

FJG

FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN

#1922
Edición

MIRADA POLITICA

JULIO
2019

DERECHO DE FILIACIÓN DE LOS HIJOS E HIJAS

DE PAREJAS DEL MISMO SEXO



I. INTRODUCCIÓN

El día 17 de junio de este año, la Comisión Especial encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con niños, niñas y adolescentes del Senado, aprobó la idea de legislar sobre una moción parlamentaria, cuyos autores son las Senadoras Isabel Allende y Adriana Muñoz y los Senadores Alfonso de Urresti, Felipe Harboe y Ricardo Lagos.

Lo que se busca a través de este proyecto es que parejas del mismo sexo, específicamente las conformadas por mujeres, tengan garantizada su filiación respecto de hijos concebidos y nacidos por técnicas de reproducción humana asistida, como así también se les garantice su derecho y acceso a estas técnicas de reproducción, y que se les permita adoptar en el caso de ser convivientes civiles del mismo sexo.

En los antecedentes del proyecto, se expresa que la maternidad de mujeres lesbianas y la coparentalidad de hombres homosexuales es una realidad en nuestro país. Miles de parejas hoy no solo conviven, sino que además comparten la crianza de hijos de uno de ellos o de ambos. Hijos e hijas que se encuentran en una gran desprotección legal, debido a que no cuentan con un estatuto jurídico que regule sus derechos de filiación, teniendo como principios la igualdad y no discriminación, la protección de las familias y los derechos de niños y niñas.¹

A través de esta iniciativa, se pretende hacer modificaciones tanto al Código Civil, como a la Ley N° 20.584, sobre los derechos y deberes que tienen las personas en relación

con acciones vinculadas a su atención en salud, y a la Ley N° 19.620 que dicta normas sobre la adopción de menores.

En concreto, la iniciativa establece lo siguiente:

- 1.** Se altera el sistema de filiación, en el sentido de establecer que en aquellos casos en que una pareja de mujeres se somete a un tratamiento de reproducción humana asistida, ambas, independientemente de la mujer que dio a luz, sean consideradas madres del hijo concebido.
- 2.** Se modifica la Ley N° 20.584, reconociéndose la autonomía reproductiva de las personas, que incluye tanto su derecho a formar una familia como a acceder de manera igualitaria a la tecnología necesaria para ejercer este derecho. Para acceder a estas técnicas reproductivas, basta la sola suscripción del consentimiento informado y no puede exigirse la existencia de una pareja estable, una determinada orientación sexual o el diagnóstico de infertilidad. En caso de que una persona pueda verse afectada por la exigencia de alguna de estas condiciones, podrá interponer un recurso de protección y que, de esta manera, se adopten las medidas necesarias para que se restablezca su derecho.
- 3.** Se modifica la Ley N° 19.620 para incorporar a los convivientes civiles como aquellos habilitados para solicitar la adopción de niños, en la misma categoría que los matrimonios. Recordemos que en la ley de adopción existe un orden de prelación de los adoptantes.

¹ Proyecto de ley Boletín N° 10.626-07.

II. PRINCIPALES PROBLEMAS DEL PROYECTO DE LEY

Existen 2 grandes problemas de esta iniciativa de ley:

a) Altera el sistema de determinación de la filiación contenido en nuestro código civil. Lo que hace el ordenamiento jurídico es establecer dos tipos de determinación de filiación: **por naturaleza**, que puede ser matrimonial o no matrimonial, y **por sentencia judicial**, que es la adopción.

En el caso de la filiación por naturaleza, existen dos reglas fundamentales. La maternidad es un hecho y la paternidad es una presunción, ¿pero qué quiere decir esto? En términos simples, la maternidad queda determinada por el parto, no existiendo duda alguna que la mujer que da a luz es madre del hijo nacido. En el caso del padre, si el hijo nace después de celebrado el matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación judicial de los cónyuges, se presume que es su hijo y, en el caso de que no exista matrimonio, la filiación queda determinada por el reconocimiento del padre o por sentencia firme, producto del juicio de filiación.

Este proyecto lo que hace es trasgredir estas formas de determinación de filiación, desconociendo una realidad biológica y aceptando como forma de concepción la reproducción

asistida, respecto de la cual no existe aún claridad alguna. Las técnicas de reproducción asistida alteran los hechos naturales, por tanto se pueden dar casos, no previstos en la ley, como son aquellos en que la mujer que da a luz no es necesariamente la madre del recién nacido, o casos en que la identidad del padre se desconoce o, de conocerse, no se menciona, y aquellos en que un tercero involucrado (mujer) no participó en el acto de generación, a la cual de igual manera hay que reconocerla legalmente como madre.

b) Al reconocerse en la ley N° 20.584 la autonomía reproductiva y el derecho de las personas a acceder a técnicas de reproducción humana asistidas, implicaría que el Estado debe garantizar acceso a dichas técnicas. Inclusive, se faculta a las personas para recurrir ante la Corte de Apelaciones en aquellos casos en que su derecho de acceso se vea dificultado u obstruido.

¿Por qué el Estado debe financiar técnicas reproductivas asistidas, respecto de las cuales aún en el mundo médico no hay consenso de su legitimidad? ¿Por qué el Estado debe hacerse cargo de técnicas reproductivas que vulneran la naturaleza biológica y deja en estados de desprotección jurídica a los hijos nacidos a partir de estas técnicas?

III. CONCLUSIONES

A todas luces, y así lo han manifestado claramente docentes del mundo del derecho que han ido a exponer sobre esta materia, este es un proyecto apresurado, ambiguo, que no mide las implicancias ni los efectos que podría producir su aprobación y posterior publicación como ley.

Por una parte, se alteran las reglas de filiación, trasgrediendo la realidad biológica del padre y la madre, además de transgredirse el interés superior de niños y niñas, poniendo como prioridad el derecho de las personas a la paternidad y/o maternidad. También se vulnera el derecho de las personas a conocer su identidad, porque en estos casos se priva a esos niños nacidos de la posibilidad de conocer a su padre, obligándolo a tener dos mamás. Ni siquiera este proyecto prevé la posibilidad de que el menor, teniendo la edad pertinente, pueda impugnar la maternidad, situación que sí se da actualmente en nuestro ordenamiento.

Por otra parte, el Estado se ve en la obligación de destinar recursos para el acceso igualitario, sin condiciones, a estas técnicas reproductivas humanas asistidas y, si no cumple con tal cometido, se legitima a las personas “afectadas” a interponer un recurso de protección para que se restablezca su derecho y acceder a esta prestación de salud. Como mínimo, si se va a exigir que el Estado entregue recursos para estas técnicas, podrían regularse los casos y las técnicas utilizadas, inducción a la ovula-

ción, fecundación in vitro, inseminación artificial, vientre subrogado, utilización de gametos de terceras personas, etc., además preverse y regularse los diversos efectos civiles, penales, administrativos que estas técnicas reproductivas pueden provocar. Teniendo siempre en consideración tres principios fundamentales en esta materia, la protección de la vida y de la dignidad de la persona humana, la consideración preferente de los intereses y de los derechos de los niños, y la protección de la familia, de preferencia matrimonial.²

Por último, es necesario aclarar que, respecto a las modificaciones propuestas a este proyecto a la Ley de Adopción, estas son materia de estudio del Proyecto de Ley de Reforma Integral al Sistema de Adopción que prontamente debería ser conocida por el Senado, en un segundo trámite constitucional.

Como Fundación Jaime Guzmán, nos mantenemos firmes en nuestra convicción de que la mejor forma de familia a la que un niño o niña debe llegar, crecer y desarrollarse es en una familia conformada por un padre y una madre, en que exista complementariedad de roles. Siempre debe velarse por el interés superior del niño y este proyecto está lejos de ello. Solo vela por el derecho de la persona al hijo, no teniendo consideración en el derecho del niño a conocer su identidad, la identidad de sus padres biológicos y a tener una familia compuesta por un padre y una madre.

² <https://bit.ly/2Jf9t4B> p. 447 Hernán Corral, Revista Chilena del Derecho Vol. 19 N°3, Admisibilidad Jurídica de las Técnicas de Procreación Artificial.



Capullo 2240, Providencia.

www.fjguzman.cl

 /FundacionJaimeGuzmanE

 @FundJaimeGuzman

 @fundacionjaimeguzman