

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE FILIACIÓN PARA RECONOCER LA COMATERNALIDAD

I. Fundamentos del Proyecto

Nuestro país y nuestra sociedad hace mucho tiempo dejó de ser aquella que pensábamos que era hace 20 o 10 años. Avanzamos a pasos agigantados a nuevas formas de conformar familia y de vivir tanto la maternidad como la paternidad. La familia no solo está compuesta por un padre, madre y los hijos, a veces, estos roles son cumplidos por una sola madre o padre y en ocasiones las abuelas asumen ese rol, familia es un lazo que se construye en el día a día, de protección y amor.

Afortunadamente este cambio generacional también ha implicado que, poco a poco, aquellas diferencias de roles en la crianza de los hijos e hijas entre padres y madres se vayan diluyendo, en pos de la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos e hijas en común. También avanzamos en otros tipos de familia, especialmente los casos de familias conformadas por dos madres o dos padres, parejas homoparentales que deciden formar un hogar común y entregar todo el amor y afecto a sus hijos e hijas.

Lo anteriormente descrito se ve manifestado en el caso de Ine y Ro quienes son madres de Max, una aportando el óvulo y la otra dando a luz a su hijo, en su inmenso amor. La preocupación radica en cómo se ven afectados los derechos de este niño, lo cual es sin duda una deuda nacional para con nuestros niños, niñas y adolescentes concebidos según la tecnología y el amor se los permite.

Hoy por hoy, la comaternidad es una situación que vemos con mucha más frecuencia, especialmente desde el reconocimiento del acuerdo de unión civil establecido en la Ley N° 20.830 y el avance de las técnicas de reproducción asistida. Si bien son miles las familias homoparentales que comparten un mismo hogar y comparten la crianza de sus hijos e hijas, actualmente se encuentran en situaciones de total y absoluta



desprotección legal, situación que no viven las parejas de distinto sexo. Esta situación de vulneración se manifiesta especialmente respecto de los hijos e hijas, quienes no tienen posibilidad de exigir derechos que se desprenden de una filiación determinada.

Se debe recordar que en nuestro Derecho de Familia, la filiación produce una serie de efectos, los cuales pueden categorizarse entre efectos personales (autoridad paterna), efectos patrimoniales (patria potestad), derecho de alimentos y derechos sucesorios. En particular respecto a los últimos dos derechos, la filiación no determinada en el caso de padres o madres del mismo efecto produce una situación de desprotección que conlleva, a modo de ejemplo, que ante la separación de hecho de los padres o madres, el hijo o hija no pueda demandar alimentos respecto del padre o madre (de hecho) respecto de quien no consta su filiación.

Esta situación nos trae a la memoria que una desprotección similar existía en nuestro país hasta 1998, con la figura de los hijos ilegítimos. Bajo esa normativa, se desconocían una serie de derechos a aquellos hijos que nacían fuera de una relación matrimonial, careciendo del mínimo reconocimiento que toda persona merece acorde a su filiación y su núcleo familiar, reconocimiento del cual se desprenden derechos personales como el cuidado y protección, el derecho a ser educados, el derecho al nombre y a la identidad propia como familiar, derecho de alimentos, derechos previsionales, derechos hereditarios, entre otros. Aquella es la misma situación que hoy en día viven niños y niñas que tienen dos madres, particularmente respecto de una de ellas que no puede constar en su respectiva partida de nacimiento como madre.

De allí la necesidad de contar con un estatuto jurídico que aborde sus derechos de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo, en cumplimiento de los principios de igualdad y no discriminación, protección de las familias y los derechos de los niños y las niñas. Este es un imperativo al cual todo Estado se encuentra sujeto que se desprende de las obligaciones contraídas a nivel internacional.

Correlato de ello es lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017, sobre derechos derivados del vínculo familiar entre parejas del mismo sexo, la cual es importante en



esta materia por varios aspectos. En primer lugar, porque señala la inexistencia de un concepto cerrado o determinado de familia en el ordenamiento jurídico internacional, del cual pueda desprenderse que exclusivamente aquellas familias heteroparentales sean las únicas titulares de los derechos que cada ordenamiento contempla respecto de las familias. Así señala que “El vínculo afectivo que la Convención protege es imposible de cuantificar o codificar, motivo por el cual, desde su jurisprudencia más temprana, esta Corte ha entendido el concepto de familia de una manera flexible y amplia. La riqueza y diversidad de la región se han visto reflejadas en los casos sometidos a la competencia contenciosa de la Corte, y ello ha dado cuenta de las diversas configuraciones familiares que pueden ser protegidas, incluyendo familias poligámicas” (párrafo 190), y agrega que “Todas estas modalidades requieren de protección por la sociedad y el Estado, pues como fue mencionado con anterioridad (*supra* párr. 174), la Convención no protege un modelo único o determinado de familia.”.

En el mismo orden de ideas, particularmente respecto del rol del Estado en tal deber de protección, señala “Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de los todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo. Los Estados que tuviesen dificultades institucionales para adecuar las figuras existentes, transitoriamente, y en tanto de buena fe impulsen esas reformas, tienen de la misma manera el deber de garantizar a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna.”. Se debe tener presente que este documento constituye una recomendación o directriz entregada por la Corte y no un mandato.

En materia de tratados internacionales, los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, establecen, en su principio 24, el derecho a formar una familia. En su letra A señala que “Los Estados adoptarán todas las



medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el derecho a formar una familia, incluso a través del acceso a adopción o a reproducción asistida (incluyendo la inseminación por donante), sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género”. Agregan en su letra B que “Velarán por que las leyes y políticas reconozcan la diversidad de formas de familias, incluidas aquellas que no son definidas por descendencia o matrimonio, y adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole necesarias para asegurar que ninguna familia sea sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes, incluso en lo que respecta al bienestar social y otros beneficios relacionados con la familia, al empleo y a la inmigración;” y finalmente en su letra C que “Adoptarán 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;”

Como puede apreciarse, a nivel internacional se dispone un fuerte compromiso por parte de los Estados de adoptar todas las medidas administrativas y legales para disminuir la brecha en el reconocimiento de los derechos de hijos e hijas entre las parejas del mismo o de distinto sexo. Pero la disminución de esa brecha, precisamente, pasa por concretar en la legislación tal reconocimiento, destrabando aquellas normas que actualmente hacen inaplicable el estatuto protector de

Así las cosas, debemos tener presente la sentencia del Segundo Juzgado de Familia, en causa rol N° 2.595-18, que ordenó al Servicio de Registro Civil e Identificación a inscribir a dos mujeres como madres de un mismo niño, fruto de un procedimiento de reproducción asistida. En el texto de la sentencia se señala “que resultaría vulneratorio que la ley impida que la filiación legal sea reflejo de la verdadera situación familiar del niño y su familia y se deslegitima de esa forma la posibilidad de reconocimiento y valoración social a una forma de hacer familia cuyo amparo se encuentra consagrado no sólo en el ámbito internacional sino en la propia



Constitución como ha sido expresado en forma previa y cuya única justificación se basa en una categoría sospechosa de discriminación de un colectivo históricamente postergado en razón de su orientación sexual”.

En un sentido similar, el Segundo Juzgado de Familia de Santiago, en una posterior causa, acogió la demanda de reclamación interpuesta por una de las mujeres en contra de la otra, ordenando así al Registro Civil a inscribir al menor como hijo de ambas. La sentencia de primera instancia indicó que “el deber del Estado chileno es otorgar protección, sin discriminación, a todas las formas de familia que existan, y esforzarse por integrarlas a la vida nacional”. Para ello señala que “es esencial que el estado civil de un hijo que nace y crece en una familia encabezada por personas del mismo sexo, que han expresado voluntad de procrear, coincida con su filiación legal y se vea reflejada en sus documentos de identificación”. Añade que “la hipótesis de una desigualdad ante la ley se expresaría en dos niveles: primero, una desigualdad entre la representación de familia que figura en el derecho y las formas familiares concretas, mientras que en un segundo nivel queda la consecuencia inmediata de la primera brecha, que muchas familias de facto no son consideradas como tales, lo que ocasiona problemas concretos en su vida cotidiana”.

A diferencia de la normativa nacional, la situación de las co-madres o de la co-maternidad ha tenido un especial tratamiento en el derecho comparado, teniendo en vista que en muchos casos se recurre al denominado método “ROPA”. En este método, existen dos mujeres que participan activamente en el proceso de gestación, siendo una de ellas quien aporta el óvulo y la otra es quien lo gesta en su vientre. En este sentido, este método posibilita que, desde un punto de vista biológico, ambas mujeres participen en el proceso de embarazo, lo cual complejiza la aplicación de las estrictas normas sobre determinación de la maternidad, en cuanto existe una madre cuya filiación se encuentra determinada por el hecho de parto, y otra madre cuya filiación se podrá determinar desde el punto de vista genético.

Nuestro Derecho entrega protección legal al hombre y a la mujer que se someten en conjunto a técnicas de reproducción humana asistida, pues la legislación chilena privilegia la voluntad de tener hijos y asumir su cuidado y crianza, por sobre la realidad genética. Se reconoce la filiación plena a quienes han optado por la reproducción



asistida, reconociéndose a la vez todos los derechos y obligaciones propios de un vínculo filiativo. En este sentido, el artículo 182 del Código Civil dispone “El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ella”.

Este estatuto protector se niega a las familias que no son formadas a partir de una pareja heterosexual, pues precisamente el artículo citado menciona el “hombre y la mujer” que se sometieron a dichas técnicas de reproducción asistida. Esto constituye una discriminación en contra de las parejas de mujeres lesbianas que, recurriendo a las técnicas de reproducción asistida, toman la decisión de formar una familia en conjunto, familia cuyo núcleo no será protegido jurídicamente de la misma manera e intensidad, en comparación de una familia con padres de distinto sexo.

Por ello, legislaciones como la de España, Argentina y Noruega, entre otras, han avanzado hacia la consagración legal de este particular tipo de maternidad, reconociendo expresamente que un niño o niña tenga y conste su filiación determinada con dos madres, y derivando de ello el reconocimiento de los derechos de los hijos e hijas, en materia de alimentos y hereditarios, entre otros aspectos.

De manera resumida, se puede señalar que estas legislaciones reconocen vínculo filiativo a los hijos e hijas concebidos mediante técnicas de reproducción asistida, con algunas diferencias. Mientras en Argentina y Noruega procede este tipo de vínculo sea que la pareja se encuentre o no unidas matrimonialmente, en España sólo procede si existe un vínculo matrimonial entre las madres que se someten al procedimiento.

II. CONTENIDO DEL PROYECTO

El presente proyecto de ley pretende incorporar al Código Civil una norma que expresamente reconozca la comaternidad de aquellas parejas de mujeres que voluntariamente acuerdan someterse a técnicas de reproducción humana asistida y ser madres en conjunto. En dicho supuesto, permitiría establecer la co-maternidad en la respectiva partida de nacimiento del hijo o hija, y en virtud de ello, se le reconocen



al niño o niña todos los derechos que se desprenden de la filiación legalmente determinada.

III. PROYECTO DE LEY

ARTÍCULO ÚNICO: Modifíquese el Código Civil de la siguiente manera:

a) Sustitúyase el inciso primero del artículo 179 por el siguiente:

“La filiación por naturaleza puede ser matrimonial, no matrimonial o determinada de acuerdo a lo establecido en el artículo 182.”

b) Modifíquese el artículo 182, para incorporar un nuevo inciso segundo, pasando el actual segundo a ser tercero, del siguiente tenor:

“En el caso de que una pareja sea conformada por mujeres, para todos los efectos legales serán las madres del hijo o hija concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida aquellas mujeres que en conjunto se sometieron a dicho procedimiento.”

c) Modifíquese el artículo 187:

1.- Para reemplazar en el inciso primero la expresión "o" por una coma y agregarse después de la palabra "ambos" la frase "o ambas"

2.- Para reemplazar en el numeral 1° por el siguiente: *“1°. Ante el Oficial del Registro Civil, ya sea al momento de inscribirse el nacimiento del hijo; o en el acto del matrimonio de los padres; o bien el acto de celebración del acuerdo de unión civil de los padres o las madres”*.

d) Sustitúyase el artículo 188 por el siguiente:

“El hecho de consignarse el nombre del padre, o de la madre, o de ambas madres, a petición de cualquiera de ellos, al momento de practicarse la inscripción del nacimiento, es suficiente reconocimiento de filiación.”






Erika Olivera de la Fuente

H. Diputada




FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. ERIKA OLIVERA D.


FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. CAROLINA MARZÁN P.


FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. HUGO REY M.


FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. MAITE ORSINI P.


FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. CLAUDIA MIX J.

