

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

*Catedrática de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO

*Catedrática de Derecho Civil
de la Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN

*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho.
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

*Ministro en retiro de la Suprema
Corte de Justicia de la Nación y
miembro de El Colegio Nacional*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

*Juez de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos
Investigador del Instituto de
Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

OWEN FISS

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho
de la Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ

*Catedrático de Derecho
Mercantil de la UNED*

LUIS LÓPEZ GUERRA

*Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

*Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Sevilla*

MARTA LORENTE SARIÑENA

*Catedrática de Historia del Derecho
de la Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

*Catedrático de Filosofía del Derecho y
Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA

*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

*Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER

*Catedrática de Derecho Constitucional
e Internacional en la Universidad
de Colonia (Alemania)
Miembro de la Comisión de Venecia*

HÉCTOR OLASOLO ALONSO

*Catedrático de Derecho Internacional de la
Universidad del Rosario (Colombia) y
Presidente del Instituto Ibero-Americano
de La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid*

TOMÁS SALA FRANCO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO

*Magistrado de la Sala Primera (Civil)
del Tribunal Supremo de España*

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Valencia*

RUTH ZIMMERLING

*Catedrática de Ciencia Política de la
Universidad de Mainz (Alemania)*

ANUARIO CHILENO DE JURISPRUDENCIA

2020

Director

CRISTIÁN LEPIN MOLINA

Coordinador

CAMILO CORNEJO MARTÍNEZ



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE ENSEÑANZA CLÍNICA
DEL DERECHO

tirant lo blanch
Valencia, 2022

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

Doble Maternidad e Interés superior del niño. Comentario Sentencia del 2º Juzgado de Familia de Santiago, RIT C-(reservado)-2019, de ocho de junio de dos mil veinte

MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS¹

I. COMENTARIO

Ante el 2º juzgado de Familia de Santiago, XX², en representación de su hijo Atilio, presenta una demanda de reclamación de la filiación contra XXX “su otra madre o madre social”. Señala que ambas son convivientes civiles y dentro de esta convivencia nació Atilio producto de una fecundación *in vitro* con donante. Agrega, que la única norma que prescribe la aplicación de las técnicas de reproducción asistida (TRA) es el artículo 182 del Código Civil, la cual no regula los derechos filiativos de los niños o niñas nacidos en una familia homoparental, provocando una vulneración en los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes que las componen. Además, hay transgresión de ciertos derechos, como el de igualdad ante la ley; el derecho a la vida familiar y su protección; el derecho a la identidad y al interés superior del niño.

Por ello, con el fin de resguardar los derechos fundamentales de las partes involucradas, se debe realizar una interpretación integradora de la Constitución, para lo cual el juez cuenta con métodos y fuentes subsidiarias como la equidad, los principios generales y la analogía jurídica.

Asimismo, solicita que se declare admisible la acción de reclamación de maternidad no matrimonial en contra de XXX ya individualizada, acogerla

¹ Abogada. Licenciada en Ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile. Doctora en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, España. Profesora Titular de Derecho civil, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Dirección electrónica: maricruz@derecho.uchile.cl.

² En atención a la materia discutida, la individualización de las partes así como el caratulado de la causa son antecedentes que se encuentran bajo secreto y reserva de confidencialidad. Por lo mismo, para no exponer a los sujetos que concurrieron al proceso, los nombres se mantuvieron bajo incógnito.

a tramitación y en definitiva declarar la comaternidad que le corresponde a la demandada sobre el niño, ordenando al Servicio de Registro Civil e Identificación practicar todas las diligencias, inscripciones y subinscripciones que en derecho correspondan.

La demandada contesta que, efectivamente, tiene una relación con la demandante, desde hace más de 9 años, y que en diciembre de 2015 suscribieron Acuerdo de Unión Civil. Pese a que ambas decidieron tener un hijo en común, solo a la demandante se le práctico la fecundación *in vitro* y dio a luz al hijo, por lo cual solo ella es legalmente la madre, no existiendo un reconocimiento de carácter filiativo que vincule al niño a ella. Esta situación vulnera el interés superior de este niño, su derecho a la identidad, sus derechos fundamentales a la vida privada y familiar y su igualdad ante la ley, tanto como niño y como hijo. Agrega que la falta de reconocimiento le niega a su hijo el catálogo de derechos que le reporta ser hijo de una familia, en vez de serlo de una sola persona. Su hijo no podrá nunca demandarla de alimentos, exigirle una relación directa y regular ni heredarla. Tampoco podrá pertenecer a su familia, que lo considera uno de los suyos. Por los motivos descritos, considera que la reclamación de filiación interpuesta en su contra es totalmente justificable.

El tribunal acogió la solicitud de reclamación de maternidad, señalando que no habiendo una norma que regule la filiación de los hijos nacidos de parejas del mismo género y en razón “del principio de inexcusabilidad, este tribunal debe pronunciarse sobre la petición solicitada, en virtud de las normas sobre igualdad, el concepto de familia que subyace en nuestro ordenamiento jurídico, las convenciones internacionales sobre derechos humanos y su rango constitucional, y recurriendo a la norma de interpretación de los principios generales del derecho, utilizando el criterio jerárquico, considerando que los principios señalados se encuentran en normas de rango al menos supralegal, este Tribunal dará lugar a lo solicitado” (Juzgado de Familia de Santiago, 2020, c. 16).

Este fallo permite realizar algunos comentarios relacionados sobre la admisión de la doble maternidad legalmente.

Lo novedoso en la sentencia es que, legalmente, reconoce a dos mamás. Con esto se acerca a realidades de la vida diaria, donde hay muchos niños que son criados por su madre y abuela, una tía y su madre, porque la madre trabaja y dichas parientes configuran una especie de segunda madre, madre de “crianza”.

Desde la perspectiva judicial, no es la primera vez que se reconoce la existencia de la doble maternidad, pero en procedimientos diferentes y con efectos distintos.

En el año 2012, se dictó una sentencia que reconoció a dos madres: una biológica y otra de crianza (Juzgado de Letras y Familia de Los Lagos, 2012), en el contexto de un acto judicial no contencioso, como un reconocimiento de que en la cultura mapuche se acepta la poligamia y, por ende, no existe un sistema filiativo binario (de un solo padre y una sola madre). Se aplicó el convenio de la OIT 169, Ley N° 19.253 y los artículos 200 (posesión notoria), 309 y 310 del Código Civil. La sentencia establece que deben rectificarse 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.”.

Una Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo reciente de un recurso de protección (Corte de Apelaciones de Santiago, 2019), ordenó rectificar la partida de nacimiento de unos hermanos, incorporando el nombre de las dos madres a la partida, pero no determinando su filiación.

Si analizamos la jurisprudencia de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones, ambas han rechazado reconocer jurídicamente la doble maternidad. La Corte Suprema, en los casos en que se ha presentado como acción de posesión notoria y ambas Cortes respecto a la inscripción del nacimiento de doble maternidad en las Actas del Registro Civil³.

La sentencia que comentamos se da en un contexto distinto, porque se presenta como acción de reclamación de maternidad. Antes de analizarla, quiero señalar que frente al rechazo de la doble maternidad en la inscripción de nacimiento, el abogado demandante planificó una estrategia innovativa, diferente a la seguida ante los tribunales superiores anteriormente.

Se entabló una acción de reclamación de la maternidad, en la cual la madre legal reclama a nombre de su hijo, el reconocimiento como madre de Atilio a la madre “social”. Esta demanda no puede ser declarada inadmisibile en atención al artículo 54-I de la Ley de Tribunales de Familia que señala “las acciones de filiación y todas aquellas que se refieran a la

³ En este sentido: Corte Suprema. Sentencias de 7 de septiembre de 2016. Rol N° 39477-2016; 12 de abril de 2016. Rol N° 8422-2015; Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia de 28 de diciembre de 2017. Rol N° 74.926-2017 y Corte de Apelaciones de Valparaíso, 15 de junio de 2018. Rol N° 3335-2018.

constitución y modificación del estado civil de las personas y a los actos de violencia intrafamiliar serán considerados admisibles”.

Desde el punto de vista del Derecho civil, la filiación es una realidad cultural y va unida a los conocimientos de la biología. Cuando no se conocía el rol del hombre en la reproducción, determinaba la filiación la madre. Cuando se conoció el rol del padre en la filiación, ambos la determinan.

A partir de la Ley N° 19.585, de filiación de 1999, el sistema filiativo chileno está construido sobre el hecho biológico o sobre la voluntad, fundado en el matrimonio o en otras formas de relación de pareja, con base en un sistema binario o biparental. Esto quiere decir que toda persona tiene un padre y una madre. Asimismo, se establece como principio la igualdad de los hijos nazcan dentro o fuera del matrimonio, sean hijos biológicos, nacidos por técnicas de reproducción asistida con donante o adoptados (artículo 33 Código Civil).

A su vez, el artículo 183 del Código Civil prescribe “La maternidad queda legalmente determinada por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil. En los demás casos la maternidad se determina por reconocimiento o sentencia firme en juicio de filiación, según lo disponen los artículos siguientes”. Basándose en el inciso 2° de este artículo se presentó la demanda.

Por otra parte, las acciones de filiación, donde está la de reclamación de la filiación, son de orden público, nominadas y se caracterizan por la existencia de controversia. Hay controversia cuando hay intereses o pretensiones contrapuestas.

Si analizamos este juicio, verificamos que no hay controversia, porque los argumentos e intereses de ambas partes son coincidentes. La finalidad de entablar la demanda es el reconocimiento del hijo. No hay ninguna disputa, por tanto, es un juicio no contencioso.

Con respecto a la acción de reclamación esta se construye sobre la base de la negativa o indolencia del verdadero padre/ madre a reconocer voluntariamente a su hijo/a, por lo que la ley faculta al hijo/a o al padre/ madre a reclamar su filiación. Aquí ambas madres están de acuerdo, no hay controversia, lo que hay es un reconocimiento voluntario disfrazado de reclamación.

El meollo del problema reside en la ley de Acuerdo de Unión Civil Ley N° 19.968, que establece en el 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”. Esto significa que los hijos que nazcan durante la vigencia de un Acuerdo de Unión Civil (AUC) heterosexual tienen por padre al conviviente de la mujer. No se entiende que el AUC, igual que en todas las materias que regula, a los convivientes heterosexuales y homosexuales, salvo en la filiación de los hijos. Si existiera igualdad real, Atilio estaría amparado por la presunción de que es hijo de Ema desde que nació. Aquí está la discriminación: hay un diferente trato para los hijos que nacen durante la convivencia civil. Opinión que puede ser debatible, porque algunos considerarán que es una diferencia objetiva o una excepción justificada.

A su vez, el artículo 182 del Código Civil señala 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”. Es en esta norma que la demandante funda su reclamo, sosteniendo que ambas se sometieron a las técnicas de reproducción asistida, teniendo voluntad procreacional. No creo que pueda aplicarse esta regla pues no regula íntegramente las técnicas de reproducción asistida sino solo la situación filiativa de los hijos nacidos producto de una donación de gametos o embriones no pertenecientes a los padres o a la pareja que se somete al procedimiento, en que los donantes no pueden reclamar la paternidad ni los padres impugnar la filiación.

El fallo reconoce que no puede aplicarse la regulación filiativa y específicamente el artículo 182 del Código Civil. Frente a este vacío legal, señala la jueza que va a resolver esta acción desde el derecho internacional, como parte del bloque constitucional de derechos fundamentales, realizando una interpretación integradora de la Constitución. Esta interpretación que permite dar un mayor resguardo y efectividad a los derechos fundamentales inherentes al ser humano, y es especial los que afectan a los intervinientes y afectados por esta causa, como, el derecho a la igualdad, el derecho a la identidad, a la vida familiar y el interés superior del niño (Considerando Undécimo).

En síntesis, en esta sentencia si bien se demandó la reclamación de la maternidad del hijo, utilizando las normas correspondientes a la filiación, no se falló de acuerdo con esta normativa. Se aplicó el principio general del Derecho sobre el interés superior del niño, lo que implica su derecho a vivir y desarrollarse dentro de una familia formada por sus dos madres, con su derecho a la identidad y a recibir un trato igualitario con los demás niños que nacen en un acuerdo de unión civil. Además, se le incorpora

legalmente a la familia de su madre reconociente, aunque desde su nacimiento ya pertenecía a esa familia de hecho.

El fallo soluciona una situación puntual, y abre caminos, pero desde mi perspectiva lo que se requiere es un cambio legislativo donde realmente se aplique la igualdad y se modifique el sistema binario. Es necesario que haya un debate a nivel país donde se establezcan los derechos de los niños que nacen de una familia del mismo sexo. No puede dejarse a los niños a la deriva dependiendo de los sesgos ideológicos del juez que conozca la causa. Si se admiten las técnicas que permiten el nacimiento de niños de parejas homosexuales, es obligación amparar a los niños que nacen producto dándoles su doble filiación desde el nacimiento.

II. JURISPRUDENCIA

Resolución de fecha 12/04/2016, en causa Rol N° 8422-2015, de la Corte Suprema.

Resolución de fecha 07/09/2016, en causa Rol N° 39477-2016, de la Corte Suprema.

Resolución de fecha 28/12/2017, en causa Rol N° 74.926-2017, de la Corte de Apelaciones de Santiago.

Resolución de fecha 15/06/2018, en causa Rol N° 3335-2018, de la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

Resolución de fecha 07/10/2019, en Acción constitucional de protección Rol N° 88402-2019, de la Corte de Apelaciones de Santiago.

Resolución de fecha 08/06/2020, en causa C-XXXX-2019, del Segundo Juzgado de Familia de Santiago.

Resolución de fecha 28/09/2012, en causa Rol V-223-2011, del Juzgado de Letras y Familia de Los Lagos.

Santiago, ocho de junio de dos mil veinte.

VISTOS:

Comparece doña GIGLIOLA REGINA TERESITA DI GIAMMARINO DUCASSE, chilena, conviviente civil, cientista política, cédula nacional de identidad N° 10.519.160-K, domiciliada en Hernando de Aguirre 421, comuna de Providencia, quien dedujo demanda de reclamación de filiación en representación legal de su hijo ATTILIO JOSÉ DE Ramón DI GIAMMARINO, cédula nacional de identidad N° 25.928.030-3, de su mismo domicilio; en contra de doña EMMA ZELMIRA MARIA DE RAMÓN ACEVEDO, cédula nacional de identidad N° 8.235.037-3, chilena, conviviente civil, archivera, del mismo domicilio.

Se llevó a efecto la audiencia preparatoria con la asistencia de las partes y ratificada la demanda y contestación, se fijó el objeto del juicio y los hechos a probar. Se encontraban presentes además la Consejera Técnica Marcela Tobar, y el curador *ad litem* del niño Sr. Francisco Estrada. En la audiencia de juicio se incorporó la prueba ofrecida, y se dictó veredicto.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: La demandante hace presente en su demanda que con la demandada María de Ramón Acevedo, mantienen una relación de pareja hace 8 años, y en diciembre de 2015 suscribieron el Acuerdo de Unión Civil, tras su entrada en vigor en octubre de ese año. Las razones para contraerlo fueron varias: la primera, que este instrumento otorga el reconocimiento de parte del Estado, a su relación de familia y que se les brinda la protección jurídica patrimonial; una segunda razón fue la oportunidad de hacer una ceremonia formal, con un oficial civil y su familia y amigos cercanos. En particular, pensaron que, dada la avanzada edad de sus padres, era el momento para contar con la presencia de todos en una instancia de compromiso expreso entre ellas y de hecho así fue, pues poco después falleció la madre de Emma. La ceremonia significó para ella la oportunidad de celebrar junto a ellas y estar feliz por su hija; este hecho es muy significativo porque el apoyo de sus padres también fue un recorrido, así como lo ha sido para nuestro país un proceso para ir avanzando en materia de igualdad. Así, podrían definir su unión civil y su nuevo estado civil de "convivientes civiles" como parte de sus años juntas en que han logrado acumular grandes experiencias y algunos bienes; y por eso pactaron comunidad de bienes.

Esto trajo como consecuencia, por ejemplo, que ninguna pueda comprar o vender ningún bien desde la fecha del acuerdo de unión civil, sin el consenso de la otra.

Así sucedió cuando la demandada quiso comprar una moto: el Registro Civil exigió la presencia de ambas en la factura para realizar la primera inscripción. Su vida juntas, el amor que se tienen y las ganas de compartir la alegría de sus vidas, el