



# ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL XVI

XVIII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL  
TALCA, 2022

RUPERTO PINOCHET OLAVE  
DIRECTOR

ISAAC RAVETLLAT BALLESTÉ  
ALEXIS MONDACA MIRANDA  
DANIELA JARUFE CONTRERAS  
CAROLINA RIVEROS FERRADA  
EDITORES

CONSORCIO DE LAS JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

- Prof. FABIOLA LATHROP GÓMEZ - Universidad de Chile  
Prof. CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO - Pontificia Universidad Católica de Chile  
Prof. RAMÓN DOMÍNGUEZ ÁGUILA - Universidad de Concepción  
Prof. JUAN ANDRÉS VARAS BRAUN - Universidad Austral  
Prof. GIAN FRANCO ROSSO ELORRIAGA - Universidad de los Andes  
Prof. CARLOS PIZARRO WILSON - Universidad Diego Portales  
Prof. FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS - Universidad Adolfo Ibáñez  
Prof. RUPERTO PINOCHET OLAVE - Universidad de Talca  
Prof. FRANCISCA LEITAO ÁLVAREZ-SALAMANCA - Universidad Católica del Norte  
Prof. JUAN RODRIGO BARRÍA DÍAZ - Universidad Alberto Hurtado

**ESTUDIOS DE DERECHO  
CIVIL XVI**

**XVIII JORNADAS NACIONALES DE  
DERECHO CIVIL. TALCA, 2022**

**RUPERTO PINOCHET OLAVE  
DIRECTOR**

**ISAAC RAVETLLAT BALLESTÉ  
ALEXIS MONDACA MIRANDA  
DANIELA JARUFE CONTRERAS  
CAROLINA RIVEROS FERRADA  
EDITORES**

ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL XVI  
XVIII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

© RUPERTO PINOCHET OLAVE (DIRECTOR)

2023 Legal Publishing Chile • Miraflores 383, piso 10, Santiago, Chile • Teléfono: + 56 224838600 • [www.thomsonreuters.cl](http://www.thomsonreuters.cl)

Registro de Propiedad Intelectual N° 2023-A-2152 • I.S.B.N. 978 - 956 - 400 - 333 - 7

1ª edición abril 2023 Legal Publishing Chile

Tiraje: 1.500 ejemplares

Impresores: CyC Impresores - San Francisco 1434, Santiago

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

Publicado por Thomson Reuters.

Legal Publishing Chile • Santiago, Chile.

La Ley - Abeledo Perrot • Buenos Aires, Argentina.

Dofiscal Editores • Ciudad de México.



ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento, de la presente publicación, queda expresamente prohibido. Usos infractores pueden constituir delito.

COMISIÓN ORGANIZADORA  
XVIII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

RUPERTO PINOCHET OLAVE  
Director Departamento de Derecho Privado

ISAAC RAVETLLAT BALLESTÉ  
Subdirector Departamento de Derecho Privado

ALEXIS MONDACA MIRANDA  
Secretario Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales

DANIELA JARUFE CONTRERAS  
Prof. Derecho Civil

CAROLINA RIVEROS FERRADA  
Prof. Derecho Civil

JORGE ROJAS DÍAZ  
Director Administrativo Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales

PAULINA ARRATIA ROJAS  
Coordinadora

DANITZA GONZÁLEZ BARRERA  
Coordinadora



## JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL 1989-2023

I Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Termas de Jahuel, 1989, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Actas: Barros Bourie, Enrique (coord.), Familia y personas (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991); Barros Bourie, Enrique (coord.), Contratos (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991).

II Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 1997, organizadas por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Actas en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso 19 (1998).

III Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia, 2005, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral de Chile. Actas: Varas Braun, Juan Andrés y Turner Saelzer, Susan (coords.), Estudios de Derecho Civil I (Santiago, LexisNexis, 2005).

IV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2006, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Actas: Corral Talciani, Hernán y Rodríguez Pinto, María Sara (coords.), Estudios de Derecho Civil II (Santiago, LexisNexis, 2007).

V Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 2007, organizadas por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Actas: Guzmán Brito, Alejandro (ed. científico), Estudios de Derecho Civil III (Santiago, LegalPublishing, 2008).

VI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2008, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Actas: Pizarro Wilson, Carlos (coord.), Estudios de Derecho Civil IV (Santiago, LegalPublishing, 2009).

VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción, 2009, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción. Actas: Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (coord.), Estudios de Derecho Civil V (Santiago, AbeledoPerrot-LegalPublishing, 2010).

VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2010, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Actas: Figueroa Yáñez, Gonzalo; Barros Bourie, Enrique y Tapia Rodríguez, Mauricio (coords.), Estudios de Derecho Civil VI (Santiago, AbeledoPerrot-LegalPublishing, 2011).

IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Viña del Mar, 2011, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Actas: Elorriaga De Bonis, Fabián, Estudios de Derecho Civil VII (Santiago, Abeledoperrot/Thomson Reuters, 2012).

X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Cruz, 2012, organizadas por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Actas: Domínguez Hidalgo, Carmen; González Castillo, Joel; Barrientos Zamorano, Marcelo; Goldenberg Serrano, Juan Luis (coords.), Estudios de Derecho Civil VIII (Santiago, LegalPublishing-Thomson Reuters, 2013).

XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia, 2013, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral de Chile. Actas: Varas Braun, Juan Andrés y Turner Saelzer, Susan (coords.), Estudios de Derecho Civil IX (Santiago, Thomson Reuters, 2014).

XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 2014, organizadas por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Actas: Vidal Olivares, Álvaro; Severin Fuster, Gonzalo y Mejías Alonzo, Claudia (eds.), Estudios de Derecho Civil X (Santiago, Thomson Reuters, 2015).

XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción, 2015, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción. Actas: Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (ed.), Barría Paredes, Manuel (coord.), Estudios de Derecho Civil XI (Santiago, Thomson Reuters, 2016).

XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Maitencillo, 2016, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Actas: Corral Talciani, Hernán y Manterola Domínguez, Pablo (eds.), Estudios de Derecho Civil XII (Santiago, Thomson Reuters, 2017).



XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Pucón, 2017, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Actas: Bahamondes Oyarzún, Claudia; Etcheberry Court, Leonor y Pizarro Wilson, Carlos (coords.), Estudios de Derecho Civil XIII (Santiago, Thomson Reuters, 2018).

XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Coquimbo, 2018, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Actas: Gómez de la Torre Vargas, Maricruz; Hernández Paulsen, Gabriel; Lathrop Gómez, Fabiola y Tapia Rodríguez, Mauricio (eds.), Estudios de Derecho Civil XIV (Santiago, Thomson Reuters, 2019).

XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Viña del Mar, 2019, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Actas. Fabián Elorriaga De Bonis (coordinador), Estudios de Derecho Civil XV (Santiago, Thomson Reuters, 2020).

XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Talca, 2022, organizadas por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. Actas: Pinochet Olave, Ruperto (dir.), Ravetllat Ballesté, Isaac; Mondaca Miranda, Alexis; Jarufe Contreras, Daniela y Riveros Ferrada, Carolina (eds.), Estudios de Derecho Civil XVI (Santiago, Thomson Reuters, 2023).



# ÍNDICE

	Página
Presentación .....	1

## CONFERENCIA INAUGURAL

Retos de la regulación de la responsabilidad extracontractual por daños causados por sistemas de inteligencia artificial (IA)..... <i>Miquel Martín-Casals</i>	7
---	---

## PRIMERA PARTE

### FAMILIA Y PERSONA

¿Es posible pensar un derecho civil no binario?..... <i>Laura Albornoz Pollmann</i>	45
Nuevo régimen de apellidos en la legislación chilena. Observaciones preliminares en perspectiva de los derechos de la niñez y la adolescencia .....	65
<i>Rommy Álvarez Escudero</i>	
La prescripción de la acción alimenticia. Antecedentes para una discusión..... <i>Manuel Barriá Paredes</i>	83

	Página
La compensación económica y la terminación del matrimonio por la rectificación del sexo registral: problemas derivados de la asimilación en las excepciones a su demanda..... <i>Emilio José Bécar Labraña</i>	91
Deudas alimenticias y responsabilidad solidaria (art. 18 Ley N° 14.908). El caso especial de las Administradoras de Fondos de Pensiones..... <i>Eduardo Court Murasso</i>	109
El derecho a contraer matrimonio de las personas con discapacidad intelectual ..... <i>Yerko Cubillos Román</i>	123
Cambio de paradigma en la filiación ..... <i>Maricruz Gómez de la Torre Vargas</i>	141
Disciplina de la reunificación familiar en la Ley de Migración y Extranjería ¿Un avance en la tutela de la familia inmigrante?.... <i>Alexis Mondaca Miranda</i>	159
Transacción sobre alimentos forzosos, enriquecimiento injustificado y acción de reembolso ..... <i>Mario Opazo González</i>	175
Las voluntades anticipadas: algunos desafíos para una regulación integral ..... <i>María Agnes Salah Abusleme</i>	195
Coexistencia del régimen jurisprudencial sobre uniones de hecho no matrimoniales con el estatuto legal del AUC ..... <i>Susan Turner Saelzer</i>	217

## SEGUNDA PARTE

## BIENES

Una revisión del concepto de Posesión..... <i>Rodrigo Barcia Lehmann</i>	231
Art. 703 inciso segundo del Código Civil. La influencia de Bentham en los títulos constitutivos de dominio. Nueva publicación de Bello..... <i>Patricio I. Carvajal Ramírez</i>	249

	Página
Consolidación <i>e iura in re propria</i> .....	263
<i>Hernán Corral Talciani</i>	
El dominio: suma de facultades o un señorío monolítico. Efectos prácticos de abordar una u otra concepción frente a la constitución de derechos reales que lo limitan .....	279
<i>Andrés Kuncar Oneto</i>	
La accesión de las cosas muebles a inmuebles. Una aproxi- mación a un análisis esquemático del artículo 669 del Código Civil chileno.....	291
<i>Patricia Leal Barros</i>	
¿Cuál es el papel de las inscripciones de papel? La tesis del desprendimiento .....	305
<i>Esteban Pereira Fredes</i>	
Fusión de personas jurídicas: efectos sobre el derecho real de usufructo. Reflexiones sobre un “Rehusamiento” a la solicitud de inscripción en favor de la absorbente.....	323
<i>Gian Franco Rosso Elorriaga</i>	

TERCERA PARTE  
SUCESIONES

Los defectos en el domicilio de los testigos y la validez del testamento .....	347
<i>Fabián Elorriaga De Bonis</i>	
El abandono de las personas de edad avanzada y la indignidad por falta de socorro en estado de demencia .....	367
<i>Susana Espada Mallorquín</i>	

CUARTA PARTE  
OBLIGACIONES

Notas sobre el artículo 1678 del Código Civil.....	385
<i>Jaime Alcalde Silva</i>	

	Página
Desigualdad y vulnerabilidad: Desde las leyes especiales al derecho común.....	413
<i>Íñigo de la Maza Gazmuri</i>	
La necesidad de cesión de bienes o de apertura del concurso para el ejercicio de la acción pauliana prevista en el artículo 2468 CC .....	433
<i>Juan Luis Goldenberg Serrano</i>	
La interrupción natural por servicio de posventa en la construcción. Una tesis errada.....	453
<i>Carlos Pizarro Wilson</i>	
¿Se puede alegar la nulidad absoluta cuando ambas partes celebraron un contrato sabiendo o debiendo saber del vicio que lo invalidaba? Antecedentes históricos y principios de Derecho en el Código de Bello.....	467
<i>Álex Zúñiga Tejos</i>	

QUINTA PARTE  
CONTRATOS

La buena fe en la etapa postcontractual. Algunas reflexiones sobre su función y consecuencias .....	487
<i>María Graciela Brantt Zumarán</i>	
La teoría de los riesgos y la frustración del contrato .....	505
<i>Sebastián Nicolás Campos Micin</i>	
¿Resulta útil la distinción entre inmuebles urbanos y rústicos para los efectos del contrato de arrendamiento? .....	523
<i>Juan Ignacio Contardo González</i>	
La conexión entre el momento inicial del contrato de arrendamiento y su terminación, en torno a la carga de la prueba. Apuntes sobre el artículo 1947 del Código Civil.....	535
<i>Andrés Erbetta Mattig</i>	
No deje el camino por coger la vereda: la pérdida de <i>affectio societatis</i> como causa grave de disolución de la sociedad colectiva de duración limitada .....	555
<i>Pablo Manterola Domínguez</i>	

	Página
El espejo roto. La formación del contrato en los contratos de larga duración.....	575
<i>Rodrigo Momberg Uribe</i>	
Contra el dogma de la “desnaturalización” en la interpretación contractual.....	585
<i>Francisco Rubio Varas</i>	
La terminación unilateral en el arrendamiento de servicios inmateriales: Notas preliminares al artículo 2009 del Código Civil.....	597
<i>Gonzalo Severin Fuster</i>	
La disciplina de la imposibilidad en el arrendamiento de cosas. Un supuesto de incumplimiento del arrendador .....	613
<i>Álvaro Vidal Olivares</i>	

## SEXTA PARTE

### PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

¿La “garantía de automóviles” del artículo 12 C adscribe a la fisonomía de las garantías reguladas en la LPDC? Análisis de sus deberes informativos.....	633
<i>Francisca María Barrientos Camus</i>	
Sanciones de derecho privado de cláusulas sorprendentes en contratos por adhesión .....	651
<i>Gabriel Hernández Paulsen</i>	
Plazo de garantía y plazo de durabilidad de los productos, luego de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.398.....	667
<i>Erika Isler Soto</i>	
El deber de profesionalidad y la responsabilidad por las declaraciones publicitarias: una aproximación desde el derecho chileno.....	683
<i>Patricia Verónica López Díaz</i>	
La transacción en el Procedimiento Voluntario Colectivo. Análisis de sus efectos.....	703
<i>María Elisa Morales Ortiz</i>	

	Página
Interpretación legal y contractual en favor del consumidor. Reforma de la Ley N° 21.398 y el <i>principio proconsumidor</i> .....	713
<i>Mauricio Tapia Rodríguez</i>	

## SÉPTIMA PARTE

## RESPONSABILIDAD CIVIL

El deber de información del médico ¿contenido de obligación o criterio de responsabilidad? Especial referencia al consentimiento hipotético .....	741
<i>Cristian Aedo Barrena</i>	
Imputación subjetiva y causalidad. Notas para contribuir a su distinción en la responsabilidad civil extracontractual, a partir de fallos recientes de nuestra E. Corte Suprema.....	769
<i>Jorge Baraona González</i>	
¿El enriquecimiento injustificado es una forma especial de responsabilidad civil? Ideas acerca de una anomalía del derecho civil chileno.....	789
<i>Rodrigo Barría Díaz</i>	
Notas críticas a la construcción de la responsabilidad contractual sobre la base del artículo 1547 del Código Civil .....	807
<i>Enrique Barros Bourie</i>	
La pérdida de la chance de lucro cesante ante la exclusión de oferentes en licitaciones públicas.....	829
<i>Hugo Cárdenas Villarreal</i>	
Explorando criterios de distinción entre obligaciones restitutorias e indemnizatorias en situaciones extracontractuales de intromisión en derecho ajeno .....	851
<i>Carlos Céspedes Muñoz</i>	
Responsabilidad civil, restituciones y accesión por infracción a la propiedad intelectual. Notas de derecho continental y <i>Common Law</i> .....	865
<i>Ricardo Concha Machuca</i>	



	Página
Avances, retrocesos y desafíos pendientes de la reparación por daño moral .....	883
<i>Carmen Domínguez Hidalgo</i>	
El límite entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad estricta: problemas en el derecho nacional .....	899
<i>María Paz Gatica Rodríguez</i>	
Concepto moderno de daño en la responsabilidad civil y algunas reflexiones sobre su aplicación en el contexto del uso de entornos virtuales por niños y adolescentes.....	913
<i>Nicolás Ibáñez Meza</i>	
Capacidad y responsabilidad civil de las personas con discapacidad intelectual. La experiencia de España a partir de las recientes modificaciones al Código Civil .....	933
<i>Daniela Jarufe Contreras</i>	
El reconocimiento de la etapa postcontractual y el surgimiento de una eventual responsabilidad. Cuestiones a partir de los supuestos mencionados por la doctrina actual .....	945
<i>Claudia Carolina Mejías Alonzo</i>	
Omisión, culpa y causalidad en la responsabilidad civil .....	961
<i>Renzo Munita Marambio</i>	
La acción por daño contingente y el daño lícito .....	983
<i>Ruperto Pinochet Olave</i>	
¿Función punitiva de la responsabilidad civil del empleador por lesiones a derechos fundamentales? Una mirada desde el procedimiento de tutela laboral.....	1001
<i>Pamela Prado López</i>	
Hacia la construcción de un modelo de conducta para el abogado litigante a partir del Código de Ética profesional. Configuración de una <i>lex artis</i> .....	1019
<i>Jaime Ramírez Cifuentes</i>	
Responsabilidad del contratista experto en los contratos de construcción de obra .....	1035
<i>Nicolás Rojas Covarrubias</i>	

	Página
Nuevas (des)orientaciones de la responsabilidad civil. Entre ‘función asistencial’ y ‘culpa eventual’ .....	1051
<i>Lilian C. San Martín Neira</i>	
CÓMO ACCEDER A ESTE LIBRO DIGITAL A TRAVÉS DE THOMSON REUTERS PROVIEW .....	1073

## PRESENTACIÓN

El presente volumen recoge la edición de las ponencias presentadas en las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, organizadas por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca.

El más importante evento académico en el ámbito del derecho nacional, fue celebrado los días 21, 22 y 23 de abril de 2022, reanudándose la tradición que anualmente reúne a los más destacados académicos en la disciplina del Derecho civil, tras dos años en las que su realización se vio suspendida a causa de las restricciones sanitarias impuestas, a nivel mundial y nacional, para evitar la propagación de la pandemia Covid-19.

Con todo, y llenos de incertidumbre, los miembros del consorcio organizador de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, decidieron su realización en la fecha antes indicada, de forma presencial, al menos en cuanto a la presentación de ponencias se trataba, lo que produjo algunas dificultades por el justo temor que sentían profesores y profesoras, frente a las gravísimas secuelas que dejó la pandemia a su paso.

Superados esos temores, empezaron a llegar después de casi tres años, al Campus Talca, de la Universidad de Talca, los ponentes seleccionados (tras un proceso de doble arbitraje ciego), comenzando las exposiciones, así como las (a veces) acaloradas discusiones que se producían entre los ponentes y el público especializado que las escuchaba. A pesar de lo severo de la regla de la presencia física impuesta a los expositores, esta vez se permitió (dado el contexto de fin de pandemia) la participación vía telemática a la comunidad jurídica nacional, contando con cientos de asistentes bajo esta modalidad. Para lo anterior, se transmitió vía *streaming*, la mayor de las veces con tres exposiciones que se desarrollaron en forma paralela, las cincuenta y ocho ponencias presentadas, así como la conferencia in-

augural y los actos de inauguración y de clausura de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

Volvió, sin lugar a duda, el principal espacio de reflexión y difusión, a nivel nacional, de las temáticas del Derecho Civil, convocando a académicas y académicos de las más diversas universidades del país, para continuar con la labor y el legado dejado por las XVII Jornadas Nacionales anteriores, así como por las Universidades que estuvieron a cargo de su organización.

Los cincuenta y nueve trabajos unidos bajo esta obra, se distribuyen, según temática abordada, en siete secciones: Familia y Persona; Bienes; Sucesiones; Obligaciones; Contratos; Protección de los consumidores; y Responsabilidad Civil. Escapa a la referida distribución, el trabajo de autoría del Dr. Miquel Martin Casals, destacado catedrático de la Universitat de Girona, al que se ha dedicado una sección especial en esta obra, por recoger la magnífica conferencia con la que se inaugurara este evento.

Como no recordar en estas breves palabras, el homenaje que rendimos al querido amigo, colaborador incansable de las Jornadas y destacadísimo académico en el plano nacional e internacional, Alejandro Guzmán Brito, quien partiera de este mundo el año 2021, dejando un legado invaluable a través de su obra y un ejemplo a seguir, de rigor científico, honestidad intelectual, así como de un conjunto de cualidades humanas, que hará muy difícil, para los que en vida nos consideramos sus amigos, aceptar que tan insigne jurista y ser humano ya no se encuentra con nosotros.

Agradecemos a todos quienes colaboraron a que la celebración de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil fuese posible, a los amigos y amigas miembros del consorcio organizador de las mismas, a la Universidad de Talca, en la persona del decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca Dr. Rodrigo Palomo Vélez y en la persona de su Director Administrativo don Jorge Rojas Opazo.

Especiales gracias a la empresa privada de la Región del Maule, que apoyó generosamente la realización de las Jornadas, entre ellas, Alimentos PF, Constructora Galilea, Tax Planing Group, By Barcelona, Madeex, Viña El Aromo. Mención aparte merece el compromiso mostrado con el éxito de las actividades sociales de las Jornadas por los empresarios y ex alumnos de nuestra Facultad Juan Tapia Pezoa y María Elena di Marco Zamora.

Merecido reconocimiento a todo el equipo que participó en la organización de las Jornadas, especialmente a las coordinadoras de las mismas, Pau Arratia y Dani González, quienes, junto a un gran y motivado equipo de voluntarios, integrado entre otros, por Kathy Valenzuela, Lucila Aravena,

Ángel Fontt, María Paz Sims y Javiera Cáceres, hicieron posible el éxito de esta actividad académica de gran envergadura.

En cuanto a los trabajos de edición de las actas que ahora presento, reconocer el trabajo de los profesores Isaac Ravetllat, Carolina Riveros, Alexis Mondaca y Daniela Jarufe, así como también la tenaz labor realizada, ahora por nuestras asistentes de edición, Pau Arratia y Dani González.

Finalmente, agradecemos a la Editorial Thomson Reuters por el apoyo continuo que ha entregado a este proyecto, dándole un soporte material a los ya miles de trabajos que han sido presentados en las Jornadas, ofreciendo a la comunidad jurídica nacional, quizá la obra colectiva de mayor importancia e influencia en el desarrollo del derecho nacional.

Esperamos que este nuevo volumen de *Estudios de Derecho Civil*, correspondiente a su XVI entrega, continúe sirviendo al desarrollo y progreso de esta disciplina jurídica, en sus diversos estratos –profesional, judicial y académico– tal y como lo ha venido haciendo desde su primera versión.

RUPERTO PINOCHET OLAVE  
*Presidente*  
*Consortio Organizador*  
*XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*  
*Talca-Chile*

# CAMBIO DE PARADIGMA EN LA FILIACIÓN

MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS\*

## 1. ANTECEDENTES

En este trabajo analizaré los cambios fundamentales que se producen en materia filiativa a partir de la dictación de la Ley N° 21.400, publicada el 10 de diciembre de 2021 y que entró en vigencia el 10 de marzo de 2022, que “Modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo”, conocida también como ley del “matrimonio igualitario”.

El mensaje presidencial nos indica la ley en cuestión “busca dar el mismo nivel de reconocimiento a todos los proyectos familiares, realizando el valor de la autonomía personal y del derecho fundamental de cada ciudadano y ciudadana de este país a decidir cómo vivir su vida”.<sup>1</sup> Con ello se muestra que el objetivo de esta ley es terminar con la discriminación estructural que sufren las familias formadas por personas del mismo sexo, otorgando un acceso igualitario al matrimonio civil.<sup>2</sup>

En consecuencia, con la sanción de la ley, como señala Carlos Villagrasa, se configura “una garantía útil y efectiva del pleno ejercicio del derecho

---

\* Abogada U. de Chile, doctora en Derecho U. Complutense Madrid, profesora titular Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho U. de Chile, Santiago, Chile, maricruz@derecho.uchile.cl.

<sup>1</sup> Mensaje presidencial N° 130-365. Boletín N° 11422-07, p. 2.

<sup>2</sup> Mensaje presidencial N° 130-365. Boletín N° 11422-07, p. 5.

fundamental y humano a conformar una familia sin discriminación alguna basada en la orientación sexual”.<sup>3</sup>

Asimismo, esta ley representa una demostración del cambio de mentalidad de la sociedad chilena, donde la aceptación a la diversidad sexual (LGTBI+) se ha concretizado en la ampliación de libertades y, finalmente, en la aceptación del matrimonio igualitario.

Con lo anterior, no hay duda de que la Ley N° 21.400 representa un progreso. Pero, hay que reconocer al mismo tiempo que no es un cuerpo autónomo. Estamos ante una ley parche que intenta adecuar diversos cuerpos legales para introducir el matrimonio igualitario en concordancia con el principio de igualdad y no discriminación y en resguardo del interés superior del niño.<sup>4</sup> Se incorporan y modifican normas del Código Civil, de la Ley de Matrimonio Civil, del Registro Civil, leyes laborales y la ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género.

Entendiendo el derecho como un sistema armónico, conforme al artículo 22 del Código Civil, estos cambios a veces no alcanzan coherencia ni armonía entre las leyes, lo que nos lleva a concluir que la técnica jurídica utilizada es deficitaria.

En dicho marco, a propósito de su afectación al sistema de filiación, cabe señalar que con esta ley se introdujeron modificaciones al sistema de filiación que son indispensables para hacerlo compatible con los matrimonios entre personas del mismo sexo. Estas modificaciones no sólo obedecen a la adaptación de las normas a las nuevas realidades, sino que conllevan cambios de terminología, significado de instituciones y figuras jurídicas, lo que nos obliga a reflexionar sobre esta nueva temática, al mismo tiempo que ir acostumbrándonos a los cambios lingüísticos. En síntesis, trae aparejado un cambio jurídico, semántico y cultural.

### *1.1. Matrimonio*

Para entender el nuevo sistema filiativo es necesario, previamente, referirse en forma sucinta al rol que juega la reproducción en el concepto de matrimonio.

---

<sup>3</sup> VILLAGRASA (2013).

<sup>4</sup> Mensaje presidencial N° 130-365. Boletín N° 11422-07, p. 6.

La incorporación del matrimonio de personas del mismo género a nuestra legislación se hizo, especialmente, a través de la modificación del artículo 102 del Código Civil. Tal reforma instaló un cambio pequeño, pero fundamental: el reemplazo de la expresión “un hombre y una mujer” por la de “dos personas” al conceptualizar el matrimonio. En efecto, la definición del matrimonio actualmente vigente dice que este “es un contrato solemne por el cual dos personas se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”.

Con todo, es curioso que se haya mantenido como objetivo esencial el de “procrear”, pues no hay edad máxima para casarse, y puede haber matrimonio entre personas infértiles, o entre cónyuges que decidan no tener hijos dentro de su autonomía privada, además de que se mantuvo la figura del matrimonio en artículo de muerte.<sup>5</sup> Además, la procreación es un hecho biológico, lo que constituye un presupuesto fundamental en la constitución de la filiación que puede realizarse a través de una relación sexual o recurriendo a técnicas de reproducción humana asistida (TRA).<sup>6</sup>

## 2. FILIACIÓN

La filiación es una realidad cultural. Cada cultura tiene una idea propia de la filiación. Hoy en día se funda sobre el hecho biológico y/o sobre la voluntad procreacional construida sobre el matrimonio o abierta a otras formas de relación de pareja.<sup>7</sup>

La ley de la filiación –Ley Nº 19.585, de 1988– fue revolucionaria para la época en que se dictó. Provocó un cambio total en el sistema filiativo estableciendo sustanciales reformas en aras de lograr la plena igualdad de todos los hijos (artículo 33 del Código Civil). Para ello, debió consagrar, como principio básico, el de la libre investigación de la paternidad o maternidad, lo cual, conforme a lo previsto en el artículo 195 del Código Civil, está destinado a obtener la verdad real, biológica, de una relación filiativa.

Sin embargo, se estableció como excepción a dicha verdad, la aplicación de las técnicas de reproducción asistida con donante (artículo 182),

---

<sup>5</sup> RAMOS (2007), p. 31.

<sup>6</sup> GÓMEZ DE LA TORRE (2017), p. 22.

<sup>7</sup> MAULOURIE Y AYNES (2015), p. 405.



la adopción (artículo 179, inciso 2º) y la posesión notoria del estado civil de hijo o hija (artículos 200 y 201). Esto abrió paso a la voluntad procreacional, la que de manera paulatina fue alcanzando mayor importancia en la determinación de la filiación.

Asimismo, se separó matrimonio de filiación y se estableció la igualdad de los hijos, independiente de que nacieran dentro o fuera de un matrimonio o por técnicas de reproducción asistida<sup>8</sup> con donante o por adopción (artículo 33 del Código Civil).

Teniendo ello en consideración, es necesario considerar también que, al día de hoy, la utilización de las técnicas de reproducción asistida con donante es una situación aceptada, a la cual recurren no sólo parejas heterosexuales, sino también mujeres solas, parejas de lesbianas y, en menor medida, parejas homosexuales a través de la maternidad subrogada.

A todo lo anterior se suma que la ley en comento modificó algunas normas específicas del sistema filiativo como la de la determinación de la filiación, filiación no matrimonial y el ejercicio de las acciones de filiación.

### 2.1. Cambio en materia filiatoria

La Ley N° 21.400 incorpora el artículo 34 en el Código Civil, ubicándolo en el Título preliminar, párrafo 5 “Definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes”. Esta ubicación tiene importancia, pues el artículo pasa a formar parte de aquellos conceptos que irradian al resto del ordenamiento jurídico.

Dice el artículo 34 del Código Civil que “*Los padres y las madres de una persona son sus progenitores, respecto de los cuales se ha determinado una relación de filiación. Se entenderán como tales a su madre y/o, padre, sus dos madres, o sus dos padres*”. Con dicho texto se modifica el sistema binario o biparental de nuestra legislación. Se cambia el paradigma de la *biparentalidad* al incorporar la palabra “*Progenitor*”; palabra neutra, unívoca, que prescinde del sexo, identidad de género u orientación sexual de las personas, a diferencia de los conceptos de “*padre*” y “*madre*” que tienen

---

<sup>8</sup> Las técnicas de reproducción asistida son aquellas que permiten procrear a un ser humano por medios distintos de la relación sexual. No se requiere la relación sexual de un hombre y de una mujer: sólo se necesita la unión de un óvulo y un espermatozoide en una placa de laboratorio.

una correlación directa con el sexo masculino y femenino respectivamente (en virtud del artículo 25 del Código Civil).<sup>9</sup> Así, se pone fin al sistema binario que exigía diversidad de género, al incorporarse la posibilidad de tener dos padres o dos madres.

No obstante, sólo se puede tener dos progenitores, sean de diferente o de un mismo género.

En síntesis, la filiación continúa siendo binaria en cuanto a que solo se puede tener dos progenitores, pero estos progenitores pueden ser del mismo género, lo que en sí representa el cambio de paradigma.

A partir de esta regla, la filiación deja de ser aquel vínculo jurídico que une a un individuo con su padre (filiación paterna) y con su madre (filiación materna) o con uno de ellos solamente; para pasar a ser el vínculo jurídico que une a un individuo con un progenitor o con ambos. Las normas de determinación de la filiación matrimonial y no matrimonial se adecuan, reemplazando las expresiones “padre” y “madre” por “progenitores”.

Asimismo, cabe considerar que el artículo 34 agrega que “Las leyes y disposiciones que hagan referencia a las expresiones padre y madre o bien, padre o madre, u otras semejantes, se entenderán aplicables a todos los progenitores, sin distinción de sexo, identidad de género u orientación sexual, salvo que por el contexto o por disposición expresa se deba entender lo contrario”. Con ello, debe entenderse que dichas normas se refieren indistintamente a los “progenitores”, a menos que por contexto o disposición expresa se deba entender lo contrario.

### *2.1.1. Filiación matrimonial*

Se mantiene la clasificación de la filiación en matrimonial y no matrimonial. El artículo 180 del Código Civil señala que la filiación matrimonial se produce cuando existe matrimonio entre los progenitores al tiempo de la concepción y del nacimiento. Sin embargo, se reemplaza el inciso 2º de

---

<sup>9</sup> Código Civil, artículo 25: “Las palabras hombre, persona, niño, adulto y otras semejantes que en su sentido general se aplican a individuos de la especie humana, sin distinción de sexo, se entenderán comprender ambos sexos en las disposiciones de las leyes, a menos que por la naturaleza de la disposición o el contexto se limiten manifiestamente a uno solo. Por el contrario, las palabras mujer, niña, viuda y otras semejantes, que designan el sexo femenino, no se aplicarán al otro sexo, a menos que expresamente las extienda la ley a él”.

este artículo señalando que “Es también filiación matrimonial la del hijo cuyos progenitores contraen matrimonio con posterioridad a su nacimiento, siempre que la filiación matrimonial haya estado previamente determinada por los medios que este Código establece respecto de quienes contraen matrimonio, o bien se determine por reconocimiento realizado por ambos progenitores en el acto del matrimonio o durante su vigencia, en la forma prescrita por el art. 187. Esta filiación matrimonial aprovechará, en su caso, a la posteridad del hijo fallecido”.

Esta regla que se refiere al reconocimiento por ambos padres, hoy día –siendo la ley de recién aplicación– presenta ya los siguientes problemas de interpretación:

1) Que la filiación haya estado determinada con anterioridad a la celebración del matrimonio es difícil. Antes de esta norma, los hijos solo podrían haber tenido determinada una filiación –solo la paterna o materna– ya que el sistema filiativo era binario y, a consecuencia de ello, solo se podía tener un padre y una madre, impidiéndose que el otro progenitor pudiera reconocer al hijo o hija.

2) Que se determine durante su vigencia, en la forma prescrita por el artículo 187 del Código Civil también traerá complicaciones. Para aplicar este artículo –que regula la forma del reconocimiento– hubo que modificarlo haciendo indicación expresa de “que el reconocimiento tendrá lugar mediante una declaración formulada con ese determinado objeto *por alguno* de sus progenitores” (énfasis añadido).

En los primeros matrimonios del mismo sexo que se han celebrado debe haberse aplicado los artículos 180 y 187 del Código Civil. Sin embargo, antes de la dictación de esta ley, algunos tribunales reconocieron familias de un mismo género, obligando al Servicio del Registro Civil e Identificación a inscribir hijos o hijas con dos padres o dos madres. Así, la sentencia del 7º Juzgado Civil de Santiago,<sup>10</sup> reconoció el vínculo filiativo de dos hombres casados en el extranjero y dos niños adoptados también en el extranjero. Dos sentencias, una de un Tribunal de Familia de Santiago y otra de Antofagasta, reconocieron doble maternidad respecto de un hijo.<sup>11</sup> Por su parte, la sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de

---

<sup>10</sup> 7º Juzgado Civil de Santiago, Sentencia de 5 de julio de 2017, Rol V-248-2016.

<sup>11</sup> 2º Juzgado de Familia de Santiago, Rol C-10028-2019, de 8 de junio de 2020, y Juzgado de Familia de Antofagasta, Rol C-2061-2020, 2021.

Iquique reconoció su identidad de género a la segunda madre y se ordenó la rectificación de la partida de nacimiento del Registro Civil.<sup>12</sup>

Por su parte, en materia de filiación matrimonial, el artículo 184 del Código Civil establece una presunción legal de paternidad *pater is est quem nuptiae demonstrant*, por la que se presumen hijos del marido a los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a la disolución o separación judicial. Esta presunción es simplemente legal, por lo que admite prueba en contrario, pudiendo impugnarse a través de la acción de desconocimiento o de impugnación de la paternidad (artículos 184 inciso final y 212 y siguientes del Código Civil).

En este contexto, ¿es posible considerar que la presunción de paternidad del marido, pensada tradicionalmente para un matrimonio heterosexual con capacidad natural para procrear, es aplicable a los matrimonios del mismo género? En un principio pareciera que la respuesta es negativa. Sin embargo, si se considera que la justificación de la presunción de paternidad que pesa sobre el marido de la madre se otorga por la fecha cierta que otorga el acto del matrimonio y por la voluntad procreacional que puede inferirse de los cónyuges ante el acogimiento de un niño o niña en la familia, más que por la fidelidad sexual o por razones biológicas que les permiten procrear naturalmente,<sup>13</sup> ¿por qué no permitir que esta presunción se haga extensiva a los matrimonios de lesbianas, existiendo matrimonio entre los cónyuges, maternidad de una de ellas y voluntad procreacional de ambas? Una justificación por la que no se amplió la presunción sería porque el hijo o hija que nace producto de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida está amparado por la presunción del artículo 182 del Código Civil, que más adelante trataré.

No obstante, estimo que es posible considerar que aquellos hijos que hayan sido dados a luz por una mujer durante el matrimonio se presumen hijos de la cónyuge de ésta.

Por su parte, la Ley N° 21.400 especifica claramente que esta presunción solo se aplica a los cónyuges de distinto sexo. Dice este artículo que: “Tratándose de cónyuges de distinto sexo se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los 300 días siguientes a su disolución o a la separación judicial de los cónyuges”.

---

<sup>12</sup> Corte de Apelaciones de Iquique, Rol N° 117-2020, 2020.

<sup>13</sup> GIL, FAMA y HERRERA (2010), p. 238.

Presunción que se extiende a los convivientes civiles heterosexuales. Así, el artículo 21 de la Ley N° 20.830 de 21 de abril de 2015 señala que “para efectos de la presunción de paternidad, en caso de convivientes civiles de distinto sexo se estará a las normas que la regulan en el artículo 184 del Código Civil”. De esa forma, se amplió la aplicación del artículo 184 del Código Civil, la que era exclusiva para los hijos que nacían dentro del matrimonio, a los hijos que nacen durante la convivencia civil heterosexual.

Con todo, llama la atención esta aplicación en el Acuerdo de Unión Civil cuando a estas convivencias civiles no se les exige deber de fidelidad ni de cohabitación, a diferencia de lo que ocurre con el matrimonio. Además, se establece un trato diferente entre las convivencias civiles heterosexuales y de un mismo sexo, provocando una discriminación, pues los primeros tienen certeza de su filiación mientras los segundos no.<sup>14</sup>

De esta manera, la ley en comento no otorga la presunción *pater is est* a los matrimonios del mismo género, con lo que se establece una diferencia entre el matrimonio heterosexual y el de un mismo sexo, al igual a lo que ocurre con los hijos que nacen durante el acuerdo de unión civil de parejas de igual sexo. Dicha diferenciación, a criterio del intérprete, podrá ser vista como una distinción permitida, como una excepción justificada; o, derechamente, como una discriminación.

Sin perjuicio de lo anterior, con respecto a la determinación de la maternidad no hay modificación. Se mantiene la forma de determinarla por el parto, por reconocimiento o por sentencia firme en juicio de filiación (artículo 183 del Código Civil).<sup>15</sup>

Todo lo anterior permite señalar que la filiación matrimonial se determina por la concurrencia de presupuestos fácticos en torno a la existencia de matrimonio de los progenitores, siendo el reconocimiento y la sentencia judicial solo mecanismos accesorios para la determinación de la misma.

---

<sup>14</sup> BENÍTEZ (2018), p. 165.

<sup>15</sup> Código Civil, artículo 183: “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 (inc. 1°). En los demás casos la maternidad se determina por reconocimiento o sentencia firme en juicio de filiación, según lo disponen los artículos siguientes (inc. 2°)”.

### 2.1.2. *Filiación no matrimonial*

En cambio, la filiación no matrimonial tiene tan solo dos formas de determinación: reconocimiento y sentencia judicial. Dice el artículo 186 del Código Civil que “la filiación no matrimonial queda determinada legalmente por el reconocimiento de uno de los progenitores, o de ambos, o por sentencia firme en juicio de filiación”. Con ello, el texto actual de la norma regula la filiación no matrimonial de los hijos o hijas de parejas de distinto o del mismo sexo. De esta forma, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.400, las parejas del mismo sexo podrán solicitar el reconocimiento de un hijo o hija, siempre que se cumplan los requisitos que establece la ley.

Cabe recordar que, el reconocimiento es una de las formas de determinar la filiación en que no necesariamente existe correlación con la realidad biológica,<sup>16</sup> pues se permite el reconocimiento de hijos o hijas a parejas heterosexuales, sin exigir que exista vínculo biológico.

Cuando se reconoce a un hijo o hija no se le consulta si es el padre genético de quien se va a reconocer. Lo mismo va a ocurrir cuando el que reconozca a un hijo o hija tenga el mismo sexo que el progenitor que ya lo ha reconocido previamente.

Esto explica en la filiación no matrimonial la figura del repudio, que consiste en que el reconocimiento puede ser repudiado o rechazado por el hijo o hija reconocido, toda vez que nadie puede ser obligado a adquirir derechos contra su voluntad.<sup>17</sup> Así, se puede repudiar incluso al progenitor biológico,<sup>18</sup> pues la repudiación depende enteramente de la voluntad del hijo.<sup>19</sup>

### 2.2. *Filiación por aplicación de las técnicas de reproducción asistida*

Como ya se ha señalado, para concebir un hijo o hija las personas casadas de un mismo sexo tienen que optar por caminos alternativos:

---

<sup>16</sup> BARCIA (2020), p. 888.

<sup>17</sup> BARCIA (2020), p. 892.

<sup>18</sup> GÓMEZ DE LA TORRE (2007), p. 71.

<sup>19</sup> GÓMEZ DE LA TORRE (2007), p. 72.

recurrir a una técnica de reproducción humana asistida con donante o a la adopción. En ambas figuras, el elemento determinante de la filiación es la voluntad procreacional de querer asumir el vínculo paterno/materno filial, la coparentalidad. Se conforma un sistema cualitativo distinto al biológico o genético, pues lo fundamental es el cumplimiento del rol social de la parentalidad, el cual no tiene su origen en la naturaleza, sino que debe construirse.

En cuanto a las diferencias entre estas opciones, en las técnicas de reproducción asistida, en la mayoría de los casos, uno de los integrantes o ambos tienen relación de consanguineidad con la criatura que nace. Recurren a ellas personas con problemas de esterilidad o como método alternativo de reproducción. En cambio, en la adopción si bien no hay ninguna relación genética por parte de ninguno de los progenitores con el adoptado, se asume la responsabilidad paterno/materno filial y se soluciona una situación de hecho: asumir como hijo o hija a un niño o niña o adolescente en situación vulnerable, por carecer de familia o porque ésta no puede hacerse cargo de ella (principio de subsidiariedad).

Una de las modificaciones importantes que introduce la nueva ley es la referente a la presunción de derecho del artículo 182 del Código Civil, que viene a solucionar los problemas filiativos que se planteaban cuando recurrían a estas técnicas dos mujeres y ambas querían determinar la filiación del hijo o hija. El antiguo artículo 182 prescribía “*El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas*”. Por tanto, solo se aplicaban estas técnicas a la pareja humana heterosexual: el hombre y la mujer.

Sin embargo, la nueva norma produce una transformación radical al cambiar hombre y mujer por dos personas. Así, dice el nuevo artículo 182 inciso 1º que “La filiación del hijo que nazca por la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, quedará determinada respecto de las *dos personas* que se hayan sometido a ellas” (énfasis añadido). Con este cambio, se da un paso y se amplía el ámbito de aplicación a dos personas, ya no a al hombre y mujer.

Con esta nueva configuración, aplicada directamente, podría entenderse que queda fuera de este supuesto la maternidad subrogada, la cual involucra como mínimo tres personas; y que, por aplicación del artículo 183 del Código Civil, que no se ha modificado, la madre sería aquella que ha

llevado a cabo el embarazo y el parto y la otra jurídicamente no tendría ningún derecho. No obstante, es necesario considerar otros factores

Con respecto a la concepción de un hijo o hija de un matrimonio de lesbianas, los grados de participación pueden ser distintos: sólo una de las mujeres concibe a la criatura mediante donante a través de una inseminación artificial (IA); o ambas mujeres tienen participación, mediante fecundación *in vitro* (FIV), 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.

Nada dice la ley respecto de los requisitos que debe reunir el consentimiento que deben otorgar ambas mujeres, para que a una se le realice una inseminación artificial con donante o para la participación de ambas en la concepción mediante una fecundación *in vitro* con transferencia de embriones. La forma de realizarlo queda a la discrecionalidad de los médicos.

Suponemos que el médico les hará firmar el consentimiento informado. No obstante, dado que el consentimiento es el que provoca la presunción de derecho de ser progenitores, a éste debió habersele otorgado una cierta solemnidad, como un acta protocolizada ante notario público con anterioridad a la fecundación.

En esta línea, cabe recordar que el consentimiento será el elemento decisivo de superación de la realidad biológica para mantener de modo irrevocable todos los efectos básicos en la atribución de la filiación. Hay un reconocimiento adelantado de maternidad o paternidad, según sea el caso y, con ello, el nexo biológico deja de ser el sustento presuntivo del vínculo jurídico materno o paterno-filial y, frente a ello, aparece como un elemento más importante la voluntad procreacional del progenitor, incluso por sobre la intervención de un donante.<sup>20</sup> Lo que nadie puede suplir, en definitiva, es el acto de voluntad de la pareja. El hijo o hija nace por su exclusiva decisión, convertida en causa eficiente e insustituible y, por tanto, decisiva: sin ella esa criatura no hubiera nacido.<sup>21</sup>

De esta manera, en los supuestos antes descritos, ambas cónyuges determinan la filiación y son las progenitoras del hijo o hija. Por ello, sería un error estimar que solo una de ellas es madre por aplicación del artículo 183 del Código Civil. Habiendo participado ambas, habiendo dado ambas su voluntad procreacional, corresponde en estos casos de doble maternidad

---

<sup>20</sup> GÓMEZ DE LA TORRE (2017), p. 172.

<sup>21</sup> RIVERO (1988), p. 146.



dar prevalencia al artículo 182 del Código Civil, entendiendo que éste hace excepción a la norma general de la determinación de la maternidad por aplicación de la regla de la especialidad (artículo 13 Código Civil),<sup>22</sup> y que han sido ambas las mujeres determinantes para que esta criatura viniera al mundo.

Ahora bien, con respecto al donante, el texto vigente nada nos dice sobre su rol, si será un donante conocido o anónimo. Se mantiene el inciso 2º del artículo 182 del Código Civil, que prescribe que “No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta”, con lo que se libera al donante de todo vínculo de filiación con la criatura y se le impide demandar la paternidad. Por tanto, ningún donante podrá reclamar o impugnar la filiación del hijo o hija que haya nacido producto de su donación.

Desde la perspectiva de las cónyuges, ninguna podrá reclamar al donante la paternidad del hijo que nace producto de la donación, pues ambas entregaron su consentimiento para que se practicara las técnicas de reproducción asistida.

Aquí surge la pregunta, ¿Qué pasa si una cónyuge se hace la inseminación sin la autorización de la otra cónyuge y ésta no quiere tener un hijo? ¿se le aplica igualmente el artículo 182? Estimo que aquí no se aplica esta norma porque para que opere se requiere del consentimiento (voluntad procreacional) que en este caso no se dio. Por tanto, la mujer podría impugnar la filiación del hijo señalando que ella no otorgó el consentimiento para que se realizara la inseminación artificial y, en consecuencia, no es su madre.

Por su parte, el hijo o hija podría entablar una acción de reclamación de la paternidad al donante y este último podrá negarse a reconocer al hijo o hija por aplicación del inciso 2º del artículo 182.

Por otro lado, la posibilidad de que los cónyuges homosexuales sean progenitores biológicos es compleja, porque se produce un problema biológico al no tener el género masculino ni ovario ni útero y, como consecuencia de ello, no poder llevar adelante un embarazo.

---

<sup>22</sup> Código Civil, artículo 13: “Las disposiciones de una ley, relativas a cosas o negocios particulares, prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición”. Lo que aplicado al caso significa que cuando una ley contenga disposiciones generales y especiales que estén en oposición, prevalecerán las disposiciones especiales.

Esto significa que, para poder ser padres, requieren necesariamente de una mujer que lleve a cabo el embarazo y parto, y, una vez nacida la criatura, renuncie a sus derechos de madre y se los entregue a los cónyuges que serían sus progenitores. Esta es la llamada gestación por subrogación o maternidad subrogada, que no está regulada en nuestro país y que tiene muchos detractores por sus implicancias jurídicas, éticas, económicas, nacionales y transnacionales.

Si se practica la gestación subrogada, ésta se realiza a través de una inseminación artificial, donde a la mujer gestante o portadora se le insemina con el semen de uno o de ambos cónyuges; o por fecundación *in vitro*, donde se le transfiere un embrión formado con el semen de uno de los cónyuges o de ambos y el óvulo de la mujer contratada<sup>23</sup> o donado; o bien cuando se le transfiere un embrión donado. En todos los casos señalados, la maternidad de la mujer que gesta y da a luz a la criatura quedaría determinada por el artículo 183 del Código Civil, por lo que ella debería renunciar a sus derechos de madre para entregar el niño o niña al matrimonio contratante.

De la situación descrita se constata, como ya se señaló, que intervienen como mínimo tres personas y la presunción del artículo 182 del Código Civil dispone que “La filiación del hijo que nazca por la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, quedará determinada respecto de las *dos personas* que se hayan sometido a ellas”. Por tanto, esta norma no se aplica cuando se practica la maternidad subrogada.

¿Qué ocurre si, pese a la falta de regulación legal de la gestación subrogada –y como no puede recurrirse al artículo 182 del Código Civil–, esta se realiza? Pues será madre/progenitora la mujer que gestó y dio a luz a la criatura y será progenitor el que aportó el semen para la concepción del hijo o hija.

¿Cómo resolver tal situación? No hay solución jurídica. Sin embargo, una posibilidad es que el otro cónyuge adopte por integración al hijo o hija de su cónyuge, sin pasar por el procedimiento de susceptibilidad. O también se podría demandar la posesión notoria del estado civil de hijo o hija después de transcurrido cinco años.

En consecuencia, desde un punto de vista jurídico, al no estar regulada la gestación subrogada, por seguridad del estatus jurídico del hijo o hija,

---

<sup>23</sup> Casos de los cantantes Ricky Martin y Miguel Bosé.

lo más recomendable, para los cónyuges homosexuales, es recurrir a la adopción.

Otro punto que debería analizarse es la diferente situación de los matrimonios de homosexuales con los de lesbianas. Si consideramos que los matrimonios de lesbianas pueden recurrir a las técnicas de reproducción asistida reguladas por el artículo 182 del Código Civil, que reconoce la doble maternidad, ¿podemos considerar que la falta de regulación de la gestación subrogada para los matrimonios homosexuales es una discriminación, una diferenciación objetiva o bien una excepción justificada?

### *2.3. Filiación por adopción*

La adopción por personas de un mismo sexo ha sido uno de los temas más controvertidos. Muchas personas aceptaban el matrimonio igualitario, pero no la adopción, ni que estos cónyuges fueran progenitores biológicos, por prejuicios o por la creencia de que el adoptado se pudiera convertir en homosexual, olvidando que los adoptantes han tenido padres heterosexuales. Son percepciones que están evolucionando y hoy día hay una mayor aceptación. En la última encuesta nacional Bicentenario,<sup>24</sup> un 56% de los encuestados dijo estar de acuerdo con que personas del mismo sexo puedan adoptar hijos o hija.

Como se ha señalado, la adopción otorga al adoptado la calidad de hijo o hija de sus adoptantes o adoptante y tiene los mismos derechos de un hijo o hija biológico o de uno nacido por aplicación de las técnicas de reproducción asistida con donante.

Cuando los cónyuges homosexuales se plantean ser progenitores deben elegir entre recurrir a la gestación por sustitución o a la adopción. Algunos prefieren recurrir a la primera porque existiría la posibilidad de compartir genes con el hijo o hija (uno o ambos hombres de la pareja aportan el semen para inseminar a la mujer gestante) y no a la adopción, porque en la mayoría de los casos no hay ninguna relación genética con la criatura que nace. Sin embargo, con la adopción se le otorga una familia a un niño o niña en situación vulnerable, al cual se le puede entregar protección, afecto, cuidados que le permitan desarrollarse como un niño, niña o adolescente

---

<sup>24</sup> Encuesta Nacional Bicentenario 2021.

feliz. Y desde la mirada del adoptante, este puede realizar sus deseos de ejercer y sentir la coparentalidad.

Con la nueva ley de matrimonio igualitario se facilita en cierta forma la adopción, porque va a poder efectuarse la adopción por integración<sup>25</sup> y por la posesión notoria del estado civil de hijo o hija por más de cinco años, cuando uno de los cónyuges adoptó en forma unipersonal o lo concibió biológicamente.

Actualmente, existe en la Ley N° 19.620 la adopción por integración, pero algunos jueces la han aplicado en forma equivocada, manteniendo el trámite de susceptibilidad del adoptado, cuando lo positivo de esta forma de adopción es que se salta la etapa de la susceptibilidad y se pasa directamente al trámite de la adopción.

La legislación actual (Ley N° 19.620 de 1988) establece un sistema de prelación para adoptar, donde si bien se permite la adopción por persona sola (solteros, viudos, divorciados), esto solo procede cuando no hay matrimonios que deseen adoptar; ello, aun cuando debería seleccionarse al o a los adoptantes de acuerdo con el criterio de cuál “posible adoptante” es más conveniente para el niño o niña que va a ser adoptado.

Por su parte, la misma ley establece, en su artículo 20, que podrá otorgarse la adopción a los cónyuges chilenos o extranjeros, con residencia permanente en Chile, que tengan dos o más años de matrimonio, que hayan sido evaluados como física, mental, psicológica y moralmente idóneos, calificado por el Sename o por un organismo autorizado por éste y ser mayor de 25 años y menor de 60. En consecuencia, los convivientes civiles heterosexuales y de un mismo sexo no pueden adoptar hijos como pareja, teniéndolo que hacer unilateralmente.

Sin embargo, con la incorporación del matrimonio igualitario a nuestra legislación se amplía el ámbito de aplicación a los matrimonios de un mismo sexo, siempre que reúnan los mismos requisitos que los heterosexuales. Esta ampliación permitirá que un mayor número de niños, niñas

---

<sup>25</sup> Adopción por integración: instituto que está orientado a la incorporación de un NNA a una familia en la que su padre o madre han contraído matrimonio y desean que ese hijo de uno de ellos sea un hijo en común, un hijo de ambos para integrar y constituir una única familia en lo jurídico, porque seguramente ya la constituyen en la práctica, y en ningún caso está destinada a excluir, extinguir o restringir vínculos, sino a ampliarlos mediante la integración de una persona a un grupo familiar ya existente, al que un niño o adolescente conforma con su progenitor.

y adolescentes dejen el Servicio o instituciones afines, para pasar a tener una familia que, como se ha dicho, pueda suplir sus carencias, les otorgue afecto, protección y procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades materiales y espirituales.

Actualmente, está en el Parlamento un proyecto de ley que deroga la ley vigente.<sup>26</sup> La reemplaza por otra, según la cual la adopción debe otorgarse aplicando lo que sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, es decir, su interés superior. Además, prohíbe explícitamente cualquier discriminación por orientación sexual<sup>27</sup> y termina con el orden de prelación para adoptar.

En consecuencia, para los cónyuges homosexuales es conveniente recurrir a la adopción para poder ser progenitores. Hay reglas claras y se conocen los procedimientos a seguir. En cambio, someterse a la maternidad gestacional puede ser engorrosa e insegura legalmente.

Para complementar la posibilidad de ser progenitores de los cónyuges homosexuales debería aprobarse en el Parlamento el proyecto de ley que deroga la actual y la reemplaza por una que facilita la adopción y la hace coherente con las últimas leyes aprobadas en materia de filiación como la ley del patrimonio igualitario y la ley de Protección

Concluyendo, esta ley, muy demandada por las parejas de un mismo sexo, reconoce, soluciona y regula su situación. Sin embargo, su implementación provoca importantes cambios en la filiación, no necesariamente previstos. Además, hay modificaciones jurídicas, semánticas y culturales que con la aplicación de la ley podrán ser evaluadas.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2020): *Estructura del Derecho de Familia y de la Infancia* (Santiago, Thomson Reuters), tomo II.

---

<sup>26</sup> Boletín N° 9119-18 de 8.05.2019. Proyecto de ley de reforma integral al Sistema de Adopción en Chile.

<sup>27</sup> Proyecto de ley de reforma integral al Sistema de Adopción en Chile “*La adopción tiene por objeto velar por el interés superior del niño, niña o adolescente adoptado, amparando su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia, cualquiera sea su composición, que le brinde afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen. La adopción es siempre subsidiaria*”.

- BENÍTEZ PIRAINO, Dinka (2018): *Filiación y mujeres lesbianas* (Santiago, Rubicón Editores).
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMA, Victoria y HERRERA, Marisa (2010): *Matrimonio Igualitario y Derecho Constitucional de Familia* (Buenos Aires, Ediar).
- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2017): *Sistema filiativo. Filiación biológica* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).
- \_\_\_\_\_ (2007): *El sistema filiativo chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- \_\_\_\_\_ (2013): *Parejas Homosexuales ¿Unión Civil o Matrimonial?* Facultad de Derecho Universidad de Chile, Escuela de Postgrado (Santiago, Editorial AbeledoPerrot, Thomson Reuters).
- MALAUURIE, Philippe et AYNES, Laurent (2015): *Droit de la Famille* (París, LGDJ Lextenso Editions), 5ª edición.
- RAMOS PAZOS, René (2007): *Derecho de familia* (Santiago, Editorial jurídica de Chile), Tomo I, 6ª edición actualizada.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (1988): “La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial”, en: *Congreso Mundial Vasco, La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana* (Madrid, Editorial Trivium S.A.), volumen II.
- VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos (2013): “El matrimonio entre personas del mismo sexo en España y su repercusión en el Derecho de Familia”, en: *Facultad de Derecho Universidad de Chile, Escuela de Postgrado, Parejas Homosexuales ¿Unión Civil o Matrimonial?* (Santiago, Editorial AbeledoPerrot, Thomson Reuters).

#### NORMAS JURÍDICAS CITADAS

- Mensaje presidencial N° 130-365. Boletín N° 11422-07.
- Ley N° 13/2005, de 1 de julio “BOE” N° 157, de 2 de julio de 2005.
- Boletín N° 9119-18 de 8.05.2019. Proyecto de ley de reforma integral al Sistema de Adopción en Chile.

## JURISPRUDENCIA CITADA

NN con NN (2017): 7° Juzgado Civil de Santiago, 5 julio 2017, Rol V-248-2016.

NN con NN (2019): 2° Juzgado de Familia de Santiago, 8 junio 2020, Rol C-10028-2019.

NN con NN (2020): Juzgado de Familia de Antofagasta, Rol C-2061-2020.

NN con NN (2020): Corte de Apelaciones de Iquique, Rol N° 117-2020.