecto, señaló que si el hijo quisiera saber quién es su padre biológico, el primero debiese ejercer las acciones de filiación respectivas, lo que genera una serie de complicaciones.

Así, explicó que la acción de impugnación de la maternidad, de acuerdo a lo consagrado en el artículo 217 del Código Civil, sólo procede respecto de dos causales, falsedad del parto y suplantación del hijo, las que no se configurarían en este caso.

Por consiguiente, indicó que ello significaría la imposibilidad de determinación de la verdadera paternidad.

A su turno, si uno sostuviese que, incluso con la doble filiación de maternidad propuesta por el proyecto, todavía subsistiría el derecho a la determinación de un vínculo paterno, debiésemos concluir que sólo sería idónea la acción de reclamación de filiación, mas no de la impugnación. En esa hipótesis, subrayó, el niño quedaría con dos madres y un padre, eso sería contradictorio con las mismas ideas de la Moción, ya que, como se ha declarado, la iniciativa no persigue superar el esquema binario de paternidad (no pretende establecer la multiparentalidad).

En consecuencia, prosiguió, sea que tratemos de interpretar positivamente el artículo, en beneficio del niño, siempre existirán problemas considerables.

Posteriormente, indicó que consecuencias similares se derivan de las enmiendas incorporadas por la Moción al artículo 187 del Código Civil, cuando se refieren al reconocimiento de la maternidad o paternidad, incluso por medio del acuerdo de unión civil.

A este respecto, expresó que la forma en que está redactada la norma podría dar a entender que no solamente se está regulando una doble maternidad, sino también una doble paternidad, por el empleo de los términos “ambos” y “ambas”, así como por las modificaciones que se introducen para tales efectos.

Sin perjuicio de lo anterior, destacó que no obstante la posibilidad de que cualquier hombre reconozca a un niño como su hijo, sin necesidad de comprobar la existencia de un vínculo biológico, lo cierto es que esa declaración está sujeta a un control, ya que eventualmente el hijo podrá repudiar tal filiación o, en el caso de que no haya una correspondencia con la verdad biológica, en su momento se ejercerán las acciones de filiación.

En consecuencia, si estamos ante la hipótesis de una maternidad determinada por el hecho del parto y otra por el simple reconocimiento, se genera el mismo problema antes descrito, respecto de la incertidumbre en que queda tanto el hijo como el padre al momento de definir qué acción deben deducir, lo que puede vulnerar el derecho a la identidad del niño, recogido tanto en nuestra legislación como en instrumentos internacionales.

A su turno, en lo referente a las modificaciones del proyecto a la Ley de derechos y deberes de los pacientes, indicó que la iniciativa incorpora un nuevo párrafo 4° bis a tal cuerpo legal, con dos artículos (11 bis y 11 ter), en los cuales se consagra y regula el derecho a la autonomía reproductiva.

En este punto, reparó que para normar el particular se debe ser riguroso con las denominaciones que se utilizan, ya que la idea de autonomía se extiende mucho más allá de la posibilidad de acceder a técnicas de reproducción humana asistida, ya que tal concepto abarca conductas que van desde la decisión de una persona de ser o no padre o madre, de consentir en una relación, hasta el aborto propiamente tal, por lo que la gama de acciones es sumamente amplia. De ahí que sea delicado que se establezca esta prerrogativa en términos no estrictamente relacionados con el acceso a las aludidas prestaciones sanitarias.

En seguida, indicó que en el artículo 11 ter incorporado por la Moción se hace una remisión al Recurso de Protección sin la expresión de una garantía constitucional que se encuentre vulnerada, sino que simplemente la acción propuesta procede por el condicionamiento al acceso a las citadas técnicas, a la que se le otorga un resguardo constitucional.

En esa línea, resaltó que, en su opinión otorgar ese tipo de protección a un aspecto tan acotado de la autonomía del paciente, en vistas de que existen otras prestaciones de mucha mayor necesidad o premura.

Finalmente, en lo relacionado con las enmiendas de la Moción a la Ley de adopción, concordó que, efectivamente, no parece adecuado que el debate respecto de la iniciativa en examen sea la instancia propicia para discutir acerca de estas materias, ya que se requiere de un análisis profundo y amplio para abordar estos tópicos.

Sin perjuicio de lo anterior, expresó que si se revisa el cuerpo legal antes aludido, no se advierte que en ninguna parte exista una identificación de una categoría o criterio por el cual se impida a una persona homosexual adoptar, ya que sólo el separado, viudo o divorciado pueden acceder a tal derecho perfectamente, incluso el casado que tiene una orientación sexual distinta y que mantiene su vínculo matrimonial vigente.

Ahora bien, agregó, cuando se discurre acerca de la incorporación de los convivientes civiles como sujetos aptos para adoptar, se debe pensar que en este caso se está produciendo un doble vínculo filiativo por adopción, ya que ambos convivientes estarían adoptando al menor, con independencia de que sean éstos de igual o distinto sexo.

La razón de porqué se excluyó la posibilidad de que los convivientes civiles adoptarán, explicó, no dice relación con motivos de orientación sexual, sino que en relación a la normativa base del acuerdo de unión civil.

En efecto, señaló que, si se piensa en el matrimonio, el artículo 3° de la Ley de Matrimonio Civil, establece que uno de los principios fundantes de esta última es el interés superior de los hijos, por ende, todas las materias que resuelve un juez en torno a esta institución deben asumir tal máxima.

Dicha disposición, agregó, no se encuentra en la Ley de acuerdo de unión civil, ya que, tal como lo señaló la señora Lathrop, tal como se reguló dicho estatuto, el mismo se enfoca principalmente a cuestiones patrimoniales, en el cual escasamente se aborda una posición de resguardo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Así, por el contrario, el matrimonio contiene diversas disposiciones protectorias, tales como la cláusula de dureza, que permite enervar la acción de divorcio si no se han pagado los alimentos respecto del cónyuge demandado o de sus hijos, o las condiciones que debe contener un acuerdo completo y suficiente en este ámbito, en el cual se exige regular aspectos tales como el cuidado personal, la relación directa y regular y los alimentos para con los hijos. Todos estos aspectos, resaltó, no son abordados por la normativa del acuerdo de unión civil.

Por consiguiente, es por estas razones que no se hace procedente la adopción respecto de los convivientes civiles, en tanto tal institución no disponer de un estatuto protectorio hacia los niños.

Por último, manifestó que el proyecto conlleva un conjunto de problemas técnicos derivados de la intención de poner en el centro el derecho de los padres o madres a tener un hijo en común, con lo que escasamente se resguarda el derecho de los niños.

Sin perjuicio de lo anterior, finalizó señalando que lo anterior no obsta a una discusión legislativa más profunda en donde se estudie y analice la regulación de fondo de las técnicas de reproducción asistida, y sus repercusiones en materias filiativas y de adopción.

Luego de las exposiciones previamente descritas, los Honorables Senadores efectuaron las siguientes preguntas y observaciones.

El Honorable Senador señor Ossandón, más allá de estimar que un niño o niña no puede contar, formal y legalmente, con más de un padre o una madre, expresó que existe un problema práctico y real del cual se debe hacer cargo.

Para ello, sugirió que se proyecten regulaciones conceptuales de carácter general, más que centrar la atención en la situación particular que el proyecto pretende regular.

En consecuencia, abogó por una respuesta de la antedicha naturaleza, más que el reconocimiento de paternidades o maternidades duales o múltiples.

La Directora del Instituto de Ciencias de la Familia de la Universidad de Los Andes, señora Jimena Valenzuela, agregó, que las problemáticas expresadas por quien le antecedió en el uso de la palabra ocurren en todo tipo de parejas, no sólo en las homosexuales, como también pasan en caso de padres o madres solteras.

En efecto, añadió, existen miles de casos en que un hijo es criado por alguien que no es su padre o madre biológico, cuestión que ocurre mayormente en parejas heterosexuales que homosexuales, por lo que destacó que el particular debiese abordarse integralmente, a fin de dar solución a todos estos episodios, protegiendo de esa manera al niño, independientemente del tipo de pareja o familia que esté a su cuidado.

Por último, resaltó que en el despliegue y en el establecimiento de medidas de dicha naturaleza radica la posibilidad de

soslayar los problemas que se generan en este contexto, y no en la determinación de la filiación del menor respecto de dos padres o madres.

La Profesora de Derecho Civil de la Universidad de Los Andes, señora María Sara Rodríguez, a su turno, indicó que en el Derecho Civil existe la figura del cuidado personal de los hijos. Así, expresó que el hijo nacido por la aplicación de técnicas de reproducción asistida, en una pareja de dos mujeres, de acuerdo a lo propuesto por el proyecto, contará con dos madres, quien lo da a luz y quien aporta el gameto respectivo.

Sin perjuicio de lo anterior, observó que, al día de hoy quien gesta al menor será calificada de su madre, radicándose en ella el cuidado personal del mismo, para lo cual podrá ser ayudada y respaldada por la persona que ella estime.

No obstante ello, agregó, en el esquema contemplado por la iniciativa, el sujeto que no aparece reconocido es el padre, el que podrá ser un donante anónimo o una persona determinada, sin que se establezcan con claridad los derechos que le asisten al mismo respecto de su vínculo con el niño, siendo el primer caso algo sumamente debatido en doctrina y en ordenamientos comparados.

Posteriormente, indicó que, en el marco actual, los niños que se encuentran en las situaciones en análisis no se encuentran del todo desvalidos legalmente, ya que cuentan con el derecho de que alguien asuma su cuidado, mediante, precisamente, la figura del cuidado personal, como también son titulares de derechos hereditarios en caso de que la madre (quien lo concibió) fallezca, sin perjuicio de que puedan ser adoptados e integrados a una familia (mediante la institución de la adopción por integración).

En esa línea, afirmó que, en su opinión, tales niños no se encuentran en una situación de vulnerabilidad mayor a la de otros menores en este contexto, por lo que sugirió que las medidas deben enfocarse en dotar a esos niños de una familia, asistiendo todas las necesidades que requieran.

Ello, finalizó, en vez de crear vínculos filiativos que no se corresponden con la realidad.

El Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile, señor José Luis Goldenberg, por su parte,

señaló que si centra la mirada en el niño no se tiene porqué pensar que la única solución para abordar los problemas descritos sea la filiación, en los términos propuestos por la Moción.

En efecto, indicó que la clave está por fortalecer, por ejemplo, las necesidades económicas, la figura de las guardas, la de relación directa y regular, la legislación referente a los alimentos, así como repensar la normativa relativa al cuidado personal de menores y mejorar el sistema de adopción.

En consecuencia, agregó, el establecer un doble vínculo filiativo materno o paterno, genera la impresión de que ésa sea la única forma de proyectar y reconocer el amor y el cariño que existe hacia un niño, cuestión de la que discrepó.

Así, recomendó mejorar aspectos del ordenamiento jurídico que sean transversales a la situación de todos los niños, no sólo a aquellos que, en los hechos, se encuentren bajo el cuidado de una pareja de mujeres u hombres. En concreto, sugirió fortalecer las diversas instituciones jurídicas presentes en nuestra legislación a fin de robustecer y resguardar los lazos afectivos de la o las personas que se han hecho cargo de la crianza y protección del niño.

Por último, expresó que, a su juicio, son más los inconvenientes que los beneficios que se generan a partir de la aprobación de las medidas propuestas por la Moción, sin perjuicio que ellas, además, vulneran el derecho a la identidad biológica del niño.

Exposición del señor Hernán Corral

El Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Los Andes, señor Hernán Corral, comenzó su presentación indicando que el contenido del proyecto de ley en estudio es, fundamentalmente, permitir que dos mujeres figuren ante el Servicio de Registro Civil e Identificación como madres de un niño, concebido este último por técnicas de reproducción asistida o por vía natural.

Además, indicó que la iniciativa agrega, por una parte, una modificación a la Ley de los derechos y deberes de los pacientes, para regular y asegurar el derecho a la autonomía reproductiva, y por otra, una enmienda a la Ley de adopción para permitir que puedan acceder a esta institución personas unidas bajo el vínculo del acuerdo de unión civil.

Al respecto, señaló que estas dos últimas modificaciones no debiesen ser consideradas en el contexto de la presente

Moción, ya que, en el caso de la adopción, existe un proyecto integral de cambios a esta legislación (**Boletín N° 9.119-18**), el que incluye hacer procedente a tal figura respecto de parejas homosexuales. A su turno, expresó que, a su juicio, una reforma a la Ley de derechos y deberes del paciente requiere de una iniciativa independiente y separada para su discusión, en atención de la complejidad que ello implica.

En esa línea, y retomando, en su opinión, la idea fundamental del proyecto, esto es, que dos mujeres puedan ser madres de un niño. Así, indicó que ello podría parecer una enmienda menor y puntual, pero en realidad lo que se pretende es la introducción de un concepto de filiación totalmente distinto al que se ha manejado en el ordenamiento jurídico hasta ahora. En efecto, agregó, se trata de lo que algunos llamarían un cambio de paradigma de la regulación en este ámbito, toda vez que hasta ahora la relación de filiación es siempre resultante de la unión de un hombre y una mujer, sea producto de una relación sexual o por el vínculo de gametos masculino y femenino. Por tanto, explicó, este término deriva siempre de una relación dual o binaria, más allá si se determina legalmente respecto de ambos progenitores biológicos.

Lo anterior, prosiguió, conduce a que el niño sea, jurídica y biológicamente hablando, hijo de un padre hombre y una madre mujer. Solo por excepción, observó, la legislación permite que una o dos personas, bajo un fuerte escrutinio de sus condiciones y habilidades, puedan constituir una filiación adoptiva, la que, sin embargo, nunca destruye del todo los vínculos biológicos. Es así, como, por ejemplo, en el ámbito penal o para efectos de configurar impedimentos matrimoniales, se conserva el vínculo biológico para efectos de castigar delitos tales como el parricidio o el incesto, o para configurar un vicio en la formación del consentimiento marital, como aquellos provenientes de determinadas relaciones de consanguinidad.

Todo lo anterior, recalcó, sin perjuicio del derecho que otorga la ley de que el adoptado conozca la identidad de su progenitor biológico.

A continuación, afirmó que el proyecto de ley en estudio pretende, contrario a lo establecido anteriormente, que la filiación no sea determinada ni por la biología ni por la adopción, sino sencillamente por la voluntad de una mujer adulta de querer asumir como madre, aunque el niño ya tenga establecido un vínculo filiativo maternal por razones biológicas.

Luego, sostuvo que todo nuestro sistema legal está construido sobre la base de que un niño sólo puede tener un padre y una madre, y por ello, en caso de que haya diversas pretensiones de personas que se disputan la paternidad o maternidad del menor, se disponen, en el Código Civil, acciones judiciales de impugnación y de

reclamación, sin perjuicio de que se contemplan pruebas periciales biológicas con tal objeto.

Por lo mismo, añadió, no tiene efecto, en la normativa actual, el reconocimiento de un hijo que ya cuenta con filiación determinada, en conformidad al artículo 189 del Código de Bello.

En consecuencia, manifestó su preocupación por la introducción, en el marco de un proyecto de ley acotado, de una lógica filiativa que es incompatible con la que actualmente se regula el particular.

Sin perjuicio de lo expresado, indicó que no desconoce las legítimas posturas que respaldan la ampliación del concepto de filiación, de la homoparentalidad e incluso la multiparentalidad. No obstante ello, recalcó que tales discusiones deben ser rigurosas, ya que se trata de modificaciones legales que abordan figuras complejas, por lo que se requiere de iniciativas que normen estas materias de manera integral, en caso de estimarse que ello sea necesario.

Por otra parte, en lo referente a la discriminación a las parejas del mismo sexo que el proyecto pretende solucionar en este punto, en contraposición del trato que la ley otorga a las parejas heterosexuales, expresó que las diferencias en este ámbito no provienen ni del ordenamiento, ni del Estado, ni de la cultura, sino que de la biología y de la reproducción sexual de los seres humanos, de ahí que no estima que tales distinciones sean discriminatorias, sino que se justifican, precisamente por la realidad natural.

En tal sentido, resaltó que el artículo 182 del Código Civil (que en su momento él cuestionó por permitir que se evadan los controles propios de la adopción), exige que los intervinientes que se sujetan a las técnicas de reproducción asistida sean un hombre y una mujer, por lo mismo, la paternidad sólo puede proceder respecto del primero y la maternidad de la segunda.

A su vez, expresó que tampoco puede aseverarse que haya discriminación por la filiación determinada por el parto, ya que solamente una mujer puede dar a luz a un hijo.

En seguida, indicó que, de aprobarse el proyecto de ley, curiosamente la regulación incorporada en éste sí sería discriminatoria, ya que sólo se aplicaría a las parejas lésbicas, excluyéndose a las parejas masculinas.

Por su parte, en lo concerniente al interés superior del niño, destacó que, en su opinión, la Moción no considera este principio, ya que su centro gira en torno a una especie de derecho al hijo, que se

pretende asignar a las parejas lésbicas, lo que implica, a su parecer, una cosificación del niño, ya que no se le otorga la calidad de sujeto de derecho, como debiera ser, sino que se le trata como a un objeto de derecho.

Por ende, prosiguió, parece ser que el acento de la iniciativa estuviera focalizado en las parejas de mujeres adultas que desean tener un hijo, y no se advierte que con ello se sacrifica el interés de este último, el cual, conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño, debe ser siempre una consideración primordial (artículo 3°).

A su turno, en lo concerniente a la filiación por técnicas de reproducción asistida, indicó que, no obstante sostenerse, en los fundamentos del proyecto, que las modificaciones propuestas por la Moción en este punto se realizan para una mayor protección del niño, manifestó que el sometimiento a tales prestaciones, por parte de una pareja de mujeres, origina un hijo sin padre (en tanto el aportante del material genético masculino ser anónimo). Tal situación, añadió, genera una vulneración del derecho a la identidad del menor, ya que no sabrá quién es su progenitor biológico, contraviniendo, una vez más, lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño, en concreto, en su artículo 7, el que establece tal prerrogativa.

Lo anterior, subrayó, también ocurre cuando una pareja heterosexual se somete a las aludidas técnicas, es por eso que ha manifestado sus reparos al artículo 182 del Código Civil en sí.

Sin perjuicio de lo señalado, indicó que, en este caso, a diferencia del de las parejas homoparentales, el menor al menos contará con filiación determinada de un padre y una madre.

En seguida, expresó que en la iniciativa tampoco se explica cómo se determinaría la doble maternidad. En efecto, explicó que, tratándose de una pareja heterosexual, la filiación se determinará, si esta última se encuentre casada, por la presunción de paternidad respecto del padre, y por el hecho del parto en el caso de la madre, siendo la única diferencia, en la hipótesis en que la pareja no haya contraído matrimonio, que la filiación paterna se realizará por medio de la figura del reconocimiento.

Bajo esa lógica, le parece impropio que la iniciativa modifique el artículo 179 del Código Civil para incorporar una nueva forma de determinación de la filiación por naturaleza, ya que la filiación por técnicas de reproducción asistida puede ser matrimonial o no matrimonial, por lo que no constituye de por sí una tercera categoría.

A continuación, y de acuerdo a lo propuesto por el proyecto, precisó que la filiación del niño que nazca producto del sometimiento de una pareja de mujeres a la aplicación de técnicas de

reproducción asistida, quedará determinada por el parto (de la mujer que lo dé a luz) y por el reconocimiento (de su pareja), lo que perjudicará considerablemente los intereses del niño, toda vez que en el texto no se contempla ningún requisito que asegure que ésta sea la única situación en la que se va a permitir el reconocimiento. En tal sentido, añadió, el Servicio de Registro Civil e Identificación no va a poder oponerse a inscribir el reconocimiento de una segunda madre, aunque esta última ya no conviva con la gestora, o nunca lo haya hecho. Así, resaltó, ni siquiera se exige el consentimiento de la madre biológica para ello, o que la persona que se reconozca deba ser menor de dieciocho años de edad.

En esa línea, se preguntó la forma en que se podrá verificar si la mujer reconociente cuenta con las habilidades necesarias para ejercer el rol de madre del niño.

En ese sentido, agregó, la figura del reconocimiento gira en torno a la realidad biológica, de ahí que luego el hijo pueda repudiar el vínculo filiativo (al alcanzar la mayoría de edad) o que la madre pueda impugnar tal relación (en caso de que el niño no haya alcanzado los dieciocho años de edad), lo que en el caso no podría efectuarse respecto de la hipótesis en comento.

Asimismo, expresó que, eventualmente, el padre biológico podría también reconocer la paternidad del niño, con lo que el menor contaría con dos madres y un padre.

A su turno, indicó que la incorporación del término “o ellas” en el artículo 188 del Código Civil, permitiría el reconocimiento del niño por más de dos mujeres.

Por último, manifestó que uno de los fundamentos del proyecto estriba en que se propone esta nueva regla filiativa, a fin de otorgar mayor protección al niño, por ejemplo, en caso de que la madre biológica falleciera, ya que su pareja, al no tener vínculo con el menor, no podría adquirir su cuidado personal.

Lo anterior, afirmó, no es efectivo, ya que la Ley de acuerdo de unión civil modificó el Código Civil para otorgar al conviviente civil sobreviviente el derecho preferente a requerir el cuidado personal del hijo del fallecido, tal como lo dispone el inciso segundo del artículo 226 del citado cuerpo legal.

De igual modo, explicó, la otra mujer podría ser nombrada tutora o curadora del menor, debido a que la guarda en este caso sería dativa (artículo 368 del Código Civil). En efecto, añadió, esta es la misma situación que se configura respecto del marido que no es padre de los hijos de su mujer.

En consecuencia, sostuvo no existir ningún tipo de discriminación a este respecto.

Por el contrario, prosiguió, si permitiésemos a la conviviente de la madre fallecida que pudiera encargarse del menor, en cuanto ser la otra madre del mismo, se introduciría una situación de privilegio sólo para parejas lésbicas.

En conclusión, indicó que el proyecto contiene deficiencias técnicas, sin perjuicio de incorporar materias que deben ser discutidas en iniciativas independientes y separadas a ésta, además de introducir de manera fragmentaria una concepción de la filiación basada en la mera voluntad, sin control, que es discordante con el sistema legal sobre el punto.

Por tales razones, es que estimó que la Moción vulnera los derechos del niño, cosificándolo al tratarlo como un medio para el logro de aspiraciones de personas adultas que, naturalmente, no pueden devenir en madres.

Exposición del señor Mauricio Tapia

El Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Chile, señor Mauricio Tapia, inició su presentación indicando que, hace cuatro años atrás, en las Cámaras del Honorable Congreso Nacional se discutió el Acuerdo de Unión Civil. Al final de la discusión parlamentaria, agregó, la que fue exitosa, al disponer de una institución rica en derechos, se resaltó, no obstante lo anterior, que faltó la regulación de los hijos en este contexto, de ahí que se hable del particular como un “matrimonio sin hijos”.

Precisamente la presentación de la iniciativa en estudio es la consecuencia de una legislación en el sentido antes descrito, al evidenciar una realidad que subyace, esto es, la existencia de parejas del mismo sexo que crían, como una familia, a hijos.

Dicho lo anterior, añadió, y estando de acuerdo con todos los propósitos esenciales y las finalidades de la iniciativa, ya que significa extender derechos, así como reconocer y regular una situación que se verifica en la sociedad, lo que es conveniente especialmente para los niños.

Sin perjuicio de lo anterior, expresó que el proyecto, a fin de cuentas, presenta características misceláneas, ya que aborda distintos aspectos, los que, si bien en cierta medida pueden ser convergentes, necesitan de un análisis en todas sus consecuencias civiles, las que son bastante complejas.

Así, indicó que, por una parte, la Moción da cuenta de la existencia de un cierto derecho a ser padre o madre. En esa línea, señaló que la figura de la adopción y los avances de la medicina, permitió afirmar que las personas pueden contar una prerrogativa en este sentido, permitiendo que sujetos puedan acceder a la paternidad por medios distintos de los biológicos.

A su turno, manifestó que la iniciativa, de igual modo, propone extender los derechos consagrados en el Acuerdo de Unión Civil.

En tercer orden, añadió, reconoce la familia homoparental, sin perjuicio de que ello ya es implícitamente contemplado en la figura previamente referida (al establecer la legislación que dicho acuerdo es una institución de familia, que constituye un estado civil, que genera derechos hereditarios, respecto de la cual procede la compensación económica, entre otros), la que puede ser celebrada por parejas del mismo sexo. Por ende, la iniciativa se enmarca en la línea previamente indicada.

Luego, resaltó que, dentro de los fundamentos de la Moción, se hace alusión al interés superior del niño como su justificación central, debiendo dicha máxima, por cierto, siendo el primer elemento a considerar en estas materias.

En consecuencia, prosiguió, son cuatro ejes los abordados por el proyecto, número que, en su opinión, es elevado, producto de la cantidad de instituciones que se hace necesario revisar para estructurar de buena forma a aquél, en términos de su coherencia legislativa.

A modo de ejemplo, destacó que en caso de que se permita que un niño pueda contar con dos padres o madres, se requiere modificar la forma en que se disponen las partidas de nacimiento a cargo del Servicio de Registro Civil e Identificación.

Posteriormente, se preguntó acerca de la realidad en Chile del conjunto de materias que el proyecto pretende regular.

Así, subrayó que el ordenamiento jurídico nacional sólo permite el matrimonio entre personas de distinto sexo, por lo que, en su opinión, la primera cuestión a abordar es resolver esta situación, a fin de resolver si se modificará tal institución para configurarla en términos igualitarios.

En este punto, destacó la existencia de un proyecto de ley en tal sentido (**Boletín N° 11.422-07**), el que se encuentra actualmente en discusión en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de esta Corporación, siendo, probablemente, la

próxima gran reforma legislativa del sector, orientándose en la misma dirección asumida por ordenamientos jurídicos comparados de occidente. En esa línea, expresó que el Acuerdo de Unión Civil de nuestro país es el contrato no matrimonial más cercano al matrimonio en el mundo, por lo que existe un paso menor para la consagración del matrimonio igualitario en Chile, si se atiende la realidad de nuestro sistema legal.

Por otra parte, explicó que en la actualidad no existe reconocimiento jurídico a la homoparentalidad (no puede haber una partida de nacimiento en donde la persona figure con dos padres o dos madres), ni tampoco a la multiparentalidad. Sin perjuicio de lo anterior, reparó en que esta última fórmula no es del todo extraña, ya que una pareja lesbica a cargo de la crianza y cuidado de un niño puede, además, ser respaldada por el padre biológico del menor, el que mantiene su vínculo filiativo con su hijo. Así, indicó que, si un mayor número de personas quiere asumir tareas de cuidado y protección del niño, ello sólo resulta más beneficioso para este último.

Ante tal escenario, expresó diversas fórmulas para hacer frente a aquél.

De esa forma, estimó que la prioridad debiese ser la aprobación legislativa del matrimonio igualitario, ya que ello simplificaría muchas cosas relacionadas con el punto, algunas de las cuales se encuentran consideradas en la iniciativa.

Por otro lado, en lo relativo a las técnicas de reproducción asistida, expresó que, frente al vacío regulatorio en este ámbito, el acceso a las mismas se efectúa con cierta libertad, pero determinados centros médicos cuentan con prácticas conservadoras en este contexto, y por tanto, no otorgan estas prestaciones a parejas del mismo sexo, manifestando que tal situación debiese ser corregida.

A su vez, en lo concerniente a la adopción, indicó que actualmente se está desarrollando una discusión sobre un proyecto de ley que abarca el tópico de manera integral (**Boletín N° 9.119-18**), incorporando incluso la adopción homoparental (no siendo requisito para ello el haber celebrado un acuerdo de unión civil), por lo que las materias propuestas al respecto por la iniciativa ya se abordan en tal proyecto.

Finalmente, observó que otra fórmula que existe es la maternidad subrogada, figura por la cual se encarga a una tercera mujer concebir al niño, siendo luego la filiación determinada respecto de quienes hayan encomendado tal tarea.

Posteriormente, y retomando nuevamente las reglas relativas a las técnicas de reproducción asistida, indicó que el artículo

182 del Código Civil dispone la filiación del padre y madre sometido a éstas, respecto del niño concebido producto de las mismas. En este punto, agregó, el proyecto pretende abrir el acceso a tales prestaciones a parejas de mujeres, a fin de que la filiación se determine respecto de ellas dos como madres del menor. Lo anterior, mediante la modificación de la Ley de derechos y deberes de los pacientes, lo que da cuenta de la diversidad de materias abarcadas por la Moción. En efecto, resaltó, se puede discutir que una enmienda de esa naturaleza se lleve a cabo en la presente iniciativa, en tanto el citado cuerpo legal referirse, principalmente, a cuestiones de bioética, más que a materias relacionadas con el interés superior del niño.

En tal sentido, sugirió que el proyecto defina si, además de dichos vínculos filiales, el padre biológico también pudiese ser incluido en este esquema, reconociendo su calidad filial en ese orden.

Asimismo, destacó que el contenido de la regulación propuesta acerca del particular le parece acertado, ya que se dispone de un acceso igualitario a las antedichas técnicas, sin que ello se sujete a condicionamientos. De igual modo, estimó como adecuado el mecanismo jurisdiccional que se establece para proteger tal derecho, mediante la disposición de una extensión de los efectos procesales del recurso de protección constitucional para este caso.

Posteriormente, indicó que, del modo en que la iniciativa aborda las prestaciones sanitarias en comento, se desprende que la normativa sólo se aplicaría a parejas de mujeres, excluyéndose a parejas homosexuales masculinas (de incorporarse a estas últimas, se abordaría directamente la figura de la maternidad subrogada).

Por otro lado, en lo concerniente a las modificaciones al régimen del reconocimiento de un hijo, indicó que tal materia, en la actualidad, presenta una visión bastante liberal, ya que no se exige ningún tipo de acreditación de vínculo biológico o de otra especie para que dicho acto se perfeccione, bastando, por ende, la mera voluntad del sujeto reconociente.

Así, indicó que la Moción pretende extender tal prerrogativa al hombre o mujer no progenitor, en el contexto de parejas del mismo sexo. Sin perjuicio de lo anterior, resaltó la necesidad de que se precise si fuese posible en tal esquema que el menor contase con dos madres y un padre.

A su turno, expresó que también se contempla esta facultad (el reconocimiento) para dichas parejas en el acto de celebración del acuerdo de unión civil. En consecuencia, destacó, al menos en este punto, se generaría la paradoja de que existirían más derechos para los convivientes civiles que para los cónyuges de un matrimonio.

Finalmente, manifestó que comparte los propósitos del proyecto de ley en estudio, más allá de las observaciones previamente descritas, no obstante de relevar la necesidad de que se legisle sobre el matrimonio igualitario, lo cual, en su opinión dotaría de coherencia a muchas de las materias tratadas en este contexto, para luego regular las técnicas de reproducción asistida, conjugando posteriormente a tales instituciones siempre con el interés superior del niño.

Exposición de la Corporación Comunidad y Justicia

El Director Ejecutivo de la Corporación Comunidad y Justicia, señor Nicolás Rodríguez, comenzó su presentación señalando que el proyecto en análisis pretende otorgar la condición de paternidad a las parejas homosexuales, ya sea femeninas o masculinas, respecto de los hijos que uno de ellos pudiera tener. Luego, pasó a desarrollar los siguientes aspectos de la iniciativa que se pasan a describir.

I. Sentido y alcance del proyecto

El proyecto se presenta como una solución para el caso de los hijos no reconocidos de filiación no matrimonial (respecto de los cuales no existe presunción de paternidad ni de maternidad) y de los hijos concebidos mediante técnicas de fertilización asistida cuando los que encargan el proceso son mujeres. En su fin, la hipótesis que busca proteger es la de los hijos que viven con una pareja de homosexuales, hombres o mujeres. Desde esta perspectiva, parece difícil oponerse a este proyecto. Sin embargo, la verdad es que el proyecto presenta dificultades debido a tres razones: 1) es hermenéuticamente oscuro o ambiguo en lo que se refiere a la impugnación de paternidad, al proceso concreto de reconocimiento del hijo y al estado en que quedarían los hijos o los padres biológicos; 2) legaliza subterfugiamente cosas que ameritan un proyecto de ley propio (derecho a formar una familia, derecho a prestaciones de reproducción asistida, adopción homoparental); 3) es discriminatorio respecto de las parejas homosexuales masculinas (en Comunidad y Justicia nos oponemos a la adopción homoparental, tanto respecto de parejas gays como lesbianas, pero es un punto que puede ser políticamente útil mencionar) y 4) pretende otorgar el recurso de protección constitucional a una norma de simple rango legal.

En su contenido material, apenas modifica la redacción de algunas normas ya existentes, incorporando a las parejas homosexuales masculinas o femeninas. En ese sentido, es un proyecto que no prevé claramente sus propias repercusiones.

II. Efectos que podría producir la iniciativa

Uno de los efectos que produciría este proyecto es la consagración del recurso de protección por condicionar el acceso a las referidas técnicas. Sin embargo, como decíamos más arriba, ello no sería adecuado, salvo que, además, se modifique la Constitución agregando un numeral al artículo 19, lo que requiere de un quórum de los dos tercios de los Honorables Diputados y Senadores en ejercicio.

En segundo lugar, cabe mencionar que pasa a llevar el derecho del padre o madre biológicos, en aquellos casos en que se encuentren fuera de la relación de pareja, y el derecho del hijo a conocer a sus padres biológicos.

En tercer lugar, el proyecto consagra implícitamente un derecho a omitir la adopción para adultos homosexuales que no tienen vínculo alguno con el niño más allá de la habitación de hecho. Si una madre lesbiana no se somete al tratamiento (no es la mujer gestante ni aporta su óvulo) no tendría ningún vínculo con el hijo, por lo que en teoría debería adoptar para crear ese vínculo, pero en este caso se omite este trámite. En otras palabras, se consagraría una primacía arbitraria a parejas homosexuales respecto de la adopción (aunque con otro nombre). Además, este derecho sería irrevocable si el padre no hubiere reconocido el hijo. Se establecería una forma de preclusión de la paternidad biológica.

En cuarto lugar, el proyecto pretende modificar el artículo 182 del Código Civil, pero sus problemas originales se mantienen, debido a que quienes se someten a técnicas de reproducción asistida pueden ser varias personas, dando derecho a reclamar filiación a cualquiera de ellas. Por otro lado, al señalar que no se podrá reclamar una filiación diferente se cae en una contradicción, dado que más de una persona puede reclamar la filiación, ora por este artículo, ora en virtud del artículo 183, que tampoco admite pruebas en contrario. Ahora bien, existe una posibilidad de interpretación distinta de la contradicción: el artículo podría entenderse como una disposición legal que permite la paternidad o maternidad ejercida por más de dos personas.

Respecto de la maternidad subrogada, ésta continúa siendo una práctica clandestina, ya que no se deroga el artículo 183 del Código de Bello. La madre, por lo tanto, será quien dé a luz, y no otra persona. La mujer gestante también se somete a las técnicas de reproducción y, en consecuencia, cumple con el requisito del artículo 182.

III. Comentario valorativo

Ante todo, es necesario preguntarse una cosa: ¿existen realmente hijos de parejas del mismo sexo? La respuesta sólo puede ser negativa. No existen por naturaleza hijos de parejas

homosexuales, ni siquiera respecto de hijos concebidos por técnicas de reproducción asistida, ya que siempre se requiere un gameto masculino para la concepción del cigoto. Esta ley, por ende, no solucionaría un problema realmente existente, sino que consolidaría una situación de por sí irregular, cual es la de un hijo que no vive con uno de sus progenitores y que vive con al menos una persona que no lo es, pero sin pasar por el trámite de la adopción. Este proyecto de ley bien puede ser una respuesta frente al hecho de que ciertos niños son de hecho criados por parejas homosexuales, pero es una respuesta que atenta contra el derecho del niño a su padre y a su madre.

Por otro lado, la presunción de paternidad del matrimonio tiene su razón de ser. A diferencia de lo dicho en el mensaje del proyecto, no es una simple "presunción estereotipada", sino un razonable aligeramiento probatorio. Las presunciones se establecen para facilitar la prueba en juicio de ciertas conductas que son probables en los hechos; no es un invento arbitrario de la ley. La ficción, en cambio, es la afirmación legal de un hecho que se sabe falso, por algún motivo que lo justifique. Es razonable pensar que los hijos concebidos durante un matrimonio son realmente hijos biológicos de la pareja (al menos, es muy probable que así sea). En cambio, no es posible que un niño sea hijo biológico de dos personas del mismo sexo, por la sencilla razón de que se requiere de un óvulo y un espermatozoide para la formación de un cigoto.

En general, se aprecia en el proyecto que el prisma está puesto en los padres homosexuales y en su presunto derecho a los hijos, siendo que debería ponerse en el derecho de un niño a conocer a sus padres biológicos y a vivir en su familia biológica (o, en su defecto, a ser restituido a una familia como la que perdió). No es discriminatoria esta mirada, porque nunca se ha dicho que las parejas heterosexuales tienen derecho a tener hijos. Es más, las técnicas de reproducción asistida no están contempladas como una prestación obligatoria, es decir, no existe un derecho, ni para los heterosexuales ni para los homosexuales, a tener hijos a toda costa. Las técnicas de fertilización asistida están permitidas legalmente para quien pueda pagarlas, pero de ahí no se sigue que sean un derecho social (por otro lado, habida consideración de los auténticos problemas sociales de salud, de vivienda, de transporte público, de seguridad ciudadana y de educación, parece un error grave de prioridades establecer esto como un derecho, pues es carísimo y claramente no es una urgencia social sino dentro de alguna élite). Este proyecto establece esto como un derecho, y además lo hace sólo respecto de las parejas homosexuales.

El Pacto de San José reconoce en su artículo 17° "el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención." En relación al principio de

no discriminación, anteriormente descrito, el artículo 2° da a entender que no se puede discriminar 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”. Sin embargo, esto no quiere decir que el Estado esté obligado a proveer de pareja a los solteros o dar hijos a quienes no los tengan. Existe un derecho a procrear si así se desea, y a que los hijos que provengan verdaderamente (biológicamente) de una unión sean reconocidos como tales. El tratado es coherente con que existan ciertas restricciones para la formación de una familia conforme al principio del interés superior del niño, que en estos casos rige en primer lugar.

La razón que fundamentaría que a las dos mujeres se les otorgue la posibilidad de ser inscritas como madres es haber concurrido en la concepción y en la gestación del niño. Pero desde esta perspectiva debería también reconocerse el derecho del padre que aportó su espermatozoide. Se llegaría, así, a la existencia de niños con tres padres. Surge, entonces, el problema de las filiaciones múltiples, dado que este proyecto sólo permite que se pueda registrar a más de una persona como madre, pero no excluye de por sí al padre que ya reconoció al hijo. Adicionalmente, la inimpugnabilidad de la maternidad reconocida por esta vía es una regla absolutamente discriminatoria, pues ninguna relación dice con la notoria calidad de hijo que pueda tener el menor. No existe ningún motivo para que se les exima del correspondiente juicio en ese caso.

Finalmente, esta legislación atenta gravemente en contra del principio del interés superior del niño. Señalar que las mujeres tienen derecho a una familia en esos términos significa necesariamente pretender que existe derecho a los hijos, es decir, que en esta relación jurídica las mujeres son consideradas sujetos, mientras que los hijos son considerados simples objetos a merced de los deseos arbitrarios de quienes los pretenden. Reconocer una cosa semejante implica permitir abusos de todo tipo y, por de pronto, eliminar cualquier sustento de tipo lógico para establecer deberes o restricciones a los padres. Es por esto que insistimos enérgicamente en que no son los padres quienes tienen derecho a los hijos, sino los niños quienes tienen derecho a ser queridos y cuidados por un padre y una madre. Lo contrario implicaría legitimar una nueva forma de cosificación de las personas.

Exposición de la Defensoría de los Derechos de la Niñez

La Defensora de los Derechos de la Niñez, señora Patricia Muñoz, se refirió al proyecto de ley en examen en los términos que se pasan a describir a continuación.

I. Introducción

Valoramos la presentación de este proyecto de ley en la medida que responde al interés superior de niños y niñas en términos del derecho a la igualdad y protección de la familia, pues desde la Defensoría de la Niñez entendemos que el concepto de familia en Chile ha cambiado y, por tanto, no existe justificación para desconocer legalmente la realidad de niños y niñas al interior de familias de personas del mismo sexo, sobre todo si la omisión legislativa y judicial no responde a su interés superior.

A partir del 13 de octubre de 1998, día en que se promulgó la Ley N°19.585, comenzó a regir en Chile un nuevo sistema de filiación, el cual eliminó las diferencias entre hijos naturales (nacidos dentro del matrimonio) y simplemente ilegítimos (nacidos fuera del matrimonio). En este nuevo ordenamiento, la filiación es clasificada en filiación por naturaleza o filiación adoptiva. La filiación por naturaleza, a su vez, puede ser determinada y no determinada; la primera se clasifica en a) matrimonial; b) no matrimonial y c) por fecundación, mediante la aplicación de técnicas de reproducción asistida (artículos 179, 180, 181 y 182 del Código Civil).

Actualmente nacen hijos dentro de familias conformadas por personas del mismo sexo; sean éstos concebidos mediante técnicas de reproducción asistida o por el embarazo de una de las convivientes sin paternidad reconocida. En Chile, desde antes de la existencia del acuerdo de unión civil, existen casos de niños y niñas nacidas en el seno de una familia de personas del mismo sexo. Sin embargo, sólo a partir de la entrada en vigencia de dicha regulación, Ley N°20.830, el Estado de Chile reconoce formalmente a las familias homosexuales y lésbicas bajo un estatuto jurídico de protección. Pese a ello, la Defensoría de la Niñez ha tomado conocimiento de que aquellos casos judicializados, en que se solicita el reconocimiento de doble filiación de un niño, niña o adolescente, respecto a personas del mismo sexo, no han sido acogidos en los tribunales por tratarse de un asunto que, según el Poder Judicial, le corresponde abordar al Poder Legislativo. De ahí entonces la necesidad de legislar para la protección de este grupo de niños y niñas.

II. Estándares

a. Igualdad y no discriminación

La igualdad ante la ley constituye un principio básico y general, relativo a la protección de los derechos humanos reconocido normativamente en la mayoría de las constituciones de los Estados y en diversos tratados internacionales de derechos humanos. Así, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante CADH, ratificada por Chile, establece, en el artículo 24, que “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. Y, específicamente, el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece:

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

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

El derecho a la igualdad y no discriminación ha sido latamente desarrollado desde hace décadas en el Sistema Regional de Protección, Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), en el Sistema Universal de Derechos Humanos (ONU) y en otros sistemas regionales de protección, como el liderado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), razón por la cual en este apartado solo haremos referencia a este principio en términos generales y atinentes al objeto de estudio.

La Corte Interamericana, a partir de enero de 2018, fecha en que se dio a conocer la Opinión Consultiva N° 24, sobre “Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, otorgó el máximo reconocimiento posible a nivel internacional a los derechos de las personas de la diversidad sexual, exigiendo a los Estados de la región la adecuación integral de los ordenamientos jurídicos a fin de eliminar todo tipo de discriminaciones en la materia. La idea de igualdad es inseparable de la dignidad esencial de la persona y es incompatible con tratos discriminatorios de privilegio o inferioridad. El principio de igualdad es una máxima de derecho imperativo, que debe permear toda actuación del Estado, por lo que no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de las personas, por motivos de género, orientación sexual, estado civil, situación económica, etc. Están prohibidas las discriminaciones de hecho, o de derecho (en la ley). El principio de igualdad también consagra la protección del derecho a la igual protección de la ley. En otras palabras, se prohíbe la discriminación en cuanto a los derechos de las personas. Cualquier protección desigual de las leyes internas de un Estado deberá ser analizada bajo los estándares internacionales, según lo cual los Estados tienen la obligación de adoptar medidas positivas para revertir, o cambiar, situaciones discriminatorias en perjuicio de determinado grupo de personas.

Lo anterior, además, no es desconocido para Chile, pues la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Atala Rifo, del año 2012, condenó a Chile estableciendo:

1) Sobre el alegado derecho a una familia normal y tradicional, la Corte Interamericana sostuvo principalmente: “que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”,

2) Respecto al trato recibido por las niñas, hijas de la señora Atala, la Corte Interamericana consideró que, al haber discriminado a su madre también se discriminó a sus hijas, lo que vulneró el artículo 24, en relación a los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana, en los siguientes términos “Al respecto, la Corte resalta que las niñas y los niños no pueden ser discriminados en razón de sus propias condiciones y dicha prohibición se extiende, además, a las condiciones de sus padres o familiares, como en el presente caso a la orientación sexual de la madre. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha aclarado en su Observación General No. 7 que los niños y las niñas pueden sufrir las consecuencias de la discriminación de la cual son objeto sus padres, por ejemplo, si han nacido fuera del matrimonio o en otras circunstancias que no se ajustan a los valores tradicionales”.

i) Discriminación indirecta

Si bien internacionalmente se reconoce el derecho a la igualdad, y de ello surge la obligación de los Estados de no discriminar ni realizar diferencias carentes de objetividad, proporcionalidad ni racionalidad, este derecho de ius cogens también prohíbe a los estados realizar discriminaciones indirectas.

Éstas han sido descritas internacionalmente por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en la Observación General N° 14, el que sostuvo que:

“Cualquier distinción es contraria a la Convención si tiene el propósito (discriminación directa) o el efecto (discriminación indirecta) de menoscabar determinados derechos y libertades”.

En este sentido, el Comité de Derechos Humanos determinó que discriminación indirecta es:

“Una regla o medida que aparentemente puede ser neutra sin intención discriminatoria, pero que, con todo, da lugar a

discriminación por su efecto adverso exclusivo o desmedido para una categoría de personas”.

El Comité luego estableció:

“Una discriminación indirecta puede resultar de no tratar situaciones diferentes en forma diferente si los resultados negativos de esto afectan exclusivamente o desproporcionadamente a personas de una determinada raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica u otra condición social”.

Más recientemente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dispuso que:

“La CIDH ha señalado que pueden darse afectaciones a la igualdad de modo indirecto, consistente en que se realicen distinciones arbitrarias o desproporcionadas en la aplicación de normas, acciones, prácticas o políticas que a primera vista parecen neutrales pero que, sin embargo, ocultan el impacto perjudicial que éstas tienen sobre grupos en situación de vulnerabilidad.

En relación a lo anterior, el examen de las normas y políticas sobre la base del principio de igualdad efectiva y no discriminación abarca también el posible impacto discriminatorio de estas medidas, aun cuando parezcan neutrales en su formulación o se trate de medidas de alcance general y no diferenciado”.

El concepto de discriminación indirecta es importante para el trabajo legislativo, porque diversas normas chilenas, de apariencia neutras, son eventualmente responsables de la negación de derechos de niños, niñas y adolescentes y, consecuentemente, responsables de actos discriminatorios. Sin embargo, no es posible identificar todas aquellas normas eventualmente discriminatorias, pues la discriminación indirecta se debe constatar caso a caso, según su efecto desmedido para un grupo de personas. Según ello, analizadas las normas chilenas de filiación, desde la Defensoría de la Niñez, se ha constatado la existencia de normas discriminatorias en perjuicio de los hijos(as) de parejas del mismo sexo.

La norma que regula la filiación por reproducción asistida, del artículo 182 del Código Civil, solo se refiere al caso en que un hombre y una mujer se someten a las técnicas de reproducción asistida, dejando fuera los casos en que dos mujeres se someten a dichas técnicas, lo que como se advierte, ocurre en Chile. La existencia de esta norma, y la ausencia de regulación de la reproducción asistida, ocasionan en la práctica que el Estado, frente a situaciones diferentes de filiación por reproducción médicamente asistida, ha omitido proteger a un grupo específico de niños y

niñas exclusivamente por motivos fundados en la orientación sexual de las personas que se sometieron a dichos procedimientos.

Otra situación, que también provoca una discriminación indirecta respecto de niños, niñas y adolescentes, serán aquellos casos en que la legislación no reconoce la familia de aquéllos por razón de la orientación sexual de las personas que la conforman, pero sí reconoce las familias de otros niños, debido a la ficción jurídica de presunción legal de la paternidad que no se extiende a familias de parejas del mismo sexo y cuya razón de ser dejó de existir en la nueva forma de reconocimiento legal de convivientes civiles.

En ambos casos, la Defensoría de la Niñez estima, existen discriminaciones indirectas que deben ser subsanadas por el legislador.

b. Derecho a la identidad

El derecho a la identidad forma parte de los derechos que tienen todos los niños y niñas, en tanto es sustancial a la dignidad humana y se relaciona con la forma en que las personas se relacionan en la sociedad. Y aunque no es un derecho consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño lo reconoce en el artículo 8.1:

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

Con ocasión de ello la Corte Interamericana ha sostenido:

“Se colige que la identidad es un derecho que comprende varios elementos, entre ellos, se encuentra compuesto por la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, incluidos en dicho articulado a modo descriptivo mas no limitativo. De igual forma, el Comité Jurídico Interamericano ha resaltado que el “derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana” y es un derecho con carácter autónomo, el cual posee “un núcleo central de elementos claramente identificables que incluyen el derecho al nombre, el derecho a la nacionalidad y el derecho a las relaciones familiares. En efecto, es “un derecho humano fundamental oponible erga omnes como expresión de un interés colectivo de la comunidad internacional en su conjunto, que no admite

derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana”.

“Al respecto, esta Corte ha establecido previamente que “el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como 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 derechos de que se trate y las circunstancias del caso”. Es así que la identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Asimismo, es importante resaltar que, si bien la identidad entraña una importancia especial durante la niñez, pues es esencial para el desarrollo de la persona, lo cierto es que el derecho a la identidad no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, pues se encuentra en constante construcción y el interés de las personas en conservar su identidad y preservarla no disminuye con el paso de los años. Además, el derecho a la identidad puede verse afectado por un sinnúmero de situaciones o contextos que pueden ocurrir desde la niñez hasta la adultez”.

Por su parte, en el año 2004, la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos de UNESCO, estableció en su artículo 3 que:

“Cada individuo posee una configuración genética característica. Sin embargo, la identidad de una persona no debería reducirse a sus rasgos genéticos, pues en ella influyen complejos factores educativos, ambientales y personales, así como los lazos afectivos, sociales, espirituales y culturales de esa persona con otros seres humanos, y conlleva además una dimensión de libertad”.

En nuestro ordenamiento jurídico, si bien el derecho a la identidad no está consagrado expresamente en la Constitución chilena, el Tribunal Constitucional determinó que:

“Aún cuando la Constitución chilena no reconozca, en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país” (Sentencia de 21 de septiembre de 2009, Rol N° 1340-9).

Y en lo sustantivo, el Tribunal Constitucional definió el derecho a la identidad personal como sigue:

“Aquel que “implica la posibilidad de que toda persona pueda ser ella misma y no otra, lo que se traduce en que tiene derecho a ser inscrita inmediatamente después de que nace, a tener un nombre desde dicho momento y, en la medida de lo posible, a ser cuidada por ellos”. Ha agregado que “la estrecha vinculación entre el derecho a la identidad personal y la dignidad humana es innegable, pues la dignidad sólo se afirma cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede aspirar al reconocimiento social que merece.” (STC Rol N° 1340, considerando 10°)”.

c. Derecho a la protección de la vida privada y familiar

Por su parte, el principio del interés superior del niño, se establece como un principio rector en todo tipo de decisiones que afecten su vida y desarrollo, pero además se debe tener en especial consideración la estrecha vinculación entre esta obligación y la protección de la familia:

“si bien el concepto de familia como sujeto de derechos no se limita a la familia tradicional, la existencia de un niño en un hogar generalmente basta para constituir una familia como sujeto de derecho a protección, y el niño invariablemente es sujeto no sólo de los derechos como tal sino que es beneficiario de los derechos de la familia”.

Para el derecho internacional de los derechos humanos no existe un concepto cerrado ni tradicional de familia. En el sistema universal, en el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y el artículo 23 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se refieren al derecho al matrimonio y a fundar una familia. En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos también se pueden encontrar diversas normas sobre la protección de la familia. Así, por ejemplo, el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto San José de Costa Rica y el artículo 15 del Protocolo Adicional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador.

Aunque no existe un instrumento internacional dedicado específicamente a los derechos de la familia, la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce, en el artículo 7.1, el derecho de todo niño a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos y, en el artículo 8.1, establece la obligación de los Estados de respetar el derecho a la identidad del niño, lo que incluye las relaciones familiares de conformidad a la ley sin injerencias ilícitas. Por su parte, el artículo 17 de la Convención Americana consigna la Protección de la Familia, en los siguientes términos:

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

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.”.

Y el artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Protección de la honra y dignidad, establece:

“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.”.

Del artículo 17.1 de la Convención Americana, en conjunto con el derecho a la vida privada del artículo 11.2, la Corte Interamericana estableció que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada ni en la de su familia:

“169. Al respecto, la Corte reitera que el artículo 11.2 de la Convención Americana está estrechamente relacionado con el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, según el cual el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. El Tribunal ha establecido que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas.

170. En lo concerniente a los artículos 11.2 y 17.1. de la Convención Americana, el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia, y además está expresamente reconocido por los artículos 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8 del Convenio Europeo”.

171. Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo, el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida de familia, y el artículo 8 del Convenio Europeo tiene como objetivo preservar al individuo contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas y establecer obligaciones positivas a cargo del Estado a favor del respeto efectivo de la vida familiar.”.

d. Interés superior de los niños, niñas y adolescentes

El interés superior del niño o niña es un principio rector de nuestro ordenamiento jurídico, consignado en distintas normas, entre ellas, el artículo 222 del Código Civil, que establece:

“Art. 222. 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.”.

En igual sentido, el artículo 226 del Código Civil, refiere al interés superior del niño o niña conforme a lo señalado en el artículo 225-2 del mismo cuerpo legal, el cual, a su turno, establece, para la determinación del cuidado personal, criterios y circunstancias a considerar y ponderar conjuntamente, de lo cual es pertinente tener en consideración:

a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar.

b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad.

j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo”.

La Ley N°19.968, que crea los Tribunales de Familia, también incorpora el interés superior del niño como principio rector sobre el cual los tribunales deben fundamentar sus resoluciones. Así, según el artículo 16, inciso segundo:

“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.”.

El profesor Miguel Cillero, afirmando que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos, considera que, para una correcta aplicación del principio de interés superior del niño, en sede judicial:

“Se requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no solo

considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa”.

Por otra parte, el interés superior del niño o niña tiene reconocimiento internacional y se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos.

“Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana.”.

En el sistema universal de protección de derechos, la Convención sobre los Derechos del Niño señala:

“Art. 3. Todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración de su interés superior. Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo”.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece:

“Artículo 24

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.”.

En el sistema interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece:

“Artículo 19. Derechos del Niño

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”.

El artículo 19 de la Convención Americana, señala que los niños deben recibir medidas especiales de protección, siendo necesarias dada la situación específica en la que se encuentran los niños

tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia. Según ello, es preciso ponderar no solo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallan los niños.

En la misma línea, el Protocolo de San Salvador, pendiente de ratificación por Chile, consigna en el artículo 16:

“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, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo”.

En definitiva, el interés superior del niño es un principio que debe fundar todas las decisiones que involucren a niños o niñas. Lo que ha sido reiteradamente señalado por los órganos autorizados de interpretación de tratados de derechos humanos. Así, por ejemplo, la Corte Interamericana sostiene:

“En aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia.”.

Más recientemente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017), citando al Comité de los Derechos del Niño (2013), sostuvo en el Informe Garantía de derechos Niñas, niños y adolescentes que:

“A fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, cualquier decisión sobre el niño o los niños debe estar motivada, justificada y explicada. En la motivación se debe señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en ese caso en concreto, y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del niño. Si, excepcionalmente, la solución elegida no atiende al interés superior del niño, se deben indicar los motivos a los que obedece para demostrar que el interés superior del niño fue una consideración primordial, a pesar del resultado. No basta con afirmar en términos generales, que hubo otras consideraciones que prevalecieron frente al interés superior del niño; se deben detallar de forma explícita todas las consideraciones relacionadas con

el caso en cuestión, y se deben explicar los motivos por los que tuvieron más peso en ese caso en particular. En la fundamentación también se debe explicar, de forma verosímil, el motivo por el que el interés superior del niño no era suficientemente importante como para imponerse a otras consideraciones. Es preciso tener en cuenta las circunstancias en que el interés superior del niño debe ser la consideración primordial”.

A partir de todo lo antes transcrito es posible resumir las ideas que envuelve el principio de interés superior del niño en la obligación de los Estados, y de todos quienes tomen decisiones que involucren a niños o niñas, de motivar, justificar y explicar dichas decisiones en razón de determinar y explicitar el interés superior de los niños o niñas. Dando razones que justifiquen las decisiones adoptadas en virtud de tal interés, o bien, explicar aquellos casos en que el interés superior del niño o niña no es suficientemente importante como para imponerse a otras consideraciones.

III. Aplicación de estándares a las hipótesis del proyecto

La iniciativa distingue tres hipótesis:

1) Parejas de mujeres que se han sometido conjuntamente a técnicas de reproducción humana asistida

No existen normas que regulen la filiación de hijos(as) nacidos en una familia de personas del mismo sexo, ni aún bajo la unión civil, después de la Ley N°20.830. En aquellos casos de hijos nacidos con ocasión de reproducción asistida, la única norma legal que regula la filiación es el artículo 182 del Código Civil, el cual no fue modificado por la ley N°20.830, que crea el acuerdo de unión civil.

El asunto es que actualmente nacen niños y niñas en familias de personas del mismo sexo por medio de la utilización de reproducción médicamente asistida. Esos niños y niñas nacen al interior de familias reconocidas legalmente por unión civil y, también, de la relación de facto de personas del mismo sexo. De ahí se prevén una serie de consecuencias negativas para los derechos de esos niños y niñas:

i. Primero, porque el Registro Civil se ha negado a inscribir la doble filiación de maternidad de estos niños y niñas, luego, el Poder Judicial ha fallado remitiendo el asunto al Poder Legislativo, lo que en la práctica ocasiona que tales niños y niñas sean los nuevos hijos ilegítimos en Chile.

ii. Segundo, porque la ley de unión civil no exige el deber de fidelidad ni cohabitación entre los convivientes civiles y aun así se presume la paternidad en parejas de distinto sexo y no así en parejas del mismo sexo. La ficción de la paternidad no es más que eso; una ficción que no soporta análisis lógico en el texto de la ley de unión civil pues, tal como sostiene la profesora Maricruz Gómez de la Torre V., esta extensión del artículo 184 del Código Civil a los convivientes civiles de distinto sexo: “rompe con la estructura del Código y con la fundamentación de la presunción *pater is est*, sustentada en la cohabitación y en el deber de fidelidad de la mujer casada. Pareciera que el legislador sustenta el establecimiento de la presunción en el compromiso que los padres asumen al convivir”. Por cierto, si se revisa la Historia de la Ley N°20.830, se puede constatar que en diversas oportunidades se hizo presente esta inconsistencia de presunción de paternidad, sin la exigencia del deber de fidelidad ni de cohabitación. Así lo afirmaron durante la discusión legislativa profesionales de la Corporación Comunidad y Justicia, la ex Diputada señora Marisol Turres y la profesora Carmen Domínguez. Esta última señaló que “este artículo constituye un grave e irreparable error por varios motivos: primero, porque el acuerdo de vida en pareja no exige el requisito esencial sobre el que siempre ha razonado la presunción y que es que exista cohabitación entre la pareja, esto es el deber de tener vida sexual que pueda generar hijos”.

iii. Tercero, la segunda mujer –quien no parió- es pariente de la familia de su pareja –la madre legal- pero los niños o niñas no son parientes de ella. Es decir, ante la ley la pareja mujer de la mamá del niño/a es su conviviente civil, pero para el niño es una tercera extraña.

iv. Cuarto, así las cosas, los niños o niñas en estas hipótesis no heredarán de quienes les han criado –de aquella mujer legalmente extraña- pero se verán obligados a concurrir en la herencia de su madre legalmente reconocida con aquella.

v. Quinto, si la conviviente civil de la madre legalmente reconocida decidiera desatenderse su crianza el niño o niña no podría acudir a la justicia solicitando, por ejemplo, pensión de alimentos.

vi. Sexto, tampoco dicha mujer podría cometer el delito de parricidio.

Estas cuestiones fueron previstas en la tramitación de la Ley N°20.830. Así, por ejemplo, el profesor Hernán Corral coincide con la premisa de que una vez otorgado reconocimiento y protección a la convivencia homosexual o lésbica, como ocurre en Chile luego de la Ley N°20.830, cualquier diferencia vulneraría el derecho a la igualdad, sosteniendo “Si se asume como premisa implícita del razonamiento que el comportamiento homosexual no tiene diferencias

relevantes desde el punto de vista ético y jurídico con la cópula entre hombre y mujer, entonces la respuesta viene exigida ya en la misma pregunta: cualquier diferencia que haga la ley en todo plano (política, trabajo, educación, familia, filiación, adopción, etc.) vulneraría el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación”.

Por tanto, si la situación de los niños y niñas en familias del mismo sexo es distinta a la situación de niños y niñas de parejas de distinto sexo, existe una discriminación respecto a esos niños y niñas por la orientación sexual de los adultos, lo que está prohibido por el derecho internacional (Atala Riffo).

No se trata del derecho de las personas de homosexuales o lesbianas a ser padres o madres, cuestión cuyo debate corresponde a otra sede. Se trata de analizar si el ordenamiento jurídico actual discrimina o no a los niños y niñas que actualmente existen y forman parte de familias legalmente reconocidas. Por tanto, en principio no existiría discriminación en el caso de niños o niñas con filiación paterna determinada, aún si su madre se ha unido civilmente con una mujer, pues los derechos en juego de esos niños y niñas son el derecho a la protección de la familia, el derecho a la identidad (de origen) y en general, el derecho a tener el mismo tratamiento de protección que los demás niños y niñas. La excepción está dada si es que esos niños y niñas no disponen de los mismos mecanismos de determinación de filiación que otros niños y niñas.

2) Parejas de mujeres que cuidan y crían conjuntamente al hijo(a) de una(o) de ellas(os) quien no tiene paternidad determinada: reconocimiento de maternidad

Sin perjuicio de lo anterior, existe otro caso complejo que eventualmente puede significar una discriminación a niños y niñas cuyas familias están compuestas por personas del mismo sexo, si es que el ordenamiento jurídico no reconoce la familia de tales niños y niñas al interior de esas familias al no disponer de los mismos mecanismos en términos de filiación de que disponen otros niños y niñas. Por tanto, hay que distinguir:

i. Si se trata de una pareja de hecho de mujeres

En esta hipótesis puede existir discriminación si es que el ordenamiento jurídico no permite el reconocimiento de determinado grupo de niños o niñas frente a otro grupo de niños o niñas.

Piénsese en niños o niñas cuya familia la integran dos mujeres que, a su vez, son pareja de hecho y por tanto esa es su familia. ¿Qué pasa si ese niño o niña no tiene filiación paterna determinada? ¿Podría ese niño o niña ser reconocido por la segunda mujer que integra su familia?

La Defensoría de la Niñez estima que, aplicando los estándares de igualdad y no discriminación, es perfectamente procedente que un niño o niña pueda tener doble filiación materna, dado el reconocimiento chileno de un concepto amplio de familia. Además, si esos niños o niñas sin filiación paterna determinada pueden ser reconocidos por cualquier hombre como padre, también podrían ser reconocidos por otra mujer como segunda madre.

Por tanto, si el ordenamiento jurídico prevé protección a niños y niñas de familias de personas de distinto sexo, mediante el reconocimiento, pero no prevé dicha protección a niños y niñas de familias del mismo sexo, ello es una discriminación.

ii. El caso de las parejas de hecho de hombres

La Defensoría de la Niñez advierte que el proyecto de ley presentado no modifica la determinación de filiación por el hecho del parto, por lo que siendo el Código Civil chileno tajante en términos que un niño o niña puede no tener padre, pero siempre tendrá madre, en principio no aplicaría la hipótesis de reconocimiento de niños o niñas ya que siempre estaría determinada la maternidad. La única excepción sería el caso de niños o niñas sin filiación materna determinada que quisieran ser adoptados por un segundo hombre (además de aquel cuya filiación paterna está determinada), si así fuera el caso.

3) Parejas de convivientes civiles que cuidan y crían conjuntamente

Quizás la hipótesis más sencilla de legislar, en protección de niños y niñas discriminados por la orientación sexual de las personas adultas, es aquella en que sus familias son legalmente reconocidas por el contrato de unión civil, pero el ordenamiento jurídico no permite que se determine su filiación respecto a ambas personas. En estos casos se pueden dar dos hipótesis:

i. Si se trata de niños o niñas con filiación determinada: adopción por integración

La Defensoría de la Niñez advierte que el proyecto de ley presentado no modifica normas relativas a las acciones de filiación para abordar hipótesis de niños y niñas con filiación determinada. Sin perjuicio de ello, el proyecto de ley propone algunas modificaciones a la Ley N°19.620, que dicta normas sobre adopción, por lo que las mismas deben ser analizadas bajo el interés superior de los niños y niñas, en términos de igualdad y no discriminación.

En este sentido, la Defensoría de la Niñez celebra el reconocimiento que hace este proyecto a la realidad actual de Chile. Por lo mismo, y en atención a la actual tramitación de otro proyecto de ley sobre

adopción, la Defensoría de la Niñez en esta ocasión sólo se remite a destacar la modificación de las normas de adopción en aquella parte que permiten la adopción por integración de un niño o niña por la persona conviviente civil de su padre o madre, sobre todo porque aquí surgen dos nuevas hipótesis; aquellos niños y niñas que sólo tienen una filiación determinada y aquellos quienes aún teniendo doble vínculo filiativo determinado o filiación matrimonial, forman parte de una familia nueva reconocida legalmente. Los primeros podrán ser adoptados o reconocidos por el conviviente civil de su padre o madre cuya filiación ya está determinada y, los segundos, al igual que los niños y niñas que han sido reconocidos por ambos padres o tienen filiación matrimonial, podrán solicitar el consentimiento del otro padre o madre a fin de ser adoptados por la o él conviviente civil de su madre o padre.

La Defensoría de la Niñez estima que, visto el tipo de familias reconocidas legalmente, se deberá analizar en su mérito la adopción propiamente tal de niños, niñas y adolescentes por parte de parejas del mismo sexo (la adopción por integración fue referida en el párrafo anterior), lo que en todo caso deberá atender primordialmente el interés superior de los niños y niñas.

ii. Si se trata de niños o niñas concebidos o nacidos al tiempo de la convivencia civil: presunción de filiación

En el caso del artículo 184 del Código Civil, se presume que, si un hijo(a) nace durante el matrimonio de su madre, su padre es el marido de esa mujer, lo cual se hizo extensible en la Ley de unión Civil exclusivamente a parejas unidas civilmente de distinto sexo. Por tanto, la Defensoría de la Niñez constata que existe un grupo de niños y niñas beneficiados por la determinación de filiación mediante una presunción (artículo 184 CC), y paralelamente también existen otros niños y niñas concebidos o nacidos al tiempo de la convivencia civil de dos personas los cuales no están bajo la presunción de filiación por la orientación sexual de esas personas, lo que a juicio de la Defensoría de la Niñez es una discriminación.

La presunción de paternidad, dispuesta exclusivamente en el caso de convivientes civiles de distinto sexo, provoca una diferencia de trato entre los hijos e hijas nacidas de convivientes civiles dependiendo de su orientación sexual; pues los concebidos o nacidos en una pareja de distinto sexo tienen certeza de su filiación mientras que los concebidos o nacidos en parejas del mismo sexo no. Por tanto, la Defensoría de la Niñez advierte que concebido o nacido un niño o niña en la convivencia civil de dos mujeres lo que correspondería es que fuera procedente la misma presunción del artículo 184 del Código Civil, pero ahora respecto a la mujer que no parió. Lo cual es sin perjuicio de la admisión de prueba en contrario, por tanto, en caso de existir un tercero externo a la pareja, dicha presunción

es simplemente legal tal como ocurre actualmente. Sin embargo, la presunción anterior no es procedente respecto de convivientes civiles hombres porque, como se dijo previamente, mientras esté determinada la maternidad no podría darse la hipótesis de doble paternidad, toda vez que la maternidad queda determinada por el hecho del parto.

Sin embargo, frente a la presunción del artículo 184 del Código Civil, surgen distintas cuestiones respecto de las cuales la Defensoría de la Niñez quisiera llamar la atención, a fin de legislar coherentemente. Primero, si el acuerdo de unión civil no exige el deber de fidelidad ni cohabitación de las convivientes civiles, como ya dijo, la presunción de paternidad del artículo 184 del Código Civil deja de tener una razón que la justifique. Por tanto, se da la paradoja de que aún sin que exista razón objetiva y razonable para presumir la paternidad de un hijo, los hijos de una pareja de convivientes heterosexuales tendrán determinada su filiación por esta presunción legal desde el nacimiento, mientras que los hijos de una pareja de convivientes de igual sexo no. Por tanto, si no hay motivo para imputar la filiación (la habría si hubiera el deber de fidelidad o cohabitación), ¿por qué se reconoce en un caso y no en otro?

A este respecto, probablemente se dirá que una pareja heterosexual puede procrear biológicamente mientras que una pareja del mismo sexo no, pero ¿qué pasa si la mujer de la pareja heterosexual, sin el deber de fidelidad, se embaraza de una persona distinta a su conviviente civil? Esa mujer no tenía el deber de fidelidad y aún así el derecho reputará padre de su hijo a su conviviente civil. Ante ello se dirá que se puede impugnar la filiación del conviviente civil, lo cual es cierto, ¿pero por qué permitir tal filiación y no la filiación por presunción de un hijo nacido bajo la convivencia civil de su madre con otra mujer? En ambos casos, la mujer-madre puede embarazarse con una persona distinta a su conviviente civil y, más aún, no necesariamente mediante acceso carnal como en el caso de la reproducción médicamente asistida. Y lo más importante, en ambos casos el derecho actuaría bajo una presunción, es decir, un hecho que la ley tiene por cierto sin necesidad de que sea probado, por lo que aquí no tiene cabida aludir a la capacidad reproductora como hecho jurídico precisamente por tratarse de un hecho que la ley tendría por cierto.

Sin embargo, una vez más el legislador no previó un eventual problema jurídico, el cual a su vez evidencia nuevamente la falta de coherencia al aplicar la presunción de paternidad a la unión civil. Pues bien, ¿qué pasaría con el conviviente civil hombre si la mujer, sin tener el deber de fidelidad, concibe un hijo con ocasión de reproducción asistida, pero con un hombre distinto? En ese caso, ¿prima la presunción del artículo 182 del Código Civil que no admite impugnación de paternidad o prima la presunción de paternidad del artículo 184 del Código Civil? Este ejemplo, aunque poco probable, es útil para demostrar cómo es que el legislador

pareciera permitir la ocurrencia de éstos hechos en desmedro de un sistema coherente de normas y desatendiendo el principio de igualdad de los hijos.

Finalmente, y volviendo a la presunción de paternidad, la norma que la consagra en la Ley que crea el acuerdo de unión civil fue aprobada en primer trámite constitucional por el Senado con el siguiente tenor:

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

Sin embargo, pese a ser reemplazado por la Honorable Cámara de Diputados, y nuevamente rechazada tal propuesta de artículo en el tercer trámite constitucional en el Honorable Senado, finalmente el artículo quedó como sigue:

“Artículo 21.- Para efectos de la presunción de paternidad, en caso de convivientes civiles de distinto sexo se estará a las normas que la regulan en el artículo 184 del Código Civil.”

De lo anterior es pertinente preguntarse por qué se quiso especificar que la presunción de paternidad es respecto del conviviente civil varón, pues del artículo 184 del Código Civil, ¿quién más que el varón gozaría de la presunción de paternidad? Ello es una muestra más de cómo el legislador no justificó ni razonó los efectos de esta norma, pues la discusión entre uno y otro fraseo se limitó a su aprobación y negativa sin reparar ni solucionar la incongruencia frente a la falta del deber de cohabitación ni de fidelidad, lo que, a su turno, evidencia la deliberada discriminación entre iguales; esto es, entre hijos de convivientes civiles.

Si la intención original del proyecto de ley no alcanzaba a la regulación de la filiación, como lo sostuvo la profesora Carmen Domínguez, el haber regulado la filiación para unos y no para otros, es algo que debe ser subsanado por el legislador.

IV. Observaciones de forma al proyecto de ley

- Se celebra la incorporación del inciso 2 del artículo 182 del Código Civil, que reconoce la filiación de los hijos(as) concebidos mediante aplicación de técnicas de reproducción humana asistida respecto a las dos mujeres que se sometieron a ellas, subsanando la discriminación anteriormente descrita. Sin embargo, ¿esta nueva norma será retroactiva?, porque la falta de regulación de la reproducción médicamente asistida ha permitido que actualmente niños y niñas sean integrantes de familias de mujeres del mismo sexo sin reconocimiento filiativo.

- Se celebra la modificación al artículo 187 del Código Civil, al ampliar las hipótesis de reconocimiento para determinación de filiación no matrimonial, en términos tales de incluir a hombres y mujeres declarantes, independiente de su orientación sexual. Sin embargo, no queda clara la razón de incorporar como hipótesis de reconocimiento del hijo “en el acto del matrimonio de los padres o del acuerdo de unión civil de los padres o madres”, porque ese artículo está ubicado bajo el título “De la determinación de la filiación no matrimonial”, por tanto, la modificación propuesta quedaría incoherente en la ubicación de la filiación no matrimonial y, además, el objetivo que se busca de eliminar la discriminación de que un hijo o hija sea reconocido por dos personas, cualquiera sea su orientación sexual, queda subsanada sin necesidad de la existencia del matrimonio o la unión civil, sino justamente por la mera declaración de reconocimiento del artículo 187 del Código Civil. Si se quisiera, se podrían modificar las normas de determinación de la filiación matrimonial, incluyendo allí la convivencia civil.

- Se celebra la modificación al artículo 188 del Código Civil, al permitir que al momento de la inscripción de un hijo puedan concurrir dos mujeres, bajo el vocablo “ellas”.

- Proyecto de ley no modifica artículo 184 del Código Civil, que contempla la presunción de paternidad por el matrimonio o unión civil de personas del mismo sexo, lo que provoca una discriminación al no extender dicha presunción a convivientes civiles del mismo sexo en protección de los niños y niñas nacidos bajo esa unión. Aunque se reitera que dicha presunción en la unión civil dejó de justificarse, al no incluirse el deber de fidelidad ni cohabitación.

- Se celebra la modificación de la ley N°20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud, en tanto reconoce derechos reproductivos sin discriminación. Sin embargo, se deberá tener presente la necesidad de regular otras cuestiones relativas al uso de reproducción médicamente asistida que digan relación ya no con la posibilidad de reclamar una filiación distinta (artículo 182 inciso 3°) sino con el ejercicio del derecho a la identidad del niño o niña que, durante su vida, tenga razones médicas por cuales sea necesario investigar y conocer sus orígenes.

- Se celebra la modificación de ley N°19.620, que dicta normas sobre adopción de menores, en tanto atiende el interés superior de niños y niñas. Desde la Defensoría de la Niñez reiteramos que este no es un derecho de los adultos, sino que, de los niños y niñas de ser adoptados, razón por la cual, constata la existencia de un proyecto de reforma a la ley de adopción en tramitación paralela se estima que esta Comisión Especial

debiera analizar ambos proyectos simultáneamente. Sin perjuicio de ello, se celebran las modificaciones aquí propuestas en tanto, a juicio de la Defensoría de la Niñez, las mismas subsanan discriminaciones indirectas de niños y niñas de familias de personas del mismo sexo; permitiendo, por ejemplo, la adopción por integración de niños y niñas cuyas familias son parejas del mismo sexo.

V. Recomendaciones

- Se recomienda eliminar todo tipo de discriminaciones legales, de apariencia neutra, que ocasionan discriminaciones indirectas en perjuicio de niños y niñas.

- Se sugiere incorporar los estándares internacionales de derechos humanos en protección de niños, niñas y adolescentes y eliminar todo tipo de discriminaciones por la orientación sexual de terceras personas distintas a los niños, niñas y adolescentes, por ejemplo, del artículo 184 del Código Civil.

- Se recomienda legislar sobre la reproducción médicamente asistida a fin de regular la práctica médica y proteger los derechos de niños, niñas y adolescentes nacidos con ocasión de las mismas.

- Se sugiere evaluar la aplicación retroactiva de las modificaciones propuestas en este proyecto sobre las normas de filiación, a fin de evitar dejar sin protección a niños y niñas cuyas familias actualmente están integradas por personas del mismo sexo. Ello en tanto podría repetirse la situación provocada en la anterior reforma de filiación, de la Ley N°19.585, en que se estableció que no podrán demandar aquellos cuyos padres hubieran muerto antes de la entrada en vigencia de la ley y, respecto de los que mueran o han muerto con posterioridad, les afecta la normativa del artículo 206 del Código Civil, que otorga acción sólo a los hijos póstumos y aquellos cuyos padres mueren dentro de 180 días siguientes al parto.

- Se recomienda legislar en el más breve plazo posible a fin de reconocer las distintas familias de que forman parte niños y niñas, teniendo como fundamento en todas las decisiones que se adopten el interés superior de éstos.

Luego de las presentaciones antes descritas, las Honorables señoras Senadoras efectuaron las siguientes observaciones.

La Honorable Senadora señora Von Baer, expresó que, más allá de las posiciones que se tengan sobre el particular, se debe mantener un debate tolerante, sin que se descalifique al otro por tener

posturas distintas. Lo anterior, además, en consideración de la considerable complejidad de las materias contempladas por el proyecto.

A su vez, en lo referente a las técnicas de reproducción asistida, destacó que se requiere de una legislación integral sobre el punto, por lo que no estima adecuado que la Moción aborde estos tópicos sólo con la pretensión de permitir la determinación de una filiación materna dual, producto del sometimiento de una pareja de mujeres a tales prestaciones. En efecto, y tal como lo han sostenido algunos de los expositores, del modo en que la iniciativa norma esta materia, resultan excluidas las parejas gays.

Ello, sin perjuicio de la grave afectación del derecho del niño a conocer su identidad biológica, cuestión que debiese ser una de las valoraciones principales al momento de analizar el proyecto.

En conclusión, estimó que resultaría más adecuado que las propuestas consideradas por la Moción fuesen objeto de un proyecto general y abarcativo de tales técnicas, a fin de que se puedan estudiar adecuadamente las distintas repercusiones en el ordenamiento jurídico.

La Honorable Senadora señora Allende, por su parte, estimó que, a su parecer, en el presente debate se ha otorgado al proyecto una mayor extensión que su intención original, la cual es, precisamente, superar la actual discriminación que padecen las parejas de mujeres que se someten a las técnicas de reproducción asistida, permitiendo, al contrario de lo que acontece en la actualidad, que se pueda establecer un vínculo maternal dual respecto del niño que se gesta a través de tales medios.

La superación de tal escenario, agregó, sólo contribuye a proteger los derechos del menor, quien es el principal afectado por la situación que se configura hoy.

A su vez, señaló que el reconocimiento de tal prerrogativa obedece a los múltiples testimonios que se han escuchado en el seno de la Comisión Especial, los que se condicen legítimamente con las ideas fundamentales de la Moción, en tanto dan cuenta de la formación estable de familias compuestas por parejas mujeres que se encuentran a cargo del cuidado y crianza de un niño.

Posteriormente, indicó que, eventualmente, pudiese estar de acuerdo en abordar los temas de adopción, considerados en el proyecto, en la reforma legislativa que actualmente se encuentra en tramitación (**Boletín N° 9.119-18**), a fin de regular el acceso a tal institución

por parte de parejas del mismo sexo, sean éstas de mujeres o de hombres, sin que existan distinciones sobre el punto.

En seguida, destacó que, por cierto, con la aprobación de un matrimonio igualitario muchas de las problemáticas que se verifican en la discusión se resolverían de forma mucha más expedita y coherente, de ahí la necesidad de legislar en tal sentido, tomando como antecedente cercano para ello el actual acuerdo de unión civil.

Luego, manifestó que los estudios sobre estas materias indican que no existen afectaciones al desarrollo del niño por su crianza en una familia homoparental, cuestión que siempre se debe tener presente. Lo anterior, añadió, en consideración de que el Estado de Chile fue condenado, precisamente, por incurrir en discriminaciones en este sentido, en el conocido fallo del caso Atala, seguido ante la Corte Interamericana de Justicia.

Por último, resaltó que por todos los factores antes descritos es que diversos ordenamientos comparados han avanzado en la línea propuesta por la Moción, reconociendo igualdad de derechos a los distintos tipos de familia que existen en la realidad social, con independencia de su conformación hetero u homosexual.

Por último, expresó que, como toda iniciativa, la misma es perfectible, cuestión que se podrá realizar en su oportunidad, durante la discusión en particular de la misma.

La Presidenta de la Comisión, Honorable Senadora señora Rincón, observó que, si se analizan algunos de los casos de legislación comparada contenidos en el Informe de la Biblioteca del Congreso Nacional al respecto, esto es, las regulaciones existentes en España, Argentina y Noruega, se advierte que lo propuesto por la iniciativa es acotado y con efectos muy precisos, por lo que recomendó tener presente esta óptica al momento de debatir sobre el particular.

Exposición del Ministro de Justicia y Derechos Humanos

El Ministro de Justicia y Derechos Humanos, señor Hernán Larraín, inició su presentación señalando que el Ejecutivo no es partidario de legislar respecto de la Moción en estudio, por las razones que se pasarán a expresar.

Así, pasó a desarrollar las tres materias contenidas por la iniciativa, las que explicó de la forma que a continuación se indica.

a) Brindar reconocimiento y protección a los derechos de filiación de los hijos nacidos de parejas mujeres que se han sometido conjuntamente a técnicas de reproducción humana asistida, y no únicamente -como sucede bajo la legislación vigente- de la madre que lo dio a luz.

En este punto, señaló que la Moción, para las finalidades en referencia, propone modificar los artículos 179 y 182 del Código Civil, e intercalar dos normas a la ley N° 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud (nuevos artículos 11 bis y 11 ter), a efectos de reconocer la autonomía reproductiva de las personas, sin discriminación, especialmente, en razón de su orientación sexual.

Luego, indicó que, en lo concerniente a las técnicas en comento, el actual artículo 182 del Código de Bello es absolutamente escueto, afirmando que no ha operado como una solución idónea para abordar todas las complejidades que se generan con ocasión de la aplicación de las aludidas prestaciones. En efecto, agregó, a diferencia de legislaciones comparadas, el particular no ha sido normado de manera sistemática por parte de nuestro ordenamiento. En consecuencia, añadió, la propuesta sólo aumenta la confusión en este contexto, dejando abiertas interrogantes tales como ¿quiénes son las personas que se someten a aquéllas?, o ¿incluye el proyecto una habilitación a la maternidad subrogada?

La iniciativa, además, no tiene en cuenta el interés superior del niño, y su centro gira en torno a una especie de “derecho al hijo” que se pretende asignar a parejas lésbicas, lo que implica una grave cosificación del niño, ya que no se le considera como sujeto de derechos, sino como objeto del derecho a la no discriminación y a la autonomía reproductiva.

En lo referido a la filiación por reproducción asistida, prosiguió, si dos mujeres se someten a las técnicas en cuestión, en algún sentido las mismas pasan a “fabricar” un niño sin padre, poniendo al menor en una situación de afectación de su derecho a la identidad.

En esa línea, resaltó que incluso en la adopción la ley ha debido reconocer el derecho del adoptado a conocer a sus progenitores biológicos. Por tal razón, observó que en la reforma al cuerpo legal que aborda estas materias (**Boletín N° 9.119-18**, en actual tramitación en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Corporación), se garantiza tal prerrogativa al niño a partir de los 14 años de edad.

A su turno, indicó que la iniciativa tampoco explica cómo se determinaría la doble maternidad en este punto. Lo anterior, ya que cuando se trata de una pareja heterosexual casada, la filiación se determina por el parto y por la presunción de paternidad del marido. Si la pareja no está casada, la maternidad podrá determinarse por el parto y por reconocimiento del hijo por parte del conviviente varón. En consecuencia, explicó, en dicho contexto, el niño puede tener filiación matrimonial o no matrimonial, lo que lo lleva a sostener como errada la modificación que se propone para el artículo 179 del Código Civil, en el sentido de agregar como tercera forma de filiación natural la proveniente de la reproducción asistida. En efecto, expresó que el niño que nace tendrá filiación matrimonial o no matrimonial, dependiendo del vínculo que exista entre los que aparecen como sus padres.

A su vez, señaló que, aparentemente, la propuesta no se coloca en la situación de la maternidad subrogada. Así, si bien se concibe como una técnica de reproducción asistida, se discute si la misma queda cubierta dentro del referido artículo 182, por lo que, a la luz de lo contemplado por la Moción, la confusión en este punto persiste.

Luego, expresó que en virtud de esta técnica es posible que dos hombres sean padres (aunque uno sólo lo sea biológicamente), sin embargo, de entenderse incluida esta técnica, el proyecto sólo la considera para mujeres, y sin ningún otro tipo de consideración.

A continuación, en lo que respecta a la ausencia de condicionantes en la iniciativa, indicó que el reconocimiento de algunas técnicas de reproducción humana asistida, en particular el caso de la maternidad subrogada, supone muchas veces ciertas restricciones legales razonables, como es la edad de los postulantes. Asimismo, para prevenir situaciones abusivas, la gestación subrogada, cuando es admitida, suele limitarse a un fin terapéutico, esto es, resolver el problema de salud de la mujer, cualquiera sea su estado civil, cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas.

En este sentido, observó, el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida se centra en la “pareja infértil”, contemplándose la posibilidad de una madre sustituta sólo de forma subsidiaria, una vez agotado el uso de otros medios. Desde otra perspectiva, dado que la justificación que suele darse para acudir al uso de a las técnicas de reproducción humana asistida, en general, en lugar de otras alternativas para tener un hijo, como la adopción, es el interés de las personas por tener un hijo biológico a pesar del impedimento para conseguirlo de un modo natural, en algunos países (como en Ucrania, Uruguay o Reino Unido) la gestación por subrogación es admitida siempre y cuando al menos un padre tenga una conexión genética con el futuro hijo, excluyéndose las hipótesis en que hay, además, donación total de gametos. En fin, subrayó, el proyecto

nada de esto aborda, sino que sólo intercala un simple inciso en el citado artículo 182.

En seguida, aseveró que, si se aprobara un proyecto de ley como el que se está discutiendo, su regulación sí sería discriminatoria, esta vez con las parejas homosexuales compuestas por varones, ya que sólo las parejas de mujeres estarían autorizadas para ser ambas madres de un hijo concebido por inseminación artificial, o de un hijo biológico de una de ellas.

Por su parte, en cuanto a los derechos reproductivos, recordó que la Moción modifica la ley N° 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud (nuevos artículos 11 bis y 11 ter).

El derecho a la autonomía reproductiva, prosiguió, definido en el proyecto como el “derecho a fundar una familia y a acceder igualitariamente a la tecnología necesaria para ejercer ese derecho”, correspondería a una prestación de salud que el Estado tendría que asegurar a todas las personas. No sólo mujeres, sino también hombres, y no sólo aquellas afectadas por problemas de esterilidad o infertilidad, sino respecto de cualquier persona que, de forma voluntaria, decida someterse a esta técnica, aún si es con el sólo ánimo de evitar los problemas y riesgos asociados a un embarazo, o porque desea prescindir del acto sexual. Al respecto, si se trata de un derecho o garantía de índole prestacional que el aparato estatal debe asegurar a todas las personas, sin duda compromete un mayor gasto fiscal, lo que implica que la iniciativa legislativa en este punto es exclusiva del Presidente de la República.

b) Regular la posibilidad de reconocimiento voluntario de la maternidad respecto de la madre que comparte la crianza del hijo que no tiene filiación determinada.

Respecto de este punto, precisó que la Moción propone modificar los artículos 187 y 188 del Código Civil para alcanzar las finalidades en referencia.

Luego, indicó que la inclusión del acuerdo de unión civil, en este ámbito, no tiene mayor relevancia, ya que se incorpora sólo como una oportunidad para reconocer un hijo, pero, curiosamente, sólo cuando el acuerdo sea entre personas de diferente sexo o entre dos mujeres. De ese modo, añadió, se generaría una situación de privilegio, producto de la inadecuada técnica legislativa que presenta la iniciativa.

En esa línea, afirmó que la Moción se aplicaría para la mujer que tiene un hijo biológico, que no ha sido reconocido por el padre, y que aseguraría que la mujer compañera pudiera también tener el

vínculo legal de madre del niño, lo que perjudica fuertemente los intereses de este último. En efecto, en el texto que se propone no se contempla ningún requisito que asegure que se aplicaría únicamente en esa situación, por cuanto sólo se señala que un niño podrá ser reconocido por dos mujeres, y con ello quedaría con dos madres legales. En dicho contexto, agregó, el Servicio de Registro Civil e Identificación no podría oponerse a inscribir el reconocimiento, aunque la segunda mujer no conviva con la madre biológica, y sólo realice este reconocimiento, por ejemplo, para privar el cuidado personal del menor a esta última o simplemente por despecho ante una relación quebrada. Téngase en cuenta, resaltó, que la reconociente no necesita ninguna autorización de la madre biológica, como tampoco se exige que se trate de un menor de 18 años, por lo que el reconocimiento podría otorgarse respecto de una persona mayor de edad, sin contar con su voluntad.

Por consiguiente, señaló que para el caso en que efectivamente exista una convivencia y voluntad de la madre biológica (no requeridas por la Moción), lo que sucede es que se están evadiendo los controles que deberían hacerse si el niño participara de un proceso de adopción (se trataría de una adopción por integración, en que el niño es adoptado por la pareja de su madre). En consecuencia, afirmó que esta ampliación del reconocimiento, como mecanismo de determinación de la filiación, “compite” con la determinada por vía de la adopción, ya que, ante esta situación, el vínculo filiativo podría generarse por ambos caminos.

En el mismo sentido, sostuvo que el proyecto sólo crea confusiones y profundos cuestionamientos, dejando sin respuesta a interrogantes tales como ¿podrá la madre biológica en representación del hijo impugnar el reconocimiento de la segunda mujer?, ¿puede el hijo mayor de edad impugnar este reconocimiento?, ¿podrá el padre biológico reclamar su paternidad impugnando la comaternidad de la pareja de la madre biológica?, más aún ¿podrá el padre biológico reconocer también voluntariamente la paternidad, con lo que el niño quedaría con dos madres y un padre?

Es más, añadió, la reforma que se propone al artículo 188 del Código Civil, al agregar la expresión “o ellas”, podría inducir incluso a pensar que el reconocimiento de maternidad podría ser hecho por una tercera, cuarta o quinta mujer.

En consecuencia, aseveró que los conflictos que podrían suscitarse serían infinitos, y nada de ello aparece considerado adecuadamente en el proyecto, siendo los más afectados por todas estas complejidades, que derivarían en incertidumbres y litigios, los niños.

c) Se adecua la legislación de adopción al nuevo estatuto familiar consagrado por la ley N° 20.830, que crea el acuerdo de

unión civil, para incluir a los convivientes civiles entre las parejas legalmente habilitadas para adoptar.

Al respecto, indicó que este aspecto de la Moción incluye: i) regular la posibilidad de adopción del hijo del conviviente civil que sólo ha sido reconocido como hijo de ella y ii) normar la posibilidad de adopción del hijo del o la conviviente civil, aún si éste ha sido reconocido por ambos padres o cuenta con filiación matrimonial, en la medida que se obtenga el consentimiento del otro padre o madre, o de la justicia en su caso.

Así, indicó que la propuesta contenida en la iniciativa en este ámbito es inconveniente e insuficiente.

En esa línea, aseveró que el proyecto mantiene los estados civiles en un contexto de órdenes de prelación, conservando la preeminencia de la adopción internacional por sobre personas solteras, viudas o divorciadas con residencia en Chile. Todo esto, en cambio, es superado por la reforma integral al sistema de adopción en Chile que impulsa el Gobierno (**Boletín N° 9.119-18**).

Posteriormente, por otro lado, manifestó que uno de los fundamentos del proyecto estriba en proponer nuevas reglas filiativas, a fin de otorgar mayor protección al niño, por ejemplo, en caso de que la madre biológica falleciera, ya que su pareja, al no tener vínculo con el menor, no podría asumir su cuidado personal.

Lo anterior, afirmó, no es efectivo, ya que la Ley de acuerdo de unión civil modificó el Código Civil para otorgar al conviviente civil sobreviviente el derecho preferente a requerir el cuidado personal del hijo del fallecido, tal como lo dispone el inciso segundo del artículo 226 del citado cuerpo legal, por lo que no se genera una discriminación en este ámbito.

Finalmente, efectuó las siguientes observaciones a la Moción.

1. Se trata de un proyecto de ley técnicamente deficiente, que mezcla tres temas profundos (técnicas de reproducción asistida, reconocimiento de parejas, acuerdo de unión civil en adopción), los que deben tratarse por separado, en iniciativas propias, en caso de que se quisiese avanzar en tales materias.

2. Introduce, en aspectos puntuales y fragmentarios, una concepción de la filiación basada en la mera voluntad del reconociente, que es absolutamente discordante con todo el sistema actual. Así, no pondera qué sucede con el padre biológico, con el derecho del hijo a impugnar ese reconocimiento, con la opinión y voluntad de la madre

biológica, entre otros aspectos. En consecuencia, sólo consagra el derecho de un tercero a constituirse como madre, sin considerar las voluntades de la madre biológica, del propio niño o del padre biológico.

3. De alguna forma, cosifica al niño, consagrando un derecho a tener un hijo, por sobre derechos del menor relacionados con la búsqueda de su identidad y poder lograr una filiación con su padre biológico. El proyecto de ley, en consecuencia, pone énfasis en un supuesto derecho de los padres a tener hijos, y no al interés superior del niño.

4. Establece situaciones de privilegio de parejas lésbicas por sobre parejas gays y por sobre relaciones formalizadas a través del matrimonio y del acuerdo de unión civil.

5. Tiene implicancias presupuestarias no estudiadas, ya que, por una parte, como se señaló, establece el deber del Estado de otorgar como prestación de salud el acceso a las aludidas técnicas a cualquiera que lo pida. Por otra parte, el reconocimiento de la copaternidad y la comaternidad supone un desafío de índole registral que debe ser abordado conjuntamente con el Servicio de Registro Civil e Identificación, circunstancia que puede suponer el compromiso de gasto fiscal.

En tal sentido, recordó que, con ocasión del debate legislativo sobre el matrimonio igualitario, el Director de tal organismo público, indicó que una modificación en este sentido generaría una serie de costos producto de la introducción de un nuevo sistema registral, precisamente la lógica que presenta la Moción en estudio, implicando, por consiguiente, que la iniciativa legislativa sobre las materias abordadas por el proyecto es exclusiva del Presidente de la República.

Luego de la presentación antes descrita, los Honorables Senadores efectuaron las siguientes observaciones y consultas.

El Honorable Senador señor Ossandón, resaltó que el debate sobre el particular da cuenta de la existencia de un problema real, que se genera especialmente en casos en los cuales fallece la madre progenitora del niño, ante lo cual se dificulta que la pareja de esta última pueda asumir el cuidado personal del menor, sin perjuicio de haberlo criado y vivir con él.

No obstante ello, expresó que, a la luz de muchas de las exposiciones realizadas durante el presente debate, es claro que la Moción presenta déficits de técnica legislativa, no obstante entender que el particular no se resuelve mediante el establecimiento de nuevos vínculos filiativos.

Por el contrario, agregó, una manera de avanzar en este contexto es estudiar fórmulas que aseguren ciertos derechos en el ámbito del cuidado personal y otras figuras relacionadas.

Por tales consideraciones, consultó al Ejecutivo si pudiese examinar estos tópicos a fin de que se pueda arribar a una propuesta que se pueda hacer cargo de la problemática antes descrita.

Finalmente, resaltó la necesidad que el eje de la Moción se centre en los derechos de los niños y no de los adultos.

El Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, señor Sebastián Valenzuela, expresó, respecto de la situación descrita por quien le antecedió en el uso de la palabra, que el punto ya se encuentra abordado por nuestro ordenamiento, en tanto el artículo 226 del Código Civil dispone que, ante la imposibilidad de los padres de ejercer el cuidado personal respecto de su hijo, dicha figura recae preferentemente en una serie de sujetos, entre los cuales se encuentra el conviviente civil.

Por otra parte, en lo concerniente a la adopción por integración, indicó que tal institución opera como una hipótesis excepcional. Lo anterior, ya que lo normal es que un niño sea adoptado luego de que, en primer lugar, se haya llevado a cabo un proceso de susceptibilidad de adopción (en el que el niño se declara en dicha calidad por razones tales como que la imposibilidad de que sus padres biológicos provean su cuidado personal, o que la filiación del niño no se encuentra determinada), seguido luego de otro procedimiento en el cual se busca una familia idónea para el menor dentro de aquellas evaluadas positivamente como adoptantes.

Así, agregó, la adopción por integración se configura en el caso de que un niño sea hijo de sólo uno de los cónyuges o convivientes civiles, permitiendo que el otro pueda adoptar al menor en caso de que su madre o padre biológico, por ejemplo, lo haya abandonado, o que el niño no cuente con filiación determinada.

En consecuencia, añadió, se trata de una figura excepcional ya que rompe con la lógica de la adopción, en tanto sólo en esta hipótesis existe una predeterminación entre adoptante y adoptado.

Es por tales razones, prosiguió, que en la reforma integral de estas materias (**Boletín N° 9.119-18**), se dispone de un título especial para la adopción por integración.

En consecuencia, sugirió que todos los tópicos relativos a la adopción fuesen discutidos en la iniciativa que aborda de manera integral el particular.

Posteriormente, y refiriéndose al modo en que se estructura el reconocimiento de un hijo en nuestra legislación, indicó que aquél reviste el carácter de un acto jurídico unilateral, el cual, de acuerdo a la propuesta contenida en la iniciativa, también podría llevarse a cabo al momento de celebración del acuerdo de unión civil (además del matrimonio).

Sin perjuicio de lo anterior, subrayó que, de acuerdo al proyecto, el reconocimiento no requeriría ningún tipo de consulta a la madre biológica o al niño, generándose, una vez realizado el reconocimiento, un vínculo inmediato entre el reconociente y el menor.

El Honorable Senador señor Ossandón, replicó señalando que la problemática en este contexto no se presenta solamente en casos de adopción o convivencia civil, por lo que entiende que no se debe recurrir sólo a esas vías para contemplar la solución del particular.

En tal sentido, manifestó que, si bien no comparte la propuesta de reconocimiento maternal dual contenida en la Moción, respeta esta postura, por lo que, precisamente, estima del todo necesario generar una proposición que pueda superar las situaciones que afectan, principalmente, a los niños en este ámbito.

En esa línea, expresó que si bien el señor Valenzuela hace referencia a procesos jurisdiccionales que pueden ser relativamente expeditos, en los hechos éstos generalmente se extienden en el tiempo, por lo que, eventualmente, quizás se podrían analizar fórmulas administrativas, en que se dispusiera de algún tipo de procedimiento de esta naturaleza para abordar el punto. Lo anterior, bajo un compromiso de avanzar en tal sentido por parte del Ejecutivo.

La Honorable Senadora señora Von Baer, por su parte, aseveró que el proyecto evidentemente irroga gastos fiscales, toda vez que impone al Estado la obligación de garantizar el acceso, a cualquiera que lo desee, a las citadas técnicas de reproducción asistida. Ello, agregó, claramente irrumpe dentro de la iniciativa exclusiva presidencial, por lo que, en su opinión, la Moción resulta inconstitucional.

Asimismo, expresó que, por medio del artículo 11 ter, propuesto por el proyecto, se regulan, por vía legal, nuevas hipótesis del recurso de protección, lo que también configura una inconstitucionalidad.

El Ministro de Justicia y Derechos Humanos, señor Hernán Larraín, a su turno, retomando nuevamente el punto plateado

por el Honorable Senador señor Ossandón, indicó que, en opinión del Ejecutivo, las aprehensiones expresadas por este último en buena parte ya se encuentran recogidas en el artículo 226 del Código Civil, el que atribuye al conviviente civil sobreviviente un derecho preferente para asumir el cuidado personal del hijo del fallecido. En tal sentido, resaltó, tal regla sólo podrá ser alterada por casos excepcionales, lo que sólo viene a confirmar tal prerrogativa, estimando, a su juicio, que el objetivo protectorio en este ámbito se encuentra satisfecho.

Luego, concordó con la Honorable Senadora señora Von Baer respecto de que el proyecto regula por ley un recurso de carácter constitucional, otorgándole nuevas causales no comprendidas en la Constitución Política de la República.

Por último, y en lo referente a las técnicas de reproducción asistida, señaló que, durante los años 90', se discutió latamente una iniciativa que pretendía regular tales prestaciones. Durante tal debate, en el que se recibieron a diversos médicos, científicos y especialistas en bioética, se generó un consenso en torno a la idea de no legislar sobre estas materias, ya que ello implicaría una rigidización inconveniente en este contexto, a la luz del progresivo desarrollo tecnológico del sector.

En esa línea, sostuvo que, a su parecer, las comisiones éticas de los establecimientos de salud que realizan estas técnicas han operado mejor de lo que lo haría un esquema regulatorio nuevo que se propusiera.

Se hace presente que frente a los cuestionamientos de constitucionalidad efectuados en la discusión, se consignó, en primer lugar, que la Oficina de Partes de la Corporación, al momento de la presentación de la Moción, no estimó que el proyecto irrogara gastos fiscales, por lo que se admitió a tramitación. En segundo orden, se explicó que el artículo 11 ter de la Moción sólo resguarda un acceso igualitario a las técnicas de reproducción asistida, pero no garantizar, por parte del Estado, su provisión efectiva a cualquier persona que lo requiera.

Por su parte, frente a los reparos de inconstitucionalidad referidos a la remisión que la iniciativa hace al recurso de protección, se consignó que la citada disposición no hace aplicable, por la vía legal, tal arbitrio constitucional, ante afectaciones en el acceso de técnicas de reproducción asistida.

En efecto, lo que el aludido artículo propone es sólo que, frente a vulneraciones en este ámbito, se siga el procedimiento judicial al que se sujeta tal acción constitucional (el precepto alude a “esta acción se tramitará de acuerdo con las normas

del recurso establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República”), lo que no quiere decir, bajo ningún respecto, que se está modificando irregularmente la Constitución en este punto.

Así, se hace presente que la reglamentación procedimental de dicho recurso no se encuentra en el texto constitucional, sino que en una norma infralegal, a saber, un Auto Acordado de la Excelentísima Corte Suprema.

En el mismo sentido, se resaltó que ya existen arbitrios de carácter legal que fijan aún mayores garantías procedimentales que el recurso de protección frente a derechos fundamentales ya resguardados por éste. Ejemplo de ello es, precisamente, el recurso de amparo económico, el cual: i) se encuentra consagrado en una ley, ii) protege un derecho constitucional ya cubierto por el recurso de protección²⁶, iii) se remite expresamente a la tramitación que sigue el recurso de amparo constitucional y, además, iv) fija un procedimiento para su diligenciamiento más beneficioso para el recurrente en este caso (respecto del recurrente de protección).

Por ende, si no han existido reparos de constitucionalidad acerca del citado recurso de amparo económico, no deberían verificarse cuestionamientos en torno a la acción contemplada por la iniciativa, ya que no genera una nueva causal para el recurso de protección (toda vez que sólo se protegen afectaciones ante el acceso igualitario a técnicas de reproducción asistida) y, al igual que aquél, sólo se hace una remisión procedimental a la forma de tramitación del antedicho recurso constitucional.

Luego de lo anteriormente descrito, el **Presidente Accidental de la Comisión, Honorable Senador señor Montes**, sometió a la Moción a su votación en general.

²⁶ En concreto, el derecho consagrado en el numeral 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, a saber, el derecho a “desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”.

VOTACIÓN EN GENERAL

En votación el proyecto de ley en análisis, la Comisión, por tres votos a favor, del Honorable Senador señor Montes (Presidente Accidental), de la Honorable Senadora señora Rincón y del Honorable Senador señor Quintana, y dos en contra, de la Honorable Senadora señora Von Baer y del Honorable Senador señor Ossandón, aprobó la idea de legislar respecto de la iniciativa.

Los fundamentos de votos que se expresaron fueron los siguientes.

El Honorable Senador señor Ossandón, señaló que, con independencia de estimar que la iniciativa genera gastos y que, por ende, debiese ser de resorte exclusivo del Ejecutivo, es necesario abordar las problemáticas que se suscitan en este contexto, a partir de fórmulas que permitan resguardar los derechos de los niños, preservando que su cuidado siempre quede radicado, ante eventos lamentables, en las personas que se han abocado a su crianza. Así, resaltó que trabajará en ello, con independencia de no compartir la idea central del proyecto, esto es, que por la vía de la filiación se resguarden de mejor forma las prerrogativas de los niños en este punto.

Lo anterior, subrayó, sin perjuicio de las falencias de técnica legislativa de que adolece la Moción.

La Honorable Senadora señora Von Baer, por su parte, reiteró que, en su opinión, es evidente que el proyecto se inmiscuye en la iniciativa exclusiva presidencial, del momento en que propone garantizar el acceso a técnicas de reproducción asistida a cualquier persona que lo requiera.

De ese modo, no es posible sino sostener que ello necesariamente afecta la administración financiera del Estado, toda vez que se deberán destinar recursos públicos para hacerse cargo de todos los tratamientos que se aplicarán en este ámbito.

A su turno, expresó que la remisión que hace el proyecto al recurso de protección genera una nueva causal para proceder mediante este arbitrio, por la vía meramente legal y no constitucional, lo que, por cierto, genera una clara infracción a lo dispuesto en el texto fundamental.

Sin perjuicio de lo anterior, resaltó que no cree que la Moción constituya un camino conveniente para dar cuenta de la situación en debate, sino que las múltiples materias tratadas por la iniciativa deben ser abordadas en proyectos separados, que permitan una discusión a fondo de los tópicos, permitiendo advertir su real alcance.

En esa línea, sugirió que todas las materias referentes a la adopción sean tratadas en la reforma integral sobre el particular **(Boletín N° 9.119-18)**.

El Honorable Senador señor Quintana, esgrimió que existe, en su opinión, un consenso transversal de que lo que está en discusión constituye una problemática real que se debe abordar, especialmente a partir de lo dispuesto en diversos instrumentos internacionales, que obligan al Estado a proteger al niño con independencia del tipo de familia que se encuentre a cargo de su cuidado y crianza.

No obstante lo anterior, señaló que la Moción es perfectible y que los distintos aspectos se analizarán, con la rigurosidad del caso, durante la discusión en particular del proyecto, de ahí su respaldo a la idea de legislar sobre la iniciativa.

La Honorable Senadora señora Rincón, por su parte, discrepó con lo planteado por el Ejecutivo respecto de que el proyecto en estudio irrogaría gastos fiscales, en tanto 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.

Por último, resaltó que S.E el Presidente de la República ha anunciado una ampliación en la cobertura de salud que brindará el Estado, la cual alcanzaría, precisamente, a las técnicas en comento, por lo que entiende que incluso, en términos presupuestarios, el particular ya se encuentra cubierto.

Finalmente, coincidió con quien le antecedió en el uso de la palabra, en lo relativo a la perfectibilidad del proyecto, cuestión que se estudiará durante el debate en particular de la iniciativa.

Por ende, manifestó que su voto favorable a la idea de legislar respecto de la Moción, se basa en los argumentos previamente expuestos.

El Presidente Accidental de la Comisión, Honorable Senador señor Montes, indicó que el proyecto aborda una realidad efectiva, por lo cual se debe discutir el particular con acuciosidad, a fin de prever los distintos alcances que una iniciativa como la presente tendrá en el ordenamiento jurídico y en el sistema legal.

En esa línea, agregó, se debe examinar si es que efectivamente se genera algún tipo de gasto fiscal, no obstante ser sólo una parte de la Moción.

Todas estas consideraciones, añadió, se deberán realizar rigurosamente durante la discusión en particular.

Por último, y sin perjuicio de lo aseverado previamente, concordó con los ejes centrales del proyecto, expresando su apoyo al respecto.

- - - - -

En consecuencia, vuestra Comisión Especial encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes, os recomienda que aprobéis, en general el proyecto de ley en informe, cuyo tenor es el siguiente:

PROYECTO DE LEY:

“Artículo Primero.- Modifícanse los artículos 179, 182, 187 y 188 del Código Civil, en los siguientes términos:

a) Reemplázase en el inciso primero del artículo 179 la expresión “o” por una coma (,) y sustitúyase el punto aparte (.), por la frase “o de conformidad a lo establecido en el artículo 182.”.

b) Intercálese un nuevo inciso segundo en el artículo 182, pasando el actual inciso segundo 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.”

c) Modifícase el artículo 187, en los siguientes términos:

i.- En el inciso primero, reemplázase la expresión “o” por una coma (,) y agrégase la frase “o ambas”, después de la palabra “ambos”.

ii.- En el numeral 1º, sustitúyase la frase “de los padres” por “o del acuerdo de unión civil de los padres o madres”.

d) Intercálese en el artículo 188, entre las frases “cualquiera de ellos” y “, al momento de practicarse”, el término “o ellas”.

Artículo Segundo.- Modifícase la ley Nº 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, en los siguientes términos:

- Agrégase un nuevo Párrafo 4º bis, del siguiente tenor:

“Párrafo 4º 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.”.

Artículo Tercero.- Modifícanse los artículos 11, 20, 21, 22 y 30 de la ley N° 19.620, que dicta normas sobre adopción de menores, en los siguientes términos:

a) En el inciso primero del artículo 11, intercálase entre las frases “de los cónyuges” y “que lo quisieran adoptar”, la expresión “o convivientes civiles”.

b) Modifícase el artículo 20, en el siguiente sentido:

i.- Intercálase en su inciso primero, entre las palabras: “cónyuges” y “chilenos”, la frase “y convivientes civiles”; entre los términos “matrimonio” y “, que hayan sido evaluados”, la locución “o acuerdo de unión civil” y entre las expresiones “Los cónyuges” y “deberán actuar”, el vocablo “y convivientes civiles”.

ii.- Intercálase en su inciso cuarto, entre las palabras “del matrimonio” y la coma (,), la frase “o acuerdo de unión civil” y entre los términos “cónyuges” y “estén afectados”, la expresión “o convivientes civiles”.

c) Intercálase en el inciso primero del artículo 21, entre las palabras “cónyuges” e “interesados”, el vocablo “ni convivientes civiles”.

d) Modifícase el artículo 22, en el siguiente sentido:

i.- Intercálase en su inciso primero, entre las expresiones “viuda,” y “, si en vida”, la frase “o al conviviente civil sobreviviente”; entre los términos “cónyuges” y “se hubiere iniciado”, la

expresión “o convivientes civiles”; entre las palabras “cónyuge” y “difunto”, el vocablo “o conviviente civil” y entre los términos “cónyuges” y “, desde la oportunidad”, la frase “o convivientes civiles”.

ii.- Intercálase en su inciso segundo, entre las palabras “cónyuge” y “difunto”, la expresión “o conviviente civil”.

iii.- Intercálase en su inciso tercero, entre los términos “Los cónyuges” y “que hubieren”, la expresión “o convivientes civiles” y entre las palabras “divorcio” y “, si conviene”, la frase “o el término del acuerdo de unión civil en su caso”.

e) Reemplázase en el artículo 30, la palabra “matrimonios” por la expresión “cónyuges o convivientes civiles.”.”.

- - - - -

Acordado en sesiones celebradas los días **9 de mayo de 2017**, con asistencia de los Honorables Senadores señores Juan Pablo Letelier Morel (Presidente Accidental), señora Ena Von Baer Jahn y señores Manuel José Ossandón Irrázabal y Jaime Quintana Leal, y del ex Senador señor Patricio Walker Prieto; **16 de mayo de 2017**, con asistencia del ex Senador señor Patricio Walker Prieto (Presidente) y de los Honorables Senadores señora Ena Von Baer Jahn, y señores Juan Pablo Letelier Morel y Manuel José Ossandón Irrázabal; **14 de mayo de 2019**, con asistencia de los Honorables Senadores señoras Ximena Rincón González (Presidenta), Isabel Allende Bussi (Carlos Montes Cisternas) y Adriana Muñoz D'Albora (Jaime Quintana Leal), y señor Manuel José Ossandón Irrázabal; **3 de junio de 2019**, con asistencia de los Honorables Senadores señoras Ximena Rincón González (Presidenta) y Ena Von Baer Jahn, y señores Carlos Montes Cisternas, Manuel José Ossandón Irrázabal y Jaime Quintana Leal; **10 de junio de 2019**, con asistencia de los Honorables Senadores señoras Ximena Rincón González (Presidenta) y Ena Von Baer Jahn, y señores Carlos Montes Cisternas, Manuel José Ossandón Irrázabal y Jaime Quintana Leal y **17 de junio de 2019**, con asistencia de los Honorables Senadores señor Carlos Montes Cisternas (Presidente Accidental), señoras Ximena Rincón González y Ena Von Baer Jahn, y señores Manuel José Ossandón Irrázabal y Jaime Quintana Leal.

Sala de la Comisión, a 18 de junio de 2019.

ANA MARÍA JARAMILLO FUENZALIDA
Abogada Secretaria de la Comisión Especial

RESUMEN EJECUTIVO

INFORME DE LA COMISIÓN ESPECIAL ENCARGADA DE TRAMITAR PROYECTOS DE LEY RELACIONADOS CON LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, 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 Nº 10.626-07

- I. **OBJETIVOS DEL PROYECTO PROPUESTO POR LA COMISIÓN:** establecer un estatuto jurídico para los hijos e hijas de parejas del mismo sexo, que aborde sus derechos de filiación, desde la perspectiva de su reconocimiento y determinación por parte de aquéllas, de la autonomía reproductiva de estas últimas y del procedimiento de adopción al que las mismas puedan optar.
- II. **ACUERDOS:** aprobado en general **(3x2)**.
- III. **ESTRUCTURA DEL PROYECTO APROBADO POR LA COMISIÓN:** el proyecto de ley está estructurado sobre la base de tres artículos permanentes.
- IV. **NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL:** el inciso segundo del artículo 11 ter, nuevo, contenido en el artículo 2° de esta Moción, que se propone incorporar a la Ley N° 20.584, reviste el carácter de orgánico constitucional, en conformidad a lo establecido en el inciso primero del artículo 77 de la Constitución Política de la República. Lo anterior, en tanto dispone de una nueva acción que será de conocimiento de las Cortes de Apelaciones, referente a afectaciones en el acceso a técnicas de reproducción humana asistida, por condicionantes distintas de la sola suscripción del consentimiento informado respectivo, en especial, la existencia de una pareja estable, de una determinada orientación sexual o del diagnóstico de infertilidad.

De ese modo, tal inciso debe ser aprobado por los cuatro séptimos de los Honorables Senadores en ejercicio, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 66 del texto constitucional.
- V. **URGENCIA:** no presenta.
- VI. **ORIGEN E INICIATIVA:** Moción de los Honorables Senadores señoras Allende y Muñoz, y señores De Urresti, Harboe y Lagos.
- VII. **TRÁMITE CONSTITUCIONAL:** primer trámite.

- VIII. **INICIO TRAMITACIÓN EN EL SENADO:** ingresó al Senado el 22 de abril del año 2016, dándose cuenta en la sesión 12ª ordinaria, de fecha 3 de mayo del mismo año, pasando a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

Posteriormente, en la sesión 26ª ordinaria, de fecha 22 de junio de 2016, la Sala del Senado acordó que el proyecto sea informado por la Comisión Especial encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con niños, niñas y adolescentes.

- IX. **TRÁMITE REGLAMENTARIO:** primer informe.

- X. **LEYES QUE SE MODIFICAN O QUE SE RELACIONAN CON LA MATERIA:**

- **Código Civil.** Artículos 179, 182, 187 y 188.

- **Ley N° 20.584**, de 24 de abril de 2012, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud.

- **Ley N° 19.620**, de 5 de agosto de 1999, que dicta normas sobre adopción de menores. Artículos 11, 20, 21, 22 y 30.

Sala de la Comisión, a 18 de junio de 2019.

ANA MARÍA JARAMILLO FUENZALIDA
Abogada Secretaria de la Comisión Especial