



## 2º Jornadas Argentino Chilenas de Derecho de Familia 1º Congreso Euroamericano de Derecho de Familia

### **Filiación en el Acuerdo de Unión Civil**

Nel Greeven Bobadilla (\*)

*Buenos Aires, 20 de noviembre 2015*

#### **Resumen:**

Acaba de entrar en vigencia en Chile la regulación de los efectos jurídicos derivados de la vida afectiva en común, de carácter estable y permanente, sin embargo, dicha norma no reguló la situación de los hijos nacidos de las uniones entre parejas del mismo sexo, ya sea nacidos dentro de ella o aportados por uno de los convivientes. Este trabajo busca abordar dicha situación y las soluciones que la legislación comparada ha dado a los problemas que se presentan.

Palabras Clave: Pacto de Unión Civil, filiación, cuidado personal, régimen comunicacional.

#### **Introducción**

La legislación de filiación está presidida por el derecho a la Identidad, reconocido en el artículo 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño, gracias a la gestión de la delegación argentina.

La identidad tiene dos aspectos, como señala Fernández Sessarego<sup>1</sup>: una estática, que se refiere a elementos que no cambian o cambian con dificultad (como el nombre, el origen biológico, la nacionalidad) y otra dinámica, que se refiere al patrimonio ideológico-cultural de la personalidad, lo que yo creo que soy y que es, esencialmente, mutable (como las posiciones pasadas, la condición presente y aspiraciones futuras, que incluye la religión que se profesa, las posturas políticas, la historia personal, ideologías filosóficas, etc.). Las

---

<sup>1</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, (1992), *Derecho a la Identidad Personal*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, p.113-114.

legislaciones recogen estas fases poniendo el acento en distintos aspectos de la identidad: si se pone el acento en la faz estática, se privilegia el origen biológico, por ejemplo cuando se da valor a la prueba biológica para establecer la identidad. Pero, como dice Marisa Herrera citando la sentencia VAF y otros versus GCBA<sup>2</sup>, la identidad no se agota en el dato biológico, cuando se permite hacer primar la posesión de estado o posesión notoria, como se llama en Chile, por sobre el resultado de la prueba biológica, se recoge la faz dinámica, porque reconoce que el mero hecho de aportar material genético no constituye paternidad o maternidad, ésta se forja en la voluntad perpetua y uniforme de aceptar al niño en sus luces y sombras, en el cuidado diario, en el amor incondicional. Hoy vemos el advenimiento de una nueva vertiente: la voluntad procreacional que, a diferencia de la posesión notoria, se manifiesta ex – antes de la procreación y es constitutiva de la futura filiación cuando el niño nazca.

Lamentablemente la mayor parte de la jurisprudencia chilena en materia de filiación identifica el derecho a la identidad con el origen biológico<sup>3</sup>.

### **Regulación de la vida afectiva común y homoparentalidad**

En Chile no existe el matrimonio igualitario. Sin embargo el 22 de Octubre de 2015 entró en vigencia la Ley 20.830, denominada Acuerdo de Unión Civil cuyo objetivo es regular los “efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente”<sup>4</sup>. Se reglamenta, entonces, la forma y requisitos de su celebración, los efectos patrimoniales que produce entre los convivientes y las causales y formas de su terminación, sin embargo, dejó fuera un importante efecto: las obligaciones y derechos en relación a los hijos de las parejas del mismo sexo.

El hecho que las parejas, sean homo u heterosexuales, tienen hijos es un **hecho** que la misma Historia de la Ley 20.830 destaca: “para procrear, la especie no requiere de una institución civil: simplemente se reproduce”<sup>5</sup>. Como ilustración, podemos citar datos de APA<sup>6</sup> “más de 111.000 hogares en los Estados Unidos están encabezados por parejas del mismo sexo con hijos menores de 18 años” y a su respecto se producen las mismas situaciones y tienen los mismos derechos que los hijos de heterosexuales, como derecho a saber quiénes son sus padres, que dicho vínculo sea reconocido por la ley, en la medida de lo posible ser criados por aquellos, si los padres están separados, poder tener una relación con su padre o madre no custodio, etc.

---

<sup>2</sup> HERRERA, Marisa, (2015), Manual de Derecho de las Familias, Buenos Aires, AbeledoPerrot, p.519.

<sup>3</sup> Lo que resulta curioso es que, cuando se trata de adopción, sí se reconoce la faz dinámica del derecho a la identidad, pero no se han advertido las semejanzas entre la adopción por integración y la posesión notoria del estado civil.

<sup>4</sup> Art. 1° Ley 20.830.

<sup>5</sup> Historia de la Ley 20.830, intervención de Pablo Simonetti, p. 41.

<sup>6</sup> Amicus Curiae Brief in support of same-sex marriage, en el caso James Obergefell, et al., and Brittani Henry, et al., v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al. llevado ante la Suprema Corte de Estados Unidos.

La ley otorgó a los Tribunales de Familia la facultad de conocer todos los asuntos que se promuevan entre los convivientes civiles<sup>7</sup> que son de su normal competencia, como el cuidado personal, relación directa y regular (régimen de visitas), alimentos, etc. respecto de los hijos, de manera que será tarea de los jueces determinar cómo solucionar los conflictos, sin tener una ley que los resuelva.

### **Filiación de los Hijos Nacidos en Acuerdo de Unión Civil**

De acuerdo al artículo 21 de la ley 20.830, 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. Este artículo no es sino la recepción del viejo aforismo “pater is est quem nuptiae demonstrat”.

Esta disposición fue incorporada a instancias del Profesor de derecho civil Eduardo Court ante la Comisión de Constitución del Senado<sup>8</sup> y su redacción original decía “Se presumen hijos del conviviente varón”, lo que incluía a las parejas gays, empero se modificó a sugerencia de dos diputadas<sup>9</sup>, basadas en una discusión anterior sobre los alcances que podría tener, entre otras cosas, en la posibilidad que parejas del mismo sexo se sometieran a técnicas de reproducción asistida, optando con la redacción actual para evitarlo.

El hecho que se circunscriba a “convivientes civiles de distinto sexo”, puede ser contrario al artículo 19 N° 2 de la Constitución Política Chilena (igualdad ante la ley) y, por afectar a una categoría sospechosa, debió haber sido objeto de un debate más complejo y otorgar “razones particularmente serias en orden a justificarlo”<sup>10</sup> -si se quería establecer- probando que no es discriminatorio en términos del artículo 2° del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y 24 del Pacto de San José de Costa Rica, aunque según veremos, hay poderosas razones para estimar que sí lo es.

A nivel internacional se han presentado varios casos que, si bien tratan sobre adopción, se refieren al mismo problema: En el caso Gas y Dubois v Francia, que trataba sobre una pareja de convivientes lesbianas una de las cuales dio a luz una hija biológica por inseminación y se negó a la otra el derecho a adoptarla, el TEDH no cuestiona la diferencia en el trato respecto de parejas unidas por matrimonio, ya que estima que éste es un estatus especial<sup>11</sup> y que tampoco lo habría respecto de parejas heterosexuales unidas por convivencia civil, dado que tampoco a ellas se les autoriza a adoptar<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> Artículo 22 Ley 20830

<sup>8</sup> Historia de la Ley 20.830, p. 539.

<sup>9</sup> Historia de la Ley 20.830, p.862.

<sup>10</sup> TEDH, Case Gas and Dubois v France, sentencia de 15 de marzo de 2012, párr.59.

<sup>11</sup> Ibid., párr.68.

<sup>12</sup> Ibid., párr.69.

Más tarde en el caso X and Otras versus Austria, en que una pareja de lesbianas pide la adopción del hijo de la otra contra la oposición del padre, se examina la situación de las parejas de convivientes del mismo y distinto sexo, últimos a los que se permite adoptar bajo la legislación austriaca<sup>13</sup>, en tanto que incluso se prohíbe expresamente adoptar al hijo de su conviviente civil del mismo sexo, lo que la Corte consideró era discriminatorio y afectaba la vida familiar de los aplicantes, desestimando la alegación del estado que aducía que la decisión no se había basado en la prohibición sino en la negativa del padre a la adopción<sup>14</sup>.

Así, de acuerdo a esta jurisprudencia, existiría un problema de discriminación en el artículo 21, ya que establece un tratamiento distinto para casos iguales, basado en el género.

De contrario podría argüirse que se trata de situaciones diferentes ya que la presunción “pater is est” se basa en la alta probabilidad que el padre biológico de un niño sea quien convive (ya sea que se encuentre unido por matrimonio o unión civil) basado en la cohabitación y la fidelidad de la mujer y que en el caso de parejas del mismo sexo esta alta probabilidad no se daría por naturaleza. Esto es efectivo: por naturaleza dos sujetos del mismo sexo no pueden procrear, pero actualmente la técnica permite, al menos, que dos mujeres aporten su material genético a un mismo niño.

En Reino Unido, por ejemplo, podrían comenzar a nacer hijos de tres padres biológicos, de aprobarse un reglamento anunciado en 2014, que busca validar una revolucionaria técnica de fecundación in vitro. Según este procedimiento, los niños tendrán tres ADN diferentes: material genético del núcleo del óvulo (madre), del núcleo del espermio (padre) y ADN mitocondrial del óvulo de una donante. Los hijos nacidos con esta técnica podrán conocer el nombre de la donante mitocondrial a los 16 años, si así lo desean<sup>15</sup>.

Otro caso problemático: Si se fertiliza un óvulo de una de las integrantes de la pareja y se implanta en la otra: quién es la madre? La donante (biológica) o la que gesta y da a luz? Ambas?

Este caso ya se ha dado en la Argentina: el caso M. del P. C. y otra versus GCBA<sup>16</sup>, el que se resolvió en base al vínculo biológico que el niño tenía con ambas madres.

Para esta situación la ley chilena tiene dos reglas:

- Art. 182CC: Los padres en la fertilización asistida son el hombre y la mujer que se someten a ella. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a las reglas precedentes ni reclamarse una distinta.

En el caso propuesto, hay dos mujeres que se someten a la técnica: ¿cuál es la madre?

---

<sup>13</sup> TEDH, Case X and Others V. Austria, sentencia de 19 de Febrero de 2013, párr.111.

<sup>14</sup> Ibid., párr. 127.

<sup>15</sup> Pablo Guimón / Jaime Prats. (3 de febrero de 2015). Reino Unido da luz verde al primer bebé con tres padres genéticos. El País, sin página, online, (Fecha de Consulta 10/10/2015), disponible en: [http://elpais.com/elpais/2015/02/03/ciencia/1422963738\\_504035.html](http://elpais.com/elpais/2015/02/03/ciencia/1422963738_504035.html).

<sup>16</sup> Citado por HERRERA, Marisa, Op. Cit., p.515.

- Art. 183CC: La maternidad queda determinada legalmente 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.

De acuerdo a esta regla, sería madre quien da a luz.

¿Cuál de las dos reglas prima? De un lado está el hecho que se “sometieron a la técnica”, del otro el hecho que sólo una dará a luz.

Es dudoso que pudiera determinarse la filiación por reconocimiento ya que la ley habla en el artículo 186 CC de “padre, madre o ambos”, luego el artículo 188 CC habla del “padre o la madre”, lo que complementa el artículo 31 N° 4 de la Ley sobre Registro Civil que establece como menciones de la inscripción los datos “de los padres, o los del padre o madre que le reconozca”, aunque esto no es unívoco, pareciera referirse a padres de distinto sexo. Y el Servicio de Registro Civil lo ha entendido de esa manera.

En 2013 Alexandra Benado y Alejandra Gallo presentaron un recurso de protección<sup>17</sup> contra la negativa del Registro Civil de inscribir a sus niñas, nacidas de inseminación artificial, como hijas de ambas. La Corte rechazó el recurso en etapa de admisibilidad, por considerar que no señalaba la falta de legalidad en la que habría incurrido el Registro Civil. Actualmente el caso se encuentra en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>18</sup>. Hay que recordar que Chile ya fue condenado en el caso Atala Riffo contra Estado de Chile por “el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que sufrió la señora Karen Atala debido a su orientación sexual en el proceso judicial”<sup>19</sup>.

En mayo de 2014 se rechazó una acción voluntaria de posesión notoria<sup>20</sup> interpuesta por Claudia Amigo Bravo<sup>21</sup> respecto de la hija de su pareja del mismo sexo desde el año 2007. El motivo del rechazo fue que la acción de posesión notoria no existe en la legislación chilena, sino que debe probarse en el contexto de una acción de reclamación.

Ante conflictos de la pareja puede suceder que la madre biológica del caso propuesto impugne la maternidad con forme al artículo 217 del Código Civil, aunque en estos artículos se requiere probar falso parto o suplantación del hijo, cosa que no sucede en estos casos<sup>22</sup>

---

<sup>17</sup> Rol 18948-2013 de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago.

<sup>18</sup> MOLINA SANHUEZA, Jorge, (11 Diciembre, 2013), Pareja lesbiana recurre a la Comisión Interamericana de DDHH para ser consideradas madres de dos mellizos, The Clinic, online, (Fecha de Consulta 10/10/2015), disponible en <http://www.theclinic.cl/2013/12/11/pareja-lesbiana-recurre-a-la-comision-interamericana-de-ddhh-para-ser-consideradas-madres-de-dos-mellizos/>

<sup>19</sup> Caso 12.502 ,Karen Atala e hijas contra el Estado de Chile,. Pdf, (Fecha de Consulta 10/10/2015), disponible en <http://www.cidh.oas.org/demandas/12.502SP.pdf>

<sup>20</sup> Rol N° 827-2015, de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago.

<sup>21</sup> AMIGO BRAVO, Claudia, (26 de Mayo de 2015), Discriminación lesbofóbica legislativa contra familia lesbomaternal <http://www.elquintopoder.cl/politica/discriminacion-lesbofobica-legislativa-contra-familia-lesbomaternal/>, El Quinto Poder, sin página, online, (Fecha de Consulta 10/10/2015), disponible en <http://www.elquintopoder.cl/politica/discriminacion-lesbofobica-legislativa-contra-familia-lesbomaternal/>.

<sup>22</sup> Art. 217. La maternidad podrá ser impugnada, probándose falso parto, o suplantación del pretendido hijo al verdadero.

Tienen derecho a impugnarla, dentro del año siguiente al nacimiento, el marido de la supuesta madre y la misma madre supuesta.

La ley chilena no regula el orden de los apellidos, pero por costumbre se pone primero el del padre<sup>23</sup>, por lo que también quedará por determinar este ítem en cuanto a parejas del mismo sexo.

En cuanto a la filiación adoptiva, de acuerdo a los artículos 20 y siguientes de la Ley 19.620 pueden adoptar: matrimonios chilenos o extranjeros residentes en Chile, a falta de ellos a matrimonios residentes en el extranjero, y se puede conceder, asimismo, a personas solteras, divorciadas o viudas residentes en Chile. Es decir, no se podría conceder a una persona unida por unión civil dado que tiene el estado civil de “conviviente civil”<sup>24</sup> y no de cónyuge, soltero, viudo o divorciado.

Qué pasa en la Argentina? Comencemos por decir que, a diferencia de Chile, existe matrimonio igualitario<sup>25</sup> y lo propio sucede con las uniones convivenciales<sup>26</sup>.

El Código Civil argentino regula muy bien la filiación, empezando por el artículo 562 que establece que “Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”. Para Grossman y Herrera<sup>27</sup> esto sería manifestación del derecho a la identidad en su faz dinámica.

En la filiación por naturaleza, “la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido”<sup>28</sup>.

También se establece la presunción pater is est en el artículo 566, pero se excluye en el caso que se trate de técnicas de reproducción asistidas a las que el o la cónyuge no han prestado su consentimiento.

En el caso de la filiación extramatrimonial, el solo hecho de consentir en las técnicas de reproducción humana asistida en la forma prescrita por la ley, confiere la calidad de hijo de determinada persona conforme al artículo 570 y 575 del Código Civil Argentino. Ese último artículo se preocupa de privar de derechos filiales al tercero donante, excepto para los efectos de los impedimentos dirimentes.

---

Podrán también impugnarla, en cualquier tiempo, los verdaderos padre o madre del hijo, el verdadero hijo o el que pasa por tal si se reclama conjuntamente la determinación de la auténtica filiación del hijo verdadero o supuesto. Si la acción de impugnación de la maternidad del pretendido hijo no se entablare conjuntamente con la de reclamación, deberá ejercerse dentro del año contado desde que éste alcance su plena capacidad.

No obstante haber expirado los plazos establecidos en este artículo, en el caso de salir inopinadamente a la luz algún hecho incompatible con la maternidad putativa, podrá subsistir o revivir la acción respectiva por un año contado desde la revelación justificada del hecho”.

<sup>23</sup> Senado, (2009), Informe De La Comisión De Derechos Humanos, Nacionalidad Y Ciudadanía, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica diversos cuerpos legales en materia de nombre de las personas, p. 10.

<sup>24</sup> Artículo 1° inciso 2° de la Ley 20.830.

<sup>25</sup> Artículo 402 del Código Civil y Comercial.

<sup>26</sup> Artículo 509 del Código Civil y Comercial.

<sup>27</sup> Grossman y Herrera, (2011), *Marriage and Sexual Orientation in Argentine Law*, Int'l Surv. Fam. L. 27 2011, p.37.

<sup>28</sup> Artículo 565 del Código Civil y Comercial.

Tampoco se hace problema la legislación argentina en cuanto a los apellidos: el artículo 64 del Código Civil y Comercial determina que “El hijo matrimonial lleva el primer apellido de alguno de los cónyuges; en caso de no haber acuerdo, se determina por sorteo”. Esto beneficia, de paso, a la mujer en las uniones heterosexuales porque el hijo puede llevar primero su apellido y no es obligatorio usar primero el paterno.

La adopción puede concederse a matrimonios y a ambos integrantes de una unión civil<sup>29</sup>, lo que incluye a parejas de distinto e igual sexo.

En España también existe el matrimonio igualitario<sup>30</sup> y en cuanto a la filiación, la Ley 14/2006 en su artículo 7.3 señala que “cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”.

Se limita la posibilidad de maternidad subrogada, estableciendo que la maternidad queda determinada por el parto<sup>31</sup>.

Si bien las normas sobre filiación del Código Civil parecieran referirse a heterosexuales, la Ley 19/2015 modificó el art. 44 de la Ley 20/2011 recogiendo las reglas sobre reproducción humana asistida y que “constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”<sup>32</sup>.

El reconocimiento parece poder hacerse sólo respecto un padre y una madre<sup>33</sup>, no obstante se permite tener por acreditada la filiación ante el Encargado del Registro Civil por hallarse el hijo en posesión de estado<sup>34</sup>, que parece referirse también a heterosexuales, sin embargo, con anterioridad la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de fecha 5 de diciembre de 2013 N° 740/2013<sup>35</sup> relativo a dos mujeres que firman consentimiento para fertilización asistida de una de ellas y luego contraen matrimonio, nacen 2 hijas y se pide rectificación de la partida ya que es casada y que se identifique a su cónyuge para los efectos filiativos. Se rectifica solo en cuanto al estado civil. Las cónyuges se separan y la cónyuge no-madre demanda reclamación de filiación basada en posesión de estado, lo que fue acogido y rechazada la apelación contraria por lo que deduce casación, dándole valor la corte a la voluntad libre y manifestada de ser progenitoras mediante consentimiento expreso, incluso si

---

<sup>29</sup> Artículo 599 del Código Civil y Comercial.

<sup>30</sup> Artículo 44 inciso segundo del Código Civil Español.

<sup>31</sup> Artículo 10 Ley 14/2006 sobre las técnicas de reproducción humana asistida.

<sup>32</sup> art. 44 N° 5.

<sup>33</sup> Artículo Art. 44.7 Ley 20/2011, modificado por ley 19/2015.

<sup>34</sup> Ibidem.

<sup>35</sup> Tribunal Supremo, Recurso N° 134 / 2012, sentencia de 5 de diciembre de 2013 N° 740/2013, online, (fecha de consulta: 10/10/2015), disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=6910994&links=%22740%2F2013%22&optimize=20131217&publicinterface=true>

la posesión de estado no ha quedado suficientemente acreditada. Estima el Tribunal que “se posibilita, por tanto, la coexistencia de dos filiaciones a favor de personas del mismo sexo: una filiación materna biológica y una filiación no basada en la realidad biológica, sino en una pura ficción legal, ambas con los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza”, en opinión del Tribunal la remisión que se hace a las leyes civiles posibilita el ejercicio de las acciones filiativas, por ende, también podría efectuarse el reconocimiento.

Los apellidos, conforme al artículo 55 de la Ley sobre Registro Civil están determinados por la filiación, pudiendo el progenitor que reconozca determinar el orden, lo que puede ser alterado por su titular al cumplir la mayoría de edad.

De acuerdo a la ley española pueden adoptar los cónyuges y las parejas unidas por análoga relación de afectividad a la conyugal<sup>36</sup>, por lo que existiendo matrimonio igualitario, se aplica a parejas heterosexuales y LGTBI.

### **Consecuencias de la no regulación**

La no regulación de esta situación de hecho, traerá numerosas consecuencias en relación a los niños. Se analizará brevemente el cuidado personal, la relación directa y regular y algunas consecuencias financieras.

La Ley 20.830 solo innova en cuanto al cuidado personal dado a terceros, modificando el inciso segundo del artículo 226 del Código Civil, estableciendo que en la elección de las personas que se harán cargo de los hijos en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres 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.

El problema es que este artículo habla de “inhabilidad” y no de muerte. Si los padres mueren, no se puede regular la tuición porque no hay legitimado pasivo y la ley no previó la situación. Entonces lo que corresponde es nombrar tutor o curador, dependiendo de la edad del niño. Dicho nombramiento no se encuentra presidido por el interés superior del niño y se apega a un orden legal estricto<sup>37</sup> que no considera si la persona llamada es la más idónea para hacerse cargo del niño, porque está dirigida a lo patrimonial, aunque involucra el cuidado personal<sup>38</sup>, por este motivo podría suceder que los niños no quedaran con su madre o padre no-biológico, aunque tuviera las habilidades, apego y la manifestación de voluntad del niño.

En el caso de Valeska Silva, quien crió a la hija que tuvo con Magaly Zamorano por inseminación artificial, al fallecer la segunda tuvo que pelear en distintos juicios (protección, tuición y, finalmente, nombramiento de tutor) en contra de los muy mayores padres de su

---

<sup>36</sup> Artículo 175.4 del Código Civil español.

<sup>37</sup> Artículo 367 del Código Civil Chileno.

<sup>38</sup> Artículo 340 del Código Civil Chileno.



pareja. Finalmente en agosto pasado llegaron a un acuerdo en orden a que la madre de crianza se hiciera cargo de la tuición de la niña, confiriendo visitas a los abuelos<sup>39</sup>.

Actualmente se tramita en el Tribunal Constitucional<sup>40</sup> chileno un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las normas de las curadurías, por no respetar la igualdad ante la ley de los niños cuyos padres mueren y el interés superior del niño, aunque no se refiere a un caso de LGTBI.

Por otro lado, si las partes se separan, la madre o padre no biológico no tendrá vínculo legal alguno con el hijo que crió (ya que al cesar la convivencia civil, cesan los lazos de parentesco) y el régimen comunicacional o de visitas corresponde solo al padre<sup>41</sup>, a los abuelos<sup>42</sup> y se puede, según el artículo 48 de la Ley de Menores, también conceder a los “parientes que individualice” y no siendo pariente el ex conviviente, ya que al terminar el acuerdo termina el parentesco, no podrá ver más al niño.

Este conflicto se ha dado en la jurisprudencia comparada en los casos VC contra MJB, ventilado entre dos lesbianas en New Jersey, una de las cuales se embarazó con el consentimiento y participación de la otra, así como en el cuidado posterior llamando a una “Mami” y a la otra “Meema”, siendo alentada la vinculación por la madre biológica. Dos años después la madre biológica puso fin a la relación, turnándose por dos meses para estar en la casa con los niños, hasta que la madre no-biológica se mudó y MJB suspendió las visitas de VC. Ambas iniciaron nuevas relaciones. VC demandó cuidado compartido, pero el tribunal falló en su contra por no haber probado que era una madre de facto, así como el derecho de visitas por cuanto solo le correspondía por equidad y en este caso estimó que no eran convenientes para los niños. La Corte de Apelaciones confirmó la sentencia en cuanto al cuidado, pero otorgó visitas a VC. Ambas partes recurrieron y la Corte de Nueva Jersey, reconociendo que no hay ley que resuelva el conflicto, determina que VC tiene el estatus de madre psicológica de los niños, ya que probó que: “(1) que el padre biológico o adoptivo ha aceptado y fomentado la formación y el establecimiento de una relación como-padre con el niño, (2) que el peticionario y el niño hayan vivido juntos en el mismo hogar, (3) que el peticionario haya asumido las obligaciones de la paternidad mediante la adopción de una significativa responsabilidad por el cuidado, la educación y el desarrollo del niño, incluida la contribución a la manutención del niño, sin esperar compensación financiera [la contribución de un peticionario a la manutención de un niño no tiene que ser monetaria], y (4) que el peticionario haya ejercido un papel de padre durante un período de tiempo suficiente para

---

<sup>39</sup> El Mostrador, (12 agosto 2015), Justicia otorga cuidado personal de menor a madre lesbiana, tras muerte de su pareja, online, (fecha de consulta: 10/10/2015), disponible en <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/>

<sup>40</sup> ROL 2867-2015.

<sup>41</sup> Artículo 229 del Código Civil.

<sup>42</sup> Artículo 229- del Código Civil.

haber establecido con el niño una unión, relación de dependencia de naturaleza parental”. Estimó que no era conveniente para los niños establecer custodia compartida, pero mantuvo las visitas entre VC y los niños<sup>43</sup>.

Esto también puede tener consecuencias financieras, no sólo porque el niño no podrá demandar alimentos su padre o madre no-legal, ni beneficios como bono de escolaridad, nacimiento, etc., sino que si el padre o madre no-biológico muere no tienen derecho a reclamar la herencia que les corresponde y los beneficios sociales, como orfandad, por ejemplo.

### **Conclusión:**

El legislador chileno, al no regular una situación que se va a presentar, no sólo comprometió la constitucionalidad de la Ley, sino que dejó entregado al leal saber y entender de cada juez el destino de numerosas familias, especialmente niños, y deberá ser la jurisprudencia que deberá resolver estos conflictos, recurriendo a su prudencia, los tratados y precedentes internacionales. Además, deja desprotegido al niño tanto afectiva como económicamente, lo que va contra su interés superior.

No regularlo, no va a impedir que suceda, como pasó con la antigua legislación que distinguía entre hijos legítimos e ilegítimos, que con el afán de fomentar la constitución formal de las familias arrasó con los derechos de los hijos llamados “ilegítimos” y no logró su propósito, ya que en 1998, año en que se dictó la ley 19585 que estableció la igualdad de los hijos nacidos tanto dentro como fuera del matrimonio, el porcentaje de hijos nacidos fuera de éste era de 45,8%<sup>44</sup>, es decir, casi la mitad.

### **(\*) Nel Greeven Bobadilla**

Jueza Titular, Juzgado de Familia de Pudahuel

Magíster en Derecho de Infancia, Adolescencia y Familia.

Candidata a Magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

### Antecedentes y Actividades Académicas

*Educación Superior, estudios de Derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho de la Universidad de Chile. Curso profundizado de Derecho de Menores en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile a cargo de la profesora Sra. Ana Luisa Prieto. Curso profundizado de Derecho Procesal del Trabajo en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile a cargo del profesor Sr. Julio Disi. Obtención del Título de Abogado otorgado por la Excmá Corte Suprema de*

---

<sup>43</sup> Supreme Court of New Jersey, V.C., Plaintiff-Respondent and Cross-Appellant, v. M.J.B., Defendant-Appellant and Cross-Respondent, Decided: April 6, 2000, online, (fecha de consulta: 10/10/2015), disponible en <http://caselaw.findlaw.com/nj-supreme-court/1167167.html>

<sup>44</sup> VELOSO, Paulina, (2001), Capítulo II. Principios Fundamentales del Nuevo Estatuto de Filiación, en *La filiación en el Nuevo Derecho de Familia*, (Cap.9-80), SCHMIDT, C. Y VELOSO, P., Santiago, Chile, Editorial Jurídica Conosur, p. 26.

Chile. 22° Programa de Formación de la Academia Judicial de Chile. Diploma de Postítulo en “Ley de Matrimonio Civil y Tribunales de Familia”. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho de la Universidad de Chile. Curso “Atención en Juzgados de Familia a Niños y Niñas con Derechos Gravemente Vulnerados”. Escuela de Psicología. Pontificia Universidad Católica de Chile. Magister en Derecho con mención en Derecho de Infancia, Adolescencia y Familia, Universidad Diego Portales. Curso de Inglés en Instituto Tronwell. CJMY-1 Justicia y Mujeres Indígenas: “Hacia una Interpretación Intercultural y sin Discriminación de los Derechos de las Mujeres Indígenas en Chile”. Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile. Diplomado en Acciones Constitucionales y Derechos Fundamentales. Universidad Diego Portales. Magister en Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Universidad Diego Portales. Tesis aprobada con nota 6.8. Profesora Suplente de Historia del Derecho Universidad de Magallanes. Profesora de Magister de Derecho Procesal de Familia de la Universidad Católica de la Santísima Concepción. Profesora del Programa de Perfeccionamiento del Poder Judicial, Academia Judicial, diversos módulos. Profesora Programa de Formación, Academia Judicial, Módulo Redacción de Sentencias en Materia de Familia.

#### Antecedentes Laborales

Procuradora Banco Bhif. Abogada BBVA Banco Bhif. Secretaria Titular del Juzgado de letras de Menores de Castro. Secretaria del Primer Juzgado del Trabajo de Punta Arenas.

Jueza Titular del Juzgado de Familia de Pudahuel.

#### Publicaciones

“Los problemas de la actual normativa de filiación” Diario El Mostrador, 05 de diciembre de 2013. “Filiación, Derechos Humanos Fundamentales y Problemas de su Actual Normativa”, 1° Edición, Editorial Librotecnia, Santiago, 516 pp. Ponencia. “Cumplimiento de las Sentencias en Materia de Alimentos” en Congreso de Jueces con Competencia en Materia de Familia, celebrado en Concepción entre el 10 y el 12 de Abril de 2014. Ponencia. “UNCRC and International Recovery of Maintenance; Child Poverty and Economic Rights” en HCCH Asia Pacific Week 2015, celebrado en Hong Kong entre el 9 y el 11 de Noviembre de 2015. Ponencia. “Filiación en el Acuerdo de Unión Civil” en el Primer Congreso Euroamericano de Derecho de Familia, celebrado en Buenos Aires entre el 19 y el 21 de Noviembre de 2015.