Regulación de filiación homoparental en la legislación extranjera (2020)

España, Argentina y Noruega

Autores

Paola Truffello G.
ptruffello@bcn.cl
(56) 32 226 3185

Guido Williams O.
gwiliiams@bcn.cl
(56) 32 226180

Con la colaboración de Christine Weidenslaufer V.

Comisión

Elaborado para la Comisión Especial del Senado, encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes en el marco del proyecto de ley que regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo, Boletín N° 10.626-07.

Nº SUP: 120654

Resumen

El proyecto de ley, Boletín N° 10.626-07 otorga reconocimiento y protección al derecho de filiación de los hijos e hijas (biológicos y/o de crianza) de parejas del mismo sexo. En lo específico: reconoce el derecho de la pareja conviviente civil a adoptar, como pareja (en forma equivalente a los cónyuges) o individualmente (al hijo del otro conviviente civil); reconoce el derecho de filiación de los hijos/as nacidos mediante técnicas de reproducción asistida respecto de la pareja de mujeres que se sometió a ella, y; permite el reconocimiento voluntario de maternidad a la mujer que comparte la crianza del hijo/a.

La iniciativa propone modificar la normativa desde la perspectiva del derecho del niño y su derecho a vivir en familia, fortaleciendo su derecho a mantener relaciones filiativas con sus padres o madres biológicos o de crianza.

En España, Argentina y Noruega, países donde existe regulación de los matrimonios y convivencias de personas del mismo sexo, se encuentran regulaciones similares a la propuesta.

En términos generales, la filiación por adopción plena se permite en las tres legislaciones, tanto para las parejas casadas como para las uniones de convivencia del mismo sexo.

Respecto de la filiación de los hijos/as concebidos mediante técnicas de reproducción humana asistida, las legislaciones analizadas lo regulan de manera similar, salvo España donde ella solo procede si existe matrimonio entre las mujeres que se someten a la técnica. En Argentina y Noruega, procede también en los casos de relación de convivencia.

Introducción

El año 2017, en el marco del proyecto de ley que regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo, Boletín N° 10.626-07 y, a solicitud de la Comisión Especial del Senado, encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes, la Biblioteca del Congreso Nacional elaboró el Informe “Casos de filiación homoparental en la legislación extranjera”.

Dicho informe, actualizado el año 2019, contiene ejemplos de legislación extranjera que regulen la filiación de hijos e hijas de parejas del mismo sexo de manera similar a la propuesta por el Boletín N° 10.626-07. Para ello, en primer lugar, se identifican las hipótesis que el proyecto de ley contempla para regular el derecho de filiación de niños y niñas de parejas del mismo sexo, para luego desarrollar la regulación existente en España, Argentina y Noruega. El informe no abordó jurisdicciones en las que no se permitiera la filiación mencionada, por no corresponder al mandato recibido.

A solicitud de la citada Comisión, este documento actualiza las versiones anteriores.

Las traducciones de normas extranjeras son propias y las disposiciones nacionales citadas han sido obtenidas de la base de datos LeyChile de BCN.

I. Hipótesis de filiación homoparental del proyecto de ley, Boletín N° 10.626-07

La iniciativa en estudio propone crear un estatuto jurídico para los hijos e hijas de parejas del mismo sexo "que aborde sus derechos de filiación, en cumplimiento de los principios de igualdad y no discriminación, protección de las familias y los derechos de los niños y las niñas".

De esta forma, el proyecto en estudio enmarca su propuesta desde la perspectiva del niño/a y su derecho a vivir en familia, consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño para el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad de niños y niñas.

En este sentido y como señala Illanes (2016)

> [l]a consideración del derecho a vivir en familia, como derecho humano, reclama de su resguardo precisamente a partir de la consideración del titular de ese derecho y no a partir de quienes están llamados a satisfacerlo.

El Boletín N°10.626-07, propone la modificación de tres cuerpos legales: el Código Civil, la Ley N° 19.620 de adopción de menores y la Ley N° 20.584 de derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud.

Las hipótesis de filiación que contempla el proyecto son las siguientes:

1. Hijo/a adoptado por conviviente civil

Se otorga al conviviente civil el derecho a adoptar en las siguientes circunstancias[1]:

- Se permite a la pareja conviviente civil adoptar en igualdad de condiciones que los cónyuges.
- Se permite la adopción del hijo/a del conviviente civil, cuando éste solo ha sido reconocido por uno de sus progenitores.

[1] El estado civil de conviviente civil fue creado por la Ley N° 20.830 que regula el acuerdo de unión civil.

- Se permite la adopción del hijo/a del conviviente civil, aunque éste tenga filiación determinada de ambos progenitores, siempre que concurra consentimiento del otro padre o madre o autorización judicial en su caso.

2. Hijo/a nacido mediante aplicación de técnicas de reproducción asistida (TRA)

Se establece la filiación entre el hijo/a nacido con el apoyo de TRA y la pareja de mujeres que se sometió conjuntamente a ella, quienes son consideradas madres del hijo/a.

Actualmente, la ley contempla este tipo de filiación solo para parejas heterosexuales[2].

En este aspecto, el proyecto además incorpora a la Ley N° 20.584 de derechos y deberes en materia de salud, un párrafo referido a la autonomía reproductiva, reconociendo el derecho de toda persona a fundar una familia y acceder igualitariamente a la tecnología necesaria para ello. El ejercicio de este derecho, dispone el proyecto, solo requiere del consentimiento de la persona, y no puede condicionarse a la existencia de una pareja estable, orientación sexual determinada o diagnóstico de infertilidad. Se contempla también una acción judicial para cautelar el ejercicio de este derecho.

3. Hijo/a reconocido por madre de crianza

Se establece la filiación entre un niño/a sin paternidad determinada y la mujer que lo reconoce voluntariamente como propio.

Esta hipótesis, que hace aplicable las normas de reconocimiento voluntario, supone que la mujer que reconoce la maternidad, será la pareja de la madre biológica que comparte la crianza del niño/a. Así lo señalan los antecedentes de la iniciativa, que privilegia “la voluntad y el compromiso de crianza por sobre la realidad biológica”.

La norma propuesta no distingue, por lo que dicho reconocimiento podría ser hecho por cualquier mujer y, además, no se aplicaría a los hombres.

Actualmente, el reconocimiento voluntario está establecido solo para el padre o madre biológica[3].

II. Legislación extranjera

1. España

En España se reconoce tanto el matrimonio entre personas del mismo sexo (a nivel nacional), como las relaciones de convivencia del mismo sexo (por diversas comunidades autónomas).

[2] Art. 182, Código Civil.
[3] Art. 187 y 188, Código Civil.

El matrimonio entre personas del mismo sexo se encuentra regulado a nivel nacional en el Código Civil. Fue establecido por la Ley 13/2005 el 2005, la que modificó el citado código y dispuso iguales requisitos y efectos cuando los contrayentes del matrimonio son del mismo o distinto sexo[4].

A diferencia del matrimonio, la convivencia o unión civil no encuentra regulación unitaria nacional, sin perjuicio de que éstas sean mencionadas, por ejemplo en el Código Civil[5]. Su regulación se encuentra a nivel de las comunidades autónomas, como es caso de: Andalucía, Aragón, Asturias, Baleares, Canarias, Cataluña, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla-León, Extremadura, Galicia, Madrid, País Vasco y Valencia. Según ha señalado el Consejo de Notarios de la Unión Europea, en España, las parejas de hecho pueden ser tanto homosexuales como heterosexuales, registradas o no registradas.

a. Filiación por adopción por el cónyuge o pareja con análoga relación de afectividad

La Ley 13/2005 ya referida, estableció la filiación por adopción conjunta o sucesiva, por parte de matrimonios del mismo sexo o por parejas unidas por análoga relación de afectividad a la conyugal[6]:

> Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges o por una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permitirá al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. Esta previsión será también de aplicación a las parejas que se constituyan con posterioridad. (…).

Según se precisa en la doctrina, el concepto de parejas unidas por análoga relación de afectividad a la conyugal puede alcanzar no sólo a quienes se encuentran bajo el imperio de una norma sobre parejas registradas, sino que incluso a quienes no han realizado dicho trámite (Boldó, 2013:28).

b. Filiación de los hijos/as nacidos mediante TRA

La Ley N° 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida, dispone que la filiación deberá regularse por las leyes civiles, salvo las especificaciones que establece dicha ley[7].

En lo que nos interesa, la Ley N° 14/2006, modificada por la Ley 19/2015, señala que[8]:

> 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 de Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.

[4] Art. 44, Código Civil.
[5] Cabe mencionar que el Tribunal Supremo de España ha reconocido la libertad de pactar por los miembros de la pareja, en el marco de la autonomía contractual (artículo 1.255 del Código Civil de España), los efectos económicos de la convivencia, con la misma libertad con la que decidieron unirse y con los límites generales del mencionado artículo 1.255. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, 611/2005, de 12 de septiembre de 2005.
[6] Apartado 4 nuevo, art. 175, Código Civil.
[7] Art. 7, Ley N° 14/2006.
[8] Art. 7.3, Ley N° 14/2006.

De esta forma, la doble filiación maternal de hijos/as nacidos mediante TRA procede solo si existe unión matrimonial. No existe normativa aplicable a la gestación que se da en el ámbito de una unión de hecho entre mujeres, salvo recurrir a la adopción (De la Fuente, 2015:14).

Cabe considerar en esta materia, que la jurisprudencia española ha legitimado el ejercicio de la acción de reclamación de maternidad por permanente posesión de estado (regulada en el art. 131 del Código Civil[9]) en el ámbito de la doble maternidad legal, para la ex esposa como para la ex conviviente de la madre biológica (De la Fuente, 2015: 5-6).

2. Argentina

En Argentina, la Ley Nacional N° 26.618 (2010), estableció el matrimonio entre personas del mismo sexo, con iguales efectos que el celebrado entre parejas heterosexuales.

Posteriormente, el nuevo Código Civil y Comercial[10] estableció como regla general en materia de matrimonio, que todas las normas debían ser interpretadas y aplicadas sin limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del mismo, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo[11].

El citado código, estableció asimismo, las llamadas uniones convivenciales, es decir, la relación afectiva de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo[12].

Se contemplan como fuentes de la filiación la que tiene lugar por naturaleza, por técnicas de reproducción humana asistida o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos[13].

a. Filiación por adopción por el cónyuge o pareja en unión convivencial

En materia de filiación por adopción (simple, plena o de integración), la ley argentina dispone que pueden ser adoptantes un matrimonio, los integrantes de una unión convivencial o una única persona[14].

De manera que se permite la adopción por parejas del mismo sexo, se encuentre casadas o en unión convivencial.

[9] Art. 131, Código Civil, España: "Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado. Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada".
[10] Ley N° 26.994, en vigencia desde agosto de 2015.
[11] Art. 402, Código Civil y Comercial.
[12] Art. 509, Código Civil y Comercial.
[13] Art. 558, Código Civil y Comercial.
[14] Art. 599, Código Civil y Comercial.

b. Filiación de los hijos/as nacidos mediante TRA

En materia de filiación derivada de TRA, se consagra la voluntad procreacional matrimonial o extramatrimonial[15]. Esta norma señala:

> [l]os 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.

Los artículos 560 y 561 citados, regulan el consentimiento (previo, informado y libre) en las TRA, el que debe renovarse cada vez que se utilicen gametos o embriones y además la forma y requisitos del mencionado consentimiento.

Asimismo, en materia de voluntad procreacional, se dispone que la determinación de la filiación en este caso, se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad a lo reseñado. En el caso que se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales[16].

Asimismo, en los casos de TRA, la presunción de filiación matrimonial[17] no procede cuando el o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, libre e informado.

3. Noruega

En Noruega, se encuentra regulada la convivencia y el matrimonio de personas del mismo sexo en la Ley para parejas de hecho registradas del mismo sexo (*Act N° 40 relating to Registered Partnership,* en 1993) y en la Ley de Matrimonio (*The Marriage Act N° 47*), en 2009, respectivamente.

Se establece la filiación homoparental por adopción conjunta por los cónyuges o cohabitantes así como la del hijo/a del cónyuge, cohabitante o pareja de hecho registrada del mismo sexo[18] (salvo que el niño sea extranjero y en su país de origen no se permita dicha adopción).

Respecto a la filiación derivada de TRA, se considera co-madre a la mujer que al momento del nacimiento del niño/a concebido por TRA, se encontraba casada con la madre biológica y consintió en la fecundación (salvo que al momento del nacimiento se encuentre separada de su cónyuge por acuerdo o sentencia judicial).

---

[15] Art. 562, Código Civil y Comercial.
[16] Art. 575, Código Civil y Comercial.
[17] Art. 566, inc. 1°, Código Civil y Comercial, establece que, salvo prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge, los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte.
[18] Sección 6, Ley para parejas de hecho registradas del mismo sexo.

Por su parte, la cohabitante de la madre puede declarar la co-maternidad del niño/a nacido mediante TRA si consintió en la fecundación.

a. Filiación por adopción del hijo/a anterior del cónyuge o cohabitante

En materia de adopción, la Ley de Adopción de Noruega (*Adoption Act N° 16* de 2017) establece como regla general que solo las personas capaces de ser buenos proveedores de cuidado para niños pueden adoptar o se les puede otorgar el consentimiento previo para adoptar (sección 5).

Luego, el artículo 6 dispone que sólo los cónyuges y los cohabitantes pueden adoptar juntos. Cohabitantes significa dos personas que viven juntas en una relación estable y parecida a un matrimonio.

Asimismo, esta disposición señala que una persona casada o un cohabitante puede adoptar solo si su cónyuge o cohabitante falta, tiene una discapacidad mental o tiene una enfermedad mental grave. Adicionalmente, puede adoptar solo si el niño es:

- El hijo del cónyuge o cohabitante anterior o actual del solicitante.
- El propio hijo del solicitante.
- El ex hijo adoptivo del solicitante.

b. Filiación del hijo/a concebido por TRA. Presunción de la cónyuge y declaración de la cohabitante

La Ley de Infancia noruega (*Children Act N° 8,* de 2017) en materia de paternidad o co-maternidad (sección 3) dispone que:

> El hombre con quien la madre está casada en el momento del nacimiento del niño será considerado como el padre del niño.
>
> La mujer con la que la madre está casada en el momento del nacimiento del niño, cuando éste fue concebido por medio de fertilización asistida, proporcionada por un servicio de salud noruego y aprobado, con el consentimiento de la mujer para la fecundación, se considerará como la co-madre del niño. En el caso que la fertilización asistida sea proporcionada por un servicio de salud aprobado, pero fuera de Noruega, deberá conocerse la identidad del donante de esperma.
>
> Si los cónyuges estuvieran separados por acuerdo o por una sentencia judicial, en el momento del nacimiento, no se aplicarán los párrafos primero y segundo.
>
> Si la madre es viuda, su último cónyuge será considerado padre o co-madre si es posible que la madre haya concebido antes de la muerte del cónyuge.

Si la paternidad o maternidad no es establecida conforme a la sección 3, ésta puede ser declarada (es decir, reconocida). Si el niño nació mediante fertilización asistida, la cohabitante de la madre puede

declarar su co-maternidad, siempre que se haya hecho en un servicio de salud aprobado y la cohabitante de la madre haya dado su consentimiento para la fecundación (sección 4).

La co-maternidad de un niño/a también es regulada en la Ley de Infancia, la que dispone que la cónyuge o cohabitante de la madre será considerada como la co-madre del niño si ella se deriva del matrimonio, de una declaración (como la de la sección 4) o de una sentencia. Un niño no puede tener tanto un padre como una co-madre. Las disposiciones establecidas en estatutos o reglamentos que se apliquen o se refieran a un padre se aplicarán de la misma manera a una co-madre o con respecto a ella. Las disposiciones relativas al establecimiento y la impugnación de la paternidad se aplicarán en la medida en que sean apropiadas para el establecimiento y la constatación de la maternidad (sección 4 a).

Referencias

Boldó, Gabriela. (2013). *Problemática en cuanto a la efectiva protección en las situaciones de maltrato* a la mujer. Barcelona: Editorial Vlex.

Consejo de Notarios de la Unión Europea (s/f).*¿Qué estipula la ley con respecto a la propiedad de parejas de hecho registradas y no registradas?.* Disponible en: http://bcn.cl/20j5f (diciembre, 2020).

De la Fuente Núñez de Castro, M.S. (2015). Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal, en *InDret, Revista para el análisis del Derecho*. 1. Disponible en: http://bcn.cl/29yu2 (diciembre, 2020).

Illanes Valdés, A. (2016). La satisfacción del derecho del niño a vivir en familia en las distintas realidades y estructuras familiares. *Segundas Jornadas Nacionales de Derecho de Familia*. Santiago.

Textos normativos

Argentina Ley Nacional N° 26.618. Disponible en: http://bcn.cl/29yu9 (diciembre, 2020).

Nuevo Código Civil y Comercial, Ley 26.994. Disponible en: http://bcn.cl/29yua (diciembre, 2020).

Chile Código Civil, contenido en el art. 2 del D.F.L N° 1 de 2000 del Ministerio de Justicia. Disponible en: http://bcn.cl/25o5v (diciembre, 2020).

Ley N° 19.620 de adopción de menores. Disponible en: http://bcn.cl/29yxn (diciembre, 2020).

Ley N° 20.584 de derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. Disponible en: http://bcn.cl/25b3z (diciembre 2020)

Ley N° 20.830 que regula el acuerdo de unión civil. Disponible en: http://bcn.cl/25o5w (diciembre, 2020).

España

Ley 13/2005 que modificó el Código Civil en 2005. Disponible en: http://bcn.cl/29ytb (diciembre, 2020).

Código Civil. Disponible en: http://bcn.cl/29yt7 (diciembre, 2020).

Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida. Disponible en: http://bcn.cl/o5hm (diciembre, 2020).

Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. Disponible en: http://bcn.cl/29yu7 (diciembre, 2020).

Noruega

Ley para parejas de hecho registradas del mismo sexo (*Act N° 40 relating to Registered Partnership*). Disponible en: http://bcn.cl/29yy9 (diciembre, 2020).

Ley de Matrimonio (*The Marriage Act* N° 47). Disponible en: http://bcn.cl/29yya (diciembre, 2020).

Ley de Adopción (*The Adoption Act* N° 16). Disponible en: http://bcn.cl/29yyb (diciembre, 2020).

Ley de Infancia (*The Children Act* N° 8). Disponible en: http://bcn.cl/29yyd (diciembre, 2020).

Nota Aclaratoria

Asesoría Técnica Parlamentaria, está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley. Con lo cual se pretende contribuir a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.

Creative Commons Atribución 3.0
(CC BY 3.0 CL)