

Minuta sobre proyecto de ley de filiación de hijos de parejas del mismo sexo¹

(Boletín N° 10.626-07, primer trámite constitucional, moción)

- Este proyecto pretende otorgar la condición de paternidad a los las parejas homosexuales, ya sea femeninas o masculinas, respecto de los hijos que uno de ellos pudiera tener.
- El proyecto es **ambiguo**: no queda claro si existe la posibilidad de impugnación respecto de los padres biológicos y el modo de realizarse, ni tampoco es claro el número de figuras paternas o maternas pudiera llegar a tener el menor.
- Se pretende legalizar asuntos que ameritan un proyecto de ley propio.
- El proyecto otorga el recurso de protección Constitucional, que **exige una modificación constitucional**, a una norma de simple rango legal.
- Se reconoce un derecho de las mujeres a tener hijos con independencia de la idoneidad, echando por tierra cualquier exigencia o deber de los padres hacia sus hijos, así como el

Los objetivos de esta minuta son tres: 1) **explicar el sentido y alcance del proyecto** de ley sobre filiación de hijos de parejas del mismo sexo; 2) **exponer los efectos** que produciría en caso de ser aprobado y, por último, 3) hacer un **comentario valorativo** sobre el mismo, desde la perspectiva de los derechos fundamentales consagrados en los tratados internacionales y en la Constitución, tomando en consideración los datos científicos sobre la Fecundación in Vitro y la experiencia comparada en la materia.

I. Sentido y alcance del proyecto

El proyecto se presenta como una solución para el caso de los hijos no reconocidos de filiación no matrimonial (respecto de los cuales no existe presunción de paternidad ni de maternidad) y para el caso de los hijos concebidos mediante técnicas de fertilización asistida cuando los que encargan el proceso son mujeres. En su fin, el caso que busca proteger es el de los hijos que viven con una pareja de homosexuales, hombres o mujeres. Desde esta perspectiva, parece difícil oponerse a este proyecto. Sin embargo, la verdad es que el proyecto es **técnicamente deficiente** debido a tres razones: 1) es **hermenéuticamente oscuro o ambiguo** en lo que se refiere a la impugnación de

¹ Esta minuta fue confeccionada por Sofía Huneus y Vicente Hargous, en Mayo de 2019.

paternidad, al proceso concreto de reconocimiento del hijo y al estado en que quedarían los hijos y el o los padres biológicos; 2) **legaliza subterfugiantemente cosas que ameritan un proyecto de ley propio** (derecho a formar una familia, derecho a prestaciones de FIV, adopción homoparental); 3) es **discriminatorio respecto de las parejas homosexuales masculinas** (en Comunidad y Justicia nos oponemos a la adopción homoparental, tanto respecto de parejas gays como lesbianas, pero es un punto que puede ser políticamente útil mencionar); y 4) pretende otorgar el recurso de protección Constitucional a una norma de simple rango legal².

En su contenido material, apenas modifica la redacción de algunas normas ya existentes, incorporando a las parejas homosexuales masculinas o femeninas. En ese sentido, es un proyecto que no prevé claramente sus propias repercusiones y que parece haber sido redactado sin mayor estudio.

II. Efectos que podría producir el proyecto

Uno de los efectos que produciría este proyecto es la **consagración del recurso de protección por condicionar el acceso a la FIV**. Sin embargo, como decíamos más arriba, **no sería correcto que esto sea así, salvo que además se modifique la Constitución** agregando un numeral al artículo 19, lo que requiere un quórum de $\frac{2}{3}$ de los diputados y senadores en ejercicio.

En segundo lugar, cabe mencionar que **pasa a llevar el derecho del padre o madre biológicos**, en aquellos casos en que se encuentren fuera de la relación de pareja, y el derecho del hijo a conocer a sus padres biológicos.

En tercer lugar, **el proyecto consagra subterfugiantemente un derecho a omitir la adopción para adultos homosexuales que no tienen vínculo alguno con el niño más allá de la habitación de hecho**. Si una madre lesbiana no se somete al tratamiento FIV (no es la mujer gestante ni aporta su óvulo) no tendría ningún vínculo con el hijo, por lo que en teoría debería adoptar para crear ese vínculo, pero en este caso se omite este trámite. En otras palabras, se consagraría una primacía arbitraria a parejas homosexuales respecto de la adopción (aunque con otro nombre). Además, este derecho sería

² El recurso de protección está reservado exclusivamente para algunos de los derechos establecidos en el artículo 19 de la Constitución. Esto significa que para poder otorgar recurso de protección se requiere incluir el pretendido derecho al menos en el artículo 20 de la Constitución. Para ello se requiere cumplir con un **quórum de $\frac{2}{3}$** de los senadores y diputados en ejercicio en cada cámara. Tampoco sería viable proteger este supuesto derecho por vía de derechos reconocidos en tratados internacionales ratificados por Chile (en virtud del art. 5° de la Constitución), ya que **no existe ningún tratado internacional en que se garantice el derecho a tener hijos o a formar una familia**.

irrevocable si el padre no hubiere reconocido el hijo. Se establecería una forma de **preclusión de la paternidad biológica**.

En cuarto lugar, el proyecto pretende modificar el artículo 182, pero sus problemas originales se mantienen, debido a que **quienes se someten a técnicas de reproducción asistida pueden ser varias personas, dando derecho a reclamar filiación a cualquiera de ellas**. Por otro lado, al señalar que no se podrá reclamar una filiación diferente se cae en una **contradicción**, dado que más de una persona puede reclamar la filiación, ora por este artículo, ora en virtud del artículo 183, que tampoco admite pruebas en contrario. Ahora bien, existe una posibilidad de interpretación distinta de la contradicción: **el artículo podría entenderse como una disposición legal que permite la paternidad o maternidad ejercida por más de dos personas**.

Respecto de la maternidad subrogada, esta continúa siendo una práctica clandestina, ya que no se deroga el artículo 183. La madre, por lo tanto, será quien dé a luz, y no otra persona. La mujer gestante también se somete a las técnicas de reproducción y, en consecuencia, cumple con el requisito del artículo 182.

III. Comentario valorativo

Ante todo, es necesario preguntarse una cosa: **¿existen realmente hijos de parejas del mismo sexo? La respuesta sólo puede ser negativa. No existen por naturaleza hijos de parejas homosexuales, ni siquiera respecto de hijos concebidos por FIV, ya que siempre se requiere un gameto masculino para la concepción del cigoto**. Esta ley, por ende, no solucionaría un problema realmente existente, sino que **consolidaría una situación de por sí irregular**, cual es la de un hijo que no vive con uno de sus progenitores y que vive con al menos una persona que no lo es, pero sin pasar por el trámite de la adopción. Este proyecto de ley bien puede ser una respuesta frente al hecho de que ciertos niños son de hecho criados por parejas homosexuales, pero es una respuesta que **atenta contra el derecho del niño** a su padre y a su madre.

Por otro lado, la presunción de paternidad del matrimonio tiene su razón de ser. A diferencia de lo dicho en el mensaje del proyecto, **no es una simple “presunción estereotipada”, sino un razonable aligeramiento probatorio**. Las presunciones se establecen para facilitar la prueba en juicio de ciertas conductas que son probables en los hechos; no es un invento arbitrario de la ley. La ficción, en cambio, es la afirmación legal de un hecho que se sabe falso, por algún motivo que lo justifique. **Es razonable pensar que los hijos concebidos durante un matrimonio son realmente hijos biológicos de la pareja** (al menos, es muy probable que así sea). En cambio, no es posible que un niño

sea hijo biológico de dos personas del mismo sexo, por la sencilla razón de que se requiere de un óvulo y un espermatozoide para la formación de un cigoto.

En general, se aprecia en el proyecto que **el prisma está puesto en los padres homosexuales y en su presunto derecho a los hijos**, siendo que debería ponerse en el derecho de un niño a conocer a sus padres biológicos y a vivir en su familia biológica (o, en su defecto, a ser restituido a una familia como la que perdió). No es discriminatoria esta mirada, porque **nunca se ha dicho que las parejas heterosexuales tienen derecho a tener hijos**. Es más, la FIV no está legalizada como una prestación obligatoria: no existe un derecho, ni para los heterosexuales ni para los homosexuales, a tener hijos a toda costa. **Las técnicas de fertilización asistida están permitidas legalmente para quien pueda pagarlas, pero de ahí no se sigue que sean un derecho social** (por otro lado, habida consideración de los auténticos problemas sociales de salud, de vivienda, de transporte público, de seguridad ciudadana y de educación, parece un error grave de prioridades establecer esto como un derecho, pues es carísimo y claramente no es una urgencia social sino dentro de alguna élite). Este proyecto establece esto como un derecho, y además lo hace sólo respecto de las parejas homosexuales.

El pacto de San José reconoce en su artículo 17° “el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.” En relación al principio de no discriminación, anteriormente descrito, el artículo 2° da a entender que no se puede discriminar por “motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Sin embargo, **esto no quiere decir que el Estado esté obligado a proveer de pareja a los solteros o dar hijos a quienes no los tengan. Existe un derecho a procrear si así se desea, y a que los hijos que provengan verdaderamente (i.e. biológicamente) de una unión sean reconocidos como tales.** El tratado es coherente con que existan ciertas **restricciones para la formación de una familia conforme al principio del interés superior del niño**, que en estos casos rige en primer lugar (y que explicaremos más adelante).

La razón que fundamentaría que a las dos mujeres se les dé la posibilidad de ser inscritas como madres es haber concurrido en la concepción y en la gestación del niño. Pero desde esta perspectiva **debería también reconocerse el derecho del padre que aportó su espermatozoide. Se llegaría, así, a la existencia de niños con tres padres.** Surge, entonces, el problema de las **filiaciones múltiples**, dado que este proyecto sólo permite que se pueda registrar a más de una persona como madre, pero **no excluye de por sí al padre que ya reconoció al hijo**. Adicionalmente, la **inimpugnabilidad de la maternidad reconocida por esta vía es una regla absolutamente discriminatoria**,

pues ninguna relación dice con la notoria calidad de hijo que pueda tener el menor. No existe ningún motivo para que se les exima del correspondiente juicio en ese caso.

Finalmente, esta legislación **atenta gravemente en contra del principio del interés superior del niño**. Señalar que las mujeres tienen derecho a una familia en esos términos significa necesariamente pretender que existe derecho a los hijos, es decir, que en esta relación jurídica las mujeres son consideradas sujetos, mientras que **los hijos son considerados simples objetos a merced de los deseos arbitrarios de quienes los pretenden**. Reconocer una cosa semejante implica permitir abusos de todo tipo y, por de pronto, eliminar cualquier sustento de tipo lógico para establecer deberes o restricciones a los padres. Es por esto que **insistimos enérgicamente en que no son los padres quienes tienen derecho a los hijos, sino los niños quienes tienen derecho a ser queridos y cuidados por un padre y una madre**. Lo contrario implicaría legitimar una nueva forma de esclavitud (personas tratadas como si fuesen cosas).