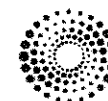


ESTUDIOS DE DERECHO DE FAMILIA IV

**ALEXIS MONDACA MIRANDA
CRISTIÁN EDUARDO AEDO BARRENA
(EDITORES)**



THOMSON REUTERS

DOBLE MATERNIDAD

MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS*

I. INTRODUCCIÓN

Toda persona encuentra su origen y muchas veces su futuro en su filiación: nosotros somos hijos de un padre y de una madre, y a menudo, somos el padre o madre de un hijo¹.

La filiación es una realidad cultural. “Cada cultura tiene una idea propia de la filiación, fundada sobre el hecho biológico o sobre la voluntad, con eje en la línea materna o paterna, con énfasis en el hombre y la mujer, construida sobre el matrimonio o abierta a otras formas de relación de pareja”². Jurídicamente, es el vínculo jurídico que une a un individuo con su padre (filiación paterna) y con su madre (filiación materna)³. De lo que se concluye que nuestro sistema jurídico se basa en una filiación binaria o biparental⁴. Toda persona tiene un padre y una madre.

* Profesora Titular de Derecho Civil, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

¹ MALAURIE, Philippe y AYNES, Laurent (2015). *Droit de la Famille*. 5ª edición. Paris: LGDJ Lextenso Editions, p. 405. Traducción libre de la autora.

² MALAURIE y AYNES (2015), p. 408.

³ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2017). *Sistema filiativo: filiación biológica*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 26.

⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2017). *Opinión consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la convención americana sobre derechos humanos)*. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/>

Esto no significa que una filiación determinada sea inmodificable, pues hay circunstancias que pueden modificarla (artículo 208 del Código Civil)⁵. Así, cuando el verdadero padre o madre reclama la paternidad o maternidad del hijo o hija o este/a reclama otra paternidad/maternidad distinta a la determinada, deberá impugnarse dicha filiación determinada y reclamarse la que se persigue⁶.

Respecto a la determinación de la maternidad, desde el derecho romano existe un adagio que señala *mater semper certa est* (la madre siempre es cierta), para evidenciar que tal relación se acredita por el hecho objetivo del parto. Por tanto, madre es la que ha gestado y parido a la criatura y, para probar la maternidad, basta el hecho del parto y la identidad del hijo. De aquí, surge el aforismo “madre hay una sola”, válido hasta la aparición de las técnicas de reproducción humana asistida (TRA), que vienen a ponerlo en tela de juicio.

II. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA (TRA)

Las TRA permiten procrear un ser humano por medios distintos de la relación sexual. Ya no se requiere la relación sexual de un hombre y de una mujer: solo se necesitan sus gametos, lo que produce la separación entre sexualidad y reproducción. Así, la procreación es un hecho biológico, que puede realizarse a través de una relación sexual o por TRA, lo que constituye un presupuesto fundamental en la constitución de la filiación.

docs/opiniones/serica_24_esp.pdf [fecha de visita 26 de mayo de 2018], p. 16. Así, señala: “sistema binario de género/sexo: modelo social y cultural dominante en la cultura occidental que considera que el género y el sexo abarcan dos, y sólo dos, categorías rígidas, a saber, masculino/hombre y femenino/mujer. Tal sistema o modelo excluye a aquellos que no se enmarcan en las dos categorías, (como las personas trans o intersex)”.

⁵ Artículo 208 del Código Civil: “Si estuviere determinada la filiación de una persona y quisiera reclamarse otra distinta, deberán ejercerse simultáneamente las acciones de impugnación de la filiación existente y de reclamación de la nueva filiación”.

⁶ Corte Suprema. 19 de enero de 2008. Rol N° 7008-2008. La Corte, al respecto señala “que, en la especie, al tener la menor una filiación determinada, para reclamar otra distinta, la ley exige el ejercicio simultáneo de las acciones de impugnación y de reclamación, en los términos que ordena el artículo 208 del Código Civil, pues de esta manera se busca evitar que alguien llegue a tener dos filiaciones contradictorias entre sí” (considerando 9°).

La utilización de donantes en las TRA y la institución de la adopción dan origen a un tipo de filiación distinto, donde los principios de voluntariedad procreacional y responsabilidad son los que determinan la filiación. Se consideran más importantes que la realidad biológica, la realidad afectiva, social y educacional. Por ello, al permitir la concepción de una criatura sin relación sexual, han posibilitado que recurran a ellas mujeres solas que no quieren compartir el cuidado del hijo/a, mujeres de un mismo sexo que han celebrado un acuerdo de unión civil o, simplemente mujeres que conviven⁷.

En Europa, hay diversidad de regulaciones respecto a la aplicación de las TRA. Hay “países tan distintos como Francia, Suecia, Austria o Turquía que prohíben el recurso a las TRA tanto a las mujeres solas como a parejas de lesbianas, mientras que otros como Bélgica, Finlandia, Bulgaria, Reino Unido o España lo permiten”⁸.

En nuestro país, no hay regulación sobre aplicación de las TRA. En consecuencia, ni se prohíbe o permite que una mujer sola o una pareja de mujeres del mismo sexo recurra a estas técnicas.

Respecto a la concepción de un hijo/a, distintos pueden ser los grados de participación: solo una de las mujeres de la pareja concibe a la criatura mediante donante a través de una inseminación artificial (IA)⁹; o ambas mujeres tienen participación, mediante fecundación *in vitro* (FIV)¹⁰, donde una aporta el óvulo, el cual es inseminado con el semen de un donante y la otra lleva a cabo el embarazo y parto. En esta situación se separa la maternidad genética de la gestacional. En ambos casos hay una materni-

⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2017). *Opinión consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017*, p. 19: “Lesbiana: es una mujer que es atraída emocional, afectiva y sexualmente de manera perdurable por otras mujeres”.

⁸ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (2017). *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*. Disponible en: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf [fecha de visita 26 de mayo de 2018], p. 18.

⁹ Inseminación artificial: introducción del esperma en el aparato genital de una mujer por cualquier medio distinto de la relación sexual.

¹⁰ Fecundación *in vitro* (FIV) es un término genérico que comprende varios métodos de fecundación fuera del cuerpo de la mujer. Se consigue la unión del óvulo y espermatozoide en una placa de laboratorio y una vez formado un embrión, se transfiere al útero de la mujer para que comience el embarazo.

dad biológica determinada por el parto y la identidad del hijo/a (artículo 183 del Código Civil). Por tanto, para la determinación de la maternidad se requiere que la criatura que pasa por hijo/a de esa mujer sea realmente producto de ese parto. Esta determinación opera por el solo ministerio de la ley, lo que significa que no requiere de reconocimiento de la madre. Se aplica el artículo 31 N° 4 de la Ley N° 4.808, que señala que el Oficial Civil consignará el nombre de la madre en el rubro correspondiente de la inscripción de nacimiento del hijo/a por el solo hecho que conste la identidad de la madre y del hijo/a en el comprobante de parto¹¹.

III. DOBLE MATERNIDAD

Con respecto a quién es madre —cuando solo una mujer tiene participación en la concepción y parto o cuando ambas mujeres tienen participación en la concepción del hijo/a y una lleva el embarazo y tiene el parto—, el artículo 183 del Código Civil es claro: es la que dio a luz a la criatura¹². El problema surge porque las dos mujeres de la pareja pretenden determinar la maternidad. Es decir, quieren que el ordenamiento jurídico las reconozca como madres y así se inscriba en el Servicio del Registro Civil (SRC). Esta determinación choca con nuestro sistema filiativo, que se basa, como ya se señaló, en una filiación binaria, según la cual solo hay un padre y una madre. Además, estas “normas sobre estado civil vigentes en nuestra legislación nacional son de orden público, de manera que no puede disponerse por voluntad de las personas ni tampoco puede existir una interpretación extensiva de ellas”¹³.

¹¹ Artículo 31 de la Ley N° 4.808 sobre Registro Civil: “Las partidas de nacimiento deberán contener, además de las indicaciones comunes a toda inscripción, las siguientes: (...) 4° Los nombres, apellidos, nacionalidad, profesión u oficio y domicilio de los padres, o del padre o madre que le reconozca o haya reconocido. Se dejará constancia de los nombres y apellidos de la madre, aunque no haya reconocimiento, cuando la declaración del requirente coincida con el comprobante médico que haya asistido al parto, en lo concerniente a las identidades del nacido y de la mujer que dio a luz”.

¹² Artículo 183 del Código Civil: “La maternidad queda determinada legalmente por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del registro Civil”.

¹³ Corte de Apelaciones de Santiago. 28 de diciembre de 2017. Rol N° 74926-2017, considerando 9°.

En los últimos años, se han producido varios requerimientos ante el SRC e Identificación, de la mujer de la pareja que tuvo el parto, para ser incorporada también como madre. El Servicio se ha negado a inscribirla, alegando que por aplicación del artículo 183 del Código Civil solo es madre la mujer que dio a luz a la criatura.

En Valparaíso, ante la negativa del SRC de inscribir a la otra mujer de la pareja como madre, se presentó un recurso de protección, el cual fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso y confirmado por la Corte Suprema.

Los hechos son los siguientes: en el año 2014 Constanza y Mayra celebraron un acuerdo de unión civil y decidieron tener un hijo. Para ello, Constanza se somete a una I.A., lo que permite el nacimiento de una hija, Martina. La inscripción de nacimiento reconoce como madre biológica a Constanza, pero con los apellidos paternos de ambas madres. Posteriormente, concurren al SRC para consultar la posibilidad de corregir la inscripción de Martina y que ambas mujeres se inscriban como sus mamás. Se les indicó que la ley no lo permitía. Prohibición que calificaron como un acto discriminatorio, pues si se tratara de una pareja heterosexual sometida a una I.A. ningún problema habría tenido para inscribir al hijo. Por ello, ambas recurren de protección ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

Las recurrentes alegan que la negativa del SRC vulnera su integridad psíquica en atención al desconocimiento “de que ambas son las madres de la menor al someterse al proceso de fertilización *in vitro* y que ambas llevan el rol de madre en su vida diaria. Alegan, asimismo, que existe una discriminación por orientación sexual, puesto que, si hubiere sido una pareja heterosexual sometida a un tratamiento de fertilización, no se habría reparado en la inscripción del padre no biológico, afectándose el derecho a la protección de la familia, la protección del niño y el derecho a la vida privada”. Piden que se inscriba a Martina con doble filiación materna.

Por su parte, el SRC informa que se acreditó mediante comprobante de atención de parto que la mujer que dio a luz a Martina es Constanza y en el rubro identidad de los padres, se consignó el nombre de la madre y no el nombre del padre. Hace presente que se aplicaron las normas correspondientes: artículos 31 N° 4 de la Ley N° 4.808¹⁴; 113 N°s. 1 y 5 del

¹⁴ Artículo 31 de la Ley N° 4.808 sobre Registro Civil.

Reglamento Orgánico del Registro Civil¹⁵; y 183 del Código Civil. Agrega, asimismo, que el SRC no incurre en discriminación al aplicar las normas vigentes, por lo que no resulta precedente para este caso hacer distinciones de ninguna especie. Las normas jurídicas son iguales para todas las personas que se encuentran en las mismas circunstancias y diversas para aquellas que se encuentran en situaciones diferentes. Señala que con base en las disposiciones legales citadas y teniendo presente la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que consagra el derecho a la identidad y el interés superior del niño, corresponde que el SRC cumpla con su función registral, transcribiendo en la partida de nacimiento de la menor, los datos contenidos en el respectivo comprobante de parto.

Por su parte, la Corte al resolver el recurso, señala que el SRC informa que nuestra legislación no contempla las figuras paternas padre-padre y/o madre-madre y por ende las inscripciones de nacimiento consignan en el rubro "identidad de los padres" al padre y madre del inscrito y que la determinación de la maternidad debe estarse a lo señalado en el artículo 183 del Código Civil. Por lo que, la inscripción de nacimiento "aparece en regla, pues la madre de la menor es su madre biológica, de acuerdo con el certificado de parto que ha servido de antecedente a esta inscripción"¹⁶. En consecuencia, la referida inscripción se ajusta a la ley¹⁷.

Por otro lado, "tratándose de la fertilización asistida, el artículo 182 del Código Civil indica para los efectos de la determinación de la filiación al padre y a la madre del hijo concebido en estas circunstancias. Como en la especie se desconoce el nombre del donante o de los donantes que intervinieron en esta fertilización, es suficiente para estos efectos, señalar sólo el de la madre"¹⁸.

Las consideraciones anteriores permiten concluir que "el acto impugnado por la recurrente no resulta ni arbitrario ni ilegal. No es arbitrario,

¹⁵ Artículo 133 del D.F.L. N° 2.128, Reglamento Orgánico del Servicio del Registro Civil: "Están obligados a requerir la inscripción las siguientes personas: 1° El padre, si es conocido y puede declararlo; (...) 5° La madre, en cuanto se halle en estado de hacer dicha declaración".

¹⁶ Corte de Apelaciones de Valparaíso. 15 de junio de 2018. Rol N° 3335-2018, considerando 2°.

¹⁷ ICA Valparaíso. Rol N° 3335-2018, considerando 6°.

¹⁸ ICA Valparaíso. Rol N° 3335-2018, considerando 7°.

pues la negativa del SRC se funda en que no existe en nuestra legislación una forma que permita válidamente inscribir a dos mujeres como madres de un menor. Es cierto que las recurrentes junto a sus hijos conforman una familia, la que, si bien no se encuentra definida en nuestra legislación, puede ser constituida a través de la unión de parejas hetero y homosexuales, siendo indistinto que se trate de hombres y mujeres. No podría discutirse ni cuestionarse el peso de la realidad y la libertad intrínseca del ser humano. Otra cosa, sin embargo, es que la legislación regule con retraso situaciones que no se han contemplado originalmente. La situación que se ha planteado no tiene un correlato legal que permita acceder a la petición que se ha planteado, por lo que la actuación del SRC no resulta arbitraria. Tampoco es ilegal, pues este Servicio ha aplicado perfectamente la normativa vigente, normas que ya se han indicado y que correspondía que fueran consideradas en el presente caso"¹⁹.

Agrega la Corte que "las razones que se esgrimen en el recurso, y en el alegato, de que la petición se funda en mejorar la situación de la madre que no aparece en el certificado de nacimiento, en el evento de que la madre inscrita fallezca, lo que le acarrearía dificultades ante los tribunales no es posible abordar y resolver por esta vía, pues la filiación se funda en normas de orden público que no pueden ser alteradas al arbitrio en las partes interesadas. Además, las normas invocadas por el SRC, garantizan los derechos y garantías que le competen al menor de autos, especialmente su derecho de identidad debiendo recordarse, tal como se ha dicho, que ella lleva los apellidos de sus dos madres"²⁰.

Por su parte, el voto de minoría señala respecto a las normas en las que se basa la mayoría para rechazar el recurso, que "todas ellas pertenecen a un momento social, económico y político muy anterior al reconocimiento de las familias homoparentales, época en que sólo pudo preverse la familia tradicional, conformada por un hombre y una mujer, como pilares de esta. Sin embargo, a partir de la ardua discusión de la ley que sancionó el Acuerdo de Unión Civil (AUC), no puede desconocerse que la existencia de parejas del mismo sexo conforma, hoy, familias, amén de aquellas monoparentales"²¹.

¹⁹ ICA Valparaíso. Rol N° 3335-2018, considerando 9°.

²⁰ ICA Valparaíso. Rol N° 3335-2018, considerando 10.

²¹ ICA Valparaíso. Rol N° 3335-2018, considerando 13.

Agrega que, “con la existencia del AUC no se ha propendido a un trato igualitario a las diversas familias, manteniendo una posición hegemónica aquella compuesta por un hombre y una mujer, atentándose de ese modo, contra el artículo 1° de la Constitución, puesto que, si las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, resulta ininteligible el sustento normativo para mantener situaciones fácticas de desigualdad. Vulnerando de ese modo lo dispuesto en el artículo 19 N° 2 de la Constitución...”²².

Asimismo, conforme a lo dispuesto en la CDN, el niño/a para tener “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, debiendo los Estados Partes respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin inferencias ilícitas”²³.

“Que al impedir que una familia homoparental se yerga como familia de una niña que fue gestada mediando I.A, respecto de la cual, desde luego, nunca habrá un padre que reclame tal calidad, deviene en incumplimiento de las normas internacionales puesto que le estamos negando la posibilidad de preservar su identidad en tanto mediante un reproche jurídico, no aceptamos esta forma de familia y, en consecuencia, dañamos uno de los atributos de su persona.

Que por otra parte, reaparece la vulneración al principio de igualdad, al reconocer al hombre una capacidad y aptitud que desconocemos en la mujer, pareja en este caso de la madre biológica de la niña en cuanto, conforme a lo prescrito por el artículo 187 del Código Civil, basta que un hombre se apersona al SRC requiriendo la inscripción de un menor sin filiación paterna, que automáticamente quede registrado como progenitor de aquél, sin que tenga injerencia alguna la efectividad de haber contribuido, con sus gametos, a la existencia del reconocido, asunto que está vedado para la pareja de la madre biológica aun cuando la hija haya sido concebida mediante la aplicación de las TRA a las que ambas madres se sometieron, colacionando, con lo expresado, los conceptos contenidos en el artículo 182 del Código Civil”²⁴.

²² ICA Valparaíso. Rol N° 3335-2018, considerando 17.

²³ ICA Valparaíso. Rol N° 3335-2018, considerando 18.

²⁴ ICA Valparaíso. Rol N° 3335-2018, considerandos 19 y 20.

No estoy de acuerdo con lo señalado en los considerandos 19 y 20. El derecho a la identidad es un derecho personalísimo, del que goza todo ser humano a ser uno mismo, en su compleja y múltiple diversidad de aspectos, alcanzando de esta forma su propia identidad²⁵. Se lo relaciona con los atributos de ser único e irrepetible frente al mundo social que lo rodea. Es, en definitiva, lo que implica la facultad de todo ser humano a exigir su propia verdad. “Esa verdad precisamente por ser la verdad, no puede ser eliminada”²⁶. También es un derecho humano que comprende derechos correlacionados, como el derecho a un nombre propio, a conocer su propia historia filial, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad. Además, como principio del derecho de familia se refiere al derecho de cada cual a investigar de dónde viene, quiénes fueron sus padres, sus raíces. En consecuencia, la niña tiene derecho a saber que es producto de una I.A. con donante, que tiene dos madres, a conocer sus orígenes y si quiere, saber quién es su padre biológico²⁷.

En cuanto a que hay una infracción al principio de igualdad, no comparto esta interpretación. Se ha señalado que la igualdad “consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentran en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares”²⁸. De tal forma, si una pareja de hombres contrata una mujer para que sea inseminada con el semen de

²⁵ MOLINA, Eduardo y VIGGIOLA, Lidia (1992). “Protección constitucional del derecho a la identidad del hijo extramatrimonial”. *Ponencia presentada en el Congreso Internacional Derechos y Garantías en el siglo XXI*. Buenos Aires: Asociación de Abogados de Buenos Aires, p. 2.

²⁶ DE CUPIS, Adriano (1982). *Il Diritto della personalità*. Milán: Guiffré editore, p. 400.

²⁷ Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en *caso Gelman vs. Uruguay*, párr. 122, señala que “el derecho a la identidad es un derecho humano que comprende derechos correlacionados: el derecho a un nombre propio a conocer la propia historia filial, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad. Como todos los derechos humanos, el derecho a la identidad se deriva de la dignidad inherente al ser humano, relación por la cual le pertenece a todas las personas sin discriminación, estando el Estado obligado a garantizarlo, mediante la ejecución de todos los medios que disponga para hacerlo efectivo”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 24 de febrero de 2011. “*Caso Gelman vs. Uruguay*”.

²⁸ Corte Suprema. 3 de octubre de 2000. Rol N° 2595-1999, considerando 5°.

uno de ellos y lleve a cabo el embarazo y parto; cuando nazca el niño/a, será padre el que aportó los gametos y madre la que lo parió. Si la pareja se presenta al SRC solicitando que también se inscriba al otro hombre de la pareja, como padre de crianza, también se rechazará la inscripción por las mismas razones que se rechazó a la pareja de lesbianas, por tanto, no hay discriminación.

En síntesis, tanto lesbianas como homosexuales están en la misma situación. Si se discriminara permitiendo la inscripción de la paternidad y no la maternidad, ahí habría discriminación.

IV. NECESIDAD DE CAMBIOS

Cuando en 1999 se promulgó la ley que reguló un nuevo sistema filiativo, no hay duda de que constituyó una verdadera revolución en el derecho de familia al incorporar una nueva filosofía jurídica basada en la aplicación de la Constitución Política y de los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Chile²⁹. Pero esta ley se basó en la premisa de que la concepción de un hijo/a requería de una relación sexual entre un hombre y una mujer o en la unión de los gametos de estos para concebir un hijo/a. Por tanto, establece un sistema binario donde solo hay un padre y una sola madre.

En consecuencia, si se acepta la utilización de las técnicas de reproducción asistida en mujeres o parejas gay, no se podría mantener la regulación de la filiación actual. Por tanto, se requiere un cambio del sistema filiativo. La realidad nos está superando.

Lo que tiene que preocuparnos es ¿cuál es la situación del hijo/a que nace en estas condiciones? ¿Puede demandar la paternidad al donante, a través de una acción de reclamación, si llegara conocer la identidad de este? Puede demandarlo, porque no se aplica la presunción de paternidad del artículo 182 del Código Civil, pero va a ser difícil identificarlo porque no quedan registros de los donantes.

Respecto de la mujer que es pareja de la madre que vive con él o ella, y con la que tiene una relación afectiva puesto que lo cría o ayuda a criarlo, educa y cuida, no hay ninguna relación jurídica. La ley no reconoce la

²⁹ Ver GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS (2017), p. 51.

relación afectiva entre ellas. En caso de separación de la pareja, no hay regulación respecto del cuidado personal ni de la relación directa y regular ni de la obligación de pagar alimentos. Tampoco va a tener el hijo derecho sucesorios si muere la mujer pareja de la madre.

No hay duda de que lo más beneficioso para un hijo/a es tener padres desde el nacimiento y que estos asuman su responsabilidad. No hay que olvidar que el interés superior del niño es un derecho sustantivo que se traduce en que la consideración primordial debe ser lo que es mejor para él, teniendo esto en cuenta al tomar una decisión que le afecte, sopesando distintos intereses y evaluando los efectos que se producen sobre sus derechos³⁰.

V. PROPUESTA DE CAMBIO

A partir de esta directriz voy a estudiar los cambios que podrían llevarse a cabo para la determinar la maternidad de ambas madres desde el nacimiento del hijo/a y con ello asegurar el interés superior de este/a. Reitero que serían reformas de parche que no van al fondo del problema, pero sí ayuda a soluciones más inmediatas.

A. Cambio de vocabulario

Mi primera propuesta es un cambio de vocabulario. Hay que encontrar una palabra neutra que se pueda utilizar en los documentos, para evitar evidenciar que hay dos madres y ningún padre, lo cual podría implicar algún tipo de discriminación. En algunos países, que han incorporado el matrimonio igualitario, se reemplazan los conceptos de padre y madre por el de "progenitor". Esto implica que los certificados de nacimiento en vez de consignar al padre o madre consignan: progenitor o progenitor 1 y 2. De tal forma, que en el acta de nacimiento, en el rubro "identidad de los padres", diga "identidad de los progenitores".

³⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2017). *Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección*, OEA. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/nna-garantiaderechos.pdf> [fecha de visita 26 de mayo de 2018], párrafo 329, p. 132.

1. Presunción de derecho de paternidad y maternidad

Como ya se ha señalado, en nuestro país no se ha legislado en forma integral sobre las TRA. El único artículo que se refiere al tema es el artículo 182 del Código Civil que prescribe 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 (...)”, constituyendo una excepción al principio de la primacía del criterio biológico para determinar la filiación. En este caso se establece una filiación legal, que puede o no ser distinta de la biológica, pero que prima sobre ella³¹. Es una presunción de derecho que no pretende dar validez a la aplicación de las TRA, sino solo regular la situación filiativa de las criaturas nacidas fruto de donación de gametos no pertenecientes a los padres o a la pareja que se somete a la técnica.

Está claro que el ámbito de aplicación de estas técnicas es la pareja humana heterosexual matrimonial o no matrimonial. Además, al utilizar la conjunción “y” está indicando que, para recurrir a las técnicas, se requiere de un hombre y una mujer.

Agrega, el inciso segundo del artículo 182, que “no podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo con la regla precedente, ni reclamarse una distinta”. Por lo tanto, la condición de donante de gametos no genera parentesco, y el hombre y mujer que han consentido en la aplicación de la técnica de reproducción humana asistida no podrán impugnar su paternidad o maternidad, bajo pretexto de no ser los padres biológicos³².

Si nos remitimos a la historia de la ley, durante la discusión en Sala quedó establecido que existía otra iniciativa legal en debate, cuya regulación implicaría un pronunciamiento integral respecto de las diversas técnicas de reproducción humana asistida, por lo que no se iba a entrar en el análisis de los temas de fondo atinentes a la fertilización asistida, sino que se va a referir a una sola hipótesis que es la que se está dando en la

³¹ 2º Juzgado de Familia de Santiago. 8 de enero de 2018. Rol Nº 7246-2017.

³² Ver MORENO ORELLANA, Catalina y COLLAO BARRIOS, Daniela (2008). *El derecho a tener un padre y una madre. La paternidad y maternidad en los casos de adopción y aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

sociedad chilena³³. Lo que fue reiterado en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que señaló expresamente que esta norma solo se limita a reglamentar y consolidar situaciones ya consumadas y no anticipa criterios sobre la regulación sustantiva de estas técnicas.

Por tanto, el artículo 182 del Código Civil solo pretende regular la situación filiativa de los niños nacidos producto de la donación de gametos. “No pretende dar validez a la aplicación de las TRA en cualquier persona sin distinción, sino solo regular la situación filiativa de los niños nacidos fruto de donación de gametos no pertenecientes a los padres o a la pareja que se somete al sistema, en que los donantes no pueden reclamar la paternidad”³⁴. En consecuencia, no se encuentran incluidas la inseminación artificial de la mujer sola o en convivencia civil o conviviente³⁵.

Por ello, para hacer extensiva esta presunción a la pareja del mismo sexo, habría que hacer una modificación legal que reemplazara los vocablos hombre y mujer por pareja o por persona. De tal forma que el artículo quedara redactado de la siguiente manera: “los progenitores del hijo o hija concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son la pareja que se sometieron a ellas (...)” o “los progenitores del hijo o hija concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son las personas que se sometieron a ellas (...)”.

En consecuencia, la pareja o las personas que se someten a la aplicación de estas técnicas son los progenitores del hijo o hija concebido mediante ellas.

2. Presunción legal de paternidad (pater is est)

Hasta la Ley Nº 19.947 del año 2004, que modificó la Ley de Matrimonio Civil, se discutía qué tipo de familia protegía el Ordenamiento

³³ DIARIO DE SESIONES DEL SENADO (1998). Discusión parlamentaria, agosto 1998, p. 2043.

³⁴ 2º Juzgado de Familia de Santiago. 8 de enero de 2018. Rol Nº 7246-2017, considerando 6º.

³⁵ Ver BENÍTEZ PIRAINO, Dinka (2018). *Filiación y mujeres lesbianas*. Santiago: Editorial Rubicón, pp. 160-162. Disiente de esta interpretación esta autora, señalando “que no hay información de la época relativa al grupo excluido” y “porque la norma y los procedimientos de reproducción asistida siguen vigentes en la actualidad”.

Jurídico. El artículo 1° de esta ley zanjó la discusión al establecer que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia”. Con ello se reconoce que hay varias formas de constituir familia, basadas en el matrimonio, en la convivencia y también aquellas que están integradas por una madre o padre y sus hijos (mono-parentales). Será la Ley N° 20.830, que crea el Acuerdo de Unión Civil, la que dará un paso adelante, al reconocer explícitamente y regular los efectos jurídicos de la vida afectiva en común de los convivientes civiles hetero y homosexuales.

Esta ley, en su artículo 21, regula la filiación de los hijos que nacen durante la convivencia civil heterosexual. Dice el artículo: “*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 esa forma, amplió la aplicación del artículo 184 del Código Civil, propia del matrimonio, a la convivencia civil heterosexual. Estableciendo la presunción de paternidad, que era exclusiva para los hijos que nacían dentro del matrimonio, a los hijos que nacen durante la convivencia civil heterosexual. Al extender esta presunción de paternidad a los hijos que nacen durante el AUC, se pierde la coherencia del Código Civil, ya que la fundamentación de la presunción *pater is est* se sustentaba en la cohabitación y en el deber de fidelidad de la mujer casada, exigencias que no se dan en el AUC.

Pareciera que el legislador basa el establecimiento de la presunción en el compromiso que los padres asumen al celebrar el acuerdo de unión civil³⁶ y en lo que considera más beneficioso para el hijo/a. De tal manera que, respecto de aquellos que se someten al estatuto jurídico del matrimonio o del AUC, sus hijos/as serán beneficiados con la certeza de tener la paternidad determinada desde el nacimiento, sin necesidad de que el conviviente civil deba reconocer al hijo/a. Los primeros serán hijos matrimoniales y los segundos no matrimoniales.

³⁶ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2016). “La presunción de paternidad en la Ley de Acuerdo de Unión Civil”. Hernández Paulsen, Gabriel y Tapia Rodríguez, Mauricio (coordinadores), *Estudios sobre la Nueva Ley de Acuerdo de Unión Civil*. Santiago: Editorial Thomson Reuters, p. 111.

Un punto que lleva a la reflexión, es si al establecer el artículo 20 de la Ley N° 20.830, un trato diferente para las parejas heterosexuales y homosexuales, esto constituiría una discriminación arbitraria o una diferencia objetiva. Será arbitraria cuando carezca de justificación objetiva y razonable. En cambio, si estamos frente a desigualdades de hecho, estas pueden traducirse legítimamente en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contrarie la justicia y se consideren arbitrarias³⁷. El que se considere una desigualdad de hecho tiene cierta lógica porque la pareja homosexual no puede engendrar hijos por relación sexual. Solo podrán hacerlo utilizando las TRA donde la determinación de la filiación está regulada exclusivamente para la pareja heterosexual en el artículo 182 del Código Civil.

Al respecto, Vinka Benítez se pregunta ¿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 aun 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 (a) nacido (a) bajo la convivencia civil de su madre con otra mujer? En ambos casos la mujer-madre puede embarazarse con una persona distinta de su conviviente civil; y más aún, no necesariamente mediante acceso carnal como en el caso de la reproducción asistida. Y lo más importante, es que 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” (...) “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/a con ocasión de reproducción asistida, pero con un hombre distinto? En ese caso, ¿prima la presunción del

³⁷ NACIONES UNIDAS. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2013). *Observación general N° 14: sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. Disponible en: http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf [fecha de visita 26 de mayo de 2018].

artículo 182 del Código civil que no admite impugnación de paternidad o prima la presunción del artículo 184 del Código Civil?”³⁸.

En consecuencia, se requiere de una ley que regule la aplicación de las TRA y donde se acepte o rechace la utilización de estas por la pareja homosexual. De aceptarse (pareciera imposible su rechazo porque este tipo de fecundación ha alcanzado legitimación social) debe extenderse la presunción a los convivientes civiles, sin excepciones.

Ahora, si lo miramos desde el punto de vista del hijo/a, tendríamos que preguntarnos ¿qué es más beneficioso para él o ella? Si tener ambas maternidades determinadas de inmediato o quedar solo con la de la mujer que lo dio a luz. No hay duda de que el interés superior del niño o niña es tener ambas maternidades, porque si llegara a separarse la pareja, este o esta no tiene derecho jurídicamente a ser cuidado, ni a tener una relación directa y regular con quien fue su madre de crianza, ni que esta pague alimentos por él o ella. En caso de fallecimiento de la madre biológica, no hay seguridad de que el cuidado personal pase a la madre de crianza y existe el riesgo que este se otorgue a parientes que quizás apenas conozca.

3. Posesión notoria del estado civil de hijo/a como acción independiente

La posesión notoria del estado civil de hijo/a constituye una especie de reconocimiento de hecho o social de paternidad o maternidad. Tiene lugar cuando al hijo/a se le nombra, trata y conoce como tal, durante un plazo ininterrumpido de cinco años. Puede que biológica o genéticamente no lo sea, pero socialmente lo aparenta. También constituye un medio de prueba cuando se deduce la acción de reclamación de filiación, solicitando la determinación de la paternidad o maternidad, e indicando que se configuran los elementos y requisitos constitutivos de esta institución.

La posesión notoria no crea un estado civil, sino que es una forma de probar la filiación que se intenta determinar, basada en la verdad social³⁹. Esto se confirma por la ubicación de los artículos que regulan esta ins-

³⁸ BENÍTEZ PIRAINO (2018), pp. 166-167.

³⁹ Véase Corte Suprema. 7 de septiembre de 2016. Rol N° 39477-2016.

titución, después del artículo que establece la regla general para regular las pruebas en materia de filiación (artículo 198) y la prueba pericial biológica (artículos 199 y 199 bis del Código Civil)⁴⁰.

Asimismo, la posesión notoria actúa como excepción cuando el padre biológico reclama una filiación determinada y el padre legal opone la excepción de posesión notoria del estado civil por más de cinco años (artículos 200 y 201)⁴¹. En este caso, se prefiere la verdad social constituyendo una excepción al principio de la primacía de la verdad biológica para determinar la filiación, otorgando preferencia a los lazos de afecto por sobre la verdad biológica. Tanto los lazos afectivos como los psicológicos se crean con más fortaleza en la vida diaria que en razón de la herencia, desprovista de toda otra relación.

¿Es posible, en conformidad a la legislación vigente, solicitar la determinación de la maternidad vía posesión notoria de estado civil de hijo/a en forma directa, es decir, como acción directa?

Reiterada jurisprudencia ha señalado que la posesión notoria del estado civil “no puede ser concebida como una acción en sí misma, ni menos en un procedimiento voluntario o no contencioso, ya que forma parte del contexto de una acción de filiación, que debe dirigirse contra legítimo contradictor”⁴². Por tanto, para determinar la filiación debe deducirse una acción judicial de reclamación, y si es voluntaria, esta podrá verificarse por el acto del reconocimiento por parte del presunto padre o madre.

Cuando se ha intentado la posesión notoria del estado civil de hijo/a como acción independiente ante los tribunales ha sido rechazada. Un caso que se presentó es cuando una mujer lesbiana mediante una gestión voluntaria solicitó que se declarara la posesión notoria del estado civil de hija respecto de su madre de crianza. Fundó su petición señalando que inició una relación de pareja con la madre cuando la niña tenía tres

⁴⁰ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS (2017), p. 254.

⁴¹ Artículo 201 del Código Civil: “La posesión notoria del estado civil de hijo, debidamente acreditada, preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que haya contradicción entre una y otras.

Sin embargo, si hubiese graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar la regla anterior, prevalecerán las pruebas de carácter biológico”.

⁴² Corte Suprema. 12 de abril de 2016. Rol N° 8422-2015.

años, manteniendo un vínculo de madre e hija que ha sido manifestado en su entorno de amigos, familiares, profesores y vecinos. Los jueces rechazaron esta gestión señalando que la posesión notoria del estado civil 'no puede ser concebida como una acción en sí misma, ni menos en un procedimiento voluntario o no contencioso'. Agrega la Corte, que las acciones de filiación son nominadas; ellas son las acciones de reclamación e impugnación y al ejercerse a través de una gestión no contenciosa, por ende, al margen de las acciones que sobre la materia ofrece el derecho chileno, no puede prosperar⁴³. Además, estas acciones se caracterizan por la existencia de controversia entre dos partes, situación que no se presenta en este caso.

No obstante lo señalado, el Juzgado de Letras y Familia de Los Lagos, de gestión voluntaria, conoció y falló una causa acogiendo la petición de que se declare la posesión notoria del estado civil de hijos respecto de su madre de crianza. Los hechos son los siguientes: cuatro hermanos solicitaron, de acuerdo con la tradición mapuche, "que se declare su estado de posesión notoria de hijos" respecto de su madre de crianza, casada con el padre biológico de ellos, quien se encuentra fallecida, siendo todos pertenecientes a la comunidad Mapuche. En este caso, el tribunal acogió dicha solicitud con base en el reconocimiento de la poligamia en la cultura Mapuche, ya que la madre de crianza y biológica eran hermanas y ambas casadas con el padre (una por el Registro Civil y la otra por la Iglesia católica), y la que se hacía cargo del cuidado de ellos era la madre de crianza. La sentencia se fundamenta en la aplicación del artículo 4° de la Ley N° 19.253⁴⁴, el cual indica que la posesión notoria de estado civil de hijo será suficiente para determinar la filiación, y en el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

Señala la sentencia:

⁴³ Corte Suprema. 12 de abril de 2016. Rol N° 8422-2015. Al respecto, véase también Corte de Apelaciones de San Miguel. 26 de noviembre de 2009. Rol N° 971-2009.

⁴⁴ Artículo 4° de la Ley N° 19.253: "Para todos los efectos legales, la posesión notoria del estado civil de padre, madre, cónyuge o hijo se considerará como título suficiente para constituir en favor de los indígenas los mismos derechos y obligaciones que, conforme a las leyes comunes, emanen de la filiación legítima y del matrimonio civil. Para acreditarla bastará la información testimonial de parientes o vecinos, que podrá rendirse en cualquier gestión judicial, o un informe de la Corporación suscrito por el Director".

"que del mérito de los antecedentes presentados el tribunal tiene por acreditado, debido a la costumbre del pueblo mapuche, que es un hecho público y notorio que la poligamia era una realidad aceptada, especialmente tomar una segunda esposa, hermana de la primera. A esta realidad se concluye particularmente del mérito del informe de fojas nueve.

Resulta claro del cumulo de pruebas que los solicitantes fueron reconocidos como hijos de doña J.A. a la usanza indígena y vivieron con ella hasta su muerte, según se observa de la información proporcionada por los testigos, así como del acta emitida por la comunidad D.L, siendo a la vez hijos biológicos de su hermana, doña B.A., como dan cuenta sus certificados de nacimiento, así como la libreta de familia católica de fojas veintisiete (considerando 5°). Que el tribunal reconoce los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales de los pueblos originarios conforme se instruye por el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, publicado en el Diario Oficial con fecha catorce de octubre de dos mil ocho.

De esta manera, la petición de los solicitantes, inusual para la cultura chilena en el sentido de tener dos madres, debe ser reconocida porque forma parte de la costumbre y tradición del pueblo Mapuche lo que les permitió formar una familia unida, de respeto sin conflictos en torno a su identidad.

Así las cosas, el tribunal considera pertinente la petición formulada a fojas treinta y ocho. Y visto lo dispuesto en los artículos 4° de la Ley N° 19.253, 200, 309 y 310 del Código Civil, Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, la cultura del pueblo Mapuche se declara:

Que se hace lugar a lo solicitado y se reconoce judicialmente a don L.A., Run _____, H.R., Run _____, J.G., Run _____, E. del C., Run _____ y J.O., Run _____, todos de apellido L.A., la posesión notoria del estado civil de hijos respecto de doña J.A.L., Run _____, de manera que deben corregirse sus respectivas actas y certificados de nacimiento en orden a dejar *constancia que todos ellos tienen dos madres, la señora mencionada en base a su cultura y crianza, sin perjuicio de su madre biológica, hermana de la anterior, doña B.A.L.*"⁴⁵.

En este caso, se aceptó la doble maternidad en el contexto de un acto judicial no contencioso, como un reconocimiento a que en la cultura mapuche se acepta la poligamia y, por ende, no tienen un sistema filiativo binario de un solo padre y una sola madre, por lo que no se puede hacer extensivo a la doble maternidad.

⁴⁵ Juzgado de Letras y Familia de Los Lagos. 28 de septiembre de 2012. Rol N° V-223-2011.

4. Adopción

Cuando se promulgó la ley del acuerdo de unión civil, no se incorporó la posibilidad de que los convivientes civiles ni hetero ni homosexuales pudieran adoptar, pese a que, como ya se señaló, se extendió la presunción de paternidad *pater is est* a los convivientes civiles heterosexuales. Lo que explica que uno de los temas más controvertidos que se plantean en la reforma a la ley de adopción, es la posibilidad de que la pareja homosexual pueda adoptar.

La aceptación como posibles adoptantes a los convivientes hetero y homosexuales y a los adoptantes individuales lesbianas y gay plantea diferentes supuestos. Entre otros, adopción unipersonal, cuando la persona que desea adoptar es lesbiana o gay; adopción en integración, cuando la pareja de la madre o padre biológica quiere adoptar al hijo/a biológico o adoptivo de su conviviente y, adopción conjunta, cuando dos personas del mismo sexo sean convivientes civiles o convivientes, quieren adoptar un niño o niña. Como estamos analizando la situación de la doble maternidad, me referiré a las dos últimas situaciones.

4.1. Adopción por integración o integrativa del hijo biológico del otro miembro de una pareja del mismo sexo

La Ley N° 19.620 sobre adopción, en su artículo 11, incorpora la adopción por integración al permitir que el cónyuge pueda adoptar al hijo/a biológico de filiación determinada de uno de los cónyuges. En este caso, la ley no exige que se realice el trámite previo de susceptibilidad de adopción y se aplica directamente el procedimiento consagrado en el título tercero (artículo 11, inciso 1° de la Ley N° 19.620). En consecuencia, para que proceda la adopción del hijo de uno de los cónyuges, deben reunirse los siguientes requisitos: a) que el niño/a que va a ser adoptado sea hijo/a biológico con filiación determinada de uno de los cónyuges; b) que el menor no sea hijo/a biológico del otro cónyuge; y, c) que tanto el padre biológico como el otro cónyuge estén casados (artículo 11).

Esta forma de adopción es discutida doctrinariamente porque para algunos autores implica la superposición de vínculos filiales y contradice el fin de la adopción que es ayudar a los menores en grave situación de

abandono⁴⁶. No comparto esta opinión, considero que es un avance esta forma de adopción porque crea un vínculo filial con la pareja de su padre o madre y pasa a ser parte con derechos y obligaciones de la familia.

Si la nueva ley de adopción incorporara entre los posibles adoptantes a las parejas del mismo sexo, este artículo 11 podría permitir que la conviviente de la madre biológica pudiera adoptar al hijo/a de su conviviente. De tal forma que, si la madre del niño o niña o adolescente recurrió a la inseminación artificial o a la fecundación *in vitro* con aporte de los gametos de la otra conviviente, la madre que no gestó ni parió a la criatura pueda adoptarla directamente. De este modo, para que proceda la adopción en integración sería necesario: a) que el niño/a que va a ser adoptado sea hijo/a biológico con maternidad determinada de una de las convivientes; b) que tanto la madre biológica como la adoptante sean convivientes civiles o convivientes.

5. Adopción plena

La ley de adopción regula en sus artículos 20, 21 y 31 quiénes pueden adoptar. Para ello distingue entre matrimonios con residencia permanente en Chile y matrimonios no residentes en Chile, concediéndole preferencia a los primeros. Como excepción, admite la adopción por personas solteras, viudas o divorciadas, bajo la forma de la adopción plena. Sin embargo, de acuerdo con lo expuesto en el artículo 21 del mismo cuerpo legal, la adopción por personas individuales solo procede respecto de adoptantes residentes en Chile.

Los matrimonios con residencia en Chile que quieran adoptar un NNA deben reunir los siguientes requisitos: a) ser matrimonios de chilenos o extranjeros, con residencia permanente en el país; b) tener más de dos años de matrimonio. En caso de infertilidad de alguno de los cónyuges o de ambos, no se exige este requisito (artículo 20, inciso 4°); c) tener idoneidad física, mental, psicológica y moral calificada por el Sename o por un organismo autorizado por este; y, d) ser mayores de veinticinco años, menores de sesenta y tener una diferencia de edad de veinte años o más con el menor.

⁴⁶ CORRAL TALCIANI, Hernán (2002). *Adopción y filiación adoptiva*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 174.

Si no existieren matrimonios interesados en adoptar que cumplan con los requisitos legales o a los que solo les falte la residencia permanente en el país, se podrá entregar al niño, niña o adolescente en adopción a una persona soltera, divorciada o viuda chilena, con residencia permanente en el país, siempre que cumpla con los requisitos legales (idoneidad, diferencia de edad).

La reforma necesaria para introducir la doble maternidad consistiría en incorporar como adoptantes a los convivientes civiles junto con los casados. Se justifica porque la ley que regula el acuerdo de unión civil otorga a los hijos/as de los convivientes civiles heterosexuales, la presunción *pater is est*. ¿Si se les otorgó la presunción propia del matrimonio por qué no la adopción? De este modo, podrían adoptar: a) matrimonios o convivientes hetero y homosexuales con residencia permanente en Chile; b) que tengan más de dos años de matrimonio o convivencia civil. Si uno padece de infertilidad no se exige este requisito; c) que tengan idoneidad física, mental, psicológica y moral calificada por el Sename o por un organismo autorizado por este; d) que sean mayores de veinticinco años, menores de sesenta y tengan una diferencia de edad de veinte años o más con el NNA.

VI. CONCLUSIONES

Como la discusión de los proyectos de ley que se han presentado sobre la regulación de las Técnicas de Reproducción Asistida se está demorando más de 20 años, se necesitan soluciones que, si bien no abarcan todos los temas, por lo menos, regulen las nuevas situaciones que se están dando en la sociedad.

No hay duda de que la Ley N° 19.585 significó una revolución en el derecho de familia que constituyó una transformación de este, al incorporar una nueva filosofía jurídica basada en la aplicación de la Constitución Política y de los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Chile. Pero, este sistema parte de la premisa de que la concepción de un hijo/a requiere de una relación sexual entre un hombre y una mujer o de la unión de los gametos de estos para concebir un hijo/a y, por tanto, establece un sistema binario donde solo hay un padre y una sola madre. Por tanto, se necesita un cambio en profundidad del sistema filiativo que incorpore una nueva estructura a la maternidad y paternidad.

En relación con el acta y certificado de nacimiento, propongo un cambio de vocabulario, en el rubro "identidad de los padres" por progenitores. Palabra neutra que evita evidenciar que hay dos madres y ningún padre, lo cual podría implicar algún tipo de discriminación. De tal forma, que diría "identidad de los progenitores".

Para hacer extensiva a la pareja del mismo sexo, la presunción de derecho del artículo 182 del Código Civil, habría que hacer una modificación legal que reemplace los vocablos hombre y mujer por pareja o por persona. De tal forma el artículo quedaría redactado de la siguiente manera: "los progenitores del hijo o hija concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son la pareja que se sometieron a ellas (...)" o "los progenitores del hijo o hija concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son las personas que se sometieron a ellas (...)".

Debe modificarse el artículo 20 la Ley N° 20.830 haciendo extensiva la presunción *pater is est* a las parejas de un mismo sexo.

Hay que dictar una nueva ley de adopción que incorpore como posibles adoptantes a los convivientes civiles tanto hetero como homosexuales.

Cuando una de las mujeres de la pareja se somete a una técnica de reproducción asistida con donante, la otra mujer podría adoptar directamente a ese hijo/a por integración.

En síntesis, se requiere que se dicte una ley que regule las Técnicas de Reproducción Asistida donde se establezca claramente el ámbito de su aplicación, cuáles técnicas se van a admitir y la filiación de los hijos que nacen producto de la aplicación de ellas con donantes o donantes. Para ello, es necesario una discusión en profundidad entre los distintos actores de la sociedad donde se establezca el marco ético que queremos darnos como sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

A) Libros y artículos de revistas

- BENÍTEZ PIRAINO, Dinka (2018). *Filiación y mujeres lesbianas*. Santiago: Editorial Rubicón.
- COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (2017). *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*. Disponible en: <http://assets.comitedebioetica.es/files/>

- documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf [fecha de visita 26 de mayo de 2018].
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2002). *Adopción y filiación adoptiva*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- DE CUPIS, Adriano (1982). *Il Diritto della personalità*. Milán: Guiffré editore.
- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2017). *Sistema Filiativo: filiación biológica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- _____ (2016). “La presunción de paternidad en la Ley de Acuerdo de Unión Civil”. Hernández Paulsen, Gabriel y Tapia Rodríguez, Mauricio (coordinadores), *Estudios sobre la Nueva Ley de Acuerdo de Unión Civil*. Santiago: Editorial Thomson Reuters.
- MALAURIE, Philippe y AYNES, Laurent (2015). *Droit de la Famille*. 5ª edición. Paris: LGDJ Lextenso Editions.
- MOLINA, Eduardo y VIGGIOLA, Lidia (1992). “Protección constitucional del derecho a la identidad del hijo extramatrimonial”. *Ponencia presentada en el Congreso Internacional Derechos y Garantías en el siglo XXI*. Buenos Aires: Asociación de Abogados de Buenos Aires.
- MORENO ORELLANA, Catalina y COLLAO BARRIOS, Daniela (2008). *El derecho a tener un padre y una madre. La paternidad y maternidad en los casos de adopción y aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

B) Instrumentos internacionales de Derechos Humanos

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2017). *Opinión consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la convención americana sobre derechos humanos)*. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf [fecha de visita 26 de mayo de 2018].

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2017) *Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección*, OEA. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/mna-garantiaderechos.pdf> [fecha de visita 26 de mayo de 2018].
- NACIONES UNIDAS. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2013) *Observación general N° 14: sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. Disponible en: http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf [fecha de visita 26 de mayo de 2018].

C) Jurisprudencia citada

Sentencias de la Corte Suprema

- Corte Suprema. 7 de septiembre de 2016. Rol N° 39477-2016.
- Corte Suprema. 12 de abril de 2016. Rol N° 8422-2015.
- Corte Suprema. 21 de octubre de 2013. Rol N° 4311-2013.
- Corte Suprema. 19 de enero de 2008. Rol N° 7008-2008.
- Corte Suprema. 3 de octubre de 2000. Rol N° 2595-1999.

Sentencias de Corte de Apelaciones

- Corte de Apelaciones de San Miguel. 26 de noviembre de 2009. Rol N° 971-2009.
- Corte de Apelaciones de Santiago. 28 de diciembre de 2017. Rol N° 74926-2017.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso. 15 de junio de 2018. Rol N° 3335-2018.

Sentencias de Primera Instancia

- 2° Juzgado de Familia de Santiago. 8 de enero de 2018. Rol N° 7246-2017.
- Juzgado de Letras y Familia de Los Lagos. 28 de septiembre de 2012. Rol N° V-223-2011.

Sentencia de Corte Interamericana

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. 24 de febrero de 2011. “Caso *Gelman vs. Uruguay*”.