

OFICIO N° 189 - 2019

INFORME PROYECTO DE LEY N° 30-2019

Antecedente: Boletín N° 10.626-07

Santiago, 29 de agosto de 2019

Por oficio N° 51/ENA/2019, de 13 de junio pasado, doña Ximena Rincón González, Presidenta de la Comisión Especial encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes, del Senado, puso en conocimiento de esta Corte Suprema el proyecto de ley que regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo. (Boletín N° 10.626-07), al tenor de lo dispuesto por los artículos 77 de Constitución Política de la República y 16 de la ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

Impuesto el Tribunal Pleno del proyecto en sesión de 16 de agosto en curso, presidida por su titular señor Haroldo Brito Cruz, e integrada por los ministros señor Künsemüller, señora Sandoval, señores Fuentes y Cisternas, señora Chevesich, señor Aránguiz, señora Muñoz S., señores Dahm y Prado, señora Vivanco y suplente señor González, acordó informarlo al tenor de la resolución que se transcribe a continuación:

A LA PRESIDENTA

COMISIÓN ESPECIAL ENCARGADA DE TRAMITAR PROYECTOS DE LEY

RELACIONADOS CON NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

DEL H. SENADO

SEÑORA XIMENA RINCÓN GONZÁLEZ

VALPARAÍSO



“Santiago, veintinueve de agosto de dos mil diecinueve.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que por oficio N° 51/ENA/2019, de 13 de junio de 2019, doña Ximena Rincón González, Presidenta de la Comisión Especial encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes, del Senado, puso en conocimiento de esta Corte Suprema el proyecto de ley que regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo. (Boletín N° 10.626-07), al tenor de lo dispuesto por los artículos 77 de Constitución Política de la República y 16 de la ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

Segundo: La moción en comento busca regular, en primer lugar, los derechos de filiación de los hijos/as nacidos con apoyo de técnicas de fertilización asistida respecto de la pareja de madres que se sometieron conjuntamente a dicho procedimiento, y no únicamente -como sucede bajo la legislación vigente actualmente- de la madre que dio a luz. Todo lo anterior, brindando el debido reconocimiento y protección.

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

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

En ese sentido, los autores de la iniciativa estiman que es necesario “un estatuto jurídico para los hijos e hijas de parejas del mismo sexo que aborde sus derechos de filiación, en cumplimiento de los principios de igualdad y no discriminación, protección de las familias y los derechos de los niños y las niñas”¹

Tercero: El presente proyecto consta de tres artículos, con los que se pretenden modificar los siguientes cuerpos normativos:

En primer lugar, propone reconocer y proteger los derechos de filiación del hijo o hija nacido/a con apoyo de técnicas de fertilización asistida, en el

¹ Boletín 10.626-07. Proyecto de ley que regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo. p. 1.



caso de las parejas de mujeres que se sometían conjuntamente a dicho procedimiento, pues, al día de hoy, la determinación de la filiación del hijo concebido mediante estas técnicas estaría restringida únicamente al “hombre y la mujer que se sometieron a ellas” (artículo 182 del Código Civil).

En segundo lugar, se incorporan normas a la ley N° 20.584 sobre derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, reconociendo expresamente el derecho de las parejas de mujeres a acceder a las técnicas de reproducción asistida, sin que los prestadores de salud puedan condicionar o restringir dicho acceso por causas discriminatorias.

En tercer lugar, la iniciativa propone ampliar la posibilidad de reconocer voluntariamente la maternidad, en el caso de una pareja de mujeres, a la madre que comparte la crianza de un hijo/a que no tiene filiación determinada respecto del padre.

Finalmente, se pretende modificar la ley N° 19.620 sobre adopción de menores, para incluir a los convivientes civiles entre las parejas legalmente habilitadas para adoptar e igualmente permitirles la denominada co-adopción, esto es, la posibilidad de adoptar al hijo/a del o la conviviente civil que sólo ha sido reconocido como hijo/a por ella.

Cuarto: En lo que interesa para el objeto de este informe, el artículo segundo de la moción plantea agregar a la ley N° 20.584 un nuevo Párrafo 4° bis que contiene los nuevos artículos 11 bis y 11 ter, en los términos que se transcriben a continuación:

“Párrafo 4° bis. De la autonomía reproductiva.

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

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

Tanto la persona afectada por alguna exigencia de las indicadas en el inciso precedente, como cualquiera en su nombre, podrá ocurrir ante la Corte de Apelaciones del domicilio de aquella o del prestador involucrado, para la



adopción de las medidas que ésta estime necesarias para el restablecimiento del derecho regulado en este artículo. Esta acción se tramitará de acuerdo con las normas del recurso establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.”

Quinto. Texto consultado.

El texto que se consulta es el transcrito anteriormente, el cual otorga una acción para el caso que un prestador de salud imponga condiciones distintas a la sola suscripción del consentimiento informado, en el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida, especialmente si se exige la existencia de una pareja estable, de una determinada orientación sexual o del diagnóstico de infertilidad. Esta acción deriva del derecho que la iniciativa establece previamente en el mismo artículo, consistente en garantizar el acceso a las mencionadas técnicas reproductivas en la forma ya indicada.²

La fisonomía de la acción propuesta, según dispone el proyecto de ley, se caracteriza por los siguientes elementos: (i) puede ser deducida tanto por el afectado como por cualquiera en su nombre; (ii) es competente la Corte de Apelaciones del domicilio del afectado o del prestador involucrado; (iii) su finalidad es que se adopten “las medidas necesarias para el restablecimiento del derecho regulado en este artículo”; y (iv) no contempla plazo ni requisitos de admisibilidad, limitándose a señalar que “se tramitará de acuerdo con las normas del recurso establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República”. Sin embargo, consideramos que el reenvío a dicho articulado también implica hacerlo al procedimiento que existe para la tramitación establecida en el auto acordado de esta Corte de fecha 17 de julio de 2015 y sus posteriores modificaciones.

Siendo ésta la acción propuesta, el proyecto de ley suscita algunas inquietudes que merecen atención: primero, si acaso la acción es coherente con el cuerpo legal en el cual se inserta, esto es, la Ley N° 20.584, o si en cambio altera el sistema de reclamación o de protección de los derechos establecido por esa ley; y, en segundo lugar, surge la pregunta por la pertinencia de introducir la acción en cuestión, en circunstancias que el ordenamiento jurídico ya ofrece una de rango constitucional, a saber, el recurso

² Artículo 11 ter, que a su vez deriva del derecho fijado en el artículo 11 bis de la moción, esto es, “la autonomía reproductiva de la persona, que incluye su derecho a fundar una familia y a acceder igualitariamente a la tecnología necesaria para ejercer ese derecho” (Boletín 10.626-07).



de protección, que no sólo cumple la misma función y tendría los mismos efectos, sino que además tiene una estructura idéntica a la acción propuesta.

Sexto: 1. Observaciones preliminares a la forma en que está formulada la acción de no discriminación en el acceso a técnicas de reproducción asistida. (Artículo 11 ter, inciso 2°)

Una primera observación que fluye de la sola lectura del inciso 2° del artículo 11 ter propuesto, radica en que la acción que consagra no establece un plazo u oportunidad para su interposición. Por supuesto, si bien la parte final de la regla señala que esta “acción se tramitará de acuerdo con las normas del recurso establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República”; no es claro que el plazo u oportunidad para deducirla sea propiamente una regla de tramitación, pues resulta ser, más bien, un elemento previo a los trámites del proceso. En ese sentido, la redacción propuesta no deja meridianamente claro sobre si aplica o no el plazo fijado por el auto acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales.

Lo mismo ocurre en cuanto a la necesidad de cumplir con las exigencias de la comparecencia en juicio, establecidas por la ley N° 18.120, dado que del hecho que la acción se tramite conforme el procedimiento del recurso de protección, no se sigue la exención de patrocinio y mandato judicial.

Se considera, entonces, que se deben aplicar las reglas de tal auto acordado, pero para ello es necesario establecerlo expresamente.

Séptimo. 2. La acción propuesta y su relación con el sistema de protección de derechos de los pacientes consagrado en la ley N° 20.584.

Para entender cabalmente este punto, es importante tener presente que la ley en la que se insertan los artículos 11 bis y 11 ter de la moción, contiene un catálogo de derechos de los pacientes, entre los que se cuentan el derecho del paciente a ser informado de su situación médica, a recibir un trato digno, a tener compañía y asistencia espiritual, a la confidencialidad de su ficha clínica y a la autonomía en las decisiones sobre su salud, entre otros.

Este catálogo de derechos de la Ley N° 20.584, debe entenderse en relación con el Título IV, relativo al “cumplimiento de la ley”, pues en éste la ley establece un sistema de tutela frente a la vulneración de los derechos del paciente, estableciendo un sistema de reclamación, primero ante el prestador institucional; y si la “la persona estimare que la respuesta no es satisfactoria o



que no se han solucionado las irregularidades, podrá recurrir ante la Superintendencia de Salud” (artículo 37 de la Ley N° 20.584). Lo anterior sin perjuicio de otros derechos de las personas para ejercer otras acciones o del derecho a iniciar, alternativamente, un procedimiento de mediación conforme a la ley N° 19.966 que establece un régimen de garantías en salud.

En ese sentido, la acción propuesta parece alterar el sistema general de tutela de los derechos que consagra la Ley N° 20.584, al establecer un recurso especialísimo para un derecho determinado del catálogo, del cual carecen, en general, los demás derechos consagrados en el Título II de dicha ley. Por su parte, si bien la misma ley contempla otras acciones que son competencia de la Corte de Apelaciones respectiva, similares a la acción de la propuesta analizada, se trata de casos excepcionales y extremos (para los derechos de las personas con discapacidad psíquica o intelectual, entre otros); prevaleciendo para la generalidad de los derechos del sistema, la reclamación ante el prestador institucional y la Superintendencia.

De este modo, pareciera ser que el recurso propuesto distorsionaría en alguna medida la coherencia interna del régimen de reclamación de afectación de estos derechos.

Una explicación a esta alteración podría descansar en una distinta ponderación de cada derecho, otorgando especial protección al derecho a la no discriminación en el acceso a técnicas de reproducción, justificando así la introducción de un recurso especial, de mayor rango y eficacia. Sin embargo, como veremos, en realidad la acción que el proyecto pretender introducir no incorpora un mecanismo nuevo destinado a proteger el derecho vulnerado, sino que, en cuanto a su función y a sus efectos en la práctica, la acción propuesta se confunde con el recurso de protección ya reconocido por nuestro ordenamiento jurídico.

Octavo. 3. La acción de no discriminación propuesta y el recurso de protección.

La principal cuestión que suscita la acción propuesta por la moción, radica en que se confunde con el recurso de protección. Naturalmente, el problema no está en que frente a una misma vulneración proceda más de un medio de impugnación o reclamación, como ocurre con el recurso de protección y con otras acciones o vías recursivas, (como, por ejemplo, la acción de no discriminación arbitraria contemplada en la ley N° 20.609, más



conocida como “Ley Zamudio”, que también podría proceder en el caso previsto por el artículo 11 ter de la propuesta).

El problema no deriva, por tanto, de la procedencia conjunta o alternativa de varias vías de impugnación, para un mismo hecho vulneratorio; sino porque la acción propuesta y el recurso de protección ya vigente, tienen la misma fisonomía, es decir, en la práctica son idénticas, sin que se diferencien en ningún aspecto relevante, lo que puede tornar redundante la acción propuesta.

La comparación con otra acción, como la de no discriminación de la Ley Zamudio, es ilustrativa: esta última es procedente en forma alternativa al recurso de protección, frente a una misma acción u omisión discriminatoria; sin embargo, la acción de la Ley Zamudio tiene múltiples diferencias con el recurso de protección, por ejemplo, en cuanto a: (i) el tribunal competente³; (ii) el titular o legitimado activo⁴; (iii) el plazo⁵ y forma⁶ de interposición; (iv) forma de tramitación⁷; (v) etapa probatoria, medios de prueba y regla de apreciación⁸; (vi)

³ Artículo 3 de la Ley N° 20.609: “...el juez de letras de su domicilio o ante el del domicilio del responsable de dicha acción u omisión”.

⁴ Artículo 4 de la Ley N° 20.609: “...cualquier persona lesionada en su derecho a no ser objeto de discriminación arbitraria, por su representante legal o por quien tenga de hecho el cuidado personal o la educación del afectado, circunstancia esta última que deberá señalarse en la presentación”.

“También podrá interponerse por cualquier persona a favor de quien ha sido objeto de discriminación arbitraria, cuando este último se encuentre imposibilitado de ejercerla y carezca de representantes legales o personas que lo tengan bajo su cuidado o educación, o cuando, aun teniéndolos, éstos se encuentren también impedidos de deducirla”.

⁵ Artículo 5 de la Ley N° 20.609: “...deberá ser deducida dentro de noventa días corridos contados desde la ocurrencia de la acción u omisión discriminatoria, o desde el momento en que el afectado adquirió conocimiento cierto de ella. En ningún caso podrá ser deducida luego de un año de acontecida dicha acción u omisión”.

⁶ Artículo 5 de la Ley N° 20.609: “...por escrito, pudiendo, en casos urgentes, interponerse verbalmente, levantándose acta por la secretaría del tribunal competente”.

⁷ Entre muchas diferencias, la Ley N° 20.609, en vez de traer los autos en relación, contempla la realización de dos audiencias: de conciliación y eventual preparación; y de juicio o rendición de prueba. Véase artículo 9.

⁸ Véase artículo 10.- de la Ley N° 20.609: “Prueba. Serán admitidos todos los medios de prueba obtenidos por medios lícitos que se hubieren ofrecido oportunamente y que sean aptos para producir fe. En cuanto a los testigos, cada parte podrá presentar un máximo de dos de ellos por cada punto de prueba. No habrá testigos ni peritos inhábiles, lo que no obsta al derecho de cada parte de exponer las razones por las que, a su juicio, la respectiva declaración no debe merecer fe.

El tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica”.



medidas para mejor resolver⁹; (vii) la sentencia¹⁰ y (viii) la posibilidad de condenar a una multa a beneficio fiscal a quien cometiere conductas discriminatorias.

Estas diferencias entre la acción de la Ley Zamudio y el recurso de protección implican ventajas y desventajas que, dependiendo del caso concreto y de las pretensiones del afectado, se traducirán en la idoneidad y elección de una u otra acción. Sin embargo, no puede darse este análisis sobre cuál acción es más apta para el caso respecto de la acción propuesta por el artículo 11 ter inciso 2°, porque simplemente no existen diferencias relevantes entre ésta y el recurso de protección.

En contraste, salvo por algunas diferencias formales, la acción propuesta por la iniciativa, en todos los aspectos relevantes, es simplemente idéntica al recurso de protección establecido en el artículo 20 de la Constitución, confundándose con este último en la práctica, en cuanto a su función y efectos. Esta equivalencia se puede apreciar en el siguiente cuadro comparativo:

ASPECTO DE LA ACCIÓN	ACCIÓN DE NO DISCRIMINACIÓN ARTÍCULO 11 TER INC. 2° DE LA PROPUESTA	RECURSO DE PROTECCIÓN
Titular o legitimado activo	La persona afectada o cualquiera en su nombre	El recurso se interpondrá por el afectado o por cualquiera otra persona en su nombre, capaz de parecer en juicio, aunque no tenga para ello mandato especial
Tribunal competente	La Corte de Apelaciones del domicilio del afectado o del prestador involucrado	La Corte de Apelaciones en cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal que ocasionen privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio

⁹ Artículo 11 de la ley N° 20.609: "Medidas para mejor resolver. El tribunal podrá, de oficio y sólo dentro del plazo para dictar sentencia, decretar medidas para mejor resolver. La resolución que las ordene deberá ser notificada a las partes".

¹⁰ En caso de declarar la existencia de discriminación arbitraria, además de dejar sin efecto el acto y "adoptar las demás providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado", el tribunal "aplicará... una multa de cinco a cincuenta unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal". Véase artículo 12 de la Ley N° 20.609.



ASPECTO DE LA ACCIÓN	ACCIÓN DE NO DISCRIMINACIÓN ARTÍCULO 11 TER INC. 2° DE LA PROPUESTA	RECURSO DE PROTECCIÓN
		de las garantías constitucionales respectivas, o donde éstos hubieren producido sus efectos, a elección del recurrente
Fundamento	La negación o condicionamiento al acceso de las técnicas de reproducción asistida por parte de prestadores de salud, más allá del consentimiento informado respectivo, en especial si dichas condiciones se basan en la orientación sexual, la carencia de una pareja estable o de un diagnóstico de infertilidad	Una acción u omisión arbitraria e ilegal que implique privación, perturbación o amenaza de un derecho constitucional, de los señalados en el artículo 20 de la Constitución
Tramitación	De acuerdo con las normas del recurso establecido en el artículo 20 de la Constitución	De acuerdo al auto acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales
Finalidad	Que se adopten de inmediato las providencias necesarias para restablecer el derecho regulado en este artículo (11 ter)	Que se adopten de inmediato las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado

Noveno. Comentarios sobre preceptos no consultados

En este punto nos referiremos a las demás normas que serán modificadas por el proyecto de ley que ha sido consultada a esta Corte Suprema, tanto respecto del Código Civil y a la ley N° 19.620 sobre adopción de menores.

Décimo. 1. Modificaciones del proyecto de ley y falta de adaptación de otras normas vigentes relativas a la materia.

Las modificaciones al Código Civil propuestas por la moción en análisis persiguen dos finalidades:

- i. Permitir la posibilidad de reconocer voluntariamente la maternidad, en el caso de una pareja de mujeres, a la madre que



comparte la crianza del hijo/a que no tiene filiación determinada respecto del padre; y

- ii. Extender la determinación de la filiación del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida a la pareja de mujeres que se sometan a ellas, pues hoy se restringe este reconocimiento únicamente a parejas heterosexuales (artículo 182).

Por su parte, los cambios a la Ley N° 19.620 sobre adopción de menores buscan reconocer el derecho de la pareja de convivientes civiles a adoptar:

- i. Como pareja, en forma equivalente a los cónyuges; y también,
- ii. Individualmente, al hijo del otro conviviente civil.

Como se puede apreciar, en todas las situaciones se trata de permitir la configuración de la filiación de un hijo en favor de una pareja del mismo sexo, lo que en la actualidad simplemente no está reconocido por el ordenamiento jurídico chileno. En otras palabras, se trata de una propuesta filial inédita en nuestro derecho, de modo que no debe extrañar que la abundante normativa vigente relativa a los padres e hijos, formulada al margen de la posibilidad de la doble maternidad (que un hijo/a tenga dos madres) o doble paternidad (dos padres varones), excluye en su operatividad estas nuevas alternativas.

Así, uno de los problemas de operatividad que suscita la propuesta – quizá el más importante–, radica en que el proyecto legal no se hace cargo de adaptar cada una de las normas existentes al nuevo reconocimiento de filiación de padres y madres de igual sexo, ni tampoco propone una regla genérica que subentienda incluida esta filiación cuando la ley describe la situación de una pareja de padres de distinto sexo.

Lo anterior se agrava, porque la legislación vigente suele ocupar la palabra “padres” para referirse a ambos ascendientes de primer grado, pero el sentido natural y obvio de dicha noción¹¹ -tal como lo define el diccionario de la

¹¹ Véase la novena definición de *Padre*, que es el plural de ese sustantivo. **Padre**. Del lat. Pater. 1. m. Varón o animal macho que ha engendrado a otro ser de su misma especie. 2. m. Varón que ejerce las funciones de padre. 3. m. Macho en el ganado destinado a la procreación. 4. m. Cabeza de una descendencia, familia o pueblo. 5. m. Sacerdote perteneciente a una orden religiosa, o por ext., al clero secular. U. m. ante n. p. 6. m. Origen, principio. 7. m. Autor o creador de algo. *Freud es el padre del psicoanálisis*. 8. m. Rel. En el cristianismo, primera persona de la Santísima Trinidad. 9. m. pl. padre y madre de una persona o un animal. 10. m. pl. antepasados. 11. adj. coloq. Muy grande. *Se armó un escándalo padre*. 12. adj. coloq.



Real Academia Española- se restringe a “padre y madre de una persona”, sin que en el proyecto exista o se proponga una norma que extienda el concepto, permitiendo entender por la palabra “padres” a dos mujeres o dos hombres. Con todo, dada una de las definiciones de “padre”¹² (en singular), el plural “padres” que usa en ocasiones la ley admite una interpretación extensiva a dos varones, lo que no ocurre con una pareja de mujeres.

Esta falta de adaptación normativa o de inclusión de una norma genérica interpretativa que haga la referencia a “padres” de distinto sexo aplicable a parejas del mismo, genera inconvenientes que se advierten en diversos textos normativos.

Así, en la Constitución, en particular los numerales 10° y 11° del artículo 19, se utiliza la expresión “padres” en relación con el derecho preferente y deber de educar a los hijos y el derecho a escoger el establecimiento de enseñanza de éstos.

En el Código Civil, según dispone el artículo 225, puede determinarse de común acuerdo que el cuidado personal “corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida”, siendo evidente que el precepto, en su redacción, simplemente no contempla la posibilidad de dos madres. Lo anterior se repite en otras materias, tales como obtención de consentimiento para contraer matrimonio (artículo 107), posesión notoria del estado civil de hijo (artículo 200), relación directa y regular (artículo 229), patria potestad (artículo 244), en la regulación de las indignidades en la sucesión (artículo 994).

Por otro lado, en materia laboral, a modo ejemplar, se presenta la situación del permiso post natal, establecido en el Código del Trabajo, específicamente en sus reglas sobre protección de la maternidad, la paternidad y la vida familiar del Título II, Libro II de dicho código. Estas reglas disponen:

“Artículo 195.- Las trabajadoras tendrán derecho a un descanso de maternidad de seis semanas antes del parto y doce semanas después de él.

El padre tendrá derecho a un permiso pagado de cinco días en caso de nacimiento de un hijo [...] Este permiso también se otorgará al padre que se encuentre en proceso de adopción, y se contará a partir de la notificación de la resolución que otorgue el cuidado personal o acoja la adopción del menor, en conformidad a los artículos 19 y 24 de la Ley N° 19.620. Este derecho es irrenunciable.

Méx. estupendo.

¹² Véase la segunda definición de la nota anterior.



Si la madre muriera en el parto o durante el período de permiso posterior a éste, dicho permiso o el resto de él que sea destinado al cuidado del hijo corresponderá al padre o a quien le fuere otorgada la custodia del menor, quien gozará del fuero establecido en el artículo 201 de este Código y tendrá derecho al subsidio a que se refiere el artículo 198.”

Como se desprende de la sola lectura del precepto recientemente transcrito, su inciso 2° delimita los permisos a una madre que da a luz y al padre del recién nacido. En las hipótesis previstas por la iniciativa, al proponer modificar el Código Civil (una pareja de mujeres que se someten a técnicas reproductivas o donde exista reconocimiento voluntario por la segunda madre), sólo la madre gestante tendrá derecho al permiso previo y posterior al nacimiento, pero su pareja mujer –no gestante– simplemente está fuera de la hipótesis que otorga el permiso del inciso 2° ya que no será “padre”. Se trata, entonces, de un caso en que la falta de adaptación de la norma importa lisa y llanamente la privación de un derecho, sin perjuicio de no ocurrir así con las modificaciones planteadas a la ley de adopción¹³.

Respecto al inciso 3°, éste regula el traspaso del permiso postnatal de la madre que dio a luz, en caso de muerte, a dos sujetos: (i) El padre; o (ii) A quien le fuere otorgada la custodia del menor. Nuevamente, se excluye a la madre no gestante. Lo mismo ocurre en relación al traspaso del permiso postnatal parental del artículo 197 bis, inciso 8°, que no parece aplicable a la segunda madre, por estar también formulado en términos de una pareja heterosexual¹⁴.

A modo de referencia, se puede indicar que existirán problemas similares producidos por la falta de adaptación normativa o de la inclusión de una norma genérica interpretativa, en materias tales como:

- i. En el Decreto Ley N° 3.500 de 1980 que Establece nuevo sistema de pensiones, la regulación de la pensión de sobrevivencia (artículos 5°,

¹³ La situación de parejas del mismo sexo, unidas civilmente, que adopten, parece estar cubierta procediendo el permiso del inc. 2° del artículo 195 para ambos miembros de la pareja.

¹⁴ Art. 197 bis, inc. 5°: *Si ambos padres son trabajadores, cualquiera de ellos, a elección de la madre, podrá gozar del permiso postnatal parental, a partir de la séptima semana del mismo, por el número de semanas que ésta indique. Las semanas utilizadas por el padre deberán ubicarse en el período final del permiso y darán derecho al subsidio establecido en este artículo, calculado en base a sus remuneraciones. Le será aplicable al trabajador lo dispuesto en el inciso quinto. En caso de que el padre haga uso del permiso postnatal parental, deberá dar aviso a su empleador*



- 9°, 10 y 58), del saldo que quedare en la cuenta de capitalización individual o en la cuenta de ahorro voluntario de un afiliado fallecido (artículo 72), de la cuota mortuoria (artículo 88);
- ii. En la Ley N° 16.744 que Establece normas sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, que utiliza la expresión “padre y madre” en su artículo 49 al tratar el aumento de la pensión de sobrevivencia que le corresponde al descendiente del afiliado fallecido;
 - iii. En la Ley N° 21.063 que Crea un seguro para el acompañamiento de niños y niñas que padezcan las enfermedades que indica, y modifica el código del trabajo para estos efectos, que en diversos artículos utiliza las expresiones “el padre y la madre”, “ambos padres” y “padre o madre”, entre otras similares (artículos 1°, 3°, 14, 15 y segundo transitorio);
 - iv. En el Decreto con Fuerza de Ley N° 2 de 2010 del Ministerio de Educación que Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 20.030 con las normas no derogadas del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, el cual en diversas disposiciones utiliza las expresiones “padres y apoderados”, “padres”, “padres, madres y apoderados”, “Centro de Padres y Apoderados”, “padre o apoderado” y “padres, madres o apoderados” (artículos , 3°, 4°, 8°, 9°, 10, 11, 12, 15, 16 C, 16 D, 33 y) 37; y
 - v. En la Ley N° 20.248 que Establece Ley de Subvención Escolar Preferencial, la cual utiliza expresiones tales como “padres o apoderados”, “padres o apoderado”, “padres y apoderados” y “Centro General de Padres y Apoderados” (artículos 2°, 6°, 7° y 29).
 - vi. Respecto del Código civil, es necesario hacer referencia a los siguientes artículos:
 - a. El artículo 37 dispone que la filiación de los hijos puede no encontrarse determinada respecto del padre, de la madre o de ambos.
 - b. El artículo 41 refiere al concepto de padre o madre al señalar que los hermanos pueden serlo respecto de ambos, o solo respecto de uno de los padres.



- c. El Título IV sobre el Matrimonio en sus artículos 105, 107, 109 y 111, hace referencia expresa al padre o madre en cuanto al consentimiento que deben otorgar para que el menor de edad pueda contraer matrimonio.
- d. El artículo 186 y siguientes, que versan sobre la filiación no matrimonial, agrega que ésta queda determinada legalmente por el reconocimiento del padre, la madre o ambos, o por sentencia firme en juicio de filiación.
- e. Los artículos 204 y siguientes, sobre las acciones de reclamación de filiación, señalan que esta acción puede ser ejercida exclusivamente por el hijo, el padre o la madre.
- f. Los artículos 222 y siguientes, que versan sobre los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos, emplean de manera indistinta la voz padres para referirse a cualquiera de ellos.

Undécimo. 2. El reconocimiento de la filiación de los artículos 187 y 188 del Código Civil ampliado a parejas del mismo sexo y su falta de correlato en la Ley del Registro Civil.

Una de las dificultades que suscitará la aplicación de las reglas propuestas dice relación con la forma en que se concreta registralmente la filiación, esto es, con la inscripción del recién nacido en el Servicio de Registro Civil e Identificación (SRCI). Efectivamente, tanto la modificación del artículo 187, que permite el reconocimiento voluntario por “el padre, la madre, ambos o ambas”, como la modificación del artículo 188, que entenderá “suficiente reconocimiento de filiación” el hecho “de consignarse el nombre del padre o de la madre, a petición de cualquiera ellos o ellas”, se trata de dos casos en que se extiende las hipótesis de filiación a favor de parejas del mismo sexo, pero sin que estas tengan correlato en las normas que habilitan al SRCI y reglamentan su proceder en las inscripciones de nacimiento.

Así, el artículo 32 de la Ley sobre Registro Civil se refiere precisamente a: (i) quienes pueden reconocer al hijo como suyo; y (ii) a labores específicas que la ley impone al Oficial¹⁵ del SRCI justamente en relación a las declaraciones que los padres formulen en virtud de los artículos 187 y 188, sin que la iniciativa contemple su adecuación a los cambios propuestos para

¹⁵ Dejar testimonio de sus declaraciones, certificar la identidad del solicitante y exigirle que estampe su forma o en su defecto, su impresión digital.



dichos artículos. Como se verá, el mencionado artículo 32, que a continuación se transcribe, excluye de sus presupuestos que el reconocimiento sea realizado por dos madres¹⁶ (una pareja de dos mujeres), sin que la moción prevea su modificación para que sea coherente con los cambios propuestos a los artículos 187 y 188 del Código Civil:

“Art. 32. En la inscripción del nacimiento podrán el padre, la madre o ambos reconocer al hijo como suyo. El Oficial del Registro Civil deberá dejar testimonio en la inscripción del nacimiento de las declaraciones que los padres o sus representantes formulen en conformidad al número 1.º del artículo 187 y al inciso primero del artículo 188 del Código Civil, certificar la identidad del solicitante y exigirle que estampe su firma, o, si no pudiere firmar, su impresión digital.”

Esta situación se reitera respecto del artículo 31 de la Ley sobre el SRCI, cuyo texto dispone que las inscripciones de nacimiento, deben contener entre sus menciones: “4º Los nombres, apellidos, nacionalidad, profesión u oficio y domicilio de los padres, o los del padre o madre que le reconozca o haya reconocido”, dejando fuera la posibilidad de doble maternidad.

Duodécimo. 3. La modificación a la regla de filiación obtenida mediante técnicas de reproducción humana asistida.

En este punto analizaremos la aplicación práctica que podría suscitar la ampliación a parejas de mujeres de la regla del artículo 182 (técnicas de reproducción asistida), teniendo en cuenta a su vez la modificación propuesta al artículo 187, referida al reconocimiento voluntario de la filiación. Como se razonará, la propuesta no se hace cargo de las imprecisiones del actual artículo 182, sino que las mantiene; sin perjuicio que, en definitiva, nuestro ordenamiento carece de una adecuada regulación de las técnicas de reproducción humana asistida.

3.a. Alcance del nuevo inciso 2º del artículo 182 propuesto

En el caso regulado por el proyecto de ley, esto es, la filiación de hijos/as de padres del mismo sexo¹⁷, debido a las modificaciones planteadas a

¹⁶ Véase Nota 14.

¹⁷ Si bien el proyecto de ley lo funda en la situación de hecho, de “parejas de mujeres que cuidan y crían conjuntamente al hijo de una de ellas quien no tiene paternidad determinada”, de modo que pareciera que esta filiación se reconocería sólo a parejas de mujeres (no de dos varones) y con posterioridad a los cuidados y crianza (no al momento de nacer, por ejemplo), lo cierto es que la modificación propuesta al artículo 187 y en especial al artículo 188, permitirá la filiación del recién nacido (sin que existan cuidados y crianza previa) y podrá ser



los artículos 187 y 188 del Código Civil, lo usual será que el artículo 182 no reciba aplicación, siendo desplazado por las normas generales de determinación de la filiación (como ocurre hoy con las parejas heterosexuales).

Por ejemplo, si una pareja de mujeres se somete a las técnicas de reproducción asistida, lo normal será que la maternidad de la gestante quede fijada por el parto (artículo 183), mientras que la filiación respecto de la segunda madre se producirá con seguridad por el reconocimiento otorgado en la inscripción del hijo/a, conforme al artículo 187 (modificado en los términos de la propuesta).

De este modo, siguiendo el análisis del profesor Corral para la regla vigente, se distinguen dos situaciones en que el artículo 182, en los términos propuestos, recibirá aplicación: (i) Cuando la filiación de que goza el hijo/a, determinada por otros medios, coincide con la que atribuye el artículo 182, como el ejemplo que vimos más arriba; y (ii) Cuando el hijo/a concebido mediante técnicas de reproducción asistida no tenga filiación determinada, por no haber tenido lugar las formas ordinarias de determinación¹⁸.

En el primer caso, cuando la filiación es determinada por otras vías, coincide con la del artículo 182, éste podrá esgrimirse sólo frente a una acción de impugnación de dicha filiación (por ejemplo, de la madre no gestante que pretende desconocer su maternidad o del donante de gametos que pretende reclamar al hijo), es decir, la regla del artículo 182 se podrá oponer como excepción, “y la sentencia que constate que se han producido sus presupuestos afirmará la filiación determinándola conforme a esa norma, es decir, por el hecho del sometimiento a esas técnicas reproductivas”¹⁹.

Por su parte, en el segundo caso, existiendo filiación indeterminada, el hijo/a o su representante legal, podrá ejercer la acción de reclamación de maternidad contra las mujeres que consintieron en la aplicación de las técnicas reproductivas. Nótese, en todo caso, que la maternidad de la gestante

tanto en favor en la segunda madre (en una parejas de mujeres) o del segundo padre (en una pareja de hombres) -aunque este último caso sea extraordinariamente poco común, pues la regla general es que la maternidad quede fijada por el parto, ya que normalmente se dan los requisitos del artículo 183 del Código Civil. Véase las modificaciones a los artículos 187 y 188 propuestas.

¹⁸ Véase el análisis del actual artículo 182 de Corral, Hernán: “Reproducción humana asistida y filiación. Un análisis del nuevo artículo 182 del Código Civil”. En *Primeras Jornadas de Derecho Médico, Cuadernos Jurídicos 2*. Santiago, Chile: Universidad Central, 2000, p. 5 y ss).

¹⁹ Corral, Hernán. Op. Cit. p. 6.



normalmente quedará fijada por el parto; mientras que en el caso de la no gestante, el artículo 182 recibirá aplicación sólo si el óvulo aportado al proceso reproductivo proviene de un tercero ajeno a la pareja, pues en caso contrario, siendo ella la fuente del gameto, se podrá reclamar y acreditar su maternidad mediante pruebas biológicas o genéticas, volviéndose innecesaria la invocación del artículo 182.

En todo caso, la filiación determinada conforme al artículo 182 requerirá siempre sentencia judicial que constate los presupuestos de dicha regla²⁰.

Décimo tercero. 3.b. Ámbito de aplicación del inciso final del texto artículo 182 del Código Civil

El inciso final del artículo 182 establece que no puede impugnarse ni reclamarse una filiación distinta a la establecida por dicho precepto, esto es, que son padre y madre del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida el varón y la mujer que se sometieron a ellas. Conforme la propuesta, esta norma se hará extensiva a la filiación determinada en favor de la pareja de mujeres que se sometieron a dichas técnicas.

La prohibición de impugnación, al igual que en el caso de las parejas heterosexuales, está dirigida al “miembro de la pareja que se somete a la técnica y que no aportó sus propios gametos en la fecundación”, de modo que la ley le veda desconocer “su maternidad invocando la falta de vínculo de sangre”²¹.

Por su parte, tanto la prohibición de impugnación como de reclamación, están dirigidas al aportante de gametos, que no podrá impugnar la filiación de las personas que consintieron en la técnica reproductiva, como presupuesto de procedencia de una acción de reclamación de paternidad o maternidad. El objetivo de la norma es impedir al aportante de gametos perturbar la

²⁰ En efecto, como sostiene Corral en su análisis de la normativa actual, “la determinación no operará por la mera exhibición de documentos o declaraciones testimoniales que acrediten el sometimiento a la técnica. La ley no ha dado normas -ni creo que hubiera sido factible hacerlo- para que acceda al Registro la voluntad de procrear artificialmente un hijo. Por esta razón, aquí la determinación se completará siempre con la sentencia judicial que constate que el hijo fue concebido por aplicación de una técnica de reproducción asistida y que el supuesto padre o madre se sometió voluntariamente a ella, estando consciente de la utilización de gametos de un tercero” (Corral, Hernán: “Reproducción humana asistida y filiación. Un análisis del nuevo artículo 182 del Código Civil”. En *Primeras Jornadas de Derecho Médico, Cuadernos Jurídicos 2*. Santiago, Chile: Universidad Central, 2000, p. 6).

²¹ Corral, Hernán. Op. Cit. p. 7.



estabilidad y tranquilidad de la pareja que ha conseguido un hijo/a mediante la aplicación de estas técnicas.

Décimo cuarto. 3. c. Insuficiencia de la regulación existente y de la propuesta por el proyecto en comento.

Como hemos señalado, la moción en análisis propone modificar el artículo 182 del Código Civil, que regula la filiación del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, extendiendo dicho reconocimiento legal a parejas de mujeres que se sometan a dichas técnicas.

En ese sentido, la propuesta no se hace cargo de los déficits de la regla vigente y los extiende en su aplicación, de las parejas heterosexuales a las parejas de mujeres. En efecto, uno de los puntos más criticados de la norma del artículo 182, aprobada por la Ley N° 19.585 de 1999, radica en que no es claro si la imposibilidad de impugnar o reclamar una filiación distinta alcanza o no al hijo/a concebido mediante las técnicas de reproducción asistida. En otras palabras, si bien es claro que la norma niega al progenitor biológico (aportante de gametos) la posibilidad de investigar y acreditar el vínculo con el niño/a procreado, no se resuelve con claridad si el hijo retiene el derecho de impugnar la filiación (de la pareja que se sometió a las técnicas) y reclamar la indagación de la paternidad o maternidad biológicas (del aportante de gametos).

El profesor Corral, por ejemplo, sostiene que si bien existen buenos argumentos para negar este derecho al hijo/a, también hay razones de peso para reconocerlo: “lo único que querían [los legisladores] era evitar que el donante de gametos perturbara a la pareja que había conseguido un hijo por estas técnicas. En ningún momento se revela la intención de cercenar el derecho del hijo a conocer la identidad de sus verdaderos progenitores [...] Por otra parte, el principio general expresado en el art. 195 CC en el sentido de que ‘la ley posibilita la investigación de la paternidad o maternidad’, que debe ser interpretado a la luz del derecho a la integridad psíquica protegido por la Constitución Política (art. 19, N° 1) y del derecho de todo niño a conocer, en la medida de lo fácticamente posible, a sus padres, manifestado en la Convención de los Derechos del Niño (art. 7), lleva a concluir que, a falta de norma expresa en contrario, el art. 182 CC no puede impedir al hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción asistida con utilización de



gametos de terceros, el ejercer las acciones de estado tendientes a establecer judicialmente quién es el progenitor biológico”²².

Como se puede advertir, existen importantes intereses en contraposición que no pueden satisfacerse simultáneamente: el derecho de toda persona a la identidad y a conocer su origen biológico, pero también el anonimato de los donantes, que permite a las personas infértiles tener descendencia y formar una familia.

Asimismo, otro déficit de la regla contenida en el artículo 182, radica en que “deja sin precisar la forma en qué debe prestarse el consentimiento [para someterse a las técnicas reproductivas], y cómo será éste comprobado en caso de litigio [...] el tosco tratamiento del legislador de una materia tan compleja como ésta puede producir consecuencias muy desafortunadas”²³.

Según sostiene Acuña, por su parte, el artículo 182 no es más que “una norma parca que no distingue las diversas situaciones que puede lugar a dichas técnicas, lo que cobra especial relevancia a propósito del consentimiento y de las voluntades involucradas fundamentalmente en aquellos casos en que ha intervenido el material genético de terceros donantes; pero lo mismo sucede cuando se trata de una mujer sola, separada judicialmente o viuda”²⁴.

Estos reparos dan cuenta que nuestro ordenamiento carece de una regulación adecuada relativa al uso y a las consecuencias de las técnicas de reproducción asistida, ausencia normativa²⁵ de la cual la propuesta no se hace cargo. De este modo, de aprobarse el proyecto de ley, subsistirá la falta de regulación de la materia en situaciones de distinta complejidad (como inseminación artificial o fecundación in vitro, utilización de gametos propios o de terceros, la inseminación post mortem, la donación y transferencia de embriones, la situación de la mujer sola que se somete a las técnicas, la

²² Véase Corral. Op. Cit. p. 8-9.

²³ Corral. Op. Cit. p. 10.

²⁴ Acuña, Marcela. “Técnicas de Reproducción humana asistida, desafíos del siglo XXI: una mirada transdisciplinaria. Maricruz Gómez de la Torre (dir.), Abeledo Perrot Thomson Reuters, Santiago, 2013”. En Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección. Recensiones Año 20 - N° 1, 2013 p. 414.

²⁵ Por eso, existen numerosas iniciativas que han pretendido subsanar este problema. Además de los proyectos de ley que se indican en el punto II, véase los Boletines (archivados) N° 4.573-11, PL que regula la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida; y N° 1.026-07, PL que regula los principios jurídicos y éticos de las técnicas de reproducción humana asistida y establece sanciones para los infractores de sus normas.



maternidad por subrogación, el destino de los embriones en estos procesos – destrucción, criopreservación indefinida o fines de investigación, etc).

Décimo quinto. Revisión de proyectos similares al que se ha solicitado informar.

Es importante tener a la vista que actualmente existen proyectos de ley que tratan materias similares al que se está informando. Dichas iniciativas versan sobre técnicas de reproducción asistida, derechos reproductivos, filiación, entre otros.

1. Boletín N° 6.624-11

Este proyecto de ley, que “Modifica Código Sanitario en orden a ampliar la protección a la maternidad, incorporando un nuevo sentido y alcance al concepto de salud reproductiva, reconociendo la existencia de los trastornos de fertilidad de cualquier integrante de la pareja y su incidencia en la salud”, ha sido iniciado por moción en la Cámara de Diputados con fecha 28 de julio de 2009 y se encuentra en primer trámite constitucional.

Da cuenta de la existencia de los trastornos de fertilidad y los problemas que traen aparejados en los ámbitos de la salud, de vida en pareja y de seguridad social, en particular el problema del acceso a los tratamientos para obtener un embarazo.

El objetivo de este proyecto es consagrar expresamente la libertad y el derecho de procrear como una manifestación del pleno goce del derecho a la salud. Asimismo, pretende declarar expresamente cuales trastornos de fertilidad femeninos y masculinos que inciden en la calidad de vida y en el estado de salud de las personas y parejas que los padecen. Por último, se propone que las “pautas” sobre la materia que dicte la autoridad sanitaria, deberán sustentarse en los parámetros y definiciones de la Organización Mundial de la Salud.

Finalmente, se debe destacar que el proyecto no se refiere a la situación de parejas del mismo sexo ni contiene reglas sobre filiación.

2. Boletín N° 9.119-18

Dicho Boletín contiene el proyecto de ley que “Reforma integral al sistema de adopción en Chile”, iniciado por mensaje en la Cámara de Diputados con fecha 08 de octubre de 2013 y se encuentra en segundo trámite constitucional. Plantea que la Ley N° 19.620 sobre adopción presenta vacíos y



deficiencias y que los procedimientos actuales que regula adolecen de problemas en sus tiempos de tramitación.

En síntesis, el proyecto modifica en forma completa el sistema de adopción en Chile. Para tales efectos, otorga una regulación sobre las reglas sustantivas y procesales aplicables a declaración de adoptabilidad (actualmente susceptibilidad de adopción) y de la adopción misma.

En particular, respecto de los adoptantes, el proyecto busca que no exista discriminación de ningún tipo en relación con el sexo, orientación sexual o identidad de género de ellos, por lo que permite que, independiente de dichos factores, sujetos en forma independiente o personas en pareja –se encuentren unidas o no por matrimonio o acuerdo de unión civil- puedan acceder a la adopción.

Al respecto, en el reciente Oficio N° 129-2019 de 24 de junio de 2019, la Corte Suprema, informando el proyecto señaló que “Asimismo, el proyecto permite que dos personas, sin distinción de sexo, orientación sexual o identidad de género, puedan solicitar la adopción de un NNA, según se desprende de los artículos 1°, 5°, 28 y 35, lo que constituye un avance hacia la plena igualdad ante la ley y dignidad de todas las personas”²⁶.

Este proyecto presenta las mismas dificultades respecto de los conceptos analizados en este informe (“padres”, padre y madre”, etc.).

3. Boletín N° 11.100-11

El proyecto de ley que “Modifica la ley N°20.418, que Fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad, para incorporar en ella información sobre tratamientos de infertilidad y fertilización asistida” (Boletín N° 11.100-11), iniciado por moción en la Cámara de Diputados con fecha 19 de enero de 2017 y que se encuentra en primer trámite constitucional; da cuenta de la baja en la tasa de natalidad en el mundo y en el país. Asimismo, destaca que en materia de fertilidad en Chile la legislación se enfoca en el aspecto del control de la natalidad –principalmente en la Ley N° 20.418, sin dar importancia al tema de los trastornos de fertilidad, lo cual el proyecto pretende remediar.

²⁶ Chile. Corte Suprema (2019). *Oficio N°129-2019. Informe Proyecto de Ley N° 20-2019. Antecedente: boletín N° 9.119-18*. Recuperado en: <https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=25623&prmTIPO=OFICIOPLEY>.



Por lo anterior, se propone modificar la Ley N° 20.418, con el fin de consagrar en forma expresa el derecho a acceder y elegir los tratamientos de fertilización asistida que ayuden a propender al desarrollo de la familia.

En el proyecto no existe referencia expresa a la posibilidad de que la regulación sea aplicable a parejas del mismo sexo ni contiene reglas sobre filiación.

4. Boletín N° 11.576-11

El proyecto de ley que “Regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida” (Boletín N° 11.576-11), iniciado por moción en la Cámara de Diputados con fecha 10 de enero de 2018 y que se encuentra en primer trámite constitucional, señala que, en atención a que el país presenta una baja constante en los índices de natalidad, a la necesidad de reconocer la existencia de diversidad sexual, a los problemas relacionados con la sexualidad y la reproducción, a la existencia de la técnica de reproducción consistente en la gestación subrogada, resulta necesario otorgar un marco jurídico que ampare la realidad social actual, mediante la regulación de la filiación de los niños y niñas gestados a través de dicha técnica.

Para tales efectos, se propone la creación de una nueva ley que regule la gestación subrogada, entre cuyas materias centrales se encuentran los derechos y deberes de los progenitores y de la gestante, las normas relativas a la filiación del niño o niña y los requisitos que se deben cumplir para acceder a la aplicación de la técnica.

En específico, el proyecto prohíbe la discriminación de quienes pretendan someterse a procedimientos de reproducción humana asistida “ni siquiera en razón de su orientación sexual o género, ni su condición de matrimonio o de unión civil”²⁷. Con todo, en el caso de las parejas necesariamente deberán encontrarse unidas por matrimonio o haber celebrado un acuerdo de unión civil.

5. Boletín N° 12.106-07

El proyecto de ley que “Modifica el Código Civil para determinar la identidad de niños y niñas nacidos en gestación subrogada” (Boletín N° 12.106-07), iniciado por moción en el Senado con fecha 12 de septiembre de 2018 y

²⁷ Chile. Cámara de Diputados (2018). *Boletín N° 11.576-11*. p. 10. Recuperado de: <https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=11887&prmTIPO=INICIATIVA>



que se encuentra en primer trámite constitucional, señala que la técnica de fertilización in vitro con transferencia embrionaria en una tercera persona es una realidad en el país.

Asimismo, indica que existen problemas relacionados con la filiación de los niños y niñas nacidos gracias a dicha técnica, principalmente debido a la existencia de la regla según la cual, la maternidad queda determinada legalmente por el parto. Frente a lo anterior, las parejas que se someten a la técnica ya indicada deben impugnar dicha maternidad de la mujer gestora subrogante, lo cual ha generado un tratamiento judicial discriminatorio por la falta de legislación expresa que regule la materia, ya que en algunas ocasiones los tribunales declaran inadmisibles las demandas.

A lo anterior, se une la necesidad de proteger el derecho a la identidad del niño o niña, quienes “por nacer de un vientre subrogado quedarían sometidos a una filiación legal que no corresponde a su filiación biológica-genética, afectiva, ni social”²⁸ y el derecho a la vida familiar y a preservar sus relaciones familiares.

De acuerdo con estas ideas, el proyecto modifica el Código Civil, con el fin de crear reglas de filiación respecto del niño o niña gestado mediante técnica de fertilización in vitro con transferencia embrionaria en una tercera persona. El proyecto contempla tres hipótesis: (i) el material genético corresponde a la pareja que se sometió a la técnica de reproducción asistida; (ii) el material genético corresponde a uno de los miembros de dicha pareja; (iii) el material genético corresponde a terceros. Asimismo, el proyecto regula los documentos mediante los cuales se deberá acreditar la filiación en cada una de las hipótesis. Por último, el proyecto regula la situación de la gestora subrogante quien, en síntesis, no tendrá derecho alguno de filiación con el niño o niña, alterándose para tal efecto la presunción de maternidad actualmente vigente, y tiene derecho al reembolso de los gastos en que incurra producto del embarazo.

Del proyecto en comento, no resulta claro si esta norma podría ser aplicada a parejas del mismo sexo. La respuesta dependerá de la interpretación que se le dé a la expresión “inviabilidad biológica”, la cual debe

²⁸ Chile. Senado (2018). *Boletín N° 12.106-07*. p. 3. Recuperado de: <https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=12418&prmTIPO=INICIATIVA>.



ser acreditada por un médico para efectos de poder determinar la filiación en las hipótesis en que parte o todo el material genético utilizado es de un tercero.

Décimo sexto. Observaciones y comentarios finales.

Tal como se ha indicado precedentemente, la finalidad del proyecto de ley es regular los derechos de filiación de los hijos/as nacidos con apoyo de técnicas de fertilización asistida respecto de la pareja de madres que se sometieron conjuntamente a dicho procedimiento, y no únicamente los de la madre. Adicionalmente, incorpora, en lo que importa fundamentalmente a este informe una acción de tutela de derechos especial.

Sin perjuicio del propósito del proyecto de ley, no es menos cierto que podemos concluir lo siguiente, conforme a lo ya señalado precedentemente:

1° Como se puede apreciar, fuera de las diferencias meramente formales, tales como la fuente en que está cada una de ellas, ambas acciones tienen la misma fisonomía. Sin embargo, cabe hacer presente lo ya dicho sobre la ambigüedad del texto propuesto en relación al plazo u oportunidad para deducir la acción y al cumplimiento de los requisitos de la ley N° 18.120. Con todo, puede estimarse que hay diferencias en cuanto a la determinación de la Corte de Apelaciones a la que corresponde conocer por el elemento territorio; sin embargo, mediante el lugar de comisión del acto u omisión vulneratorio (el domicilio del prestador) o el lugar donde se producen sus efectos (el domicilio del afectado), se llega exactamente al mismo resultado.

2° Asimismo, también parece haber diferencia en cuanto al fundamento de la acción. Sin embargo, tal diferencia es simplemente ilusoria. Los actos de negación o condicionamiento del prestador, al acceso a las técnicas reproductivas, más allá del consentimiento informado, en especial, si se basan en la orientación sexual o falta de relación estable o de diagnóstico de infertilidad del paciente, no son más que una hipótesis de vulneración de la garantía prevista en el artículo 19 N° 2 de la Constitución, (en cuanto a las garantías cauteladas por el recurso de protección), esto es, la igualdad ante la ley, mediante distinciones arbitrarias o injustificadas.

3° Como se puede advertir, existe entre el fundamento de una y otra acción una relación de género (recurso de protección) / especie (acción propuesta). Y más aún, la regla del inciso 1° del artículo 11 ter propuesto por sí sola –no aquella que establece la acción– convierte en ilegales los



condicionamientos arbitrarios del prestador de salud. En efecto, dicha regla establece que:

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

4° Es importante hacer presente que este inciso 1° del artículo 11 ter está prohibiendo acciones –la negativa o los condicionamientos del prestador de salud que van más allá de requerir el consentimiento informado del paciente, en especial, si los condicionamientos se basan en la orientación sexual de la persona, la carencia de una pareja estable o de un diagnóstico de infertilidad– que son actos discriminatorios que establecen distinciones arbitrarias o injustificadas, afectándose por consiguiente la igualdad ante la ley, establecida en el artículo 19 N° 2 de la Constitución.

5° Lo anterior se traduce en que estas acciones del prestador, además de afectar una garantía constitucional enumerada en el artículo 20 de la Constitución, son ilegales por contravenir el artículo 11 ter inciso 1° propuesto, cumpliéndose el requisito para que el recurso de protección sea acogido. Esto significa que la sola regla del inciso 1° del artículo 11 se traducirá en que la acción de protección sea una carta de triunfo para el afectado, en contra de las acciones del prestador que dicho precepto prohíbe.

6° En consecuencia, la acción propuesta por el inciso 2° del artículo 11 ter, en la práctica, no aporta sustancialmente a la protección del derecho que tutela, pues reitera la misma fisonomía del recurso de protección, no diferenciándose de éste en ningún aspecto relevante, como son el tribunal competente, el legitimado activo, su fundamento, tramitación y finalidad.

7° Por otro lado, es necesario tener presente que actualmente existen múltiples proyectos de ley que vienen a regular materias similares a las que trata el proyecto de ley en comento, los cuales es necesario tener a la vista, toda vez que no existe una propuesta sistemática e integral al respecto.

8° Finalmente, es necesario tener presente que la modificación propuesta en este proyecto altera una serie de cuerpos legales, entre ellos la Constitución, los cuales será necesario modificar, de modo tal que esta



normativa no puede tratarse como un hecho aislado, sino en consonancia con el ordenamiento jurídico.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 18 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, se acuerda informar **en los términos precedentemente expuestos** el proyecto de ley que regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo. (Boletín N° 10.626-07).

Se previene que los ministros señores Künsemüller y Aránguiz comparten, en general, el minucioso informe presentado al Pleno, haciendo presente su oposición al proyecto de ley, en atención a que, tratándose de una materia esencialmente compleja y controvertida, ética y jurídicamente, requiere un tratamiento legal integrado de la totalidad de las normas involucradas – dispersas y fragmentadas – y una consideración de las diversas posiciones dogmáticas existentes, lo que no se advierte en la propuesta.

Se deja constancia que el presidente señor Brito y los ministros señora Sandoval, señor Fuentes, señoras Chevesich y Muñoz S. y señor González fueron de opinión de informar sólo lo consultado, al tenor de lo consignado en los fundamentos 6° a 8°.

El presidente señor Brito y las ministras señoras Chevesich y Muñoz S., en consecuencia, son de opinión de excluir lo contenido en los apartados Noveno a Décimo quinto del informe y, por lo tanto, no emitir tampoco las conclusiones de los numerales 7° y 8° expuestas en el motivo Décimo sexto.

El ministro suplente señor González tiene en consideración que la opinión expresada no involucra una aprobación implícita del derecho de fondo.

Ofíciase.

PL-30-2019”

Saluda atentamente a V.S.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa. En aquellos documentos en que se visualiza la hora, esta corresponde al horario establecido para Chile Continental.

