



EN SUS TÉRMINOS ACTUALES, LA LEY 19.620  
SOBRE ADOPCIÓN DE MENORES ¿VULNERA EL  
PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN  
FRENTE A LAS PERSONAS HOMOSEXUALES?

TESINA DE DERECHO

Autores:  
Macarena Calderón Guíñez  
Nicolás Mayol Ortega

Profesor Guía:  
Marcela Aedo Rivera

Enero 2019

**Abstract:** Lo que se pretende hacer en este trabajo es demostrar que, en Chile, existe una discriminación hacia las parejas homosexuales en la actual ley de adopción de menores puesto que, no se les reconoce la posibilidad de adopción al no entenderse como una familia idónea aquella fundada por la unión de personas del mismo sexo. Para llevar a cabo esta tarea en primer lugar, se hace una referencia al principio de igualdad y no discriminación vulnerado por la ley, a continuación, analizaremos el principio de interés superior del niño y revisaremos algunas sentencias relacionadas, para finalmente agotar estos conceptos en los enunciados propios de la ley. El trabajo por último se cierra con la enunciación de opiniones de algunos expertos y autoridades que dan cuenta de la realidad actual chilena.

**Abstract:** The aim of this work is to demonstrate that, in Chile, there is discrimination against homosexual couples in the current law on the adoption of minors.

Same sex couples are not allowed to adopt because they are not considered to be a suitable family unit. In order to demonstrate this argument, references will be made to principles of equality and non-discrimination violated by the law. Later we will analyse the principle of the best interests of the child, review some related outcomes of previous court cases and exhaust these concepts in the statements of the law itself. Finally, we will review opinions of experts and authorities who show the current affairs in Chile.

Palabras clave: Adopción, igualdad, homosexualidad, familia, discriminación.

## ÍNDICE

INTRODUCCCIÓN...	3
------------------	---

### CAPÍTULO I: PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

a) Importancia del concepto...	5
b) Normativa Nacional e Internacional...	8
c) Jurisprudencia .....	12
c.1) Atala Riffo y niñas v/s Chile .....	12
c.2) Sentencia en el asunto de E.B con Francia (43546/02)...	14
c.3) Caso Duque v/s Colombia .....	15
c.4) Caso Flor Freire v/s Ecuador .....	16
d) Conclusiones .....	17

### CAPÍTULO II: CONCEPTO DE FAMILIA

a) Dificultad del Concepto .....	19
b) Familia y matrimonio .....	21
c) Normativa Internacional y Nacional .....	26
d) Jurisprudencia .....	28
d.1) Difusión cuento “Nicolás tiene dos papás” .....	28
d.2) Violencia Intrafamiliar en pareja del mismo sexo .....	30
e) Conclusiones .....	30

### CAPÍTULO III: INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

a) Breve explicación .....	32
b) Orígenes del interés superior del menor .....	33
c) Concepto del interés superior del menor .....	37
d) Ámbito normativo .....	40
e) Jurisprudencia .....	43
e.1) Caso de las niñas Yean y Bosico v/s República Dominicana .....	43

e.2) Caso Bulacio Vs. Argentina .....	45
e.3) Corte Suprema otorga el cuidado personal de mellizos a su padre pese a homofóbico rechazo de la madre .....	46
f) Conclusiones .....	48

#### CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE LA LEY 19.620 SOBRE ADOPCIÓN DE MENORES

a) Nociones preliminares .....	49
b) Análisis de la ley .....	53

#### CAPÍTULO V: ENTREVISTA Y OPINIONES DE AUTORIDADES

a) Entrevista a jueza del Tribunal de Familia de Valparaíso...	55
b) Opiniones de autoridades...	58

#### CAPÍTULO VI: CONCLUSIÓN

Conclusión final .....	60
------------------------	----

BIBLIOGRAFÍA .....	61
--------------------	----

#### INTRODUCCIÓN

A largo de la historia no ha habido uniformidad para entender la adopción como medida de protección, es más, en sus orígenes se atendía a la figura de los adoptantes y a la posibilidad que ellos tenían para continuar con su descendencia. Sin embargo, con el pasar de los años y con el asentamiento de los Derechos Humanos, la doctrina, jurisprudencia, y las instituciones han concluido que la adopción es una forma de protección que se aplica en pos del menor y su derecho fundamental a tener una familia que procure su desarrollo personal y su protección. Bajo esta premisa, podemos avanzar desde una mirada general de la adopción a una discusión aún más sensible, la adopción homoparental.

La adopción homoparental es una materia extremadamente debatida a nivel nacional y sigue siendo hasta el día de hoy un tema que inspira y divide el voto de muchos sectores de nuestra sociedad a

la hora de elegir a nuestros representantes, con voces a favor y otras en contra en cuanto a la efectiva protección que personas homosexuales le puedan brindar a un menor.

En Chile, en la actualidad, no está permitida la adopción a parejas del mismo sexo y así ha sido siempre el tratamiento de la ley chilena hacia las personas homosexuales en materia de adopción. La ley 5.343 fue la primera ley de adopción en Chile, esta ley establecía que sólo procedía cuando ofreciera ventajas para el adoptado y señalaba expresamente que la adopción no constituye estado civil. La ley 7.613 aporta la obligación del juez de oír a los ascendientes y descendientes legítimos del adoptado y a los ascendientes legítimos del adoptante, pero su gran deficiencia es que no crea parentesco entre adoptante y adoptado. La ley 16.346 exige como requisito de fondo la existencia de un vínculo matrimonial y entre sus efectos lo principal es que confería al adoptado la calidad de hijo legítimo de los adoptantes. Y por último la ley 18.703 tiene entre sus disposiciones la distinción entre dos clases de adopción, la simple y la plena.

Toda nuestra historia normativa en materia de adopción ha obviado la posibilidad de que personas homosexuales y parejas del mismo sexo puedan adoptar, y seguirá así, porque en la última indicación sustitutiva que se le hizo al actual proyecto sobre adopción se enfatiza que lo mejor para un menor es la existencia de un ambiente familiar donde “se pueda ejercer adecuadamente el rol de padre y madre”.

La actual ley de adopción (ley n° 19.620) contiene un orden de prelación en los artículos 20 y 21 en cuanto a quienes se le puede otorgar la posibilidad de ser adoptantes, priorizando en primer lugar a los cónyuges chilenos o extranjeros con residencia permanente en el país, luego a los cónyuges chilenos o extranjeros residentes fuera de Chile y por último a las personas solteras, divorciadas o viudas, con residencia permanente en Chile, descartando esta posibilidad a que personas y parejas del mismo sexo, ya sea homosexuales o lesbianas, puedan constituir una familia.

Ese orden en las preferencias explica que el número de solteros y solteras que adoptan sea bajo. En 2016 (última cifra disponible), del total de adopciones (473), 451 fueron para casados (95%), 15 para solteros (3,1%), tres para divorciados (0,6%) y cuatro para viudos (0,8%). En el caso de los solteros y solteras, 14 fueron para mujeres y solo una para un hombre. La preferencia a los cónyuges se debe a que existe la concepción de que la familia tiene que estar formada por una pareja heterosexual.

La consideración de la adopción homoparental en nuestro país envuelve temas tan sensibles y relevantes como la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación, pero también involucra tratar el concepto de familia y el interés superior del niño. Todos estos contenidos serán abordados a lo largo de este trabajo de manera de poder concluir si en nuestra actual legislación se vulnera la igualdad ante la ley a personas homosexuales por el hecho de estar excluidos de adoptar.

La importancia de hablar sobre igualdad y no discriminación en materia de adopción es que no se trata aquí sólo de la adopción de niños y niñas, se trata de la consideración del otro y su legitimación, de suspender la desconfianza, de dignidad.

## CAPÍTULO I: PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

### **a) Importancia del concepto**

Igualdad es una de las grandes palabras de la filosofía y por tanto su significado es de una considerable amplitud. Aristóteles, por ejemplo, sostenía que los hombres no son naturalmente iguales, pues unos nacen para ser esclavos y otros para dominar (siglo IV a.c: p.162).

Cuando hablamos de igualdad entonces, es difícil vislumbrar inmediatamente un hilo conductor por medio del cual podamos acotar y determinar el concepto de una manera más precisa, puesto que, cuando utilizamos la palabra igualdad, es necesario señalar en qué sentido la estamos utilizando.

Pero, como nuestra materia es el Derecho, nos enfocamos en la protección de la persona en el ordenamiento jurídico, por lo tanto, la amplitud antes señalada se circunscribe a las personas y al derecho que éstas producen y por el que acuerdan regir su comportamiento considerando sus derechos y deberes.

El principio de igualdad y no discriminación tiene su base en la prohibición de exclusión de cualquiera persona de la especie en razón de alguna condición, como raza, etnia, orientación sexual u opinión.

Antonio Augusto Cancado Trindade nos dice que hay que tener en mente que la idea de la igualdad humana ya estaba presente en los primordios del derecho de gentes, bien antes de encontrar expresión en los instrumentos internacionales que conforman su *corpus iuris gentium*, tal como lo conocemos en nuestros tiempos. Así, la idea de la igualdad humana era subyacente a la concepción

de la unidad del género humano. El principio fundamental de la igualdad y no-discriminación es uno de los pilares básicos del *corpus juris* de la protección internacional de los Derechos Humanos. El referido principio fue captado por conciencia humana a lo largo de la historia, particularmente en desarrollos durante los siglos XVIII, XIX y XX, proyectados hacia el presente.

En efecto, el derecho de gentes, y, más particularmente, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ha sido confrontado con distintas y sucesivas formas de discriminación, y la prohibición de esta última sigue teniendo vigencia en nuestros días. El combate a la discriminación parece, en última instancia, una labor o una lucha sin fin. La gradual consolidación, en las últimas décadas del siglo XX, de los sistemas de protección internacional de los Derechos Humanos, ha venido a reflejar la creciente concientización del principio- pilar básico de todos estos sistemas de protección, del respeto de la dignidad humana-, contribuyendo así para la prevalencia del principio de la igualdad y la no- discriminación (2013: p.39-40).

Según Nicolás Espejo existen dos dimensiones amplias y más claras de igualdad, por un lado, la igualdad de la ciudadanía democrática y, por otro, la igualdad de condición o de expectativas de vida. La primera referida entonces a la igualdad de condiciones, a la no discriminación, a la igualdad ante la ley (no estamos diciendo que son sinónimos, sino que están dentro de esta dimensión), en palabras de Nicolás Espejo a la no controversial idea de que a cada miembro de la sociedad le debe ser asegurado, de modo igualitario, un cierto catálogo de derechos básicos con el objeto de que - junto con desarrollar su respectivo proyecto de vida-pueda hacer ejercicio de su condición de agente democrático (2000: p. 67).

En cuanto a la primera dimensión, a nivel global, la mayoría de las sociedades y Estados está de acuerdo en reconocerla, ya sea como atributo de la ciudadanía o como aquello intrínseco a la persona humana , en España, por ejemplo, la Constitución sólo reconoce la igualdad ante la ley para los ciudadanos españoles y se ha extendido a todas las personas solo por vías jurisprudenciales, a diferencia de Chile, donde la Constitución Política de la República en su artículo 1 inciso primero señala “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.”

Sin embargo, no desconocemos que, en el caso de la Unión Europea, el Derecho Comunitario tiene una importancia vinculante en el ordenamiento jurídico de los Estados que la componen. En este ámbito encontramos que existen varios instrumentos y tratados que hacen referencia al principio de no discriminación, fundamentalmente por razones de sexo y nacionalidad, no así sobre la igualdad ante la ley, incluso ni siquiera el Convenio Europeo de Derechos Humanos ha incluido

en su articulado el derecho de igualdad ante la ley, limitándose a establecer un principio de no discriminación en el disfrute de los derechos reconocidos por el mismo texto. Ha sido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas la encargada de ir elaborando este principio. Lo que nos da a entender la importancia que se le atribuye a la no discriminación, ya sea por la ley, por alguna autoridad o por cualquier particular. (Monereo, 2012: p. 18).

Es este, el primer sentido de la palabra igualdad a que hace referencia Espejo, el que utilizamos para efectos de nuestro análisis, la igualdad formal, de acuerdo a la cual cada persona goza de ciertos derechos básicos, reconocidos como inherentes a su persona y que mientras no exista una justificación objetiva y razonable, no está permitido hacer una diferencia al momento en que cada individuo haga ejercicio de sus derechos. Para cumplir con la hipótesis de igualdad que estamos analizando es que surge el concepto de no discriminación, este concepto que aparece como una garantía del principio de igualdad y no como un principio separado de este. Se entiende que el principio de igualdad tiene una dimensión negativa que consiste en eliminar todo tipo de discriminación arbitraria, es decir, suprimir todo tipo de distinciones que sean carentes de razón o capricho.

El principio antidiscriminación es un principio que se ha desarrollado a medida que se ha hecho presente en los distintos Tratados Internacionales, textos explicativos de estos y en las Constituciones. Es un derecho que se invoca en virtud de cómo está enunciado cada tratado y respecto de que otros derechos fundamentales se ha puesto a proteger, es decir, no es un principio que vaya por sí solo. Es por ello, que es merecedor el análisis de los casos que se han presentado en este tema y cuáles han sido los argumentos y razonamientos que ha tenido la jurisprudencia para resolverlos e invocarlo.

Emanuela Navarretta es clara en esto al señalar que de las áreas que tensionan la igualdad la más difícil de reconducir es la relativa a la prohibición de no discriminación en cuanto hace entrar en el ámbito de un valor fundamental del sistema; a saber: la dignidad humana (2014: p. 135).

La igualdad implica el reconocimiento de la misma dignidad y derechos a todos los seres humanos, la igualdad ante la ley, la prohibición de discriminación, todo lo cual exige que exista una coherencia interna de todo ordenamiento jurídico, que respete así este principio. Deberíamos recordar que la democracia mucho más que un conjunto de reglas y procedimientos es una filosofía, una religión, un modo de vida, un estilo de relaciones humanas (Burdeau, 1985: p. 514). Como régimen está

atravesada por una ética que se fundamenta en el respeto a la dignidad humana y a los derechos que de ella derivan. Esta ética es la que permite conjugar libertad, igualdad y pluralismo, al tiempo que ofrece a los instrumentos que nos ayudan a resolver de manera pacífica los inevitables conflictos que generan esos valores fundamentales. (Innerarity, 2009: p. 159). Como dijo Benhabib “el mismo demos debe no como algo armonioso, sino más bien como un proceso plagado de luchas más o menos conscientes de inclusión y exclusión. (2005: p. 153).

El reto democrático se haya en la transformación de dichos conflictos en oportunidades para avanzar en el pleno disfrute de los derechos y en la consecución de un orden social justo. Este reto permanente, hace que, de acuerdo con Pasquino podamos considerar a la democracia como el más exigente de los regímenes políticos, en cuanto es un proceso permanentemente abierto, flexible, que debe ir dando respuestas a las exigencias que plantea la dignidad. (2000: p. 67). Es por ello que no tiene sentido contemplar los principios básicos del constitucionalismo como categorías formales y estáticas, sino que más bien deberíamos asumirlas, como procesos, como causas como herramientas lo suficientemente dúctiles como para permitir su adaptación a la cambiante realidad (2010: p. 23).

## **b) Normativa Internacional y Nacional**

El principio de igualdad y no discriminación tiene una historia en el marco internacional, con una constante evolución, por lo que encontramos un concepto contemporáneo de este principio en las últimas declaraciones de las Cortes y Organismos Internacionales, en especial respecto de cuáles son las categorías por las que en virtud de este principio no se pueden hacer diferencia de tratos, y en donde en las últimas décadas ha sido mencionada la orientación sexual como categoría protegida. Ha sido en su mayoría la jurisprudencia internacional la que ha ido puliendo este principio de acuerdo a los casos que se han visto, producto de la evolución social y moral ya observable e innegable en todos lados del mundo.

Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han señalado que los tratados de Derechos Humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Así lo señaló la CIDH en el Caso de los Hermanos Gómez Paqui Yauri Vs Perú. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No 110, párr. 165.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pronunciándose sobre la igualdad, ha considerado, en el numeral 45:

“La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.”

Encontramos referencia a este principio en los más importantes instrumentos internacionales sobre Derechos Fundamentales como la Declaración de Derechos Humanos (artículo 2), en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículo 26), en la Carta de Derechos Humanos de la Unión Europea (artículo 14), en la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros. En esta última como uno de sus principios fundamentales:

Artículo 1: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Los Estados parte de la convención no sólo deben respetar el mencionado derecho, sino que además deben tomar las medidas necesarias para promoverlo y garantizarlo, de tal suerte que los grupos poblacionales en situación de vulnerabilidad sean acogidos por la acción del Estado y sean sujetos de medidas que propendan por una verdadera igualdad.”

Así mismo, en el marco Latinoamericano la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, de la que Chile forma parte, hace referencia casi exclusiva a este principio. Es aquí, específicamente en el artículo 1.1, donde podemos encontrar una definición de discriminación:

Artículo 1.1: “Discriminación es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes.

La discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra.”

En este orden de ideas el Artículo 1.1 de la Convención Americana, como una norma de carácter general, cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, consagra la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Relacionado con el artículo 24 de la Convención Americana que establece: “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

Un aspecto importante a tener en consideración frente a las normas expuestas es el hecho de que si bien la idea central es que todos somos iguales ante la ley, un trato distinto no necesariamente vulnera este principio ya que pueden concurrir situaciones que justifiquen objetiva y razonablemente el hecho de hacer diferencias entre los distintos sujetos de derecho. En Opinión Consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984, sobre la “Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica”, relacionada con la naturalización solicitada por el Gobierno de Costa Rica, párr. 56, 57 y 58, El Honorable Tribunal interamericano aduce:

“Sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Ya la Corte Europea de Derechos Humanos basándose “en los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos” definió que sólo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable”

Existen, en efecto, ciertas desigualdades que legítimamente pueden traducirse en diferencias de trato justificadas razonable y objetivamente, cuando la diferencia persiga objetivos admisibles, legítimos y se funde en una diferencia relevante y esa diferencia de trato sea un medio adecuado y proporcionado para alcanzar ese propósito legítimo. Nos referimos en este caso al principio de proporcionalidad, en virtud del cual se pondera en un sentido estricto la distinción que se hace con el fin o interés superior que se pretende en cuanto a los principios internacionales y constitucionales de un determinado Estado.

Carlos Bernal Pulido apunta a esto último, nos dice que los principios se aplican mediante la ponderación. Por este motivo, la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica, en especial, para la aplicación jurídica de los derechos fundamentales (2010: p. 38).

Josefa Fernández Nieto recalca que el principio de proporcionalidad en los derechos fundamentales constituye un elemento medular del Estado de Derecho que coimplica su salvaguarda, tanto respecto del ejecutivo como del propio legislador. Los órganos jurisdiccionales, ordinarios y constitucionales, se han visto investidos de una principal misión: respetar y hacer respetar la verdad de la Norma Fundamental, potenciando, pues, el ejercicio y desarrollo de los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad encuentra su razón de ser en el hecho indudable de que el Estado está obligado y limitado frente a estos derechos (2008: p. 285)

En nuestro país por ejemplo sobre el principio de proporcionalidad el Tribunal Constitucional Chileno se ha remitido a los tres principios que formula originalmente el Tribunal Constitucional Alemán (i) el subprincipio de idoneidad o adecuación, en virtud del cual las medidas estatales han de ser idóneas para el logro de los fines que se persiguen, es decir, debe existir consistencia entre los medios empleados y los objetivos que se pretende satisfacer (ii) el subprincipio de necesidad que se supone la valoración de alternativas de política pública, de manera que la escogida por el legislador sea la que menos afecte a otros derechos fundamentales o bienes jurídicos- constitucionales, en otras palabras, que no exista otra forma de conseguir esa finalidad que implique una limitación menor de los derechos fundamentales que se juzga (iii) el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, que exige un balance entre los efectos que la medida genera en los derechos e intereses de las personas, y los beneficios sociales que se obtiene, es, decir, los medios utilizados no han de ser desproporcionados al fin que se persigue. (Szmulewicz: p. 445)

En Chile la igualdad también goza de mucha relevancia y se considera un principio básico del ordenamiento jurídico. No parece difícil coincidir en que el principio de igualdad constituye uno de los pilares fundamentales de la organización política y jurídica de los Estados contemporáneos. Los hombres son iguales en cuanto comparten una común humanidad, de ahí que cada uno debe tener igual consideración y respeto.

La Constitución Política de la República chilena como también las constituciones de otros países, establecen una serie de principios que rigen la institucionalidad; dentro de estos principios se encuentra el de la Igualdad.

La Constitución Política de la República señala que “*Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”, principio reconocido en diferentes artículos y además expresamente en el catálogo de derechos que consagra el artículo 19 de la Constitución, donde en su número 2 se señala:

*La Constitución asegura a todas las personas: 2.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.*

Comparado con el artículo 1 de la Constitución de España Juana María Serrano García también destaca la importancia de la igualdad formulando que la Constitución Española propugna como valor superior el de la igualdad que ha permitido reconocer en nuestro ordenamiento un derecho fundamental a la no discriminación (2007: p.9)

## **c) Jurisprudencia**

### **c.1) Caso Atala Riffo y niñas v/s Chile**

Uno de los casos emblemáticos que ha tratado el tema sobre vulneración del principio de igualdad y no discriminación sobre personas homosexuales a nivel Latinoamericano, ha sido el de Atala Riffo y niñas V/S Chile del año 2012.

Esta causa llega a la Corte Interamericana de Derechos Humanos luego de que la Corte Suprema acoge un recurso de queja otorgando la custodia de las tres hijas de la jueza al padre en base a la homosexualidad de la madre. La CIDH resolvió que efectivamente se vulneró el principio de igualdad y no discriminación con relación a un sin número de Derechos Fundamentales, tales como el derecho a la igualdad ante la ley, a la privacidad y a la familia por haber hecho una

diferencia de trato basada en su orientación sexual y donde en ningún caso satisfacían el juicio estricto de proporcionalidad.

Los argumentos por parte del Estado de Chile fueron principalmente que la distinción se ejercía en amparo del interés superior de las menores y que, además, no se habían agotado las vías jurisprudenciales en Chile puesto que la Jueza Atala aún podía ejercer una nueva petición de custodia. La defensa sobre el interés superior del niño se desglosa resumidamente en cuatro argumentos: (1) El hecho de que la jueza al ejercer su orientación sexual ha antepuesto sus propios intereses postergando el de sus hijos, (2) La eventual confusión de roles sexuales que puede producirle a las niñas el que no haya presencia de un padre y que en su reemplazo haya una persona de género femenino, (3) el potencial aislamiento y discriminación a que se verían expuestas las menores por la excepcionalidad de su familia respecto del entorno, como vecinos y colegio, (4) y finalmente la vulneración del derecho preferente de las menores a una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional.

A lo anterior, la CIDH responde desestimando estos argumentos puesto que, en primer lugar, el derecho de igualdad protege también el ejercicio de la homosexualidad como parte de la identidad de cada persona, y sería además atentatorio hacia el género femenino puesto que se infiere la aplicación de una concepción social en que la mujer debe priorizar la crianza renunciando a aspectos de su propia identidad. En segundo lugar, sobre la confusión de roles sexuales, la Corte señaló que este argumento debe ser probado empíricamente, puesto que, si no, se cae meramente en estereotipos. En cuanto al tercer argumento de la parte demandada, la CIDH señala que validar el potencial aislamiento implica justamente ratificar tal conducta escondiéndose bajo el argumento del interés superior del niño, cuando es precisamente el rol de los Estados “ayudar al avance social”. Finalmente, la Corte Internacional señala que la Convención Americana de Derechos Humanos no señala, define ni defiende un concepto cerrado ni tradicional de familia a la que alude el Tribunal Supremo Chileno.

Uno de los aportes más importantes de la sentencia de la CIDH es la inclusión de la orientación sexual como categoría sospechosa, incluyéndose dentro de lo que el texto de la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 1.1 señala como “otra condición social”. De tal manera que a la hora de que alguna autoridad o particular haga una diferencia de tratos respecto de un grupo, se reemplaza el juicio mínimo de legitimidad por el juicio estricto de legalidad, de modo que se exige una argumentación más exhaustiva y una revisión más rigurosa de parte del

Tribunal Constitucional, puesto que el legislador está bajo sospecha y en consecuencia no existe la presunción de constitucionalidad. Lamentablemente en el ámbito chileno, esto se vuelve un poco más complejo, ya que la Constitución chilena no establece un listado de categorías sospechosas como otras Constituciones extranjeras, podríamos decir que únicamente el artículo 19 n°2 establece la diferenciación por sexo al aducir “hombres y mujeres son iguales ante la ley”. No así la Constitución Española, para vislumbrar la diferencia, que en su artículo 14 señala: Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

### **c.2) Sentencia en el asunto de E.B con Francia (43546/02):**

En octubre de 1991 el actor comienza un procedimiento de adopción. El departamento de la infancia de servicios sociales de París abre una “investigación social” o expediente. El 18 de diciembre del mismo año se le realiza una entrevista inicial ante un psicólogo en la que revela su homosexualidad. Se le invita a no proseguir con el proceso. El 3 de mayo de 1993, se le niega al solicitante el “certificado de aptitud” de la dirección de servicios sociales. La resolución se basa en la “falta de referencia materna”.

El código civil francés establece los requisitos del adoptante.

Artículo 343: La adopción podrá solicitarse por cónyuges no separados, casados por más de dos años y con edades no superiores a 28 años.

El código de asistencia familiar y social regula las condiciones de su adopción el procedimiento de certificación se describe como sigue: artículo 100-3: “aquellos que deseen acoger niños extranjeros para la adopción, deben pedir el “certificado de aptitud” previsto en el artículo 63 de este código”-

Decreto 85-938 de 23 de agosto de 1985, que se establece lo referente a la certificación de las personas que desean adoptar, conforme a las disposiciones siguientes:

Artículo 4: Para la solicitud el jefe de departamento de ayuda social a los niños realizara todas las investigaciones para determinar las condiciones de recepción que el solicitante puede ofrecer a los niños en la familia, con la asistencia de psicólogos y planes educativos(...)

Artículo 9: “Cualquier significación negativa deberá ser motivada en las condiciones previstas en el artículo 3 de la ley 11 de 1979. “Puede estar motivada por la mera constatación de edad o estado civil del solicitante o la presencia de niños en su casa”.

Artículo 11: La decisión del jefe de departamento de ayuda social a los niños es válida por tres años.

La Corte declara admisible el caso por unanimidad.

### **c.3) Caso Duque v/s Colombia**

Caso Duque v/s Colombia, a quien se le privó de la posibilidad de gozar de una pensión de sobrevivencia tras la muerte de su pareja (JOJG), por ser esta relación, homosexual.

El señor Ángel Alberto Duque y JOJG convivieron como pareja durante diez años y tres meses, hasta la fecha en la que JOJG falleció como consecuencia del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida. En 1997, el señor Duque es diagnosticado con infección por VIH C3 y a partir de allí, comenzó su tratamiento antirretroviral. JOJG prestaba al señor Duque el apoyo necesario para sus gastos personales y para sufragar la atención en salud requerida, en base a su condición de persona que vive con VIH.

Ante el fallecimiento de JOJG, el señor Duque solicitó a La Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías (COLEFONDOS) que le indicara los requisitos que debía gestionar para solicitar la pensión de sobrevivencia de su compañero y pareja, quien era afiliado, a lo que COLFONDOS contestó que no acredita la calidad de beneficiario frente a la ley para poder acceder a la pensión de sobrevivencia y, en consecuencia, no podía llevar a cabo el trámite solicitado.

En sentencia del 26 de febrero de 2016 la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló en los párrafos 104 y 105, página 31 respectivamente lo siguiente:

“Esta Corte ya ha establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello, está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades

estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.”

“En ese sentido, el instrumento interamericano proscribire la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención. Lo anterior sería contrario a lo establecido en el artículo 1.1. de la Convención Americana”.

#### **c.4) Caso Flor Freire v/s Ecuador**

El caso versa sobre las responsabilidades del Estado respecto del Señor Freire, el cual fue dado de baja de la institución (Base Terrestre Ecuatoriana) por motivo de su orientación sexual, puesto que, dentro del reglamento de disciplina militar, se establece la prohibición de las relaciones sexuales ilegítimas y además, de forma separada, las relaciones homosexuales, encontrándose una sanción menos lesiva a las primeras conductas y correspondiendo a la baja en el caso de comisión de las segundas, conducta de la que fue acusado el actor.

Se llevó a cabo un sumario producto del cual el Juzgado de Derecho de la Cuarta Zona Militar determinó que, tras haberse “investigado los actos de homosexualidad cometidos”, se demostró su comisión con base en la prueba testimonial aportada, por lo cual el señor Flor Freire había incurrido en la infracción prevista en el artículo 117 del Reglamento de Disciplina Militar (supra párr. 60). El Juzgado sostuvo que dicha norma no era incompatible con la Constitución Política del Ecuador debido al “carácter especial” de la legislación militar.

La Comisión Americana de Derechos Humanos en su alegato ante la Corte determinó que existía una discriminación por orientación sexual, y que, por lo tanto, aunque consideró que la norma, bajo la cual fue sancionado el señor Flor Freire, tenía un fin legítimo, como es “establecer un régimen disciplinario en las fuerzas armadas que evite la comisión de actos que atenten contra los valores de la institución, tales como los actos sexuales”. Respecto a la idoneidad, señaló que “el criterio utilizado por las autoridades militares estuvo basado en una aparente incompatibilidad entre la homosexualidad con el régimen de disciplina militar y la institución militar en sí misma, sin esgrimir razones razonables y objetivas para justificar tal distinción”. Por ello determinó que la medida no era idónea. Llamó la atención sobre la afirmación del Juzgado de Derecho, según la cual sostenía que “si bien la Constitución entonces vigente reconocía el derecho a tomar decisiones

libres sobre la vida sexual, la norma del Reglamento de Disciplina Militar que sanciona ‘los actos de homosexualismo’ se justificaba por el ‘carácter especial’ de la legislación militar y de la institución, la cual debía mantener y cultivar valores como el honor, la dignidad, la disciplina y el culto al civismo”. Con vistas a esta afirmación, la Comisión subrayó que “considerar que una orientación sexual homosexual es per se contraria a dichos fines, constituye más bien un reflejo de los estereotipos discriminatorios e infundados históricamente asignados a este grupo social”.

La corte es los párrafos 118 y 119, página 37 de la Sentencia analizada señaló:

“118. La Corte Interamericana ya ha establecido que la orientación sexual de las personas es una categoría protegida por la Convención. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, sea ésta real o percibida, pues ello sería contrario a lo establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana.

119. Adicionalmente, este Tribunal ha establecido que el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de homosexual en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas. En este sentido, los actos sexuales son una manera de expresar la orientación sexual de la persona, por lo que se encuentran protegidos dentro del mismo derecho a la no discriminación por orientación sexual” Y página 39 párrafo 125:

Asimismo, este Tribunal ha establecido que tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva (189 Cfr. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador, supra, párr. 257, y Caso Duque Vs. Colombia, supra, párr. 106). En efecto, es el Estado quien tiene la carga de la prueba para mostrar que la diferencia de trato entre los actos sexuales homosexuales y los llamados “actos sexuales ilegítimos” se encuentra justificado, sin fundamentar su decisión en estereotipos”. (Cfr. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, supra, párr. 125.).

#### **a.4) CONCLUSIONES**

La Igualdad no significa que todos los seres humanos debemos ser iguales, sino todo lo contrario, la igualdad presupone que las diferencias son algo intrínseco a las personas, y éstas, por las características que les distinguen, no deben ser privadas de estos derechos. Por este motivo, La igualdad es uno de los valores fundamentales que han configurado los sistemas políticos actuales a partir de una igualdad jurídica y política para todos los ciudadanos.

Podemos deducir que la importancia de la igualdad reside en dos ideas esenciales que han servido para que se desarrolle como uno de los valores fundamentales sobre los que se estructura nuestro sistema. Estas ideas son, la aceptación de la diversidad y la paridad en las relaciones sociales, que siguen siendo hoy en día ingredientes necesarios para que la democracia se haga efectiva. La igualdad supone la aplicación de un sistema de mayor justicia sobre las diferencias que aún hoy existen entre los seres humanos.

Ahora, en cuanto al hecho de discriminar a una persona por su nacionalidad u origen, su condición de vida, su cuerpo o su género, su edad, sus conocimientos, orientación sexual, su religión o cultura, son todos actos que deben ser repudiados y que hablan de la bajeza o crueldad de alguien que todavía no se ha adaptado a la idea de que todos en esta vida somos iguales.

Por eso destacamos el caso Atala como un avance significativo en la materia ya que si bien por un lado constituye un hito en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues el caso goza de especial importancia al evidenciar que en los Estados de las Américas, aún persiste un alto grado de intolerancia y discriminación en relación a la orientación sexual, por otro lado marca un precedente de terminar con los prejuicios ya que no hay pruebas empíricas que determinan que una persona homosexual o pareja del mismo sexo sean menos aptas para tener el cuidado de un hijo o hija.

Reforzamos el hecho de que hacer diferencias se justifica siempre y cuando estas no carezcan de objetividad y razonabilidad, excluir a personas homosexuales o por lo menos no reconocerlas expresamente, además del porcentaje mínimo de personas solteras que han adoptado en los últimos años sólo nos lleva a concluir que seguimos estancados en esta materia, lo cual repercute no sólo en el ámbito jurídico, lo cual ya es muy importante, sino también en lo cultural impidiendo derrumbar los muros de diferencias que todavía nos separan. Para terminar esta parte citamos la acertada opinión de Isabel Cristina Jaramillo Sierra, quien bien nos dice que la ofensa homofóbica

–como la ofensa racista – tiene efectos legales, pero también culturales, y está posibilitada por amplias estructuras de poder. Responder a una discriminación compleja implica la generación de saberes igualmente complejos que desde distintas áreas desarticulen los fuertes cimientos que sostienen los dispositivos de exclusión (2015: p.22).

## CAPÍTULO II: CONCEPTO DE FAMILIA

### **a) Dificultad del Concepto**

Una característica propia del derecho de familia es el marcado carácter ético de sus disposiciones, esto es, tiene una naturaleza más moral que jurídica en muchas de sus normas, lo cual genera muchos conflictos y complejidades a la hora de su regulación. La dificultad se presenta porque lo que trata de regular el legislador son fenómenos que se presentan a nivel interno de la familia.

Jorge del Picó resalta que la dificultad para establecer un concepto de familia que suscite aceptación general o mayoritaria es ya una referencia común en la doctrina de las ciencias sociales y, particularmente, en las ciencias jurídicas. De igual modo, una pretensión de alcance más reducido, como establecer una concordancia en sus bases mínimas o en la selección de los criterios necesarios para la construcción conceptual, también parece lejana, reconociendo esta dificultad su origen en la radicación de la noción de familia en distintas esferas disciplinarias, allende el Derecho (2011: p.32).

David Fabio Esborraz advierte desde el inicio, sostiene que es necesario puntualizar de antemano que la familia no ha sido conceptualizada expresamente en ninguna de las constituciones de América latina –tanto históricas como vigentes– ni en ninguno de los instrumentos internacionales sobre derecho humanos que integran el referido “bloque de constitucionalidad”. Se trata, en consecuencia, de una noción implícita que debe ser extraída de los datos suministrados por un complejo de fuentes; operación esta que muchas veces, cuando es llevada a cabo por los órganos encargados de efectuar el control de constitucionalidad, puede constituir una decisión política (2015. p.18).

Esta ausencia de concepto no es algo exclusivo del Derecho, ya que la dificultad para establecer una noción de familia que suscite aceptación general o mayoritaria es ya una referencia común en la doctrina de las ciencias sociales.

En las ciencias sociales tales como la sociología, la antropología y la psicología no existe unanimidad o coincidencia en el término, puesto que, aunque todas son ciencias sociales, su objeto de estudio relaciona esta institución en distintos niveles de generalidad, por ejemplo, en la sociología la familia se aprecia esencialmente como una realidad social, mientras que por otro lado según la antropología en el origen de la familia existe una realidad biológica de base. No obstante, así como el ser humano no se puede reducir a su realidad biológica tampoco es posible señalar que la familia sólo se explica por este dato, sino que es un fenómeno complejo que muta a través de la historia.

La evolución sociológica, económica y jurídica de la familia suscita interesantes debates de la protección legal de la familia en el futuro inmediato. Conflictos adicionales adquieren nueva relevancia y aparecen nuevos sesgos interpretativos, que buscan en cierta medida un nuevo marco jurídico general del derecho de familia, una nueva visión de los grupos familiares en la realidad social.

La necesaria distinción disciplinaria ha considerado la variedad semántica constituida en torno al concepto de familia, toda vez que la atribución de un determinado significado es siempre compleja, pues depende del punto de vista o interés particular de quien observa el objeto, a quien exige el uso de un lenguaje apropiado para expresar lo que se "entiende" por algo -en este caso la familia- en un determinado momento y contexto histórico y cultural. Así, si el interés manifiesto es regular jurídicamente la familia, corresponde al Derecho observar la familia y definirla, reflejando dicho punto de vista en la norma.

El concepto de familia implica aspectos biológicos, sociales y jurídicos. Varía de una a otra cultura, y aun dentro de la misma se dan subculturas: urbana, rural, etc. (2008: p. 15).

Dentro de los cambios más importantes sobre el concepto, están los relacionados con el género. Hoy se entiende de diferente manera el papel de la mujer en casa y en el trabajo, y se ha sometido a revisión el constructor de la mujer y madre. Se ha roto con principios de la psiquiatría, que aún bien entrada la mitad del siglo XX, responsabilizaba a la madre del equilibrio afectivo del niño, atribuyéndole en solitario, la responsabilidad educativa. (Freud 1923) y unido a lo anterior un cambio profundo de mentalidad y de valores (2008: p.17)

Alejado de las disciplinas que estudian la familia desde distintas perspectivas, la Real Academia Española se encarga de dar una definición de familia. En su primera acepción la define como “grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas” y en su segunda acepción, la define como “conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje”. Ambas definiciones son problemáticas desde el punto de vista del Derecho. La primera restringe la familia a quienes viven juntos, siendo evidente que, para el Derecho, la familia no representa tal restricción. La segunda, aunque más amplia, presenta el inconveniente de estar circunscrita a quienes son parientes entre sí, y no incluir en la familia al cónyuge o conviviente. La RAE tampoco explica un componente afectivo-relacional como es el tema de la cohesión afectiva.

Francisco Javier Pereda Gámez propone que solo es posible abordar la familia, si se define un mínimo común denominador, si se establecen unos rasgos que definen la convivencia que se trata de proteger. Es preciso definir el nuevo “interés de la familia”, fija los valores que requieren especial protección y configurar las características de este tipo de unión de convivencia, “familiar”, como digno de protección, más allá de las meras relaciones derivadas del principio contractual y la autonomía de la voluntad. (2006: p. 204)

## **b) Familia y matrimonio**

María José Arancibia Obrador y Pablo Cornejo Aguilera en un artículo sobre la evolución del Derecho de familia indican que el Derecho de familia es la rama del Derecho civil que más transformaciones ha experimentado desde la promulgación del Código civil el año 1855, hecho que no debe resultarnos extraño, si consideramos los profundos cambios habidos en su objeto de regulación, la familia. En efecto, el modelo considerado digno de protección por el codificador de 1855, en el contexto de una sociedad tradicional, preferentemente agraria y religiosa como la chilena, supuso la consagración de un ideal de familia que se había venido construyendo en el mundo occidental desde la edad media, donde ésta se encontraba fundada en la existencia de un matrimonio, celebrado según el rito religioso católico y cuya regulación quedaba entregada íntegramente al Derecho canónico, dada su naturaleza sacramental, el cual además de tener un carácter indisoluble, confería grandes poderes al marido, cabeza de la familia, tanto sobre la persona y los bienes de su mujer, como sobre la persona y los bienes de sus hijos, siendo una de sus misiones el asegurar un espacio de certeza para la procreación y la transmisión de la propiedad a través de la herencia (2014: p. 7)

Hoy, está totalmente superado el modelo de familia con un padre proveedor en una situación de superioridad. Los cambios que se producen a nivel familiar son más rápidos que los cambios que realiza el legislador, este último queda atrasado.

Rene Ramos Pazos recalca esta idea cuando dice que todavía se habla de familia al referirse a las personas que moran bajo un mismo techo, sometidos a la dirección y recursos del jefe de la casa. Sin embargo, esa acepción, que recogían las antiguas Leyes de Las Partidas, no tiene hoy día ninguna trascendencia jurídica (2010: p.9).

Para afirmar esto, haremos un recorrido por las distintas definiciones que han concedido autores nacionales y extranjeros.

Ramón Meza Barros en su Manual de Derecho de Familia distingue tres sentidos para señalar que se entiende por la palabra familia: En un sentido lato familia designa el conjunto de personas que viven bajo el mismo techo, sometidas a la dirección y con los recursos del jefe de la casa. (1989: p. 12).

En un sentido más restringido, el término familia designa el conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio y el parentesco. Las relaciones comprenden en tal sentido, las relaciones conyugales, las que proceden del parentesco y, excepcionalmente, de la adopción, que pretende imitar las que derivan de la familia natural. (1989: p. 13).

En un sentido más limitado aún, se llama familia al grupo formado por el cónyuge y los hijos, excluidos los colaterales. (1989: p. 13).

Enrique Rossel Saavedra dice que la familia es un conjunto de individuos unidos por el vínculo del matrimonio o del parentesco. Forman parte de este grupo, los cónyuges y sus hijos; los ascendientes del marido y de la mujer; los nietos, los hermanos, los tíos y aun los primos o los llamados vulgarmente primos segundos.

Agrega también que entran a formar parte de la familia los hijos adoptivos, o sea, aquellas personas que reciben el beneficio de la adopción. Finaliza este autor sosteniendo que el hecho de pertenecer a una familia es casi un atributo inherente a toda persona. (1954: p. 15).

Manuel Peña Bernaldo de Quirós también define a la familia señalando que es núcleo social primario integrado por las personas unidas por los vínculos sociales más fuertes (el conyugal y los de filiación y parentesco). Es considerado, para la persona, como el medio ambiente natural a fin de conseguir el pleno desarrollo de la personalidad, y para la sociedad, como célula natural y fundamental. (1989: p. 11).

Juan Bordes Roca apunta a que ya desde antiguo todos los pueblos conocen la institución del matrimonio, como unión solemne de un hombre y una mujer. Distinguiéndose de cualquier otra relación puramente sexual. (1987: p. 98).

Rossel habla también sobre el matrimonio, dice que es, entre nosotros, un contrato solemne a virtud del cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente y por toda la vida con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente (1954: p. 70).

En el actual derecho de familia persiste la prevalencia del modelo heterosexual, basado en la unión de una mujer con un hombre, y de un determinado reparto de roles, conforme al cual el hombre asegura preferente la fuente de ingreso de la unidad familiar y la mujer se encarga, prioritariamente, de los servicios del hogar.

La definición legal de matrimonio es explícita con el carácter heterosexual, el artículo 102 del Código Civil dispone: “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente”.

Este modelo se ve continuamente cuestionado, por la aparición de otros, basados en una concepción solidaria e intersectorial que supera ampliamente la concepción de la familia basada en el matrimonio y el parentesco. No se ajusta a las nuevas realidades que impone la globalización con sus características migratorias y de movilidad de sus integrantes.

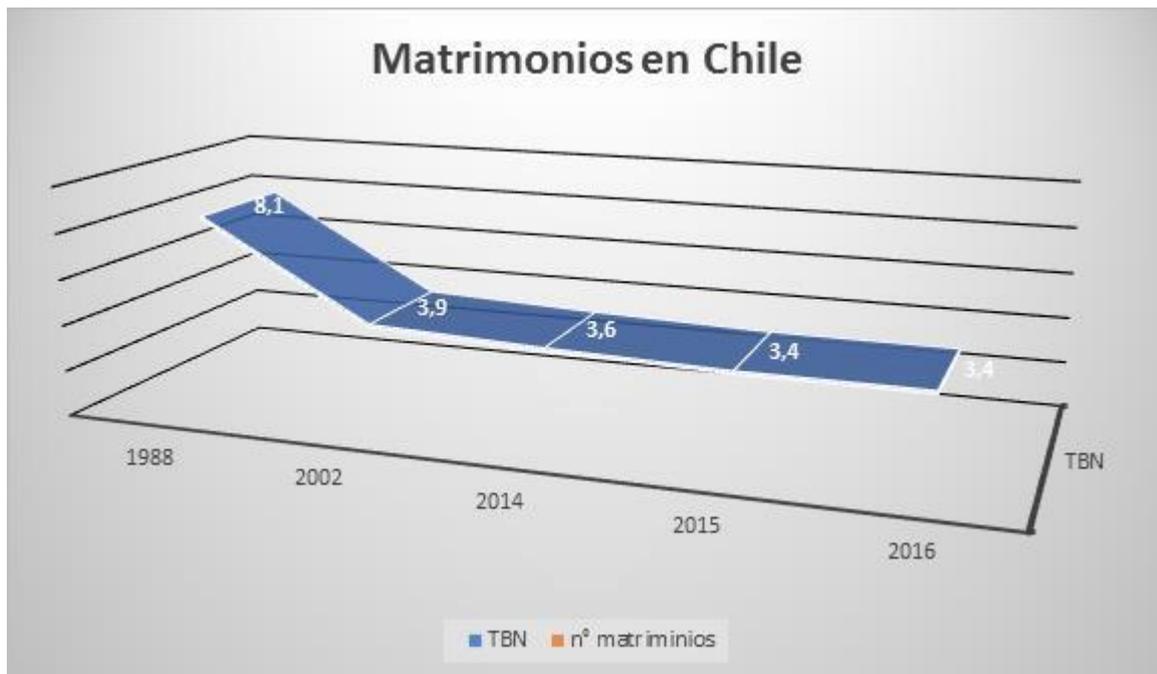
La familia como grupo social, ha cambiado en cuanto a su estructura, formas y modelos, ha incorporado nuevas costumbres como consecuencia de la dinámica transferencia social propia de la globalización. Por ello, no puede ser estudiada como una institución inmutable y tradicional, se requiere que de manera continua se reconsidere su forma y definiciones bajo las nuevas dinámicas, que cada vez le confieren nuevos contornos y esguinces.

Más que un solo tipo de familia o una “familia ideal”, existen “muchas familias” que representan diversas formas de crecer, convivir y relacionarse.

Nuestra sociedad no es ciento por ciento heterosexual, es más, ni siquiera hay una separación binaria entre heterosexuales y homosexuales, ya que también hay personas bisexuales y transgéneros por nombrar a otras minorías discriminadas por este modelo heterosexual. Por eso, existen organismos como el MOVILH que defienden los derechos humanos de lesbianas, gay, bisexuales y transgéneros con el objetivo de aminorar y erradicar las discriminaciones, injusticias o atropellos padecidos en razón de la orientación sexual o la identidad de género y visibilizar e instalar en el debate público la realidad de estas personas.

Del mismo modo, la fundación “Iguales”, ONG chilena nacida el año 2011, trabaja en pos de la igualdad de derechos y la no discriminación de la diversidad sexual. Durante 2016 los representantes de Fundación Iguales crearon el primer proyecto de matrimonio igualitario en Chile que contempla filiación. Esto lo hicieron en convenio con la escuela de Derecho de la Universidad de Chile. El 28 de agosto de 2017 la presidenta, Michelle Bachelet, firmó el envío del proyecto de matrimonio igualitario siendo la primera vez que la máxima autoridad del país presenta una iniciativa de este tipo, dando un claro apoyo a las demandas de la diversidad sexual y a la lucha que se ha dado por el reconocimiento pleno de sus derechos. De esta manera “Iguales” defiende los derechos de minorías impulsando proyectos que abarcan todas las realidades presentes en nuestra sociedad. Esto último viene a sumarse a otros proyectos que se han convertido en leyes como el AUC del año 2015 o la nueva ley de matrimonio del año 2004 cuya gran novedad es la posibilidad de divorcio.

Estadísticamente hablando la tasa bruta de nupcialidad, que corresponde al número de matrimonios por mil personas, se redujo de 8,1 en el año 1988 a un 3,9 en 2002, un 3,6 en 2014 y un 3,4 en 2015. Durante 2016 se registraron 62.464 matrimonios en Chile, lo que reflejó un aumento de 1,2% en relación con 2015. A su vez, la tasa bruta de nupcialidad, o número de matrimonios por mil personas, se situó en 3,4, al igual que en 2015.



El siglo XXI, como puede desprenderse de las estadísticas recién mencionadas, tiene claramente una tendencia a la baja de las personas que contraen matrimonio, pero esto no debe traducirse en una baja de la familia, respecto de éste (el matrimonio), se asume su relación con la familia, pero no su identidad, ya que mientras el matrimonio considera la vinculación entre dos adultos de distinto sexo, la familia, comprende la relación entre generaciones diferentes, como ocurre en el caso de padres e hijos. A partir de la complejidad indicada, la familia debe ser considerada como un concepto más amplio, inclusivo por tanto del matrimonio y por supuesto adopción.

Como consecuencia del proceso que en este momento se inicia, podemos observar que la familia ha pasado de ser considerada por la sociedad chilena como una institución fundada exclusivamente en la existencia del vínculo matrimonial, destinada a crear un marco único e indisoluble que permita la procreación y crianza de los hijos, a constituir un espacio definido por la existencia de vínculos de afectividad y solidaridad entre sus miembros, quienes comparten sus vidas y encuentran en ella un sustento moral y patrimonial irremplazable para su desarrollo personal; encontrándose todo este proceso determinado por la irrupción de un nuevo paradigma en el Derecho privado mismo, definido por los derechos fundamentales (y la noción moral de persona autónoma que a ellos subyace) y por el propio cambio que ha existido en las concepciones sociales, particularmente en lo que se refiere al ejercicio de la sexualidad y la forma como las instituciones sociales deben reconocer y valorar las opciones autónomas que cada persona adopta.

### **c) Normativa Internacional y Nacional**

Como se ha expuesto en la primera parte de este trabajo, la familia, cualquiera sea la forma que ésta adopte, constituye un espacio personalísimo de asociación, el cual, fundado en la existencia de una especial afectividad entre sus miembros e inspirada en el mutuo respeto, solidaridad y consideración entre éstos, proporciona a cada uno de ellos un soporte moral y material insustituible, hasta tal punto, que es posible afirmar que no existe otra institución en la cual podamos encontrar los bienes que nos proporciona. La familia constituye un espacio en el cual desarrollamos una parte principal de nuestro plan de vida, hecho que es reconocido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23.2) y por la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 17.2), que consagran el derecho fundamental de cada persona a contraer matrimonio y a fundar una familia.

La importancia de la familia queda consagrada en la mayoría de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos. La Declaración Universal de los Derechos Humanos también lo hace en el art 16.3

Pacto Internacional de derechos civiles y políticos: Artículo 23 N°2:

“Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”.

Convención Americana de Derechos Humanos: Artículo 17 N° 2:

“Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención”.

Declaración Universal de los Derechos Humanos: Artículo 16 N°3

“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

Por su parte, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos de los Niños reitera el deber de protección de la familia, al señalar:

“Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”.

Luego agrega: “reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”

Por su parte, nuestra Constitución Política, ya en el artículo 1° inciso 2°, prescribe: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”.

En el inciso 5°, agrega:

“Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

Distintos autores se atreven a decir que fue lo que el legislador quiso transmitir al referirse a la familia.

Rene Ramos Pazos postula “ha sido definida la familia como un conjunto de personas entre las que median relaciones de matrimonio o de parentesco (consanguinidad, afinidad o adopción) a las que la ley atribuye algún efecto jurídico” (2010: p.28)

Ángela Vivanco Martínez dice “la noción de familia es considerada por el constituyente según la tradición cristiano occidental basada en el matrimonio y por tanto compuesta por los cónyuges y los hijos. Para la Constitución no constituyen familia, sin perjuicio de la adecuada protección civil, las uniones extramatrimoniales”. (2006: p. 47-48)

Hernán Corral Talciani comparte el mismo criterio de Vivanco y propone los siguientes argumentos para concluir que la familia ha de ser aquella basada en el vínculo matrimonial: 1° La

constitución no precisó qué se refería a la familia legítima porque le pareció algo obvio que no requería explicitación. El constituyente se quiso referir al modelo paradigmático, tradicional y clásico de familia que no es otro que el de la familia matrimonial. 2° La conciencia de que se trataba de una realidad obvia y que se daba por supuesta explica el silencio que sobre el punto se tuvo en la comisión constituyente. 3° Los textos internacionales en ningún caso hablan de familia como una realidad abierta y de carácter descriptivo. Más bien coinciden con el texto constitucional en la que la familia es una institución fundamental y fundamentada en la misma naturaleza humana e íntimamente relacionada con el derecho a contraer matrimonio. 4° Es absurdo pensar que constituya deber del Estado no solo proteger sino propender al fortalecimiento de las uniones de hecho o de las parejas homosexuales (1994: p. 30).

Tradicionalmente, como puede apreciarse al leer a estos autores, la familia ha sido concebida, como la presencia de un hombre y una mujer, unidos en matrimonio, más los hijos tenidos en común, todos conviviendo bajo un mismo techo, entendiéndose esta idea como la familia nuclear. Sin embargo, en la actualidad, la noción de familia nuclear se inclina por la unión de dos personas, con un proyecto vital de existencia común, en el cual se generan fuertes sentimientos de pertenencia a dicho grupo, existe un compromiso personal entre los miembros y se establecen intensas relaciones de intimidad, reciprocidad y dependencia.

## **d) Jurisprudencia**

### **d.1) Difusión cuento “Nicolás tiene dos papás”**

En esta causa, los pastores evangélicos señores Flavio Hernández Márquez, y Pedro Carvajal Báez, recurren contra la Junta nacional de jardines infantiles, estimando que la difusión del libro “Nicolás tiene dos papás”, que versa sobre la familia de un menor cuyos padres resultan ser dos hombres representa un actuar vulneratorio de los derechos de los niños y los padres, contemplados en los artículos 19 N°6, en cuanto a la libertad de conciencia y 19 N°1, en cuanto a la integridad psíquica de los niños, así como también se afecta la garantía establecida en el número 10 de dicho artículo, relativo al derecho de los padres a educar a sus hijos.

Piden al Estado y a sus organismos no distribuir tal obra en menores de 4 a 6 años de edad, en respeto al proceso formativo valórico de los niños y niñas de tan corta edad y el derecho preferente

de los padres a proveerles de orientación, dirección y formación consagrado en la Convención de derechos del niño.

Aducen que la integridad psíquica de los niños se ve violentada porque se les propone un modelo de familia que contrasta directamente con las convicciones y enseñanzas de las familias, así como las vivencias y experiencias que el menor observa día a día.

La parte recurrida sostiene que es precisamente la libertad que se pretende proteger por los recurrentes, la que se ve afectada al prohibir la difusión del libro, por cuanto, de acuerdo al interés superior de los niños, en el seno de la relación jurídica educativa está el derecho de este a recibir una educación integral que contribuya al pleno y libre desarrollo de su conciencia, no debe olvidarse que la conciencia del padre es diferente a la de su hijo.

El trasfondo del recurso va más allá de la reivindicación de los derechos de educación preferente, puesto que lo que derechamente se busca evitar es que a los menores se les lea un cuento que versa sobre la homoparentalidad.

La Corte sostuvo que La Constitución política de la República, no ha definido el concepto de familia, menos aún lo ha limitado a una modalidad determinada. La falta de regulación no significa, de por sí, negación de la existencia de diversas figuras de organización de grupos humanos, con rasgos comunes identificables como características familiares.

Agregando en la CDN se reconocen diversas formas de vinculaciones, que tienen como trasfondo el desarrollo del niño en un medio que reúna las condiciones básicas de una familia, ocuparse de su cuidado, bienestar, educación, en un marco protector, respetuoso de sus derechos y que le brinde afecto y seguridad, donde pueda cumplirse el sentido de su evolución progresiva en orden al ejercicio de sus derechos, que a su vez es la responsabilidad de los padres u otras figuras claves, que portan la carga de guiarlo y orientarlo en esa dirección. No vulnerando ninguno de los derechos alegados por la parte recurrente. De ello se sigue, que la Junta nacional de jardines infantiles, al proceder como lo ha hecho, ha actuado dentro de sus prerrogativas y en forma legítima, con las responsabilidades consiguientes a una actuación de organismo estatal.

Marcó un hito al rechazar en un fallo la discriminación a familias homoparentales y reconocer la diversidad familiar.

## **d.2) Violencia Intrafamiliar en pareja del mismo sexo**

El profesor Christian Viera hace un análisis a propósito de un caso en que fue resuelto por la Corte de Apelaciones de La Serena relativo a la ley de violencia intrafamiliar en el caso de una pareja homosexual, donde el condenado solicitó la nulidad (Rol N° 373-2006) alegando que dentro del concepto de violencia intrafamiliar establecido en el artículo 5 de esta ley, no se comprende la convivencia entre personas del mismo sexo.

La Corte rechazó el recurso de nulidad interpuesto por el condenado, destacando el considerando 3° que: “la calificación de si es o no es convivencia, para los efectos del artículo 5° de la Ley de Violencia Intrafamiliar, la que puedan mantener parejas del mismo sexo, es una cuestión valórica. En consecuencia, si tal determinación es una cuestión de interpretación o valórica de los hechos, mal puede el juez de garantía haber incurrido en una errónea aplicación del derecho, toda vez que su actuar no fue ni arbitrario ni infunda. La jueza a quo, al establecer que sí existió convivencia de connotación familiar o afectiva entre (las partes), ponderó los hechos y aplicó el derecho según su leal saber y entender. Resultaría particularmente atentatorio contra el principio de independencia de los jueces, que un tribunal superior impusiera sobre el inferior su concepto valórico sobre un tema jurídico en conflicto, máxime en este caso, en que la resolución de la jueza a quo señala pormenorizadamente los antecedentes, incluso constitucionales, que la convencen para su decisión”. (2008: pág. 1-2)

## **e) Conclusiones**

En términos generales, son tantos los beneficios asociados a la familia, que resulta particularmente gravoso e incomprensible excluir a determinadas personas de su goce, o negar legislativamente o judicialmente el reconocimiento y protección que nuestra Constitución asegura a algunas de las formas que esta realidad puede adoptar. En el caso chileno, este importante argumento de principio se ve complementado por una imperiosa necesidad de política pública, reflejada en la existencia de más de un millón de parejas que han optado por construir su vida familiar al margen del matrimonio, recurriendo a la convivencia, las cuales hasta el momento no gozan de un estatuto de protección propio.

En la actualidad el concepto de familia presenta una transformación sustancial en atención a los nuevos modelos sociales en que ésta se desarrolla, ya no se considera integrada exclusivamente por los parientes y los cónyuges como tradicionalmente se les identificaba, es decir, vinculada por

matrimonio y relaciones parentales; ahora, y en atención a la dinámica social, se contemplan otras formas de relaciones humanas donde los miembros que la integran se encuentran vinculados por lazos de afecto, de respeto, de convivencia y de solidaridad.

Por lo cual, debe considerarse la integración al nuevo concepto familiar, de grupos como las uniones maritales de hecho o integrados por personas del mismo sexo, siempre que se encuentren unidos por los lazos descritos y tengan los fines de convivencia y solidaridad constantes. La ciencia jurídica debe dejar en libertad a la familia para integrarse o reintegrarse como quiera, con actos de amor antes que, con formalidades, sin mayores compromisos de composición y permanencia que los que les impongan su conciencia.

La Constitución chilena establece que todas las personas nacen con los mismos derechos. Sin embargo, esto no se cumple en el caso del matrimonio, pues las parejas de sexo opuesto pueden casarse, pero las del mismo sexo no. Es decir, existe una discriminación por orientación sexual en el acceso al matrimonio. Esto representa una desigualdad no solo en derechos concretos, sino también simbólica: para el Estado de Chile, las parejas del mismo sexo constituyen una familia de segunda categoría, lo cual contribuye a perpetuar la discriminación histórica que han sufrido gays, lesbianas y bisexuales.

Creemos que es importante desarrollar un concepto de familia más amplio porque si bien la familia que se funda en el matrimonio constituye una realidad mayoritaria y significativa, la apertura de la sociedad a realidades diversas implica un desafío necesario para el Derecho. Sin embargo, el desafío que implica esta apertura debe materializarse normativamente. Si estimamos que constituyen familia los convivientes heterosexuales u homosexuales entonces deben existir regulaciones legales que amparen sus derechos, como también que impongan obligaciones. La revisión de una actualización conceptual de la familia importa, entonces, una dimensión práctica que el derecho debe asumir. Las familias monoparentales y homoparentales, al igual que las heteroparentales, están capacitadas para educar y criar satisfactoriamente a sus hijos e hijas.

En la sentencia del profesor Viera por ejemplo, se puede apreciar la emergencia de una concepción amplia de familia que tiende al resguardo de la convivencia entre personas del mismo sexo. Si bien este artículo es del año 2008, donde aún no entraba en vigor la ley de acuerdo de unión civil, es posible destacar el análisis en cuanto al progreso ya existente sobre el concepto de familia en virtud de la realidad chilena.

Las funciones de la familia están sujetas a variaciones relacionadas con los cambios de estructura y con la etapa que atraviesa, sin embargo, a pesar de la diversidad familiar continúan resaltando las funciones básicas: la social, la económica, la educativa y la afectiva, que siempre se manifiesta a través del cumplimiento de las anteriores. El convivir en familia requiere la puesta en práctica de un conjunto de estrategias que pueden favorecer la dinámica de las relaciones internas, las cuales, a la vez, permiten evaluar el funcionamiento familiar.

Estimamos con mucha seguridad y creemos que ni siquiera es un asunto discutible que la orientación sexual de los progenitores no es un indicador que sirva para evaluar la función educadora de los padres y madres; al igual que los principios educativos parentales deben ser inalterables, ante la condición sexual de los hijos e hijas. El amor, el respeto, la confianza y los buenos valores son los que hacen que una familia, sea un hogar óptimo para criar hijos.

Restringir la familia a la unión matrimonial entre un hombre y una mujer no es sólo estar atrasado social y legislativamente (el año 2001 Holanda se convirtió en el primer país en aprobar el matrimonio entre personas del mismo sexo. Desde entonces, otras 24 naciones han tomado el mismo camino y aprobado el matrimonio igualitario entre ellos cuatro sudamericanos como Argentina, Uruguay, Brasil y Colombia) sino también es seguir sosteniendo los muros que siempre nos han dividido, es hora de avanzar y terminar con las divisiones sociales, actuar de manera cooperativa conociendo y admitiendo las realidades de los otros. La mejor manera de enfrentar nuestros prejuicios es reconociendo nuestros intereses y en ese sentido el interés primordial es la dignidad de las personas y por supuesto el interés de que un niño pueda crecer en una familia que le brinde amor y protección.

### CAPÍTULO III: INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

#### **a) Breve explicación**

En la Declaración de Ginebra de 1924, se consagran por vez primera, en el ámbito internacional, los derechos de los niños y niñas, estableciéndose la obligación de darles lo mejor con la frase “primero los niños”; posteriormente, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se determina implícitamente los derechos de los niños como fuente de todos los derechos de la humanidad. Más adelante, en el año 1959 se aprobó, por parte de la Asamblea General de las

Naciones Unidas, la Declaración de los Derechos de los niños y niñas, en donde se disponía que el interés superior del menor es el principio rector para orientar a los padres, madres, tutoras, tutores o responsables, en relación con todo aquello que le sea más favorable al niño o niña, quien tiene el pleno derecho de gozar de una protección mental, moral, espiritual y social, así como en condiciones de libertad y dignidad, estableciendo la obligación de promulgar leyes para ese fin, prevaleciendo para ello, el interés superior de los niños y niñas.

Señalar estas consagraciones de los derechos de los niños tiene un propósito bien específico, ya que a simple vista parece un proceso breve, sin discusiones pero para llegar a estas declaraciones hubo un lento y no pacífico camino para reconocer estas garantías ya que originalmente las preocupaciones legales fundamentales se basaban en el fortalecimiento del Estado y en su soberanía, lo cual dejaba a un lado el tema de la protección de los derechos humanos y en especial los derechos a favor de la infancia.

Este capítulo pretende destacar este recorrido, las mejoras en materia de salud, trabajo y educación en lo relacionado con la infancia hasta llegar a al pensamiento actual de considerar a los menores como titulares de derecho.

## **b) Orígenes del Interés superior del menor**

Este principio tiene su origen en los sistemas anglosajones, con este sistema se consideró que empezó la evolución del mismo hasta nuestros días. López Contreras apunta a que antes, los niños y niñas fueron prácticamente personas ignoradas, protegiendo el sistema jurídico, en muchas ocasiones, únicamente a sus padres y madres. Los derechos de los niños y niñas se ventilaban en asuntos privados, puesto que no se consideraban relevantemente públicos. (2012: p. 54).

Haciendo un repaso histórico, Karel Vasak señala que la Edad Media no fue una época favorable al tratamiento jurídico a favor de la niñez. En primer lugar, porque durante esta época no se reconocía la dignidad de las personas ni se estudiaban las cualidades humanas como parte fundamental del centro de las preocupaciones del derecho y de la vida social. Esta situación afectó el reconocimiento de sus derechos por parte del Estado a diversos grupos, entre ellos los infantes (1984: p.45).

En el siglo XVIII, Francisco Rivero apunta que en el derecho inglés surgió el concepto de bienestar del niño (welfare principle), el cual fue de gran trascendencia pues brindó ciertos beneficios de protección a la niñez. Debido a ello, las cortes inglesas afirmaban que el principio del bienestar de la niñez debería ser una consideración relevante junto con otras situaciones como el deseo o voluntad de los progenitores (2007: p. 23).

Posteriormente, durante el proceso de industrialización, que tuvo lugar a mediados del siglo XIX, se produjo una transformación en el sistema de producción basado en fábricas textiles, manufacturas y minas para la obtención de carbón. Esta forma de producción generó condiciones específicas de trabajo que causaron daños y perjuicios a las personas menores de edad, quienes debido a su condición física y ausencia de protección legal fueron empleados en estas industrias. Debido a esta situación, se empezaron a aprobar leyes que regulaban el trabajo precario y forzoso en las fábricas textiles y de carbón. La legislación también fue llamada Factory Acts. Una de las leyes que comprendía esta legislación era la Ley para la Mejor Conservación de la Salud y de la Moral de los Aprendices, de 1802.

Esta legislación, señala Jhon Towers, limitaba el empleo de los niños a horas extremas, mas no el trabajo forzoso ni peligroso. En 1819, se aprobó la Ley Reguladora de las Fábricas de Algodón, también llamada Peel Law, la cual prohibió el empleo de personas menores de 9 años de edad. (1970: p. 39).

Luego, y comparando con la época medieval, a partir de 1881, las leyes francesas garantizaron el derecho a los infantes a una educación. Por ejemplo, la Ley de 28 de marzo de 1882 señalaba que la educación debía ser gratuita, laica y obligatoria, situación que provocó una nueva era para la instrucción de los infantes. Esta constituye la gran diferencia entre la civilización medieval y moderna y se encuentra en el centro de la construcción del concepto de niño: El hecho esencial es el siguiente: la civilización medieval no tenía idea de la educación. Nuestra sociedad depende hoy día (y lo sabe) del éxito de su sistema educativo.

Debido a la falta de protección a favor de la infancia, y con el propósito de señalar que la despreocupación por los menores no fue tan sólo jurídica, en 1883 se realizó el primer Congreso Internacional de Protección a la Infancia en París, con la perspectiva médica y científica de mejorar las condiciones higiénicas y de salud de la niñez, más que una visión jurídica para reconocer los derechos de la infancia. De esta manera, dos de los campos de mayor preocupación fueron la

mortalidad y la desnutrición infantil. Además, este Congreso estuvo motivado por varios Estados que pertenecían a la Comunidad Europea, pues compartían problemas y circunstancias comunes. Debido a ello, la postura sobre el cuidado y la protección de la infancia se fijó y construyó originariamente desde la perspectiva histórica de lo que ocurría en Europa y no sobre la situación de este grupo de manera universal.

Diversos Estados se reunieron para encontrar soluciones a los problemas de la desnutrición y las enfermedades de la infancia. Debido a ello, se llevaron a cabo tres importantes congresos internacionales, también llamados “Gotas de Leche”. En el primero de ellos, que se celebró en París en 1905, se discutieron los temas de los depósitos y la distribución de leche relacionada con la visita médica. El segundo congreso se llevó a cabo en Bruselas en 1907 y tercero en Berlín en 1911, que ampliaron las discusiones a temas relacionados con la educación, la legislación para la protección de la infancia y la estadística sobre la mortalidad infantil. Si bien es cierto que las discusiones en los congresos internacionales sobre la infancia giraban alrededor de dos polos, es decir, “uno jurídico y teórico y, otro más pragmático”, la realidad es que estos congresos sirvieron de inspiración para poner en la agenda internacional la situación de la infancia para crear instrumentos internacionales.

De esta forma, durante este período se llevaron a cabo diversos congresos internacionales para discutir los problemas de los infantes, que posteriormente sirvieron para el surgimiento de organismos internacionales y, mejor aún, instrumentos internacionales que brindaran protección a la niñez. Otra de las características relevantes de esta época es que los Estados debatieron sobre asuntos de carácter público, asumiendo responsabilidades compartidas en la protección y los cuidados de los menores de edad. En este sentido, los debates se centraron en temas como la definición de niño, las formas de protegerlo y la intervención del Estado en relación con su protección.

En este sentido, uno de los primeros en formular e inspirar la defensa de la niñez fue Jules Vallès. En su obra *L'Enfant* (El Niño), narró abiertamente los métodos coercitivos y de violencia aplicados por los adultos contra los menores de edad, todo ello basado en el contexto histórico y social de la época.

Pedro Nikken señala que después de que los niños sufrieron prácticas bárbaras y crueles generalizadas en todos los sectores sociales, se requerían un cambio de actitud y una visión más humanitaria hacia la niñez (1986: p. 17).

Sergio Reas Granados menciona que durante el siglo XX comenzaron a tener mayor relevancia los derechos de los niños en el derecho internacional al reconocerlos como sujetos plenos de derechos y dejar a un lado los anteriores conceptos de compasión, tutela o represión. (2016: p. 150).

El siguiente proceso histórico entonces se dio cuando cambió la comprensión del enfoque que se les otorgaba a los niños, a partir del siglo XX. Es decir, cuando comenzaron a materializarse instrumentos internacionales que reconocieron a los niños como sujeto de derechos.

A causa de los sucesos sociales que enfrentó la humanidad con dos grandes guerras mundiales durante el siglo XX, comenzaron a reconocerse los derechos humanos. Así, para algunos autores, este reconocimiento se debió a la despiadada y masiva destrucción de individuos y grupos en los Estados, y al desprecio que se evidenciaba por el ser humano y el agudo deterioro de las relaciones entre el Estado y el hombre. Estos factores ayudaron a que se intentara desde entonces elevar los derechos humanos a la categoría de normas internacionales y conseguir una cierta protección para estos derechos.

La influencia del movimiento contemporáneo en beneficio de la protección internacional de los derechos humanos desencadenó el surgimiento del derecho de la niñez, producto de la evolución histórica del reconocimiento de estos derechos.

Debido a la presión internacional en defensa de los intereses de la niñez, Naciones Unidas declaró en 1979 el Año Internacional del Niño, con la intención de visualizar su importancia en las discusiones que lo afectaban. Esto debido a que la materia a tratar es de un alto contenido social y cultural, el esfuerzo por alcanzar un consenso sobre los derechos que debían incluir, la cual continuó por una década.

La internacionalización de estos derechos señala Germán Bidart Campos trajo una serie de beneficios a favor de la infancia. En primer lugar, la comunidad internacional organizada le dio la valoración propia del derecho internacional. Esto significa que esta rama del derecho reconoció la importancia de estos derechos al otorgarles el valor internacional que merecen o, en otros

términos, porque son un ideal al que le debe prestar acogida para cooperar en su realización, y para brindarle protección con sus mecanismos propios, en refuerzo de su posición sociológica (1991: p. 41).

Otro de los beneficios que provocó la internacionalización de los derechos de la niñez, dice Edmundo Vargas Carreño, es que pueden ser garantizados mediante instrumentos internacionales y, esto repercute en que se haga más difícil su transgresión o derogación (2007: p.114).

Otra ventaja de la internacionalización de los derechos de la niñez es que su contenido y protección adoptaron carácter universal. Es decir, los derechos de la infancia adoptaron un uso no diferenciado entre personas, ya que sus destinatarios fueron tomados en cuenta como seres humanos, sin restricción de ninguna especie de carácter temporal, personal o espacial. Sobre este asunto, Pedro Nikken dice que la universalidad alude a la titularidad que tienen todas las personas con respecto a los derechos humanos, independientemente de regímenes políticos, sociales y culturales.

Desde esta perspectiva, podemos aseverar que los derechos de niños reconocidos como universales tienen la característica adicional de ser derechos de cumplimiento obligatorio sin distinción alguna, siempre y cuando el Estado parte los haya ratificado.

Otro beneficio de la internacionalización de los derechos de la niñez es que los niños adquieren legitimidad activa para denunciar abusos y transgresiones de sus derechos ante los órganos internacionales y/o tribunales internacionales, ya sea mediante mecanismos individuales de denuncia o por soluciones judiciales. Cabe señalar que esta facultad está supeditada a que el Estado haya ratificado los instrumentos internacionales en la materia, en particular el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de los Niños.

### **c) Concepto de Interés superior del menor.**

Lo anterior muestra el caos conceptual en la materia y la necesidad de clarificar las ideas que sirvieron de fundamento teórico de los derechos de la niñez, y el proceso histórico para el reconocimiento de los derechos de la infancia.

María Carmona Luque es clara al decir que uno de los asuntos más debatidos y, sin duda, primordial en la redacción de la Convención sobre los Derechos del Niño fue la determinación de su titular, esto es, qué debía entenderse a efectos de este tratado por el término "niño" (2011: p.161).

Tal como sostiene Nuria González Martín, el menor es, ante todo, persona, en su acepción más esencial y trascendente; y no sólo en su dimensión jurídica (titular de derechos) sino también en su dimensión humana (ser que siente y piensa); además, es una realidad humana en devenir, porque para él es tanto o más importante este devenir (su futuro) que su mera realidad actual. Si todo, y toda persona, cambia con el transcurso del tiempo, ello es más notorio y, sobre todo, más importante en el menor, para el que cada día que vive y pasa le aproxima más a dejar de serlo, a su mayoría de edad y plenitud jurídica a que aspira. (2011: p 3).

Ahora, concentrándonos en el interés superior del menor, Laura Lora sostiene que: "...El ISN es un concepto que si bien debe ser evaluado para cada caso en concreto (...) debe abarcar todos los derechos del niño en cuanto él es un sujeto de derechos. El ISN está vinculado con necesidades psicológicas, educativas, sociales, jurídicas, medio ambientales y de recursos del niño y para el niño. Estas necesidades son derechos incorporados en los "Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos" y en la Constitución Nacional (que los recepciona), además en las legislaciones nacionales...". (2006: p. 481).

La autora Eloísa Raya de Vera sostiene que "... es unánime en la doctrina considerar que el interés superior del niño es un concepto flexible, toda vez que permite y exige a su vez, en cada caso puntual, calificarlo y redefinirlo, atendiendo a las particularidades de la situación...", de manera que rescata la importancia de tener en cuenta el momento, tiempo y lugar del niño a la hora de evaluar qué constituye su interés superior. (2012: p. 4)

Otro autor que se aventura a una definición de interés superior del menor es Martín Ostos, quien lo conceptúa como "aquel principio general inspirador de toda la legislación relativa al menor y que no se concreta en una serie de derechos o garantías particulares, aunque lógicamente también los incluya. Por medio del mismo, el legislador manifiesta su voluntad de aspirar siempre a la consecución del bien superior del menor, por encima de otros intereses con los que pudiera entrar en conflicto. (2012: p. 47).

Como ventaja suele señalar la doctrina la flexibilidad del concepto, que permite su adaptación al caso específico que se pretende resolver. Como inconveniente se destaca, por una parte, la enorme discrecionalidad que se otorga a quienes en cada caso les toca decidir, que no son asépticos ni neutrales, y aun actuando con la mejor intención difícilmente lograrán sustraerse a sus convicciones y prejuicios y no podrán evitar enfrentar la cuestión desde su propia óptica e ideología, lo que por otra parte, comporta el riesgo de arbitrariedad y una cierta inseguridad jurídica derivada de lo impredecible de las decisiones.

Evidentemente, como ha sido apuntado desde la doctrina, no podemos pensar que la regulación normativa de los derechos humanos en el Derecho Internacional produjese desde un primer momento una completa transformación de las relaciones entre los Estados y los individuos en este orden jurídico. Pero ello no impide reconocer que la aparición de un sistema internacional de reglas sobre los derechos humanos haya representado una forma de "evolución" que, aunque inicialmente considerada incompleta y en ningún caso calificable de "revolución", hoy día sí puede hacerse merecedora en gran medida de este último calificativo.

Al analizar los trabajos preparatorios encontramos, ciertamente, la confrontación de dos posturas tradicionales a la hora de considerar este asunto: la de quienes veían al niño como un ser a proteger y la de aquellos otros que lo reconocían como sujeto o titular. Esta confrontación de posturas no resulta extraña si tenemos en cuenta el diferente papel que las culturas y el derecho propio a cada una de ellas han venido tradicionalmente otorgando al niño.

No obstante, la preservación de concepciones en las que el niño queda condicionado a un estatuto de inferioridad, dependencia y/o falta de capacidad respecto a los adultos no resultaba acorde en la fecha de discusión de la Convención con la transformación que tímidamente se venía operando en el marco internacional de los derechos humanos y que encontraba un precedente relevante en la Declaración de 1959. Conforme a esa nueva corriente, el niño no sólo era considerado como un ser humano que debido a su vulnerabilidad necesitaba una especial protección, sino que también empezaba a percibirse como titular de derechos propios. Una regresión respecto al camino así iniciado hubiera resultado en definitiva contraria al espíritu que inspira y guía el desarrollo positivo de los derechos humanos en el orden internacional.

#### **d) Ámbito Normativo**

En el seno de la comunidad internacional se han producido diversas manifestaciones del principio del interés superior del niño. El producto más elaborado de las mismas es sin duda alguna la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño. Los trabajos preparatorios de esta convención comenzaron desde finales de la década de los sesenta, e implicaron todo un movimiento internacional a favor de la infancia. Este movimiento agrupó a naciones de los más diversos orígenes étnicos, religiosos, culturales y económicos entre otros, para concluir que la infancia es la prioridad, que los niños son sujetos de derecho y que es su interés superior el que debe guiar la actuación de la familia, la sociedad y el estado.

En 1924 surgió la primera Declaración sobre Derechos de los Niños o Declaración de Ginebra. Algunas de las obligaciones de este instrumento eran: dar a los niños los medios necesarios para su normal desarrollo, tanto material como espiritual; alimentar al infante hambriento; el deber de cuidado al menor de edad enfermo; ayudar al infante deficiente; recuperar al niño delincuente y recoger y socorrer al huérfano; el deber de que el infante sea el primero en recibir ayuda en tiempo de peligro; disponer de los medios que lo capaciten para llegar a ganarse la vida; el deber de ser protegido de cualquier explotación y; el deber ser educado en la conciencia de que sus talentos deben ser dedicados al servicio del prójimo.

A pesar de este avance jurídico, esta Declaración no contenía de forma expresa derechos a favor de los menores de edad, sino más bien se refería a una serie de obligaciones de los adultos que eran responsables de los infantes. En otras palabras, este instrumento internacional contenía una serie de obligaciones de los adultos a favor de los niños, por lo que este hecho significaba que el niño era, todavía, considerado objeto de protección y no sujeto de derechos. Esta Declaración recibió diversas críticas tras no contar con garantías suficientes que protegieran los derechos civiles y políticos, derechos que son propios de los sujetos de derechos.

Debido a lo anterior se creó la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el cual es un instrumento internacional compuesto por 30 artículos. En relación con nuestro capítulo en estudio, en el texto de este instrumento se reconocen algunos derechos de la niñez. El primero de ellos es el artículo 25 párrafo segundo, el cual señala explícitamente que los niños tienen el derecho a acceder a la protección social independiente. El otro artículo es el 16, el cual protege el derecho a la familia y, por último, el artículo 26, el cual reconoce el derecho a la educación. Aunque la naturaleza jurídica de la Declaración le quita la fuerza jurídica vinculante, algunos autores han defendido su obligatoriedad.

En este sentido, Miguel Cillero Bruñol señaló que la Convención no es meramente una reafirmación de los derechos del niño como persona humana, sino una especificación de estos derechos para las particulares circunstancias de vida de la infancia y de un conjunto de principios que regulan la protección conjunta de los derechos de este grupo y los adultos, y sus derechos y deberes recíprocos (1998: p. 69).

Tomando en consideración la evolución histórica de los derechos de la infancia, la aprobación en 1989 de la Convención sobre Derechos de los Niños implicó un paso importante sobre el tratamiento jurídico hacia la infancia, pues reconoció importantes derechos a favor de este grupo social.

Por otro lado, la Convención de los derechos del niño también introduce por primera vez derechos y principios específicos a favor de la infancia, como el interés superior de la niñez como un principio trascendental, junto con la autonomía progresiva de los niños y, como mencionamos anteriormente, el reconocimiento de estos como sujetos titulares de derechos humanos.

Creemos necesario destacar particularmente las siguientes normas: Definición

de niño convención sobre los derechos del niño. Artículo 1:

“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

Convención sobre los derechos del niño. Artículo 2:

“Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

Artículo 3.1:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Convención sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional.  
Preámbulo:

“Los Estados signatarios de la presente Convención, Reconociendo que el niño, para el desarrollo pleno y armónico de su personalidad, debería crecer en un ambiente de familia y en una atmósfera de felicidad, amor y comprensión”.

Artículo 1.A: Los propósitos de la presente Convención son: A. establecer salvaguardias que permitan garantizar que las adopciones internacionales se lleven a cabo en beneficio del niño y respetando sus derechos fundamentales conforme le son reconocidos por el Derecho Internacional.

Pacto internacional de derechos civiles y políticos. Artículo 24.1:

“Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 10.3:

“Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil”.

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Artículo 16 letra F:

“Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial”.

Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto San José de Costa Rica). Artículo 19:

“Derechos del Niño: Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

Otros instrumentos internacionales relacionados con los derechos de la niñez son: el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en Conflictos Armados, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, el Convenio 138 sobre la edad mínima de admisión al empleo, el Convenio 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación.

Así mismo, hay otros textos internacionales de alcance mundial sobre cuestiones específicas relacionadas con la niñez, como las Reglas de Beijing, las Directrices de Riad, las Reglas de Tokio, y las Recomendaciones sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y Registro de los Matrimonios.

Con esta normativa se pretende proteger y salvaguardar todos y cada uno de los derechos humanos de los niños y niñas, con base en la visión del interés de los niños, niñas o adolescentes sobre cualquier otro tipo de interés, incluyendo a cualquier sujeto adulto.

## **e) Jurisprudencia**

### **e.1. Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana**

El caso acontece en República Dominicana donde a las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico, se le negó la posibilidad de inscripción tardía de nacimiento en el Registro Civil de la República

Dominicana por, según la autoridad en cuestión, no cumplirse los requisitos para la obtención de la nacionalidad por parte de las menores. Por lo que estuvieron como irregulares dentro del país cuando no solo habían nacido allí, sino que habrían ya transcurridos muchos años.

A propósito de esto es que la Corte Interamericana de Justicia se refiere al interés superior del niño como principio supranacional establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos y señala en el párrafo 110 de la sentencia:

“En cuanto al artículo 19 de la Convención Americana, la Comisión señaló que: a) el Estado incumplió sus obligaciones internacionales por no adoptar las medidas necesarias que tomen en cuenta el interés superior del niño y aseguren la protección de los menores dominicanos de origen haitiano, como las niñas Dilcia y Violeta; b) el Estado desconoció su obligación de proteger a las niñas Dilcia y Violeta, de conformidad con el artículo 19 de la Convención, al mantenerlas en una condición de marginalidad y vulnerabilidad legal, social y económica y al no garantizar su derecho a la nacionalidad, dejando a las niñas expuestas al peligro de ser expulsadas de la República Dominicana, y c) el Estado faltó a su deber de asegurar el derecho a la educación, toda vez que a la niña Violeta se le impidió registrarse en la escuela diurna por carecer del acta de nacimiento.”

Como también en el 134:

“Este Tribunal ha señalado que revisten especial gravedad los casos en que las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable”. (Cfr. Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de todas las Formas de discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 24, aprobada en el 20º período de sesiones, 1999, sobre la aplicación del artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.) p. 59

Y en el 166:

“La Corte considera que, al haber aplicado a las niñas, para obtener la nacionalidad, otros requisitos distintos a los exigidos para los menores de 13 años de edad, el Estado actuó de forma arbitraria, sin criterios razonables u objetivos, y de forma contraria al interés superior del niño, lo que constituyó un tratamiento discriminatorio en perjuicio de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico. Esa condición determinó que ellas estuviesen al margen del ordenamiento jurídico del Estado y fuesen mantenidas como apátridas, lo que las colocó en una situación de extrema vulnerabilidad, en cuanto al ejercicio y goce de sus derechos” (p.67).

## **e.2. Caso Bulacio Vs. Argentina**

El caso versa sobre la detención ilegal que la Policía Federal Argentina realizó en una “razzia” de “más de ochenta personas” el 19 de abril del año 1991, en la ciudad de Buenos Aires, en las inmediaciones del estadio Club Obras Sanitarias de la Nación, lugar en donde se iba a realizar un concierto de música rock. Dentro de los detenidos se encontraba un menor, de 17 años, Walter David Bulacio, quien luego de su detención fue trasladado a la Comisaría 35a , específicamente a la “sala de menores” de la misma. En este lugar fue golpeado por agentes policiales. Luego, tras haber vomitado en la mañana, fue llevado en ambulancia cerca de las once horas al Hospital Municipal Pirovano, sin que sus padres o un Juez de Menores fueran notificados. El 26 de abril siguiente el joven Walter David Bulacio murió.

Relativo al interés superior del niño la corte señaló en los párrafos 133 y siguientes:

“La Corte estableció en su Opinión Consultiva OC-17 que “En definitiva, tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por ‘niño’ a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad” (Cfr., Condición jurídica y derechos humanos del niño, supra nota 4, párr. 42). En este sentido, la Corte señala que este caso reviste especial gravedad por tratarse la víctima de un niño, cuyos derechos se encuentran recogidos no sólo en la Convención Americana, sino también en numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, entre los cuales destaca la Convención sobre los Derechos del Niño, que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción.”

“Cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda “en la dignidad misma

del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades” (Cfr., Condición jurídica y derechos humanos del niño, supra nota 4, párr. 56.)”

“Para salvaguardar los derechos de los niños detenidos, especialmente su derecho a la integridad personal es indispensable que se les separe de los detenidos adultos. Y, como lo estableciera este Tribunal, las personas encargadas de los centros de detención de niños infractores o procesados deben estar debidamente capacitadas para el desempeño de su cometido (Cfr., Condición jurídica y derechos humanos del niño, supra nota 4, párr. 78.). Finalmente, el derecho de los detenidos de establecer comunicación con terceros, que les brindan o brindarán asistencia y defensa, se corresponde con la obligación de los agentes estatales de comunicar inmediatamente la detención del menor a esas personas, aun cuando éste no lo haya solicitado.”

### **e.3 Corte Suprema otorga el cuidado personal de mellizos a su padre pese a homofóbico rechazo de la madre**

Tras el nacimiento de los niños en enero del 2014 la madre fue poniendo continuos obstáculos para que el padre se los llevara a su hogar los viernes y sábado, según se había estipulado previamente, sólo porque había iniciado una relación con una persona de su mismo sexo.

Durante los primeros 5 meses del 2015 secuestró a los niños, reteniéndolos en Uruguay e impidiéndoles todo contacto con el padre, razón por la que el progenitor inicio la lucha para obtener el cuidado personal, contando con el sólido respaldo de su pareja.

El 22 de junio del 2016 el padre obtuvo una primera victoria, pues el Tercer Juzgado de Familia de Santiago acogió su demanda, argumentando que él “cuenta con mejores habilidades parentales, características psicológicas, económicas y sociales, para hacerse cargo del cuidado de los niños, pudiendo brindarles una mayor estabilidad y protección en comparación con la madre”. Por el contrario, “los niveles bajos de coparentalidad” de la madre “se traducen en que entorpezca el régimen comunicacional de los niños con su padre, aduciendo excusas para incumplirlo e, incluso, llegando al extremo de retenerlos ilícitamente en Uruguay, acto que jamás cuestionó, restituyendo a los niños a Chile sólo cuando así se le ordenó”, indicó el fallo de primera instancia.

El 22 de noviembre del 2016 la Corte de Apelaciones de Santiago revocó la medida del Tribunal de Familia y entregó a la madre cuidado personal. Para dicha sentencia ambos, el padre y la madre, tenían habilidades parentales similares, sin embargo, dado que los niños vivían con la mujer, se argumentó que debían volver donde ella.

“En esta sentencia se atendió a la homofobia de la madre, pues se justificó que hubiese secuestrado a sus hijos sólo porque la relación del padre con alguien del mismo sexo la había desestabilizado”.

En efecto, la Corte de Apelaciones indicó que el “conflicto familiar afecta a ambos padres en sus competencias de coparentalidad y aparece uno generado por el padre, en su intención de homologar a la madre con su pareja, lo que es fuente, en parte, de las tensiones, junto con el temor de ella de ser anulada en su calidad de tal cuando los niños están con el padre, sin saber muy bien como tolerar la angustia, a lo que se une su fuerte concepto de familia tradicional respecto a la no aceptación de la pareja del padre y la judicialización del conflicto familiar. Parte del proceso judicial ha generado en la madre confusión y ansiedad que le dificulta tener respuestas acertadas y empáticas en algunas ocasiones, lo que aparece afectándola, en parte, en las competencias calificadas como básicas, en particular, en particular, en las vinculares y reflexivas”.

El presentó un recurso de casación, el cual fue acogido por la Corte Suprema el 23 de mayo de 2017.

Para la Suprema el secuestro de los menores fue lo suficiente claro como para decidir que era el padre y no la madre quien mejor garantizaba el interés superior del niño, así como el vínculo afectivo de los hijos con sus dos progenitores y no sólo con uno.

“La actitud de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular”, es relevante para el interés superior del Niño, sostuvo la Suprema.

Añadió que “no es un hecho discutido – y así por lo demás se ha consignado en esta sentencia de casación- la retención ilícita de los niños en Uruguay por la madre, llegando al extremo que su restitución hubo de ser obtenida a través de resolución judicial dictada por los tribunales de ese país”.

En consecuencia, si los sentenciadores de la Corte de Apelaciones “estimaban prioritario mantener la estabilidad de los niños, no podían obviar esta circunstancia, desde que ciertamente es demostrativa de una actitud que la perturba y que, en consecuencia, contraría el interés superior de los niños, que para su pleno desarrollo requieren mantener una vinculación “sana y cercana”, a través de un “contacto periódico y estable” con el padre o madre que no ejerza el cuidado personal, según establece el artículo 229 del Código Civil”, finalizó la Suprema.

## **f) Conclusiones**

El interés superior de los niños y niñas es un concepto que no está exento de críticas. Se le ha criticado por su alto grado de abstracción y vaguedad. Como ha sido expuesto en los acápites anteriores la discriminación que a nuestro parecer existe respecto de las personas homosexuales, no es tal, para los de opinión contraria, y se justifica la diferencia de trato en virtud de la aplicación del principio de proporcionalidad puesto que se protege un derecho valorado a nivel nacional e internacional que sería el interés superior de niño.

Es cierto que la sociedad debe reconocer que el menor es sujeto propietario de los derechos fundamentales reconocidos a todas las personas, los cuales están enfocados a proteger su ser o esencia de persona; en definitiva, a proteger los derechos de su propia personalidad.

La evolución histórica en el reconocimiento de los derechos de la infancia pasó desde el olvido hasta ser actualmente uno de los temas de mayor preocupación internacional. Analizamos y destacamos que esta evolución no fue producto de la razón jurídica, sino más bien estuvo motivada por razones de carácter humanitario y social. Este reconocimiento jurídico se dio cuando se comprendió la necesidad de brindar protección jurídica a aquellas personas por su condición de vulnerabilidad y madurez. Esta evolución no culminó con la adopción de la Convención sobre Derechos del Niño, sino que constituyó un hito trascendental de protección de los derechos de la infancia. Además, como hemos observado, los derechos de la niñez continúan consolidándose y transformándose no solo desde el campo del derecho internacional, sino también desde la consolidación doctrinaria. En la actualidad, se han vencido algunos obstáculos y barreras jurídicas que impiden una correcta implementación de las normas internacionales en su conjunto. En este sentido, el interés superior de la niñez al incorporarse en los instrumentos internacionales relacionados con la infancia como principio fundamental de los demás derechos provocó que éste sea ubicado en el centro de decisión que afecte cualquier derecho del niño.

Si hablamos de ley de adopción hay que destacar que en otros países no se discrimina a las personas homosexuales como lo hace Chile, existen numerosos países en los que la adopción homoparental es una realidad legislativa y social hace ya muchos años, existen otros en los que no está prohibido por la legislación o permitido explícitamente, y queda a criterio de los centros de adopción o un juez en cada caso. En Dinamarca, por ejemplo, en 1989 su legislación equiparó las parejas de hecho con los matrimonios excepto en lo relativo al derecho a la adopción. A continuación, lo hicieron Suecia y Noruega con unas leyes similares. En septiembre de 2000 lo hizo Holanda, suprimiendo ya cualquier punto de discriminación entre personas o parejas hetero u homosexuales incluida la adopción. Los países nórdicos han ido aumentando el alcance de sus leyes desde entonces, al comprobar la normalización social del hecho homosexual que se ha producido desde el inicio de las mismas. Chile sigue muy en deuda con los derechos de las personas homosexuales.

Coincidimos en que todo niño o niña tiene el pleno derecho de que el desarrollo de su personalidad venga marcado por un conjunto de valores sociales jurídicamente relevantes, por lo que todos los padres, madres, tutores o encargados deben inculcarles los valores innatos sobre la dignidad, la libertad, la seguridad, el respeto y la cordura. Se trata de establecer que al niño, niña o adolescente se le infundan los derechos de las demás personas, de tal forma que aprenda que en el ejercicio de sus propios derechos debe respetar el derecho de los demás.

Para el establecimiento del desarrollo de su personalidad se hace indispensable valorar cada una de las circunstancias actuales que posee el niño o niña, y las circunstancias futuras que se prevea que va a poseer. El objetivo último es observar a un sujeto menor sano, educado, alimentado, respetado, alegre y con una dirección de vida acorde con lo que se espera de cualquier niño o niña. Lo que se persigue es lograr que todo niño, niña o adolescente alcance el pleno desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que le imponen los derechos de los demás y el orden jurídico, dentro de un proceso de formación integral, física, psíquica, intelectual, moral, espiritual, social, afectiva, ética, cívica, y demás valores humanos. Y esto último lo puede encontrar en cualquier familia que le brinde amor y protección, familias heterosexuales y por supuesto también monoparentales y homoparentales.

## CAPÍTULO IV: ANÁLISIS CRÍTICO DE LA LEY 19.620

### **a) Nociones preliminares**

Cabe preguntarnos luego de lo analizado, ¿la ley 19.620 vulnera el principio de igualdad y no discriminación frente a las personas homosexuales? En virtud del principio de proporcionalidad ¿Cuál sería el interés superior en el que se ampara la diferencia de trato o preferencia que hace la Ley de Adopción de Menores en el derecho chileno?

Nuestra respuesta a estas interrogantes es afirmativa, efectivamente existe una discriminación indirecta sobre este grupo de personas en cuanto a los derechos de igualdad ante la ley y a la familia, puesto que la diferencia que se hace es desproporcionada y limitante del ejercicio de estos derechos en los posibles padres homosexuales y se basa en concepciones estereotipadas de sus habilidades para cuidar a un menor y de crear un entorno familiar saludable y adecuado.

Para llegar a esta respuesta nos basamos en diferentes textos y autores para, de una manera fundada, sostener que la Ley sobre adopción de menores vulnera la igualdad ante la ley y discrimina a las personas homosexuales.

Al decir que es una discriminación indirecta nos remitimos al concepto de la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia la cual en su artículo 1.2 distingue:

“Discriminación indirecta es la que se produce, en la esfera pública o privada, cuando una disposición, un criterio o una práctica, aparentemente neutro es susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico, o los pone en desventaja, a menos que dicha disposición, criterio o práctica tenga un objetivo o justificación razonable y legítimo a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

En virtud de este principio entendemos que, si se establece una diferencia hacia las personas homosexuales y no se les permite finalizar con éxito un proceso de adopción por su orientación sexual, sería una discriminación a menos que de acuerdo al juicio estricto de proporcionalidad se establezca que existe un bien constitucional e internacional que se está protegiendo. ¿Es el interés superior del adoptado su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el 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 este fin superior? ¿Se satisface el juicio estricto de proporcionalidad?

Dworkin distingue entre el derecho a ser tratado como igual y el derecho a un igual tratamiento, mientras el primero consiste en ser tratado con la misma consideración y respeto, el segundo es el derecho a una distribución igual de oportunidades, bienes, recursos y cargas. Esto último es interesante si utilizamos el ejemplo utilizado por Agustín Squella en *Los conceptos de Igualdad*: supongamos que hay cierta cantidad de becas para ser asignadas a los jóvenes que aspiran a la educación superior, ¿tendremos que atendernos a la igualdad más básica y ser tratados como iguales? Claramente no, lo que debemos hacer en ese caso es atender las desigualdades materiales de las personas y dar esas becas a los postulantes de educación superior con menos recursos, lo que nos lleva a concluir que, a veces, en nombre de la igualdad hay que discriminar.

La igualdad jurídica contiene muchos elementos relevantes como la igual participación en los derechos humanos, la igual condición de sujetos de derecho, el gobierno por medio de las leyes y, en definitiva, la igual dignidad. Agustín Squella señala que la idea de dignidad de la persona está no sólo a la base de la libertad y de la igualdad, sino, más ampliamente, hallase a ella a las bases de los derechos fundamentales, que desde la modernidad y hasta nuestros días acostumbramos llamar con la expresión más habitual de “Derechos Humanos”. Es de la idea de dignidad de la persona humana que surgen precisamente algunas demandas o exigencias morales- por ejemplo tratar a los hombres como iguales y no introducir entre éstos discriminaciones arbitrarias- que, bajo la denominación más comúnmente adoptada de “derechos humanos”, van surgiendo, conceptualmente, en el tránsito del medioevo a la edad moderna, y, lo que tiene una real importancia, incorporándose al ordenamiento jurídico de los Estados, o sea, al derecho interno de éstos, y luego, a partir del siglo actual, al derecho internacional.(1995: p. 427).

Ahora, también dentro de *Los conceptos de igualdad*, Agustín Squella sostiene que igualdad ante la ley no es lo mismo que igualdad en la ley, ya que el primero es un principio que se manifiesta en la exigencia de que las normas del derecho sean aplicadas de manera igual, o sea, que cualquiera sea su contenido se apliquen a todos los casos de la misma forma, es algo meramente formal. Mientras que la igualdad en la ley es un principio mucho más exigente por cuanto se traduce en la exigencia de que la ley no establezca diferencias o discriminaciones arbitrarias o injustas, que es lo que se hace en la ley de adopción.

La dificultad de establecer el significado descriptivo de igualdad estriba en su indeterminación, por ello se dice que es un concepto relacional, Bobbio señala que para darle sentido a una oración en que se utiliza concepto de igualdad se deben realizar dos preguntas, la primera es ¿igualdad en qué? y la segunda es ¿igualdad entre quiénes?, ya que en principio si decimos que dos personas son

iguales sin otra determinación, nada significa en el lenguaje político, si no se especifica de qué se trata y respecto de qué cosas son iguales todas las personas en el pleno ejercicio de sus derechos y libertades (1993: p. 53-54).

Iván Díaz también destaca esta característica de la igualdad. Señala que el hecho de ser un concepto relacional significa que vincula dos personas, objetos o situaciones, esto es, los “pares en comparación”. Haciendo una analogía con las matemáticas, el signo “igual” (=) siempre implica una relación entre dos elementos, uno de los cuales se ubica a la derecha de ese signo y el otro se ubica a la izquierda del mismo. En este sentido, y volviendo al plano jurídico, la igualdad se cumple cuando se trata de la misma manera a dos elementos que se considera iguales entre sí y cuando se trata de diversa manera a dos elementos que se considera desiguales entre sí. A la inversa, la igualdad se vulnera cuando se trata de diversa manera a dos elementos iguales y cuando se trata de la misma manera a dos elementos desiguales. (2012: p. 38-39).

Para explicar qué es lo igual, es decir, cuándo los términos en comparación son iguales, y qué es lo desigual, es decir, cuándo los elementos en comparación son desiguales, seguiremos el mismo texto de Iván Díaz, quien en este punto aconseja seguir a Comanducci, autor italiano, quien aclara de buena manera cuando los elementos en comparación son iguales y cuando son desiguales. Nosotros después, llevaremos lo expuesto al terreno de la adopción.

Comanducci relaciona la expresión igualdad con las nociones de identidad y semejanza. Advierte que estas tres expresiones; a saber: identidad, igualdad y semejanza, coinciden en que son aplicables cuando se comparan dos o más elementos. Sin embargo, mientras la primera es descriptiva, las otras dos son valorativas.

En efecto, al hablar de identidad se asume una perspectiva meramente descriptiva y se afirma que dos o más elementos en comparación coinciden en la totalidad de sus propiedades, características, rasgos o cualidades. En este sentido se pronuncia Comanducci cuando explica que el juicio de identidad “indica que dos o más objetos tienen en común todas sus características, no sólo algunas ni sólo las relevantes”. De este modo, se considera la totalidad de las propiedades de los elementos en comparación, sin realizar ningún juicio de valor respecto de alguna o algunas de ellas.

La expresión igualdad, por su parte, es valorativa y se utiliza cuando se afirma que los términos en comparación coinciden en la totalidad de sus propiedades relevantes. Para estos efectos no interesa cuántas propiedades se consideren relevantes (incluso puede ser sólo una), sino sólo que la coincidencia se produzca en todas ellas. Tampoco interesan aquellas propiedades que se consideran

irrelevantes, de modo que carece de importancia si entre ellas existe coincidencia o divergencia. Por tanto, mientras en la identidad hay coincidencia en todas las propiedades de los términos en comparación, en la igualdad hay coincidencia en todas las propiedades relevantes.

La semejanza, por último, también es una expresión valorativa y se emplea cuando los términos o elementos en comparación coinciden en al menos una propiedad relevante y divergen en al menos una propiedad relevante. Por tanto, no interesa cuántas propiedades se consideren relevantes, sino sólo que en al menos una de ellas exista coincidencia y que en al menos una de ellas exista divergencia. Tampoco interesan aquellas propiedades que se estiman irrelevantes, sea que exista coincidencia o divergencia en todas o algunas de ellas.

De este modo, mientras en la igualdad se produce coincidencia en todas las propiedades relevantes de los términos en comparación, en la semejanza se produce coincidencia en algunas de las propiedades relevantes y divergencia en otras. Ambas expresiones, valorativas según se ha dicho, se distinguen de la noción identidad en que esta última, meramente descriptiva, considera todas las propiedades y no sólo las relevantes (2012: p. 44-45).

## **b) Análisis de la ley**

Con lo recién expuesto, podemos distinguir en qué casos dos elementos son iguales y cuando son desiguales. Eso es lo que haremos en materia de adopción.

Para nuestro análisis nos centraremos en dos instituciones que están presente en los enunciados de esta norma y de los cuales hemos estado hablando a lo largo de nuestro trabajo: el interés superior del menor (susceptible de adopción para efectos de la ley) y el concepto de familia.

El artículo 1 menciona el interés superior del adoptado, este es, como ya hemos dicho, un principio consagrado en distintos aparatos internacionales y que han tenido una evolución a lo largo de la historia y ha adquirido una importancia trascendental.

Artículo 1º.- “La adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el 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 confiere al adoptado el estado civil de hijo respecto del o los adoptantes en los casos y con los requisitos que la presente ley establece.”

La definición del principio de interés superior del menor no es una definición rígida, es por ello que es incorrecto recurrir al mismo para discriminar a una familia constituida por una pareja homosexual razonando que es perjudicial para un menor, o, que es mejor aquella familia donde exista “un ambiente familiar donde se pueda ejercer adecuadamente el rol de padre y madre.” en palabras de artículo 39 de la indicación sustitutiva que ingresó el Ejecutivo el 6 de junio del año 2018 con motivo de proyecto de ley de reforma integral al sistema de adopción en Chile iniciado en 2013.

A la hora de determinar qué es lo mejor para un menor en un caso concreto, son muchos los factores que influyen, es esta, a la vez, la ventaja y desventaja de un concepto tan amplio como el interés superior del menor, ya que, aunque está establecido que siempre se debe velar por lo mejor para este, es difícil dejar atrás aquellos prejuicios y construir criterios objetivos con sustento empírico para determinar su alcance.

Ni el artículo 1, ni ningún otro artículo de la ley, ahondan en cuales son aquellos criterios para determinar cuándo una familia se considerará física, mental, psicológica y moralmente apta para la crianza de un menor. Sabemos que las instituciones acreditadas por el servicio nacional de menores para de llevar a cabo los programas de adopción, procuran que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 20 y siguientes de la misma ley de adopción, y es allí donde surge el segundo problema, un orden de prelación, de acuerdo al cual, la mejor familia para un menor es aquella constituida en el matrimonio entre un hombre y una mujer, nacional o extranjero. Existe clara discriminación hacia aquellas familias con distinta composición, y en especial, a las homoparentales.

Artículo 20 inciso 1.- “Podrá otorgarse la adopción a los cónyuges chilenos o extranjeros, con residencia permanente en el país, que tengan dos o más años de matrimonio, que hayan sido evaluados como física, mental, psicológica y moralmente idóneos por alguna de las instituciones a que se refiere el artículo 6º, que sean mayores de veinticinco años y menores de sesenta, y con veinte años o más de diferencia de edad con el menor adoptado. Los cónyuges deberán actuar siempre de consuno en las gestiones que requieran de expresión de voluntad de los adoptantes.”

Por otro lado, el Artículo 7 Ley 19.620 sobre adopción de menores señala:

“El programa de adopción es el conjunto de actividades tendientes a procurar al menor una familia responsable”.

Debemos coincidir en que lo relevante para un menor es aquella familia que le brinde cariño y lo necesario para cubrir sus necesidades tanto económicas y materiales como también las espirituales. La orientación sexual no es una característica sobresaliente a la hora de determinar quiénes son aptos para adoptar a un menor y entregar estas necesidades.

Por lo tanto, si seguimos esta igualdad relacional de la que habla Díaz y siguiendo el esquema propuesto por Comanducci, queda de manifiesto que la exclusión a parejas homosexuales de la posibilidad de adoptar a un menor y formar una familia no tiene ningún motivo que lo justifique razonablemente puesto que la orientación sexual de los adoptantes no es relevante para los fines de la adopción, el cual es, pura y exclusivamente, brindar una familia a un menor.

## CAPÍTULO V: ENTREVISTA Y OPINIONES DE AUTORIDADES

### **a) Entrevista a jueza del Tribunal de Familia de Valparaíso**

Fuimos a entrevistar a Marcela Valenzuela, jueza del tribunal de familia de Valparaíso, quien muy amablemente nos atendió en su oficina, previa a las preguntas se le señaló que la idea no es abordar la ley 19.620 en su totalidad sino el trato que ésta tiene frente a las personas homosexuales, fueron 15 minutos de mucha cordialidad y claridad en sus respuestas, a continuación, un extracto de lo más importante que se pudo obtener en esta enriquecedora instancia.

#### **1.- ¿Cuál es su nombre y hace cuánto que trabaja en el tribunal de familia de Valparaíso?**

R: Me llamo Marcela Valenzuela, soy abogada de la Universidad de Chile de Santiago, llevo tres años y medio de juez de familia acá en Valparaíso, antes estuve en Pudahuel (también en familia) alrededor de tres años y medio y también en San Antonio, en total llevo más de 10 años trabajando en la jurisdicción de familia. Tengo Magíster en derecho privado, varios postítulos y diplomados, pasantías en Tribunal Constitucional, monitoreo de la sala Gesell, hago clases en la academia de autonomía progresiva de derecho y talleres de dictación de sentencia y simulación de audiencias.

#### **2.- Entrando de lleno en la pregunta eje de nuestro trabajo y con su experiencia como respaldo ¿Cree que la ley de adopción en sus términos vigentes discrimina a las personas homosexuales? ¿Se vulnera la igualdad ante la ley?**

R: Absolutamente, creo que sí la vulnera, si uno se va sólo a la ley y ve este orden de prelación que existe es discriminatoria, ahora, para la aplicación evidentemente existen principios, está la Convención de los derechos del niño que es aplicable normativamente por vía del artículo 5 inciso segundo de la Constitución pero la ley en sí es discriminatoria y por eso además no se ajusta en nada ni a la dinámica social ni a los cambios sociales y hay proyectos de ley sobre adopción que están durmiendo hace tiempo en el Congreso y están permanentemente modificándose lo cual es un indicador de que necesitamos adecuar nuestra legislación vigente a los tratados internacionales y especialmente en materia de infancia y adopción.

**3.- El ejecutivo en el último proyecto ha dicho que se debe procurar que al menor se le brinde una familia con los roles claros de padre y madre ¿Le parece una redacción decimonónica en cuanto a los estereotipos marcados en la constitución de una familia?**

R: Claramente, y al leer todos los proyectos de ley uno se da cuenta de que es más de lo mismo e insisto en que no va de la mano con los cambios culturales que hay y las demandas de reivindicaciones sociales, creo que estas reformas legislativas sólo pueden tener éxito mientras continúe el movimiento social, las reivindicaciones sociales de los grupos que saltan a la calle que en definitiva son los que promueven y que hacen que sea posible los cambios legislativos de acuerdo a los cambios sociales.

**4.- El orden de prelación prioriza a matrimonios nacionales o extranjeros residentes y no residentes en el país, luego personas solteras viudas y divorciadas y para estar viudo o divorciado primero tengo que estar casado así que la única vía por la cual una persona homosexual podría adoptar sería como persona soltera. ¿Le ha tocado un caso así?**

R: No, jamás, pero supe de algún caso acá en Valparaíso donde se tocó tangencialmente el tema de que esta persona vivía con su pareja y cuando salió esta información suspendieron la audiencia y mandaron a evaluar más y hubo inmediatamente un acto de discriminación por parte del mismo sistema. No puedo revelar la causa pero si tuve conocimiento de que eso sucedió.

**5.- La igualdad tiene como base la prohibición de excluir a las personas por motivos ya sea de raza, etnia, orientación sexual, etc. ¿Cuál cree usted que es la razón por la cual se excluye a personas homosexuales a que tengan la posibilidad de adoptar?**

R: Prejuicio, no hay ninguna fundamentación ni empírica, ni filosófica ni de ningún tipo, no creo que exista argumento válido para estimar que una persona por ser homosexual o una pareja por ser homosexual pueda tener menos habilidades para adoptar. Si bien el hacer diferencias es parte de la paridad y la equidad, me parece que en este caso es discriminatorio per se.

**6.- La ley 19.620 en varias disposiciones alude al término responsabilidad, ya sea para procurar al menor una familia responsable o para sostener que el menor es susceptible de ser adoptado porque su familia de origen no puede hacerse cargo responsablemente de él.**

**¿Qué se entiende por esa responsabilidad?**

R: Básicamente a habilidades parentales, el informe de idoneidad a que alude la ley a nosotros los jueces sólo nos llega el certificado, desconociendo el proceso previo teniendo como exigencia la vigencia de un año, pero nosotros no participamos en el proceso para esta certificación de idoneidad. Todo lo demás lo hace el SENAME o la fundación San José, independiente claro, de que uno exija en algunos casos pericias y demás, nosotros no participamos en el proceso de idoneidad moral, psicológica etc.

**7.- ¿Cómo cree usted que debiera estar regulado la adopción? ¿Qué le dice el deber ser?**

R: De partida el derecho a tener una familia debe ser en base a un concepto amplio de familia y ese concepto amplio debe incluir a una familia homoparental, una mujer sola o un padre solo que también tiene habilidades para entregar cariño, amor y herramientas para la formación de un niño. Es fundamental que no exista este orden de prelación y que los plazos sean breves, se acorten y que por ejemplo las familias guardadoras puedan optar a ser adoptantes porque ya se creó un vínculo y no entiendo el motivo de que no puedan adoptar. Lo más importante al final es la permanencia, la vinculación y la sensibilidad todo en un concepto amplio de familia y esto implica y de la cual soy partidaria del matrimonio igualitario, homosexual y de hecho hay un fallo de la Corte Suprema que estableció que el matrimonio es un derecho humano y en base a ello dos personas del mismo sexo fueron a pedir hora al registro civil para casarse, pero este se negó. Son cosas valóricas y esto se da mucho en familia.

(Marcela Valenzuela, 18 de enero de 2019)

## **b) Opiniones de autoridades**

A continuación, una recopilación de distintas opiniones de distintos sectores de la comunidad nacional e internacional sobre la posibilidad de adopción por parte de personas homosexuales y la posibilidad de la adopción homoparental.

“El concepto de dos madres, que es un concepto que existe en la realidad, pero yo creo que la ley debiera siempre legislar para el caso general y yo creo que en el caso general particularmente cuando hay un niño que va a ser adoptado por una nueva pareja es mejor que esa nueva pareja tenga la figura de un padre y una madre”.

(Sebastián Piñera, Presidente de la República de Chile)

“Para la igualdad plena en el reconocimiento del amor humano, debemos dar un paso más, no puede ser que los prejuicios antiguos sean más fuertes que el amor. Un niño o niña debe ser adoptado indistintamente por un matrimonio heterosexual u homosexual”.

(Michelle Bachelet, ex Presidenta de la República de Chile)

“Es del todo necesario que se explicita en la misma ley que sus normas no pueden ser invocadas para afectar de modo alguno la naturaleza del matrimonio y de la familia, como tampoco para facultar la adopción de niños y niñas por parejas del mismo sexo”

(Ricardo Ezzati, arzobispo de Santiago)

"Tengan sus reivindicaciones, pero no usen a los niños, el interés superior del niño pasa por tener un padre y una madre".

(José Antonio Kast, ex candidato a Presidente de la República de Chile)

“La adopción no es un derecho de las parejas, es un derecho de los niños y, por lo tanto, lo que hay que buscar es el bien del niño y lo mejor para el niño es un papá y una mamá que le pueden garantizar un ambiente de amor”.

(Jacqueline Van Rysselberghe,  
Senadora)

“Es un camino que debemos empezar a considerar seriamente como una alternativa más para los niños”

(Josefina Escobar, académica de la Escuela de Psicología de la U. Adolfo Ibáñez)

“¿Cuántas familias monoparentales existen en Chile? ¿Cuántas mujeres crían a sus hijos solas? Son muchas y nadie pone en duda sus capacidades. ¿Por qué una pareja homoparental no podría hacerlo bien? Es una paradoja de la visión conservadora decir que un niño necesita una madre o un padre, cuando lo que necesitan es un adulto que cumpla la función de cuidado”.

(Paz Valenzuela, psicóloga y académica de la U. Diego Portales)

“El concepto de familia para mí es un hombre y una mujer, no dos hombres ni dos mujeres”

(Leonidas Romero, Diputado Renovación Nacional)

"No hay evidencia de que la adopción por este tipo de parejas sea un beneficio ni tampoco un perjuicio porque no hay experiencia. Pero la experiencia de la naturaleza desde hace 30.000 años era que lo más idóneo era un papá y mamá. Es lo que la naturaleza ha previsto desde hace muchos años, y si la naturaleza lo ha previsto, por la leve selección será lo más adecuado".

(Fernando Trullols, psiquiatra español)

"Ellos (los niños) son así considerados como cosas y objetos, como simples medios para satisfacer deseos y aspiraciones de adultos, como requisitos del avance de una agenda basada en la reivindicación ideológica".

(Álvaro Ferrer, abogado y académico de la Pontificia Universidad Católica de Chile)

"En principio, en cuanto a nivel pedagógico, no hay problema en unos niños adoptados por parejas heterosexuales como homosexuales, o incluso monoparentales. El problema es más social, en cuanto al que tiene que ser aceptado por una comunidad: el colegio, los vecinos. No todo el mundo lo comprende o lo acepta".

(Jaime Ledesma, psicopedagogo, educador especial y mediador familiar español)

## CAPÍTULO VI. CONCLUSIÓN

### **Conclusiones finales**

Después de analizar el principio de igualdad y no discriminación, el concepto de familia, el interés superior del niño, la ley de adopción 19.620 y la opinión de profesionales y distintas autoridades de la nación terminamos sosteniendo que nuestra actual ley de adopción de menores en sus términos actuales vulnera la igualdad ante la ley frente a las personas homosexuales.

Las personas homosexuales son privadas de sus derechos, mismos derechos que si tienen sus iguales heterosexuales como lo es la posibilidad de contraer matrimonio y que conlleva a su imposibilidad de adoptar a un menor ya que la ley de adopción privilegia a los matrimonios. No hay razón objetiva que avale esta diferencia, tampoco hay un principio superior que se proteja para hacer tal distinción ya que el interés superior del niño no se ve infringido ante la posibilidad de crecer en una familia monoparental u homoparental. Esto, debido al arraigado pensamiento que la familia se basa exclusivamente en la unión entre un hombre y una mujer. Seguir sosteniendo esta legislación es mantener una sociedad dividida y desigual sin entender que aceptar la diversidad existente entre todos los miembros de la comunidad es el primer paso para una vida más justa, consiente de los derechos inherentes de todo ser humano.

Los niños, como sujetos de derechos, deben crecer en una familia responsable, con aptitudes parentales, y estas aptitudes se encuentran en todos los modelos de familia posibles. Las demandas sociales y reivindicaciones de los derechos de las personas históricamente discriminadas es aún una tarea pendiente, el reproche a cualquier tipo de discriminación debe ser una bandera de lucha hasta que las políticas públicas vayan a la par de los tiempos en los cuales estamos viviendo.

El objetivo es formar a un menor sano y educado, con un crecimiento libre de todo prejuicio. No olvidemos que los seres humanos nacemos sin discriminaciones de pensamiento, no nacemos con prejuicios de color, nacionalidad, idioma u orientación sexual sino que todo esto lo aprendemos con el modelo imperante de nuestra civilización, como nos dice *El Principito* “Todos los adultos fueron al principio niños, aunque pocos lo recuerdan”. Basta ya, de hacer este tipo de diferencias, basta ya, de la discriminación.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Arancibia Obrador, María José & Cornejo Aguilera Pablo (2014): “El Derecho de familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos” en *Ius et Praxis*. Volumen 20 n°1 pág. 7-22.
- Aristóteles (siglo IV a.c): Política, Libro I, Capítulo II.
- Benhabib, Seyla (2005) Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos, Gedisa. Barcelona.
- Bernal Pulido, Carlos (2010): “La racionalidad de la ponderación” en El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo, p. 37-57.
- Bidart Campos, Germán (1991): Teoría general de los Derechos Humanos, Editorial Astrea, Buenos Aires.
- Bobbio, Norberto (1993): Igualdad y libertad. Introducción de Gregorio pegas barba, Pensamientos contemporáneos 24, Editorial Paidós, Barcelona (Traducción de Pedro Aragón Rincón, Equaglianza y Libertá)

- Bordes Roca Juan: *La pareja y la Familia*, Editorial Fausi, Barcelona.
  
- Burdeau, George (1985): *Traité de Science Politique*, L.G.D.J, París.
  
- Cancado Trindade Antonio (2013): *El principio básico de igualdad y no discriminación: Construcción jurisprudencial*, primera edición, editorial Librotecnia, Santiago.
  
- Carmona Luque, María del Rosario (2011): *La Convención sobre los Derechos del niño: Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Editorial Dykinson, Madrid.
  
- Cillero Bruñol, Miguel (1998): “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño” en *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, p. 69-85.
  
- Comanducci, Paolo (1999): *Igualdad liberal*, Editorial Jurídica, Palermo.
  
- Corral Talciani, Hernán (1994): *Familia y Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
  
- Del Picó Rubio, Jorge (2011): “Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno” en *Revista ius et Praxis*, N°1, p. 31-56.
  
- Díaz García Iván (2012): “Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias” en *Revista Ius et Praxis*, N°2 p. 33-76.
  
- Esborraz, David Fabio (2015): “El concepto constitucional de familia en América Latina. Tendencias y proyecciones” en *Revista de Derecho Privado*, N° 29, p. 15-55.
  
- Espejo Yaksic, Nicolás (2000): “La garantía de la no discriminación y el principio de igualdad” en *Serie de Publicaciones Especiales N° 10*, Universidad Diego Portales, Santiago, pp. 65-109.
  
- Esteban Szmulewicz Ramírez (2012): “Igualdad orientación sexual y juicio estricto de la proporcionalidad. Comentario a la sentencia de la corte interamericana de derechos humanos en

el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* del 24 de febrero del 2012.” en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Coquimbo, Año 19 -Nº 1, pp. 433-449.

- Fernández Casado, María Dolores (1997): *Una aproximación al principio del interés superior del menor en Protección jurídica del menor*, Asociación de lectores de la junta de Andalucía, Editorial Comares, Granada, pp. 247-252

- Fernández Nieto, Josefa (2008): *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*, Editorial Dickinson, Madrid.

- González Martín, Nuria (2011): *El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional*, Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F.

- Innerarity, Daniel (2009) *El futuro y sus enemigos*, Paidós, Barcelona.

- Jaramillo Sierra, Isabel Cristina (2015): “Familia como concepto jurídico” en *Revista CS de ciencias sociales*, Nº 15, p. 91-109.

- López Contreras, Rony (2012): “Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido” en *Revista Latinoamericana*, p. 51-70.

- Lora, Laura (2006): “El Discurso Jurídico sobre el interés superior del niño” en *Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales*, Jornadas de Investigadores y Becarios, Ediciones Suarez, Mar del Plata, pp. 479-488

- Meza Barros Ramòn: *Manual de Derecho de Familia*, Tomo I, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

- Monereo Atienza, Cristina (2012): *Hacia un concepto complejo de igualdad: la igualdad formal en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: igualdad ante la ley y principio de no discriminación (artículo 20 y 21 de la CDFEU) : especial referencia a la igualdad entre mujeres y hombres (artículo 23 de la CDFEU)*, Dykinson, Madrid.

- Monereo Atienza, Cristina (2015): Diversidad de género, minorías sexuales y teorías feministas: superposiciones entre las teorías de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales y el feminismo en la reformulación de conceptos y estrategias político-jurídicas, Dykinson, Madrid.
  
- Navarretta, Emanuela (2014): “Principio de igualdad, principio de no discriminación y contrato” en Revista de Derecho Privado, N° 27, p. 129-154.
  
- Nikken, Pedro (1986): “Los derechos del niño, de los ancianos y de la mujer, su protección internacional” en Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Caracas p. 15-42.
  
- Ostos, Martín (2012): “En torno al interés superior del menor” en Anuario de justicia de menores, N° 12, p. 39-66.
  
- Pasquino, Gianfranco (2000): La democracia exigente, Alianza, Madrid.
  
- Peña Bernaldo de Quirós, Manuel (1989): Derecho de Familia, Editorial AGISA, Madrid.
  
- Pereda Gámez, Fco. (2006): El cambio de las estructuras familiares y la modernización del derecho de familia en Matrimonio, homosexualidad y adopción. Perspectiva nacional e internacional, Carlos Rogel Vide (dir), Editorial REUS, Madrid, pp. 199-208.
  
- Ramos Pazos, René (2010): Derecho de Familia, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
  
- Raya de Vera, Eloísa (2012): “El caso ‘Fornerón’ y el interés superior del niño”, en La Ley 06/09/2012, 6, 252, pp. 4.
  
- Rea Granados, Sergio (2016) “Evolución del Derecho Internacional sobre la infancia” en International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional, N°29, pág. 147-192.
  
- Rivero Hernández, Francisco (2007): El interés del menor, Editorial Dykinson, Madrid.
  
- Rossel Saavedra Enrique, Breve estudio sobre la familia, Editorial Juridica de Chile, Santiago.
  
- Salazar, Octavio (2010): Cartografías de la igualdad, Tirant lo blanch, Valencia.

- Serrano García, Juana María (2007): Participación y planes de igualdad en la ley orgánica de igualdad efectiva entre mujeres y hombres, Editorial Bomarzo, Madrid.
  
- Squella Narducci Agustín (1995): “Los conceptos de igualdad” en *Anuario de filosofía jurídica y social* N° 13, p. 421-446.
  
- Towers Ward, Jhon (1970): *Movimiento popular*, Editorial MacMillan, Londres.
  
- Valdivia Sánchez, Carmen (2008): “La familia concepto, cambios y nuevos modelos”, Universidad de Dausto, Bilbao, vol. 1, pp. 15-22.
  
- Vargas Carreño, Edmundo (2007): *Derecho Internacional Público: de acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
  
- Vasak, Karel (1984): *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Vol. I Editorial Serbal, Barcelona.
  
- Viera Álvarez, Christian (2008): El concepto de familia y la unión civil de personas del mismo sexo, comentario de jurisprudencia a la aplicación de la ley de violencia intrafamiliar, *Revista de Derechos Fundamentales*, Universidad Viña del Mar, Núm. 13, pp. 199-205
  
- Vivanco Martínez, Ángela (2006): *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta fundamental de 1980*, Editorial Ediciones UC, Santiago.

## **SENTENCIAS**

- Sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos (2012): Caso Atala Riffo y niñas v/s Chile.
  
- Sentencia de la Corte Internacional de Justicia (2002): Caso Fretté con Francia.
  
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016): Caso Duque v/s Colombia.
  
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016): Caso Flor Freire v/s Ecuador.

- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco (2014): Caso Difusión del cuento Nicolás tiene dos papás.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena (2006): Caso de violencia intrafamiliar en pareja del mismo sexo.
- Sentencia de la Corte Interamericana de Justicia (2005): Caso niñas yean y bosico v/s República Dominicana.
- Sentencia de la Corte Suprema de Chile (2017): Caso del cuidado personal de mellizos
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003): Caso Bulacio v/s Argentina.
- Sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos (2012): Caso Atala Riffo y niñas v/s Chile.
- Sentencia de la Corte Internacional de Justicia (2002): Caso Fretté con Francia.
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016): Caso Duque v/s Colombia.
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016): Caso Flor Freire v/s Ecuador.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco (2014): Caso Difusión del cuento Nicolás tiene dos papás.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena (2006): Caso de violencia intrafamiliar en pareja del mismo sexo.
- Sentencia de la Corte Interamericana de Justicia (2005): Caso niñas yean y bosico v/s República Dominicana.
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003): Caso Bulacio v/s Argentina.

- Sentencia de la Corte Suprema de Chile (2017):

## **ANEXOS**

-<https://www.youtube.com/watch?v=ra0H6JhxnOo>

-<http://lanacion.cl/2017/08/28/bachelet-firma-proyecto-de-matrimonio-igualitario-que-incluye-adopcion-homoparental/>

-<http://www2.latercera.com/noticia/iglesia-se-manifiesta-en-contra-de-matrimonio-homosexual-y-de-adopcion-de-ninos-por-personas-del-mismo-sexo/>

-<http://www.adnradio.cl/noticias/politica/kast-rechaza-la-adopcion-homoparental-tengan-sus-reivindicaciones-pero-no-usen-a-los-ninos/20171011/nota/3605042.aspx>

-<http://www.eldesconcierto.cl/2018/04/16/jacqueline-van-rysselberghe-sobre-adopcion-homosexual-lo-mejor-para-el-nino-es-un-papa-y-una-mama/>

-<http://www2.latercera.com/noticia/la-posibilidad-adopcion-homoparental/>

-<https://www.youtube.com/watch?v=ew15hDkGIvs>

-[https://mundo.sputniknews.com/radio\\_que\\_pasa/201708111071504087-chilenos-adopcion-parejas-homosexuales/](https://mundo.sputniknews.com/radio_que_pasa/201708111071504087-chilenos-adopcion-parejas-homosexuales/)

-<http://www.ine.cl/docs/default-source/publicaciones/2017/s%C3%ADntesis-de-estad%C3%ADsticas-vitales-2015.pdf?sfvrsn=4>

-<http://www.ine.cl/prensa/2018/08/31/n%C3%BAmero-de-nacimientos-en-chile-descendi%C3%B3-5-6-entre-2015-y-2016>