



UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
ESCUELA DE DERECHO  
SEMINARIO DE LICENCIATURA



# LA HOMOPARENTALIDAD EN CHILE. PROBLEMAS Y DESAFÍOS.

---

Tesina

Tesistas: Rafael Aravena Rojas y Sixto González Carrillo.

Profesor Guía: Muriel Sabioncello Soto.

Diciembre, 2016.

# ÍNDICE

RESUMEN	:	4
INTRODUCCIÓN	:	4
<b>I. PRIMER CAPÍTULO: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA</b>		
i. Situación actual de hijos nacidos en parejas del mismo sexo.	:	5
1. El concepto de familia.		
2. El problema.		
ii. La determinación de la filiación en Chile.	:	7
iii. Presunciones en el acuerdo de unión civil.	:	9
iv. Adopción	:	9
v. Técnicas de reproducción asistida	:	14
<b>II. SEGUNDO CAPÍTULO: LA FILIACIÓN Y SU CLASIFICACIÓN.</b>		
i. La filiación	:	17
ii. Clasificación de la filiación.	:	19
<b>III. TERCER CAPÍTULO: LA HOMOPARENTALIDAD COMO NUEVO MODELO DE FAMILIA Y FILIACIÓN.</b>		
i. La problemática del concepto de familia.	:	20
ii. Las diversas concepciones de familia.	:	22
iii. Homoparentalidad	:	22
iv. La homoparentalidad en Chile.	:	24
v. Doble maternidad	:	26
1. Principios y requisitos		
2. Sujetos		
vi. Doble paternidad	:	30
1. Principios y requisitos		
2. Sujetos.		
vii. Presunciones en materia de filiación homoparental	:	37
<b>IV. CUARTO CAPÍTULO: PRINCIPIOS Y DERECHOS VULNERADOS</b>		
i. Derechos vulnerados a los padres.	:	38

1. Derecho a la igualdad y a la no discriminación en razón de orientación sexual y género.	
2. El derecho a la vida privada.	
3. El derecho a establecer una familia y concepto de familia.	
ii. Derechos vulnerados al niño.	: 40
1. Principio de interés superior del niño.	
<b>V. QUINTO CAPÍTULO: RESPUESTAS A ESTAS PROBLEMÁTICAS EN EL DERECHO COMPARADO.</b>	
i. Derecho español.	: 42
1. Legislación española.	
2. Jurisprudencia española.	
<b>VI. SEXTO CAPÍTULO: CONCLUSIONES Y SOLUCIONES A PARTIR DEL DERECHO COMPARADO.</b>	: 51

## **BIBLIOGRAFÍA**

## RESUMEN

El objetivo de este trabajo se dirige principalmente a proyectar una mirada del estado actual de la situación en relación con los supuestos de atribución de doble maternidad o doble paternidad y consiguiente determinación de la filiación de los hijos de parejas de hecho del mismo sexo. Daremos un repaso general a las interrogantes y problemas que rodean aceptar la homoparentalidad en nuestro ordenamiento jurídico.

Examinaremos qué respuestas propone el derecho comparado para estos supuestos, nos centraremos, principalmente, en el derecho español, fuente inagotable de legislación y jurisprudencia en nuestra realidad jurídica. De esta forma, intentaremos entregar soluciones a las distintas problemáticas planteadas.

Palabras claves: *Homoparentalidad, Copaternidad, Comaternidad, filiación, adopción, familia, técnicas de reproducción asistida, acuerdo de unión civil.*

## INTRODUCCIÓN

Hoy ya no resulta novedoso, al menos en el campo sociológico, afirmar que el concepto de familia es dinámico, ya no se trata de una concepción estática que en antaño se instituyó y consolidó a través de figuras altamente influenciadas por la iglesia católica y su modelo de familia formado únicamente por un hombre y una mujer unidos para unirse, multiplicarse y así poblar la tierra. A pesar de esto, el derecho, como una manifestación orgánica de la voluntad de la sociedad, reguló, a través de distintos cuerpos legales un concepto moral de familia, dando naturaleza legal a situaciones que hoy sabemos son discriminadoras y atentan contra los derechos humanos, no propiciando una regulación normativa acorde a la realidad social que plantea una construcción de “familia”, no como un mero un registro, sino como una reunión de relaciones consentidas basadas en el respeto, el apoyo y el cariño, como un acuerdo interpartes de felicidad.

Así las cosas, la problemática planteada surge a propósito de la grave omisión en la que ha incurrido, intencionalmente o no, el legislador, al introducir el Acuerdo de Unión Civil a nuestro ordenamiento jurídico, herramienta idónea para regular la relación entre dos personas del mismo sexo, pero, al mismo tiempo, no hacerse cargo de la doble paternidad/maternidad legal que, eventualmente, podría originarse en esta unión de hecho, aceptando la posibilidad de la filiación homoparentalidad, cuestión que hoy parece ser parte de la realidad social, pues no contempló un mecanismo para que pueda determinarse la filiación a favor del o la no gestante.

Lo anteriormente expuesto, ha propiciado que la igual protección de los derechos de todas y todos, la no discriminación en razón de orientación sexual y género, el Derecho a la vida privada y el Derecho a establecer una familia en Chile sea aún un deber incumplido del Estado. Esto está, principalmente latente, y como lo demostrará nuestra investigación, respecto de los hombres y mujeres que son discriminados por su orientación sexual o identidad de género, violándose flagrantemente garantías constitucionales e internacionales ratificadas por Chile. Así, es probable que no haya aspecto en el cual el trato desigual, que solo demuestra un rechazo a esa orientación o identidad, sea más patente y serio en sus efectos que en lo relativo a la capacidad y posibilidad de ejercer la paternidad y maternidad. Abordaremos, de acuerdo a los estándares

del derecho internacional de los derechos humanos, cómo el Estado de Chile ha incumplido con sus compromisos en materia de entregar igual protección a las personas homosexuales en materia de parentalidad. De igual forma, dejaremos en evidencia el cómo se están transgrediendo principios básicos para los hijos nacidos o *adoptados* por parejas homosexuales y cómo el no aceptar la filiación homoparental resigna a niños al total desamparo, vulnerándose el derecho que tiene todo niño a tener familia, del derecho de alimentos, derecho de salud –de carga-, derecho sucesorio, derecho de cuidado y del principio del interés superior del niño.

## **CAPITULO PRIMERO: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.**

Estamos enfrentados hoy a una sociedad más abierta y tolerante, donde las minorías han alcanzado derechos que tan solo el siglo pasado hubiesen sido impensados. En esta línea, las parejas del mismo sexo reclaman hoy por una institucionalidad igualitaria para todos, por la aceptación no solo del matrimonio homosexual, sino que por todos los derechos que de éste nacen. Así es que nacen las principales interrogantes aquí tratadas. ¿Dejaremos de lado nuestra lógica heternormativa para permitir que un niño pueda tener dos padres o dos madres? ¿Qué filiación tendrán los niños nacidos a través de técnicas de reproducción asistida demandadas por parejas del mismo sexo?

### **1. Concepto de familia.**

Bien es sabido, que el concepto de familia como grupo social, está en constante evolución. A lo largo de la historia, diversas ramas de las Ciencias Sociales, se han dedicado a investigar este fenómeno. En nuestro caso en particular, la discusión se ha centrado en si efectivamente, el concepto de familia que consagra nuestra constitución, es aquella de origen matrimonial. Para el profesor Ramos Pazos la familia proviene del *famulus*, derivado del *oscofamel*, que quiere decir “siervo”, y más remotamente del *sanscrito* *va a*, hogar o habitación, significando, por consiguiente el conjunto de personas y esclavos que moraban con el señor de la casa.<sup>1</sup> De manera que la raíz etimológica del concepto de familia, tiene como base, un conjunto de personas que compartes un hogar.

En nuestra cultura, el uso contemporáneo de la palabra familia, tiene a referirse más bien a un conjunto de personas ligadas por vínculo matrimonial, del parentesco o de la adopción.<sup>2</sup>

Nuestro ordenamiento, no ha entregado una definición acerca del concepto o significado de familia, lo que ha significado un problema no menor, pues únicamente se ha tenido que recurrir a meras referencias, como por ejemplo el artículo 815 del Código Civil a propósito de la extensión del derecho de uso y habitación. La Constitución Política de la República, también ha incurrido en esta omisión, haciendo alusión a este concepto en varios pasajes de su cuerpo, pero sin entregar una definición de lo que se entenderá por ella. Por ejemplo, una referencia expresa es el artículo 1° de la Constitución que señala “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”. El inciso 5° del mismo artículo señala que “es deber del Estado resguardar la seguridad nacional,

---

<sup>1</sup> Ramos Pasos, Rene, (2006) “Derecho de Familia Tomo I”, Editorial Jurídica de Chile, (Sexta) p. 9.

<sup>2</sup> Somarriva, M., (1963) “Derecho de Familia”, Editorial Nascimento, (Segunda) p. 10.

dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta...”. Como observamos es una obligación jurídica para el Estado que le es impuesto por la propia Constitución, así como también para sus órganos cualquiera que sea su función o naturaleza.

Sin perjuicio de que nuestra Constitución no señale a que concepto o tipo de familia se refiere, no cabe ninguna duda que la protección constitucional de la familia se extiende tanto para la familia fundada en el matrimonio como aquella que nace de una convivencia. Lo que se podría explicar, por la utilización de las disposiciones contenidas en el Código Civil, por ejemplo el artículo 20 dice “las palabras de la ley deben entenderse en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas, salvo que el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias en donde se les dará a éstas su significado legal”. Entonces podemos entender que el sentido natural que se tenía de la familia en la década de los 80’ era también comprender que quienes convivían sin estar casados y que generasen dependencia, constituían una “familia natural”. Por lo tanto se debe concluir que la Constitución no distingue entre familia matrimonial y familia no matrimonial para su protección. Para reforzar esta idea podemos citar también el artículo 1º de la Ley de Matrimonio Civil que señala “el matrimonio es la base principal de la familia”, esto nos permite deducir que si bien el Estado promueve el matrimonio para la formación de la familia (como relación causa-fin), no significa que sea exclusivamente el único tipo de familia.

Sin perjuicio de la presencia social de otros modelos de uniones estables de pareja originadores de vínculos familiares, la familia y el matrimonio se conciben en su concepción más clásica como fenómenos indisolubles en la medida en que el segundo aboca o es consecuencia del primero, según sea la perspectiva desde la que se aborde el fenómeno y siempre que aquella sea la voluntad de la pareja. Matrimonio lo podemos considerar como familia, con o sin hijos. Dicho de esta forma, el matrimonio igualitario puede devenir familia homoparental bien por un hecho voluntarista de la adopción o bien por el hecho biológico de la utilización de técnicas de reproducción asistida. La disociación entre matrimonio y procreación resulta especialmente clara en este contexto.

BORRILLO explica que la libertad de procreación, se encuentra en el origen de la filiación, pero ésta no disfruta del monopolio en la materia (como puede ser el caso de la filiación adoptiva, la posesión de estado o la presunción de paternidad). La filiación sólo existe cuando queda establecida conforme a los requisitos y modos previstos en la norma jurídica, no por la biología. En realidad, en nuestro tradicional modelo civil se ha otorgado un papel preponderante a la voluntad y se parte de la disociación entre matrimonio y filiación, así como de filiación frente a la reproducción al margen de la condición heterosexual de los futuros padres.<sup>3</sup>

#### Concepciones de familia.

Debido a la evolución del concepto de familia descrito anteriormente y también al uso contemporáneo que se le ha dado a este, se puede afirmar que su conformación como núcleo

---

<sup>3</sup> Borrillo, D. (2010) “la parenté et la parentalité dans le droit : conflits entre le modèle civiliste et l’idéologie naturaliste de la filiation, en Reproduire le Genre (dir. Dorlin y Fassin)”, Edition de la Bibliothèque Centre Pompidou, p. 121-136.

básico de la sociedad a partir del binomio hombre/mujer ha ido variando hacia otras formas de familia. Las tipologías de familia existentes que podemos encontrar son:

- a) *Familia Unipersonal*: aquella integrada por una persona.
- b) *Familia Nuclear Monoparental*: aquella familia compuesta por uno de los padres y uno o más hijos.
- c) *Familia Nuclear Biparental*: compuesta por una pareja unida o casada legalmente con o sin hijos.
- d) *Familia extensa*: comprende a la familia monoparental o biparental con presencia de uno o más parientes del jefe del hogar.
- e) *Familia compuesta*: aquella familia monoparental o biparental con presencia de personas que no son parientes del jefe de hogar.
- f) *Familia sin núcleo*: aquel hogar en que no está presente la familia nuclear pudiendo adoptar como forma, jefe(a) de hogar sin pariente(s), jefe(a) de hogar con cualquier pariente, jefe(as) más cualquier otro pariente(s) y no pariente(s).<sup>4</sup>

## 2. La determinación de la filiación en Chile

### Régimen de filiación vigente, incorporado por la ley n° 19.585

El Parentesco es la relación de familia existente entre personas naturales que descienden las unas de las otras real o fictamente, o de un mismo tronco común.

Clases de Parentesco:

1. Consanguíneo: Art. 28 Parentesco por consanguinidad es aquel que existe entre dos personas que descienden una de la otra o de un mismo progenitor, en cualquiera de sus grados.
2. Por Afinidad: Art. 31 Parentesco por afinidad es el que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos de su marido o mujer.
3. Por Adopción: la adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo respecto del o de los adoptantes.

A fin de determinar el parentesco se atiende a los conceptos de Grado y Línea. El Grado se determina contando el número de generaciones existentes entre dos personas y la Línea se determina atendiendo a si estas personas descienden la una de la otra –línea recta- o de un ascendiente común –línea colateral-.

### La filiación.

---

<sup>4</sup> Unicef, tipos de familia en la Región Sudamericana. Disponible en forma electrónico en [http://files.unicef.org/uruguay/spanish/libro\\_familia.pdf](http://files.unicef.org/uruguay/spanish/libro_familia.pdf).

A contar de octubre de 1999 rige en nuestro país, una nueva legislación relativa a la filiación y adopción, ley N°19.585 y la ley N° 19.620 respectivamente. Ambas se complementan otorgando igualdad de derechos para los hijos, sean biológicos o adoptivos.

La Ley de Filiación, que es la que nos ocupa, considera, entre otras cosas, que ésta puede ser matrimonial o no y consagra el principio de la libre investigación de la paternidad y de la maternidad utilizando pruebas biológicas como es el ADN.

A mayor abundamiento, el actual artículo 37 señala: “La filiación de los hijos puede no encontrarse determinada respecto de su padre, de su madre o de ambos. “

Por lo tanto, la legitimidad o ilegitimidad de los parentescos por consanguinidad o afinidad desaparecen.

Ahora bien, el legislador se preocupa de dos importantes aristas en esta materia: el modo como se establece y las consecuencias jurídicas que de ella derivan. Debido a lo anterior, se verán sus características, efectos y análisis en particular.

### **Características.**

1. Es un hecho jurídico. Se fundamenta en el hecho biológico de la procreación, salvo en el caso de la filiación adoptiva.
2. Constituye un estado civil.
3. Produce consecuencias jurídicas.
4. Con la finalidad de determinarla, se puede investigar libremente la maternidad o paternidad, mediante los medios de prueba que faculta la ley.

### **Efectos.**

1. Autoridad paterna.
2. Patria potestad.
3. Derecho de alimentos.
4. Derechos hereditarios.

### **Clasificación de la filiación, respecto de su naturaleza.**

1. Filiación matrimonial: es aquella que emana del hecho del matrimonio de los padres, existiendo éste al tiempo de la concepción o del nacimiento del hijo o bien con posterioridad a él, siempre que se reúnan los requisitos legales para cada caso.
2. Filiación no matrimonial: es aquella que no cumple con los requisitos anteriormente expuestos.

### **3. Filiación en el acuerdo de unión civil.**

A diferencia de la Ley de Matrimonio Civil, el Acuerdo de Unión Civil es bastante deficitario en esta materia, al establecer sólo dos normas al respecto.

La primera de ellas, consagrada en el artículo 21 de la Ley, establece una presunción de paternidad en caso de convivientes civiles de distinto sexo.



La segunda, establecida en el artículo 45, modifica expresamente el artículo 226 del Código Civil<sup>5</sup>, otorgando derechos al conviviente civil en materia de cuidado personal del hijo de su pareja, aunque sólo en los casos de inhabilidad física o moral de ambos padres<sup>6</sup>.

#### 4. Adopción en Chile.

##### 4.1. *Definiciones*

La doctrina entrega definiciones sobre la adopción. Por ejemplo el jurista español Rivero Hernández dice que “la adopción es el acto jurídico en cuya virtud se establece, entre el adoptante y adoptado, una relación semejante a la paterno filial”<sup>7</sup>.

Por el lado de Argentina, Jorge Mazzinghi, nos señala que la adopción “es una institución conforme a la cual se constituye, por sentencia judicial, un vínculo de filiación capaz de producir los mismo efectos que las otras especies de filiación”<sup>8</sup>.

En nuestro medio, el profesor Hernán Corral Talciani, siguiendo a varios autores, define la adopción como “la constitución por sentencia judicial o pacto solemne de un vínculo jurídico entre una o dos personas llamadas adoptante o adoptantes y otra denominada adoptado que resulta análoga en sus presupuestos y efectos a la relación que existe entre padres e hijos, y que extingue o se superpone a la relación del adoptado con sus progenitores biológicos”<sup>9</sup>. Se comprende así tanto las formas de adopción plena o propiamente filiativa, como otras formas de adopción de menor intensidad como la llamada adopción simple.

La profesora Maricruz Gómez de la Torre Vargas, concluye, luego de traer a la vista distintas definiciones de la institución en estudio, que la adopción “es la relación jurídica que se establece entre adoptante y adoptado, constituida por sentencia judicial, cuya finalidad es proporcionar al segundo una formación que le brinde afecto, le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales, materiales y el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, cuando ella no pueda ser proporcionado por su familia de origen”<sup>10</sup>.

La profesora Muiel Sabioncello Soto la define como “una institución jurídica por la que, con las solemnidades y requisitos legales, se crea entre dos personas que pueden ser extrañas entre sí, relaciones de parentesco y filiación”<sup>11</sup>.

---

<sup>5</sup> La norma queda modificada de la siguiente manera: “Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, velando primordialmente por el interés superior del niño conforme a los criterios establecidos en el artículo 225-2. En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos y, en especial, a los ascendientes, al cónyuge o al conviviente civil del padre o madre, según corresponda”.

<sup>6</sup> Lathrop, Fabiola. (2016) “El Acuerdo de Unión Civil: Regulación y Problemas Prácticos”. Academia Judicial de Chile, p. 5.

<sup>7</sup> Rivero Hernández, F. en La Cruz, J.L. y otros, (1997) “Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia”, Bosch, p.31. Citado en Corral Talciani, H. (2002), “Adopción y Filiación Adoptiva”. Ed. Jurídica de Chile, p. 73.

<sup>8</sup> Mazzinghi, J. A., (1999) “Derecho de Familia”, Tomo IV 3ª Edición, Editorial La Ley. p. 197.

<sup>9</sup> Corral Talciani, H. (2002), Adopción y Filiación Adoptiva. Ed. Jurídica de Chile. p. 74

<sup>10</sup> Gómez de la Torre, V. (2007) “El Sistema Filiativo chileno”. Editorial Jurídica de Chile, p. 223.

<sup>11</sup> Sabioncello, Muriel (1993) “La Adopción simple y plena” La Ley. Ediciones Jurídicas, Santiago de Chile, p. 21.

#### **4.2. Fundamento de la adopción.**

Podemos decir que la adopción tiene por fundamento la protección integral de personas que no cuentan con una organización familiar capaz de proporcionársela. Existen diferentes fundamentos que explican la adopción. No podemos obviar la relación existente entre estos fundamentos de la adopción, y el tema central abordado en esta memoria, resumido básicamente en dos interrogantes, esto es, si los homosexuales pueden adoptar en Chile, y/o, si la orientación homosexual se levanta como un impedimento a la adopción.

Entre los fundamentos de la adopción, encontramos:

1.) Brindar protección a la niñez abandonada. Al ser la finalidad tuitiva la que más se tiene en cuenta hoy en día, el interés superior del niño es el norte que guía las decisiones en la materia.

2.) Dar hijos a quienes no los tienen. Claramente esta circunstancia queda supeditada al primero de los motivos, pues si bien la satisfacción que produce la paternidad es consecuencia de un deseo humano legítimo, éste no puede construirse sin considerar en su edificación la piedra angular de la adopción.

3.) Integrar a la familia. Este caso se nos presenta en la adopción del hijo del cónyuge; del concubino(a); y últimamente, se pretende, en la adopción del hijo del compañero homosexual.

4.) Legitimar una situación de hecho. “La legitimación de la situación de hecho es el fin que ha llevado al legislador a aceptar la adopción de mayores de edad cuando durante la minoridad el adoptado recibió trato de hijo adoptivo sin llegar a concretarse la adopción”<sup>12</sup>.

5.) Impedir el descarte de embriones o permitir la vida de los embriones supernumerarios. La posibilidad de adopción (y sus respectivos procesos de información) surge entonces como la solución precisa a esta realidad conocida por todos, como lo es el aborto consentido. Éste constituye uno de los fines más modernos de la adopción.

#### **4.3. Principios que inspiran la adopción en Chile.**

Como en el mundo existen distintos casos de adopción, se torna complicado encontrar principios comunes. No obstante ello, existen algunos principios que siempre están presente:

a.) En general, los regímenes jurídicos no admiten la adopción por contrato, ni por acto administrativo o notarial, sino que requieren de una sentencia judicial tanto para su otorgamiento como para su revocación o nulidad.

---

<sup>12</sup> Medina, (2001) “Uniones de Hecho. Homosexuales”. Rubinzal-Culzoni Editores. p. 255.

- b.) Crea un vínculo de parentesco civil similar al que resulta de la paternidad y filiación por naturaleza.
- c.) Los efectos en todos los casos se extienden a los descendientes del adoptado.
- d.) Interés superior del niño como principio primordial en la resolución de conflictos e interpretación de las normas.

En cuanto a los principios de la adopción que se encuentran en nuestro Régimen, encontramos:

a) La adopción como reparación. Según Winnicott, la adopción permitiría reparar el daño que ha experimentado el niño susceptible de ser dado en adopción sea como consecuencia del abandono físico o emocional, o simplemente de las circunstancias adversas no superadas por su familia de origen<sup>13</sup>.

b) El Interés Superior del Niño. Aunque desarrollaremos este tema más adelante, podemos aventurarnos en afirmar, que este principio dice relación con el reconocimiento pleno de la vigencia de los derechos del niño, en consecuencia, se identifica con la plena satisfacción de sus derechos como persona y como sujeto de los mismos.

c) El Interés Superior del Adoptado. Lo que persigue la adopción es velar por el real y supremo interés del niño en un ambiente eficaz para lograr de esta forma la protección y formación integral del adoptado, que no puede fijarse en función de la satisfacción de necesidades urgentes, sino más bien, que alcanzará vigencia práctica con la promoción de su personalidad<sup>14</sup>.

d) El principio de la subsidiariedad de la adopción y de prioridad de la familia biológica. Se da por sentado, que si se trata de velar por el interés superior del niño, se deben invertir en los mayores esfuerzos para que éste pueda desarrollarse en el medio familiar que lo vio nacer, y en especial con sus padres. Son los padres los que constitucionalmente tienen el derecho y el deber de educar a sus hijos.

e) El principio de Preferencia de la Familia Matrimonial. Al entrar en este principio, se debe tener presente que la adopción plena o legítimamente, nació como una adopción muy especial en que la *imitatio naturae* constituida por la filiación adoptiva llega a su máxima intensidad. Se trata entonces, de colocar al niño en el medio familiar más idóneo posible. Nadie dudó al momento de dictar las primeras leyes de legitimación adoptiva, que ese medio ideal era conformado por el padre y madre unidos y vinculados jurídicamente para fundar una familia mediante el pacto matrimonial.

Ahora bien, nuestra ley de adopción no ha consagrado frontal y radicalmente este principio, ya que acepta la adopción por personas solteras o viudas, eso sí, sólo si no hay matrimonios interesados, y en los casos de regularización de situaciones de hecho

---

<sup>13</sup> Winnicott, D. (1995). La familia y el desarrollo del individuo (4º Edición.): Lumen Hormé. Citado en Lira Hurtado, L. "La Adopción a edad temprana... una necesidad". Fundación San José. p. 8.

<sup>14</sup> Roca Trias, E. (1998) "El derecho de familia y los nuevos paradigmas: X Congreso Internacional de Derecho de Familia", Volúmen. 5, Editorial de Buenos Aires. pp. 1-15.

consumadas en el tiempo. Por lo que claramente aparece de todas formas la preferencia de la familia matrimonial.

*f) Principio de la Verdad Biológica.* El derecho a la identidad personal es un derecho de significación amplia, que engloba otros derechos. El derecho a la identidad supone un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico, como los referidos a la personalidad que permitan precisamente la individualización de un sujeto en sociedad. Atributos que facilitan decir que cada uno es el que es y no otro.

El derecho a la identidad, en cuanto determina al ser como individualidad, comporta un significado de dignidad humana y en esa medida es un derecho a la libertad; tal reconocimiento permite la posibilidad de desarrollar su vida, de obtener su realización, es decir, el libre desarrollo de su personalidad<sup>15</sup>”.

En esta sede se explica la influencia que este concepto, junto con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, tiene en la concreción del supremo interés del niño, toda vez que a diferencia de lo que ocurría antaño, hoy se considera (o pretende considerar) al niño como una autonomía en desarrollo, imponiéndose así un especial deber a quienes son llamados a adoptar decisiones respecto a un niño en el sentido de considerar siempre su autonomía actual y futura.

Recordando que la identidad de toda persona se manifiesta en dos facetas, una estática (biológica), y otra dinámica (afectiva), lo que aquí se analiza trasciende a la primera. En este punto, debemos aclarar que no se trata que el adoptado pueda o tenga derecho a “recuperar” su filiación de origen repudiando la adoptiva. De lo que se trata más bien, es que el adoptado pueda conocerse a sí mismo, a través de la reconstrucción de su historia personal y de sus orígenes. Este es el adecuado sentido que lleva implícito el principio de la verdad biológica: no ocultar al adoptado su condición de tal, y, en lo posible, procurar darle a conocer la información que se posee sobre sus padres biológicos y las circunstancias de su nacimiento y entrega en adopción, si así lo requiere libre y voluntariamente. Así, y consciente de esta realidad, nuestro legislador se ha hecho cargo de la necesidad de preservar la identidad del niño, proporcionando al adoptado mayor de edad y capaz, la posibilidad de solicitar que el Servicio de Registro Civil le informe sobre su filiación de origen, y de pedir copias de la sentencia o del expediente de adopción, previa autorización judicial (artículo 27, Ley N° 19.620).

*g) Principio de la Irrevocabilidad de la Adopción.* Para finalizar debemos decir que la adopción filiativa es irrevocable. Así lo era la legitimación adoptiva de la ley N° 16.346; la adopción plena de la ley N° 18.703; y lo es la adopción de la ley vigente. Esta característica no es más que una consecuencia lógica de la imitación intensa que hace la filiación adoptiva de la filiación por naturaleza. Así, como ésta no puede cancelarse, revocarse o resolverse por ingratitud, indignidad, etc., tampoco procede dejar sin efecto este tipo de adopción, cualquiera que sea el comportamiento posterior de adoptante(s) o adoptado. Pero como

---

<sup>15</sup> Sentencia N° 477/95, Proceso de Tutela, Sala Séptima de Revisión, 23 de octubre de 1995. Publicada en “Derechos Fundamentales e Interpretación Constitucional”. Ciedla, Lima, 1997, p.266.

la adopción se constituye por acto jurídico, la irrevocabilidad es sin perjuicio de la posibilidad de que se declare nulo dicho acto. En todo caso, la nulidad procede muy restringidamente (artículo 38, Ley N° 19.620). Sólo “el adoptado, por sí o por curador especial, podrá pedir la nulidad de la adopción obtenida por medios ilícitos o fraudulentos”.

#### **4.4. Características de la Adopción en la Ley Chilena.**

**1)** Es una institución de orden público propia del Derecho de Familia. “Las normas que regulan la adopción son de orden público, porque implica un interés público comprometido, que es el cuidado de la niñez vulnerable<sup>16</sup>”. Las normas que tienen a la adopción como objeto de regulación son imperativas e inderogables por la voluntad de los particulares.

**2)** Judicialidad de la adopción. La adopción ha dejado de ser en Chile un pacto de familia, es decir, una especie de contrato, controlado judicialmente. La adopción es hoy materia de intervención de los tribunales de justicia; son los órganos jurisdiccionales competentes los que están encargados tanto de declarar que un niño es susceptible de adopción como de constituirlo. La adopción se constituye por sentencia judicial dictada en un procedimiento no contencioso (Artículo 23 inciso 2°).

**3)** Es una ficción legal. “La adopción se otorga a través de una sentencia judicial y se asimila completamente a la filiación por naturaleza, en cuanto a sus efectos”<sup>37</sup>. Los hijos adoptivos adquieren el estado civil de hijos respecto de los adoptantes (artículo 1 inciso 2). En consecuencia, se otorga al adoptado el estado civil de hijo respecto de los adoptantes, con todos los derechos que ello implica y sin ningún tipo de diferencia respecto a los hijos biológicos (artículo 37, Ley N°19.620).

**4)** Subsidiariedad. Pese a haber ya considerado este acápite dentro de los principios en que se sustenta la adopción, vale destacar esta característica, al explicar que sólo va a surgir como una medida de protección por excelencia, que se aplica en subsidio de la familia de origen, es decir, cuando se han agotado todas las posibilidades para que un niño(a) pueda reintegrarse o permanecer bajo el cuidado personal de sus padres o familia de origen. Como ya hemos visto, la ley prevé la adopción como una institución subsidiaria o supletoria, y no como alternativa a la filiación biológica. Así queda de manifiesto en los artículos 1 y 15.3 de la ley N° 19.620, y en el artículo 8 del Reglamento.

**5)** Sólo podrán intervenir en el procedimiento de adopción los organismos que se encuentren debidamente acreditados (corporaciones o fundaciones cuyo objeto sea la asistencia o protección de menores, lo cual está contemplado en los artículos 4 y 6 de la ley N° 19.620). Se señala que es función del SENAME la acreditación de estas corporaciones o fundaciones que tengan por objeto la asistencia o protección de menores

---

<sup>16</sup> Gomez De La Torre Vargas, M. (2007) “El Sistema Filiativo chileno”. Revista Ius et Praxis p. 233.

de edad; que demuestren competencia técnica y profesional para ejecutar los programas de adopción; y que sean dirigidas por personas idóneas.

6) El procedimiento de adopción detenta un carácter reservado, pudiendo ser, eso sí, que los interesados renuncien a esta garantía (artículo 28). Además, la confidencialidad está protegida penalmente (artículos 39 y 40).

7) Gratuidad. La adopción está diseñada como un acto de mutua generosidad: los adoptantes reciben al adoptado como un hijo por amor desinteresado; el adoptado se inserta en la familia adoptiva sin esperar recompensas pecuniarias sino sólo ser querido y tratado como hijo. El lucro debe estar excluido absolutamente del proceso de adopción.

## 5. Técnicas de reproducción asistida en nuestro Chile.

El precepto aprobado por la ley N° 19.585, que entró en vigencia el 27 de octubre de 1999, es bastante parco. Dispone que “El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas” y que “No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo con la regla precedente, ni reclamarse una distinta” (art. 182 CC).

Los legisladores parecen contestes en estimar que el art. 182 CC no es una norma legitimadora de las técnicas sino protectora de situaciones que de hecho se están dando o pueden darse en nuestra realidad social. No hubo pues un pronunciamiento sobre la licitud de los diversos procesos biomédicos, sino una atención a la situación del hijo que –contra la ley o de acuerdo con ella- ha sido concebido mediante este tipo de métodos<sup>17</sup>.

Es además un hecho que los senadores estaban pensando sólo en un cierto tipo de técnicas de reproducción asistida: la inseminación artificial o fecundación in vitro, utilizando gametos propios o de terceros, mediante las cuales una pareja heterosexual pretende conseguir un hijo superando artificialmente su infertilidad natural.

No quedan incluidas por tantos otras modalidades reproductivas como la inseminación de mujer sola, la inseminación o FIV post mortem, la donación o transferencia de embriones, ni la maternidad por subrogación (por arriendo o comodato de vientres).

Finalmente, el objetivo de la norma es que la pareja heterosexual que acude a estas técnicas de reproducción mediante la utilización de gametos provenientes de terceros, no se vea perturbada por las posibles pretensiones de éstos de reclamar la paternidad o maternidad del hijo, mediante la utilización de las pruebas biológicas. Esta es la finalidad propia de la norma. Así lo explicó el senador Díez, quien votó favorablemente la disposición: “Es decir, aquella pareja que ha decidido someterse al procedimiento para lograr un descendiente consanguíneo de acuerdo con la legislación vigente, tiene la certeza de crear una filiación que no puede ser perturbada por terceros extraños a ambos, bajo ningún pretexto”. Este razonamiento es

---

<sup>17</sup> Corral, Hernán. “Reproducción humana asistida y filiación. un análisis del nuevo artículo 182 del código civil”. Disponible en <https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/art-182cc.pdf>

compartido por un buen número de senadores que insisten en aclarar el texto de la norma para evitar que se preste a interpretaciones abusivas<sup>18</sup>.

### **5.1. *Técnicas a las que se aplica.***

De lo anterior, deducimos que la norma no se aplica a cualquier procedimiento reproductivo realizado al margen de la cópula natural, sino únicamente a los que cumplen los siguientes requisitos:

1º) Que quienes intentan procrear sean un hombre y una mujer, estén o no unidos por matrimonio. Se excluyen las mujeres solas o viudas y los proyectos de inserción de hijos en parejas homosexuales;

2ª) Puede tratarse de técnicas homólogas (con gametos propios de los interesados) o heterólogas (con gametos de terceros ajenos, sean conocidos o anónimos). No se incluye la gestación por cuenta ajena.

3ª) Que el hombre y la mujer que desean ser padres se hayan sometido voluntariamente a la técnica. Aunque la ley habla de “someterse” y según el Diccionario el verbo someter no alude necesariamente a la voluntariedad (“Hacer que una persona o cosa reciba o soporte cierta acción”), nos parece obvio que la voluntad de los interesados debe exigirse para que pueda hablarse propiamente de técnica de reproducción asistida con efectos filiativos fundados en la “voluntad de recepción o acogida” del así concebido.

### **5.2. *Determinación de la Filiación.***

#### *a) Técnicas con uso de gametos propios*

Pensamos que si se trata de las llamadas técnicas homólogas, el art. 182 CC no recibirá aplicación por ser desplazado por las normas generales que regulan la determinación de la filiación.

En efecto, si el nacimiento o la concepción tecnológica del niño acaecen durante el matrimonio de la pareja receptora, la maternidad quedará determinada por el parto, conforme al art. 183 CC, y la paternidad por aplicación de la presunción pater is est del art. 184 CC. No es necesario, para nada, sacar a relucir que se trata de una concepción lograda por aplicación de métodos artificiales.

Si la pareja que se somete a la técnica homóloga no ha contraído matrimonio, la determinación de la filiación se producirá con toda seguridad mediante reconocimiento otorgado en la inscripción del nacimiento del hijo (art. 187 CC). Si uno o ambos padres no reconoce al hijo deberá reclamarse judicialmente la filiación, pero de nuevo no será necesario invocar el art. 182 CC, ya que mediante las pruebas biológicas se podrá acreditar la paternidad o maternidad

---

<sup>18</sup> Corral, Hernán. p. 4.

discutidas. Por cierto, el hecho de que se pruebe que esos interesados consintieron en someterse a la técnica de la cual nació el hijo, constituirá un elemento probatorio importante en ese proceso. Pero se tratará de una probanza, no de un medio de determinación de la filiación<sup>19</sup>.

*b) Técnicas con uso de gametos ajenos*

Es en este campo donde tiene lugar propio la función del artículo 182 CC, ya que de no existir la norma, el varón o la mujer que no aportó su material genético al proceso de procreación no podría ser considerado, salvo caso de adopción, padre o madre del niño.

En todo caso, la determinación no operará por la mera exhibición de documentos o declaraciones testimoniales que acrediten el sometimiento a la técnica. La ley no ha dado normas –ni creo que hubiera sido factible hacerlo- para que acceda al Registro la voluntad de procrear artificialmente un hijo.

Por esta razón, aquí la determinación se completará siempre con la sentencia judicial que constate que el hijo fue concebido por aplicación de una técnica de reproducción asistida y que el supuesto padre o madre se sometió voluntariamente a ella, estando consciente de la utilización de gametos de un tercero.

En el fondo, pueden darse dos situaciones. La primera – que será la más frecuente- que el hijo goce de una filiación determinada por otros medios que coincide con la que le atribuye el art. 182 CC. Por ejemplo, si es hijo de padres casados y se aplicó la presunción de paternidad del marido, o si es hijo de padres no casados pero ambos lo han reconocido voluntariamente. En tales casos, sólo frente a una demanda de impugnación de dicha filiación (por ejemplo, del marido que pretende desconocer su paternidad o del donante de gametos que pretende reclamar al hijo), se podrá oponer como excepción la norma del artículo 182 CC, y la sentencia que constate que se han producido sus presupuestos afirmará la filiación determinándola conforme a esa norma, es decir, por el hecho del sometimiento a esas técnicas reproductivas.

La segunda situación en la que puede encontrarse el hijo concebido por aplicación de estas técnicas, es que sea de filiación no determinada, por no haber tenido lugar las formas ordinarias de determinación. En tal caso, el hijo, o su representante legal, podrá ejercer la acción de reclamación de paternidad y maternidad contra el varón o la mujer que consintieron en la aplicación de la técnica, y la sentencia que así lo constate determinará la filiación conforme con el art. 182 CC.

En ambos casos, la sentencia debe acceder al Registro Civil y subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA FILIACIÓN Y SU CLASIFICACIÓN.**

---

<sup>19</sup> Corral, Hernán, p. 5.



## 1. La filiación.

La palabra filiación proviene del latín "filiatio" que de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española en su segunda acepción significa "procedencia de los hijos respecto de sus padres". Así mismo, deriva del latín "filius" que significa hijo.

Para la doctrina tradicional Clásica, la filiación es el "vínculo jurídico que existe entre el padre o la madre y el hijo; se refiere por tanto a la relación de paternidad o maternidad respectivamente".<sup>20</sup> Manuel Somarriva la define como la "relación de descendencia que existe entre dos personas, una de las cuales es padre o madre de la otra".<sup>21</sup> Rossel expresa: "la filiación es el vínculo jurídico que une a un hijo con su padre o con su madre".<sup>22</sup>

Siguiendo la línea de los autores, podemos entender por filiación como la relación jurídica entre personas en la que una es padre o madre de la otra, a saber, "es el vínculo jurídico que existe entre dos personas, una de las cuales se ha designado jurídicamente como padre o madre de otra".<sup>23</sup> La filiación se vincula al hecho biológico de la procreación que puede tener su origen en las relaciones sexuales de los padres o en la aplicación de técnicas de reproducción asistida. El hecho de la procreación puede no tener su correspondencia en el mundo del derecho, en otras palabras, una procreación sin filiación en la que no se genera una relación paterno/materno filial, "salvo que se reclame mediante la acción correspondiente. Inversamente puede haber filiación sin procreación"<sup>24</sup>, como es el caso de la filiación adoptiva. En este sentido, la filiación como hecho natural, se da siempre y en todas las personas, pero no siempre existe como hecho jurídico. A veces el derecho no conoce o no puede conocer con la certeza debida la realidad biológica; otras veces, aun conociéndola o pudiendo conocerla, la ha desconocido en aras de determinados criterios".<sup>25</sup>

Los criterios que determinan o no la filiación son establecidos por el ordenamiento jurídico en razón del dato biológico de preservar valores e intereses considerados prioritarios por la sociedad, como es el caso de las parejas infértiles que se someten voluntariamente a las técnicas de reproducción asistidas, donde queda determinada legalmente la filiación.

A mayor abundamiento entendemos que la filiación es una relación fundamentalmente jurídica entre el padre y el hijo y la madre y el hijo, así será padre o madre, aquel que asuma voluntariamente esta función social, aunque genéticamente no lo sea, auto imponiéndose el conjunto de funciones que la sociedad y el ordenamiento jurídico esperan y definan con esa denominación. Por otro lado se encuentran los progenitores, que son: los padres biológicos en la adopción y los que aportaron el material genético en las técnicas de reproducción asistida.<sup>26</sup>

---

<sup>20</sup> Troncoso Larronde, Hernán. (2007) "Derecho de familia", Colección Manuales, Décima Edición, Editorial LexisNexis, Universidad de Concepción, p 277.

<sup>21</sup> Somarriva, Manuel citado por: Troncoso Larronde, Hernán. (2007) "Derecho de familia", Colección Manuales, Décima Edición, Editorial LexisNexis, Universidad de Concepción, p 277.

<sup>22</sup> Rossel, E. (1992) "Derecho de Familia", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 6º Edición, p217.

<sup>23</sup> Schmidt Hott, Claudia y Veloso Paulina. (2001) "La filiación en el nuevo derecho de familia". Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, p. 81.

<sup>24</sup> Zannani, E. (1988) "Derecho de familia" Tomo II, Editorial Astrea, p. 238, EN: Gómez de la Torre, Marricruz, "El sistema filiativo chileno" Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p 16.

<sup>25</sup> La Cruz Berdejo, José Luis y Sancho Bebullida, Francisco, "Elementos del Derecho Civil" tomo IV, librería Bosch, Barcelona, 1984, p 505, citado en Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, "El sistema Filiativo chileno", Editorial Jurídica de Chile, 2007, p 16.

<sup>26</sup> Gómez de la Torre Vargas, Maricruz. (2007) "El sistema filiativo chileno", Editorial Jurídica de Chile. P.18.

De esta forma, lo importante es la relación jurídica que se genera entre el padre o madre y el hijo, independiente de su origen biológico, adoptivo o legal, y como consecuencia de este vínculo jurídico, se derivan un conjunto de efectos directos e inmediatos de carácter recíprocos, como derechos y deberes.

## 2. Clasificación.

Si entendemos la filiación como “el vínculo jurídico que existe entre dos personas, una de las cuales se ha designado padre o madre de la otra”,<sup>27</sup> puede presentar los siguientes tipos:

### 2.1. *Atendiendo a la fuente de la filiación: biológica; por aplicación de técnicas de reproducción asistida y adoptiva.*

La filiación, puede entenderse como un conjunto de relaciones jurídicas entre dos personas, una de ellas padre o madre de otra llamada hijo, que puede tener su origen en tres fuentes:

- 1) Biológica o natural, llamada también por naturaleza, es aquella que tiene su origen en las relaciones sexuales de los progenitores. Los hijos son biológicamente tales respecto de su padre o madre, por lo que existe una relación de descendencia entre el hijo y padre y madre; basado en el hecho biológico de la procreación, el cual es reconocido por el ordenamiento jurídico. Cuando puede acreditarse la paternidad y maternidad queda legalmente determinada la filiación.<sup>28</sup>
- 2) Por aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, llamada también asistida o tecnológica,<sup>29</sup> es aquella en que el hijo ha sido concebido mediante la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida y se encuentra regulada por el artículo 182 del Código Civil.
- 3) Adoptiva, es aquella que se rige por la Ley N° 19.620 sobre Adopción, de acuerdo al artículo 179 del Código Civil.

En relación a la estabilidad o grado de la fijeza de la filiación, aquella que tiene su origen en las relaciones sexuales, esto es, la biológica o por naturaleza, ha quedado con mayor grado de inestabilidad, ya que la ley ha establecido la inamovilidad para la filiación que proviene por la aplicación de técnicas de reproducción asistida y el carácter de irrevocable a la filiación adoptiva.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> Schmidt Hott, Claudia y Veloso, Paulina. (2001) “La Filiación en el nuevo derecho de familia”, Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, p.81.

<sup>28</sup> Sánchez Guzmán, Verónica. (2009) “Procedencia de la acción de reclamación de paternidad o maternidad cuando el presunto padre o madre ha fallecido: un estudio doctrinario y jurisprudencial” Universidad de Chile, Santiago, 2009, p. 50.

<sup>29</sup> Corral Talciani, Hernán. (1998) “Determinación de la filiación y acciones de Estado en la reforma de la Ley N° 19.585”, Documento de Trabajo N° 25, Serie Documentos de Trabajo de la Universidad de Los Andes, Santiago de Chile, p.15.

<sup>30</sup> Sánchez Guzmán, Verónica. (2009) p. 51.

## 2.2. *Filiación determinada o no determinada.*

La filiación es determinada cuando se encuentra legalmente establecida la paternidad o maternidad o ambos, y no determinada cuando no se ha establecido.<sup>31</sup>

La determinación de la filiación, son los hechos biológicos mediante los cuales el derecho establece formalmente la filiación. La doctrina Española en este sentido, lo define como: “la constatación jurídica del hecho biológico de la filiación: el establecimiento formal de la relación (biológica) de la filiación.”<sup>32</sup> Sin embargo, más allá del hecho biológico que puede estar ausente, la profesora Veloso se inclina por conceptualizar la determinación de la filiación como “el establecimiento formal o legal de la filiación” sin aludir a la base biológica. Consecuentemente, los hechos o actos en virtud de los cuales, según la ley, una persona tiene determinada maternidad o paternidad son denominados “Títulos de Atribución”.<sup>33</sup>

La filiación, según Aída Kelmelmajer, puede estar determinada a través de tres fuentes:

- 1) *Legal*: cuando la filiación está establecida en la Ley sobre la base de supuestos hechos: como ocurre con la presunción legal de paternidad en la filiación matrimonial o en la maternidad como el hecho del parto y la identidad del hijo y la madre.
- 2) *Voluntaria*: llamada también negocial, tiene lugar cuando la ley le atribuye eficacia a la expresión de la voluntad en este sentido: como es el caso del reconocimiento del padre o la madre en virtud de los artículos 183, 185, 187 y 188 todos del Código Civil.
- 3) *Sentencia judicial*: surte tales efectos, cuando se declara la paternidad o maternidad no reconocida, o que modifique una ya determinada, luego de un proceso judicial que lo demuestre.<sup>34</sup>

La filiación determinada constituye el estado civil de hijo, respecto de una persona de acuerdo al artículo 33 del Código Civil: “Tienen el estado civil de hijos respecto de una persona aquellos cuya filiación se encuentra determinada, de conformidad con el Título VII del Libro I de este Código”. A su vez, el estado civil concede el derecho de llevar los apellidos de los padres, la nacionalidad; el derecho a pedir alimentos; el derecho a ser cuidado por los padres y concede derechos sucesorios.

---

<sup>31</sup> Gómez de la Torre Vargas, Maricruz. “El sistema filiativo chileno”, Editorial Jurídica de Chile, 2007. p.

<sup>32</sup> La Cruz Berdejo, José Luis y Sancho Bebullida, Francisco, “Elementos del derecho civil”, tomo IV, Librería Bosch, Barcelona, 1984, p 505, en: Schmidt Hott, Claudia y Veloso, Paulina. “La Filiación en el nuevo derecho de familia”, Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, 2001, p.86.

<sup>33</sup> Schmidt Hott, Claudia y Veloso, Paulina. “La filiación en el nuevo derecho de familia”. Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, 2001, p.86, en Sánchez Guzmán, Verónica. “procedencia de la acción de reclamación de paternidad o maternidad cuando el presunto padre o madre ha fallecido: un estudio doctrinario y jurisprudencial” Universidad de Chile, p. 51.

<sup>34</sup> Kelmelmajer, Aida. “Lineamientos del régimen de la filiación biológica en Argentina y en la reciente reforma al Código Civil Chileno”, en “El nuevo estatuto de filiación en el código civil chileno”, Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile. Santiago, Lon, En: López Rivera, Gisella. “Nuevo estatuto de filiación y los derechos esenciales”, Editorial ConoSur Ltda., Santiago Chile, 2001, p.137.

Por su parte, la filiación no determinada, es aquella que a pesar de existir en la realidad del hecho de la procreación, ésta no ha sido recogida oficialmente por el ordenamiento jurídico, al respecto el artículo 37 del Código Civil dispone: “La filiación de los hijos puede no encontrarse determinada respecto de su padre, de su madre o de ambos”.<sup>35</sup>

### **2.3. *Filiación matrimonial o no matrimonial.***

Esta clasificación se refiere a si existe o no entre los padres vínculo matrimonial. Si existe vínculo jurídico de matrimonio el hijo será de filiación matrimonial, además tendrá el carácter de originaria o innata cuando existe al momento de la concepción o nacimiento del hijo, es decir, cuando se determina junto con el nacimiento del hijo. Al respecto el artículo 180 del Código Civil, dispone que la filiación sea matrimonial cuando existe matrimonio entre los padres al tiempo de la concepción o del nacimiento del hijo.

La filiación matrimonial es adquirida o sobrevenida cuando el hijo nace antes del matrimonio de sus padres y tiene su paternidad y maternidad legalmente determinada y, posteriormente, sus padres contraen matrimonio por lo que el hijo pasa a ser hijo de filiación matrimonial, al tenor de los artículos 180, inciso 2º y 185, inciso 2º, ambos del Código Civil.

Son también hijos de filiación matrimonial los hijos nacidos antes del matrimonio de sus padres y que son reconocidos por éstos en el acto del matrimonio o durante su vigencia de acuerdo a los artículos 180, inciso 2º; 185, inciso 2º y 187 todos del Código Civil.

Por último, la filiación matrimonial puede ser declarada mediante sentencia judicial ejecutoria dictada en juicio de filiación que se subinscribirá al margen de la inscripción de nacimiento del hijo, al tenor del artículo 185, inciso final, del Código Civil.

## **CAPÍTULO TERCERO: LA HOMOPARENTALIDAD COMO NUEVO MODELO DE FAMILIA.**

### **1. *La problemática del concepto de familia.***

El concepto de familia como grupo social, está en constante evolución. A lo largo de la historia, diversas ramas de las Ciencias Sociales, se han dedicado a investigar este fenómeno.

En nuestro caso en particular, la discusión se ha centrado en si efectivamente, el concepto de familia que consagra nuestra constitución, es aquella de origen matrimonial. Para el profesor Ramos Pasos la familia proviene del ‘*famulus*’, derivado del ‘*oscofamel*’, que quiere decir “siervo”, y más remotamente del sanscrito va a, hogar o habitación, significando, por consiguiente el conjunto de personas y esclavos que moraban con el señor de la casa.<sup>36</sup> De manera que la raíz

---

<sup>35</sup> Sánchez Guzmán, Verónica. (2009) “procedencia de la acción de reclamación de paternidad o maternidad cuando el presunto padre o madre ha fallecido: un estudio doctrinario y jurisprudencial” Universidad de Chile, Santiago, p. 52.

<sup>36</sup>Ramos Pasos, Rene, “Derecho de Familia Tomo I” Sexta edición, Santiago, editorial jurídica de Chile, 2006, página 9.

etimológica del concepto de familia, tiene como base, un conjunto de personas que comparten un hogar.

En nuestra cultura, el uso contemporáneo de la palabra familia, tiende a referirse más bien a un conjunto de personas ligadas por vínculo matrimonial, del parentesco o de la adopción.<sup>37</sup>

Nuestro ordenamiento, tampoco se ha encargado de otorgar una definición acerca del concepto o significado de familia, teniendo meras referencias, como por ejemplo el artículo 815 del Código Civil a propósito de la extensión del derecho de uso y habitación. La Constitución Política de la República, también utiliza el concepto de la familia en determinados preceptos sin entregar definición. Por ejemplo, una referencia expresa es el artículo 1° de la Constitución que señala “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”. El inciso 5° del mismo artículo señala que “es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta...”. Como observamos es una obligación jurídica para el Estado que le es impuesto por la propia Constitución, así como también para sus órganos cualquiera que sea su función o naturaleza.

Sin perjuicio de que nuestra Constitución no señale a que concepto o tipo de familia se refiere, no cabe ninguna duda que la protección constitucional de la familia se extiende tanto para la familia fundada en el matrimonio como aquella que nace de una convivencia. Lo que se podría explicar, por la utilización de las disposiciones contenidas en el Código Civil, por ejemplo el artículo 20 dice “las palabras de la ley deben entenderse en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas, salvo que el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias en donde se les dará a éstas su significado legal”. Entonces podemos entender que el sentido natural que se tenía de la familia en la década de los 80’ era también comprender que quienes convivían sin estar casados y que generasen dependencia, constituían una “familia natural”. Por lo tanto se debe concluir que la Constitución no distingue entre familia matrimonial y familia no matrimonial para su protección. Para reforzar esta idea podemos citar también el artículo 1° de la Ley de Matrimonio Civil que señala “el matrimonio es la base principal de la familia”, esto nos permite deducir que si bien el Estado promueve el matrimonio para la formación de la familia (como relación causa-fín), no significa que sea exclusivamente el único tipo de familia.

Sin perjuicio de la presencia social de otros modelos de uniones estables de pareja originadores de vínculos familiares, la familia y el matrimonio se conciben en su concepción más clásica como fenómenos indisolubles en la medida en que el segundo aboca o es consecuencia del primero, según sea la perspectiva desde la que se aborde el fenómeno y siempre que aquella sea la voluntad de la pareja. Matrimonio lo podemos considerar como familia, con o sin hijos. Dicho de esta forma, el matrimonio igualitario puede devenir familia homoparental bien por un hecho voluntarista de la adopción o bien por el hecho biológico de la utilización de técnicas de

---

<sup>37</sup> Cfr. Somarriva. (1963) “Derecho de Familia”, Editorial Nascimento, Santiago, p. 10.

reproducción asistida. La disociación entre matrimonio y procreación resulta especialmente clara en este contexto.

Borrillo explica que la libertad de procreación, se encuentra en el origen de la filiación, pero ésta no disfruta del monopolio en la materia (como puede ser el caso de la filiación adoptiva, la posesión de estado o la presunción de paternidad). La filiación sólo existe cuando queda establecida conforme a los requisitos y modos previstos en la norma jurídica, no por la biología. En realidad, en nuestro tradicional modelo civil se ha otorgado un papel preponderante a la voluntad y se parte de la disociación entre matrimonio y filiación, así como de filiación frente a la reproducción al margen de la condición heterosexual de los futuros padres.<sup>38</sup>

## **2. Las diversas concepciones de familia.**

Debido a la evolución del concepto de familia descrito anteriormente y también al uso contemporáneo que se le ha dado a este, se puede afirmar que su conformación como núcleo básico de la sociedad a partir del binomio hombre/mujer ha ido variando hacia otras formas de familia. Las tipologías de familia existentes que podemos encontrar son:

- a) *Familia Unipersonal*: aquella integrada por una persona.
- b) *Familia Nuclear Monoparental*: aquella familia compuesta por uno de los padres y uno o más hijos.
- c) *Familia Nuclear Biparental*: compuesta por una pareja unida o casada legalmente con o sin hijos.
- d) *Familia extensa*: comprende a la familia monoparental o biparental con presencia de uno o más parientes del jefe del hogar.
- e) *Familia compuesta*: aquella familia monoparental o biparental con presencia de personas que no son parientes del jefe de hogar.
- f) *Familia sin núcleo*: aquel hogar en que no está presente la familia nuclear pudiendo adoptar como forma, jefe(a) de hogar sin pariente(s), jefe(a) de hogar con cualquier pariente, jefe(as) más cualquier otro pariente(s) y no pariente(s).<sup>39</sup>

## **3. Homoparentalidad.**

Se evidencia en el punto anterior que en las tipologías de familia, no se incluye la existencia de la familia homoparental. Tal ausencia, tiene relación con la evolución que ha sufrido el concepto de familia propiamente tal, apartándose de que el origen de esta radicaría

---

<sup>38</sup> Borrillo, D. (2010) "La parenté et la parentalité dans le droit : conflits entre le modèle civiliste et l'idiologie naturaliste de la filiation", en Reproduire le Genre (dir. Dorlin y Fassin), Edition de la Bibliothèque Centre Pompidou, París, págs. 121-136.

<sup>39</sup>Unicef, tipos de familia en la Región Sudamericana. Disponible en forma electrónico en [http://files.unicef.org/uruguay/spanish/libro\\_familia.pdf](http://files.unicef.org/uruguay/spanish/libro_familia.pdf).

exclusivamente en el matrimonio. La homoparentalidad como nueva forma de familia (dentro de las tantas que existen), es una demostración de la diversificación de la familia como forma de organización básica.

El término “*homoparentalidad*” es un neologismo creado en Francia en 1977 para designar todas las situaciones familiares en las que al menos un adulto que se identifica como homosexual es, a su vez, padre de al menos un niño<sup>40</sup> el profesor español Jesús Flores Rodríguez de la Universidad Rey Juan Carlos señala que “crear una familia, el establecer vínculos de filiación, constituye un derecho de las personas con independencia de su identidad u orientación sexual. Conocemos como filiación tanto a la condición que a una persona atribuye el hecho de tener a otra u otras como progenitores suyos, como a la relación o vínculo que une a la persona con sus dos progenitores o con uno sólo. Constituye así un vínculo que crea una relación de ascendencia y parentesco, por voluntad de la ley, entre dos personas diferentes y que confiere un estado civil determinado. Dicho vínculo o relación de filiación comporta la atribución de un conjunto de derechos y deberes entre procreantes y procreados atribuidos por el Estado (*patria potestad*). Es, en resumen, el vínculo que uno al niño con su padre, madre, o con ambos, hoy en día es indistintamente de la identidad u orientación sexual de la pareja. Se habla así de filiación paterna o paternidad; de maternidad o filiación materna y, en el último caso, de filiación homoparental. A este respecto, es necesario recordar que la procreación, la fecundidad, no constituyen en nuestro Derecho una condición esencial- como no lo es la heterosexualidad de los padres- para que tenga lugar la filiación, de resultas que la exigencia de la diferencia de sexos no podrá nunca invocarse como *conditio sine qua non* de la misma”.<sup>41</sup>

Nosotros podemos entender por familia homoparental aquella constituida por dos padres o por dos madres homosexuales. La formación de la familia homoparental puede tener lugar de varias formas, o dicho de otra manera, con origen en diversas situaciones dependientes muchas veces de la facilidad para el acceso de los hijos y, por tanto, para determinar la filiación de aquellos a favor de sus padres homosexuales. En este modelo se fragmenta el vínculo “sexualidad-reproducción” y también la obligación de que los/as sean de diferentes sexo<sup>42</sup>. Podemos observar que se rompen los esquemas tradicionales y preestablecidos en cuanto a la composición y finalidad de la familia, así como su origen heterosexual, o que esté destinada a la procreación.

BLUTLER, dice que la explicación de que se considere también como una familia aquella que nace a partir de dos padres o dos madres radica en que el parentesco posee un componente fuertemente cultural y no necesariamente tiene que ser heterosexual. Para esta autora el parentesco se compone de prácticas que nacen “...para cuidar de las formas fundamentales de la dependencia humana, que pueden incluir el nacimiento, la cría de los niños, las relaciones de

---

<sup>40</sup> Flores Rodríguez Jesús, (2002) homoparentalidad y Derecho Civil. Derecho Civil, Universidad Rey Juan Carlos. gross, M.: qu'est-ce que l'homoparentalité , Petit Bibliothèque Payot, p. 1.

<sup>41</sup> Flores Rodríguez Jesús, homoparentalidad y Derecho Civil. p. 1.

<sup>42</sup> Cfr. Mujika, i., Olaortua, e., aldarte, Segunda edición renovada, Bilbao, 2009. p. 5. Disponible en formato PDF en <http://www.aldarte.org/comun/imagenes/documentos/modelosfamcast.pdf>

dependencia emocional y de apoyo, los lazos generacionales, la enfermedad, la muerte y la defunción<sup>43</sup>.

#### **4. *La homoparentalidad en Chile.***

En el marco del derecho internacional de los derechos humanos aplicable a Chile, se establece que están prohibidas las discriminaciones en razón de orientación sexual e identidad de género, que existe un derecho a establecer una familia y que esta no puede entenderse de una forma estereotipada, como reducida al matrimonio ni las relaciones heterosexuales. Esta ciertamente no es la situación de Chile.

En cuanto a la familia y el matrimonio, la Constitución, al definir en su artículo 1º a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad no lo liga, pese a las opiniones de alguna doctrina, con el matrimonio. Será la ley la que lo haga. La ley de matrimonio civil, Ley 19.947, en su artículo 1º, afirma que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia. El propio Código Civil, en su artículo 102 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”. De esta forma, la relación que nuestra legislación hace entre familia y matrimonio heterosexual es directa. Ello se contradice claramente con el entendimiento internacional de los derechos humanos sobre la no discriminación y la valoración de una diversidad de familias, aspectos que fueron expresamente considerados en el fallo de *Atala contra Chile* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como veremos. Esta falta de reconocimiento tiene consecuencias directas en la posibilidad de proteger a las parejas del mismo sexo en su paternidad y maternidad, tanto en el régimen de filiación como en el de adopción.<sup>44</sup>

Respecto a la filiación matrimonial, está claramente anclada en el matrimonio heterosexual. Pero, en el caso de la no matrimonial, el Código Civil, en su artículo 186, dispone que ella queda determinada legalmente por el reconocimiento del padre, madre o ambos, o por sentencia firme en juicio de filiación. De esta forma, tampoco se permite el reconocimiento de de un/a hijo/a por parte de dos personas del mismo sexo.<sup>45</sup>

En cuanto al régimen de adopción, la Ley 19.620, sobre adopción de menores, permite la adopción por un matrimonio, por lo que nuestra legislación excluye a las parejas homosexuales o lesbianas, o por personas solteras, sin que en este segundo caso, al menos en la letra de la ley, se señale una condición que excluya a una persona homosexual de la posibilidad de adoptar.

En materia de reproducción asistida, en el presente en Chile no existe normativa legal sobre ella. La única regulación son las normas aplicables a la fertilización in vitro y la transferencia embrionaria, Resolución Exenta 1072, de 1948, del Ministerio de Salud. A partir de 2014, el sistema de salud público, FONASA, y las Isapres han incorporado el tratamiento de

---

<sup>43</sup> Butter J., (2006) “Deshacer el Género”, Editorial Paidós, Barcelona, p.149

<sup>44</sup> Missana, Sergio. (2014) “Informe Anual sobre derechos humanos en Chile 2014”. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, p. 487.

<sup>45</sup> Missana, Sergio, p. 487.



fertilización en su modalidad de libre elección.<sup>46</sup> Tanto en la regulación como en la información pública entregada respecto a los programas de salud se señala que ella es para “parejas”, sin que se especifique si son hetero o no. Dadas las prácticas de discriminación prevalentes en nuestra sociedad, esta ambigüedad permite, en los hechos, discriminaciones hacia parejas no heterosexuales.

Sin embargo con independencia de si una pareja homosexual puede o no acceder a estos programas, el problema mayor que presenta la actual legislación es que ella no permite inscribir a dos personas del mismo sexo como los padres o madres cuando el/la hijo/a es producto de la fertilización asistida de uno de los miembros de la pareja. La normativa del Código Civil señala, en su artículo 182, lo siguiente:

*Art. 182. El padre y madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas.*

*No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a las reglas precedentes, ni reclamarse una distinta.*

Las parejas lesbianas por su parte, que deseen tener hijos en nuestro país se enfrentan al dilema de vivir su propia identidad –como una condición sexual transgresora- con el deseo de convertirse en madres –vista como una situación tradicional -,siendo dos opciones antagónicas en principio. A esto se le debe agregar la incertidumbre e inquietud de que sucederá con el niño(a) al encontrarse frente a un escenario familiar en que la figura del padre esté ausente, y como verá tal situación su entorno<sup>47</sup>. El caso más famoso y visible fue el de Karen Atala, en donde se mostraron los prejuicios sexistas en nuestro país con respecto a la maternidad e idoneidad para la crianza de parejas homosexuales, lo que terminó en una condena hacia el Estado Chileno por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Con estos antecedentes a la vista, se puede entender que los jueces de nuestro país, a la hora de resolver una controversia judicial, parten de la base de sus prejuicios personales en el sentido de que es casi una obviedad el que las niñas presenten una confusión de roles por el hecho de vivir con dos madres<sup>48</sup>. Además en esta sentencia se recoge una concepción del ser humano con un ser no integral y que necesariamente tenga que dividirse en ser lesbiana por un lado; y tener relaciones sexuales con otra mujer, sin considerar el desarrollo de los individuos en todas las aristas de su vida.

---

<sup>46</sup> Superintendencia de Salud, 14 de mayo de 2014.

<sup>47</sup> CFR. Herrera, F., “Familia y Maternidad: Sangre y Cuidado en Mujeres Lesbianas de las Ciudades de Barcelona y Santiago” en Candina, A. ET. AL., Conservadurismo y transgresión en Chile: reflexiones sobre el mundo privado, colección Investigadores Jóvenes, Co-Edición CEDEM/FLACSO, Santiago, 2005, p. 3.

<sup>48</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Átala Riffo y Niñas vs. Chile, Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana de la sentencia de 24 de febrero de 2012, disponible en [www.joomla.corteidh.or.cr:8080/jomla/en/jurisprudencia/40-resumen/1612-ficha-tecnica-caso-atala-riffo-y-ninas-vs-chile](http://www.joomla.corteidh.or.cr:8080/jomla/en/jurisprudencia/40-resumen/1612-ficha-tecnica-caso-atala-riffo-y-ninas-vs-chile)

#### **4.1. Doble maternidad.**

Al hablar de doble maternidad, necesariamente debemos adentrarnos dentro del concepto de “lesbianismo”, el cual si bien es cierto se ha utilizado como sinónimo de “homosexualidad”, la reflexión feminista ha querido desmarcarse en cierto sentido, del conjunto de prácticas afectivas y sexuales que se dan entre dos personas del mismo sexo, lo que nosotros conocemos como homosexualidad y a los que FREUD denominaba como “invertidos”: hombres y mujeres para quienes el objeto sexual es decir, aquel individuo de donde parte su atracción sexual, corresponde a una persona de su mismo sexo, para hablar de homosexualidad femenina y que corresponde a una simetría con la homosexualidad en los hombres y que al igual que ésta última, es manifestación de la falta de desarrollo a nivel psicosexual en la mujer<sup>49</sup>. Para el autor, la categoría de “invertido” se forma en base a sus prácticas sexuales, consideradas como una “anomalía”, que debiese ser curada.

##### **4.1.1. La Doble maternidad en Chile**

El informe de la organización lésbica Rompiendo el Silencio describe que “no existe la doble maternidad o coadopción, lo que implica que tampoco existe el derecho a acudir al sistema de salud para acceder a la inseminación artificial para la procreación. En efecto, el sistema público no lo reconoce y el privado, en general, lo prohíbe. Por ello, la pareja interesada primero debe buscar algún establecimiento que “acceda” a las circunstancias o simplemente omitir su orientación sexual y pareja [...] deben pagar altas sumas para luego someterse a exámenes psicológicos, donde tener una sexualidad diversa es evaluado por la entidad privada antes de autorizar que las interesadas puedan realizarse el procedimiento. Algunas parejas han optado por realizar procedimientos caseros de inseminación, muchas veces, apoyadas por algún funcionario de Salud que las conoce o tiene algún tipo de conexión con el mundo LBT”<sup>50</sup>

##### **4.1.2. La doble maternidad en España.**

La ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, resultó modificada de forma sustancial por la Ley 3/2007.

El artículo 7.3 de dicha Ley dista de ser ejemplar desde un punto de vista estrictamente técnico. Empezando por su misma ubicación, expresiva de una contradicción insalvable con el párrafo anterior, que prohíbe incluir datos en la inscripción registral reveladores del carácter asistido de la generación. Por lo demás, dado que el precepto contempla una norma relativa a la determinación legal de la filiación, hubiera encontrado acomodo más propio en art. 8, que así se titula, además de enlazar mejor con lo previsto en el art. 7.1. Pero yendo a objeciones más importantes por sustantivas, la norma se revela insuficiente y oscura, habiendo generado numerosas cuestiones que la práctica y la doctrina han debido resolver. A partir de ellas, resulta

---

<sup>49</sup> 23 CFR. Freud, S., (1937) “Una teoría sexual y otros ensayos”, Ediciones Ercilla, Santiago, p.8.

<sup>50</sup> Rompiendo el Silencio, “Diagnóstico inicial sobre la situación social y cultural de las lesbianas y bisexuales en Chile”, marzo de 2014, p10.

que el artículo 7.3 contempla un título de determinación de la maternidad a partir de una manifestación de tal realizada por una mujer bajo determinados requisitos legales<sup>51</sup>

**a) *Nacimiento de hijo mediante técnicas de reproducción humana asistida.***

La ubicación de dicho precepto en una Ley especial, la rúbrica misma del artículo en que se halla e incluso su carácter excepcional para las reglas de dicha Ley abonan este punto de partida. De manera que al encargado del Registro Civil habrá de constarle la intervención de dichas técnicas en la concepción del *nasciturus*, como ha precisado la Dirección General de los Registros<sup>52</sup>. Lógicamente, dicha concepción debe traer causa de gametos masculinos de donante anónimo, de modo que la imposibilidad de determinar la paternidad en su favor resulta compensada por la doble maternidad de la cónyuge. De otro modo no cabe la aplicación del art. 7.3, bajo sanción de nulidad del título. Así sucederá si la madre logró el embarazo por medios naturales, o mediante semen de donante conocido. Para la filosofía de la Ley, éste es progenitor<sup>53</sup>: en ambos casos, el padre biológico podrá reclamar la determinación de la paternidad a su favor, además de instar la declaración de nulidad del título que determinó la maternidad.

**b) *existencia de matrimonio entre la madre gestante y declarante.***

En el texto del artículo 7.3 limita este título de determinación de la maternidad a la existencia de matrimonio entre las dos mujeres que por brevedad se ha identificado, convencionalmente, con los adjetivos contenidos en el título de este epígrafe. Así, este especial supuesto de maternidad necesariamente matrimonial ha provocado en la doctrina y en la práctica la alegación de discriminación legal frente a las parejas de mujeres no casadas, que no pueden acceder por esta vía a la filiación conjunta<sup>54</sup>. Como las propias sentencias que motivan este trabajo muestran, la aplicación práctica del artículo 7.3 ofrece numerosos ejemplos de peticiones de doble maternidad por mujeres no casadas, pero el argumento de la discriminación en ningún caso ha resultado determinante para la estimación de su pretensión<sup>55</sup>.

Cierto sector de la doctrina española, entiende en este sentido, que la alegación de discriminación ha de analizarse con argumentos distintos en función del término de comparación ofrecido como contraste. Así, respecto de las parejas de hecho heterosexuales, se ha considerado que no existiría discriminación porque la diferencia objetiva y relevante entre ellas viene dada

---

<sup>51</sup> Cárcamo Barber, Roncesvalles, "Doble maternidad legal, Filiación y relaciones parentales". P.103.

<sup>52</sup> RDGR (3.ª) de 7 enero 2009 (JUR 2010\98662), que niega la aplicación del art. 7.3 LTRHA por no constar en el expediente intervención de centro alguno de reproducción asistida. Las recurrentes alegaban haber seguido un tratamiento de fertilización «casero».

<sup>53</sup> Reproducción asistida y determinación de la filiación», Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, 8, diciembre 2010, pág. 33.

<sup>54</sup> En la doctrina, sostienen esta opinión Díaz Martínez (2007), añadiendo como término de comparación el tratamiento que la LTRHA dispensa al varón no casado que consiente la reproducción asistida de su pareja (art. 8.2 TRHA) (vid. «La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida», Derecho Privado y Constitución, 21, pág. 107), y Nanclares Valle (loc. cit., pág. 29, n. 42), quien ve irrazonable la diferencia de trato entre el matrimonio y la pareja de hecho, dada la sustancial falta de veracidad subyacente a ambos supuestos. También considera dicho tratamiento legal «incoherente» Benavente Moreda, P. (2011), «La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual», ADC, LXIV.1, pág. 115.

<sup>55</sup> Tanto en la práctica registral como en la judicial: vid. RDGRN (3.ª) de 12 enero 2011 (JUR 2012\64031), SAP Valencia (10.ª) de 27 enero 2010 y SAP Baleares (4.ª) de 5 diciembre 2012 (AC 2013, 76). En términos de discriminación se planteó también la cuestión en el caso que la STS de 18 enero 2012 no llegó a resolverse.

por la posibilidad de filiación que en éstas se da, no presente en las homosexuales. Esta posibilidad de relación biológica a partir de la oposición sexual se justificaría, en que el legislador reconduzca los títulos de determinación de la filiación asistida a los habituales, a partir del consentimiento previo del varón a la fecundación heteróloga de la mujer. La imposible relación biológica fértil entre homosexuales (tanto hombres como mujeres) justifica que el legislador español haya excluído tales títulos, que quedan sin base en estos casos.

Probablemente más difícil de defender sea el diferente tratamiento dispensado al matrimonio y la unión de hecho entre mujeres. Porque en el matrimonio entre mujeres no resulta relevante, a los efectos ahora analizados, ni la obligación de fidelidad entre cónyuges ni la presunción legal de paternidad fundada en la cohabitación conyugal, que justifican el diferente tratamiento dispensado al matrimonio y a las diferentes uniones de hecho heterosexuales. Solo cabe justificar la opción del legislador español, en el argumento de la estabilidad matrimonial frente a la unión de hecho y en la inexistencia, en el Derecho común, de una regla que exija la equiparación entre el matrimonio y las uniones de hecho. Antes bien, el Tribunal Constitucional ha refrendado la constitucionalidad del diferente trato entre ambas realidades, dadas sus objetivas distinciones<sup>56</sup>.

**c) *Requisitos temporales: constante matrimonio y previa al nacimiento.***

El precepto exige también que la declaración registral se haga después de la celebración del matrimonio, sin hallarse las cónyuges separadas legalmente o de hecho, y antes del nacimiento del hijo. Existe ya al respecto una doctrina de la Dirección General de los Registros, consolidada no sin esfuerzo, que aplicando la norma en sus términos literales deniega la maternidad de la cónyuge cuando al realizar la declaración registral no media matrimonio entre las mujeres, se celebró este después del nacimiento, o la declaración se hizo con posterioridad al nacimiento<sup>57</sup>. De forma gráfica, puede decirse que la Dirección General de los Registros ha explicitado que la norma exige el siguiente iter cronológico: primero matrimonio, luego declaración de maternidad y por último nacimiento. Dentro de tales coordenadas, incluso si el nacimiento acaece tras la separación o incluso el divorcio de las dos mujeres, y siempre que conste previamente la manifestación registral de maternidad, procederá la comaternidad, que necesariamente será matrimonial<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> Últimamente, en la STC 93/2013, de 23 abril. Citado en Cárcamo Barder, Roncesvalles, "Doble maternidad legal, Filiación y relaciones parentales". P.104 y 105.

<sup>57</sup> En este sentido se manifiestan Díaz Martínez (loc. cit., pág. 87) y Benavente Moreda (loc. cit., pág. 101). Opinión contraria sostiene Iniesta Delgado, con el único argumento de que al no admitir el supuesto otro título de determinación de la filiación es preferible la aplicación extensiva del procurado por el art. 7.3 LTRHA (vid. ob. y loc. cit., pág. 808). No puedo estar de acuerdo con su opinión que, además de casar mal con una Ley despreocupada por la situación de los hijos habidos por mujer sola con intervención de donante anónimo, es incoherente con su tesis de que dicho precepto se aproxima más a la adopción que a la filiación natural. Precisamente: los casos que no pueden quedar bajo la aplicación del mismo podrán recurrir a la adopción, clase de filiación que encaja mejor con el sustrato de esta excepcional figura.

<sup>58</sup> En el supuesto, la declaración de asunción de maternidad viene a cumplir (aunque sea ficticiamente) el papel de la concepción matrimonial. Por lo demás, esta matrimonialidad del hijo nacido una vez separado o incluso divorciado el matrimonio no es excepcional, ya que el nacimiento vigente el matrimonio no es tampoco en el régimen general un requisito para aquélla.

**d) Forma de la declaración.**

El art. 7.3, exige que la manifestación de comaternidad se realice, con los requisitos expuestos, «ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal». Establece así una declaración de voluntad formal y de necesaria emisión ante dicho encargado, que por lo dispuesto en el art. 108.2 RRC habrá de consignarse en el Libro Diario, no generando una inscripción en tanto no se practique la de nacimiento. Entonces, la constancia de la manifestación anterior determinará la doble maternidad automáticamente, sin necesidad de ulterior consentimiento ni de la madre (lo cual no deja de generar alguna duda por lo que más adelante expondré) ni de la propia manifestante, cuya declaración inicial ha de considerarse irrevocable. Esta exigencia formal se explica por la excepcionalidad del supuesto, por su naturaleza de título de determinación de la filiación, por su carácter exclusivamente voluntario (desvinculado de la realidad) y por su sometimiento a requisitos esenciales temporales. Todo ello exige su constatación con garantías de autenticidad y legalidad, de modo que su sometimiento a forma solemne no ha encontrado oposición entre la doctrina<sup>59</sup>. Sí, en cambio, que sólo la manifestación registral pueda dar lugar a esta determinación extrajudicial de la filiación. Quicios Molina defiende la aptitud para ello también del documento notarial realizado en las condiciones marcadas por el precepto, por razones sistemáticas y de cumplimiento de la finalidad de la norma<sup>60</sup>. Sin embargo, si ésta es establecer un título propio, exclusivo, para la situación de comaternidad, dado su imposible encaje en el sistema existente, y la Ley diseña las características formales y de fondo del mismo, no respetarlas implica directamente inaplicar la norma. Por lo demás, la exigencia formal me parece un corolario inevitable en un supuesto de maternidad desvinculado de la realidad<sup>61</sup>.

**e) Referida en un nasciturus concreto**

Pese al silencio al respecto del legislador, la manifestación de maternidad ha de referirse al hijo nacido de un concreto ciclo reproductivo ya iniciado, esto es, a un nasciturus concreto y determinado, y encuentra una lógica caducidad en la duración del embarazo en curso. La necesaria vinculación del supuesto a la fecundación asistida de la gestante, la falta de exigencia legal de consentimiento previo de la cónyuge para su práctica, la no vigencia de la presunción de paternidad, el carácter excepcional del supuesto del art. 7.3 y las exigencias de seguridad jurídica conducen a la conclusión expuesta. No hay términos legales para sostener que la declaración pueda formularse en abstracto o sea aplicable a un número indeterminado de ciclos reproductivos, aun iniciados constante matrimonio y sin que medie separación de los cónyuges<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> Díaz Martínez: «Se trata de buscar unas garantías máximas de autenticidad en la prestación del consentimiento que algunos autores ya reclamaban, antes de la aprobación de la Ley de 1988, para la fecundación heteróloga» (loc. cit., pág. 85).

<sup>60</sup> Quicios Molina (loc. cit., pág. 625).

<sup>61</sup> Cárcamo Barber, Roncesvalles, "Doble maternidad legal, Filiación y relaciones parentales". P.110.

<sup>62</sup> Sobre el tema, vid. Díaz Martínez, quien considera imprescindible regular la duración de efectos de la declaración registral (loc. cit., págs. 93-95).

De hecho, así se ha impuesto en la práctica registral, que requiere para incorporar la declaración al Registro la existencia de un nasciturus<sup>63</sup>.

La profesora española, de la Universidad de Málaga, María Soledad de la Fuente Núñez de Castro, afirma que “la doble maternidad legal es una cuestión plenamente integrada en la realidad social. Sin embargo, esta afirmación no se corresponde en su integridad con la realidad jurídica. De hecho, el matrimonio entre personas de la misma condición sexual es un logro que se alcanzó con la Ley 13/2005, de 1 de julio. No obstante, pese a lo establecido por el art. 44 en su párrafo segundo de nuestro CC, la generación y consiguientemente la filiación del hijo nacido en una unión matrimonial entre mujeres ha necesitado un reconocimiento expreso por la Ley 14/2006 en su modificación por Ley 3/2007, de 15 de marzo, al permitir que la esposa de la gestante antes del alumbramiento preste un consentimiento ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal de ambas a que cuando nazca el bebé la filiación quede determinada también a su favor. Por el contrario, si la gestación se lleva a cabo en el ámbito de una unión de hecho entre mujeres, nuestra legislación carece de normativa aplicable para que pueda determinarse la filiación a favor de la no gestante, salvo el recurso a la adopción. La controversia se plantea cuando en cualquier unión entre mujeres, ya sea matrimonial o de hecho, no se hace uso de los mecanismos arbitrados por el Derecho para que se reconozca la filiación de la mujer no gestante. La desvinculación de los menores con la madre no biológica puede suponer un menoscabo al interés del menor. Sin embargo, el ejercicio de los derechos y deberes inherentes a la patria potestad por la madre biológica en el periodo previo a la ruptura permite el ejercicio de la acción del artículo 131 del Código Civil Español dando lugar a un supuesto de creación jurisprudencial del Derecho gracias a la aplicación de la cláusula general del interés del menor en el marco del Derecho de Familia.”<sup>64</sup>

Por su parte la profesora Josefina Alventosa del Río nos señala que para la atribución de la filiación de los hijos habidos por fecundación *in vitro* en el caso de matrimonio de dos mujeres sólo cabe, la manifestación ante el Encargado del Registro civil del domicilio conyugal de que la cónyuge no gestante consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido. De tal manera que si falta ese requisito no se podrá realizar tal atribución.

#### **4.2. Doble paternidad.**

La doble paternidad o copaternidad en España configura un nuevo modelo de familia homoparental, formado por dos varones, que casados o no, tan solo disponen de una posibilidad legal a la que acogerse para acceder a ella: la adopción. Esta puede realizarse de forma sucesiva o indirecta, nunca de manera conjunta, adoptando uno de los varones a los hijos de su cónyuge,

---

<sup>63</sup> oficinas del Registro Civil exigen se encuentra un informe médico relativo al sometimiento de la cónyuge al tratamiento, el sexo del feto, la fecha en que quedó gestante y la identidad de la cónyuge que consintió el tratamiento, no sin cuestionar la falta de cobertura legal para la exigencia de algunos de estos requisitos (vid. loc. cit., pág. 808).

<sup>64</sup> Fuentes Núñez de Castro, María Soledad. (2015) “Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal”, Revista para el análisis del Derecho. Málaga, p. 2.

siempre que el matrimonio sea posterior a la adopción<sup>65</sup>. Esta posibilidad vuelve a limitarse en la Adopción Internacional, pues son numerosos los países que siguen reticentes a permitir la adopción a las parejas homosexuales. La segunda vía de acceso a la copaternidad es la conocida bajo el nombre propio de gestación por sustitución, llamada también maternidad subrogada o maternidad por encargo, se configura como la única posibilidad de la que disponen las parejas del mismo sexo formadas por varones para tener un hijo genéticamente propio, o al menos por uno de ellos.

Sin embargo esta figura aparece prohibida expresamente en la Ley de Técnica de Reproducción Humana Asistida. Concretamente el artículo 10.1 dispone que será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga, con o sin contraprestación, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. En cualquier caso, la Ley dispone que la filiación de los hijos nacidos mediante esta vía será determinada por el parto, dejando sin posibilidad alguna la determinación de esa filiación a una pareja de varones, salvo la acción de reclamación de paternidad del que se configure como padre biológico.

#### **4.2.1            *La gestación por sustitución y turismo reproductivo.***

Con el fin de clarificar el significado de esta figura, algunos autores han aportado sobre la misma una definición, donde la más acertada sería la que propone Souto Galván, quien define la gestación por sustitución como la práctica mediante la cual una mujer gesta a un niño mediante un pacto o compromiso por el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra persona o personas que asumirán la paternidad o maternidad del mismo<sup>66</sup>.

La gestación por sustitución ha sido objeto de estudio por el Derecho Internacional Privado debido a las diferencias normativas entre los Estados, y concretamente la ilegalidad de esta práctica en España provoca el desplazamiento de numerosas parejas a países extranjeros donde la maternidad subrogada está permitida<sup>67</sup>, dando lugar al fenómeno conocido como “Turismo Reproductivo”. No obstante esta expresión no parece ser la más adecuada, ya que resulta difícil de armonizar con la idea de “turismo” como viaje de placer<sup>68</sup>.

El mayor estado receptor de “turistas reproductivos” es Estados Unidos, concretamente el Estado de California posee una amplia regulación, y ha celebrado multitud de contratos de gestación con nacionales españoles, ocasionando problemas de orden público internacional, reconocimiento y exequátur, o apatridia de menores<sup>69</sup>.

---

<sup>65</sup> El art. 175 CC fue reformado por la Ley 13/2005 relativa al matrimonio, donde se contempla la figura del “cónyuge” en pie de igualdad.

<sup>66</sup> Souto Galván, B. “Aproximación al estudio de la gestación por sustitución desde la perspectiva del bioderecho”, Foro Revista de Ciencias Sociales y Jurídicas Nueva Época, 2005, pág. 227.

<sup>67</sup> Algunas de estos países son India, Estados Unidos (California), Ucrania, Rusia (bajo la condición de ser heterosexual), Reino Unido (bajo la condición de matrimonio), México y Corea.

<sup>68</sup> Farnós Amorós, E, “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la gestación por sustitución en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, InDret, 2010, pág. 7.

<sup>69</sup> Generalmente los problemas de apatridia en menores nacidos mediante un contrato de gestación por sustitución vienen dados por que el estado receptor no reconoce al menor la nacionalidad de los comitentes. A la vuelta al estado de origen el menor es considerado apátrida o con filiación incierta.

**a) *Debate doctrinal.***

La figura de la gestación por sustitución suscita sin duda gran polémica social, generando un debate doctrinal entre los profesionales del Derecho.

Algunos de los argumentos en contra de esta figura se agrupan en que la misma es contraria a la dignidad humana<sup>70</sup>, que implica una manipulación del cuerpo humano femenino (y eso es inadmisibles en las sociedades democráticas<sup>71</sup>), así como una comercialización del mismo<sup>72</sup>. También algunas opiniones se centran en los perjuicios que tales prácticas puedan ocasionar a los menores en relación a la aceptación social y la carencia de una figura materna.

Lejos de esta visión, cada vez son más las opiniones en favor de la maternidad subrogada. Una parte de la doctrina defiende la gestación por sustitución en tanto que esta es una manifestación del derecho a procrear y fundamentan sus argumentos como ya decía al principio de este trabajo, en que tal derecho se encuentra implícito en el derecho a fundar una familia y en el desarrollo de la libre personalidad. Del mismo modo otra opinión destacada es aquella que contra la comercialización del cuerpo defiende que el contrato de gestación por sustitución es un acuerdo voluntario y libre por lo que no cabe hablar de explotación, aunque haya contraprestación<sup>73</sup>.

Según Silvia Hernández Robles Las dos argumentaciones que tienen mayor trascendencia son, por un lado aquella que determina que el interés del menor no queda perjudicado, pues el fundamento sobre el que se asienta esta figura es la voluntad procreacional, esto es, el deseo de los padres a concebir ese hijo, y que la decisión de formar una familia ha sido suficientemente meditada dando lugar finalmente a la existencia de ese niño, y que por su propia existencia en base al interés superior del menor debe estipularse un marco legal que lo proteja y le brinde seguridad jurídica Y por otro lado, la argumentación que fundamenta este trabajo es la situación de desigualdad y discriminación en la que quedan las parejas de varones con respecto a las parejas formadas por mujeres, que gracias a la vía otorgada por el art. 7.3 LTRHA pueden establecer una comaternidad, siempre y cuando estén casadas y no separadas legalmente o de hecho, por contra, los varones en idénticas condiciones tienen expresamente prohibido el acceso a la copaternidad por la misma ley, sin perjuicio de la adopción<sup>74</sup>.

**b) *Clases de subrogación.***

---

<sup>70</sup> Concretamente Bercovitz Rodríguez-Cano, R ("Hijos made in California" Aranzadi Civil Mercantil 2009, pág., 2) dispone que "No es cierto que la inscripción en nuestro Registro Civil de hijos naturales por gestación de sustitución sea contraria a nuestro orden público internacional. Es manifiestamente contrario a la dignidad que nuestra Constitución y nuestra sociedad reconoce a la mujer. Es contraria a los principios básicos de nuestro derecho".

<sup>71</sup> Gómez Sánchez, Y (El derecho a la producción humana, Editorial Marcial Pons, Madrid 1994, pág. 142.

<sup>72</sup> Zorro, A. "La maternidad subrogada: el problema de la presunción de maternidad", Derecho comparado, 2012, <http://derechocomparado-uniandes.blogspot.com.es/2012/04/la-maternidad-subrogada-el-problema-de.html> (consultado el 11 de marzo de 2015). La autora destaca la comercialización del ser humano como argumento en contra, desde el momento en que al mediar un precio se convierte al útero humano en una "cosa" que se arrienda como cualquier otro bien.

<sup>73</sup> En relación a esta postura se configura el voto particular que acompaña a la reciente STS de 2 de febrero de 2015 que se explicará más adelante.

<sup>74</sup> Hernández Robles, Silvia, "Filiación de los hijos de parejas del mismo sexo nacidos mediante técnicas de reproducción asistida", Universidad de Salamanca. 2015, p. 36.



La maternidad subrogada puede concebirse de dos maneras diferentes con independencia de los sujetos intervinientes en el contrato jurídico, sin embargo atendiendo al hecho de que una mujer se presta a gestar el hijo de una pareja de varones, la maternidad resultante puede ser<sup>75</sup>:

- i) **Parcial o tradicional**: donde la mujer gestante dispensa a la fecundación su propio óvulo a falta de una figura femenina que lo aporte, siendo el mismo óvulo fecundado con el material genético de uno de los miembros de la pareja, de ambos, o de un donante anónimo.
- ii) **Plena o gestacional**: donde la madre porteadora se limitará a gestar el embarazo, pues el óvulo se proporciona mediante donación, y será inseminado con el material genético, de un varón miembro de la pareja, por ambos, o por medio de un donante anónimo, donde la gestante no tendrá ningún vínculo genético con el menor.

#### ***4.2.2. La adopción por parte de parejas homosexuales.***

Para abordar este punto, es indispensable, hacer una revisión por separada tanto de la situación en nuestro país como en el derecho comparado.

##### ***4.2.2.1. La adopción por parte de parejas homosexuales en Chile.***

El 26 de julio de 1999, durante el gobierno de Eduardo Frei, se promulgó la Ley N° 19.620, que establece normas sobre la adopción de menores. Este cuerpo legal establece que la adopción es una, y que su efecto principal consiste en conferir al adoptado el “estado civil de hijo respecto del o los adoptantes<sup>76</sup>”, con los mismos derechos que los hijos biológicos; esto quiere decir que no existe excepción, distinción o discriminación alguna frente a los derechos del niño o niña.

Así visto, el enfoque que otorga la ley, no es el de otorgar un niño a una familia, sino que encontrarle una familia al niño. Este principio se desprende del artículo 1° de la ley en comento, que señala que el objeto de la adopción es “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”.

#### ***¿Quiénes pueden adoptar en nuestro país?***

---

<sup>75</sup> Martínez-Pereda Rodríguez, J.M., (1994) “La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español”, Dykinson pág., 166.

<sup>76</sup> Artículo 37 de la Ley N° 19.620.

- Con prioridad pueden adoptar los matrimonios chilenos o extranjeros con residencia permanente en Chile.
- Luego si no hay matrimonios interesados, los solteros, divorciados o viudos, chilenos o extranjeros con residencia permanente en el país.
- Si tampoco hay matrimonios interesados, pueden adoptar los cónyuges chilenos o extranjeros no residentes en Chile. En este caso la adopción deberá ser patrocinada por el Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado ante este servicio.
- Los abuelos.
- El viudo o viuda que en vida del cónyuge difunto haya iniciado los trámites de adopción o bien que el difunto haya manifestado su voluntad de adoptar.

El artículo 20 señala además que los cónyuges chilenos y extranjeros deberán tener residencia permanente en el país, que tengan dos o más años de matrimonio, que hayan sido evaluados como física, mental, psicológica y moralmente idóneos, que sean mayores de 25 años y menores de 70 y con 20 años o más de diferencia de edad con el menor adoptado.

En caso de solteros o viudos, la nueva ley mejora la situación existente respecto de los niños adoptados por estas personas, ya que les otorga la calidad y, por lo tanto los derechos, de hijos biológicos. Esto se realiza en perfecta concordancia con el resguardo del interés superior del niño, lo que se expresa en el hecho de que se posibilita esta clase de adopción sólo en el caso que no exista un matrimonio interesado en materializar la adopción de un niño determinado<sup>77</sup>, exigiéndose además una estricta evaluación de idoneidad respecto del solicitante.

Ahora bien, como siempre, el texto de la ley nos señala una cosa, pero la práctica y la realidad diaria, es otra. Objetivamente, es complejo que una persona soltera logre adoptar un menor, esto debido a que en la gran mayoría de los casos habrá un matrimonio dispuesto a hacerlo, y como la misma norma lo señala, ellos tendrán preferencia. De esta forma, se evitan situaciones que ante los ojos de nuestra sociedad podrían generar controversias, como por ejemplo que una pareja de homosexuales lograra la adopción de un niño.

#### **4.2.2.2. *Una mirada por el Derecho Extranjero.***

En las legislaciones extranjeras, se ha planteado la posibilidad, respecto de las uniones de hecho de personas del mismo sexo, del derecho a adoptar. Lo anterior, quizás, fue resultado de la presión del movimiento en pro de la causa gay, ya no solo preocupado de erradicar las discriminaciones injustas contra los homosexuales como ciudadanos, sino para que además se consagren legalmente las uniones entre parejas del mismo sexo por medio de un estatuto que las asimile o equipare plenamente a las uniones matrimoniales.

---

<sup>77</sup> Si bien la ley posibilita la adopción de un menor por personas solteras o viudas, esto sólo ocurre en casos que no exista un matrimonio interesado en adoptar; la ley siempre dará preferencia a los matrimonios

Es en relación a lo anterior, que, como una primera respuesta favorable, se comenzaron a aprobar estatutos especiales para las parejas homosexuales sin equipararlas del todo al matrimonio. Se trata entonces de convivencias registradas en contratos de unión civil reconocidos legalmente.

Esta figura apareció por primera vez en Dinamarca, por lei de 7 de junio de 1989, se extendería luego a Noruega en 1993, Suecia 1995, Holanda en 1997, Bélgica 1998, Portugal en 1999, Alemania el 2001, Reino Unido en 2005<sup>78</sup>.

Luego en una segunda etapa se comienza a otorgar directamente a los homosexuales, el derecho a contraer matrimonio, aunque con la restricción de que no puedan adoptar hijos. Así ocurre en Holanda por Ley de 1º de abril de 2001 y en Bélgica por Ley de 13 de Febrero de 2003. En una tercera fase se otorga el derecho a contraer matrimonio a las parejas homosexuales sin restricción alguna respecto de la adopción. Es lo que sucede en España, después de que varias legislaciones autonómicas aprobaran leyes de parejas estables aplicables a las uniones de personas del mismo sexo. Finalmente se aprueba una reforma al Código Civil para permitir el matrimonio homosexual en la Ley 13/2005 del 1º de Julio<sup>79</sup>. Lo mismo sucede en Canadá por ley de 20 de julio de 2005. En Bélgica, la ley de 20 de junio de 2006 suprimió la restricción de los matrimonios homosexuales respecto de la adopción. En Suecia, aunque aún persiste el estatuto de unión para los homosexuales se les ha ido progresivamente otorgando todos los derechos de las personas casadas, incluida la adopción y, desde el 2005, el acceso a la fecundación in vitro para parejas lésbicas<sup>80</sup>.

La adopción en el día de hoy por parte de parejas homosexuales, es un derecho reconocido en Bélgica, los Países Bajos, Suecia, Sudáfrica, España, Reino Unido, Islandia, y en ciertos territorios de Canadá y Estados Unidos. Por su parte, Dinamarca, Francia, Alemania y Noruega permiten la adopción del hijo del otro miembro de una pareja de hecho o unión civil.

Suecia por otro lado, ha consagrado la plena equiparación de derechos para gays. Lo interesante en este caso lo constituye el hecho que el país nórdico permite que las parejas de gays y lesbianas adopten a menores extranjeros, a diferencia de Holanda, país en que se restringe las adopciones por homosexuales a los niños del país, para evitar problemas con legislaciones de los países involucrados.

En España, desde la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo se contempla esta posibilidad. Anteriormente diversas comunidades autónomas ya permitían la adopción conjunta a las parejas de hecho. España fue el primer país que estableció la igualdad total en lo relativo a la adopción y matrimonio para las parejas del mismo sexo, puesto que cuando entró en vigencia la nueva legislación, el 3 de julio de 2005, la legislación holandesa no contemplaba la posibilidad de que las parejas homosexuales adoptasen niños extranjeros.

---

<sup>78</sup> Corral Talciani, H. Regulación legal de las uniones homosexuales. Un contrasentido para el Derecho de Familia. p. 249.

<sup>79</sup> La ley modificó el Código Civil para establecer que “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo” (artículo 44 inciso 2º CC).

<sup>80</sup> Corral Talciani, H. Regulación legal de las uniones homosexuales. Un contrasentido para el Derecho de Familia. p. 250.

El Código Civil de Quebec, en su artículo 546, llega incluso a autorizar la adopción conjunta por parte de dos personas que ni siquiera conviven. El Parlamento Europeo, por su parte, en sesión de 8 de Febrero de 1994, aprobó por 159 votos contra 98, y 18 abstenciones, la “Resolución sobre la igualdad de derechos para los homosexuales”, donde se incluye expresamente la recomendación a los Estados de eliminar los obstáculos legales para que los homosexuales puedan adoptar.

Ahora bien, y pese a lo expuesto recientemente, lo interesante de todo esto es que la mayor parte de las legislaciones siguen considerando que no puede otorgarse la adopción conjunta a parejas de personas del mismo sexo. Incluso, legislaciones claramente permisivas que han regulado las uniones homosexuales con estatutos similares al matrimonio, mantienen la imposibilidad de adoptar. Así, por ejemplo, sucede con la ley noruega de 1997, y en Francia, con la ley sobre Pacto Civil de Solidaridad (PACS) de 15 de Noviembre de 1999, que establece un estatuto para las parejas de personas del mismo o distinto sexo, excluyendo la posibilidad de los partenaires de adoptar conjuntamente<sup>81</sup>.

En Brasil, la enorme reticencia que existe frente a la posibilidad planteada proviene de la creencia de que existe un daño potencial por la ausencia de referencias comportamentales, lo que vendría o derivaría, en un futuro, en secuelas de carácter psicológico. Por otro lado, y en lo netamente jurídico positivo, la determinación legal de que, en el registro de nacimiento, sean los adoptantes inscritos como padres, por una simple sustitución de la filiación biológica, sirve de justificación para que se sostenga la imposibilidad de adopción por dos hombres o dos mujeres: no podrían constar como padres en el registro de nacimientos. Mientras tanto, son raras las decisiones judiciales que conceden la petición de adopción formulada por homosexuales, cuando no ocultan su condición. Prácticamente aislada es la postura del magistrado carioca Siro Darlan de Olivera, tanto definiendo la adopción, como habilitando a un homosexual para adoptar, habiendo sido ambas confirmadas en recurso por el Tribunal de Justicia do Rio de Janeiro (AC 14.332/98 y AC 14.979/98)<sup>82</sup>.

En Argentina, el art. 312 del Código Civil establece que nadie puede ser adoptado por más de una persona simultáneamente, salvo que los adoptantes sean cónyuges. Graciela MEDINA nos señala: “Nuestra legislación establece como principio general el de la adopción unipersonal, estableciendo a modo de excepción que la adopción puede otorgarse a más de una persona cuando éstos sean cónyuges. La norma antes transcrita impide que las parejas homosexuales adopten conjuntamente. Esta disposición podría ser atacada por inconstitucionalidad, debido a que establece una discriminación arbitraria en razón de la preferencia sexual; también podría ser cuestionada como violatoria al derecho a constituir una familia<sup>83</sup>. Aquí, frente a esta dificultad, responde categóricamente: “Por nuestra parte pensamos que no constituye una discriminación en razón de la orientación sexual ya que también está prohibido adoptar en forma conjunta a los concubinos heterosexuales. Tampoco creemos que

---

<sup>81</sup> Corral Talciani, H. Adopción y Filiación Adoptiva. Ed. Jurídica de Chile. 2002. p. 208.

<sup>82</sup> Díaz, M.B. Uniones Homoafectivas, Informe de Brasil. En Revista de Derecho Comparado. Rubinzal Culzoni Editores. p. 17.

<sup>83</sup> Medina, G. Las Uniones de hecho homosexuales frente al Derecho Argentino. En Revista de Derecho Comparado. Rubinzal-Culzoni Editores. p.114

viole el derecho a constituir una familia porque la adopción como instituto jurídico tiene como fin primordial el interés superior del menor; no consideramos que sea conveniente para el interés del menor tener dos padres y dos madres que conviven”.

Otra situación que se presenta, la cual es advertida por la profesora argentina, es que en la actualidad muchas parejas homosexuales conviven con el hijo biológico o adoptivo de uno de los integrantes, generándose entre el menor y el otro conviviente vínculos de afecto y solidaridad que el Estado no puede desconocer. Así, no es extraño que al disolverse la pareja la madre biológica prohíba que su ex compañera siga relacionándose con el niño que ambas criaron. El derecho de visita surge como el único camino legal para no perder contacto con el menor. La profesora argentina sostiene que no necesariamente se debe utilizar el instituto de la adopción para reconocer tales vínculos. Lo más conveniente, según ella, sería legislar específicamente sobre el tema y contemplar detalladamente la obligación alimentaria del conviviente para con los hijos de su pareja. Aunque resultaría criticable excluir de dicha regulación aspectos tan relevantes como lo son el cuidado personal del niño y un régimen comunicacional. En este sentido, resultaría pertinente considerar un régimen comunicacional a establecerse entre el niño y su padre biológico, y entre el niño y la persona que contribuyó a su cuidado y educación<sup>84</sup>.

#### **4.3. Presunciones en materia de filiación homoparental.**

La regla general en materia de filiación matrimonial heterosexual es que, el marido de la madre goza de la presunción de paternidad por el mero hecho del matrimonio que se configura como una presunción, admitiendo prueba en contra mediante la correspondiente acción de impugnación de paternidad.

En España, diferente respuesta es la que se da, en caso de encontrarnos ante una filiación matrimonial comaterna donde la mujer que es madre goza de la presunción de maternidad por el hecho del parto (según lo establece el artículo 10.2 de la LTRHA), no existiendo una segunda presunción de maternidad para la consorte por el hecho de ser cónyuge a lo largo de nuestro ordenamiento, y mucho menos por ser pareja de hecho o conviviente de la primera mujer.

Se puede encontrar en este punto un vacío legal y según la doctrina española se trata de una desigualdad, pues efectivamente existe una presunción de paternidad para el varón cónyuge y no para la mujer cónyuge, quienes encontrándose en la posición jurídica de “cónyuge”, uno de ellos debe proceder a un conjunto de trámites a fin de que se determine la filiación del menor a su favor.

En Chile no existen presunciones en materia de filiación homoparental.

## **CUARTO CAPÍTULO: PRINCIPIOS Y DERECHOS VULNERADOS**

---

<sup>84</sup> Medina, G. Las Uniones de hecho homosexuales frente al Derecho Argentino. En Revista de Derecho Comparado. Rubinzal-Culzoni Editores. P. 115.

## I. DERECHOS VULNERADOS A LOS PADRES.

*Derecho a la igualdad y la no discriminación en razón de orientación sexual y género.*

Chile ha firmado y ratificado numerosos tratados internacionales que tratan la situación de las personas gays, lesbianas y trans, y que contienen normas que aseguran la igualdad y la no discriminación a todas las personas. Así, nos encontramos con numerosas convenciones internacionales que prohíben la discriminación en términos generales, como, por ejemplo, el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP) o el Pacto de Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Otras tienen como objetivo central la prohibición de la discriminación por un motivo particular, como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CETFDM). Dentro del sistema interamericano de protección a los derechos humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) tiene la aplicación más general, además de estar Chile obligado a la jurisprudencia de su corte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH). La Convención, en forma similar al PIDCP, contiene en su artículo primero una cláusula general que asegura la no discriminación respecto a los derechos consagrados en ella y una norma independiente, en su artículo 24, que asegura la igualdad ante la ley y a la igual protección. En estos cuerpos **no se prohíbe expresamente la discriminación por orientación sexual e identidad de género**. Ha sido la jurisprudencia de las cortes y de los organismos encargados de aplicar esos tratados la que ha precisado cuándo y cómo se entiende que existe ese tipo de discriminación. Así, el Comité de Derechos Económicos y Sociales, órgano aplicador del PIDESC, en su Observación General 20, expresamente señala que el término “otra condición social”, contenido en el artículo 2.2 del PIDESC, relativo a la no discriminación, reconoce también la identidad de género, agregando que las personas transgénero, transexuales e intersexo son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en las escuelas o lugares de trabajo.<sup>85</sup>

En el sistema interamericano, la decisión más relevante al respecto ha sido la del caso Atala contra Chile, en la cual la Corte IDH expresamente señaló que, dentro de la categorías prohibidas por la Convención, se encuentran la orientación sexual y la identidad de género, en base a una interpretación evolutiva y más favorable al ser humano de la expresión “otra condición social”, contenida en el artículo 1.1 de la CADH.<sup>86</sup> A nivel regional es también relevante la muy reciente Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, aprobada por la Asamblea General de la OEA en junio del 2013 y que Chile aún no ratifica, pues en ella expresamente se incorpora como categoría de discriminación, en su artículo primero, la orientación sexual y la identidad y expresión de género. Sin perjuicio de que estas convenciones no definen qué se entiende por “orientación sexual” o “identidad de género”, son numerosas las declaraciones de los órganos de los sistemas de la ONU y de la OEA que las precisan y señalan además la prohibición de discriminación al respecto. Al respecto, las definiciones aceptadas en el sistema interamericano han sido las que establecen los Principios de

---

<sup>85</sup> Álvarez Vial, J. (2014). Homoparentalidad en Chile y derechos humanos. *Informe anual sobre derechos humanos en Chile*, 1(13), pp.481-484.

<sup>86</sup> Álvarez Vial, 2014. P 484

Yogyakarta, acordados en una reunión de expertos en esa ciudad de Indonesia en 2007. Los términos propuestos por esa declaración han sido recogidos por un estudio realizada por la CIDH a petición de la Asamblea General de la OEA, sobre Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género, de 2012. En junio de este año, la Asamblea General de la OEA, en su declaración “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género”, toma nota de este estudio y expresamente condena la discriminación contra personas por razón de su orientación sexual, identidad o expresión de género, siendo esta la sexta declaración consecutiva de la Asamblea General, desde 2008, que condena la discriminación por estos motivos. Simultáneamente, la Asamblea había pedido al Comité Jurídico Interamericano un estudio sobre orientación sexual, identidad de género y expresión de género, evacuado en marzo del presente año en forma de un estudio preliminar, que acoge las categorías de Yogyakarta. Esta breve síntesis normativa entonces plantea que el Estado chileno está obligado a tratar a las gays, lesbianas y trans con la misma consideración y respecto que a los demás habitantes de Chile, sin que pueda haber discriminación alguna a su respecto.

#### *El derecho a la vida privada.*

Tanto la CADH como el PIDCP contienen cláusulas que aseguran este derecho. Así, la primera, en su artículo 11, dispone: *Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques. El ámbito de las relaciones personales, afectivas y familiares se entiende habitualmente protegido por la garantía de la vida privada.* Como ha señalado la Corte IDH, en el caso Fernández Ortega y otros contra México, de 2010, “el concepto de vida privada es un término amplio no susceptible de definiciones exhaustivas, pero que comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos”. Luego, la Corte IDH en Artavia Murillo contra Costa Rica (2012), relativo a la prohibición de sistemas de fertilización asistida, sostiene en su considerando 143: Además, la Corte ha señalado que la **maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres.** Por todo lo antes dicho es que la Corte estima que la decisión de ser o no madre o padre es parte del *derecho a la vida privada* e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico. Ante lo dicho, una intromisión o falta de igual protección en los aspectos de las relaciones personales y afectivas, y entre ellas sin duda que están consideradas las filiales, por parte del Estado constituye una infracción de los deberes de respeto y protección que el Estado debe asegurar a todos sus habitantes.<sup>87</sup>

#### *El derecho a establecer una familia y concepto de familia*

Finalmente, otro derecho que guarda estrecha relación con el tema expuesto es el poder establecer una familia. Al respecto, la CADH, en su artículo 17, dispone: *Artículo 17. Protección a la Familia 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si*

---

<sup>87</sup> Álvarez Vial, 2014. P 483

*tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.*<sup>88</sup>

El artículo 24 del PIDCP establece el derecho a la familia en términos similares. Respecto al concepto de familia, es clara la jurisprudencia de los órganos de tratados en entender este como un concepto amplio –no obstante existen ordenamientos jurídicos que persisten en la idea de limitar la noción de familia a una figura más bien estricta–, no limitando a la familia matrimonial, ni menos a una exclusivamente construida en una relación entre hombre y mujer. En ello radicó la diferencia de enfoque con lo que había postulado la Corte Suprema de Chile, al fallar la queja en contra de las sentencia de segunda instancia en el caso de la jueza Karen Atala. La Corte acogió la queja fundado en que los jueces de instancia habían *“preterido el derecho preferente de las menores a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio, habían incurrido en falta o abuso grave, que debe ser corregido por la vía de acoger el presente recurso de queja”*. La CIDH en Atala contra Chile, de 2012, rechaza de plano esa argumentación, señalando que en la CADH no se encuentra determinado un concepto estricto de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo “tradicional” de la misma (párrafo 141). Añade a lo antes dicho, que el concepto de vida familiar no está limitado únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho en que las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.

De esta forma, la CIDH constata que el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile, relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una “familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social” y no en una “familia excepcional”, refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención, al no existir un modelo específico de familia (la “familia tradicional”) (párrafo 144). La misma CIDH, en su opinión consultiva 17, de 2002, había adelantado esta comprensión amplia citando a la Corte Europea de Derechos Humanos, señalando: *“Es importante considerar el alcance que tiene el concepto de familia para radicar los deberes y facultades a los que hacemos referencia. La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido en diversas ocasiones que el concepto de vida familiar ‘no está reducid o únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio’”*.

## II. DERECHOS VULNERADOS AL NIÑO.

*Principio de interés superior del niño.*

Al momento de realizar una revisión a las consecuencias jurídicas que acarrea una decisión legislativa, 1. El artículo 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño otorga al niño el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés

---

<sup>88</sup> Álvarez Vial, 2014. P 484



superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada. Además, esa disposición establece uno de los valores fundamentales de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño (el Comité) ha determinado que el artículo 3, párrafo 1, enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, y lo aplica como un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto.<sup>89</sup>

2. El "interés superior del niño" no es un concepto nuevo. En efecto, es anterior a la Convención y ya se consagraba en la Declaración de los Derechos del Niño, de 1959 (párr. 2) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (arts. 5 b) y 16, párr. 1 d)), así como en instrumentos regionales y numerosas normas jurídicas nacionales e internacionales.

3. La Convención también se refiere explícitamente al interés superior del niño en otras disposiciones, a saber: el artículo 9 (separación de los padres); el artículo 10 (reunión de la familia); el artículo 18 (obligaciones de los padres); el artículo 20 (privación de un medio familiar y otros tipos de cuidado); el artículo 21 (adopción); el artículo 37 c) (separación de los adultos durante la privación de libertad), y el artículo 40, párrafo 2 b) iii), (garantías procesales, incluida la presencia de los padres en las audiencias de las causas penales relativas a los niños en conflicto con la ley). También se hace referencia al interés superior del niño en el Protocolo facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (preámbulo y artículo 8) y el Protocolo facultativo de la Convención relativo a un procedimiento de comunicaciones (preámbulo y artículos 2 y 3).<sup>90</sup>

4. El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño. El Comité ya ha señalado<sup>3</sup> que "[l]o que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención". Recuerda que en la Convención no hay una jerarquía de derechos; todos los derechos previstos responden al "interés superior del niño" y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del niño.

5. La plena aplicación del concepto de interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana.

6. El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple:

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica

---

<sup>89</sup> Lepin Molina, Cristian. (2014). LOS NUEVOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DE FAMILIA. *Revista chilena de derecho privado*, (23), 9-55. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722014000200001>

<sup>90</sup> Cillero Bruñol, Miguel (2007). "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño". *Revista Justicia y Derechos del Niño (UNICEF)*, N° 9. Santiago.

siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.<sup>91</sup>

7. En la presente observación general, la expresión "el interés superior del niño" abarca las tres dimensiones arriba expuestas.

## **QUINTO CAPÍTULO: RESPUESTAS A ESTAS PROBLEMÁTICAS EN EL DERECHO COMPARADO.**

### DERECHO ESPAÑOL.

#### **Legislación española.**

1. Análisis de los supuestos a la luz de la normativa aplicable.

El análisis de estos supuestos comienzan de la base de la aceptación de que dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio, cuestión que en nuestra legislación no está permitida, por tanto per se las situaciones descritas no se podrían configurar en nuestra realidad jurídica.

#### **1.1 Supuesto de matrimonio entre dos mujeres**

1. Como se desprende del análisis de la normativa aplicable al supuesto (art. 7.3 Ley de técnicas de reproducción asistida –en adelante LTRA- tras la reforma operada en el precepto por Ley 3/2007, de 15 de marzo, en consonancia con las reglas civiles aplicables según el art. 7.1 LTRA), la filiación del hijo nacido de cualquiera de las cónyuges será una filiación matrimonial, y por tanto filiación por naturaleza, con todas las dudas que respecto de esta última calificación hemos manifestado (obviamente respecto de la maternidad por consentimiento, no biológica).

---

<sup>91</sup> Rossel Saavedra, Enrique (1958). *Manual de Derecho de Familia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Será así cuando el cónyuge no gestante hubiese manifestado ante el encargado del Registro del lugar del domicilio, su consentimiento a que cuando nazca el hijo de su cónyuge se determine a su favor la filiación respecto del nacido.<sup>92</sup>

De lo dicho se desprende que para que la filiación tenga el carácter de matrimonial, el consentimiento citado ha de prestarse antes del nacimiento y ante el encargado del Registro Civil. Ahora bien, nada se dice respecto del momento a partir del cual el mismo haya de prestarse y por tanto si la usuaria ha de estar casada necesariamente cuando se lleve a cabo la fecundación, porque lo decisivo según la norma, no es que se consienta por la cónyuge no usuaria que su cónyuge sea fecundada utilizando tales técnicas (como se exige en el art. 6.3 para la fecundación de mujer casada con varón, o como establecen los arts. 235-3 y 235-8 del Código Civil Catalán con carácter general para cualquier tipo de matrimonio, en cuyo caso el matrimonio ha de ser necesariamente previo al uso de las mismas). Lo decisivo es que tal consentimiento se manifieste antes del nacimiento, salvo que se entienda que cuando el art. 7.3 señala que «cuando la mujer estuviera casada y no separada legalmente o de hecho», debe entenderse que la misma ha de estar casada necesariamente en el momento en que es sometida a la fecundación asistida.

No obstante lo anterior, la Dirección General de los Registros y Notariados, atendiendo a la finalidad de la norma y teniendo en cuenta la aplicabilidad de la disposición transitoria 1.<sup>a</sup> del CC, ha considerado aplicable el criterio del citado art. 7.3 de la LTRA en aquellos casos en los que, producido el nacimiento del hijo con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, no se pudo inscribir por tal motivo a favor de ambas cónyuges la doble maternidad, admitiendo por tanto el consentimiento de la cónyuge de la madre biológica con posterioridad al nacimiento del menor. Tal es el criterio mantenido por primera vez en la Resolución de 17 de abril de 2008, que consideró aplicable la norma citada a un supuesto en el que se había instado la inscripción de nacimiento fuera de plazo de la hija biológica de una mujer, nacida con anterioridad al matrimonio de ésta con otra mujer, y antes de la entrada en vigor de la reforma del citado art. 7 LTRA, puesto que el expediente para la inscripción de la menor se inició el 23 de marzo de 2007, y la Ley 3/2007 entró en vigor el día 17 de marzo de 2007.

El Ministerio Fiscal se opuso a lo solicitado considerando que al haber nacido la menor con anterioridad al matrimonio y ante la imposibilidad de estarse a una filiación por naturaleza, la única opción que quedaba para obtener la inscripción solicitada era acudir a un proceso de adopción. El Juez Encargado del Registro Civil mediante auto de fecha 9 de mayo de 2007 ordenó la inscripción fuera de plazo de la hija con sola filiación materna, considerando igualmente que para inscribir como progenitora al cónyuge de la madre biológica, debería acudirse procedimiento de adopción, referenciándose el matrimonio de ambas en la inscripción de nacimiento practicada.<sup>93</sup>

La DGRN, tras justificar la postura tradicionalmente mantenida por el propio Centro Directivo en sus numerosas resoluciones anteriores, ante la inexistencia de una norma como la prevista en el art. 7.3 LTRA, considera inscribible» la «doble maternidad» al amparo del citado precepto, aun entendiendo que el supuesto al que el mismo alude no era precisamente el

---

<sup>92</sup> Hernández Robles, S. (2015). Filiación de los hijos de parejas del mismo sexo nacidos mediante técnicas de reproducción asistida. *Universidad de Salamanca*, Trabajo fin de grado, pp.14-33.

<sup>93</sup> Jiménez Muñoz, F. (2017). La atribución de la filiación de los hijos a la esposa o compañera de la madre en las parejas de lesbianas. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 1, p.58.

planteado ante la DGRN , señalando al respecto que «...En este caso, el auto que se impugna no se considera ajustado a la reforma del artículo 7 de la Ley 14/2006, llevada a cabo por la Ley 3/2007, por lo que procede que sea revocado y estimado el recurso interpuesto, aun cuando, en este caso la declaración haya sido formulada por las interesadas no antes del nacimiento sino con posterioridad al mismo, circunstancia ésta que no puede alterar la finalidad pretendida por la norma...» 31. Idéntica posición se mantiene en RR. de 14 de octubre de 2008 32 y 24 de noviembre de 2008 (La Ley: 3768452/2008).

Por otro lado, la manifestación del consentimiento previsto en el art. 7.3. LTRA, plantea una clara contradicción con lo previsto en el párrafo 2 del citado precepto. Si, conforme a este último, en ningún caso la inscripción en el Registro Civil reflejará los datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación, resulta obvio que tal carácter quedará evidenciado desde el momento en que el nacido conste como hijo matrimonial de dos mujeres, puesto que el único supuesto en que ello es posible, es precisamente cuando una de ellas haya utilizado las técnicas de reproducción asistida para ser fecundada. <sup>94</sup>

2. ¿Qué ocurre cuando la cónyuge no usuaria no consiente, o lo pretende hacer tras el nacimiento del hijo? Hemos de entender que en aquellos supuestos (fuera de los mencionados en el apartado anterior sobre los que ha resuelto la DGRN en los que el nacimiento se produjo antes de la entrada en vigor de la Ley 3/2007), en los que no se hubiese manifestado el consentimiento de la cónyuge de la mujer usuaria, antes del nacimiento del hijo 33, la única forma de determinar la filiación a favor de aquélla sería *mediante la Adopción* que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 176.2, 2.ª CC, no requerirá la propuesta previa de la entidad pública, ni producirá la extinción de vínculos jurídicos con la familia biológica según se desprende del art. 178.2,1.º CC Sin embargo, requeriría, por aplicación de lo dispuesto en el art. 175.1 CC , que la cónyuge adoptante tuviera más de 25 años, exigencia que sin embargo no se requiere en el art. 235-30 1b) del CC Catalán (Ley 25/2010, de 29 de julio del libro segundo del CC de Cataluña, relativo a la persona y la familia («BOE» de 21-8-2010).

3. ¿Qué filiación tendría el hijo nacido de una de las cónyuges con donación de óvulos de su cónyuge, fecundada con espermatozoides de donante? La respuesta ha de ser la misma que la señalada en el apartado anterior, si se cumplen las condiciones señaladas en el art. 7.3. LTRA. Lo decisivo para responder en tal sentido encuentra su respuesta en el hecho de que, por un lado la maternidad biológica corresponderá a la madre que pare al hijo (madre gestante), pero no a su cónyuge (madre genética donante del óvulo) criterio que se desprende claramente de lo dispuesto en el art. 10.2 LTRA . La maternidad, en su caso, de la cónyuge de la usuaria, donante a su vez del óvulo fecundado con material genésico de donante, vendrá determinada por el consentimiento a la atribución de la filiación del nacido en su favor conforme prevé el citado art. 7.3, pero no por el hecho de haber donado sus óvulos para tal fecundación .

Lo peculiar de este supuesto, que ni mucho menos resulta una ficción, sino una posibilidad admitida por la Comisión Nacional de Reproducción Asistida en 2008, se encuentra en la excepción que la misma otorga frente al carácter confidencial y anónimo frente a las usuarias, de la identidad del donante, sea de espermatozoides o de óvulos, con la excepción, hasta ahora,

---

<sup>94</sup> de la Fuente Núñez de Castro, S, “Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal”, Indret, Barcelona 2015, pág., 5.

de la donación de esperma por el marido o pareja de la usuaria para que la misma sea fecundada con él.

## 1.2 Matrimonio entre dos hombres

Antes de referirnos a la determinación de la paternidad en parejas del mismo sexo dentro de la legislación española por vía de adopción –analizando cada uno de los supuestos ante los que nos sitúa la legislación vigente (ya sea adopción simultánea o sucesiva)–, es pertinente hacer, en este momento, una breve reflexión sobre ello, para intentar entender las razones que pueden guiar a que los matrimonios o uniones de hecho recurran a tales vías de atribución de filiación frente al recurso a la adopción.<sup>95</sup> Una de las posibles razones que pueden justificar la elección de tal opción se encuentra, quizá, en el hecho de que si bien la legislación española, según indica la autora -Pilar Benavente Moreda-, no veta, sino que permite (pese a algunos problemas puntuales), la posibilidad de adopción conjunta por dos varones casados, esta posibilidad de adopción conjunta por dos varones casados, esta posibilidad se limita cuando se recurre a la Adopción Internacional, donde son numerosos los países que no sólo no permiten la adopción conjunta, sino que excluyen incluso la posible adopción individual por persona homosexual, como es el caso de nuestro país<sup>96</sup>. Ello, evidentemente, configura un obstáculo fundamental que impide en muchos casos que quienes, queriendo tener hijos comunes, no puedan tenerlos, ya que actualmente los supuestos de adopciones nacionales son mucho más limitados que las adopciones internacionales.<sup>97</sup>

No obstante también se esgrime el derecho a «ser padres» en pie de igualdad –tema desarrollado anteriormente, a la doble paternidad «matrimonial por naturaleza» con apoyo en la realidad creada por el propio legislador al permitir los supuestos de doble maternidad «por naturaleza», así como la larga duración de los procesos de adopción, cuestiones todas ellas discutibles y discutidas pero que han conducido a que la política de «hechos consumados» nos sitúe ante la realidad de hijos nacidos recurriendo a la «gestación por sustitución» y cuya filiación ha de determinarse sobre la base de una legislación permisiva a la que se recurre, frente a una legislación prohibitiva como la española –realidad que se repite en nuestro país–.

Lo cierto es que en los momentos actuales, el recurso a la paternidad subrogada aún no tiene una respuesta definitiva en el ordenamiento español, pese a la evidencia de su prohibición en la Ley de tratamiento de reproducción humana asistida y cabe mencionar, no sin gran preocupación, que las soluciones que sobre el particular se están adaptando más parecen responder a una suerte de legislación ad hoc para el «el caso concreto» que a una forma de legislar pausada y meditada en consonancia con la trascendencia que requiere legislar en materia de filiación por un lado, y coordinar lo que se legisla con el resto de la normativa sobre la materia aplicable al caso.<sup>98</sup>

Trascendente en este punto es la Resolución del Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 18 de febrero de 2009 (RJ/200971735) y a las consecuencias que de la misma

---

<sup>95</sup> Hernández Robles, S. (2015). P 33-37.

<sup>96</sup> Martínez G., Tomás (2013). “El consentimiento en la relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil”, *Actualidad Civil*, núm 7, 2010., pág. 748.

<sup>97</sup> Benavente Moreda, P. (2011). la filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. la situación legal y jurisprudencial actual. *ad. tomo ixiv, Universidad Autónoma de Madrid*, 1(facs. 1), pp.103.

<sup>98</sup> Benavente Moreda, P. (2011).p 99.

se han derivado, en la que se resuelve por primera vez sobre la solicitud de dos ciudadanos españoles, varones, casados en 2005, de inscripción en el Registro Civil Consular de Los Ángeles (Estados Unidos), del nacimiento de sus hijos, nacidos en San Diego, California (Estados Unidos), en octubre de 2008, mediante «gestación por sustitución».

El Encargado del Registro Civil Consular, denegó lo solicitado por los interesados, en razón de la prohibición de la denominada “gestación de sustitución” (artículo 10 LTRA). Los padres interpusieron recurso ante la DGRN, solicitando la inscripción de los menores en el Registro Civil español. La DGRN admitió el recurso y aceptó la inscripción de los nacidos como hijos del matrimonio, por aplicación del artículo 81 RRC, considerando que se trataba de la inscripción del nacimiento mediante presentación de la correspondiente certificación registral extranjera en la que consta el nacimiento y la filiación del nacido, y en tal caso el acceso de la misma al Registro Civil español constituye no una cuestión de «Derecho aplicable», sino una cuestión de «Derecho aplicable», sino una cuestión de «validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España», en este caso, una cuestión de acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro, lo que excluye, por tanto, la utilización de las normas españolas de conflicto de Leyes, y en concreto, la del artículo 9.4 del Código Civil. Por tanto, también excluye la aplicación de la Ley sustantiva a la que tales normas de conflicto españolas pudieran conducir, como la Ley 14/2006, de 26 de mayo de 2006 sobre técnicas de reproducción asistida y por tanto a la inaplicación de la prohibición prevista en el artículo 10 LTRA.<sup>99</sup>

Por otro lado, la DGRN consideró, y este es quizá el tema más polémico de lo planteado en la misma, que la certificación registral californiana, no vulnera el orden público internacional, ni lesiona los principios jurídicos básicos del Derecho español que garantizan la cohesión moral y jurídica de la sociedad española, ni daña los intereses generales, ni perjudica la estructura jurídica básica del Derecho español y, por ello, tampoco lesiona la organización moral y jurídica general, básica y fundamental de aquélla.

Igualmente se afirma que la actuación de los cónyuges, al pretender la inscripción en el Registro de menores, no implica actuación en fraude de ley (artículo 12.4 del CC para los casos internacionales y, en general, el artículo 6.4 del mismo cuerpo legal). Los interesados no han utilizado, según la DGRN, una «norma de conflicto» ni tampoco cualquier otra norma con el fin de eludir una ley imperativa española. No se ha alterado el punto de conexión de la norma de conflicto española, mediante, por ejemplo, un cambio artificioso de la nacionalidad de los nacidos para provocar la aplicación de la Ley de California mediante la creación de una conexión existente pero ficticia y vacía de contenido con el Estado de California. Y tampoco se puede estimar que los interesados hayan incurrido en el conocido como «Fórum Shopping fraudulento» al haber situado la cuestión de la determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas con el fin de eludir la Ley imperativa española. En efecto, la certificación registral californiana no es una sentencia judicial que causa estado de cosa juzgada y que se intenta introducir en España para provocar un estado inalterable de filiación oponible erga omnes.

La tan discutida Resolución fue recurrida en su momento por la Fiscalía, habiéndose resuelto sobre el recurso por SJPI nº15 de Valencia de 17 de septiembre de 2010 (nº193/2010). La doble paternidad en el Registro Civil, sobre la base de la prohibición en la Ley española del embarazo

---

<sup>99</sup> Hernández Robles, S. (2015). P 36.

por sustitución, considerando que el sistema jurídico español dispone de instrumentos para conseguir por otras vías la satisfacción de los intereses de los menores.<sup>100</sup>

Acertadamente, entiende la autora, en términos de estricta legalidad, el JPI argumenta que la inscripción en el Registro de la certificación de nacimiento extranjera por vía del artículo 81 RRCC, ha de aplicarse en consonancia con lo dispuesto en el artículo 23 LRC, de mayor valor normativo que el texto reglamentario, conforme al cual para practicar la inscripción del nacimiento sin previo expediente, por certificación de asientos extendidos en los Registros extranjeros, es necesario, por un lado, que se compruebe la realidad del hecho inscrito, y por otro, la legalidad conforme a la ley española. El Juzgado de Primera Instancia en tal caso, **considera que se incumplen ambos requisitos:** El primero, porque es materialmente imposible que los nacidos sea hijos biológicos de ambos cónyuges varones; el segundo porque la Ley Española, la Ley de técnica de reproducción asistida de 2006, prohíbe expresamente la gestación por sustitución.

El último instrumento con el que cuenta España en este momento en relación con el problema de doble paternidad (que obviamente afecta no sólo al caso concreto, sino a todos aquellos en los que como matrimonio homosexual, heterosexual, o individualmente se recurra a la maternidad/paternidad a través de la «gestación por sustitución», y en tal clave ha de ser entendido el problema) se encuentra en la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 (BOE de 7 de octubre) sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, dictada con la finalidad de establecer los criterios que determinan las condiciones de acceso al Registro Civil Español de los nacidos en el extranjero mediante estas técnicas de reproducción asistida.

Conforme a la citada instrucción, para atribuir la filiación a los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución debe existir una previa resolución judicial, dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido (Directriz primera 1).

Por otro lado, salvo que resulte aplicable un Convenio Internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de *exequátur*, según el procedimiento contemplado en la LEC 1881. Para inscribir el nacimiento en el Registro será necesaria la presentación de la solicitud de inscripción y el auto judicial que ponga fin al procedimiento de *exequátur* (Directriz primera 2). No obstante lo anterior, en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento judicial análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución puede ser reconocida en España (Directriz primera 3).

En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y la filiación del nacido, una certificación registral extranjera, o simple declaración, acompañada de certificación médica, relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante (Directriz segunda).

Llegados a este punto, y teniendo presentes los argumentos utilizados por la DGRN en su resolución de 2009, así como los utilizados por el Juzgado de Primera Instancia que se apoya básicamente en la necesaria aplicación del artículo 23 LRC, podría discutirse, aunque no sea este el momento, sobre la virtual aplicación de directrices que conforme a la Instrucción de la DGRN,

---

<sup>100</sup> Benavente Moreda, P. (2011).p 105-107.

de 5 de octubre 2010 han de utilizarse para la inscripción de los nacimientos acaecidos en el extranjero mediante gestación por sustitución. ¿Puede una instrucción exigir más, menos o diferente que lo que exige una Ley, como es la aún vigente Ley de Registro Civil? ¿Si el artículo 23 LRC permite inscribir, sin necesidad de previo expediente, las certificaciones de asientos extendidos en el extranjero, puede una instrucción, con rango jerárquico inferior al de la Ley, exigir resolución judicial de Tribunal competente cuando la Ley no lo exige?

La autora cree que no, salvo, si de lo que se trata es de aplicar lo dispuesto en el artículo 10.3 LTRA, para que quede determinada la filiación respecto del padre biológico, mediante el ejercicio de la correspondiente acción de reclamación de paternidad, que lógicamente supone la existencia de una resolución judicial que así lo determine. Por ello en modo alguno afectaría o podría afectar al otro cónyuge (sea hombre o mujer) cuya paternidad o maternidad no podrían venir atribuidas por la citada acción de reclamación de paternidad prevista en el artículo 10.2, al no existir vinculación genética con el nacido.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, la autora considera que, aun salvado el escollo de la jerarquía normativa aludida, las directrices de la DGRN, no devendrían aplicables en el caso concreto de la filiación de los menores nacidos en California, por razones de estricta irretroactividad de la norma que se desprende de la misma, al haberse instado a la inscripción del nacimiento con anterioridad a la fecha de la Instrucción citada.<sup>101</sup>

Por otro lado parece adecuado pensar que aun en aquellos casos en los que exista una resolución judicial extranjero, tal y como exige la Instrucción de la DGRN, los efectos que la misma podrán producir en España, deberían ser los destinados a determinar la filiación paterna, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.3 LTRA, pero entendemos que sólo la del cónyuge varó que contribuyó a la fecundación, no así la paternidad del otro que, con las normas hoy existentes, tan solo podría acceder a la determinación de su paternidad por vía de adopción del hijo de su consorte en el supuesto de la renuncia de la madre gestante. A salvo, claro está, que se llegue a una normativa que modifique los cánones hasta hoy establecidos, eliminando esta prohibición que pesa sobre la gestión por sustitución que, al mismo tiempo, tendría que ir acompañada de una nueva norma que, en paralelo con la prevista en el artículo 7.3 LTRA, permitirá atribuir la paternidad al cónyuge varón que consienta que el hijo nacido usando las técnicas de reproducción asistida para fecundar, con espera de su cónyuge a una mujer que cede su vientre para ser fecundada, **sea considerado hijo matrimonial de ambos.**<sup>102</sup>

Obviamente con tales planteamientos se pervertiría el sistema que originariamente se estableció como medida para establecer la filiación mediante el uso de las técnicas de reproducción asistida, ya que estaríamos fijando criterios de atribución de paternidad (doble paternidad), basados en la fecundación de una mujer, ajena al matrimonio de dos varones que quieren tener un hijo matrimonial, por naturaleza, que es fecundada con el esperma de uno de ellos, vulnerando el principio del anonimato del donante. Deberíamos partir, al mismo tiempo, de la renuncia de la mujer a la maternidad para posibilitar que el cónyuge cuyo esperma no se utilizó para la fecundación, pueda consentir tal fecundación y por tanto que se le atribuya a él la paternidad del nacido. Pero tan perverso para el sistema resulta llegar a la doble paternidad

---

<sup>101</sup> Benavente Moreda, P. (2011).p 107-114.

<sup>102</sup> Bernal Crespo, J. (2013). Reproducción asistida y filiación. Tres casos. *Universidad de Medellín, Colombia*, 12(1), pp.140-145.



matrimonial (por naturaleza) por la vía descrita, como, dio sea con todos los respetos a la labor de la DGRN, hacerlo a través de *exequatur* de una resolución extranjera que así lo admitiera, resultando, por mucho que se pretenda lo contrario, más que dudoso que no se vulnere el orden público español al admitir por tal vía algo que expresamente aparece prohibido en el mismo. Y ello, como se ha indicado anteriormente, al margen del debate sobre la aplicabilidad de las directrices que fija la DGRN mediante una Instrucción, estableciendo exigencias diferentes a las que la LRC fija, aun siendo de rango jerárquico inferior.<sup>103</sup>

### **Jurisprudencia española.**

*Sentencia del Tribunal Supremo 740/2013, de 5 de diciembre.*

El máximo Tribunal español se ha pronunciado al respecto, señalando que adquisición de la filiación por naturaleza cuando la madre y la otra mujer están casadas y que recurren a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida es clara en la actualidad, tras la reforma del artículo 7 de la Ley 14/2006 por la Ley 3/2007<sup>104</sup>. Ello ha quedado reforzado con la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo 740/2013, de 5 de diciembre, que, dando un paso más en este proceso evolutivo, declara la admisibilidad del ejercicio de acciones de filiación en el contexto de las parejas homosexuales, y destaca como elemento atributivo de la filiación el voluntario consentimiento para la técnica de reproducción asistida y la voluntad concorde de las partes de concebir un hijo, bastando con que ese consentimiento conste como consentimiento informado para la aplicación de las técnicas, más allá del requisito formal de que dicho consentimiento conste ante el encargado del Registro Civil, que queda así relativizado. Y es más, el requisito de la matrimonialidad en cierta medida se debilita al atenderse fundamentalmente a la existencia del consentimiento de ambas mujeres a la aplicación de las técnicas, bastando indirectamente con que la matrimonialidad concorra antes del nacimiento, y así en el caso que resuelve tal consentimiento se prestó antes del matrimonio, pero éste se celebró con anterioridad al nacimiento de las niñas (luego estaríamos en todo caso ante una filiación matrimonial).

En el caso enjuiciado en esta sentencia, una pareja de lesbianas tienen tres hijas en común, nacidas por aplicación de inseminación artificial, si bien el problema estudiado se centró en torno a las dos gemelas más pequeñas (la otra se inscribió como hija de su progenitora biológica, madre soltera, y fue adoptada por su compañera). Habiéndose iniciado el procedimiento de reproducción asistida con consentimiento informado firmado por las dos mujeres el 16 de marzo de 2007, ambas contrajeron matrimonio el siguiente 3 de agosto, produciéndose el nacimiento de las gemelas el 14 de diciembre, siendo inscritas en el Registro Civil únicamente como hijas de su progenitora biológica. Ésta inició expediente de rectificación de error de las inscripciones registrales, a efectos de que se rectifique el estado civil de la madre biológica que no es de soltera, sino casada, y para que se identifique a su cónyuge a los efectos de la patria potestad y designación de apellidos de las dos menores, expediente que acabó por auto que acordaba que debe rectificarse el estado civil de la madre y no accediendo al resto de las solicitudes interesadas. La

---

<sup>103</sup> Bernal Crespo, J. (2013). pp.147.

<sup>104</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. en LACRUZ, J.L. y otros, Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia, Bosch, 4ªedición, Barcelona, 1997. Citado en CORRAL TALCIANI, H. Adopción y Filiación Adoptiva. Ed. Jurídica de Chile. 2002, p. 77.

progenitora interpuso contra dicho auto recurso que resultó resuelto por la DGRN en fecha 26 de noviembre de 2008 desestimándolo íntegramente. En junio de 2009 ambas rompieron su relación, yéndose la madre biológica de la vivienda que compartían y formulando demanda de divorcio.<sup>105 106</sup>

Ante ello, la cónyuge de la madre biológica interpuso contra ésta demanda de reclamación de filiación por posesión de estado respecto de las gemelas, que fue estimado por el Juzgado de Primera Instancia, ordenándose la rectificación de las inscripciones de nacimiento de las menores, al efecto de hacer constar la filiación respecto de la actora y de que, consiguientemente, se modifiquen los apellidos de las menores. Recurrida dicha sentencia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso, siendo interpuesto recurso de casación, que el Tribunal Supremo resuelve en la citada Sentencia.

La Sentencia critica, reproduciendo los correspondientes párrafos de la Sentencia de la Audiencia, que la reforma del Código Civil equiparando los matrimonios entre homosexuales y heterosexuales se haya hecho sin atender a otros aspectos en íntima relación con el matrimonio, como es el régimen legal de la filiación, en que las acciones de impugnación y reclamación estaban pensadas exclusivamente para parejas heterosexuales, sin mencionar las homosexuales, en que una de las personas no interviene en la fecundación, siendo la actual redacción del artículo 7 de la Ley 14/2006 la que permite a la cónyuge de la madre manifestar su consentimiento a la determinación a su favor de la filiación del nacido, pero para ello se exige que la manifestación se haga antes de que nazca el hijo, no en el momento de la inseminación, cuando además la filiación no puede quedar subordinada a un requisito formal como el consentimiento ante el encargado del Registro Civil, siendo así suficiente con el prestado ante la clínica una vez quede acreditado adecuadamente el voluntario consentimiento para la técnica de reproducción asistida y la voluntad concorde de las partes de concebir un hijo.<sup>107</sup>

En el marco de la filiación por aplicación de estas técnicas se relativiza el principio de la verdad biológica, sustituyéndose por la voluntad de quien desea ser progenitor, posibilitándose así la coexistencia de dos filiaciones a favor de personas del mismo sexo: una filiación materna biológica y una filiación no basada en la realidad biológica, sino en una pura ficción legal, ambas con los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza, una vez se hayan cumplimentado los requisitos expuestos, lo que implica que en orden al ejercicio de una acción de reclamación de filiación no sea necesaria la impugnación de la ya determinada, pues no es contradictoria con la que se establece por ley. Por otra parte, esa prestación del consentimiento para la práctica de las técnicas de reproducción asistida, en cuanto que voluntad libre y manifestada por ambas del deseo de ser progenitoras, viene a superar a la posesión de estado y constituye causa para otorgar

---

105 Baudin, T., Vadon, A., Penelle, R. and Heizmann, J. (1995). Caractérisation de la Texture de Recristallisation Primaire d'une Toile de FeSi (Nuance HiB). *Le Journal de Physique IV*, 05(C3), pp.C3-285-C3-290.

<sup>106</sup> Fabar Carnero, A. (2014). El consentimiento para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y la doble maternidad legal. Análisis de la sentencia del tribunal supremo 740/2013, de 5 de diciembre de 2013. *Revista de Derecho UNED*, 15(1), pp.173-189.

<sup>107</sup> Fabar Carnero, A. (2014). P. 180

la filiación jurídica, aunque no exista vínculo biológico, creándose así un título de atribución de la paternidad al amparo del artículo 131 del Código Civil.

## **SEXTO CAPÍTULO: SOLUCIONES A PARTIR DEL DERECHO COMPARADO.**

### **Una propuesta de reforma legislativa**

Uno de los desafíos más complejos a los que invita la filiación homoparental en nuestro país reside en qué y cómo regularlo, principalmente, en las dos fuentes aquí tratadas (biológica, procreación asistida y adoptiva); a tal fin, se debe salir de la perspectiva "heteronormativa", impuesta a través de cánones conservadores, y aún vigente en el derecho chileno como una regla intocable.

Se han analizado algunas cuestiones que involucran a las dos principales fuentes de la filiación homoparental, al menos a las dos desarrolladas en la de realidad jurídica y médica de los países estudiados, (fecundación asistida y adopción) con la particularidad de que, con relación a la procreación asistida, no se ha pasado de proyectos legislativos incompletos, estrechos, y varios de ellos, incoherentes.

Así, nuestras propuestas legislativas se desarrollan en tres principales campos de acción: En primer término, aceptar la posibilidad de que dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio. Con esto, no solo estaríamos dejando en igual de condición a una pareja de homosexuales con una pareja de heterosexuales ante la ley, sino que contaríamos con la posibilidad de acudir a jurisprudencia y doctrina que ha acompañado nuestra realidad jurídica durante dos siglos de vida republicana y así, encontrar en ella solución a las distintas interrogantes y problemas planteados y que, por cierto, el acuerdo de unión civil recientemente vigente, no soluciona. De igual forma, no tendríamos que realizar la odiosa segregación entre unos y otros para dar respuesta satisfactoria a la problemática surgida.

En segundo lugar, desarrollar un cuerpo normativo que venga a regular las técnicas de reproducción asistida en nuestro país, cuestión que, a pesar de ser una realidad latente en la medicina chilena, no cuenta con un texto de ley que contemple las situaciones de hecho expuestas y venga a poner fin a las situaciones descritas.

En último lugar, adoptar políticas claras respecto de la adopción y filiación homoparental. Elemental nos parece que se apruebe la adopción homosexual, pues parece irrisorio pensar en legislar respecto a este tema, sin antes haber aceptado que una pareja homosexual pueda adoptar a un niño. Así, se deben contemplar mecanismos idóneos y suficientes que vengan a, por primera vez en Chile, integrar presunciones filiativas para adopciones homosexuales.

Así las cosas, nos parece pertinente elaborar un proyecto de ley que regule un campo temático que compromete aristas tan numerosas y diversas no es sencillo. Es del todo necesario, según nuestro punto de vista, una reforma integral al capítulo relativo a la filiación del Código

Civil. ¿Qué postura adoptamos en esta edificación normativa en plena etapa de elaboración? La que se inclina por el elemento volitivo. En este sentido, por el momento, y como fórmula provisoria, proponemos agregar como art. 184 el siguiente texto: "*En los supuestos de matrimonios entre dos mujeres, el vínculo filial con la mujer que da a luz quedará determinado conforme lo dispuesto en el inciso primero. El vínculo filial con la cónyuge de la mujer que da a luz quedará determinado por la presunción de filiación derivada del matrimonio. En este caso, la cónyuge no podrá impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia del uso de las técnicas de procreación asistida si ha prestado su consentimiento libre, formal y previo al sometimiento a dichas técnicas, con independencia de quien aportó el material genético*".

### **Reforma catalana a su Código Civil en materia de filiación**

Es del todo pertinente tener presente, como se ha mencionado en pasajes de este trabajo, la reforma llevada a cabo en Cataluña hace 6 años, donde tras años de debate, el 29 de julio del 2010 se sancionó la Ley 25/2010, que reforma el libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia; la modificación consolida la posibilidad de consentir las TRA por parte del hombre o la mujer, casado o no con la madre. El preámbulo de la ley aclara que "*el nuevo marco normativo del matrimonio, junto al de la determinación de la filiación por el consentimiento de la mujer a las técnicas de reproducción asistida de su esposa o compañera, así como la posibilidad de adopción conjunta por matrimonios o parejas estables del mismo sexo, hacen que el hijo pueda tener dos padres o dos madres. Eso ha hecho imprescindible una tarea de armonización que permite alcanzar más neutralidad en el lenguaje en términos de género. En esta línea, la mayor parte de las referencias que se hacían al 'marido' y la 'mujer' se sustituyen por 'los cónyuges', y las que se hacían al 'padre' y la 'madre' se sustituyen por 'los progenitores' con la condición de que esta acepción incluye tanto los padres y las madres por naturaleza como los adoptivos*".<sup>108 109</sup>

El capítulo V de la ley, relativo a la filiación, abraza tanto la filiación por naturaleza como la adoptiva. En cuanto a la filiación por naturaleza, el preámbulo explica que "se incorporan los cambios respecto a la filiación de los nacidos a consecuencia de fecundación asistida introducidos por la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, que posibilitan el establecimiento de la maternidad en relación con la mujer que consiente la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida a la esposa o a la compañera con la que está conviviendo en pareja estable. Indudablemente, la maternidad derivada del mero consentimiento para la procreación asistida de su esposa o compañera no es una maternidad biológica o por naturaleza, sino una relación jurídica puramente legal. Sin embargo, eso no es ninguna novedad en el ordenamiento jurídico catalán. Se da en la paternidad del hombre, casado o no, que presta el consentimiento para la procreación asistida de su esposa o pareja estable. Por este motivo, se ha creído oportuno no incorporar una nueva categoría jurídica para este tipo de filiación y se ha optado por asimilarla, en cuanto al tratamiento legal, a la paternidad del hombre que consiente la fecundación asistida, dado que en ambas el título de atribución es el consentimiento, y no la relación biológica. Como la posibilidad de que la maternidad de la esposa o compañera que consiente la fecundación asistida de la que será la madre biológica se determine

---

<sup>108</sup> Ferreirós, J. (2010). ¿Un doble vínculo? Reflexiones sobre historia, ciencia y cultura. *Arbor*, 186(743), pp.425-433.

<sup>109</sup> de la Fuente Núñez de Castro, M. (2014). Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal. *REVISTA PARA EL ANÁLISIS DEL DERECHO*, 1(2015), pp.1-28.

directamente afecta a los medios de determinación de la filiación, ha sido preciso añadir el consentimiento para la procreación asistida a la lista de títulos de atribución de la filiación". De esta manera, es menester agregar en nuestro código en lo relativo a la "Determinación": "*La filiación por naturaleza, con relación a la madre, resulta del nacimiento; con relación al padre y la madre puede establecerse por el reconocimiento, por el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer, por la anotación registral o por sentencia, y, únicamente con relación al padre, por el matrimonio con la madre*".<sup>110</sup>

En cuanto a la determinación de la maternidad de la mujer que consiente la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida de su esposa o compañera con la que está conviviendo en pareja, como se ha hecho en argentina en un reciente proyecto de reforma al Código Civil, habría que distinguir entre mujer casada y mujer no casada:

Tratándose de mujer casada, el Artículo 235-8 relativo a La fecundación asistida de la mujer casada establece: "*1. Los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la mujer, practicada con el consentimiento expreso del cónyuge formalizado en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público, son hijos matrimoniales del cónyuge que ha dado el consentimiento*".<sup>111</sup>

Tratándose de mujer no casada el Artículo 235-13 relativo a La fecundación asistida de la mujer establece: "*1. Los hijos nacidos de la fecundación asistida de la madre son hijos del hombre o de la mujer que la ha consentido expresamente en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público*".<sup>112</sup>

Se advierte, pues, que la línea legislativa que defendemos y proponemos adoptar en una futura reforma está en total consonancia con varias voces provenientes del derecho comparado que hace tiempo han enfrentado la disyuntiva en torno a la presunción de filiación en el marco de una relación de pareja (casada o no) del mismo sexo; en la mayoría, el elemento biológico pierde la centralidad de los sistemas clásicos fundados en la diversidad de sexo y la procreación natural.

En definitiva, debemos ser capaces de buscar las formas de incluir los asuntos relativos a la copaternidad y comaternidad en todas las instancias posibles, reformulando la lógica heteronormativa de los artículos del Código Civil y la legislación referidas a la materia, como también en las normas relacionadas a cuidado personal y patria potestad. Todo aquello para subsanar el grave vacío legal que existe hoy en Chile con los/as niños/as que tienen dos padres o dos padres pero un vínculo legal con solo uno/a de ellos/as.

---

<sup>110</sup> de la Fuente Núñez de Castro, M. (2014). P.17

<sup>111</sup> Benavente Moreda, P. (2011).p 98.

<sup>112</sup> Benavente Moreda, P. (2011). P 103

## BIBLIOGRAFÍA

1. ÁLVAREZ VIAL, Juan José (2014): Homoparentalidad en Chile y Derechos humanos. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, Chile.
2. BAUDIN, T., VADON, A., PENELLE, R. y HEIZMANN, J. (1995): Caractérisation de la Texture de Recristallisation Primaire d'une Toile de FeSi, Francia.
3. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. (2009) "Hijos made in California" Aranzadi Civil Mercantil, Revista Quincenal, Madrid, España .
4. BERENICE DIAS, María. (2004) "Uniones Homo afectivas", Informe de Brasil. En Revista de Derecho Comparado. RubinzalCulzoni Editores, Santa Fé, Argentina.
5. BERNAL CRESPO, Julia Sandra (2013). Reproducción asistida y filiación. Tres casos. Edición Universidad de Medellín, Colombia.
6. BORRILLO, Daniel (2010) "La parenté et la parentalité dans le droit : conflits entre le modèle civiliste et l'idéologie naturaliste de la filiation, en Reproduire le Genre (dir. Dorlin y Fassin)", Edition de la Bibliothèque Centre Pompidou, París, Francia.
7. BUTLER Judith., (2006) "Deshacer el Género", Editorial Paidós, Barcelona, España.
8. CÁRCAMO BARBER, Roncesvalles, (2014) "Doble maternidad legal, Filiación y relaciones parentales". Universidad de la Rioja, España.
9. CILLERO BRUÑOL, Miguel (2007): "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño". Revista Justicia y Derechos del Niño (UNICEF), Santiago de Chile.
10. CORRAL TALCIANI, Hernán. (1998) "Determinación de la filiación y acciones de Estado en la reforma de la Ley N° 19.585", Documento de Trabajo N° 25, Serie Documentos de Trabajo de la Universidad de Los Andes, Santiago, Chile.
11. CORRAL TALCIANI, Hernán. (2002) "Adopción y Filiación Adoptiva". Editorial jurídica de Chile, Santiago, Chile.
12. CORRAL TALCIANI, Hernán. (2007) "Regulación legal de las uniones homosexuales. Un contrasentido para el Derecho de Familia", Universidad de los Andes, Santiago, Chile.

13. CORRAL, Hernán. "Reproducción humana asistida y filiación. Un análisis del nuevo artículo 182 del código civil". Disponible en <https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/art-182cc.pdf>.
14. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso AtalaRiffo y Niñas vs. Chile, Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana de la sentencia de 24 de febrero de 2012, disponible en [www.joomla.corteidh.or.cr:8080/joomla/en/jurisprudencia/40-resumen/1612-ficha-tecnica-caso-atala-riffo-y-ninas-vs-chile](http://www.joomla.corteidh.or.cr:8080/joomla/en/jurisprudencia/40-resumen/1612-ficha-tecnica-caso-atala-riffo-y-ninas-vs-chile).
15. DE LA CRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO BEBULLIDA, Francisco, (1984) "Elementos del Derecho Civil" tomo IV, Editorial Bosch, Barcelona, España.
16. DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, Sergio (2015): "Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal", Indret, Barcelona, España.
17. FABAR CARNERO, Alberto (2014): El consentimiento para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y la doble maternidad legal. Análisis de la sentencia del tribunal supremo 740/2013, de 5 de diciembre de 2013. Revista de Derecho UNED, España.
18. FARNÓS AMOROSÓ, Esther, (2010) "Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la gestación por sustitución en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, Madrid, España
19. FERREIRÓS, José (2010): ¿Un doble vínculo? Reflexiones sobre historia, ciencia y cultura. *Arbor*, Sevilla, España.
20. FLORES RODRIGUEZ, Jesús, (2012) "Homoparentalidad y Derecho Civil", Universidad Rey Juan Carlos, España.
21. FREUD, Sigmund. (1937) "Una teoría sexual y otros ensayos", Ediciones Ercilla, Santiago, Chile.
22. FUENTES NÚÑEZ DE CASTRO, María Soledad. (2015) "Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal", Revista para el análisis del Derecho. Málaga, España.
23. GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. (2007) "El Sistema Filiativo chileno". Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile.

24. HERNÁNDEZ ROBLES, Silvia, (2015) “Filiación de los hijos de parejas del mismo sexo nacidos mediante técnicas de reproducción asistida”, Universidad de Salamanca.
25. HERNÁNDEZ ROBLES, Silvia. (2015): Filiación de los hijos de parejas del mismo sexo nacidos mediante técnicas de reproducción asistida. Universidad de Salamanca, España.
26. HERRERA, Francisco, (2005) “Familia y Maternidad: Sangre y Cuidado en Mujeres Lesbianas de las Ciudades de Barcelona y Santiago” en CANDINA, A. ET. AL., Conservadurismo y transgresión en Chile: reflexiones sobre el mundo privado, colección Investigadores Jóvenes, Co-Edición CEDEM/FLACSO, Santiago, Chile.
27. JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier (2017): La atribución de la filiación de los hijos a la esposa o compañera de la madre en las parejas de lesbianas. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, Valencia, España.
28. KELMELMAJER, Aida. (1999) “Lineamientos del régimen de la filiación biológica en Argentina y en la reciente reforma al Código Civil Chileno”, en “El nuevo estatuto de filiación en el código civil chileno”, Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile. Santiago, Chile.
29. LATHROP, Fabiola. (2016) “El Acuerdo de Unión Civil: Regulación y Problemas Prácticos”. Academia Judicial de Chile, Santiago, Chile.
30. LEPIN MOLINA, Cristian. (2014). Los nuevos principios del derecho de familia. *Revista chilena de derecho privado*, Santiago, Chile.
31. LÓPEZ RIVERA, Gisela. (2001) “Nuevo estatuto de filiación y los derechos esenciales”, Editorial ConoSur Ltda., Santiago, Chile.
32. MARTÍNEZ G., Tomás (2013). “El consentimiento en la relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil”, *Actualidad Civil*, Santiago, Chile.
33. MAZZINGHI, Jorge Adolfo, (1999) “Derecho de Familia” Tomo IV, 3ª Edición, Editorial Abáco, Buenos Aires, Argentina.
34. MEDINA, Graciela (2001) *Uniones de Hecho homosexuales*. Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina.
35. MEDINA, Graciela (2001): *Las Uniones de hecho homosexuales frente al Derecho Argentino*. En *Revista de Derecho Comparado*. Rubinzal-Culzoni Editores. Córdoba, Argentina.



36. MEDINA, Graciela. (2001) "Las Uniones de hecho homosexuales frente al Derecho Argentino. En Revista de Derecho Comparado". Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fé, Argentina.
37. MISSANA, Sergio. (2014) "Informe Anual sobre derechos humanos en Chile 2014". Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, Chile.
38. RAMOS PAZOS, Rene, (2006) "Derecho de Familia Tomo I" Sexta edición, Editorial jurídica de Chile, Santiago, Chile.
39. Reproducción asistida y determinación de la filiación», Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, 8, diciembre 2010.
40. RIVERO HERNÁNDEZ, F. en LACRUZ, J.L. y otros (2002): Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia, Bosch, 4ªedic., Barcelona, 1997. Citado en CORRAL TALCIANI, H. Adopción y Filiación Adoptiva. Ed. Jurídica de Chile. 2002, Chile.
41. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (1997) "Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia", 4ª edición, Editorial Bosch, Barcelona, España.
42. ROCA TRIAS, Encarca. (1998) "El derecho de familia y los nuevos paradigmas" volumen V, "X Congreso Internacional de Derecho de Familia", Mendoza, Argentina
43. Rompiendo el Silencio, "Diagnostico inicial sobre la situación social y cultural de las lesbianas y bisexuales en Chile", marzo de 2014.
44. ROSSEL SAAVEDRA, Enrique (1958): Manual de Derecho de Familia. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile.
45. ROSSEL, Enrique. (1992) "Derecho de Familia", sexta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
46. SABIONCELLO SOTO, Muriel. (1993) "La adopción simple y plena". La Ley. Ediciones Jurídicas de Chile, Valparaíso, Santiago.
47. SANCHEZ GUZMÁN, Verónica. (2009) "Procedencia de la acción de reclamación de paternidad o maternidad cuando el presunto padre o madre ha fallecido: un estudio doctrinario y jurisprudencial" Editorial de la Universidad de Chile, Santiago, Chile.
48. SCHMIDT HOTT, Claudia Y VELOSO Paulina. (2001) "La filiación en el nuevo derecho de familia". Editorial LexisNexis, Santiago, Chile.

49. Sentencia N° 477/95, Proceso de Tutela, Sala Séptima de Revisión, 23 de octubre de 1995. Publicada en “Derechos Fundamentales e Interpretación Constitucional”. (1997), Lima, Perú.
50. SOMARRIVA, Manuel, (1963) “Derecho de Familia”, Editorial Nascimento, Santiago, Chile.
51. SOUTO GALVÁN, Beatriz. (2005) “Aproximación al estudio de la gestación por sustitución desde la perspectiva del bioderecho”, Foro Revista de Ciencias Sociales y Jurídicas Nueva Época. Universidad de Alicante, Alicante, España.
52. TRONCOSO LARRONDE, Hernán. (2007) “Derecho de familia”, Colección Manuales, Décima Edición, Editorial LexisNexis, Concepción, Chile.
53. UNICEF, tipos de familia en la Región Sudamericana. Disponible en forma electrónico en [http://files.unicef.org/uruguay/spanish/libro\\_familia.pdf](http://files.unicef.org/uruguay/spanish/libro_familia.pdf).
54. WINNICOTT, Donald. (1995). “La familia y el desarrollo del individuo” 4° Edición. Buenos Aires, Argentina.
55. ZANNANI, Eduardo. (1988) “Derecho de familia” Tomo II, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina.
56. ZORRO, Ángela. (2012) “La maternidad subrogada: el problema de la presunción de maternidad”, Derecho comparado, , <http://derechocomparado-uniandes.blogspot.com.es/2012/04/la-maternidad-subrogadael-problema-de.html>.