

Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señoras Allende y Muñoz y señores De Urresti, Harboe y Lagos, que regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo.

Antecedentes

La comaternidad de mujeres lesbianas y copaternidad de hombres homosexuales constituyen una realidad en Chile. Miles de parejas del mismo sexo conviven junto a sus hijos/as o comparten la crianza de los hijos/as de uno o de ambos/as miembros/as de la pareja, pero enfrentan una completa desprotección legal.

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

De allí la necesidad de contar con un estatuto jurídico para los hijos e hijas de parejas del mismo sexo que aborde sus derechos de filiación, en cumplimiento de los principios de igualdad y no discriminación, protección de las familias y los derechos de los niños y las niñas.

Al respecto cabe considerar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado -en la sentencia dictada en el caso *Atala Riffo e Hijas vs. Estado de Chile*- que si bien el interés superior del niño constituye un fin legítimo "la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona". Agrega la Corte que "El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos" (Párrafo 110)¹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, asimismo, determinó que para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño no son admisibles "presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño [ni] consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los

atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños" (Párrafo 111).

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

Asimismo, señala la Corte IDH que la prohibición de discriminación por orientación sexual es de tal carácter que una "eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio" (Párrafo 124). Ello por cuanto la determinación del interés superior del niño es un asunto concreto a determinar en cada caso, dado que "la determinación de un daño debe sustentarse en evidencia técnica y en dictámenes de expertos e investigadores en aras de establecer conclusiones que no resulten en decisiones discriminatorias" (Párrafo 124).

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

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

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

Por ello, el presente proyecto de ley busca regular, brindando reconocimiento y protección, 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 lo dio a luz.

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

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

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

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

El ordenamiento jurídico nacional entrega protección legal al hombre y a la mujer que se someten en conjunto a técnicas de reproducción humana asistida, pues la legislación chilena privilegia la voluntad de tener hijos y asumir su cuidado y crianza, por sobre la realidad genética. Expresamente se reconoce la filiación plena a quienes han elegido tener hijos con apoyo de la reproducción asistida, es decir, se reconoce a las familias así conformadas todos los derechos y obligaciones propios de las relaciones entre padres, madres y sus hijos/as, disponiendo el Art. 182 del Código Civil que "El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ella". Esta protección es a su vez reforzada por la vía de impedir "impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni podrá reclamarse una distinta" (Código Civil, Art. 182).

Sin embargo, este reconocimiento y protección legal se niega a las familias no conformadas por una pareja heterosexual, pues la norma se limita expresamente al "hombre y la mujer que se sometieron a ellas". Ello impone una discriminación a las parejas de mujeres lesbianas que deciden conformar una familia y tener hijos con

apoyo de estas técnicas, viéndose impedidas de brindar protección jurídica plena a sus hijos, quienes solo cuentan con el reconocimiento legal de una de sus madres.

De acuerdo a lo señalado, se requiere incorporar en la legislación chilena una norma que expresamente reconozca -en el Art. 182 del Código Civil- la comaternidad de aquellas parejas de mujeres que voluntariamente convienen en someterse a técnicas de reproducción humana asistida y ser madres. Asimismo, corresponde brindar protección al acceso de las mujeres a las citadas técnicas y evitar que los prestadores de salud puedan restringirlo discrecionalmente. Debe garantizarse este acceso reconociendo expresamente el derecho y una acción judicial que lo cautele.

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

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

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

III. Parejas de convivientes civiles que cuidan y crían conjuntamente

A partir de la dictación de la Ley N° 20.830 que crea el acuerdo de unión civil, se reconoce en el país un nuevo estatuto familiar que permite la protección jurídica a parejas de diferente y del mismo sexo que se unen. El carácter familiar de la unión civil se expresa -principalmente- en el reconocimiento del estado civil de convivientes civiles a los contrayentes, que es precisamente uno de los efectos propios de las relaciones familiares protegidas por el ordenamiento jurídico; el reconocimiento del parentesco por afinidad que existe entre convivientes civiles y los consanguíneos de la persona con quien se ha unido; su celebración ante el Servicio de Registro Civil e Identificación y el Registro Especial de Uniones Civiles que se encomienda a este organismo llevar; el reconocimiento de los mismos derechos

hereditarios que la legislación confiere a los cónyuges sobrevivientes; la extensión a los convivientes civiles del estatuto de bienes familiares regulado en el Código Civil; la competencia encomendada a los Tribunales de Familia; entre otros.

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

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

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

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

En virtud de lo anterior, venimos en presentar y proponer el siguiente:

Proyecto de Ley

Artículo Primero: Modifíquense los artículos 179°, 182°, 187°, 188° y agréguese un nuevo artículo 194 bis en el Código Civil, en los siguientes términos:

a) Modifíquese el artículo 179°:

i.- En el inciso primero, reemplácese la expresión "o" por una coma.

ii.- En el inciso primero, reemplácese el punto final por la frase "o de conformidad a lo establecido en el artículo 182".

b) Intercálase un nuevo inciso segundo en el art. 182°, pasando el actual inciso segundo a ser tercero:

"Tratándose de una pareja de mujeres, las madres del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son las mujeres que se sometieron a ellas"

c) Modifíquese el artículo 187°:

i.- En el inciso primero, reemplácese la expresión "o" por una coma y agréguese la frase "o ambas", después de la palabra "ambos".

ii.- En el número 1°, reemplácese la frase "de los padres" por "o del acuerdo de unión civil de los padres o madres".

d) Modifíquese el artículo 188°:

Intercálense las palabras "o ellas", entre las frases "cualquiera de ellos" y "al momento de practicarse"

Artículo Segundo: Modifíquese la Ley 20.584, en los siguientes términos:

Agréguese un nuevo Párrafo 4° bis, y los siguientes artículos 11 bis y 11 ter nuevos:

"Párrafo 4° bis. De la autonomía reproductiva

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

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

Tanto la persona afectada por alguna exigencia de las indicadas en el inciso precedente, como cualquiera en su nombre, podrá ocurrir ante la Corte de Apelaciones del domicilio de aquella o del prestador involucrado, para la adopción de las medidas que ésta estime necesarias para el restablecimiento del derecho regulado en este artículo. Esta acción se tramitará de acuerdo con las normas del recurso establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República"

Artículo Tercero: Modifíquense los artículos 11°, 20°, 21°, 22° y 30° de la Ley 19.620, en los siguientes términos:

a) En el artículo 11° inciso 1, intercálense las frases: "o convivientes civiles", entre las frases: "de los cónyuges" y "que lo quisieran adoptar"

b) En el artículo 20°, intercálense las siguientes frases en los incisos primero y cuarto:

En el primer inciso:

Intercálense las frases "y convivientes civiles", entre las palabras: "cónyuges" y "chilenos".

Luego, entre las palabras "matrimonio" y "que hayan sido evaluados", intercálense las frases: "o acuerdo de unión civil".

Luego, entre las palabras "Los cónyuges" y "deberán actuar", intercálense las frases:

"y convivientes civiles"

En el inciso cuarto:

Entre las palabras "del matrimonio" y "cuando uno a ambos cónyuges", la frase: "o acuerdo de unión civil"

Luego, entre las palabras "cónyuges" o "estén afectados", intercálese la frase: "o convivientes civiles".

c) En el artículo 21°:

En primer inciso, intercálese la frase: "ni convivientes civiles", entre las palabras "cónyuges" e "interesados"

d) En el artículo 22°:

En el primer inciso:

Entre las expresiones "viuda" seguida de una coma y "si en vida", intercálese la frase: "o al conviviente civil sobreviviente".

Luego entre las palabras: "cónyuge" y "se hubiere iniciado", intercálese la frase: "o convivientes civiles"

Luego, entre las palabras: "cónyuge" y "difunto", intercálese la frase: "o conviviente civil".

Luego, entre las palabras "cónyuges" y "desde la oportunidad", intercálese la frase: "o convivientes civiles".

En el inciso segundo:

Entre las palabras: "cónyuge" y "difunto", intercálese la frase: "o conviviente civil".

En el inciso tercero:

Entre las palabras: "Los cónyuges" y "que hubieren", intercálese la frase: "o convivientes civiles".

Luego, entre las palabras: "divorcio" o "si conviene", intercálese la frase: "o el término del acuerdo de unión civil en su caso".

e) En el artículo 30°:

Reemplácese la palabra "matrimonio" por la expresión "cónyuges o convivientes civiles".

¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012), Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C N° 239. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf (revisado por última vez 5 de abril de 2016).