



**Universidad
de Valparaíso**
CHILE



**EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE
NIÑOS, NIÑAS Y/O ADOLESCENTES
CUANDO SON HIJOS DE PADRES Y/O
MADRES HOMOSEXUALES.**

TESINA ESCUELA DE DERECHO

**TESISTAS: PAULINA AGUIRRE LEVERTON.
IGNACIO GONZÁLEZ CRAVIOLATTI.**

PROFESOR GUÍA: INES ROBLES CARRASCO.

FECHA: DICIEMBRE DE 2017.

El derecho a la identidad de niños, niñas y/o adolescentes cuando son hijos de padres y/o madres homosexuales

Paulina Aguirre Leverton

Ignacio González Craviolatti

Resumen

Este estudio intenta demostrar cómo se puede ver vulnerado el derecho a la identidad, de niños, niñas y adolescentes hijos de padres o madres homosexuales.

Para eso, analizaremos los distintos significados dados al derecho a la identidad y su relación con los derechos del niño; la problemática que se genera en torno a su aplicación, en concreto cuando los niños, niñas y adolescentes son hijos de padres o madres homosexuales, y las posibles soluciones y respuestas que se dan en otros ordenamientos jurídicos y en la legislación chilena cuando surjan materias relacionadas con el derecho a la identidad de estas personas.

Palabras claves: *Derecho a la identidad, derechos del niño, homoparentalidad, interés superior del niño, familia.*

Abstract

This study attempts to show how the right to identity of children and adolescents from homosexual mothers or fathers can be violated.

In order to do this, we will discuss about the different meanings given to the right to identity and its relation to the right of the child; the difficulties arisen by its application, specifically when children and adolescents are sons or daughters of homosexual mothers or fathers and, some viable solution or answer furnished by other legal systems, as well as by our Chilean legislation when we come across with related subjects as to the right to identity of this people.

Keys words: *Right to identity, children's rights, homoparental, interests of the child, family.*

ÍNDICE		Pág.
INTRODUCCIÓN.		4
I. ¿QUÉ ES EL DERECHO A LA IDENTIDAD?		6
1.1	El derecho a la identidad en Chile.	7
1.2	El derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes en los distintos ordenamientos jurídicos.	12
1.3	Conflictos que se generan en torno al derecho a la identidad.	20
II. CONFLICTOS QUE SE GENERAN EN TORNO AL DERECHO A LA IDENTIDAD DE HIJOS(AS) DE PADRES Y/O MADRES HOMOSEXUALES.		22
2.1	Adopción por parte de un soltero homosexual en relación a la adopción homoparental.	22
2.1.1	Algunas consideraciones sobre la adopción en Chile.	23
2.1.2	Conflictos que se presentan en la adopción con el derecho a la identidad.	25
2.1.3	Derechos del niño en relación al padre y/o madre de crianza.	28
2.1.4	Tratamiento en Chile de la Adopción Homoparental- Proyecto de Ley de Matrimonio Igualitario y Adopción Homoparental.	30
2.2	Utilización de técnicas de reproducción asistida en Lesbianas.	32
2.2.1	Consideraciones generales de las técnicas de reproducción humana asistida en Chile.	33
2.2.2	Intereses involucrados en las técnicas de reproducción humana asistida.	35
2.2.3	Conflictos en relación al derecho a la identidad cuando se utilizan las técnicas de reproducción humana asistida.	36
2.3	Niños, niñas y adolescentes nacidos o adoptados en el extranjero por padres o madres homosexuales.	42
2.3.1	El derecho a la identidad de niños, niñas o adolescentes nacidos o adoptados por padres o madres homosexuales.	42

III. SOLUCIONES A LOS CONFLICTOS QUE SE GENERAN EN TORNO AL DERECHO A LA IDENTIDAD.	49
3.1 Soluciones al conflicto generado cuando un soltero homosexual adopta teniendo pareja.	49
3.2 Soluciones al conflicto generado por el uso de técnicas de reproducción humana asistida.	61
3.3 Soluciones al conflicto de niños, niñas y/o adolescentes que son nacidos o adoptados en el extranjero por padres o madres homosexuales.	66
Conclusiones	71
Bibliografía	73

Introducción

El derecho a la identidad es de aquellos derechos que normalmente quedan en una categoría menor o con una prioridad secundaria respecto de los otros; es de aquellos que se le entiende parte complementaria o manifestación de otros derechos fundamentales, haciendo mucho más compleja su efectiva aplicación, protección y resguardo del mismo.

Por ser menos estudiado, los conceptos que se han dado respecto del mismo son variados, algunos presentan una mayor amplitud y otros son mucho más restringidos lo que genera discusiones y diferencias a la hora de aplicar normativa relacionada con el tema. Provocando que, según el ordenamiento jurídico, se opte por alguna de las variadas interpretaciones de lo que normalmente se entiende por Derecho a la identidad, y que trae como consecuencia que a la hora de integrar y aplicar la normativa vigente con la realidad social se dejen fuera aspectos del mismo que son relevantes para su correcta e integral aplicación.

Sin embargo, creemos que dada la realidad social imperante en el mundo en materia de diversidad sexual y nuevas formas de familia que se han ido consolidando con el transcurso del tiempo, es que se hace necesario dar respuestas a otros conflictos que se van presentado y que a primera vista no son visualizados por el legislador, ya sea por el momento histórico en el cual se legislo esta materia o porque no hay voluntad política para avanzar en ellas.

A modo ejemplar podemos señalar que hoy en día en nuestro ordenamiento jurídico vigente no existe la adopción homoparental, sin embargo, si existe la posibilidad de adoptar por parte de un soltero; también existe la posibilidad de que una mujer se insemine para ser madre; o que una familia adopte o tenga un hijo en el extranjero siendo una familia homoparental. A todas estas situaciones actualmente nuestra legislación vigente no le ha dado una solución concreta

Y es así como respecto de estos casos nos preguntamos: ¿Qué pasa con el derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes cuando sus padres son homosexuales? ¿Qué derecho efectivo existe cuando una pareja homoparental decide tener hijos biológicos mediante inseminación in vitro o inseminación artificial? Si un homosexual decidiera adoptar un niño, niña o adolescente ¿Qué derechos tendría respecto del padre o madre de crianza? y si lo hiciera en el extranjero ¿Cómo podría ser inscrito en Chile?

Y son estas situaciones que a juicio de quienes escriben motivan esta investigación, el poder otorgar una respuesta a los conflictos recién planteados, mostrar cómo se han sido regulando en

otros ordenamientos jurídicos e intentar dar soluciones a todas las interrogantes anteriormente planteadas.

A continuación, mostraremos los distintos significados que se le ha dado al derecho a la identidad, su relación con los niños, niñas y adolescentes, y su protección por los otros ordenamientos jurídicos; las diversas problemáticas que se generan en torno a su aplicación, en concreto en relación a los niños, niñas y adolescentes cuando son hijos de padres o madres homosexuales, y las posibles soluciones o respuestas a los conflictos que se irán explicitando a lo largo del trabajo.

I. ¿Qué es el Derecho a la Identidad?

En este primer capítulo ilustraremos las principales diferencias conceptuales en cuanto a lo que se entiende por derecho a la identidad; y como ha generado que esta variedad de significados y que, como consecuencias cada ordenamiento jurídico tenga un reconocimiento legal distinto según su propia concepción de lo que entienden o reconocer por este derecho.

Cuando nos referimos al derecho a la identidad nos encontramos frente a un derecho que posee una variedad compleja de aspectos, entre los que se encuentran la identidad formal o administrativa, la identidad filial, la identidad biológica, entre otras. Por lo que se hace necesario para comprender a cabalidad las diversas manifestaciones de este derecho, hacer una breve referencia de que es lo que se entiende por identidad en sentido amplio.

Así, como señala la profesora Beatriz Ramírez podemos entender que “identidad es una construcción que supone alienación y creación al mismo tiempo; necesarios para darle certeza al yo de lo que no es y, a su vez, inventar y crear lo que es, esforzándose por un pacto de reconocimiento con el mundo. Es resultado de una síntesis de imágenes, convocatorias, soluciones de compromiso, negociaciones psíquicas que a partir de un esfuerzo de sentido: nomina, clasifica, distingue, reconoce, interpreta, interpela, crea sentido a las cosas del mundo brindándole al yo un lugar para sí.”¹, por otro lado, se puede definir como “La identidad incluye el nombre, el apellido, la fecha de nacimiento, el sexo y la nacionalidad. Es la prueba de la existencia de una persona como parte de una sociedad, como individuo que forma parte de un todo; es lo que la caracteriza y la diferencia de las demás”², por último, los profesores Rotenberg y Agrest señalan “la identidad del ser humano presupone un complejo de elementos, una multiplicidad de aspectos relacionados entre sí, de carácter espiritual, psicológico o somático conviviendo con aspectos culturales, ideológicos, religiosos o políticos”.³

Como se desprende de las definiciones anteriormente presentadas, se aprecia como lo que entendemos por identidad es una cuestión a priori difícil de definir, porque es un concepto multidimensional y con un sin fin de significados, ya que la construcción de la identidad implica, por una parte la conciencia personal de quien es uno mismo, de las características y cualidades

¹ Ramírez Grajeda, Beatriz. “La identidad como Construcción de sentidos”, en *Revista Andamios*, Universidad Autónoma de la ciudad de México, Vol. XIV, México, Enero – abril 2017, pág. 196.

² ONG Humanium, disponible en línea en <http://www.humanium.org/es/derecho-identidad/>

³ Rotenberg, Eva y Agrest, Beatriz. *Homoparentalidades: nuevas familias*, Editorial Lugar, Buenos Aires, 2007, pág. 71.

personales que nos hacen ser únicos, y, por otro lado, la relación con el entorno y la aceptación de las influencias sociales, emocionales y culturales.⁴

A lo largo de este capítulo iremos mostrando las diversas concepciones que se tienen del derecho a la identidad, haciendo un paralelo entre como es concebido este derecho en Chile en relación a otros países. Para concluir identificando como estas formas de entenderlo pueden generar un conflicto u omisión en la aplicación del mismo, diversas al enfrentamos a una realidad social que con el avance del tiempo se ha ido tornando más compleja y que muchas veces no se condice con un pleno *respeto* del derecho a identidad.

1.1. El derecho a la identidad en Chile.

El derecho a la identidad no posee un reconocimiento expreso en nuestra Constitución Política, ni en otra ley en Chile. Ahora bien, si se encuentra reconocido a través de los Tratados y Convenciones Internacionales vigentes y que han sido ratificados por Chile, en este sentido nos encontramos con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículos 17, 18 y 20)⁵. como también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículos 24.2 y 24.3)⁶ y por último en la Convención Sobre los Derechos del niño (Artículos 7 y 8)⁷.

⁴ Gómez Bengoechea, Blanca. *Derecho a la Identidad y filiación*, Editorial Dinkynson, Madrid, 2007, pág. 32.

⁵ 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 tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido por esta Convención. 3- El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes deben tomar las 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.

Artículo 18. *Derecho al Nombre*. Toda persona tiene derecho a un nombre propio a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho a todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.

Artículo 20. *Derecho a la Nacionalidad*. 1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra. 3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

⁶ Artículo 24.2. *Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.*

Artículo 24.3. *Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.*

⁷ Artículo 7. 1. *El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer sus padres y a ser cuidado por ellos.* 2. *Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.*

Artículo 8. 1. *Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.* 2. *Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección con mira a restablecer rápidamente su identidad.*

En base a estas Convenciones y Tratados es que tanto la doctrina como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha llegado a elaborar distintos conceptos. Parte de la doctrina nacional identifica el derecho a la identidad como un derecho autónomo que abarca los siguientes derechos 1° Derecho a la identificación; 2° Derecho a conocer el origen biológico; 3° Derecho a una identidad familiar (pertenencia a ella o relacionarse con ella); 4° Derecho a una sana y libre formación de la identidad personal, y 5° Derecho a transformar esa identidad⁸. Por su parte el Tribunal Constitucional en la sentencia Rol 834- 07 en la causa “Magri con Magri” en su considerando décimo quinto, señala que el derecho a la identidad personal – comprende- en un sentido amplio – la posibilidad de que todo ser humano sea uno mismo y no otro y, en un sentido restringido, el derecho de la persona a ser inscrita inmediatamente después de su nacimiento, a tener un nombre desde que nace y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Desde este punto de vista existe una estrecha vinculación entre el derecho a la identidad personal y a la dignidad humana – piedra angular de todo el edificio de los derechos fundamentales – pues esta solo se afirma cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen, y sobre esa base, puede aspirar a ser reconocida como tal dentro de la sociedad.⁹

Respecto a la jurisprudencia de la Corte Suprema y Cortes de Apelaciones, estas optan por no definir propiamente lo que se entiende por derecho a la identidad, pero si procede a su aplicación en base a los artículos 8 y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño que ya hemos mencionado, así en la causa N° 41030/2016 que versa sobre el traslado de un menor a su país de origen señalan “los jueces se han preocupado de la colisión de derechos y el artículo 49 de la ley de menores establece, específicamente, que el traslado debe ser justificado con un beneficio para el niño; pues, en este caso, se está preservando la **identidad** del niño en el país que lo acogió los primeros años de vida” además agrega “se han preocupado del interés superior de Z.Z.H., ya que íntimamente ligado a éste se encuentra el poder mantener la **identidad** del niño”¹⁰, en la causa N°35252/2016 nuevamente enuncian el derecho pero sin definirlo, así señalan “implicando eventuales afectaciones a sus derechos fundamentales, como el de la identidad, el ser oído y el de su interés superior”¹¹, por su parte la corte de apelaciones de San Miguel en la causa N°205/2014 señala “se produce un perjuicio del interés superior del niño de

⁸ López Rivera, Gisella. *Nuevo estatuto de filiación y los derechos esenciales*, Editorial ConoSur Ltda., Santiago de Chile, 2001, pág. 133 y 134.

⁹ Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 834-07, 13 de mayo del 2008, considerando décimo quinto.

¹⁰ Considerando quinto, Corte Suprema, causa N°41030 / 2016, Sala cuarta, 5 de enero de 2017.

¹¹ Considerando primero, Corte Suprema, causa N°35252 / 2016, Sala cuarta, 4 de octubre de 2016.

desarrollarse íntegramente con quien es su padre e incluso privarlo de su derecho a la identidad”¹².

De los conceptos anteriormente mencionados por los Tratados y Convenios Internacionales como también por el Tribunal Constitucional, se puede concluir que el derecho a la identidad conlleva una multiplicidad de aspectos, algunos de ellos dinámicos y otros estáticos, que tienen por objetivo final que las personas alcancen su propia identidad y que esta identidad sea reconocida también por la sociedad en su conjunto.

Debido a que el derecho a la identidad no es reconocido expresamente por nuestra Constitución Política, pero si es empleado y reconocido el termino por la jurisprudencia tanto Constitucional, Corte Suprema, Corte de Apelaciones, tribunales de primera instancia y doctrina, es que cabe preguntarse si este derecho es considerado un derecho infraconstitucional autónomo de otros derechos, es decir, “extraen su validez de la Constitución y que, por tal motivo, tienen un rango jurídico inferior a cualquiera de las disposiciones que forman parte de la Constitución”¹³ o un Derecho Humano Fundamental, es decir, “que por su posicionamiento en el Estado Constitucional como normas jurídicas supremas se constituyen como presupuestos de validez material para la creación, interpretación y aplicación de otras normas del derecho infraconstitucional”¹⁴.

En Chile resulta difícil reconocer la existencia de un derecho a la identidad de fuente infraconstitucional, toda vez que para estar frente a este tipo de derecho se requiere, que goce de una consagración legal, cosa que no ocurre en nuestro país, y por otro lado que goce de un contenido particular y específico que lo deslinde de otros derechos consagrados, para que de esta manera se garantice su efectividad, de lo contrario nos encontraríamos ante un derecho que carece de contenido.

Como se señaló anteriormente en nuestro país, no existe ninguna ley que consagre de forma expresa este derecho, y por otro lado en aquellas leyes en donde se menciona el derecho

¹² Considerando primero, Corte de Apelaciones de San Miguel, causa N° 205 / 2014, 30 de abril de 2014.

¹³ Wieland Conroy, Hubert, “¿Puede una ley de reforma constitucional ser objeto de una acción de inconstitucionalidad?”, *Revista Palestra de asuntos públicos de la PUCP*, 2005, pág. 1.

¹⁴ Correa Henao, Magdalena, *La limitación de los derechos fundamentales*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pág. 21.

a la identidad, o bien se le confunde con la identificación o solo se limita a mencionar sus ámbitos o elementos, sin que se le otorgue una autonomía respecto de otros derechos.

Respecto a considerar al derecho a la identidad como un Derecho Humano Fundamental, si bien la manera de justificar esta postura implica recurrir a la doctrina de los derechos constitucionales implícitos y el eterno debate que existe en torno a esta postura, discusión que de hecho es “al final, una discusión acerca del ejercicio de la discrecionalidad de las cortes constitucionales”¹⁵ nuestro Tribunal Constitucional opta por recoger esta tesis, así en distintos fallos el tribunal ha reconocido la existencia de un derecho fundamental implícito a la identidad¹⁶, hay que tener en cuenta que el principal razonamiento que ha tenido el tribunal es la relación que tiene el derecho a la identidad y la dignidad humana, y el hecho de que este derecho si se encuentra reconocido expresamente por los Tratados y convenciones ya mencionados anteriormente los que se encuentran ratificados por Chile y vigentes en nuestro país, y tal como señala nuestra Constitución Política *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber del Estado respetar y promover tales derechos. Garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*¹⁷.

Por lo tanto, y para responder a la pregunta sobre el lugar que ocupa el derecho a la identidad dentro de la pirámide normativa de nuestro ordenamiento jurídico, nuestra opinión es que se encuentra sobre el derecho positivo, al nivel de los derechos humanos, para optar a esta postura nos sumamos a los argumentos utilizados por el Tribunal Constitucional y que ya fueron mencionados anteriormente.

En opinión de quienes escriben, deslindar el derecho a la identidad es una labor muy compleja, porque pese a que de forma unánime es reconocido su existencia por la doctrina y la jurisprudencia chilena, su ámbito general goza de una indeterminación, sobre todo al momento de establecer los límites con otras figuras a fines, donde las confusiones son particularmente recurrentes, lo anterior se debe a que el derecho a la identidad parece ubicarse en una zona donde convergen figuras que también gozan de conceptos muy conflictivos, como los Derechos

¹⁵ Candia Falcón, Gonzalo, “Analizando la tesis de los derechos implícitos: Comentario de la sentencia del tribunal constitucional recaída sobre el requerimiento de inaplicabilidad Rol N° 2.408-2013 de 6 de marzo de 2014”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Vol. 21, N° 1, pág. 521.

¹⁶ Sentencias Tribunal Constitucional Rol 1537-2009, 2105- 2011 y 1656- 2010.

¹⁷ Artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política de la República de Chile.

Humanos, Fundamentales, Personales, etc., lo que conlleva a que el concepto, espectro y características del derecho a la identidad no se encuentren del todo afinados, lo que de cierta manera repercute negativamente en su análisis, sobre todo al momento de buscar su aplicación por parte de la jurisprudencia.

Debido a los problemas anteriormente mencionados, es que al momento de precisar el derecho a la identidad se cae en el error de encasillarlo dentro de límites tan estrechos que llegan a desvirtuar este derecho, así, pareciera que es un derecho exclusivo de los niños, sin perjuicio que es común a todo ser humano incluyendo a los de más alta edad, como también limitarlo solo al derecho a conocer sus orígenes, siendo que conlleva una serie de derechos asociados, como el nombre, nacionalidad, sexo, etc., esto último cobra una especial importancia en nuestro país, ya que son escasos los estudios en nuestra doctrina que se ocupan del análisis del derecho a la identidad, sino que más bien los autores entran de lleno al análisis en los términos que lo desarrolla el Código Civil, por su parte el Tribunal Constitucional ha hecho su pronunciamiento sobre este derecho mayoritariamente en casos de filiación¹⁸, es debido a este encasillamiento que el derecho a la identidad pareciera definirse solo como el derecho que tiene todo individuo a conocer su origen biológico, lo cual se traduce en el derecho a acceder a una investigación judicial para saber quiénes son sus padres y, consiguientemente, a tener la relación padre o madre e hijo, que surge del nexo biológico¹⁹.

El hecho de que el derecho analizado no encuentre un reconocimiento expreso en la Constitución ni en ninguna otra ley en Chile, nos refleja la necesidad de que en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a la identidad adquiera cada vez un mayor reconocimiento, aplicación y protección a través de la construcción que de la jurisprudencia y la doctrina, teniendo especial cuidado de resguardar siempre todos los aspectos que este derecho conlleva y tener en cuenta al momento de su aplicación el sentido que le otorgan tanto los Tratados Internacionales como las respectivas Convenciones.

¹⁸ Es el caso de las sentencias del Tribunal Constitucional Rol 1563- 2009, 1340-2009 y 2035-2011.

¹⁹ Schmidt, Claudia y Veloso, Paulina. *La Filiación en el nuevo Derecho de Familia*. Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, 2001, pág. 64.

1.2. Derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes en los distintos ordenamientos jurídicos.

El derecho a la identidad consiste en el reconocimiento jurídico y social de una persona como sujeto de derechos y responsabilidades y, a su vez, de su pertenencia a un Estado, un territorio, una sociedad y una familia, condición necesaria para preservar la dignidad individual y colectiva de las personas²⁰. Esta definición se encuentra dentro de una tipología de conceptualización que reconoce la pluralidad de aspectos que posee el derecho a la identidad y que nos muestra la dificultad al momento de restringirlo a solo una de sus partes como podría ser la identidad formal o administrativa, identidad filial, o identidad biológica.

El derecho a la identidad puede calificarse como un derecho humano de carácter y contenido tan fundamental y básico que puede oponerse erga omnis y no admite derogación ni suspensión²¹, es un derecho autónomo, cuya existencia no está subordinada a otros derechos, sino que es un derecho en sí mismo.

Si analizamos diversos ordenamientos jurídicos nos encontraremos con que algunos de ellos (minoritariamente) reconocen expresamente el derecho a la identidad dentro de sus Cartas Fundamentales, reconociéndolos como un derecho autónomo. Al contrario, hay Constituciones que no hacen referencia expresa a la identidad como derecho y tampoco a la protección de sus aspectos o expresiones más comunes, entre los cuales se encuentra Chile, sin embargo, recogen esta cuestión en otros preceptos legales de rango no constitucional.

Es así como haciendo un análisis comparativo de las diversas Cartas Fundamentales en Latinoamérica encontramos por ejemplo que países como Ecuador, Perú y Paraguay tienen un reconocimiento expreso al Derecho a la Identidad.

El caso de Ecuador es particularmente interesante ya que tiene un reconocimiento expreso al derecho a la identidad en su Constitución Política, en el artículo 23 numeral 24: “*Sin perjuicio*

²⁰ Registro de Nacimiento Universal y Derecho a la Identidad, Presentación del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF en el IV encuentro de Directores del Registro Civil, Identificación y Estadísticas Vitales, México, 29 de julio al 4 de agosto 2007, Disponible en el libro “Derecho a la Identidad como Derecho Humano” pág.15 disponible en http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/libros2011/Derecho_a_la_identidad_como_derecho_humano_ELECTRONICO.pdf

²¹ Opinión aprobada por el comité jurídico interamericano sobre el alcance del Derecho a la Identidad, 71º Periodo ordinario de sesiones OEA, 30 de julio al 10 de agosto 2007.

*de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: 24. El derecho a la identidad, de acuerdo con la ley.*²²

Y además en su artículo 49 muestra expresamente el reconocimiento de este derecho respecto de los niños, niñas y adolescentes.

Así el mencionado precepto dispone: *“Los niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida, desde su concepción; a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social, a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social, al respeto su libertad y dignidad, y a ser consultados en los asuntos que les afecten. El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas, de conformidad con la ley.”*²³

Esta disposición nos muestra como en Ecuador hay una consagración expresa y manifiesta al derecho a la identidad y que, a mayor abundamiento este precepto lo reitera respecto a los niños, niñas y adolescentes, señalando expresamente que estos son sujetos de este derecho.

En el contexto Europeo, queremos hacer mención a España, quien da una protección a los derechos de los niños, niñas y adolescentes desde su Constitución, la cual dispone en su artículo 39.4 lo siguiente: *“Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”*²⁴

Y para complementar lo recién expuesto, en la Ley de Protección Jurídica del Menor en su artículo 3 señalan: *“Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, y de los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, discapacidad o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social.*

La presente ley, sus normas de desarrollo y demás disposiciones legales relativas a las personas menores de edad, se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y,

²² Artículo 23 numeral 24 de la Constitución Política de la República del Ecuador.

²³ Artículo 49 de la Constitución Política de la República del Ecuador.

²⁴ Artículo 39.4 de la Constitución Española.

especialmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad.

Los poderes públicos garantizarán el respeto de los derechos de los menores y adecuarán sus actuaciones a la presente ley y a la mencionada normativa internacional.”²⁵

Si bien en España, no hay una consagración directa al derecho a la identidad, si hay una remisión expresa a los Tratados Internacionales y en particular a la Convención de los Derechos del Niño, la cual le da un reconocimiento expreso.

En particular también podemos encontrarnos con países en América Latina que no tienen consagración expresa del derecho a la identidad dentro de sus Cartas Fundamentales, sin embargo, en normas que tienen un rango legal inferior poseen una consagración explícita ya sea de la globalidad de lo que se entiende por derecho a la identidad o de alguna de sus manifestaciones más frecuentes.

En países tales como Uruguay, Costa Rica, Nicaragua y Colombia existe una expresión del derecho a la identidad, normalmente este reconocimiento se encuentra en el denominado “Código de la Niñez y Adolescencia” que estos poseen; un instrumento que a nosotros se nos presenta como novedoso en relación a lo que se ha hecho en Chile y que pudiese darnos una orientación o un camino a seguir respecto del pleno goce y disfrute de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Así el Código de la niñez y adolescencia de Uruguay en su artículo 9 dispone: *“Todo niño y adolescente tiene derecho intrínseco a la vida, dignidad, libertad, identidad, integridad, imagen, salud, educación, recreación, descanso, cultura, participación, asociación, a los beneficios de la seguridad social y a ser tratado en igualdad de condiciones cualquiera sea su sexo, su religión, etnia o condición social”²⁶*

Paralelamente, en Costa Rica nos encontramos con que su Código de la Niñez y Adolescencia, que en su artículo 23 dice: *“Las personas menores de edad tendrán derecho a un nombre, una nacionalidad y un documento de identidad costado por el Estado y expedido por el Registro Civil. El*

²⁵ Artículo 3 de la ley N° 1/1996 de protección jurídica al menor de España.

²⁶ Artículo 9 de la ley N° 17823, Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay.

*Patronato Nacional de la Infancia les prestará la asistencia y protección adecuadas, cuando hayan sido privados ilegalmente de algún atributo de su identidad”.*²⁷

En Colombia, también cuentan con un Código de la Infancia y la Adolescencia el cual en relación con el derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes en su artículo 25 dispone: *“Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener una identidad y a conservar los elementos que la constituyen como el nombre, la nacionalidad y filiación conformes a la ley. Para estos efectos deberán ser inscritos inmediatamente después de su nacimiento, en el registro del estado civil. Tienen derecho a preservar su lengua de origen, su cultura e idiosincrasia”.*²⁸

El caso de Argentina, si bien no se consagra a través de un Código de la Niñez y Adolescencia como los países anteriormente mencionados, si cuenta la Ley de Protección Integral de los Derechos de los Niñas, Niños y Adolescentes, la cual hace mención expresa al derecho a la identidad en su artículo 11: *“Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia.... Los Organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar. Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando éstos estuvieran separados o divorciados, o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley. En toda situación de institucionalización de los padres, los Organismos del Estado deben garantizar a las niñas, niños y adolescentes el vínculo y el contacto directo y permanente con aquéllos, siempre que no contraríe el interés superior del niño”*²⁹.

Finalmente, para concluir estas ejemplificaciones sobre cómo se ha consagrado el derecho a la identidad en Latinoamérica tenemos el Código de la Niñez y adolescencia de Nicaragua, que en su artículo 13 señala: *“La niña y el niño tendrá derecho desde que nace, a la nacionalidad de acuerdo con*

²⁷ Artículo 23 de la ley N°7739, Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica.

²⁸ Artículo 25 de la ley N° 1098 de 2006 por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, Colombia.

²⁹ Artículo 11 de la ley N°26061, sobre protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, Argentina, 2005.

los requisitos y procedimientos establecidos en la Constitución Política y en la ley de la materia, a tener un nombre propio, a conocer a su madre y padre y a ser cuidados por ellos.

El Estado respetará el derecho de la niña, el niño y del adolescente a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, de conformidad con la ley.

En ningún caso la niña, el niño y el adolescente podrá ser privado de su identidad. En el caso que sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, el Estado garantizará la asistencia y protección apropiadas para restablecerlas.

La niña y el niño será inscrito en el registro de nacimientos en los plazos que la ley de la materia establece. El Estado garantizará mecanismos ágiles y de fácil acceso de inscripción y extenderá gratuitamente el primer certificado de nacimiento.”³⁰

Es menester señalar que a diferencia de lo que se señala en otros ordenamientos jurídicos como los ya citados, a saber, Uruguay y Costa Rica, en el código de la Niñez y Adolescencia de Nicaragua y Colombia se explicita claramente que se entenderá por derecho a la identidad, otorgándole no solo un reconocimiento al derecho, sino a demás dotándolo de un contenido, y a la vez señalando de manera expresa como este derecho puede ser protegido y garantizado. En el caso de Argentina también se le da contenido y éste se explicita en la norma jurídica anteriormente mencionada.

Cuando nos centramos ya plenamente en los niños, niñas y adolescentes podemos ver que en nuestro país contamos con un instrumento legal, el cual fue ratificado en el año 1990, que reconoce expresamente el derecho a la identidad y este es la Convención de los Derechos del Niño, que es un tratado internacional la cual fue aprobada el 20 de noviembre de 1989 por las Naciones Unidas y busca promover en el mundo los derechos de los niños y niñas, cambiando definitivamente la concepción de la infancia reconociendo que las personas menores de 18 años necesitan atención y protección especial; estableciendo un conjunto de derecho para todos los niños y niñas sobre la base de cuatro principios fundamentales: la no discriminación, el interés

³⁰ Artículo 13 ley N°287, Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua.

superior de la infancia, el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y el respeto por los niños y niñas³¹.

Para poder comprender a cabalidad los diversos aspectos que involucra el Derecho a la Identidad es necesario hacer referencia a dos artículos de la Convención de los Derechos del Niño, los cuales cubren diversos aspectos de lo que entendemos por este derecho.

Dicha Convención en su artículo 7 dispone: *“El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”*.

En el artículo recién citado, vemos como la Convención de los Derechos del Niño da un reconocimiento a uno de los aspectos de lo que normalmente se ha entendido por Derecho a la Identidad, que comprende el hecho que cada niño desde que nace tenga derecho a tener un nombre y nacionalidad (identidad formal), conocer a sus padres y ser cuidado por ellos (identidad filial y biológica).

Continúa la convención señalando en su artículo 8: *“1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.”*

De la lectura e interpretación de ambos preceptos, podemos comprender que es un derecho de contenido complejo, que no se puede reducir a un solo aspecto, debido a que está compuesto por diversos elementos como el nombre, nacionalidad, vínculos familiares, por nombrar los principales.

Respecto a estas disposiciones antes analizadas, el Comité Jurídico Internacional, a petición de la presidenta del Consejo Permanente de la OEA, generó un artículo que busca aclarar los alcances del derecho a la identidad, teniendo como principal fuente de referencia la Convención de los Derechos del Niño; opinión que nos permite saber de mejor manera como debiese

³¹ Información sobre la Convención de los derechos de los niños, niñas y adolescentes disponible en <http://www.unicef.cl/web/convencion-sobre-los-derechos-del-nino/>

entenderse el Derecho a la Identidad, que contenidos debe tener y como debiese ser su protección a la luz de los Tratados Internacionales y Convenciones que protegen este derecho.

La ya mencionada opinión en relación a la Convención de los Derechos del Niño señala expresamente el derecho del niño a preservar su identidad, lo que equivale obviamente a un derecho que acompaña a la persona permanentemente en todas sus etapas.³² Con esto se precisa en primer lugar que el derecho a la identidad es un derecho permanente, que no se extingue con el paso del tiempo ni con la transición de niño a adulto.

Asimismo, el Comité Jurídico Interamericano hace una referencia a la Convención Americana de Derechos Humanos³³, señalando que, si bien no consagra el derecho a la identidad bajo ese nombre expresamente, si incluye el derecho al nombre, el derecho a la nacionalidad y el derecho relativo a la protección de la familia. Igualmente incluye los derechos del niño.³⁴ Razón por la cual se entiende de igual forma incorporado en dicha Convención, aunque no sea de manera textual, esto se puede desprender del contenido de sus disposiciones.

En cuanto a la incertidumbre que se ha generado respecto del contenido que tendría el derecho a la identidad, la Comisión Jurídica Internacional en relación a lo dispuesto en los artículos 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niños ha señalado que la redacción no implica necesariamente que los elementos ahí citados sean todos los que corresponden al derecho a la identidad. Cuando el artículo 8 de la Convención de los Derechos del Niño dice la frase *“incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares...”* hace expresa mención de ciertos derechos que no pueden dejar de estar incluidos, pero no cierra necesariamente el círculo del universo de las pertenencias y mucho menos de los indisociables y estrechos vínculos con otros derechos esenciales como el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y el derecho a la igualdad.³⁵

³² Opinión aprobada por el comité jurídico interamericano sobre el alcance del Derecho a la Identidad, 71º Periodo ordinario de sesiones OEA, 30 de julio al 10 de agosto 2007, pág. 3. Disponible en http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/cji_agenda_derecho_identidad-pdf

³³ La Convención Americana de Derechos Humanos también llamada Pacto de San José de Costa Rica, fue elaborada entre el 7 y 22 de noviembre de 1969, la cual reconoce que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ídem*, pág. 4.

Cuando analizamos como se ha entendido el derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes en otros ordenamientos jurídicos vemos claramente la amplitud conceptual, ya que para algunos se entiende el Derecho a la Identidad desde el aspecto de la identidad formal o administrativa, como un derecho a tener un nombre, una nacionalidad, y en cambio otros ordenamientos no solo reducen el contenido del derecho a la identidad formal o administrativa sino que amplían el concepto y lo definen como el derecho a tener una identidad familiar, a identificarse con quienes son sus padres, reconocerlos y hacerlos parte integral de su crianza. Lo que se condice con el concepto promulgado en la Convención de los Derechos de niños, niñas y adolescentes.

En opinión de la Comisión Jurídica Internacional el derecho a la identidad tiene un núcleo central de elementos claramente identificables que incluyen el derecho al nombre, el derecho a la nacionalidad y el derecho a las relaciones familiares, todo lo cual va acompañado de la obligación del Estado de reconocerlos y garantizarlos.³⁶

Ahora bien, independiente del concepto que se asuma de derecho a la identidad, podemos concluir que la mayoría de los ordenamientos jurídicos entiende y aplica este derecho de manera distinta.

Como anteriormente se ha señalado, el derecho a la identidad posee una variedad de significados, los cuales no solo presentan dificultades a la hora de su correcta aplicación, sino que además que cada ordenamiento jurídico entiende de una manera diferente el derecho a la identidad en sí, así como también los casos en que sería menester tenerlo a la vista.

A raíz de la lectura de los tratados internacionales anteriormente señalados y las diversas normativas que regulan la infancia podemos concluir que el derecho a la identidad es parte integrante de lo que entendemos como catálogo de derechos fundamentales. Es en consecuencia un derecho humano fundamental, con claro pero variado contenido y que requiere y merece su total e integral protección por parte del ordenamiento jurídico chileno.

³⁶ Ídem, pág. 5.

1.3. Conflictos que se generan en torno al derecho a la identidad.

Dada esta incertidumbre en torno a que entendemos por derecho a la identidad, lo cual quedo de manifiesto cuando lo definimos, es que se van generando conflictos en cuanto a su integra aplicación, es así como muchas veces entendemos que hay una correcta aplicación del derecho cuando en un país se le otorga el derecho al niño, niña o adolescente a tener un nombre, una nacionalidad, y en el caso de ser hijo adoptivo a optar a conocer sus orígenes biológicos.

Sin embargo, dada la realidad social imperante en materia de diversidad sexual y nuevas formas de familia, se suscitan otros conflictos que normalmente no son visualizados a primera vista. Hoy en día en nuestro ordenamiento jurídico vigente no existe la adopción homoparental, sin embargo, si existe la posibilidad de adoptar por parte de un soltero, también existe la posibilidad de que una mujer se insemine para ser madre, en ambos casos independiente de la condición sexual que posean.

Y respecto de estos casos ¿Qué pasa con el derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes cuando sus padres son homosexuales? ¿Qué derecho efectivo existe cuando una pareja homoparental decide tener hijos biológicos mediante inseminación in vitro? Si un homosexual decidiera adoptar un niño, niña o adolescente ¿Qué derechos tendría respecto del padre o madre de crianza?

En particular cuando hablamos de parejas homoparentales, respecto a sus derechos pareciera que podrían padecer el mismo problema que con el aborto: la sociedad reconoce el problema, pero no parece tener la madurez o estar preparada para discutirlo abiertamente.³⁷ Por lo que normalmente dejamos estas interrogantes que los involucran en un punto de silencio, sin obviarlas del todo, pero tampoco haciendo un esfuerzo mayor por responderlas.

Sin embargo, el problema no es solo en lo referente a las parejas homoparentales, sino que como lo hemos hecho notar, respecto de quienes son o podrían ser sus niños y el derecho que ellos tienen respecto de los padres y/o madres, y sobre los cuales normalmente en Chile no se les reconoce derecho alguno.

³⁷ Pulido Luna, Brenda. “La adopción homoparental, una realidad en México”, *Revista foro jurídico*, México, 2010, pág. 23.

Y es así como la realidad social nos va presentando una serie de desafíos a los que hoy por hoy nuestro ordenamiento jurídico pareciera hacer caso omiso. Porque si bien en las diversas materias antes cuestionadas pudiese haber una respuesta concreta a cada caso, estas no se condicen con la realidad. Nos encontramos con respuestas al caso de la adopción de parte de un soltero, pero no que pasa si es que ese soltero o soltera hubiese recurrido a esa opción con su pareja homosexual para tener una familia ¿Debemos obviar el derecho a la identidad que tendría ese niño, niña o adolescente respecto del otro padre del cual no existe una filiación determinada?

Creemos férreamente que estos casos ante los cuales se genera una problemática, o más bien nuevos desafíos, debiesen tener una solución concreta, a la luz de lo que han realizado otros ordenamientos jurídicos, soluciones que sean eficaces y que se condigan con los cambios que ha ido presentando la realidad social, soluciones que sean libres de todas las influencias religiosas, culturales y sociales que vayan de la mano con lo que está sucediendo en nuestro país y que muchas veces son omitidas por nuestro legislador.

II. Conflictos que se generan en torno al derecho a la identidad de hijos (as) de padres y/o madres homosexuales.

En este capítulo intentaremos mostrar algunos de los conflictos que tiene las parejas del mismo sexo a la hora de querer ser madres o padres. Entenderemos familia en el sentido amplio como “Todo grupo social, unido por vínculos de consanguinidad, filiación (biológica o adoptiva) y de alianza, incluyendo las uniones de hecho cuando son estables”³⁸. En concreto revisaremos tres de ellos: adopción por parte de un soltero homosexual, las técnicas de reproducción asistida y el caso de los nacidos y /o adoptados en el extranjero. En cada uno de los casos, buscamos ilustrar los posibles problemas que se generan en torno al derecho a la identidad y como este derecho puede ser vulnerado al no reconocerse por el ordenamiento jurídico todas estas realidades.

2.1. Adopción por parte de un soltero homosexual en relación a la adopción homoparental.

El primer caso que se analizará tiene relación con una situación que hoy por hoy no se encuentra desarrollada completamente por el ordenamiento jurídico, y sería el caso de una persona soltera homosexual que decide adoptar, esto a la luz de que actualmente la legislación existente no contempla la adopción homoparental dejando de lado al padre y/o madre de crianza.

Esto en el entendido de que en este caso un soltero (a) podría proceder conforme a las leyes de adopción existentes en nuestro país y adoptar, evidenciando el conflicto que se genera en torno a la relación que existiría entre el niño, niña y/o adolescente adoptado con el padre y/o madre de crianza en caso de existir, y los derechos que éste tendría en relación con el padre y/o madre respecto del cual no existe filiación determinada.

Analizaremos los posibles conflictos que se pueden generar en torno al derecho a la identidad en general en materia de adopción haciendo referencia a sus diversos aspectos. Para ello es necesario analizar cómo funciona actualmente el sistema de adopción en Chile, además de entregar una referencia al proyecto de matrimonio igualitario y adopción homoparental, que

³⁸ Informe de la Comisión Nacional de la Familia, Chile, año 1994, pág. 35.

de aprobarse vendría a subsanar esta situación de desigualdad existente hoy en día en nuestro ordenamiento jurídico.

2.1.1. Algunas consideraciones sobre la adopción en Chile.

La adopción en Chile, ha sido un tema de amplias modificaciones. De hecho, es una institución que primitivamente no se encontraba regulada en el Código Civil Chileno, lo cual es algo extraño teniendo en consideración que es una institución que proviene desde el Derecho Romano. Así, esta institución ha sido regulada en Chile por diversas leyes, las cuales han tenido una importante evolución desde la primera e incipiente regulación hasta la actual.

Para partir, es menester señalar que dentro de las fuentes de la filiación nuestro Código Civil en su artículo 179 señala “*La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial. La adopción, los derechos entre adoptante y adoptado y la filiación que pueda establecerse entre ellos, se rige por la ley respectiva*”³⁹, por lo tanto, contempla la adopción, por lo que es relevante para entender los derechos que tiene un niño, niña y/o adolescente respecto de su padre o madre, y en lo particular en lo que se relaciona con el derecho a la identidad y los posibles conflictos que se puedan generar en torno a él.

En materia de adopción, la primera norma que se dictó fue la ley N° 5.343 del año 1934, a ésta le siguió la Ley N° 7.613 del año 1943, con el pasar del tiempo la adopción en Chile fue evolucionando y comenzó a regular otros aspectos referentes a las necesidades de la época, por lo que a estas primeras leyes le siguieron otras que fueron modificando aspectos de acuerdo al momento cultural que vivía nuestro país, así se dictó la Ley N° 16.346 del año 1965, que, sin derogar la Ley N° 7.613, incorporó la legitimación adoptiva. Posteriormente, se dictó la Ley N° 18.703 del año 1988, que derogó la Ley N° 16.346, pero mantuvo vigente la Ley N° 7.613, y finalmente se encuentra vigente es la Ley N° 19.620 la cual ha sido complementada por el Decreto Ley 944 del año 2000 y la Ley N° 19.910 del año 2003.⁴⁰

En relación al concepto de adopción, la ley no nos proporciona uno, pero para efectos ilustrativos consideramos el siguiente: “*Es la relación jurídica que se establece entre adoptante y adoptado, constituida por sentencia judicial, cuya finalidad es proporcionar al segundo una familia que le brinde afecto, le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales, materiales y el respeto a los derechos*

³⁹ Artículo 179, Código Civil Chileno.

⁴⁰ Gómez De La Torre Vargas, Maricruz, *El sistema filiativo chileno*, Editorial Jurídica de Chile, 2007, Santiago, cfr. págs. 215 – 220.

esenciales que emanan de la naturaleza humana, cuando ello no pueda ser proporcionado por su familia de origen”⁴¹

En Chile pueden acceder a la adopción matrimonios chilenos y/o extranjeros, solteros, viudos, y divorciados. Los primeros (matrimonios) se encuentran en un orden de prelación preferente sobre los que siguen (solteros, viudos, divorciados). En términos similares a los referidos la ley de adopción de menores señala en su artículo 20 y 21 quienes pueden adoptar, las normas recién mencionadas disponen lo siguiente.

Artículo 20 inciso primero: Podrá otorgarse la adopción a los cónyuges chilenos o extranjeros, con residencia permanente en el país, que tengan dos o más años de matrimonio, que hayan sido evaluados como física, mental, psicológica y moralmente idóneos por alguna de las instituciones a que se refiere el artículo 6º, que sean mayores de veinticinco años y menores de sesenta, y con veinte años o más de diferencia de edad con el menor adoptado. Los cónyuges deberán actuar siempre de consuno en las gestiones que requieran de expresión de voluntad de los adoptantes.⁴²

Artículo 21 inciso primero: En caso de que no existan cónyuges interesados en adoptar a un menor que cumplan con todos los requisitos legales o que sólo les falte el de residencia permanente en Chile, podrá optar como adoptante una persona soltera, divorciada o viuda, con residencia permanente en el país, respecto de quien se haya realizado la misma evaluación y que cumpla con los mismos rangos de edad y de diferencia de edad con el menor que se pretende adoptar.⁴³

Nuestra legislación actualmente no contempla la adopción homoparental, en atención a la normativa vigente no es posible. Sin embargo, y como se señaló anteriormente, esta sí contempla la posibilidad de que una persona soltera o viuda pueda adoptar, sin hacer distinción o exclusión en relación a su orientación sexual o si tiene o no pareja. Es necesario ser enfáticos en señalar que en ningún caso la ley prohíbe la adopción por parte de una persona con una orientación sexual diversa a la heterosexual, dejando abierta la posibilidad real de que se dé el caso que entraremos analizar.

En nuestra opinión esta es una posibilidad real, y que hasta hoy en día ha sido omitida por el legislador, caso que genera más de una arista analizar, ya que en el caso en que un soltero

⁴¹ Ídem, pág. 223.

⁴² Artículo 20, de la ley N° 19620, Chile.

⁴³ Artículo 21, de la ley N° 19620, Chile.

homosexual decida adoptar en conjunto con su pareja, se daría la paradoja de que solo uno de ellos llevaría a cabo el procedimiento de adopción, por lo que la filiación solo estaría determinada respecto del padre y/o madre que la realizo dicho proceso, y dejando al otro padre y/o madre asumiendo un rol de crianza sin existir filiación determinada respecto de él, ni derechos que el adoptado podría ejercer respecto del mismo. Dejando sin regular aspectos variados del derecho a la identidad, tales como la identidad familiar y la identidad registral respecto del padre y/o madre de crianza.

2.1.2. Conflictos que se presentan en la adopción con el derecho a la identidad.

Es importante comentar que la relación entre adopción y protección al derecho a la identidad es algo que ha ido variando a lo largo del tiempo, por lo que podríamos señalar que ha tenido una evolución según el cómo se han ido entendiendo los derechos del adoptado, la familia adoptante y su familia de origen. Este cambio que ha experimentado se da con mayor fuerza en lo relacionado a que el adoptado pueda conocer sus orígenes biológicos e incluso en algunos casos pueda tener relación con su familia de origen.

Así las diversas convenciones que se han originado en torno a la adopción han ido mostrando posturas diferentes en torno al tema, ya que por los años 60 se buscaba que el adoptado e incluso la familia adoptante no conociera el origen biológico del niño, generando una ruptura con el pasado de éste y como consecuencia lo dejaba sin conocer su origen biológico. Con el transcurso de los años, esta postura fue mutando hacia otra que busca generar un equilibrio entre los diversos aspectos del derecho a la identidad, sobre todo en lo relacionado con el derecho del niño, niña o adolescente a conocer sus orígenes biológicos.⁴⁴

Así, en relación con lo recién expuesto podemos ver que los principales conflictos que se dan en torno al derecho a la identidad, dicen relación con dos de sus aspectos principales; por un lado, el aspecto relacionado al derecho a la identidad registral o familia adoptante y el derecho a la identidad relacionado con el aspecto biológico o, más conocido, con el derecho que se tiene para conocer sus orígenes. Este es un conflicto que se da siempre cuando hablamos de adopción, sin embargo, el cómo lo han abordado los diversos ordenamientos jurídicos nos dan una respuesta a que, si bien no se puede obviar que en algún aspecto estas áreas del derecho a la identidad colisionan, se pueden resguardar ambas, dándole así una adecuada ponderación a cada

⁴⁴ Gómez Bengoechea, Blanca, *Derecho a la identidad y filiación*, Editorial Dickinson, 2007, España, cfr. págs. 216-218.

una. Todo esto sin dejar de lado un aspecto que normalmente no es muy desarrollado que es el conflicto con la identidad familiar. En este sentido, la Ley N°19.620 reconoce dentro de sus principios informadores, dos que son de gran relevancia: El interés superior del adoptado y el derecho a la identidad del adoptado.⁴⁵

Ahora bien, con las modificaciones que se han ido realizando a lo largo del tiempo en esta materia, se ha intentado lograr un equilibrio entre los diversos aspectos que comprenden el derecho a la identidad, buscando por un lado resguardar a la familia que adopta, la familia que da en adopción, por sobre todo al niño, niña y/o adolescente adoptado.

Y en este mismo sentido lo ha hecho la legislación nacional, la cual contempla una mención al derecho a la identidad, en lo particular, al derecho que tiene el adoptado de conocer sus orígenes, con ciertas limitaciones y resguardos, como que el adoptante podrá conocerlos cuando lo desee y manifieste su intención de hacerlo solo una vez cumplido los dieciocho años de edad. Así es que la Ley 19.620 en su artículo 27 inciso tercero dispone:

*“Para este efecto, cualquier interesado mayor de edad y plenamente capaz que tenga antecedentes que le permitan presumir que fue adoptado podrá solicitar personalmente al Servicio de Registro Civil e Identificación que le informe si su filiación tiene ese origen”.*⁴⁶

De la lectura de la normativa, podemos concluir que hoy en día nuestro ordenamiento jurídico ha intentado, al igual que la mayoría de los países, buscar una solución armónica entre lo que es el derecho a la identidad registral y el derecho a la identidad biológica. Además de que la normativa se mire en relación a la persona que podría o efectivamente ha sido adoptada.

Ahora, centrándonos en el caso en comento, podemos ver que surgen otros conflictos en relación al derecho a la identidad cuando es un soltero o soltera homosexual el que adopta, los cuales se produciría en el caso de que esta persona que adopta tenga pareja, generándose una vulneración al derecho a la identidad familiar e incluso registral.

Es importante señalar que esta es un área del derecho a la identidad (identidad familiar) que no suele ser muy comentada cuando se habla de éste, sin embargo, creemos que este aspecto

⁴⁵ Gómez De La Torre Vargas, Maricruz, op. cit., cfr. pág. 224.

⁴⁶ Artículo 27, ley N°19620, Chile.

del mismo se puede desprender de la lectura acabada de los artículos 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño que dispone en su inciso segundo lo siguiente:

*“el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento (derecho a la identidad registral) y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (derecho a la identidad biológica)”. Por su parte, el artículo 8 manifiesta que “los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares (derecho a la identidad familiar)”.*⁴⁷

La identidad familiar la relacionamos entonces con el derecho a pertenecer a una familia, sentirse parte de ella, y que en el caso de la adopción por parte de un soltero con una pareja que ejerza el rol de padre y/o madre adquiere más relevancia.

El primero de los conflictos dice relación con el padre y / o madre de crianza, quien en orden a lo que permite nuestra legislación, quedaría en una posición “invisible”, como si no existiera, todo esto en razón que él no podría adoptar al hijo de su pareja, lo que se contradice con los objetivos que propone la ley, la cual es velar por el interés superior del adoptado. Cuando nos referimos a interés superior del adoptado estamos hablando de amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen.⁴⁸

Hablamos de familia, pero no de un solo tipo de familia, como pudiese ser la familia tradicional heterosexual, sino que todos los tipos de familia que podrían existir, como la que se da cuando una madre vive sola con su hijo, cuando un nieto es criado por sus abuelos, y por supuesto, la que nos lleva a hacer este análisis, que es la familia compuesta por padres y/o madres homosexuales que tienen un hijo. Todo esto sustentado en que nuestra Constitución en su artículo primero dice que la *“familia es el núcleo esencial de la sociedad”*⁴⁹. Pero no discrimina dentro de los distintos tipos de familias.

Otro conflicto que nos merece igual importancia es el que se da en relación al derecho a la identidad registral, entendemos por esta “El reconocimiento del derecho a la identidad a través

⁴⁷ Artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁴⁸ Gómez De La Torre Vargas, Maricruz, op. cit., pág. 226.

⁴⁹ Artículo 1, Constitución Política de Chile.

del registro de nacimiento que permite al niño o niña adquirir una identidad, un nombre y una nacionalidad. Asimismo, implica su incorporación como sujeto de derechos dentro de un Estado y su acceso a un conjunto de derechos humanos reconocidos internacionalmente”⁵⁰. Este problema dice relación a que este padre /y o madre de crianza, no tendría ninguna injerencia en el ámbito registral, no aparecería en los registros del niño, niña y/o adolescente como padre y/o madre (certificado de nacimiento), y como consecuencia no lo sería para efectos filiativos (no se le podrían exigir derechos), etc. En estos casos sería un padre y/o madre invisible a la luz de lo que actualmente permite nuestro sistema de adopción, lo cual es a nuestro juicio complejo desde el punto de vista que se le mire, ya que este ejerce el mismo rol que su pareja a la cual el sistema actual le permitiría adoptar y establecer filiación respecto del niño.

Estos son algunos de los conflictos que se pueden dar en torno al derecho a la identidad. Algunos, son como se ha explicitado, siempre aparecen cuando hablamos de adopción, otros adquieren mayor o menor relevancia según el caso que estemos analizando. Por lo mismo es necesario señalar que la protección internacional que se da al derecho a la identidad de las personas adoptadas es, en gran medida, programática y dependiente de las legislaciones nacionales,⁵¹ razón por la cual la manera en que se ha ido resguardando este derecho depende de la legislación interna de cada país, y si estos han ido o no recogiendo los estudios y cambios que en materia de adopción.

2.1.3. Derechos del niño en relación al padre y/o madre de crianza.

Dado al aspecto del derecho a la identidad que se refiere y/o denomina identidad familiar, es que se hace necesario a lo menos mostrar cómo podrían verse mermados los derechos del niño, niña y/o adolescente respecto al padre y/o madre de crianza y de ellos respecto a quienes consideran sus hijos.

Este niño, niña y/o adolescente quedaría en una situación que, como se explicitó anteriormente, vería mermada su identidad familiar, ya que si bien él podría reconocer a ambos padres y/o madres el ordenamiento jurídico no lo hace. En el entendido que la finalidad de la ley es que toda adopción sea otorgada en beneficio del niño que va a ser adoptado y no en el de

⁵⁰ Registro de Nacimiento Universal y Derecho a la Identidad, presentación del Fondo de las Naciones Unidas para la infancia UNICEF en el IV encuentro de Directores del Registro Civil, Identificación y Estadísticas Vitales, op. cit, pág. 15.

⁵¹ Gómez Bengoechea, Blanca, op. cit., pág. 218.

los posibles adoptantes, por lo cual debe proporcionarle a este una familia que lo cuide, proteja, otorgue cariño y donde pueda alcanzar un desarrollo integral,⁵² es decir, mirar al niño, niña o adolescente como centro y buscar darle la mayor protección que se merece.

En el caso en comento, a juicio de quienes escriben el padre y/o madre de crianza no tendría ningún derecho en relación al niño, niña o adolescente que ha sido adoptado por su pareja y a la inversa, al menos de manera legal, este tampoco los tiene respecto del que sea su padre y/o madre de crianza. Al no poseer una filiación determinada respecto de estos se les deja en una situación de incertidumbre, ya que, si bien legalmente no tiene derechos respecto del mismo, día a día generan vínculos y se quiera o no muchos de ellos también adquieren obligaciones respecto del niño.

Si bien hoy en día nuestra jurisprudencia ha ido avanzando en relación a otorgarles ciertos derechos a los padres y /o madres de crianza, como por ejemplo el cuidado personal del niño, niña y /o adolescente⁵³, aún falta nos falta mucho. Es necesario resguardar todos los derechos que pudiese tener el niño, niña y /o adolescente respecto de este padre y / madre que hoy por hoy es “borrado” por el ordenamiento jurídico en variados de sus aspectos, como por ejemplo el derecho de alimentos, la sucesión por causa de muerte, relación directa irregular, etc., para así poder darle al niño, niña y/o adolescente un integral resguardo respecto de sus derechos.

Es importante señalar que es necesario que el ordenamiento jurídico reconozca la posibilidad que una pareja homosexual adopte, ya sea en el caso de que ambos adopten, o que uno de ellos decida adoptar el hijo de su pareja, porque al regular esta situación el niño, niña y/o adolescente ya no quedaría en este limbo jurídico, y también lo dejaríamos en una situación de igualdad al padre y/o madre de crianza respecto de quien hoy en día puede efectivamente adoptar.

⁵² Gómez De La Torre Vargas, Maricruz, op. cit., pág. 223.

⁵³ A modo ejemplar ver en línea <https://www.publimetro.cl/cl/nacional/2015/08/12/historico-fallo-justicia-chilena-otorga-tuicion-madre-lesbiana.html>, <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2015/08/12/justicia-otorga-cuidado-personal-de-menor-a-madre-de-familia-lesboparental-tras-muerte-de-su-pareja/>, <http://www.movilh.cl/tribunal-acepta-acuerdo-familiar-que-entrega-cuidado-personal-de-una-nina-a-su-madre-de-crianza>.

2.1.4. Tratamiento en Chile de la Adopción Homoparental - Proyecto de Ley de Matrimonio Igualitario y Adopción Homoparental.

Recientemente se ha enviado al Congreso Nacional un proyecto de ley que busca que exista y se reconozca el matrimonio igualitario y, en conjunto con este, la adopción homoparental.

El proyecto de ley fue enviado por la Presidenta de la Republica Michelle Bachelet en el mensaje 130-365, firmado por la misma el 28 de agosto del 2017, e ingresado el 5 de septiembre del mismo año.

Este proyecto incorpora dentro de sus antecedentes cómo ha ido evolucionando el derecho de familia dentro de las últimas tres décadas, otorgándole a la igualdad un valor de primera importancia⁵⁴. Para demostrar los constantes cambios y la tendencia a resaltar la igualdad como pilar fundamental dentro del derecho de familia, muestra diversos cambios legislativos que se han dado en nuestro país. A modo ejemplar, se han generado cambios en torno a: la sociedad conyugal, fin de la discriminación entre hijos, reconociendo la igualdad entre los niños, niñas y adolescentes, la despenalización de la sodomía, la incorporación del divorcio con disolución de vínculo matrimonial, la creación del acuerdo de unión civil, por nombrar los más relevantes.

Se señala en innumerados pasajes del proyecto el valor fundamental de la igualdad en todos los aspectos de la vida de la persona, poniéndose acento en el caso particular de las relaciones familiares, señalando que con la incorporación del matrimonio igualitario y la adopción homoparental se daría el mismo nivel de reconocimiento a todos los proyectos familiares, realzando el valor de la autonomía personal y del derecho fundamental de cada ciudadano y ciudadana de este país a decidir la manera de vivir su vida.⁵⁵

El Estado de Chile a través de este proyecto da cumplimiento a las obligaciones internacionales contraídas en las materias relacionadas. Para hacer presente esto se vale del caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile” reconociendo claramente que el Estado de Chile incumplió sus obligaciones relativas a la no discriminación, la protección de la vida privada y la familia, declarando que esta sentencia es un referente a nivel global sobre la no discriminación por

⁵⁴ Proyecto de ley N° 11.422-07, pág. 1.

⁵⁵ Ídem, pág.2.

orientación sexual, reconociendo nuevas formas de hacer familia y de cuidado de niños y niñas por parte de personas homosexuales.⁵⁶

Dentro de los fundamentos y objetivos de este proyecto se señala que nuestra Constitución reconoce a la familia como núcleo esencial de la sociedad, sin embargo, nuestra legislación en torno a la igualdad dentro de las familias es bastante precaria, manifestando que en ella se contenían diferencias inaceptables entre hombres y mujeres e hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, y que no se reconocía ningún estatuto para la regular las relaciones de parejas del mismo sexo.⁵⁷

Así, en este proyecto los valores de la libertad y la igualdad son fundamentales y se muestra que ellos han inspirado reformas a antiguas instituciones, las cuales o carecían de ellos o derechamente no se adecuaban a la realidad existente, obteniendo como resultado, cambio tras cambio, una regulación legal capaz de dar cuenta de forma más adecuada de la realidad social existente. Bajo este concepto, se declara en el mensaje enviado por la Presidenta que este proyecto busca terminar con la discriminación estructural que sufren las familias formadas por parejas homosexuales, y que afecta todas sus interacciones con la sociedad: el matrimonio no es, ni ha sido jamás, una simple regulación de la propiedad, la herencia y la procreación.⁵⁸

Se recalca que el matrimonio y sus efectos van mucho más allá del ámbito de protección meramente patrimonial, otorgándole así importancia a los valores que de la institución del matrimonio se desprenden. Es en ese entendido que el mensaje señala que, para cumplir con el deber moral, jurídico y a la vez mandato constitucional debemos extender a las parejas del mismo sexo la que se estima como la más alta forma jurídica de protección a la familia, el matrimonio y su estatuto. Negar la igualdad de derechos y libertades para todas las personas, cualquiera sea su sexo, su raza, nacionalidad, orientación sexual o su identidad de género, carece de justificación razonable. En razón de ello, el presente proyecto de ley busca dar a las parejas del mismo sexo un acceso igualitario al estatuto del matrimonio civil. Del mismo modo, busca dar reconocimiento en materia filiativa (sea por adopción o por técnicas de reproducción humana asistida) a las familias monoparentales.⁵⁹

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ídem*, pág.3.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ídem*, pág. 4.

Para llevar a cabo este objetivo se proponen modificaciones a diversos artículos del Código Civil Chileno, a la Ley de Matrimonio Civil, a la ley de Acuerdo de Unión Civil, a la ley de Registro Civil, entre otras.

Ahora, centrándonos en lo que se refiere en concreto a la adopción homoparental, este proyecto permitirá que todo tipo de matrimonios accedan a la adopción, ya sea por integración o a través de la adopción propiamente tal⁶⁰, solucionando un vacío legislativo que hemos dejado de manifiesto en las páginas precedentes. Así se vendría a poner fin a una situación que, a nuestro juicio, es discriminatoria y que además dejaba totalmente ajeno al padre y/o madre de crianza en relación a los derechos del niño, niña y/o adolescente y a estos respecto de sus derechos y obligaciones con quienes consideran sus hijos.

Es importante hacer referencia a un tema que queda en una incertidumbre jurídica momentáneamente, ya que, si bien el proyecto de ley contempla la adopción homoparental, en el mismo se hace presente que esta iniciativa no pretende modificar las normas que regulan la adopción en Chile, ello por cuanto, existe una iniciativa en discusión parlamentaria en la actualidad. La única modificación que se introduce en estos términos es relativa al orden de los apellidos que deberá llevar el niño, niña o adolescente que sea adoptado.⁶¹ Este tema es de vital trascendencia ya que el hecho que existan otros proyectos relacionados aun en discusión y sin mayor avance legislativo nos deja en una incertidumbre de cómo podría ser tratado, pero no por eso no vamos a resaltar la importancia de que se esté legislando en torno a esta materia y que poco a poco nuestro país ha ido avanzando conforme a la realidad social existente en vías de dar una mayor e integral protección a todos sus habitantes.

2.2. Utilización de técnicas de reproducción humana asistida en Lesbianas.

En el segundo caso se desarrollará la utilización de procedimientos científicos que permiten la fecundación sin la necesidad de la cópula sexual, estos procedimientos denominados técnicas de reproducción humana asistida, podemos entenderlos como “aquellos medios por los cuales el hombre interviene artificialmente en el acto de la procreación. Entre ellas encontramos dos grandes grupos: aquellas que se basan en la inseminación artificial y las que se realizan a partir

⁶⁰ Ídem, pag. 5.

⁶¹ Ibídem.

de la fecundación extracorpórea o *in vitro*”⁶², sin embargo, no cuentan con un desarrollo adecuado a los tiempos modernos.

El caso a analizar tiene importancia respecto de una pareja de lesbianas en cuanto a si estas tienen derecho o no a someterse a dichas técnicas, y en el caso de aceptar a este tipo de parejas como sujeto activo de estos métodos, nos preguntamos ¿se estaría vulnerando el derecho a la identidad del niño, niña o adolescente concebido? Entendiendo que el derecho a la identidad conlleva tanto el derecho a conocer sus orígenes como también el derecho a tener o crecer en familia.

2.2.1. Consideraciones generales de las técnicas de reproducción humana asistida en Chile.

Con el paso del tiempo los avances científicos han posibilitado la reproducción humana a través de procedimientos tecnológicos, en donde no se requiere de una relación sexual entre un hombre y una mujer, sino que permiten la procreación por medios distintos del coito, estos avances han permitido tener hijos no solo a parejas compuestas por un hombre y una mujer, sino que también han abierto la posibilidad de que una pareja de mujeres, una pareja de hombres o bien una mujer soltera pueda someterse a este tipo de técnicas permitiéndoles gozar del derecho a tener hijos.

A estos procedimientos se les denomina técnicas de reproducción humana asistida, mediante las cuales se une el espermatozoide con el ovulo, para el profesor Hernán Corral “Las técnicas de reproducción humana asistida, también denominadas de fertilización médicamente asistida, comprenden un buen número de procedimientos biotecnológicos que posibilitan obtener la concepción, gestación y nacimiento de un niño sin la realización completa de la cópula o acto sexual”⁶³, nosotros nos centraremos en dos procedimientos:

- a) Inseminación artificial: “en virtud de la inseminación artificial se coloca el espermatozoide en el aparato genital de la mujer para obtener la fecundación. El procedimiento artificial es claro: se obtiene el semen por medio de la masturbación o mediante la relación sexual

⁶² Rivera, Julio Cesar, *Instituciones de derecho civil: Parte general*, Tomo I, 3ª edición, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, pág. 367

⁶³ Corral Talciani, Hernán, “Familia y procreación artificial. Perspectivas para una legislación en Chile”, charla dictada el 4 de mayo de 1995, pág. 3.

con preservativo donde se deposita la esperma, y posteriormente lo introduce el grupo técnico en el cuerpo de la mujer”⁶⁴, la inseminación artificial puede ser de dos tipos:

1. Inseminación artificial homóloga: Cuando el semen que se coloca en el aparato genital de la mujer pertenece a la pareja de la mujer que espera concebir.
2. Inseminación artificial heteróloga: Cuando el semen que se coloca en el aparato genital de la mujer es ajeno a la pareja de la mujer que espera concebir.

b) Fecundación *in vitro*: “es un proceso técnico que logra el embrión al unir el esperma con el óvulo fuera del claustro materno, que luego es trasplantado a éste para que el embarazo continúe su desarrollo natural”⁶⁵, la fecundación *in vitro* puede ser de dos tipos:

1. Fecundación *in vitro* homóloga: Cuando ambos gametos provienen de la pareja que se somete al tratamiento.
2. Fecundación *in vitro* heteróloga: Cuando al menos uno de los gametos proviene de una persona ajena a la pareja que se somete al tratamiento.

Para efectos de este trabajo no ahondaremos más sobre los tipos y posibilidades que se pueden dar en cuanto a las técnicas de reproducción humana asistida, y solo cobrará importancia la inseminación artificial heteróloga y la fecundación *in vitro* heteróloga, debido a que la inseminación artificial homóloga al igual que la fecundación *in vitro* homóloga necesariamente se da entre una pareja compuesta por un hombre y una mujer lo que conlleva a otro tipo de problemas que se alejan del objeto de la presente tesis.

Como señala la profesora Maricruz Gómez “La inseminación artificial y la fecundación *in vitro* tienen en común que no requieren de la relación sexual de un hombre y una mujer para fines procreativos. Se diferencian en cuanto a la inseminación artificial se lleva a cabo dentro del vientre de la mujer; en cambio la fecundación *in vitro* se realiza fuera del cuerpo de la mujer.”⁶⁶

En nuestro país no se ha legislado de forma detallada respecto a las técnicas de reproducción humana asistida, la mayor referencia la encontramos en el artículo 182 del Código Civil a propósito de la filiación, que señala que “*El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de*

⁶⁴ Escobar Fornos, Iván. “Derecho a la reproducción humana (Inseminación y fecundación *in vitro*)”, en revista *Cuestiones Constitucionales*, N° 16, enero-junio de 2007, pág. 143.

⁶⁵ Ídem, pág. 144.

⁶⁶ Gómez De La Torre Vargas, Maricruz, *La fecundación in vitro y la filiación*, Editorial Jurídica de Chile, 1993, Santiago, pág. 13.

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 la regla precedente, ni reclamarse una distinta”, en este artículo se establece un caso de filiación legal, que constituye una excepción al principio de la primacía del criterio biológico, estableciendo también que este tipo de filiación no puede ser impugnada ni se podrá reclamar una filiación distinta a la ya determinada.

El hecho de que la legislación sobre el tema es escasa, pudiendo agregarse al artículo citado solo la normativa ministerial N° 1072 del ministerio de salud del año 1985 y una serie de proyectos de ley que han sido archivados⁶⁷ y por último el proyecto de ley N° 10626-07 presentado el 22 de abril del 2016 que aún se encuentra en el senado y ha sido declarado sin urgencia, es que se ha generado una serie de conflictos como la maternidad subrogada, la aplicación a parejas que no sean matrimonios, etc., problemas que se solucionan dependiendo de la regla interpretativa que se utilice, ya sea teniendo en cuenta el tenor literal de la ley o bien recurrir al elemento histórico.

2.2.2. Intereses involucrados en las técnicas de reproducción humana asistida.

En las técnicas de reproducción humana asistidas se encuentran en juego distintos intereses, así encontramos principalmente los intereses de cuatro personas, el interés de la madre, el interés de la pareja, interés del donante y el interés del hijo o hija.

En el interés de este último nos centraremos, ya que “justamente es el hijo el que mayor amparo requiere por su incapacidad de defender sus derechos por sí mismo”⁶⁸ el que analizaremos desde la perspectiva del derecho a la identidad.

Como señalamos en el capítulo I de esta investigación, determinar el ámbito de aplicación del derecho a la identidad no era una tarea armoniosa, sin embargo, la mayoría de los autores coincidían en que el derecho a la identidad abarcaba el derecho a la identificación, el derecho a una sana y libre formación de la identidad personal, el derecho a transformar dicha identidad, el derecho a conocer el origen biológico y el derecho a pertenecer o relacionarse con una familia,

⁶⁷ Proyecto de Ley N° 1026-07 del año 1993, Proyecto de Ley N° 4346-11 del año 2006, Proyecto de ley N° 4573-11 del año 2006, entre otros.

⁶⁸ Turner Saelzer, Susan, Molina Pezoa, Marcia y Momberg Uribe, Rodrigo. “*Técnicas de reproducción humana asistida. Una perspectiva desde los intereses del hijo*”, en *Revista de derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XI, diciembre 2000, pág. 14.

es precisamente estos dos últimos aspectos los que traen conflictos al momento de vincular el derecho a la identidad y las técnicas de reproducción humana asistidas.

2.2.3. Conflictos en relación al derecho a la identidad cuando se utilizan las técnicas de reproducción humana asistida.

Uno de los conflictos que genera las técnicas de reproducción humana asistida es la pugna que se da entre el derecho a la identidad del niño, niña o adolescente y el derecho que tiene el tercero o tercera donante que desea preservar su anonimato, ya que si se le da a estos el derecho de conocer sus orígenes biológicos mediante una investigación de su verdadera identidad biológica no cabe hablar de anonimato.

Son varios los fundamentos que se esgriman en favor de uno u otro derecho, entre los principales que encontramos en favor del derecho al anonimato son:

- a. Estimular la donación de gametos.
- b. Proteger el derecho a la intimidad, tanto del donante como de la pareja que se somete a este tipo de técnicas de reproducción.
- c. Evitar la interferencia afectiva de una persona ajena a la familia.

Sin embargo, cada uno de estos argumentos ha sido debatido por aquellos que apuntan hacia el mayor valor y por lo tanto la primacía que tiene el derecho a la identidad y por lo tanto el derecho a conocer los orígenes biológicos, así:

- a. El hecho de que se produzca una disminución en las donaciones no puede ser esgrimida como una razón que tenga un mayor valor que la dignidad y el desarrollo de la personalidad del niño, niña o adolescente.
- b. La idea de proteger al donante o a la pareja que se somete a uno de estos procedimientos solo mira al interés de personas adultas y que ya han prestado su consentimiento, sin embargo, no mira el interés más importante que es el del niño, niña o adolescente, por otro lado, vale la pena señalar que no se vulneraría la intimidad de las personas, al menos no de forma absoluta, ya que el conocimiento que se exige es solo de la persona involucrada y no que sea de público conocimiento.
- c. Evitar la interferencia de una persona ajena a la familia no puede ser considerado un argumento serio, todo individuo a lo largo de su vida tiene contacto con personas

ajenas a su familia, por lo tanto, considerar este hecho como algo negativo llevaría a la negación de que el hombre por naturaleza es un ser social.

A modo de conclusión nos sumamos a las palabras del profesor Jaime Vidal quien ha señalado que “el pretendido anonimato no es sino una construcción *ad hoc* que en vez de defender los intereses de la persona más directamente implicada -el hijo y su derecho a la intimidad-, lo que busca fundamentalmente es la realización de las apetencias y la eliminación de las responsabilidades de las restantes personas implicadas en la operación. De este modo el mantenimiento del anonimato concebido como secreto absoluto, y no como lo que debe ser, simple protección de la intimidad de las personas implicadas, podría llevar a una consecuencia directamente opuesta a la pretendida por el derecho a la intimidad.”⁶⁹

Concluida ya la discusión sobre la conveniencia de respetar siempre el derecho a la identidad por sobre el anonimato, ahora nos cabe señalar las posibilidades que se nos presentan en relación al concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida:

- a. Permitir que él pueda reclamar la paternidad o maternidad del donante, trayendo como resultado que el donante deberá asumir todas las consecuencias jurídicas que acarrear la declaración de paternidad o maternidad.
- b. Permitir que la persona solo pueda tener acceso a los datos biogenéticos del donante, por lo tanto, solo tendrá acceso a los datos genotípicos y fenotípicos, pero no a otros datos.
- c. Permitir que él, pueda tener acceso tanto a los datos biogenéticos como también a la identidad personal del donante, pero sin que se genere alguna consecuencia jurídica.

Respecto a la primera alternativa, estimamos que no es una solución razonable, porque “no pueden confundirse las relaciones derivadas de la filiación, de las cuales ya disfruta el hijo respecto de sus padres formales, con la mera determinación de la verdad biológica, que pretende que el hijo conozca sus orígenes genéticos”⁷⁰

La segunda alternativa, se lograría a través del acceso que tiene el hijo procreado mediante estas técnicas a la ficha clínica del dador, su fundamento se centra en “el derecho a la salud y a

⁶⁹ Vidal Martínez, Jaime, *Las nuevas formas de reproducción humana ante el Derecho Civil: Introducción y panorama general*, RGD, 1986, pág. 371.

⁷⁰ Turner Saelzer, Susan, Molina Pezoa, Marcia y Momberg Uribe, Rodrigo, op. cit. Pág. 18.

la integridad física y psíquica, ya que de esta manera podrían prevenirse o curarse enfermedades o anomalías hereditarias”⁷¹, este es el caso de España, donde la regla general es el anonimato relativo señalándose que *“La donación será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y en cave en los Bancos respectivos en el Registro Nacional de Donantes. Los hijos nacidos tienen derecho, por sí o por sus representantes legales, a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos. Solo excepcionalmente en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar peligro o para conseguir el fin legal propuesto. en tales casos se estará a lo dispuesto en el artículo 8º, apartado 3. Dicha revelación tendrá carácter de restringido y no implicará, en ningún caso, publicidad de la identidad del donante.”*⁷²

Respecto a la tercera alternativa, es decir, que éstas personas no solo tengan conocimiento de los datos genéticos y fenotípicos, sino también a toda la identidad del donante, es la que mejor respeta su derecho a la identidad.

Dentro de los países que optan por este tipo de relación encontramos a Suiza, que admite la revelación de la identidad del donante, así en la ley federal 810.11 concerniente a la procreación con asistencia médica en su artículo 27 se señala *“El niño que haya cumplido 18 años de edad podrán solicitar a la Oficina de informaciones sobre los datos relativos a las características físicas y las generalidades del donante. 2 Por otra parte, podrá en cualquier momento solicitar información sobre todos los datos del donante, ya que puede alegar un interés digno de protección. 3 Antes de que el Departamento transmita la información sobre su identidad, el donante deberá ser informado acerca de los derechos personales del donante y de los derechos a la protección de su familia. Si el niño mantiene su solicitud de conformidad con el párrafo 1, la información necesaria le será emitida”*⁷³, por su parte Gran Bretaña, el anonimato fue suprimido por la regulación N° 1511 del año 2004, en este caso la ley regula dos tipos de situaciones atendiendo al año en que se realizó la donación, si la donación fue realizada antes del 31 de mayo del año 2005 se respeta el anonimato del donante, pero para las donaciones realizadas después de la fecha señalada anteriormente el acceso a la información contiene datos identificatorios, en este último caso el acceso al tipo de identificación dependerá de la edad de la persona, estableciendo que “a partir

⁷¹ *Ibidem.*

⁷² Ley 35/1988, de 22 de Noviembre, sobre técnicas de reproducción humana asistida, artículo 5 numeral 5.

⁷³ Famá, María Victoria, “El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el proyecto de código civil y comercial de la nación”, Revista *Leciones y Ensayos*, Nro. 90, año 2012, pág. 186.

de los 16 años el hijo puede tener acceso a cierta información relativa del dador de gametos; y que al arribar a la mayoría de edad (los 18 años) puede acceder a que se le informe sobre su identidad”⁷⁴.

Como se mencionó anteriormente, en Chile no existe una regulación precisa y completa sobre las técnicas de reproducción humana asistida, pero de los proyectos de ley presentados para regular la materia solo uno de ellos aborda el tema, el proyecto de ley N° 4346- 11 presentado el 18 de julio del año 2006, presentado por Mariano Ruiz Esquide, archivado el 20 de agosto del año 2008, en su artículo 7 inciso primero que *“Los CEMRHA⁷⁵ deberá verificar que el donante no padezca enfermedades graves transmisibles, y conservara respecto de él la información clínica y los antecedentes genéticos que sean relevantes para prevenir y diagnosticar eventuales enfermedades en la criatura que se conciba, los cuales proporcionara al médico tratante.”*, por su parte el artículo 8 señala *“El acceso a la información vinculada a los donantes de gametos, parejas receptoras y criaturas nacidas deberá ser mantenida y procesada por una unidad especializada. Por regla general esta información tendrá el carácter de reservada y será considerada dato sensible de acuerdo en lo indicado en la ley N°19.628, sin perjuicio del ejercicio de las facultades que la ley señale a los organismos o servicios públicos, y la solicitud de información que requieran los Tribunales Ordinarios de Justicia para la resolución de un caso sometido a su conocimiento”*, de los artículos citados podemos concluir a preliminarmente que al parecer Chile se inclinaría por la alternativa que permite mantener los datos biogenéticos del donante, sin embargo al hacer una análisis más minuciosos la conclusión es diferente, ya que el acceso a los datos biogenéticos solo serán entregados al médico tratante o a los Tribunales Ordinarios de Justicia pero no al que nace productos de estas técnicas de reproducción humana asistida, lo que claramente conlleva a una violación a su derecho de identidad.

El segundo conflicto que generan las técnicas de reproducción humana asistida guarda relación con el derecho a la identidad mirado desde el punto de vista del derecho a la familia, más precisamente el derecho a crecer dentro de una familia.

Este conflicto se da en dos casos, la fecundación artificial post mortem y el caso de la inseminación artificial heteróloga de mujer sola o lesbianas, es en este segundo caso que nos centraremos.

⁷⁴ Ídem, pág. 187.

⁷⁵ Centros Médicos de Reproducción Humana Asistida.

La pregunta a responder es ¿si se permite a una mujer sola o una pareja de lesbianas someterse a una técnica de reproducción humana asistida se estaría violando el derecho a la identidad del niño, niña o adolescente en el ámbito de su derecho a crecer dentro de una familia, entendiéndolo que privarlo de un padre sería privarlo de una familia?

Dentro de los argumentos en contra de que la mujer sola o que una pareja de lesbianas pueda acceder a este tipo de técnicas en el sentido que se violentaría el derecho del niño, niña o adolescente a pertenecer a una familia encontramos:

- a. Se entiende que el niño necesita de un padre y una madre para su desarrollo normal.
- b. Se estaría atentando contra el principio de protección de la familia.
- c. Se privaría al hijo de tener derecho a su propio origen.

Sin embargo, estos argumentos han sido debatidos señalando que:

El criarse en una familia homoparental o por una mujer sola no es una práctica poco común, hoy en día se constata “la existencia de una gran cantidad de familias que se componen solo de un padre y una madre, ya sea por muerte, ausencia o divorcio”⁷⁶

- a. No se atentaría contra la protección de la familia, sino que al contrario se estaría cumpliendo con el deber de protección, entendiéndolo que hoy en día el concepto de familia se entiende en un sentido amplio, no limitándolo a la familia matrimonial, sino también a la no matrimonial, la biparental, monoparental y homoparental.
- b. No se priva a la persona de conocer sus orígenes si se tiene una correcta legislación que le permita tener acceso a los datos del donante.

En otros países, se dan distintas soluciones a este problema, por una parte, nos encontramos con países que niegan la posibilidad de que se realicen las técnicas de reproducción humana asistida a una pareja lesbiana o a una mujer sola, es el caso de Suecia en donde se encuentra regulado en la Ley 1140 del año 1984 que establece que solo pueden acceder a estas técnicas los matrimonios y las parejas estables, llegando incluso a pensarse las infracciones a esta limitación.

Por otro lado, hay países que aceptan la aplicación de estas técnicas a la mujer sola o una pareja de lesbianas, es el caso de España, en donde el artículo 6 de la ley N°35 del año 1988

⁷⁶ Cárcaba Fernández, María, Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana, ed. Bosch, España, 1995, pág. 132.

señala en su inciso primero que *“toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente ley”*, en el caso de Estados Unidos, basándose en el derecho a la privacidad establece que *“el Estado no puede oponerse a que una mujer sola sea sujeto activo de las técnicas, de lo contrario, se estaría conculcando una garantía constitucional”*⁷⁷

En Chile, no existe una regulación específica del tema en cuestión, lo que nuevamente reafirma la necesidad de dictar una ley que regule estos casos. El artículo 182 del Código Civil que habla solo del padre y la madre, y que, por lo tanto, se refiere solo a casos en donde los sujetos activos de este tipo de técnicas de reproducción pueden ser una pareja heterosexual, dejando de lado a las parejas de lesbianas y a la mujer sola. Actualmente existen dos proyectos que abordan el tema, así tenemos el proyecto de ley de matrimonio igualitario N° 11.422-07, en donde en su artículo 1 N° 17 se señala *“Agrégase al artículo 182 nuevo inciso tercero del siguiente tenor: “sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, tratándose de una pareja de mujeres, la filiación del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida se determinará conforme a lo dispuesto en los artículos 183, 187 y 188”*⁷⁸.

En el proyecto de Ley N° 10.626-07 presentado por los senadores Allende, Muñoz, De Urresti, Harboe y Lagos que regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo. En los antecedentes, en el punto I del proyecto de Ley mencionado se señala que *“la legislación chilena permite que parejas de mujeres lesbianas se sometan a técnicas de reproducción humana asistida, dando origen a un tipo de familias cuyos hijos/as solo cuentan con un vínculo de filiación respecto de la madre que los dio a luz, pero carecen de todo reconocimiento al vínculo que tienen con su otra madre”*⁷⁹ y en su artículo primero letra b) señala *“Intercálese un nuevo inciso segundo en el art. 182°, pasando el actual inciso segundo a ser tercero: “tratándose de una pareja de mujeres, las madres del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son las mujeres que se sometieron a ellas”*⁸⁰, por lo tanto, al parecer en Chile se estaría más cercano a la tendencia de permitir que tanto la mujer sola como una pareja de mujeres puedan someterse a este tipo de técnicas, por ende se torna necesario que junto al avance del reconocimiento como sujetos activos a éstas se tome en cuenta y se regule la materia referente

⁷⁷ Turner Saelzer, Susan, Molina Pezoa, Marcia y Momberg Uribe, Rodrigo, op. cit., Pág. 24.

⁷⁸ Proyecto de ley N° 11.422-07.

⁷⁹ Proyecto de ley N° 10.626-07.

⁸⁰ Íbidem.

al concebido mediante estas técnicas para que se resguarde su derecho a la identidad en todos sus ámbitos.

2.3. Niños, niñas y adolescentes nacidos o adoptados en el extranjero por padres o madres homosexuales.

El tercer conflicto a analizar tiene relación con a los niños, niñas y adolescentes que provienen del extranjero y que poseen una filiación determinada respecto de padres o madres homosexuales y que a su entrada a un país en donde no se reconoce este tipo de filiación ven disminuido y vulnerado su derecho a la identidad, entendiéndose que este comprende dentro de sus aspectos el derecho a tener una familia y a que se respeten sus lazos familiares.

2.3.1. El derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes nacidos o adoptados por padres o madres homosexuales.

Como hemos señalado anteriormente, el derecho a la identidad se compone de una serie de aspectos, entre ellos el derecho a conocer sus orígenes, el derecho a pertenecer a una familia, el derecho a la formación de la personalidad. En este apartado nos centraremos en el derecho a la identidad en su ámbito registral, como el derecho a tener una nacionalidad, a ser inscrito, y principalmente a que se le reconozca las relaciones familiares sean estas respecto a un padre y madre como también el hecho de que sean respecto a dos padres o a dos madres, aspectos vitales para el sano y libre desarrollo de la identidad de los niños, niñas y adolescentes.

Hoy en día nos encontramos en un mundo conectado y que avanza a una globalización cada vez más profunda, sin embargo, la globalización no trae como consecuencia que los distintos países que conforman el planeta actúen de forma similar ante los diferentes desafíos que se presentan en la sociedad actual, eso nos lleva a plantearnos un problema que se suma a los ya mencionados anteriormente, el problema esa vez se centra en como los distintos países abordan la posibilidad de registrar a los niños, niñas y adolescentes cuando la filiación ha sido determinada respecto de dos madres o dos padres.

Antes de comenzar a analizar las legislaciones es importante recordar el artículo 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño que señalan:

Artículo 7: 1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser

cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultada de otro modo apátrida.

Artículo 8: 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

De estos artículos es posible concluir que dentro del derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes se encuentra el derecho registral, el cual contiene varias aristas, siendo a nuestro parecer la más importante el derecho a respetar y preservar las relaciones familiares, lo que se ve vulnerado cuando a estos se les priva de un acta registral que contenga a ambos padres o madres.

Para abordar en profundidad este tema, nos centraremos en dos legislaciones extranjeras que a nuestro parecer recoger de manera clara y precisa el registro de los niños, niñas y adolescentes. Así en primer lugar tenemos el caso de Argentina en donde se parte de un concepto de familia flexible y dinámico, dejando de lado el concepto riguroso de familia que tiene como punto de partida un hombre y una mujer, así se entiende que la familia es concebida como “aquel grupo de personas que, atribuyéndose mutuamente la calidad de familiares, interactúan en forma cotidiana y permanente, a fin de asegurar mancomunadamente la preservación de su vida y el cumplimiento de todas aquellas prácticas que coadyuven a la optimización de su posición social”⁸¹, es en base a esta amplitud del concepto de familia que comienza a tener importancia las familias lésbicas y gays, como señala Miller “el antiguo paradigma familiar ligado al matrimonio heterosexual monogámico, que aun circula como representación colectiva en el imaginario social de nuestra época, claramente ha perdido asidero en la sociedad contemporánea”⁸², estas nuevas configuraciones familiares, unidas a la aprobación del matrimonio homosexual, la adopción por parte de homosexuales y la aplicación de técnicas de reproducción humana asistidas hacen necesario la creación de nuevas normas de regulación social, normas que vienen a adaptarse a los tiempos modernos, la ley más importante viene a ser

⁸¹ Weeks, Jeffrey, *Lenguajes de la sexualidad*, ed. Nueva Visión, Buenos Aires, 2012, pág. 43.

⁸² Miller, Alice, *Sexualidad y Derechos Humanos: documentos de reflexión*, Ginebra, Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, 2010.

la 26618 llamada “Ley de Matrimonio Igualitario” del año 2010, la cual habilita el matrimonio entre personas del mismo sexo, señalando en su artículo 36 que “*La inscripción deberá contener: c) El nombre y apellido del padre y de la madre o, en el caso de hijos de matrimonios de personas del mismo sexo, el nombre y apellido de la madre y su cónyuge*”⁸³.

Sin embargo, este artículo no estuvo exento de discusión, así en un primer momento se sostuvo que el Código Civil argentino solo reconoce dos tipos de filiación, que son por adopción o por naturaleza, además “se consideró a la voluntad procreacional como un instituto jurídico inaplicable porque negaba el nexo biológico entre los progenitores y sus hijos”⁸⁴, ante este escenario, diversas organizaciones sociales encabezadas por la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans, interpusieron distintas acciones de amparo a fin de obtener por parte de los tribunales un reconocimiento de los vínculos filiatorios, es así como se obtiene la resolución 38-SSJU-2012, dictada por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires la cual “instruyo al Registro Civil que proceda a inscribir a los hijos de familias de parejas de personas del mismo sexo, sin adicionar ningún tipo de constancias lesivas o discriminatorias, prohibiendo mencionar la orientación sexual de los progenitores. Asimismo, previó la admisión de la inclusión del apellido del progenitor no biológico, y la supresión en los formularios – y en todos los documentos oficiales- de cualquier distinción que pueda hacer diferencias entre los solicitantes de parejas de distinto o del mismo sexo.”⁸⁵, por otro lado, nos encontramos con el acta de acuerdo judicial iniciado por la Asociación Labrys contra el gobierno de la ciudad de Buenos Aires, en donde se estableció el proceder del Estado respecto de los nacimientos ocurridos con anterioridad a la ley 26618, como también respecto de las parejas lésbicas que no estén casadas, dicho acuerdo señala que “para todos los casos de copaternidad y comaternidad anteriores al dictado de la resolución 26618, sin importar el estado civil de los solicitantes, se disponga la rectificación de la respectiva partida de nacimiento, previa orden judicial.”⁸⁶, esto quiere decir, que las parejas deben realizar una presentación judicial solicitando la inscripción complementaria, a fin de que el juzgado oficie al registro para que proceda a realizar la inscripción o rectificación, de lo anteriormente expuesto se puede concluir que se torna obligatorio para el

⁸³ Artículo 36 ley 26618, de la República de Argentina.

⁸⁴ Pzsemiarower, Damian Jonatan, “*Las inscripciones de nacimiento igualitarias*”, Revista *Lecciones y ensayos*, N° 94, año 2015, pág. 305.

⁸⁵ *Ibidem* pág. 308.

⁸⁶ Acta de acuerdo del 29 de junio de 2012 en la causa “labrys Asoc. Civil c/GCBA s/ Amparo” (Exp. 42055) del juzgado CAyT CABA N° 5.

Registro Civil inscribir a los niños, niñas y adolescentes tanto los nacidos en Argentina como en el extranjero que provengan de una familia de pareja de padres del mismo sexo, y de este modo resguardar sus lazos familiares y por ende su derecho a la identidad.

Cabe señalar, que distinto es el tratamiento que se les ha dado a las inscripciones de copaternidad, es decir, a los nacimientos de hijos de parejas de hombres a través de técnicas de reproducción asistida, dado que este tipo de técnica no está regulada en Argentina, las parejas decidieron recurrir a distintos países en donde se pueden realizar, y por lo tanto dependiendo del lugar donde se haga es el tratamiento que se le dará al proceso, teniendo en consideración la legislación vigente y su interacción con el derecho argentino, así por ejemplo, en Los Ángeles (EEUU), las partidas de nacimiento ya consignan los nombres de los progenitores, por lo tanto, simplemente hay que pedir la nacionalización del niño, niña o adolescente.

Sin embargo, en México, la India o Florida (EEUU), solo se consigna a uno de los padres en la partida de nacimiento, por lo tanto, tienen que recurrir a la jurisdicción para que el estado les reconozca la calidad coparental y ordene la inscripción⁸⁷.

De lo mencionado en este punto, solo queda señalar que la legislación argentina ha avanzado hacia un desarrollo jurídico que garantiza el reconocimiento de la igualdad de los distintos tipos de familia, así como también salvaguardar el derecho a la identidad que tienen en su aspecto registral.

Se destaca también el caso colombiano, que tiene una peculiaridad en relación a las demás legislaciones, esto es, que se reconoce el derecho registral que tienen los niños, niñas y adolescentes hijos o hijas de padres homosexuales, antes de que se apruebe en el país el matrimonio homosexual – aprobado el 28 de abril del año 2016- y la adopción homoparental – aprobada el 4 de noviembre del año 2015- caso emblemático es la acción de tutela presentada por Antonio y Bassanio en representación de sus hijos Bartleby y Virginia contra la Registraduría Nacional del Estado Civil, el Ministerio de Relaciones Exteriores, las Notarías segunda y 25 de Medellín, la Notaría Primera de Itagüí y la Notaría Segunda de Envigado, dicho caso llegó a la Corte Constitucional de Colombia el 10 de Diciembre del año 2014, en éste Antonio y Bassanio,

⁸⁷ Ejemplo de esto lo encontramos en “Dermgerd, C. G. y Otros c/ GCBA s/ Amparo” (Exp. 44004), y “Marriens, A. C. y Otros c/ GCBA s/ Amparo” (Exp. 46288).

ciudadanos colombianos residentes en Estados Unidos, inician en el año 2013 un procedimiento médico en la ciudad de San Diego para conseguir ser padres.

En la ciudad de San Diego (EEUU) se expide el certificado de nacimiento en donde se reconoce expresamente la paternidad de los dos accionantes, con base a este documento los padres acudieron al consulado colombiano para solicitar la expedición de los registros civiles de nacimiento y los pasaportes de sus hijos, por el derecho que les asiste a los niños de ser colombianos en virtud del artículo 96 de la Constitución de Colombia, al no recibir respuesta el 5 de mayo del año 2014 radicaron una petición ante la Registraduría Nacional del Estado Civil a fin de solicitar la inscripción en el registro de nacimiento de cada uno de sus hijos, a lo que la Registraduría señala “analizando la legislación colombiana aún no se ha aprobado el matrimonio con parejas del mismo sexo, tampoco se autoriza la adopción para parejas del mismo sexo”⁸⁸, es en base a este argumento que las notarías involucradas y ya mencionadas se niegan a inscribir la respectiva acta de nacimiento.

La Corte Constitucional de Colombia en la sentencia SU696/15 del 12 de noviembre del año 2015 establece la forma de proceder en estos casos teniendo especial consideración en resguardar siempre el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, es debido a esto que la argumentación de la corte señala “esta sala no puede ser ajena a la situación tan apremiante por la que atraviesan los bebés S y S, ni puede permitir que continúen suspendidas sus prerrogativas fundamentales por la omisión en la que están incurriendo las entidades estatales de llevar a cabo su registro, esta acción de tutela está llamada a prosperar, no solo para que el ICBF proceda como restablecimiento del derecho de estos niños a obtener su registro civil de nacimiento en calidad de colombianos, sino también, para que la Registraduría Nacional del Estado Civil proceda a efectuar el mencionado registro”⁸⁹, por su parte como segunda medida señala que las autoridades debieron aplicar el interés superior del niño, niña o adolescente “la tendencia, tanto de la legislación colombiana como la internacional, es rodear a los niños de garantías y beneficios que los protejan en su proceso de formación y desarrollo hacia la adultez (por lo que se debe aplicar) como principio orientador para la solución de los conflictos en los que resulta involucrado un menor, el concepto de interés superior del niño”⁹⁰, y por último, en su parte

⁸⁸ Facsímil de la respuesta de la Registraduría Nacional del Estado Civil Folio 31; cuaderno principal.

⁸⁹ Fallo de única instancia (folios 154 a 155; cuaderno principal.) sentencia SU696/15.

⁹⁰ *Ibidem* folio 155.

resolutiva señala “ordenar a la Registraduría Nacional del Estado Civil que, en un plazo máximo de treinta (30) días contados a partir de la notificación de la presente sentencia, implemente un nuevo formato de Registro Civil de Nacimiento en el que claramente se señale que en las casillas destinadas a identificar al “padre” y la “madre” del menor de edad es admisible incorporar el nombre de dos hombres o dos mujeres, en el orden que voluntariamente señale la pareja para efectos de los apellidos legales de su hijo, si los mismos cumplen con los requisitos generales de ley para ser reconocidos como los padres o madres del niño.”⁹¹.

Por su parte, las entidades del Estado de Colombia manifestaron que “en Colombia no existe un protocolo para la inscripción del nacimiento de hijos de parejas del mismo sexo, por lo que la inscripción es igual para todos los ciudadanos”⁹², respecto al hecho de que los padres tengan en su poder un documento extranjero equivalente, la superintendencia de Notariado y Registro señaló “los documentos otorgados en el país extranjero, deberán presentarse debidamente legalizados ante la autoridad que delega cada país para apostilla o presentarse debidamente legalizados por el Cónsul Colombiano en el respectivo país y abonada la firma de éste por el Ministerio de Relaciones exteriores tendrán plena validez”⁹³, por último, la defensoría del pueblo afirmó “la inexistencia de una norma que determine el procedimiento para llevar a cabo el registro civil de nacimiento de los niños y niñas que pertenecen a familias homoparentales no implica que las autoridades encargadas puedan negarse a elaborar los documentos de identificación de estos niños ya que la falta de regulación en estos casos puede superarse con la aplicación del principio de interés superior del menor”⁹⁴

De lo expuesto encontramos pertinente destacar lo que a nuestro juicio es esencial y es el hecho de que la base para resolver el problema siempre es el interés superior del niño, los vacíos que deja la ley no pueden en caso alguno menoscabar los derechos de los niños, niñas o adolescentes.

En los ejemplos analizados se protege el derecho a la identidad en su ámbito registral, ya que permite a los niños, niñas o adolescentes mantener sus relaciones familiares, señalando la importancia de mantener resguardado el interés del niño.

⁹¹ Sentencia SU696/15 Parte resuelve punto tercero.

⁹² Escrito de respuesta de la Superintendencia de Notariado y Registro (folio 31; cuaderno auxiliar)

⁹³ *Ibidem* folio 33; cuaderno auxiliar.

⁹⁴ Escrito de la Defensoría del Pueblo (folio 333; cuaderno auxiliar)

En el caso de Chile, el problema viene dado por que solo se reconoce la maternidad de la madre que ha dado a luz, y se puede reconocer la paternidad, pero solo respecto de un niño que no tenga padre conocido, por lo tanto, no es posible hablar de una comaternidad o copaternidad, al padre o madre de crianza solo a través de un acuerdo de unión civil se le reconoce el derecho a la posibilidad de que el conviviente civil sobreviviente pueda optar a la tuición del hijo si la madre o padre biológica muere o se inhabilita, con el mismo nivel de prioridad que los familiares directos de los progenitores, así el código Civil señala:

Artículo 226. 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.⁹⁵

Sin embargo, este artículo no otorga ni un derecho o deber respecto del padre o madre de crianza en cuanto a régimen de relación directa y regular, alimentos, ni derecho alguno mientras la madre o el padre biológico esté con vida y no tenga ninguna inhabilidad. En el año 2013 se presenta ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos una demanda contra el Estado de Chile, por la denegación del reconocimiento jurídico de dos mujeres como madres de sus hijos, se llega a estas instancias señalando la abogada de la causa que “Presentamos un Recurso de Protección, un Recurso de Queja y dos Recursos de Reposición buscando el reconocimiento jurídico del rol de madre de ambas respecto de sus hijos, y todos fueron rechazados por el Poder Judicial. Las madres lesbianas vieron denegado su derecho de acceso a la justicia”⁹⁶, aun a la espera de dicho fallo, por el momento a nuestro juicio podemos concluir que la jurisprudencia chilena niega claramente la posibilidad de que un niño, niña o adolescente sea registrado con dos padres o dos madres, lo que claramente es una violación al derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes.

⁹⁵ Artículo 226, Código Civil Chileno.

⁹⁶ Centro de Libertad Religiosa Derecho UC, Boletín Jurídico, año IX, N°4, enero a febrero 2014, pág. 18.

III. Soluciones a los conflictos que se generan en torno al derecho al derecho a la identidad.

En este último capítulo intentaremos abordar las posibles soluciones que podría adoptar el ordenamiento jurídico chileno respecto a los 3 conflictos anteriormente descritos, soluciones que hoy en día se encuentran vigentes en otros países y que han dado una real protección al derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes. Además, planteamos algunas salidas a la problemática que podríamos catalogar de mixtas, ya que cubren otros aspectos que a veces quedan olvidadas cuando se opta por una u otra alternativa.

3.1. Soluciones al conflicto generado cuando un soltero homosexual adopta teniendo pareja.

Si bien este es un caso que podríamos llamarlo “extraño” por las trabas que le pone actualmente el ordenamiento jurídico chileno a la adopción por parte de un soltero, a modo ejemplar los cataloga en un orden de prelación menor a la hora de adoptar respecto a las parejas heterosexuales, pero no por esto debemos dejarlos en el olvido; más aún con la realidad que impera actualmente en Chile y que ha sido omitida por el legislador en relación a las parejas homosexuales. Es por esta razón que consideramos importante darle una adecuada cobertura al caso, otorgándole la misma importancia que cualquier otro, ya que los avances en cuanto al reconocimiento de la posibilidad de adoptar como señala la profesora Julie Daza “para personas con una orientación sexual diversa, se enmarca a la vez, en la aceptación por parte del sistema jurídico-político de que las parejas del mismo sexo pueden constituir válidamente una familia, transformando así el modelo de familia tradicional-heterosexual”⁹⁷, que es lo que contiene actualmente nuestra legislación vigente y que no se condice con la realidad social imperante no solo a nivel nacional sino en todo el mundo.

Es importante velar por todas las personas que intervienen en el proceso de adopción: adoptante (es), niño, niña y/o adolescente y la familia de origen, teniendo siempre en vista y consideración los derechos del niño, y en particular el que ha sido enfoque de esta investigación: El derecho a la identidad en todos sus aspectos.

⁹⁷ Daza Rojas, Julie. “Avances en la aprobación de la adopción de parejas del mismo sexo en Colombia- una visión jurídica-”, en Derecho de familia nuevos retos y realidades, editorial Dykinson, Madrid, 2017, pág. 89.

Es claro que cuando nos encontramos con una pareja homosexual que tiene deseos de tener hijos mediante la adopción es injusto que el ordenamiento jurídico solo se lo permita de manera legítima a uno de ellos, teniendo que obviar el hecho de que son una familia, por lo que creemos que la más adecuada solución es la adopción homoparental. Esto en el entendido que para el niño, niña y adolescente “la adopción permite restablecer el derecho a tener no solo una familia, sino también a la materialización de otros derechos, los cuales se han visto vulnerados, como la educación, alimentación, protección, salud, seguridad social, entre otros, en aplicación y desarrollo de la teoría del interés superior del niño sobre el derecho de los demás”⁹⁸.

En lo que sigue veremos cómo ha sido regulada la adopción homoparental en otros ordenamientos jurídicos, las formas en que esta se realiza y a quienes se les permite adoptar; además de la forma por la que ha sido regulada esta institución jurídica.

Dentro de las diversas posibilidades que se pueden encontrar, el Convenio Europeo sobre la adopción (2008) es bastante claro al señalar en su artículo 7 quienes pueden adoptar; así dispone: “1. La ley permite la adopción de un menor: a. por dos personas de sexo diferente: i. que hubieren contraído matrimonio entre sí o, ii. que constituyan, en los casos que exista esa institución, una pareja de hecho registrada; b. por una sola persona. 2. Los Estados tendrán la posibilidad de ampliar el alcance del presente Convenio a las parejas homosexuales que hubieren contraído matrimonio o registradas como parejas de hecho. Igualmente tendrán la posibilidad de ampliar el alcance del presente Convenio a las parejas heterosexuales y homosexuales que vivan juntas en el marco de una relación estable.”⁹⁹ El presente convenio deja explicitado de manera clara que se puede ampliar por parte de los Estados la posibilidad de adopción a parejas del mismo sexo, por lo que realiza un importante avance en cuanto a la no exclusión de los mismos y en post de una solución para quienes se encuentren en tal situación.

En el marco de la adopción por parejas del mismo sexo podemos señalar a modo ejemplar los siguientes países la han incorporado: Alemania, Dinamarca, Suiza, Inglaterra, España, México, Colombia, Uruguay y Argentina. Cada uno de ellos lo ha regulado de manera diversa, por lo que si bien todos ellos las permiten; las condiciones y requisitos para que proceda varían de legislación en legislación.

⁹⁸ Fierro Escobar, Leidy. “La adopción homoparental en el sistema jurídico colombiano”, disponible en línea en <http://www.umariana.edu.co/ojs-editorial/index.php/libroeditorialunimar/article/view/679/604>, 2015, pág. 75.

⁹⁹ Artículo 7 del Convenio Europeo de adopción de menores, 2008.

En el contexto europeo, uno de los países que ha tratado esta problemática desde hace ya algún tiempo es España, con la regulación del matrimonio igualitario y la adopción homoparental. Sin embargo, se presenta una diversidad normativa que forma un puzzle en el que no todas las piezas encajan adecuadamente, ya que dentro de este rompecabezas se encuentra el ámbito normativo de las Comunidades Autónomas en España, quienes han venido legislando sobre estas materias antes, durante, y después de cada una de las leyes estatales¹⁰⁰.

La regulación de la adopción homoparental vino de la mano de la ley que reguló en lo estatal en España el matrimonio igualitario. La referida norma es la ley 13/2005¹⁰¹, la que junto con reconocer el matrimonio igualitario abre la posibilidad de la adopción a las parejas del mismo sexo, buscando así dar una respuesta a una larga lucha por la discriminación basada en la orientación sexual y discriminación que con esta ley el legislador decidió remover¹⁰².

Dentro de las disposiciones generales de la norma se señala *“la ley permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición. En consecuencia, los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes; entre otros, tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción.”*¹⁰³

Por lo que como consecuencia implícita de la introducción en el Derecho Español del matrimonio homosexual y de las diversas modificaciones que realizó la ley 13/2005 a los artículos del Código Civil Español referidos a la adopción, los cónyuges del mismo sexo podrán adoptar de forma conjunta o sucesiva en los términos que se señalan en el mencionado cuerpo legal.¹⁰⁴ Sin embargo, aún quedan dudas al respecto a la posibilidad de adoptar por parte de las parejas de hecho, ya que estas no han sido equiparadas a las parejas de hecho heterosexuales.

Así, “conforme a la legislación Estatal, podríamos concluir que no es posible la adopción conjunta por parejas de hecho del mismo sexo, teniendo en cuenta básicamente que en ningún

¹⁰⁰ Benavente Moreda, Pilar. “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencia actual”, en *Anuario de Derecho Civil*, N° LXIV, 2011, cfr. Pág. 77.

¹⁰¹ Ley 13/2005 por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, España, 2005.

¹⁰² Benavente Moreda, Pilar, op. cit., cfr. Pág. 78.

¹⁰³ Boletín Oficial del Estado N° 157, 2 de julio de 2005, España, pág.2. Disponible en línea en <https://www.boe.es/boe/dias/2005/07/02/pdfs/A23632-23634.pdf>

¹⁰⁴ Linacero De La Fuente, María. Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, Foro *Nueva Época* N°2, 2015, cfr. pág. 432.

momento ha sido modificada ni derogada expresa o tácitamente la disposición adicional 3.^{a105} de la ley 21/1987, de 11 de noviembre, en materia de adopción y otras formas de protección de menores.”¹⁰⁶

“Inicialmente, y al margen de valoraciones ideológicas o morales, si se admite el matrimonio entre personas del mismo o diferente sexo, los requisitos y efectos serán idénticos con independencia del sexo igual o distinto de los contrayentes y dentro de los mismos, la posibilidad de los cónyuges homosexuales de ser parte en los procedimientos de adopción”.¹⁰⁷ Ahora bien todo esto se puede ver modificado por las distintas regulaciones que se han dado en esta materia por las Comunidades autónomas, ya que el panorama difiere según resulte aplicable al supuesto el derecho Estatal o el de determinadas Comunidades, las cuales algunas veces presentan avances en esta materia, regulando la adopción de parejas de hecho del mismo sexo, como es el caso de Cataluña, Navarra o Aragón¹⁰⁸ u otras que pueden tener un menor desarrollo en la materia o un distinto tratamiento.

Ahora, es importante centrarnos en el contexto de quienes nos pueden servir de ejemplo en el ámbito regional, por lo que nos enfocaremos en cómo ha sido tratado este tema dentro de América Latina; en particular en relación a ocho países: Uruguay, Colombia, Nicaragua, Perú, Paraguay, Ecuador, Costa Rica y Argentina. Cada uno de estos países ha ido avanzando en regular de una manera integral la adopción por parejas del mismo sexo, dando un ejemplo a nivel local y ofreciéndonos un marco de posibilidades a la hora de legislar en esta materia.

Uruguay fue el primer país en Latinoamérica que acepto la adopción por parte de parejas del mismo sexo (2009), lo hizo realizando cambios a su normativa interna tanto en lo referente a la adopción como a diversas modificaciones al Código de la Niñez y la Adolescencia vigente en ese país. Las modificaciones de la normativa vienen dadas por la ley 18.590¹⁰⁹, la que tiene como prioridad el bienestar del niño, más allá de que el adoptante sea una persona soltera, una

¹⁰⁵ Disposición adicional tercera ley 21/1987 España, “Las referencias de esta ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor será también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de efectividad análoga a la conyugal.”

¹⁰⁶ Benavente Moreda, Pilar, op. cit., pág. 119.

¹⁰⁷ Linacero De La Fuente, María, op. cit. Pág. 432.

¹⁰⁸ Benavente Moreda, Pilar, op. cit., cfr. 119.

¹⁰⁹ Ley 18.590 de Uruguay que modifica disposiciones relativas a la adopción en el Código de la niñez y adolescencia.

pareja de hombre y mujer o una pareja del mismo sexo. En varios artículos hace referencia a: “*cónyuges, concubinos, persona*”¹¹⁰, sin distinguir el sexo de cada pareja o si es soltera o no.

Es importante recalcar que la normativa uruguaya no hace distinción entre parejas matrimoniales y no matrimoniales para adoptar, ambas parejas tienen las mismas posibilidades (al menos legalmente) de ser beneficiadas con la adopción, siempre que cumplan con los requisitos que establece la ley a saber: edad, diferencia de edad con el adoptante, entre otros.

Ahora bien, como toda norma relativamente nueva ha estado sujeta a críticas por el empleo de algunos términos que fueron utilizados por la ley 18.590¹¹¹, a modo ejemplar encontramos que el artículo 1 de la nombrada ley que hace referencia a padre y madre, siendo que con la nueva realidad vigente en el país se debería hablar de adoptantes, situación que ha generado más de un problema de interpretación de la ley.

Otra de las críticas que se le ha generado ha sido por el rol asignado a los jueces en esta materia, debido a que en el proceso de adopción uruguayo es primordial la función del INAU (Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay)¹¹². Las críticas son parte de un proceso de ajustes y que con el tiempo se han ido subsanando. Por lo que no hay que obviar la importancia que tiene los cambios en la legislación uruguaya en esta materia como precedente para las posteriores modificaciones en este ámbito en la legislación de otros países latinoamericanos.

En el caso colombiano, a diferencia de los que ocurre en otros países, el debate se trasladó de manera mucho más fuerte al ámbito jurisprudencial que en el ámbito legislativo, y lo más importante es que su manera de acusar estas diferencias en materia de adopción y fundamentos no solo reclamaban una falta de igualdad de las parejas heterosexuales con las homosexuales, ya que se vulneraría el derecho a la igualdad y el derecho a tener una familia, sino que tenían como pilar del desarrollo de sus tesis el interés superior del niño señalando que se desconoce en los

¹¹⁰ Ver a modo ejemplar Ley 18.590 de Uruguay Artículos 36, 139 y 140.

¹¹¹ Artículo 1 de la ley 18.590: “*Sustitúyase los numerales 9) y 10) del artículo 27 de la Ley N° 17.823, de 7 de septiembre de 2004 (Código de la Niñez y la adolescencia), por lo siguiente: “9) En los casos de adopción, el hijo sustituirá el primer apellido por el del padre adoptante y el segundo apellido por el de la madre adoptante. De ser adoptado por una sola persona sustituirá solamente uno de los apellidos, siguiendo las reglas previstas en los numerales precedentes.*”

¹¹² Ver críticas realizadas por el ministerio del desarrollo social de Uruguay en línea en: <http://www.mides.gub.uy/innovanet/macros/TextContentWithMenu.jsp?contentid=6260&site=1&channel=innova.net>

procesos de adopción, lo cual redundaba en que se realizara una interpretación inconstitucional de dichas normas¹¹³.

Aquí la discusión sobre esta materia se venía realizando por años en sede judicial mediante acciones que buscaban una igualdad en todos los ámbitos para las parejas del mismo sexo, en cuanto a la igualdad de derechos relacionados con el matrimonio, familia y en lo particular en materia de adopción. Así, es importante destacar que “la construcción del derecho a la adopción por parejas homosexuales, surge de la base fundamental de la Teoría del Interés Superior del niño, entendiendo la adopción como una forma de restablecer sus derechos, en el marco de la igualdad material y el desarrollo de la libre opción sexual.”¹¹⁴. Así, “la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana se convirtió en la prenda de garantía para salvaguardar de los derechos fundamentales de la población L.G.B.T.I., incluso contra los intereses del legislativo y ejecutivo, censurando la validez de las leyes que violan dichas prerrogativas.”¹¹⁵

La Corte Constitucional fue creada por la actual Constitución Política Colombiana (1991); este es un organismo perteneciente a la rama judicial del poder público y se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política. Sus funciones están descritas en el artículo 241 de la Constitución¹¹⁶.

¹¹³ Daza Rojas, Julie, op. cit., cfr., pág.101.

¹¹⁴ Fierro Escobar, Leidy, op. cit., pág. 73.

¹¹⁵ Moreno Mosquera, Víctor. “Matrimonio y adopción: dos instituciones en transformación familiar a partir de la jurisprudencia constitucional colombiana a favor de las parejas LGBTI”, en *Revista Nuevo Derecho*, N° 15, Julio 2014, Colombia, Pág. 125.

¹¹⁶ Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación. 3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización. 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. 5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación. 6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución. 7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución. 8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. 9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales. 10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá

La Corte Constitucional Colombiana, como cabeza de la jurisdicción constitucional, conoce de manera exclusiva de los asuntos de constitucionalidad cuyo análisis le confía la Carta Política y establece, en su condición de intérprete autorizado, las reglas jurisprudenciales sobre el alcance de las normas contenidas en la Constitución. Está integrada por nueve magistrados, nombrados por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años de ternas designadas por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado¹¹⁷.

Dentro de las principales decisiones en esta materia encontramos las sentencias de la C-075-2007, C-577-2011 y, en lo particular, en materia de adopción tenemos como precedentes las T-276-2012, SU-617-2014, C-071-2015 y la sentencia C-683-2016 que realizó el gran salto y avance en esta materia, todas de la Corte Constitucional Colombiana.¹¹⁸

En la sentencia C-683-2015 cuyo problema jurídico fue; “¿Se vulneran los derechos fundamentales a la igualdad, interés superior del menor, derecho a tener una familia de los niños, niñas y adolescentes ante la exclusión de posibilidad de que las parejas del mismo sexo inicien conjuntamente un proceso de adopción? En este caso la Corte consideró que excluir del proceso de adopción a parejas del mismo sexo sí genera un déficit de protección y vulnera el interés superior del menor que se encuentra en situación de abandono, por lo tanto, resolvió declarar inexequibles las normas, pero entendiendo que en la aplicación de la ley se entiende incluidas a las parejas del mismo sexo que conforman una familia”¹¹⁹.

En este fallo se cuestionan las normas contenidas en el Código de la Niñez y Adolescencia Colombiano (Ley 1098) a saber las siguientes normas: 64, 66 y 68 (numerales 3º y 5º y el artículo

intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexequibles por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva. 11. Acto Legislativo 02 de 2015. Artículo 14. Agréguese un numeral 12 y modifíquese el 11 del artículo 241 de la Constitución Política los cuales quedarán así: 11. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones. 12. Darse su propio reglamento.

¹¹⁷ Información relativa a la Corte Constitucional Colombiana, disponible en línea en <http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/>

¹¹⁸ Sentencia C-075-2007 disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-075-07.htm>, Sentencia C-577-2011 disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-577-11.htm>, Sentencia T-276-2012 disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-276-12.htm>, Sentencia SU-617-2014 disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/SU617-14.htm>, Sentencia C-071-2015 en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-071-15.htm>, y Sentencia C-683-2015 disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-683-15.htm>

¹¹⁹ Daza Rojas, Julie, op. cit., pág.101.

1º de la ley 54 del año 1990. Dentro de los fundamentos en los que se fundó dicha acción encontramos que “las normas acusadas excluyen la posibilidad de que los niños sean adoptados por parejas conformadas por personas del mismo sexo, en esencia, por vulnerar el derecho a la igualdad y el interés superior de los niños que permanecen en situación de adoptabilidad, al limitar sin justificación suficiente el universo de familias que pueden adoptarlos. También, adujeron que hubo una omisión relativa del legislador, violatoria del interés superior de los niños, porque la ley no consagró claramente una regulación para la adopción de niños por parejas del mismo sexo, lo cual supone una desprotección de la niñez.”¹²⁰

Otro de los fundamentos que resaltó la Corte Constitucional Colombiana fue que “según la Constitución, los tratados internacionales sobre derechos humanos, la jurisprudencia internacional y la jurisprudencia de esta Corte, la orientación sexual de una persona, o su sexo, no son por sí mismos indicadores de falta de idoneidad moral, física o mental para adoptar; de modo que impedir que un niño tenga una familia, fundándose para ello únicamente en la orientación sexual o el sexo de una persona o de una pareja, representa una restricción inaceptable de los derechos del niño, y es entonces además contrario a su interés superior, protegido por la Constitución y los instrumentos que se integran a ella.”¹²¹

La decisión de la Corte Constitucional Colombiana al respecto es concluyente, clara y explícita al “declarar exequibles las expresiones impugnadas de los artículos 64, 66 y 68 (numerales 3º y 5º) de la Ley 1098 de 2006, “por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, así como del artículo 1º (parcial) de la Ley 54 de 1990, “por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes”, bajo el entendido que, en virtud del interés superior del menor, dentro de su ámbito de aplicación están comprendidas también las parejas del mismo sexo que conforman una familia.”¹²²

La Corte Constitucional Colombiana finalmente “determino que las parejas del mismo sexo están habilitadas para adoptar conjuntamente, acorde con una lectura de las normas legales acusadas conforme con la Constitución Política y los tratados internacionales sobre derechos humanos, que consagran la protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes.”¹²³ Es importante señalar que “La Corte quiere resaltar que las dudas y temores acerca de si la

¹²⁰ Comunicado N°50 del 4 de noviembre de 2015, de la Corte Constitucional Colombiana, pág. 3.

¹²¹ Ídem, pág. 4.

¹²² Ídem, pág. 2.

¹²³ Ídem, pág. 1.

sociedad está preparada para asumir esta decisión no se disipan negando una inocultable realidad, sino enfrentando sus desafíos.”¹²⁴

En el caso de Nicaragua, se prohíbe tanto el matrimonio igualitario como la adopción homoparental, así su Código de la Familia en su artículo 37 dispone: *“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de ésta y del Estado. Está integrada por un grupo de personas naturales con capacidades, habilidades y destrezas diferentes, unidas por el matrimonio o unión de hecho estable entre un hombre y una mujer y vínculos de parentesco. De igual forma, las familias encabezadas por madres solteras, padres solteros, viudas, viudos, divorciados, divorciadas, abuelos, abuelas, así como por otros miembros de la familia, que ejerzan la autoridad parental, gozarán de la misma protección y tendrán los mismos deberes y derechos de solidaridad, respeto, tolerancia y buen trato establecidos en este Código.”*¹²⁵ De la lectura del artículo podemos desprender que en el caso nicaragüense no está contemplado ni siquiera el reconocimiento de las familias homoparentales.

Asimismo, la ley de adopción del nombrado país señala en su artículo 5 lo siguiente: *“La adopción puede ser solicitada: 1. Por una persona natural. 2. Por una pareja que haga vida en común tanto dentro de una unión matrimonial como en una unión de hecho estable”*¹²⁶. Del análisis de ambas normas, concluimos que solo se permite la adopción en este país a las parejas ya sean nacionales o extranjeras, formadas por un hombre y una mujer, ya sean matrimoniales o de hecho estables.

En Perú la legislación vigente en materia de adopción no impide de forma explícita que personas homosexuales siendo solteras puedan adoptar, sin embargo, las parejas del mismo sexo no pueden postular al proceso de adopción en forma conjunta, esto lo podemos desprender del análisis del Decreto Legislativo N° 1297 deroga la Ley No. 26981 de Procedimiento Administrativo de Adopción de Menores de Edad Declarados Judicialmente en Abandono que en su artículo 124 señala quienes pueden solicitar la adopción: *“Pueden solicitar la adopción de una niña, niño o adolescente: a) Cónyuges b) Integrantes de una unión de hecho con declaración notarial vigente. c) Personas que deseen conformar una familia monoparental”*¹²⁷. Ya que en este país no está consagrado ni el matrimonio igualitario ni la unión civil para parejas del mismo sexo, descartamos las dos

¹²⁴ Ídem, pág. 4.

¹²⁵ Artículo 37 de la Ley N° 870, Código de Familia, Nicaragua, 2014.

¹²⁶ Artículo 5 del decreto N°862, ley de adopción, reformado por la ley N°614 del 2007, Nicaragua.

¹²⁷ Artículo 124 del decreto legislativo N°1297 que deroga la ley N°26981 de procedimiento administrativo de adopción de menores de edad declarados judicialmente en abandono, año 2016, Perú.

primeras posibilidades dejando como opción para la persona con una orientación sexual diversa solo el poder acceder como soltero para así constituir una familia monoparental.

En Costa Rica, el Código de la Familia dispone en su artículo 103: *“La adopción puede ser conjunta o individual. Si el adoptante es único, la adopción es individual. La adopción conjunta es la decretada a solicitud de ambos cónyuges y solo pueden adoptar quienes tengan un hogar estable. Para tal efecto, deberán vivir juntos y proceder de consuno.”*¹²⁸ Las parejas homoparentales no pueden adoptar, sin embargo las personas homosexuales pueden adoptar niños si cumplen con los mismos requisitos que se les exigen a las personas heterosexuales pero de forma individual, si bien la norma no hace distinción entre parejas heterosexuales y homosexuales, dado que no existe en este país el matrimonio igualitario, entendemos que no estaría permitida ya que exige que la adopción conjunta sea realizada a solicitud de ambos cónyuges, por lo que concluimos que la adopción para estas personas operaría de manera muy similar a como se permite hoy en día en Chile.

En Ecuador, está reconocido a nivel constitucional la posibilidad de que parejas del mismo sexo opten por unión civil, no está permitido el matrimonio igualitario, así el artículo 68 de la constitución ecuatoriana señala: *“La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo”*¹²⁹. Podemos concluir que en Ecuador se protege y reconoce a estas familias, pero a la vez se les niega la posibilidad de adoptar de manera conjunta.

En Paraguay la ley de adopción en su artículo 10 dispone: *“Pueden adoptar personas de uno u otro sexo, independientemente de su estado civil. Tendrán preferencia en igualdad de condiciones los matrimonios, las uniones de hecho y las mujeres. Los cónyuges deberán tener tres años de matrimonio y las uniones de hecho cuatro años de vida en común como mínimo”*¹³⁰. De la lectura de la recién expuesta norma podemos concluir que en este país no se impide explícitamente la posibilidad de que parejas del mismo sexo o personas solteras homosexuales adopten niños. Sin embargo, dado que no existe ni matrimonio igualitario, ni unión civil para los homosexuales, quienes tienen preferencia para adoptar son los matrimonios heterosexuales, las uniones de hecho heterosexuales y las mujeres

¹²⁸ Artículo 103 de la Ley N°5476, Código de Familia, año 1973, Costa Rica.

¹²⁹ Artículo 68, de la Constitución de la República del Ecuador, año 2008, Ecuador.

¹³⁰ Artículo 10 de la Ley N°1136, ley de adopciones, año 1997, Paraguay.

solteras; lo que no impide que un soltero(a) homosexual pueda adoptar de acuerdo a la legislación vigente.

Finalmente haremos una breve referencia a como se encuentra regulado en Argentina. En este país la situación fue distinta a las recién expuestas, porque se legisló sobre esta materia a propósito del cambio que significó la ley de matrimonio igualitario (2010). Esta ley no solo reguló aspectos basados en las uniones matrimoniales de las parejas del mismo sexo, sino que realizó en ella diversas modificaciones en materia de adopción.

La ley 26.618¹³¹ fue la encargada de regular el matrimonio igualitario y la adopción homoparental ya que mediante la misma se hicieron las reformas pertinentes al Código Civil Argentino y a las diversas leyes involucradas, entre ellas la ley de adopción argentina, modificaciones que se hicieron al ex Código Civil de Argentina (ley 26.994) y que permanecen vigentes en el actual.

Esta ley, en esta materia, buscaba que los matrimonios homosexuales pudieran adoptar, sin embargo, dejaba sin regulación lo referente a la adopción de parejas no matrimoniales homosexuales que quisieran acceder a la adopción. Esta problemática fue salvaguardada con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y de Comercio de Argentina que regula expresamente esta situación.

El actual Código Civil y de Comercio Argentino regula la adopción en su Libro II, Título VI, así señala en su artículo 594 que es la adopción; en el artículo 595 los principios generales de la adopción; poniendo como primer principio el interés superior del niño, y en el artículo 596 el derecho a la identidad, en lo particular el derecho a conocer los orígenes.¹³²

En materia de quienes pueden adoptar señala a su artículo 599 lo siguiente: *“El niño, niña o adolescente puede ser adoptado por un matrimonio, por ambos integrantes de una unión convivencial o por una única persona. Todo adoptante debe ser por lo menos dieciséis años mayor que el adoptado, excepto cuando el cónyuge o conviviente adopta al hijo del otro cónyuge o conviviente. En caso de muerte del o de los adoptantes u otra causa de extinción de la adopción, se puede otorgar una nueva adopción sobre la persona menor de edad”*.

¹³¹ Ley 26.618 ley que establece el matrimonio igualitario (modifica el Matrimonio civil), Argentina. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/169608/norma.htm>. Si se revisa esta normativa, el articulado señalado del Código Civil no se condecirá en lo numérico con lo actual, ya que, el año 2015 se aprueba un nuevo Código Civil y de Comercio (ley N°26.994).

¹³² Código Civil y de Comercio Argentino, libro II, Título VI, que regula la adopción, arts. 594 y siguientes.

Aquí se puede apreciar como el cambio legislativo deja en posición de adoptar a las parejas homosexuales, ya que la actual normativa no hace distinción entre matrimonios y / o parejas del mismo sexo respecto de las parejas heterosexuales, además de permitir actualmente la adopción también de parejas del mismo sexo que no sean matrimoniales, situación que en principio no había sido regulada por la ley 26.618.

En Chile actualmente hay en el congreso un proyecto de ley que busca que se establezca en nuestro país el matrimonio igualitario y que regula de manera bastante menor el tema de la adopción; de hecho, se señala *“en lo referido a la adopción este proyecto permitirá que todo tipo de matrimonios accedan a la adopción, ya sea por integración o a través de la adopción propiamente tal. Sin embargo, se hace presente que esta iniciativa no pretende modificar las normas que regulan la adopción en Chile, ello por cuanto, existe una iniciativa en discusión parlamentaria en la actualidad. La única modificación que se introduce en estos términos es relativa al orden de los apellidos que deberá llevar el menor que sea adoptado”*.¹³³ Por lo que, en lo referente a dar una solución efectiva en este caso, aún está pendiente.

Como se ha podido apreciar, a la hora de buscar una forma de regulación para la adopción homoparental, podemos ver el proceso en diversos países, los cuales nos pueden dar un ejemplo al dar una solución adecuada a esta problemática. Lo importante es que se regule en relación a esta materia en Chile, y que esta nueva normativa sea acorde con el derecho a la identidad del niño, niña y/o adolescente, ya que es una condición necesaria para la efectividad de estas medidas y para el resguardo integral de los derechos del niño, sobre todo en lo que respecta su identidad filial y familiar.

Por ello creemos que es necesario que se legisle sobre esta materia de forma acabada, analizando todos los casos que se pueden contemplar en la adopción, todos los tipos de personas y/o parejas que pretendan adoptar sin hacer distinción entre ellas en razón a su orientación sexual y/o estado civil; y siempre teniendo a la vista que la adopción tiene por finalidad el que un niño, niña o adolescente tenga una familia, es decir, su interés superior en todos los aspectos.

¹³³ Mensaje presidencial 130-365, Boletín N° 11.422-07, pág. 5.

3.2 Soluciones al conflicto generado por el uso de técnicas de reproducción humana asistida.

Como señalamos en el capítulo anterior son principalmente dos los conflictos que se generan entre las técnicas de reproducción humana asistidas y el derecho a la identidad. En primer lugar, tenemos la pugna entre el derecho a la identidad más precisamente en su aspecto al derecho a conocer sus orígenes y el derecho que tiene el tercero donante al anonimato; y en segundo lugar, el conflicto entre el derecho a la identidad en el ámbito del derecho a crecer dentro de una familia, pertenecer a ella y las técnicas de reproducción humana asistidas aplicadas a la mujer sola o lesbianas.

Respecto al primer conflicto, señalamos que existían diferentes soluciones respecto del conocimiento de su propio origen por el niño, niña o adolescente, y así siguiendo a Turner, Molina y Momberg se concluía que las posibilidades eran las siguientes: “1. Permitir reclamar al así nacido la paternidad del donante de gametos con todas las consecuencias jurídicas de la determinación de su paternidad o maternidad (posición maximalista). 2. Preservar el anonimato total del donante, de manera que el nacido nada pueda conocer de su origen genético (posición minimalista). 3. Dos soluciones intermedias: a) Que el nacido sólo pueda conocer datos biogénéticos del donante. b) Que el nacido pueda conocer la identidad personal del donante, pero sin ninguna consecuencia jurídica.”¹³⁴

Junto con esto mencionamos, las posturas que tomaban diferentes países, analizamos el caso español que de acuerdo a la ley 35/1988 optaba por mantener el anonimato del donante, pero si permitía el acceso de los hijos o hijas fecundadas mediante estas técnicas a una ficha clínica que contiene información general del donante pero que no incluye los datos sobre su identidad, y que solo en casos excepcionales, en que se vea comprometida la salud o la vida del hijo o hija se podrá revelar la identidad del donante, pero siempre manteniendo un carácter restringido, también destacamos los casos de Suiza y Gran Bretaña, los cuales optaban por no solo dar los datos genéticos y fenotípicos del donante, sino también entregar los datos para su identificación, cabe destacar el hecho de que en Suiza el tratamiento de este tema no solo se encuentra en la ley federal 810.11, sino que también se encuentra regulada en su constitución¹³⁵ especialmente en su artículo 119 inciso 8 y 9 que señalan respectivamente que “*El patrimonio*

¹³⁴ Turner Saelzer, Susan, Molina Pezoa, Marcia y Momberg Uribe, Rodrigo. op. cit. Pág. 18.

¹³⁵ Constitución Federal de la Confederación Helvética.

genético de una persona puede ser analizado, registrado o publicado si no es con el consentimiento del sujeto o sobre la base de una prescripción legal.” y “Toda persona tiene acceso a los datos concernientes a su ascendencia”¹³⁶, y a pesar de que es solo un artículo que menciona a las técnicas de reproducción humana asistidas y que su redacción es vaga y general, el sólo hecho de que se consagre constitucionalmente le da a este derecho una posición que no se encuentra en la mayoría de las legislaciones a nivel mundial.

Destacamos el hecho de que en Gran Bretaña el derecho a conocer la identidad del donante dependerá de la fecha en que se haya practicado el procedimiento, así para los casos anteriores al 31 de mayo del 2005 se respetara el anonimato del donante y por lo tanto el concebido mediante estas técnicas de reproducción no tiene el derecho a conocer la identidad sino solo los datos genéticos, pero para los casos posteriores a la fecha anteriormente señalada, la persona si tiene acceso a los datos identificatorios del donante, cabe destacar el hecho de que el donante no tiene en ningún caso el acceso a la información del hijo/a fecundado/a.

Mencionamos el caso de Chile, señalando que no existía una regulación precisa y clara sobre las técnicas de reproducción humana asistidas, lo que dejaba un claro vacío legal en esta materia, indicamos también que los proyectos que han intentado regular esta materia se encuentran archivados en su mayoría por más de 10 años y que el último proyecto que aborda el tema fue presentado en julio del año 2006¹³⁷ y que optaba por entregar sólo los datos biogenéticos y no aquellos que permitieran identificar al donante, y que los datos solo serían entregados al médico tratante o a los tribunales de justicia y no al hijo nacido mediante estos procedimientos.

A nuestro parecer, la identidad biológica es parte fundamental para lograr el correcto y completo desarrollo de una persona, y la única manera de lograr proteger la identidad biológica es permitiendo a la persona no solo el acceso a la información genética y fenotípica del donante, sino también el acceso a los datos que permitan su identificación, es a esto a lo que deben apuntar los próximos proyectos que se presenten sobre el tema, para llegar a esta conclusión ponderamos los dos derechos en conflictos el derecho a la intimidad del donante versus el derecho a la identidad del niño, niña o adolescente.

El donante vería vulnerado su derecho a la intimidad, el derecho a no participar de la vida del hijo que ayudó a concebir, derechos que a nuestro parecer no se ven afectados por el hecho

¹³⁶ Artículo 119 inciso 8 y 9 de la Constitución Federal de la Confederación Helvética. Disponible en línea en español en www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ch/ch191es.pdf

¹³⁷ Proyecto de ley N° 4346 -11, Chile.

de que el sujeto concebido mediante estas técnicas conozca su nombre y datos personales, la intimidad se ve afectada cuando sus datos se hacen públicos lo que en este caso no ocurriría.

Nosotros consideramos que los datos sean conocidos por la persona concebida por medio de estas técnicas de reproducción humana asistida, pero no que sus datos se encuentren en un listado de público conocimiento. Por otro lado, tampoco se ve afectado el derecho a no participar en la vida del hijo; para que el concebido mediante estas técnicas pueda desarrollar completamente su identidad no es necesario la permanencia del padre biológico; ni menos aún postulamos que el concebido pueda reclamar la paternidad del donante; u obligarlo a realizar las labores que le corresponden a un padre.

El concebido por técnicas de reproducción humana asistida, por otro lado, cuando no tiene conocimiento de quien es su padre biológico ve afectado su derecho a la identidad, no puede desarrollarla por completo y nunca podrá, se afecta su desarrollo como persona, y por lo tanto, se afecta también su dignidad, cabe recordar que Chile ha firmado varios convenios internacionales en los cuales se obliga a proteger y promover la protección al derecho a la identidad, por lo tanto, la protección a la identidad no es una cuestión discutida, sino que zanjada, y que si bien la Convención Sobre los Derechos del Niño impone una restricción a este derecho señalando en su artículo 7 la expresión “en la medida de lo posible”, esta restricción no apunta a la protección del donante o de terceras personas, sino que como señala Beloff “Cada vez que la CDN reconoce un derecho lo limita por razones diversas, en general por la madurez, capacidad para formarse su propio juicio, desarrollo emocional o el interés superior del niño”¹³⁸.

Por ultimo señalamos que no buscamos un punto de equilibrio entre el derecho a la intimidad del donante y el derecho a la identidad del niño, niña o adolescente, sino que creemos firmemente que hay que priorizar el derecho a la identidad, ya que este último es un derecho al que nos hemos obligado a proteger internacionalmente y porque proteger el interés superior del niño debe ser una labor esencial y primordial del Estado.

El segundo conflicto lo analizamos desde una pregunta que nos hicimos en el segundo capítulo, nos cuestionamos ¿si al permitir a una mujer sola o una pareja de lesbianas someterse a estos tratamientos se estaría violando el derecho a la identidad del niño, niña o adolescente en el ámbito del derecho a crecer dentro de una familia y el derecho a tener un padre?, señalamos

¹³⁸ Beloff, Mary. *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Editores del Puerto, 2004, Buenos Aires, pág. 14.

nuevamente que la legislación de otros países nos daba una amplia gama de soluciones, así en Suecia solo se permitía de acuerdo a la ley 1140 del año 1984 someterse a estas técnicas a matrimonios y a parejas estables de distinto sexo, y por otro lado teníamos los casos de España y Estados Unidos los cuales señalaban que toda mujer puede ser receptora o usuaria de las técnicas de reproducción humana asistida y que basándose en el derecho a la privacidad el estado no podía oponerse a que la mujer fuera sujeto activo.

Señalamos que al igual que en el ejemplo pasado, en Chile no existía una regulación clara y precisa que nos permitiera llegar a una conclusión respecto de la postura que nuestros legisladores quisieron adoptar, señalamos que a la sola luz del artículo 182 del Código Civil pareciera que solo parejas de distinto sexo podían someterse a estas técnicas al hablar solo del padre y la madre dejando afuera el caso de la mujer sola o una pareja de lesbianas; mencionamos también que existen dos proyectos de ley actuales que abordan el tema, el primero de ellos y que comenzó a discutirse en el Congreso recién este 27 de noviembre que es el proyecto de matrimonio igualitario que señalaba la modificación al artículo 182 del Código Civil agregando el caso de una pareja de mujeres y por lo tanto, abre la posibilidad para que estas puedan acceder a las técnicas de reproducción asistidas y lo mismo ocurre con el proyecto de ley N° 10.626-07 señalando que las madres del hijo concebido mediante la aplicación de estas técnicas serán las mujeres que se sometieron a ellas.

A nuestro juicio, Chile avanza hacia el sendero correcto al incluir en los últimos proyectos presentados sobre el tema la posibilidad de que tanto la mujer sola como la pareja de lesbianas puedan ser sujetos activos de este tipo de método de fertilidad, en ningún caso se vería afectado el derecho a la identidad en su ámbito del derecho a pertenecer a una familia al permitir el ingreso de la mujer sola o pareja de lesbianas a estas técnicas de reproducción humana asistida.

Cabe mencionar que hoy en día el concepto de familia se ha ido ampliando y dejando de lado el concepto tradicional que se mantenía hasta fines del siglo pasado, la Constitución no hace distinción alguna sobre la familia que ha de proteger el Estado, por ende debe proteger y velar por todo tipo de estas, incluso aquella que no tenga la presencia de una figura paterna, siguiendo esta línea se encuentra la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cual en el caso *Atala Riffo y niñas vs Estado de Chile* señala “la Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el

concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen una vida en común por fuera del matrimonio”¹³⁹.

El conflicto que puede suscitarse debe solucionarse siempre dando preeminencia a los derechos del hijo, como señala Alfonso Banda “al regularse la aplicación de esta biotecnología reproductiva es indispensable tener siempre presente que merece una preferente consideración todo lo relativo a los intereses y derechos del niño”¹⁴⁰, y creemos que la mejor manera de cuidar los intereses y derechos del niño es permitiendo el ingreso de ese niño, niña o adolescente a una familia que le pueda entregar el amor y cuidado suficiente, haciendo que estos se identifiquen con esa familia aun en ausencia de una figura paterna.

Para concluir el tema de las técnicas de reproducción humana asistidas, vale la pena mencionar que con el paso de los años se va avanzando en procedimientos tecnológicos y cada vez el acceso a estos por parte de las personas se hace más fácil y común, es por eso que se hace necesario que Chile regule de forma más detallada y precisa el tema de las técnicas de reproducción humana asistida, hoy en día nuestro país no cuenta con una legislación aplicable, y creemos que al analizar los proyectos presentados sobre el tema aún nos falta mucho por avanzar, especialmente considerando que estos proyectos se esmeran más en resolver los temas de experimentación y destrucción del embrión humano, los lugares en los cuales tendría lugar la aplicación de dichas técnicas, etc., pero olvidan lo más importante y es que estas técnicas dan lugar a un ser humano que debe ser protegido y que tiene derechos que deben ser respetados, esperamos que en un futuro no muy lejano se presente un proyecto que ponga atención y que de primacía a los derechos de ese hijo o hija, manteniendo siempre como punto de partida el interés superior del niño y el respeto absoluto del derecho a la identidad del éste, por sobre cualquier otro derecho que puedan tener las personas adultas que se sometan a este tipo de procedimiento.

¹³⁹ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Karen Atala Riffo y niñas vs Estado de Chile, 24 de febrero de 2012, pág. 49.

¹⁴⁰ Banda, Alfonso. “Dignidad de la Persona y reproducción humana asistida”, *Revista de derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. 9, N° 1, 1998, pág. 21.

3.3. Soluciones al conflicto de niños, niñas y adolescentes que son nacidos o adoptados en el extranjero por padres o madres homosexuales.

Uno de los aspectos importantes que resolver es el derecho que tienen todos los niños, niñas o adolescentes a que se le reconozcan sus lazos familiares, aspecto que es esencial para que se desarrolle plenamente su identidad.

Este conflicto tiene importancia en dos casos, primero cuando no se le reconoce a padres o madres chilenas inscribir al niño, niña o adolescente como hijo o hija de ambos o ambas, y también cobra una especial importancia cuando se daba el caso de un hijo o hija de pareja homosexual con filiación determinada que venía a asentarse a un país en donde no se reconociera este tipo de filiación como es el caso de Chile.

Señalamos que existían diferentes legislaciones que permitían el registro del niño, niña o adolescente que proviene de una filiación determinada de padres o madres homosexuales, tal era el caso de Argentina y Colombia, en el primer caso luego de una larga lucha por parte de la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans, se logra que se dicte una resolución que instruyó al Registro Civil a que proceda a inscribir a los hijos de familias de parejas del mismo sexo, y de esta manera mantener la identidad registral del estos, todo esto luego de que en dicho país se aprobara tanto el matrimonio como la adopción homosexual. En el caso de Colombia el orden es distinto, en primer lugar, la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia SU696/15 reconoce el derecho que tienen los niños, niñas o adolescentes a ser registrados bajo el amparo de ambos padres o madres y luego es reconocido a nivel nacional el matrimonio homosexual y la adopción homoparental, sin embargo, independiente del orden que hayan tenido en ambos casos se prioriza el interés superior del niño y se protegen las relaciones familiares de ellos.

En Chile mencionamos que solo se reconoce la maternidad de la madre que ha dado a luz, y que la paternidad se puede reconocer, pero solo respecto de un niño o niña que no tenga padre conocido, por lo tanto, se descarta la posibilidad de que un niño o niña pueda tener dos madres o dos padres, solamente se le reconoce a la pareja homosexual de quien tenga la filiación determinada en caso de que esta última fallezca o quede imposibilitada del cuidado de éste, el mismo nivel de prioridad que los familiares directos de los progenitores.

En el primer caso, cuando se niega al niño, niña o adolescente la posibilidad de que sea inscrito con dos padres o dos madres se deja al descubierto una vulneración a su interés superior, hay que recordar que “este interés está unido al ejercicio de sus derechos fundamentales, los que deben ser respetados en las distintas etapas de desarrollo de la niñez. De esta forma, el interés superior inspira toda la normativa sobre las relaciones paterno-familiares, pero también es fuente de orientación para la interpretación de las normas y para resolver conflictos de normas o colisión de derechos”¹⁴¹, es por eso, que al momento de buscar una solución se torna necesario respetar este derecho, lo que claramente no ocurre en el caso chileno, en donde no existe un documento registral que permita al hijo tener dos padres o dos madres.

En el segundo caso, el principal y gran problema que existe es el romper con la filiación que tiene el niño, niña o adolescente al ingresar a un país que no reconoce la posibilidad que tenga dos padres o dos madres, eso a nuestro parecer atentaría contra la identidad de ellos, y no solo en el aspecto registral, sino también lo priva del derecho a tener una familia, y por sobre todo vulnera el derecho que tienen a ser protegido y que se priorice su interés superior. La familia no solo cumple un rol protector sino que también es aquella que permite que él desarrolle aspectos de su identidad que no se pueden realizar de forma individual y que solo en familia se van generando, así lo señala el Profesor Morande al decir “no existe, hasta la fecha, un sustituto de la familia, ella sigue siendo el lugar donde se nombra a cada persona y donde se le enseña a nombrar todas las cosas, dando forma así, a aquellas dimensiones de la identidad personal que no son elegibles por el arbitrio o deseo individual”¹⁴² es por esto que privarlo de ella es privarlo de una parte de su identidad que no podrá desarrollar.

Cabe destacar también los principios de Yogyakarta, los cuales son “una serie de principios sobre cómo se aplica la legislación internacional a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género”¹⁴³, éste corresponde al primer documento mundial de expertos en derechos humanos desarrollado en el año 2007, estos principios fueron generados y adoptados por unanimidad por un distinguido grupo de expertos en derechos humanos de distintas regiones y diversa formación, el evento clave para el desarrollo de estos principios es el seminario internacional que se llevó a cabo en Indonesia en la ciudad de Yogyakarta en el año 2006, en donde se aclararon

¹⁴¹ Lepin Molina, Cristian. “Los nuevos principios rectores del derecho de Familia, *Revista de Derecho Privado*, 2014, N° 23, pág. 37

¹⁴² Morande, Pedro. *Persona, matrimonio y familia*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1994, pág. 43.

¹⁴³ Disponible en línea en www.yogyakartaprinciples.org/principles-sp/about/

la naturaleza, alcance y la implementación de las obligaciones de derechos humanos contraídas por los Estados en relación a la orientación sexual y la identidad de género, estos principios se encuentran recogidos en un documento, por lo tanto, no es un instrumento jurídico internacional y carece de fuerza vinculante, en él se hace una extensiva y exclusiva referencia a las discriminaciones por orientación sexual, se compone de 29 principios que ratifican ciertos estándares legales internacionales, para nuestro caso nos centramos en el principio 24 denominado “El derecho a formar una familia”, en él se señala que “Toda persona tiene derecho a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Existen diversas configuraciones de familias. Ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes”¹⁴⁴, además señala que los Estados “adoptaran todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar que en todas las medidas o decisiones concernientes a niñas y niños que sean tomadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial sea el interés superior del niño o la niña y que la orientación sexual o identidad de género del niño o la niña o la de cualquier miembro de la familia u otra persona no sea considerada incompatible con ese interés superior”¹⁴⁵

También es importante mencionar el artículo 17 inciso segundo de la ley N° 19.968 que crea los tribunales de familia, la cual establece que “esta ley tiene por objeto garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”¹⁴⁶ de este artículo es destacable mencionar que el Estado de Chile se compromete no solo a resguardar el interés de los nacidos en Chile, sino que de todos los niños, niña y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, independiente de su nacionalidad o la nacionalidad de sus padres.

¹⁴⁴ Principios de Yogyakarta, 2007, Principio 24.

¹⁴⁵ Ídem letra c.

¹⁴⁶ Artículo 17 de la Ley N° 19.968 que crea los tribunales de familia, agosto de 2014.

Por último mencionar que “Es fundamental tener en cuenta que las declaraciones, convenios y tratados que se han producido en un contexto de globalización e internacionalización implicando que los países deban adecuar y revisar todos aquellos procedimientos que involucren menores de edad, más aún en los casos que exista un desplazamiento entre diferentes Estados, resguardando que en todo momento sus derechos estén garantizados y evitar situaciones de vulneración, desprotección y otras irregularidades”¹⁴⁷.

Es por todas estas razones, que estimamos necesario resguardar en primer lugar los intereses del niño, niña o adolescente; ya que es inaceptable a nuestro juicio romper con los lazos familiares de éste que se asienta en nuestro país, ya que internacionalmente nos hemos obligado a velar por los intereses de ese niño, niña o adolescente, por otro lado, también debemos proteger sus vínculos cuando nacen en Chile y que reconoce como su familia a dos madres o dos padres.

A juicio de quienes escriben consideramos que la idea contraria solo se sustenta en posiciones morales, religiosas o en el avance de la sociedad en estos temas, que nada tienen que ver con el derecho ni velan por la protección del niño, niña o adolescente, como señala el profesor Luis Silva “podría decirse que la evolución de las sociedades contemporáneas tienen un costo, que a veces- como en este caso- toca a los niños compartir; aunque el sufrimiento pueda evitarse o minimizarse; la configuración de una sociedad pluralista o inclusiva recomienda no hacerlo. Pero si esto es así, entonces se estaría admitiendo que el interés superior del niño se subordina a un progreso social; estos merecen protección siempre y cuando esta protección no impida alcanzar una sociedad más incluyente de todas las opciones de vida”¹⁴⁸, esto es sumamente peligroso, porque debilita y relativiza el concepto de interés superior del niño e incluso puede llegar a vaciarlo de contenido, es por esto, que la evolución de la sociedad no puede ser tomada como un punto de partida para determinar si proteger o no proteger al niño, niña o adolescente que se encuentra ligado a lazos de padres o madres homosexuales.

En el caso de los niños, niñas y adolescentes que provienen de una familia homoparental comienza a cuestionarse por la sociedad que es lo correcto y que no, todo en base a concepciones morales que concluyen en una discriminación sin sentido y que solo afecta los derechos de estos niños, niñas o adolescentes, es por esto que el Estado de Chile a nuestro parecer debe tomar un

¹⁴⁷ Galvis Ortiz, Ligia. “La convención de los derechos del Niño veinte años después, *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, vol. 7, n°2, 2011, pág. 593.

¹⁴⁸ Silva, Luis. “Orientación sexual y parentalidad. Comentario crítico a la sentencia Atala Riffo y niñas vs. Chile”, *Revista de derecho escuela de postgrado* N°2, 2012, pág. 248.

rol protagónico de protección y resguardo de los derechos de estos, con el fin de que estos niños, niñas y adolescentes puedan gozar de plenos derechos al igual que los demás, teniendo especial cuidado de proteger el derecho a la identidad de estos.

Conclusiones

1. Como se ido manifestado a lo largo de esta investigación, el derecho a la identidad es uno de los derechos que muchas veces ha quedado en segunda categoría o en un orden de prelación inferior con respecto de otros derechos fundamentales, sin embargo dados los cambios que día a día van surgiendo en la sociedad, es de aquellos que podríamos considerar han tomado protagonismo sobre todo cuando nos referimos a materias relacionadas con niños, niñas y/o adolescentes y con las familias homoparentales.
2. Su adecuada protección requiere de una legislación acorde a los tiempos, que no omita o se ciegue ante las nuevas formas de familia y como ellas son parte integrante de nuestra sociedad, y que por sobre todo proteja de mejor manera este derecho.
3. Para poder dar cobertura integral es necesario revisar cual o cuales podrían ser los problemas o conflictos que se generan en torno al derecho a la identidad, porque se producen, que consecuencias generan, entra en conflicto o colisión con otro derecho, etc. A saber, hemos evidenciado tres de los posibles conflictos que se podrían dar actualmente en nuestro país y que hoy en día no tienen una protección completa, a saber: adopción por parte un soltero homosexual que tenga pareja, las parejas de lesbianas que se inseminan para poder ser madres, y el caso que una pareja homosexual tenga un hijo y/o lo adopte en el extranjero y vuelva a Chile.
4. Respecto a la adopción homoparental, se hace necesario dar una regulación acorde que con la realidad social actual, ya que como se evidenció actualmente en nuestro ordenamiento jurídico un soltero puede adoptar independiente de su condición sexual, sin embargo se omite el rol del otro padre/madre dado que no tiene actualmente un reconocimiento legal respecto del niño, niña o adolescente solo asume el no menor rol de crianza y los derecho de este respecto del niño y del niño respecto de este, en particular el derecho a la identidad. Lo que consideramos se solucionaría de aprobarse un correcto proyecto de ley de adopción homoparental que cubra todos estos vacíos y se diera una integral protección al derecho a la identidad.
5. Respecto a las técnicas de reproducción humana es necesario que el Estado tome en cuenta que se hacen cada día más comunes, y que, por lo tanto, debe regular la situación del niño, niña o adolescente en orden a respetar siempre su derecho a la

identidad, permitiendo que estos tengan conocimientos de quién es su padre biológico y a pertenecer a una familia compuesta por quienes se sometieron a estos procedimientos.

6. Respecto a la identidad registral es necesario respetar, proteger y conservar los lazos filiativos que reconoce el niño, niña o adolescente, y que estos se mantengan inalterados independiente del lugar en donde estos se encuentren, sin que sea un obstáculo las leyes propias de cada país.
7. El encontrar soluciones acordes a los conflictos señalados y a cualquiera que venga de la mano con el derecho a la identidad de los niños, requiere muchas veces cambios en instituciones jurídicas vigentes o el reconocimiento de nuevas instituciones o realidades.
8. Finalmente es necesario que esta nueva forma de regular y cubrir las situaciones que han sido omitidas hasta hoy por el legislador no solo cumplan con dar respuestas a estas materias, sino que sean una legislación completa y hecha con la mejor de las técnicas para evitarnos estar reformando las nuevas regulaciones cada vez que aparece una nueva situación que merezca regulación.

BIBLIOGRAFÍA

1. RAMIREZ GRAJEDA, Beatriz. “La identidad como construcción de sentidos”, Revista andamios, Universidad Autónoma de la ciudad de México, Vol. XIV, México, 2017.
2. ONG HUMANIUM, en línea <http://www.humanium.org/es/derecho-identidad/>.
3. ROTENBERG, Eva y AGREST, Beatriz. “Homoparentalidades: nuevas familias”, Editorial Lugar, Buenos Aires, 2007.
4. GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca. “Derecho a la identidad y filiación”, Editorial Dinkynson, Madrid, 2007.
5. CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1969.
6. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, 1966.
7. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 1989.
8. LÓPEZ RIVERA, Gisella. “Nuevo estatuto de filiación y los derechos esenciales”, Editorial ConoSur Ltda., Santiago de Chile, 2001.
9. SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol. N° 834-07, 2008.
10. SENTENCIA CORTE SUPREMA, Rol. N° 41030, 2006.
11. SENTENCIA CORTE SUPREMA, Rol. N° 35252, 2017.
12. SENTENCIA CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, Rol. N° 205, 2014.
13. WIELAND CONROY, Hubert. “¿Puede una ley de reforma constitucional ser objeto de una acción de inconstitucionalidad?”, Revista Palestra de asuntos públicos de la PUCP, 2005.
14. CORREA HENAO, Magdalena. “La limitación de los derechos fundamentales, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
15. CANDIA FALCÓN, Gonzalo. “Analizando la tesis de los derechos implícitos: Comentario de la sentencia del tribunal constitucional recaída sobre el requerimiento de inaplicabilidad Rol N° 2.408-2013 de 6 de marzo de 2014”, Revista de derecho Universidad Católica del Norte, Vol. XXI, N°1.
16. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE, 1980.
17. SCHMIDT, Claudia y VELOSO, Paulina. “La filiación en el nuevo Derecho de Familia”, Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, 2001.
18. REGISTRO DE NACIMIENTO UNIVERSAL Y DERECHO A LA IDENTIDAD, PRESENTACIÓN DEL FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA

- INFANCIA UNICEF, IV encuentro de directores del Registro Civil, Identificación y Estadísticas vitales, México, 2007.
19. OPINIÓN APROBADA POR EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO SOBRE EL ALCANCE DEL DERECHO A LA IDENTIDAD, 71º Periodo ordinario de sesiones OEA, 2007.
 20. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 1998.
 21. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, 1978.
 22. LEY N°1/1996 DE PROTECCIÓN JURÍDICA AL MENOR, ESPAÑA, 1996.
 23. CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE URUGUAY, 2004.
 24. CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE COSTA RICA, 1998.
 25. LEY N°1098 POR LA CUAL SE EXPIDE EL CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA, COLOMBIA, 2006.
 26. LEY N°26061 SOBRE LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES, ARGENTINA, 2005.
 27. CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE NICARAGUA, 1998.
 28. INFORMACION SOBRE LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, disponible en <http://www.unicef.cl/web/convencion-sobre-los-derechos-del-niño/>
 29. PULIDO LUNA, Brenda. “La adopción homoparental, una realidad en México”, Revista foro jurídico, México, 2010.
 30. INFORME DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA FAMILIA, Chile, 1994.
 31. CÓDIGO CIVIL CHILENO, 1857.
 32. GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. “El sistema filiativo chileno”, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007.
 33. LEY N°19620 SOBRE ADPCION DE MENORES, 1999.
 34. PROYECTO DE LEY N° 11422 QUE REGULA EN IGUALDAD DE CONDICIONES EL MATRIMONIO DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO, 2017.
 35. RIVERA, JULIO CESAR, “Instituciones de derecho civil: Parte general”, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004.
 36. CORRAL TALCIANI, Hernán. “Familia y procreación artificial. Perspectivas para una legislación en Chile”, Charla dictada el 4 de mayo de 1995.

37. ESCOBAR FORNOS, Iván. “Derecho a la reproducción humana (Inseminación y fecundación in vitro)”, Revista Cuestiones Constitucionales, N° 16, 2007.
38. GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. “La fecundación in vitro y la filiación”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993.
39. TURNER SAELZER, Susan, MOLINA PEZOA, Marcia y MOMBERG URIBE, Rodrigo. “Técnicas de reproducción humana asistida. Una perspectiva desde los intereses del hijo”, Revista de derecho Universidad Austral de Chile, Vol. XI, 2000.
40. VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. “Las nuevas formas de reproducción humana ante el Derecho Civil: Introducción y panorama general”, Editorial RGD, 1986.
41. LEY N° 35/1988 SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA, España, 1988.
42. FAMA, María Victoria. “El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el proyecto del código civil y comercial de la nación”, Revista Lecciones y Ensayos, N° 90, Buenos Aires, 2012.
43. CÁRCABA FERNÁNDEZ, María. “Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana”, Editorial Bosch, España, 1995.
44. PROYECTO DE LEY N° 10626-07 REGULA EL DERECHO DE FILIACIÓN DE LOS HIJOS E HIJAS DE PAREJAS DEL MISMO SEXO.
45. WEEKS, Jeffrey. “Lenguajes de la sexualidad”, Editorial Nueva visión, Buenos Aires, 2012.
46. MILLER, Alice. “Sexualidad y Derechos Humanos: Documentos de reflexión”, Ginebra, Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, 2010.
47. LEY N° 26618, REPÚBLICA DE ARGENTINA.
48. LEY N° 26413, REPÚBLICA DE ARGENTINA.
49. PSZEMIAROWER, Damian Jonatan. “Las inscripciones de nacimiento igualitarias”, Revista de Lecciones y Ensayos, N° 94, 2015.
50. JUZGADO CAyT CABA N°5, Acta de acuerdo del 29 de junio de 2012, causa “labrys Asoc. Civil c/GCBA s/Amparo”, Expediente 42055, 2012.
51. FACSIMIL DE LA RESPUESTA DE LA REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL FOLIO 31, cuaderno principal, 2015.
52. FALLO CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, SENTENCIA SU696/15, 2015.

53. CENTRO DE LIBERTAD RELIGIOSA DERECHO UC, Boletín Jurídico, año IX, N° 4, 2014.
54. DAZA ROJAS, Julie. “Avances en la aprobación de la adopción de parejas del mismo sexo en Colombia – una visión jurídica-”, en Derecho de familia nuevos retos y realidades, Editorial Dykinson, Madrid, 2017.
55. FIERRO ESCOBAR, Leidy. “La adopción homoparental en el sistema jurídico colombiano”, en línea <http://www.umariana.edu.co/ojs-editorial/index.php/libroseditorialunimar/article/view/679/604>, 2015.
56. CONVENIO EUROPEO DE ADOPCION DE MENORES, 2008.
57. BENAVENTE MOREDA, Pilar. “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual”, Anuario de Derecho Civil N° LXIV, 2011.
58. LEY N°13/2005, POR LA QUE SE MODIFICA EL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO, España, 2005.
59. BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO N° 157, España, 2005.
60. LINACERO DE LA FUENTE, María. “Ley 13/2005, de primero de julio, por la que se modifica el código civil en materia de derecho a contraer matrimonio”, Foro Nueva Época, N°2, 2015.
61. LEY N°18.590 QUE MODIFICA DISPOSICIONES RELATIVAS A LA ADOPCIÓN EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Uruguay, 2009.
62. MORENO MOSQUERA, Víctor. “Matrimonio y adopción: Dos instituciones en transformación familiar a partir de la jurisprudencia constitucional colombiana a favor de las parejas LGTBI”, Revista Nuevo Derecho, N°15, Colombia, 2014.
63. CONSTITUCIÓN COLOMBIANA, 1991.
64. COMUNICADO N°50 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, 2015.
65. CÓDIGO DE LA FAMILIA DE NICARAGUA, 2014.
66. LEY N° 862 DE ADOPCIÓN, Nicaragua, 2007.
67. DECRETO LEGISLATIVO N°1297, QUE DEROGA LA LEY N°26981, 2016, Perú.
68. CÓDIGO DE FAMILIA DE COSTA RICA, 1973.
69. CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DE ECUADOR, 2008.

70. LEY N°1136 DE ADOPCIONES, Paraguay, 1997.
71. LEY N°26618 ESTABLECE EL MATRIMONIO IGUALITARIO, Argentina, 2010.
72. CÓDIGO CIVIL Y DE COMERCIO ARGENTINO, 2015.
73. MENSAJE PRESIDENCIAL 130/365, Boletín N° 11422-07, 2017.
74. CONSTITUCIÓN FEDERAL DE LA CONFEDERACION HELVÉTICA, 1999.
75. BELOFF, Mary. “Los derechos del niño en el sistema interamericano”, Editorial del Puerto, 2004.
76. SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Atala Riffo y niñas vs. Estado de Chile, 2012.
77. BANDA, Alfonso. “Dignidad de la persona y reproducción humana asistida”, Revista de Derecho de la Universidad Austral, 1998.
78. SOBRE LOS PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA, en línea en www.yogyakartaprinciples.org/principles-sp/about/
79. LEPIN MOLINA, Cristian. “Los nuevos principios rectores del derecho de familia”, Revista de Derecho Privado, 2014.
80. MORANDE, Pedro. “Persona, matrimonio y familia”, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1994.
81. PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA, 2007.
82. LEY N°19.968 CREA LOS TRIBUNALES DE FAMILIA, Chile, 2014.
83. GALVIS ORTIZ, Ligia. “La convención de los derechos del niño veinte años después”, Revista Latinoamericana de ciencias sociales, niñez y juventud, 2011.
84. SILA, Luis. “Orientación sexual y parentalidad. Comentario crítico a la sentencia Atala Riffo y niñas vs. Chile”, Revista de Derecho Escuela de Postgrado, N°2, 2012.