

# **ESTUDIOS DE DERECHO DE FAMILIA VIII**

## **ACTAS DE LAS OCTAVAS JORNADAS NACIONALES FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO**

**MURIEL SABIONCELLO SOTO  
DIRECTORA**

**ROMMY ÁLVAREZ ESCUDERO  
CAMILO ARANCIBIA HURTADO  
MATHIAS CISTERNAS PÉREZ  
VALERIA LEAL CORNEJO  
MARIO OPAZO GONZÁLEZ  
NORA ORELLANA ALFARO  
ALBERTO PALMA VILLARREAL  
PAMELA PRADO LÓPEZ  
MARÍA ISABEL RODRÍGUEZ ALFARO  
COLABORADORES**

## ÍNDICE

Página

### FAMILIAS Y FILIACIÓN

Influencia de las técnicas de reproducción asistida en el concepto de familia.....	3
<i>Maricruz Gómez de la Torre Vargas</i>	
Aproximación a la adopción abierta o contactos post adoptivos: autodeterminación familiar, consentimientos y regulación. Su propuesta en Chile.....	23
<i>Rommy Álvarez Escudero</i>	
Perspectivas de la característica subsidiaria de la filiación por adopción de niños, niñas y adolescentes.....	43
<i>Nicolás Ibáñez Meza</i>	
El reconocimiento de hijo como título de atribución de la filiación socioafectiva.....	59
<i>Paula Catalina Vásquez Rodríguez</i>	
Algunas reflexiones en materia de acciones de filiación después de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.400.....	83
<i>Mario Opazo González</i>	

## OBLIGACIONES DE ALIMENTOS

Los deberes de los proveedores financieros con relación al cumplimiento de las obligaciones de alimentos: un problema de oportunidad .....	105
<i>Juan Luis Goldenberg Serrano</i>	
A un año de la entrada en vigencia de las leyes que crean el Registro Nacional de Deudores de Pensiones de Alimentos y de responsabilidad parental Nudos críticos de las reformas incorporadas a la Ley N° 14.908 sobre alimentos.....	121
<i>Gabriel Muñoz Bonacic</i>	
El acuerdo de pago serio y suficiente del artículo 26 de la Ley N° 14.908. Análisis de las particularidades y tensiones en su regulación .....	137
<i>Marcela Acuña San Martín</i>	
Pago de deudas alimenticias con cargo a la cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatorias en AFP, a partir de la Ley N° 21.484.....	153
<i>Daniel Bravo Silva</i>	

MATRIMONIO Y TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN  
MATRIMONIAL

La Ley de Matrimonio Civil de 2004. Breve evaluación retrospectiva en su vigésimo aniversario .....	173
<i>Jorge del Picó Rubio</i>	
El derecho a terminar el matrimonio de una persona con discapacidad mental e intelectual en el ordenamiento chileno. Contenido, implicancias y consecuencias.....	191
<i>María Isabel Rodríguez Alfaro</i>	
Reconsideración analítica de la función del plazo como exigencia de acciones de término matrimonial.....	213
<i>Bernardita Conley Garrido</i>	

	Página
Demanda de divorcio deducida por el curador del cónyuge privado de razón.....	227
<i>Gonzalo Montory Barriga</i>	

#### ÁMBITO FAMILIAR Y ASPECTOS PATRIMONIALES

La responsabilidad civil por infracción del deber de fidelidad. A propósito de una reciente sentencia de la Corte Suprema.....	245
<i>Álvaro Vidal Olivares</i>	
Una hipótesis de partición de bienes conocida por el juez de familia: el caso de la liquidación de la comunidad de bienes en el acuerdo de Unión Civil .....	263
<i>Emilio José Bécar Labraña</i>	
Algunas cuestiones relativas a los bienes que pueden ser declarados bien familiar. Doctrina y jurisprudencia .....	287
<i>Cristian Aedo Barrena</i>	

#### FAMILIA Y PERSONA

La vulnerabilidad como eje del derecho de familia: ¿un eje nuevo o uno renovado? .....	313
<i>Carmen Domínguez Hidalgo</i>	
Afectación de los derechos de la personalidad mediante la divulgación del contenido de las fichas médicas en contextos familiares.....	329
<i>Carolina Riveros Ferrada</i>	
El derecho al cuidado de las personas mayores que viven en establecimientos de larga estadía: repensar el cuidado institucionalizado desde un enfoque relacional .....	343
<i>Yerko Cubillos Román</i>	
Maltrato en las personas mayores: el abuso patrimonial como acto constitutivo de violencia intrafamiliar.....	367
<i>Andrés Pablo Acuña Bustos</i>	

NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Ajustes razonables frente a las desregulaciones emocionales y conductuales de niñas, niños y adolescentes con neurodivergencia. Abordaje desde los principios de neurodiversidad, inclusión y autonomía progresiva .....	387
<i>Edison Calahorrano Latorre</i>	
Algunas notas sobre el derecho a la participación de niños, niñas y adolescentes en contexto de acogimiento familiar .....	401
<i>María José Tapia Fraile</i>	
La diversidad sexual de los NNA y el principio de autonomía progresiva en la educación.....	417
<i>Pamela Prado López</i>	
¿La prohibición de contraer matrimonio de los menores de edad va en contra de su autonomía progresiva? .....	435
<i>Jimena Valenzuela del Valle</i>	
Influencia de la restricción de los derechos de las niñas y adolescentes para efectos de la autorización de salida del país .....	447
<i>Alexis Mondaca Miranda</i>	
La autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes y su aplicación en los conflictos judiciales de cuidado personal y relación directa y regular: ¿el nuevo caballo de troya de la justicia de familia? .....	463
<i>Alejandra Illanes Valdés</i>	
El nuevo régimen legal de garantías y protección integral de derechos de la niñez y adolescencia: su impacto en el derecho de la persona y de las familias .....	489
<i>Fabiola Lathrop Gómez</i>	
Los desafíos de la regulación chilena sobre sustracción internacional de menores a la luz del caso Córdoba vs. Paraguay de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	507
<i>Lucía Rizik Mulet</i>	

	Página
La explotación lucrativa del NNA en redes sociales y la tutela de sus derechos de la personalidad: el caso de los kids influencers..... <i>Patricia Verónica López Díaz</i>	531
Consagración legal del derecho de niños, niñas y adolescentes a una educación sexual integral en Chile: análisis desde una perspectiva de género..... <i>Claudia Moraga Contreras</i>	555

#### PERSONA Y NIÑEZ

Superando las barreras normativas contempladas en la Ley N° 21.120 que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género ..... <i>Laura E. Albornoz Pollmann</i>	569
Análisis de la facultad de los profesores de corregir a sus discípulos, a la luz de los artículos 234 y 2320 del Código Civil chileno..... <i>Betty Martínez-Cárdenas</i>	587
La facultad de corrección de los padres ¿Pervivencia de la facultad de castigo?..... <i>Rodrigo Fuentes Guíñez</i>	609
Interés superior del niño, autonomía progresiva y decisiones médicas: un mapa de tipos de casos..... <i>Valentina Silva Berríos</i>	625

#### ASPECTOS DEL DERECHO DE FAMILIAS

El valor jurídico de la inscripción en el Registro Civil chileno a propósito de los actos de familia..... <i>Yasna Otárola Espinoza</i>	641
La prohibición testamentaria de litigación y la protección sucesoria de la familia ..... <i>Ricardo Saavedra Alvarado</i>	653

	Página
Obligación de los progenitores por los gastos de hospitalización de sus hijos. Aspectos teóricos y prácticos. Obligación y contribución a la deuda .....	675
<i>Carlos Céspedes Muñoz</i>	
¿Hay que reconocer derechos a las parejas de hecho?.....	687
<i>Susana Espada Mallorquín</i>	
El principio de parentalidad positiva en la Ley N° 21.645 sobre “protección a la maternidad, paternidad y vida familiar” y sus conexiones con el derecho de familias.....	701
<i>Jorge Sepúlveda Varela</i>	

#### TEMAS EMERGENTES EN DERECHO DE FAMILIAS

La representación voluntaria en el derecho de familia: su ámbito de aplicación y naturaleza .....	721
<i>Nicolás Montes Serrano</i>	
La renuncia de alimentos en el contexto de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema: ¿una misión actualmente imposible? .....	733
<i>Veronika Wegner A.</i>	
Derecho de familia y animales de compañía: dilemas de una legislación insuficiente.....	743
<i>Jaime Ramírez Cifuentes</i>	

#### TEMAS EMERGENTES EN JUSTICIA DE FAMILIA

¿Contempla el convenio de La Haya de 1980 criterios que permitan delimitar la jurisdicción internacional de los tribunales chilenos? .....	761
<i>Pablo A. Cornejo Aguilera</i>	
Casación en la forma por omisión de trámites y diligencias esenciales en la justicia de familia: ¿protección de la ley procesal? Análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte Suprema .....	779
<i>Nicolás Ignacio Malla Castelló</i>	

	Página
Discriminación estructural de niños, niñas y adolescentes con adultos significativos privados de libertad.....	801
<i>Isaac Ravellat Ballesté</i>	
CÓMO ACCEDER A ESTE LIBRO DIGITAL A TRAVÉS DE THOMSON REUTERS PROVIEW .....	815



# FAMILIAS Y FILIACIÓN

# INFLUENCIA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL CONCEPTO DE FAMILIA

MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS\*

## 1. ANTECEDENTES

La institución familia ha sido objeto de estudio en distintas ramas de las ciencias sociales.<sup>1</sup> Los resultados fueron determinantes en los ordenamientos jurídicos que optaron por regularlas y es gracias a ello que hoy se entiende por familia un producto cultural<sup>2</sup> e históricamente dinámico. Como tal, el Derecho no la crea, sino que la reconoce y regula mientras evoluciona.

Antropológica y sociológicamente, la familia presenta fisonomías distintas. En cuanto inserta en sociedades diversas, su evolución y formas son el reflejo de los cambios sociales, desde la familia prejurídica a la matrimonial, desde la extensa a la nuclear.<sup>3</sup> A partir de esa realidad puede

---

\* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Chile. Abogada, Doctora en Derecho Universidad Complutense de Madrid. Profesora Titular Departamento de Derecho Privado Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. E-mail: maricruz@derecho.uchile.cl

<sup>1</sup> BACHOFEN, Johann: *El matriarcado*, Ediciones Akal, Madrid, 2020, p. 14; MORGAN, Lewis: *La sociedad primitiva*, Ayuso, Madrid, 1971.89; ENGELS, Federico. *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Editorial Claridad, Buenos Aires, pp. 40-45, s/f.

<sup>2</sup> RUEDA, Natalia: *La noción jurídica de la familia en Colombia: una categoría en construcción entre restricción y libertad*, tesis de grado N° 74, Facultad de Derecho, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 81.

<sup>3</sup> Familia extensa es aquella que reúne o viven juntos el padre, madre e hijos con parientes como abuelos, hermanos, tíos y sobrinos (parientes por consanguinidad y por afinidad). Familia nuclear es aquella formada únicamente por el padre, la madre y los hijos comunes.

clasificarse a la familia como monoparental y ensamblada o reconstituida.<sup>4</sup> A su vez, la familia no matrimonial está configurada por las uniones civiles, y las uniones de hecho, heterosexuales y de un mismo género.

En consecuencia, la regulación y funcionamiento de la familia dependerá del concepto cultural que se tenga en la sociedad respectiva en un momento determinado. Dependiendo de ello, se aceptan o rechazan las distintas formas de constituir la familia, sea que se basen en el matrimonio, la convivencia, el género de los integrantes o todos esos factores.

Por su parte, a principios de la segunda década del siglo XX, se produjeron grandes avances en la investigación de la biomedicina y de la biotecnología, lo que permitió el desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida (TRA). Estas nacieron para ayudar a superar problemas de esterilidad en la pareja y permiten procrear seres humanos por medios distintos de la relación sexual. Entre esas TRA se encuentran la inseminación artificial (IA) y la fecundación *in vitro* (FIV).

La posibilidad de engendrar un ser humano por medios distintos a la relación sexual, sin necesidad de un hombre sino de sus gametos, revoluciona el concepto de sexualidad. Se produce la separación entre ésta y la reproducción.<sup>5</sup> En lo jurídico, chocan con la concepción que tenía la legislación acerca del acto reproductor. Como consecuencia, hace posible que mujeres solas y parejas de un mismo sexo, puedan acceder a la maternidad o paternidad, provocando profundos cambios en la familia, las formas de constituir la familia y relaciones familiares. Esto, a su vez, cuestiona el significado de los conceptos de paternidad y maternidad, la determinación de éstas, las presunciones de paternidad, los vínculos entre generaciones y la biparentalidad.

Por lo señalado, se producen nuevas estructuras de relaciones familiares, más complejas que las tradicionales. Al respecto, Ferrer Riba señala que “esta dinámica es propia de sociedades pluralistas, en las que se reconoce la igualdad de las personas y se prohíbe su discriminación, en las que se respetan la orientación sexual y la identidad de género de estas y en las

---

<sup>4</sup> Familias monoparentales = hijos viven con uno de los padres por muerte, abandono, divorcio, nulidad, madre soltera, adopción. Familias ensambladas o reconstituidas formadas luego de quiebre matrimonial o de convivencias anteriores y en el marco de nuevas relaciones de pareja reconocidas legalmente, tienen hijos comunes. “Los tuyos, los míos y los nuestros”.

<sup>5</sup> GÓMEZ, Maricruz: *El Sistema filiativo chileno*, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 109.

que se afirma y protege el libre desarrollo de la personalidad y, por ello, prospera la autonomía privada”.<sup>6</sup>

En este trabajo, analizaré cómo la utilización de las TRA ha influido en la legitimación social de nuevas formas de constituir familia y en la regulación legal de las nuevas relaciones familiares.

## 2. HITOS IMPORTANTES PREVIOS AL DESARROLLO DE LA FECUNDACIÓN *IN VITRO* CON TRANSFERENCIA DE EMBRIONES (FIVTE)

En la década de los 60 del siglo pasado, un descubrimiento médico cambió la vida de las mujeres: la aparición de los anticonceptivos, que permite controlar la natalidad. Se empieza a hablar de los derechos reproductivos y del derecho de la pareja para tener el número de hijos queridos con los intervalos deseados.<sup>7</sup> A su vez, el control del número de hijos permite a la mujer incorporarse al trabajo fuera del hogar y es el comienzo de su empoderamiento. Todo esto fue acompañado de la explosión del movimiento feminista, que provocó un cambio en la situación y condición de las mujeres.<sup>8</sup> Al trabajar y poder mantenerse económicamente, se atreven a separarse y divorciarse, con lo cual cambia su rol en la sociedad. Efecto principal es que salen del espacio privado para pasar al público, incorporándose en forma masiva al mundo laboral. Efecto derivado es que declina el rol del hombre como proveedor, lo cual permite que las mujeres demanden la igualdad de derechos y oportunidades.

Sobre esas bases comienza la aceptación de que existen otros modelos de familia fuera del fundado en el matrimonio, como la familia de hecho y las monoparentales. Cabe señalar que esto comprende la familia conformada por una mujer soltera que vive con sus hijos/as. Antes no era aceptada

---

<sup>6</sup> FERRER-RIBA, Josep: *Familias y pluriparentalidad en derecho español*. RDF 85, 10.07.2018. Cita online: AP/DOC/386/2018, p. 1.

<sup>7</sup> NACIONES UNIDAS: *Primera Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos* realizada en la ciudad de Teherán-Irán, 1968. Ahí se establece que “(...) los padres tienen el derecho humano fundamental de determinar libremente el número de sus hijos y los intervalos entre nacimientos”.

<sup>8</sup> COHN-BENDIT, Dany: *La Revolución y nosotros que la quisimos tanto*, Círculo de Lectores, Barcelona, 1987, p. 236.

socialmente y los hijos no reconocidos por su padre eran discriminados, tanto jurídica como socialmente.

Luego, en los años 80, la profundización en la investigación del ácido desoxirribonucleico (ADN) produce grandes avances en el mundo de la medicina y de la biología, con injerencia directa en el derecho de Familia. El peritaje biológico de la prueba del ADN, donde se compara el material genético de los presuntos padre, madre e hijo o hija, permite obtener un grado de certeza de 99,73 % a 99,8 % en la determinación positiva de la paternidad/maternidad.<sup>9</sup> Tal prueba es incorporada en casi todas las legislaciones del mundo occidental y ha sido fundamental para la determinación de la paternidad/maternidad, con lo que se amplía la posibilidad de reclamación de la filiación con énfasis en la biología.

Uno de los efectos de la determinación de la filiación es que el reconocido pasa a ser hijo(a) del reconociente y a integrar su familia.

### 3. DÉCADA EN QUE SE APLICA LA IA Y LA FIVTE

Desde el punto de vista de las relaciones familiares, cabe preguntarse ¿qué pasa en este período con el concepto de familia? Esta se identifica especialmente con el matrimonio y con la familia nuclear. Sin embargo, en algunos países occidentales, como Holanda y Francia,<sup>10</sup> las uniones de hecho heterosexuales empiezan a ser reconocidas por el ordenamiento jurídico, pero sin alcanzar el estatus de la familia matrimonial.

En forma paralela, se comienzan a aplicar la FIVTE que al igual que la IA subvierte totalmente las bases biológicas del Derecho Civil de filiación, según las cuales la procreación presupone la unión física, comunicación de cuerpos, entre un hombre y una mujer. Esto cambia el concepto de filiación,

---

<sup>9</sup> JORQUERA, Hugo: “Prueba de carácter biológico para la determinación de la filiación”. En: *El nuevo estatuto filiativo y las modificaciones del derecho Sucesorio a la luz de las normas y principios de la Ley N° 19.585*, LOM Ediciones, 1999, p. 181.

<sup>10</sup> El 1 de enero de 1998 entró en vigor en los Países Bajos una nueva ley de uniones civiles por la que dos personas –también del mismo sexo– pueden hacer un «contrato de convivencia registrada», que a efectos fiscales y de herencia tiene el mismo tratamiento que el matrimonio; 15 de noviembre de 1999 se introducía en el Código Civil francés un nuevo Título denominado: “Del Pacto Civil de Solidaridad y del concubinato”, este nuevo título –el Título XII– se situó en el Libro Primero del Código titulado “De las personas”.

pues de ser una relación de descendencia biológica-genética entre padre e hijo/a o madre e hijo/a pasa a ser una relación jurídica.

En 1978, nace Louis Brown, primer ser humano producto de una FIVTE con gametos de sus padres. El ámbito de aplicación de estas técnicas es sólo para el matrimonio con gametos de los cónyuges.

Con la utilización de la FIVTE se separa sexualidad de concepción, pues ésta se realiza fuera del cuerpo de la mujer, en una placa de laboratorio. Una vez que se forman los embriones; se eligen los mejores y se transfieren al útero de la mujer y ahí comienza el embarazo.

Tanto la utilización de donantes en las técnicas de reproducción asistida como en la adopción dan origen a un tipo distinto de filiación, donde los principios de voluntariedad procreacional y responsabilidad son los que la determinan. Se consideran más importantes que la realidad biológica, la realidad afectiva, social y educacional.

Como consecuencia del uso de estas técnicas se hace posible que las parejas de un mismo sexo accedan a la maternidad o paternidad, cuestionándose el sistema binario de paternidad y maternidad. Además, se implementa la fecundación *post mortem*, donde se puede concebir un hijo después de muerto y la gestación subrogada donde se contrata a una segunda mujer para que lleve a cabo el embarazo y parto y, después de éste, lo entregue a la pareja que lo encargó.<sup>11</sup>

Estos avances de la biomedicina y su aplicación en la práctica provocan profundos cambios en la familia, en el significado de los conceptos de paternidad y maternidad, en las presunciones de paternidad y en los vínculos entre generaciones. Asimismo, inducen inquietud pública, ya que plantean problemas éticos por posibles abusos originados en la investigación científica y en la tecnología biomédica.

Filosóficamente, las técnicas de reproducción asistida cuestionan directamente el concepto de procreación. ¿Cuándo se produce la concepción? ¿Desde cuándo se es persona? Tales preguntas están en la base de lo que se llama estatuto jurídico del embrión. También surgen los problemas ori-

---

<sup>11</sup> Gestación subrogada o maternidad subrogada o maternidad por sustitución o arrendamiento de útero o vientre de alquiler son las distintas denominaciones que recibe esta TRA. Consiste en que una mujer se compromete a gestar una criatura, con el fin de entregarla, después del parto, a una pareja que la ha encargado o contratado (comitente).

ginados por el congelamiento y manipulación de embriones. En octubre de 2020, nació Molly Gibson, producto de un embrión congelado durante 27 años, con lo que se van resolviendo interrogantes respecto a la viabilidad de los embriones, pero surgen interrogantes nuevas.<sup>12</sup>

Resumiendo, estas técnicas, que nacen con la finalidad de ayudar a solucionar problemas de esterilidad de los cónyuges y/o prevenir enfermedades de origen genético-hereditario con riesgo de transmisión, pasan a convertirse en un método alternativo de reproducción.

A su vez, el congelamiento de semen y embriones permite la utilización de estas técnicas en mujeres solas, entre las cuales no solo lesbianas sino también mujeres que no quieren compartir su parentalidad. Además, se posibilita que un hombre muerto pueda concebir un hijo/a si deja depositado semen en una clínica y posteriormente su cónyuge es inseminada con éste. Es lo que se llama fecundación *post mortem*.

Desde el punto de vista sociojurídico, el corolario es que la familia monoparental pasa a ser una opción que alcanza legitimación social y se la empieza a ver como una opción de constituir familia. En paralelo, la investigación y desarrollo de las técnicas se acelera y comienza a utilizarse la donación de gametos y embriones, produciéndose dobles maternidades y paternidades *de facto*. Surgen, entonces, nuevas preguntas ¿quién es el padre? ¿quién es la madre? que debe asumir el Derecho. Así, los ordenamientos jurídicos comienzan a legislar al respecto, aceptando que las donaciones son anónimas y que padre o madre es aquel o aquella que dio su consentimiento para que se practicara la técnica. En este contexto dinámico, la voluntad procreacional del hombre y/o de la mujer pasa a ser el elemento fundamental de la determinación de la filiación, incluso por sobre la intervención del donante.

En otras palabras, en la reproducción asistida con donante la paternidad del marido o conviviente de la madre y la comaternidad de la cónyuge se fundamentan en el consentimiento como acto jurídico unilateral, previo, formal y expreso para que se practique una técnica de reproducción asistida. El nexo biológico deja de ser el sustento presuntivo del vínculo jurídico paterno o materno filial, y aparece como un elemento más importante la

---

<sup>12</sup> Diario *ABC*, 5.12.2020, Madrid, [www.abc.es.sociedad>abc-nace-bebe-embrión-congel](http://www.abc.es.sociedad>abc-nace-bebe-embrión-congel).

voluntad procreacional del hombre y de la mujer, incluso por sobre la intervención del donante.<sup>13</sup>

#### 4. ¿QUÉ OCURRE EN CHILE?

En el año 1999 del siglo pasado se dicta la Ley N° 19.585 que deroga el sistema filiativo que regía en esa época, separando filiación de matrimonio y estableciendo la igualdad de los hijos de filiación determinada sea que tengan una fuente biológica, o por aplicación de TRA con donante o adoptiva (artículos 33 y 179 Código Civil).

Por primera vez se legisla sobre la aplicación de las TRA en el artículo 182 del Código Civil. Es la única norma legal que regula los efectos filiativos de los hijos e hijas que nacen debido a dicha aplicación. Sin embargo, no se pronuncia sobre la admisibilidad o no admisibilidad de estas técnicas, sólo entra a reglar una situación ya producida, de hechos consumados.

Al prescribir el artículo 182 que “*el padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas...*”, el ámbito de aplicación de estas técnicas es la pareja humana, sea matrimonial o no matrimonial. Además, al utilizar la conjunción “y” está indicando que, para recurrir a las técnicas, se requiere de un hombre y una mujer. En consecuencia, no se puede aplicar a mujeres solas ni parejas de un mismo sexo.

En lo que respecta a la donación de óvulos o embriones, la ley no establece ninguna relación de filiación entre el donante y la criatura que nace, al prohibir la acción de reclamación e impugnación y al prescribir en el artículo 183 del Código Civil que “*la maternidad queda determinada por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil*”. En consecuencia, es madre la mujer que ha llevado a cabo el embarazo y el parto.

Si bien el artículo 182 no autorizó que estas técnicas se aplicaran a mujeres solas, algunos médicos sí lo hicieron, con lo que se determinó

---

<sup>13</sup> RIVERO, Francisco: “La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial”. En: Congreso Mundial Vasco, *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Editorial Trivium S.A., Volumen II, Madrid, 1988, p. 146.



solamente una madre: la que había dado a luz. En un principio se aceptó esta situación y solo la mujer que había parido aparecía como madre. Posteriormente, la otra mujer de la pareja demandó ser también madre. La mayoría de los tribunales no acogieron esta demanda, aunque a partir del año 2018 cambió el criterio.

Pese a todos estos avances en las nuevas relaciones familiares, se continúa discutiendo qué familia protege la Constitución: si solo la matrimonial o también otras formas de constituir familia como las uniones civiles hetero y homosexuales.

Será la Ley de Matrimonio Civil del año 2004 la que zanje esta discusión, al dar un paso adelante en lo que se entiende por familia. Lo hace al establecer que el matrimonio es la base *principal* de la familia (artículo 1º Ley de Matrimonio Civil). Con ello, el legislador está reconociendo la existencia de otros tipos de familia que tienen la protección del ordenamiento jurídico.

A su vez, en el año 2015 se promulga la Ley Nº 20.830 que incorpora el Acuerdo de Unión Civil (AUC). Este reconoce el derecho de las personas hetero y homosexuales, que ya están viviendo juntas, a celebrar un contrato para regular y reconocer su convivencia. Confiere casi iguales derechos a los de los cónyuges en el matrimonio heterosexual, constituyendo otra forma de familia amparada por el ordenamiento jurídico.

Con la promulgación de estas dos leyes, el concepto de familia se amplía y ya no se puede sostener que solo la basada en el matrimonio es la reconocida por el ordenamiento jurídico. También lo están las convivencias civiles, tanto heterosexuales como las de un mismo sexo. De este modo, el Derecho incorpora las nuevas realidades que se dan en la sociedad.

Una de las diferencias entre el AUC con el contrato de matrimonio radica en los deberes personales. En el AUC son restringidos, no se exige deber de cohabitación ni de fidelidad como en el matrimonio. No obstante, el artículo 21 de la ley de AUC hace extensiva la presunción de paternidad propia del matrimonio. Dice el artículo 21: “*Para efectos de la presunción de paternidad, en caso de convivientes civiles de distinto sexo se estará a las normas que la regulan en el artículo 184 del Código Civil*”.

¿Qué significa la incorporación de la presunción *pater is est* a la convivencia civil? Significa que la ley aplica la presunción de paternidad matrimonial únicamente a la convivencia civil heterosexual. Con esto se produce un tratamiento distinto para los hijos que nazcan durante la

convivencia civil entre parejas heterosexuales y homosexuales. En efecto, al ampliarse los efectos del artículo 184 del Código Civil a los hijos que nacen durante el AUC se rompe con la coherencia del Código, pues se consideró que la fundamentación de la presunción *pater is est* está sustentada en la cohabitación y en el deber de fidelidad, deberes que no se exigen en el AUC.<sup>14</sup>

Hoy día se discute esa interpretación, porque se considera que la justificación está dada por la fecha cierta que da el acto de celebración del AUC y por la voluntad procreacional que puede inferirse de los convivientes ante el acogimiento de un niño o niña en la familia. En este contexto, ¿es posible considerar que la presunción de paternidad del marido, pensada tradicionalmente para un matrimonio heterosexual con capacidad natural para procrear, es aplicable a los matrimonios del mismo género? En un principio pareciera que la respuesta es negativa. Sin embargo, si en estos últimos años se considera que la justificación de la presunción de paternidad que pesa sobre el marido de la madre se otorga por la fecha cierta que otorga el acto del matrimonio y por la voluntad procreacional que puede inferirse de los cónyuges ante el acogimiento de un niño o niña, más que por la fidelidad sexual o por razones biológicas que les permiten procrear naturalmente,<sup>15</sup> ¿por qué no permitir que esta presunción se haga extensiva a las convivencias civiles de convivientes de un mismo sexo, existiendo un AUC entre ellos, maternidad de una de ellas y voluntad procreacional de ambas? Una justificación por la que no se amplió la presunción a convivientes civiles del mismo sexo sería porque el hijo o hija que nace producto de la aplicación de las TRA está amparado por la presunción del artículo 182 del Código Civil.<sup>16</sup>

Ante la falta de normativa clara, la solución de estas nuevas realidades quedó entregada a la discrecionalidad de los jueces. En el caso de la doble maternidad, algunos tribunales la rechazaron de plano porque choca

---

<sup>14</sup> BENÍTEZ, Dinka: *Filiación y mujeres lesbianas*, Rubicón Editores, Santiago, 2018, p. 165.

<sup>15</sup> GIL, Andrés; FAMA, Victoria y HERRERA, Marisa: *Matrimonio Igualitario y Derecho Constitucional de Familia*, Ediar Ediciones, Buenos Aires, 2010, p. 238.

<sup>16</sup> La ampliación de la presunción *pater is est* fue desarrollada en el capítulo “Cambio de paradigma en la filiación” en *Estudios de Derecho Civil XVI. XVIII Jornadas de Derecho Civil*, Talca, 2022, p. 147.