



# Terminología jurídica aplicable a la filiación de padres y madres del mismo sexo

Casos de España, Argentina y Uruguay

## Autores

Pamela Cifuentes V  
pcifuentes@bcn.cl

Pedro Guerra A.  
pguerra@bcn.cl

Paola Truffello G.  
ptruffello@bcn.cl

Con la colaboración de  
Christine Weidenslauffer V.

## Comisión

Elaborado para la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en el marco de la discusión del proyecto de ley iniciado en Mensaje que modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio de parejas del mismo sexo (Boletín N° 11.422-07).

N° SUP: 130085

## Resumen

En el derecho comparado, España, Argentina y Uruguay reconocieron legalmente el matrimonio entre personas del mismo sexo en los años 2005, 2010 y 2013, respectivamente. En este contexto, adecuaron la nomenclatura en sus normas para adoptar términos neutros no indicativos del género femenino y masculino en las relaciones de filiación y otras materias.

En España, el proceso de reconocimiento del matrimonio de personas del mismo sexo comenzó con la modificación del Código Civil y de la Ley de Registro Civil, que implicó establecer terminologías neutras en el ordenamiento jurídico. Se reemplazó el binomio de “padre y madre” por el de “progenitores”, para no hacer referencia expresa al sexo de las personas. Parte de la doctrina ha criticado el término “progenitores” usado por el legislador, por considerarlo un término que solo se relaciona correctamente con “padres biológicos”. Sin embargo, no se han planteado alternativas de denominación para referirse a la filiación homoparental. Posteriormente, la Ley sobre técnicas de reproducción asistida (TRA) en España reconoció la doble filiación maternal de hijos/as nacidos mediante estas técnicas, siempre que exista una unión matrimonial.

Por su parte, en Argentina, la ley que reconoció el matrimonio igualitario modificó el Código Civil de la época, producto de lo cual también se buscó una fórmula para adecuar la nomenclatura en sus normas, aunque diferente al caso español. Se reemplazó el binomio “padre y madre” por el término genérico “padres”, entendiendo que este comprendía también a las “madres”. Luego, el nuevo Código Civil y Comercial del año 2015 reguló la filiación, estableciendo los mismos efectos para aquella originada por la naturaleza, la adopción o por las TRA (Argentina también cuenta con una ley especial que las regula).

Por último, en Uruguay la ley que reconoció el matrimonio entre personas de igual sexo modifica también el Código Civil. Dentro de sus principales cambios, la ley modificó las reglas de la filiación e introdujo a propósito de la presunción de paternidad, una terminología distinta para referirse a aquellas personas que por razones biológicas están imposibilitadas entre sí para la concepción y que recurren a otros medios para tener hijos, denominándolos “progenitores jurídicos”. También con el objetivo de introducir un concepto neutro, cambió el término “padre o madre biológico” por el de “progenitores biológicos”.

## Introducción

---

La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se encuentra analizando en particular el proyecto de ley, originado en Mensaje, que modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio de parejas del mismo sexo (Boletín N° 11.422-07). En sesión de fecha 11 de marzo del año 2021, entre otras materias, se debatió sobre la terminología jurídica que debía utilizarse para definir a la filiación de un hijo o hija respecto de cada uno de los integrantes de una pareja compuesta por personas del mismo sexo (dos mujeres/dos hombres). Específicamente, se planteó una consulta a Asesoría Técnica Parlamentaria de la Biblioteca del Congreso Nacional, tendiente a aclarar las diferencias conceptuales entre padre/madre y progenitor y a indagar en la forma en que otras legislaciones abordan la cuestión cuando se trata de asignar dichas categorías a una estructura familiar homoparental considerando especialmente los casos de España y Argentina.

Para ello, este documento en primer lugar realiza un planteamiento del problema, para referirse en términos generales al alcance que nuestra legislación civil efectúa al concepto de progenitor, padre y/o madre. Asimismo, se refiere someramente a opiniones de la doctrina y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a dichos conceptos. En segundo lugar, también a modo contextual, se entregan antecedentes generales sobre la filiación homoparental en Chile, específicamente en relación a pronunciamientos de la judicatura, como a proyectos de ley en tramitación. Finalmente, se desarrollan las principales modificaciones que introdujeron las leyes en España, Argentina y Uruguay, para adecuar los términos aplicables a la filiación de hijos e hijas respecto a matrimonios homoparentales. La elección de los países corresponde a los solicitados por la citada Comisión, a los que se agregó Uruguay por representar una opción diferente. No se incluyen las normas que regulan la filiación homoparental de los hijos de parejas no matrimoniales.

La selección de las normas de los países consultados se hizo con el objeto de reflejar cómo se fueron incorporando temporalmente las modificaciones en sus respectivos ordenamientos jurídicos. Por tanto, se trata de una descripción ilustrativa acerca de la terminología utilizada y no busca ser exhaustiva de la regulación de la filiación homoparental.

Asimismo, debe precisarse que se han recogido ejemplos de jurisdicciones cuyos ordenamientos jurídicos usan como lengua oficial el español/castellano, por cuanto, como señala el Parlamento Europeo (PE), "los principios de neutralidad de género en el lenguaje y el lenguaje inclusivo de género requieren el uso de diferentes estrategias en los distintos idiomas oficiales<sup>1</sup>, dependiendo de la tipología gramatical de cada idioma"<sup>2</sup> (*European Parliament*, 2018:5). Sobre ello se hará referencia en el capítulo sobre derecho comparado y regulación de la homoparentalidad.

---

<sup>1</sup> En la actualidad se utilizan en el Parlamento Europeo 24 lenguas oficiales: alemán, francés, italiano y neerlandés (desde 1958), danés e inglés (1973), griego (1981), español y portugués (1986), finés y sueco (1995), checo, eslovaco, esloveno, estonio, húngaro, letón, lituano, maltés y polaco (2004), búlgaro, irlandés y rumano (2007) y croata (2013) (Parlamento Europeo, s/f).

<sup>2</sup> De acuerdo al PE, se puede distinguir tres tipos de lenguajes y las estrategias de acompañamiento para lograr la neutralidad de género (EP, 2018:5-6):

- **Idiomas de género natural** (como danés, inglés y sueco), donde los sustantivos referidos a personas son en su mayoría neutrales al género y hay pronombres personales específicos para cada género. La tendencia general aquí es reducir tanto

Es por ello que se han omitido en este informe casos como el de Noruega, que reguló el matrimonio de personas del mismo sexo en 2009 y, en ese contexto, estableció la filiación homoparental, además de la adopción, como aquella derivada de técnicas de reproducción humana asistida. De este modo, se consideró "co-madre" a la mujer que al momento del nacimiento del niño/a concebido a través de una TRA, se encontraba casada con la madre biológica y consintió en la fecundación<sup>3</sup>. Dispuso que un niño que tiene una co-madre no puede tener un padre al mismo tiempo. Sin embargo, las expresiones "co-madre" y "co-maternidad" constituyen traducciones literales de los términos noruegos "*medmor*" y "*medmorskapsk*", respectivamente, que no cuentan con una expresión equivalente en idioma español<sup>4</sup>.

Las traducciones son propias.

## I. Planteamiento del problema

---

El problema que se aborda en este estudio es el relativo a los conceptos de progenitor y de padre y/o madre, que se usan en el proyecto de ley Boletín N° 11.422, iniciado en Mensaje, a partir del cual se busca regular el matrimonio igualitario en Chile permitiéndolo respecto de contrayentes del mismo sexo.

La iniciativa legal señala en sus antecedentes que "(...) por la vía del matrimonio las parejas del mismo sexo podrán acceder a roles parentales". A partir de esto, propone reemplazar la referencia a "los padres" o la nomenclatura "padre y madre" que actualmente utiliza nuestro ordenamiento jurídico, por el término "progenitores". Específicamente estos conceptos se exponen en el artículo 34 del Proyecto, cuyo texto es el siguiente:

---

como sea posible el uso de términos específicos de género, y usar en cambio términos neutrales al género (palabras que se refieren a personas en general, sin referencia a mujeres u hombres).

- **Idiomas de género gramatical** (como alemán, lenguas romances [**español**] y lenguas eslavas), donde cada sustantivo tiene un género gramatical y el género de los pronombres personales generalmente coincide con el sustantivo de referencia. Como es casi imposible, desde un punto de vista léxico, crear formas neutrales al género ampliamente aceptadas a partir de palabras existentes en esos idiomas, se han buscado y recomendado enfoques alternativos en el lenguaje administrativo y político. Entre ellos está la feminización (el uso de corresponsales femeninos de términos masculinos o el uso de ambos términos), en particular en contextos profesionales, como los títulos profesionales cuando se hace referencia a las mujeres. Otro enfoque ha sido la sustitución del masculino genérico por formas dobles para referentes específicos.

- **Idiomas sin género** (como estonio, finlandés y húngaro), donde no hay género gramatical ni género pronominal. Por lo general, esos idiomas no necesitan una estrategia particular para incluir el género, salvo en los casos muy específicos.

<sup>3</sup> Mayores antecedentes sobre la regulación de la filiación homoparental en el derecho comparado se pueden encontrar en el Informe BCN (2019) "Casos de filiación homoparental en la legislación extranjera. España, Argentina y Noruega", elaborado en el marco del Boletín N° 10.626-07.

<sup>4</sup> Lo anterior se enmarca en el contexto de las diferentes estrategias adoptadas por las legislaturas para incorporar la maternidad plural, entre las que se encuentra la posibilidad de ampliar el alcance de estados civiles existentes para incluir nuevas maternidades. Así, por ejemplo, como señala Frederik Swennen (2019:105-106), en los Países Bajos se amplió la definición legal de madre de "la persona que ha dado a luz" para incluir también a "la mujer que está casada o es parte de una pareja registrada con la madre biológica y ha dado su consentimiento para la reproducción médicamente asistida utilizando el semen de un donante sin aspiraciones parentales". Por tanto, la etiqueta "madre" puede referirse a dos personas.

En cambio, continua el autor, el legislador belga (al igual que el noruego) no amplió la definición de madre, sino que creó un nuevo estado civil de "co-madre". De este modo, la base genética de la paternidad se reemplaza por una base intencional de la co-maternidad. Un niño tiene una madre y un padre, o una madre y una co-madre. En el Reino Unido se habría optado por la categoría intermedia de "segunda parentalidad femenina", reemplazando la paternidad por la parentalidad femenina en lugar de una maternidad adicional.

Los progenitores de una persona son aquellas personas respecto de las cuales se ha determinado la relación de filiación, es decir, su madre y padre, sus dos madres, o sus dos padres.

Las leyes u otras disposiciones que hagan referencia a las expresiones padre y madre, o bien, padre o madre, u otras semejantes, se entenderán aplicables a todos los progenitores, sin distinción de sexo, salvo disposición expresa en contrario.

Respecto de la presencia de estos términos en la legislación civil, es necesario destacar que el Código Civil chileno<sup>5</sup>, usa a ambos de forma indistinta. El citado Código en general utiliza el término “padres” para referirse tanto al padre como a la madre, mientras que en otras ocasiones se refiere al “padre y la madre”. Ejemplo de lo anterior se observa en el artículo 107: “Los que no hubieren cumplido dieciocho años no podrán casarse sin el consentimiento expreso de sus padres; si faltare uno de ellos, el del otro padre o madre (...)”. Por su parte, el término “progenitor” es utilizado en dos de sus disposiciones, para indicar de manera indistinta al “padre” o a la “madre”. En su Título Preliminar, define el “parentesco por consanguinidad” como “aquel que existe entre dos personas que descienden una de la otra o de un mismo progenitor, en cualquiera de sus grados” (art. 28). Y, con motivo de la acción de reclamación de filiación, se dispone que: “Si la acción es ejercida por el padre o la madre, deberá el otro progenitor intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad” (art. 204, inc.3). En el mismo sentido, utiliza el término progenitor el artículo 49 bis de la Ley N° 16.618 de Menores<sup>6</sup>.

Un antecedente adicional a un concepto de “progenitor” se encuentra en el Boletín N° 12.018-07 que dio lugar a la Ley N° 21.171 que creó un catastro nacional para inscribir a los mortuatos<sup>7</sup>. El proyecto de ley, originado en Mensaje, definía al progenitor como: “Ser humano que ha aportado en forma directa material genético a la criatura, permitiendo su concepción” (art. 2, b). Durante su tramitación dicho concepto fue eliminado y se incorporó la distinción entre “persona gestante” y “progenitor”. Así, el artículo 50 bis nuevo de la Ley sobre Registro Civil, dispone que el referido catastro “podrá contener la individualización de la persona gestante, y del progenitor, si éste lo autoriza”.

Entonces, desde el punto de vista de la legislación, progenitor aparece como un término genérico que refiere a padre y madre indistintamente. No obstante, como señala Maricruz Gómez de la Torre (2007:16), la paternidad y la maternidad determinan un conjunto de relaciones jurídicas que se denominan filiación, y que vinculan a los padres con los hijos. Esta relación paterno/materno - filial se construye, generalmente sobre un hecho biológico que es la procreación. Sin embargo, esta equivalencia no siempre es tal. Como apunta la autora

(...) esta relación puede constituirse sin atender al hecho biológico, como sucede en la filiación adoptiva y en la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida con donante (Gómez de la Torre, 2007:16)

<sup>5</sup> En art. 2 del DFL N° 1 de 2000 del Ministerio de Justicia.

<sup>6</sup> En art. 6, DFL N°1 de 2000 del Ministerio de Justicia.

<sup>7</sup> La Ley N° 21.171 modificó la Ley N° 4.808 sobre Registro Civil, contenida en el art. 3, DFL N°1 de 2000 del Ministerio de Justicia.

Este punto de vista arroja una primera distinción entre la procreación como hecho biológico y la filiación, como institución jurídica que puede o no venir determinada por ese hecho biológico. Asimismo, se evidencia una evolución de la filiación desde una noción basada únicamente en el vínculo sanguíneo hasta comprenderla como una relación fundamentalmente jurídica.

Si bien la realidad biológica puede coincidir con la jurídica, esto no siempre es así. Un ejemplo de esto, es la idea de "voluntad procreacional", a propósito de la proliferación de Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Estas, como muchos otros avances técnicos, desafían las categorías jurídicas convencionales que el derecho ofrece, y que en el ámbito del derecho de familia ha producido una verdadera "revolución reproductiva", como la califica Lamm (2012:78), a propósito de la posibilidad de reproducción sin sexo. En opinión de la autora, las TRA ofrecen una desbiologización y/o desgenetización de las relaciones de filiación, y una importancia superlativa del elemento volitivo en la maternidad y paternidad. La filiación pasa a determinarse, en este sentido, en base a un consentimiento específico previamente manifestado por quienes desean ser padres/madres (Lamm, 2011: 80–81).

Desde esta perspectiva, los términos de maternidad/paternidad, filiación e hijo/a, son comprendidos por parte de la doctrina, como categorías jurídicas que se construyen sobre papeles culturales (Gómez de la Torre, 2007). Este es el contexto en que podrían ser resituados los conceptos de progenitor y de padre/madre. De este modo, padre/madre corresponderían más bien a funciones que desempeñarían personas dentro de una sociedad dada y que podrían dar origen a categorías jurídicas construidas sobre papeles o roles culturalmente establecidos. La contrapartida de esto, como indica Gómez de la Torre, son los progenitores, es decir

(...) los padres biológicos en la adopción y los que aportaron el material genético en las técnicas de reproducción humana asistida. Éstos no pretenden ninguna relación jurídica de filiación respecto a la criatura adoptada o al que nace producto de su donación (Gómez de la Torre, 2007:18).

Desde este punto de vista, la expresión progenitor alude a una relación de orden biológico en que una persona desciende de otra a partir de la reproducción sexual<sup>8</sup>. Dado que los conceptos de padre/madre serían fundamentalmente culturales, su contenido estaría determinado por las características y contextos de cada sociedad, y del momento en que se desempeña una función como tal. Desde ese punto de vista, la expresión progenitor se funda en un hecho biológico que es siempre idéntico, y se repite, aun mediando tecnologías que lo facilitan, de la misma forma en especies como la humana. De ahí que, como señala Gómez de la Torre (2007:53), la filiación, en tanto relación jurídica, pueda determinarse tanto sobre un hecho biológico, cuando el niño o niña nace de la relación sexual de sus padres, como de técnicas de reproducción humana asistida o por la adopción (2007:53).

Por otra parte, Corral (2015:45), criticando la tesis de la pluralidad de las formas de familia, por considerar que impone un modelo de familia a todos los demás, considera que ella produce la

<sup>8</sup> El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el término progenitura como "casta de la que alguien procede" Véase en <http://bcn.cl/2oobb>

desaparición del auténtico Derecho de la Familia y trivializa jurídicamente la importancia de dar reconocimiento y protección a una concepción de familia nuclear, a la que concibe como: “la alianza incondicional de un hombre y una mujer que, por medio de un amor personal y complementario, se abren a la descendencia y a hijos que puedan vivir su filiación en su doble dimensión de paternidad y maternidad”.

Al respecto el autor considera, que la consagración del derecho de los integrantes de matrimonios de personas del mismo sexo a ser padres por medio de la adopción o las TRA (con aporte de espermios de un tercero o con intervención de una madre gestante), destruye “la naturaleza binaria del vínculo natural de filiación, que siempre se duplica en paternidad y maternidad, para pasar a ser un vínculo unívoco ya sea por tratarse de dos madres o de dos padres”. Así, continúa Corral (2015:45), se sustituyen las expresiones de “padre” y “madre por términos uniformadores como “progenitor” o “titular de una relación parental”.

Corral plantea críticamente que las TRHM, al disociar el vínculo biológico del vínculo afectivo, privilegian éste último -la afectividad- por sobre el primero, y con ello, la voluntad o afectividad resultan razón suficiente para constituir la filiación y deconstruir los conceptos de paternidad y maternidad (Corral, 2015:44-45).

En relación a los tipos de familia, cabe destacar la Opinión Consultiva de 2014 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>9</sup> (CIDH, 2017), que plantea algunas ideas sobre lo que debe entenderse por ella y la extensión de esta a partir de los vínculos biológicos hacia relaciones no necesariamente de parentesco. En ese sentido, la CIDH señala que los vínculos de familiares no se limitan a las relaciones fundadas en el matrimonio y que la noción misma de familia no se restringe a una pareja y sus hijos, sino que se extiende a otras personas que evidencian lazos cercanos personales (CIDH, 2014:párr.178). La opinión señala asimismo, que las funciones de cuidado y desarrollo de un niño o niña pueden recaer en personas que no son los padres biológicos, y que en contextos como el migratorio los lazos familiares pueden constituirse entre personas que no son jurídicamente parientes. En ese sentido, la Corte sostiene que no existe duda de la protección que debe recibir una familia monoparental, así como la de dos abuelos que asumen el rol de padres respecto de un nieto. Todas estas formas de familia, señala la CIDH, incluidas por cierto las que se forman entre personas del mismo sexo, requieren de protección de la sociedad y del Estado (CIDH: 2017:párr.174).

## II. Antecedentes generales sobre filiación homoparental en Chile

---

En primer lugar, debe destacarse que nuestro ordenamiento jurídico no reconoce legalmente la filiación de un hijo o hija respecto de ambos integrantes de una pareja del mismo sexo. En particular, la Ley N° 20.830, que creó el Acuerdo de Unión Civil, no otorgó derechos de filiación a los convivientes civiles que lo celebran. De este modo, la filiación homoparental no se encuentra regulada en Chile.

<sup>9</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió en noviembre de 2017 una opinión consultiva, a petición de Costa Rica, respecto de la identidad de género, la igualdad y la no discriminación a parejas del mismo sexo. En particular, la consulta se centraba en temas relacionados con las obligaciones internacionales de los estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos y su incidencia en las normas sobre cambios de nombre de acuerdo a la identidad de género y el reconocimiento de los derechos patrimoniales en uniones entre personas del mismo sexo.

En este sentido lo ha sostenido la Corte Suprema al negar en diversas ocasiones, la pretensión de que se ordene al Registro Civil la inscripción de una doble maternidad o paternidad por parejas del mismo sexo que se han sometido a TRA (Rodríguez, 2020)<sup>10</sup>. Para ello, la Corte ha sostenido, entre otras consideraciones, que ellos se trata de un problema de fondo de competencia del legislador (Corte Suprema, 2020: Considerando Séptimo).

En sentido diverso, la sentencia del Segundo Juzgado de Familia de Santiago, de junio del año 2020, acogió una demanda de reclamación de maternidad y declaró, en definitiva, a un niño como hijo de dos mujeres. Fundamentó especialmente su decisión, en normas sobre igualdad, el concepto de familia que subyace en nuestro ordenamiento jurídico, las convenciones internacionales y las normas de interpretación de los principios generales del derecho (Segundo Juzgado de Familia de Santiago, 2020: Considerando Décimo Sexto)<sup>11</sup>.

En segundo lugar, deben tenerse presente dos proyectos de ley actualmente en tramitación en el Congreso Nacional. Por una parte, el proyecto de ley que crea un Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez, ([Boletín N° 10.315-18](#))<sup>12</sup>, actualmente en tercer trámite constitucional, ha adoptado en su contenido los términos "padres y/o madres", para con ello incluir tanto a las familias heterosexuales como homoparentales.

La nomenclatura adoptada por este proyecto de ley, fue aprobada por la Cámara de Diputados en su primer trámite el año 2017, así como por el Senado en su segundo trámite el año 2018. Los argumentos dados a favor de reemplazar la referencia de "el padre y/o la madre" por "los padres y/o madres", señalaban que este cambio propendía a un concepto amplio y diverso de familia, así como a un lenguaje inclusivo que no excluyera a los niños, niñas y adolescentes de familias con madres o padres del mismo sexo o identidad de género. Los votos en contra de su incorporación en general se refirieron a la improcedencia de su utilización, al no existir legalmente en Chile la doble filiación paterna o materna (Comisión de Familia, 2016)<sup>13</sup>.

Por otra parte, el proyecto de ley que regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo ([Boletín N° 10.626-07](#)), actualmente en primer trámite constitucional en el Senado,

---

<sup>10</sup> En estos casos, la Corte Suprema ha confirmado sentencias de diversas Cortes de Apelaciones, las que a su vez han rechazado recursos de protección presentados contra el Registro Civil ante su negativa a inscribir la doble maternidad o paternidad (Rodríguez, 2020).

<sup>11</sup> Segundo Juzgado de Familia de Santiago, 2020. RIT C-10028-2019. Como se establece en los antecedentes de la sentencia, las mujeres habían celebrado un Acuerdo de Unión Civil y se habían sometido a un TRA. Sin embargo, la filiación solo se había determinado respecto de la mujer que dio a luz. La sentencia, destacando el deber del Estado chileno a otorgar protección a todas las formas de familia, estimó esencial que "el estado civil de un hijo que nace y crece en una familia encabezada por personas del mismo sexo, que han expresado voluntad de procrear, coincida con su filiación legal y se vea reflejada en sus documentos de identificación" (Considerando Noveno). En este caso, la Corte Suprema también había confirmado previamente el fallo de la Corte de Apelaciones, que en definitiva había rechazado la inscripción de doble maternidad ante el Registro Civil.

<sup>12</sup> La iniciativa tiene por objeto la garantía y protección integral, el ejercicio efectivo y el goce pleno de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en especial de los derechos humanos que les reconoce la Constitución Política, la Convención de Derechos del Niño y demás tratados vigentes en Chile. El proyecto de ley también crea un Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, integrado por el conjunto de políticas, instituciones y normas destinadas a respetar, promover y proteger el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, cultural y social de los niños, niñas y adolescentes, hasta el máximo de los recursos de los que pueda disponer el Estado (art. 1, texto aprobado en segundo trámite por el Senado).

<sup>13</sup> Comisión de Familia y Adulto Mayor, Primer Informe de 12 de diciembre de 2016.

otorga reconocimiento y protección al derecho de filiación de los hijos e hijas (biológicos y/o de crianza) de parejas del mismo sexo<sup>14</sup>.

Respecto del referido proyecto de ley, la Corte Suprema, en su informe evacuado mediante Oficio N° 189 de 2019<sup>15</sup>, destaca la falta de adaptación de las normas vigentes relativas a la materia que regula la iniciativa. Así, señala que el proyecto no se hace cargo de adaptar cada una de las normas existentes al nuevo reconocimiento de filiación de padres y madres de igual sexo, ni tampoco propone una regla genérica que subentienda incluida esta filiación cuando la ley describe una situación de una pareja de padres de distinto sexo.

Asimismo, la Corte Suprema agregó que la situación anteriormente descrita se agrava, toda vez que la legislación vigente suele usar la palabra "padres" para referirse a ambos ascendientes de primer grado, pero el sentido natural y obvio de dicha noción como lo señala la RAE, se restringe a "padre y madre de una persona". En ese sentido, el proyecto no propone una norma que extienda el concepto, permitiendo entender por la palabra "padres" a dos mujeres o dos hombres. Luego, agrega que en todo caso la palabra "padres" podría ser una expresión extensiva a una pareja de dos varones, pero en ningún caso extensible a una pareja de dos mujeres.

### **III. Terminología adoptada para la filiación homoparental en el derecho comparado**

---

#### **1. España**

##### **a. Ley 13/2005 de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio**

En España, la Ley 13/2005 de aplicación nacional permite por primera vez que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo sexo, con igualdad de derechos y obligaciones a las establecidas en los matrimonios heterosexuales. El artículo 44 del Código Civil (CC) fue modificado, incorporando un inciso 2º que dispone:

El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código.

El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.

<sup>14</sup> En lo específico, la iniciativa 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.

<sup>15</sup> Apartado décimo del Informe de la Corte Suprema.

En consecuencia, los efectos del matrimonio fueron establecidos independientes del sexo de los contrayentes, lo que incluiría también la posibilidad de ser parte en los procedimientos de adopción, como se verá.

Las principales modificaciones planteadas fueron las siguientes:

#### **i. Adecuación terminológica**

La modificación al Código Civil y otras disposiciones normativas tuvieron por objeto, tal como se desprende de la última parte de la exposición de motivos de la ley, adaptar ciertos artículos referidos al matrimonio con terminologías neutras pues, como señala el legislador, contenían referencias explícitas al sexo de sus integrantes. Al respecto hay que precisar que en la Historia de la Ley 13/2005 no hubo discusión respecto de esta materia, siendo el proyecto original en este punto aprobado en el Parlamento sin modificaciones<sup>16</sup>.

A continuación, estas fueron las modificaciones al Código Civil:

- En primer lugar, respecto a las referencias de “marido y mujer”, estas fueron sustituidas por el término “cónyuges”, de tal manera que, como lo señala la exposición de motivos de la Ley 13/2005, cónyuge será la persona casada con otra, con independencia de que ambas sean del mismo o de distinto sexo<sup>17</sup>. Sin embargo, ciertos artículos conservaron la terminología “marido y mujer” a propósito de la filiación matrimonial (artículos 116, 117 y 118 CC), dado que los supuestos de estos artículos solo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales.
- En segundo lugar, la Ley 13/2005, en determinados artículos del Código Civil, modificó el binomio formado por las palabras “padre y madre” para reemplazarlo por el de “progenitores”. A continuación, se muestran las modificaciones específicas referidas:

---

<sup>16</sup> Ver tramitación legislativa en: <http://bcn.cl/2o1i5> (marzo, 2021).

<sup>17</sup> Ver en especial los artículos 66, 67, 175, 178, 637, 1323, 1344, 1348, 1351, 1361, 1365, 1404, 1458 del Código Civil.

Tabla Nº 1: Modificaciones al Código Civil español

Texto anterior del Código Civil	Texto modificado por la Ley 13/2005
Artículo 154. Primer párrafo: Los hijos no emancipados están bajo la potestad del <b>padre y la madre</b> .	Artículo 154. Primer párrafo. Nueva redacción: Los hijos no emancipados están bajo la potestad de sus <b>progenitores</b> .
Artículo 160. Primer párrafo: El <b>padre y la madre</b> , aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial.	Artículo 160. Primer párrafo. Nueva redacción: Los <b>progenitores</b> , aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial.
Artículo 164. Párrafo segundo: Se exceptúan de la administración paterna:... 2º. Los adquiridos por sucesión en que <b>el padre, la madre</b> o ambos hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, que serán administrados por la persona designada por el causante y, en su defecto y sucesivamente, por el otro progenitor o por un Administrador judicial especialmente nombrado.	Artículo 164. Segundo párrafo. Nueva redacción: 2.º Los adquiridos por sucesión en que <b>uno o ambos de los que ejercen la patria potestad</b> hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, que serán administrados por la persona designada por el causante y, en su defecto y sucesivamente, por el otro progenitor o por un administrador judicial especialmente nombrado.
Artículo 178. Apartado 2: 2. Por excepción subsistirán los vínculos jurídicos con la familia <b>paterna o materna</b> , según el caso: 1º.- Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido. 2º.- Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado <b>y el adoptante sea persona de distinto sexo al de dicho progenitor</b> , siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el <b>padre o madre</b> cuyo vínculo haya de persistir.	Artículo 178. Apartado 2. Nueva redacción: 2. Por excepción subsistirán los vínculos jurídicos con la familia del <b>progenitor</b> que, según el caso, corresponda: 1º.- Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido. 2º.- Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el <b>progenitor</b> cuyo vínculo haya de persistir.

Fuente: elaboración propia.

En el mismo sentido, fue modificada la Ley del 8 de junio de 1957 del Registro Civil. Esta ley se complementa, a nivel reglamentario con la Orden JUS/568/2006, de 8 de febrero, del Ministerio de Justicia, sobre modificación de modelos de asientos y certificaciones del Registro Civil y del Libro de Familia, la cual sienta las bases para la adecuación de terminología de la Ley 13/2005.

Esta Orden establece que para las inscripciones de nacimiento y matrimonio, tratándose de matrimonios o progenitores de sexo diferente se conservarán los términos de "marido" y "mujer" o los de "padre" y "madre". Sin embargo, para los casos de matrimonios o progenitores del mismo sexo, se podrá emplear las menciones de "A-Cónyuge" y "B-Cónyuge" o las de "A-progenitor/a" y "B-progenitor/a". A continuación, la tabla siguiente muestra las modificaciones efectuadas a la Ley del Registro Civil, en que se reemplaza las palabras "padre o madre" por "progenitor(es)":

Tabla Nº 2 Modificaciones a la Ley del Registro Civil

Texto Ley 8 de junio de 1957 (hasta 02.julio 2005)	Texto Ley 8 de junio de 1957 modificado por la Ley 13/2005
<p>Artículo 46. La adopción, las modificaciones judiciales de capacidad, las declaraciones de concurso, quiebra o suspensión de pagos, ausencia o fallecimiento, los hechos relativos a la nacionalidad o vecindad y, en general, los demás inscribibles para los que no se establece especialmente, que la inscripción se haga en otra Sección del Registro, se inscribirán al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento.</p> <p>Cuantos hechos afecten a la patria potestad, salvo la muerte de <b>los padres</b>, se inscribirán al margen de la inscripción de nacimiento de los hijos.</p>	<p>Artículo 46. Nueva redacción: La adopción, las modificaciones judiciales de capacidad, las declaraciones de concurso, ausencia o fallecimiento, los hechos relativos a la nacionalidad o vecindad y, en general, los demás inscribibles para los que no se establece especialmente que la inscripción se haga en otra Sección del Registro, se inscribirán al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento.</p> <p>Cuantos hechos afectan a la patria potestad, salvo la muerte de los <b>progenitores</b>, se inscribirán al margen de la inscripción de nacimiento de los hijos.</p>
<p>Artículo 48. La <b>filiación paterna</b> constará en la inscripción de nacimiento o a su margen, por referencia a la inscripción de matrimonio de los padres o por inscripción del reconocimiento.</p>	<p>Artículo 48. Nueva redacción: La <b>filiación paterna o materna</b> constará en la inscripción de nacimiento a su margen, por referencia a la inscripción de matrimonio de los padres o por inscripción del reconocimiento.</p>
<p>Artículo 53. Las personas son designadas por su nombre y apellidos, <b>paterno y materno</b>, que la Ley ampara frente a todos.</p>	<p>Artículo 53. Nueva redacción: Las personas son designadas por su nombre y apellidos, correspondientes a <b>ambos progenitores</b>, que la Ley ampara frente a todos.</p>

Fuente: elaboración propia.

Como se advierte, los cambios en la legislación española adecuan las normas a una nueva institución, el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero sin distinguir mayormente entre padres y progenitores. Estos cambios han sido cuestionados en la doctrina, como por ejemplo por el catedrático de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid, Mariano Yzquierdo Tolsada. Este autor señala que el legislador, con tal de resolver “cuestiones de género”, ha efectuado una “degeneración idiomática” al cambiar los términos “padre y madre” por “progenitores”.

Yzquierdo (2017) afirma que dada la posibilidad de que existan matrimonios del mismo sexo, que se permita la adopción homoparental y que exista la posibilidad de usar técnicas de reproducción asistida, es que en la práctica el legislador debe considerar que lo que sucede es que: “hay padres que son progenitores; padres que no son progenitores y progenitores que no son padres”. Este punto de vista coincide con las distinciones teóricas que se han hecho en el primer acápite de este documento a partir de la doctrina consultada.

Por lo tanto, para el académico, el término “progenitores” solo se relacionaría correctamente con “padres biológicos”, agregando que esta afirmación tiene también una base etimológica: La palabra “progenie”, es una combinación de la raíz indoeuropea “gen” (parir), que se presenta más adelante en los verbos latinos “gignere” (engendrar), “generare” (generar) y “gnasci” (nacer) (Yzquierdo, 2017).

## ii. Filiación por adopción para cónyuges del mismo sexo

Tal como se señaló, a partir de la modificación de la Ley 13/2005 los efectos del matrimonio serán los mismos para personas del mismo o diferente sexo, permitiendo a los cónyuges del mismo sexo adoptar. El artículo 175.4 del Código Civil, señala que:

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 permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. Esta previsión será también de aplicación a las parejas que se constituyan con posterioridad. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179, será posible una nueva adopción del adoptado.

Es decir, la adopción puede llevarse a cabo de manera conjunta por la pareja al mismo tiempo, o de manera sucesiva, esto es, uno de los cónyuges podrá adoptar a los hijos del otro.

### b. Ley N° 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida: El derecho al reconocimiento de la filiación materna de la casada con la madre gestante

Las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) en España son reguladas por la Ley N° 14/2006 de 26 de mayo, modificada por la Ley 19/2015. En ella se aborda quiénes y cómo pueden participar de las TRHA, el concepto de preembrión, la prohibición de la clonación en seres humanos con fines reproductivos, las características de la donación de gametos, la filiación de los hijos nacidos mediante THRA, la determinación legal de la filiación, los efectos del consentimiento, la procedencia de la revelación de la identidad del donante, la prohibición de la gestación por sustitución, registros nacionales de reproducción asistida, infracciones y sanciones en materia de reproducción humana asistida, entre otras materias.

En relación a la filiación, la Ley N° 14/2006 dispone que ella debe regularse por las leyes civiles, salvo las especificaciones que establece la misma ley (art. 7 Ley N° 14/2006).

La ley faculta a toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar a ser receptora o usuaria de las TRHA, con independencia de su estado civil y orientación sexual, siempre que así lo consienta por escrito de manera libre, consciente y expresa (art. 6.1 Ley N° 14/2006). Si la mujer estuviera casada y no separada legalmente o de hecho, requerirá además el consentimiento de su marido, el que deberá ser prestado de la misma forma señalada, antes de la utilización de las técnicas (art. 6.3 Ley N° 14/2006).

En relación a la filiación homoparental, la ley dispone que la doble filiación maternal de hijos/as nacidos mediante TRA procede sólo si existe unión matrimonial<sup>18</sup>:

Artículo 7. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida.

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.

Esta posibilidad fue incorporada por el año 2007 por la Ley 3/2007 de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, en los siguientes términos:

Artículo 7. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida.

3. Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido.

Con posterioridad, la Ley 19/2015 de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil fijó el texto actual de la norma, según la cual el consentimiento de la cónyuge no necesariamente debe manifestarse antes del nacimiento<sup>19</sup>.

## 2. Argentina

### a. Ley N° 26.618 que modifica el Código Civil para incorporar el matrimonio igualitario (2010)

Desde el año 2010, la Ley Nacional N° 26.618 permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, con iguales efectos que el celebrado entre parejas de distinto sexo. Dicha ley modificó el Código Civil (CC) argentino de la época, que rigió hasta el año 2016<sup>20</sup>, y estableció la igualdad de requisitos y efectos del matrimonio, incluida la adopción<sup>21</sup>, con independencia del sexo de los contrayentes.

Así, el artículo 172 inciso 2° del CC dispuso:

<sup>18</sup> Cabe señalar 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 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).

<sup>19</sup> La Ley 19/2015 instaura la certificación médica electrónica para la inscripción en el Registro Civil, de los nacimientos acaecidos en centros sanitarios. Por tanto, ya no es necesario acudir personalmente a la Oficina de Registro Civil para realizar la inscripción del nacido, lo que conlleva la modificación de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

<sup>20</sup> Como veremos, el año 2015 mediante la Ley 26.994 se estableció en Argentina, el nuevo Código Civil y Comercial (CCyC) y se derogó el Código Civil (CC) existente.

<sup>21</sup> Art. 326, CC.

El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.

Asimismo, en su artículo final, la Ley N° 26.618 dispuso como norma de aplicación de la ley, que todas las referencias a la institución del matrimonio del ordenamiento jurídico argentino debían entenderse aplicables tanto al matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo o distinto sexo.

Del mismo modo, el artículo 42 de la Ley N° 26.618 dispuso que los integrantes de familias cuyo origen fuera un matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo, debían tener los mismos derechos y obligaciones que las constituidas por personas de distinto sexo. Finalmente, dicha norma prohibió que alguna disposición del ordenamiento jurídico fuera interpretada o aplicada para limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo como de distinto sexo (art. 42 Ley N° 26.618).

A continuación, se destacan las modificaciones que la Ley Nacional N° 26.618 introdujo en cuanto a la terminología utilizada, el orden de los apellidos en caso de adopción, el cuidado de los hijos en caso de separación y la inscripción de nacimiento de hijos de matrimonios del mismo sexo.

#### **i. Adecuación de la nomenclatura de múltiples artículos**

En general, la fórmula que utilizó la Ley N° 26.618 fue utilizar un lenguaje neutro que no se refiriera al género (Krasnow, 2012). Así, aquellas disposiciones que distinguían entre “padre” y “madre”, fueron reemplazadas por el término genérico masculino “padres”, incluyendo menciones como “uno de los padres” o “cualquiera de los padres”. Esto se observa en los artículos 264 ter, 272, 287, 291, 294, 296, 307, 360 del CC (anterior a la Ley 26.618), que se referían al “padre” y/o a la “madre” para regular las siguientes materias: resolución de desacuerdos en el ejercicio de la patria potestad; incumplimiento de la obligación de alimentos; usufructo de bienes de los hijos; cargas del usufructo legal; administración de los bienes de los hijos; inventario judicial de los bienes del hijo; privación de la patria potestad y; calidad de hermanos bilaterales o unilaterales<sup>22</sup>.

En el mismo sentido, la Ley N° 26.618 reemplazó la referencia a “los abuelos y las abuelas” por el término “abuelos”, así como “los bisabuelos y las bisabuelas” por el término “bisabuelos” (art. 355 y 356, respectivamente, CC anterior a la Ley N° 26.618).

Los fundamentos del proyecto de la Ley N° 26.618 explicitaron la decisión de utilizar el término genérico “padres” para incluir también a las “madres”:

Solo resta por aclarar que la utilización del término genérico “padres” incluye también a las “madres” y que la no modificación de los términos en algunos artículos, responde a motivos de técnica legislativa, que exceden la presente labor, pero que de ninguna manera ha de interpretarse como la exigencia de la existencia de al menos un varón en el matrimonio, atento al claro precepto

<sup>22</sup> Adriana N. Krasnow (2012), en la doctrina, lamenta que el legislador dejara disposiciones sin revisar, las que mantuvieron distinciones vinculadas al género.

del art. 172 y concordantes, propuesto como reforma del actual régimen (Fundamentos Proyecto 1737-D-2009).

Se observa que, como señala la Real Academia Española, en el caso argentino se optó por utilizar términos masculinos (como "padres", "abuelos", "bisabuelos"), en su condición de término no marcado en la oposición masculino/femenino (RAE, 2020). Como se advierte, no hay en la legislación argentina una distinción entre progenitor y padre/madre.

Por su parte, las disposiciones que distinguían el sexo de las personas, como por ejemplo, "esposo o esposa", "marido y mujer", "esposo y mujer", "esposa", "hombre y mujer" y "viudo y viuda", fueron reemplazados por la Ley N° 26.618, también por los términos genéricos: "cónyuge", "cónyuges", "contrayentes" y "cónyuge sobreviviente" según el caso<sup>23</sup>.

## ii. Orden de los apellidos en caso de adopción

En materia de adopción, la Ley N° 26.618 dispuso que los cónyuges de un mismo sexo pueden solicitar que el adoptado lleve el apellido compuesto del cónyuge del cual tuviera el primer apellido o agregar al primero de éste, el primero del otro. A falta de acuerdo sobre si debía de ser compuesto o sobre cómo se integraría, los apellidos deben ordenarse alfabéticamente.

Artículo 326. El hijo adoptivo llevará el primer apellido del adoptante, o su apellido compuesto si éste solicita su agregación. En caso que los adoptantes sean cónyuges de distinto sexo, a pedido de éstos podrá el adoptado llevar el apellido compuesto del padre adoptivo o agregar al primero de éste, el primero de la madre adoptiva. En caso que los cónyuges sean de un mismo sexo, a pedido de éstos podrá el adoptado llevar el apellido compuesto del cónyuge del cual tuviera el primer apellido o agregar al primero de éste, el primero del otro. Si no hubiere acuerdo acerca de qué apellido llevará el adoptado, si ha de ser compuesto, o sobre cómo se integrará, los apellidos se ordenarán alfabéticamente.

En uno y otro caso podrá el adoptado después de los DIECIOCHO (18) años solicitar esta adición.

Todos los hijos deben llevar el apellido y la integración compuesta que se hubiera decidido para el primero de los hijos.

Si el o la adoptante fuese viuda o viudo y su cónyuge no hubiese adoptado al menor, éste llevará el apellido del primero, salvo que existieran causas justificadas para imponerle el del cónyuge premuerto.

<sup>23</sup> Así se observa en los artículos 144 N°1, 188, inciso 3°, 212, 220 inciso 1°, 264 N°1, 172 inciso 1°, 324, 326, 476, 1.215, 1.275, 1.299, 1.358, 1.807 N°2, 2.510, 3.292,3.970 del Código Civil anterior a la Ley N° 26.618, referidos a las siguientes materias: titularidad para pedir la declaración de demencia, requisitos de la celebración del matrimonio, revocación de donaciones, nulidad del matrimonio, atribución del ejercicio de la patria potestad, consentimiento como requisito de existencia del matrimonio, adopción, curaduría del cónyuge incapaz, sociedad conyugal, contrato de compraventa, derechos reales, incapacidades para suceder y prescripción.

### iii. Cuidado de los hijos en caso de separación

El CC argentino de esa época atribuía a la madre, en los casos de separación judicial, el cuidado de los hijos menores de 5 años. La Ley N° 26.618 dispuso que, en los casos de separación judicial de matrimonios del mismo sexo, a falta de acuerdo el cuidado de los hijos menores de 5 años sería establecido por el juez considerando el interés del niño (art. 206 inciso 2° CC).

### iv. Inscripción de nacimiento de hijos de matrimonios del mismo sexo

La Ley N° 26.618, en su artículo 36, estableció que en los casos de matrimonios de personas del mismo sexo, la inscripción de nacimiento de los hijos debe contener el nombre y apellido de la madre y su cónyuge. Con ello modificó el artículo 36 letra c) de la Ley N° 26.413 de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas que hasta entonces establecía que la inscripción de nacimiento de los hijos debía contemplar "el nombre y apellido del padre y de la madre".

Esta norma tuvo reparos de parte de la doctrina, que la consideró insuficiente por no prever diversos supuestos "tales como aquellos relativos a los hijos de parejas lésbicas no casadas o los hijos de parejas gays" (Pszemiarower, 2015:305). Como resultado de la reacción de organizaciones sociales para obtener reconocimiento judicial de los vínculos de filiación, basadas en los tratados de derechos humanos, se avanzó hacia "el pleno ejercicio de los derechos humanos en materia de parentesco por parte de los integrantes de familias lésbicas y gays", reconociéndose vínculos filiales, que como vimos, no fueron expresamente considerados en la Ley N° 26.618 (Pszemiarower, 2015:308).

## b. Ley N° 26.994 que estableció el Nuevo Código Civil y Comercial

### i. Matrimonio, parentesco y fuentes de filiación

El año 2015 se dictó en Argentina la Ley N° 26.994, que estableció el nuevo Código Civil y Comercial (CCyC) y reemplazó al Código Civil vigente hasta esa época.

En su Libro Segundo, referido a las relaciones de familia, el CCyC reguló el matrimonio, el parentesco y la filiación, entre otras cuestiones<sup>24</sup>. En relación al matrimonio, el CCyC replicó la regla de interpretación general que había sido incorporada al CC anterior por la Ley N° 26.618:

Artículo 402: Interpretación y aplicación de las normas. Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo.

<sup>24</sup> El CCyC estableció las llamadas uniones convivenciales, como una 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 (art. 509 CCyC).

El CCyC definió el parentesco como "el vínculo jurídico existente entre personas en razón de la naturaleza, las técnicas de reproducción asistida, la adopción y la afinidad<sup>25</sup>". Asimismo, dispuso como regla general que las disposiciones del CCyC que se refieren al parentesco sin distinción, se aplicarían sólo al parentesco por naturaleza, por métodos de reproducción humana asistida y por adopción, sea en línea recta o colateral (art. 529 CCyC).

El citado código reconoce como fuentes de la filiación, la que se origina por naturaleza, por técnicas de reproducción humana asistida y por adopción<sup>26</sup>, establece igualdad de efectos para todas ellas y dispone que nadie puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de su filiación (art. 558 CCyC).

Asimismo, se contempla que los certificados de nacimiento deben redactarse de manera tal que de ellos no se desprenda la fuente de la filiación, ni si la persona ha nacido dentro o fuera del matrimonio (art. 559 CCyC).

A continuación, se desarrolla el tratamiento general que el CCyC argentino da a la filiación de hijos de matrimonios del mismo sexo.

## ii. Filiación matrimonial

El CCyC presume hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los 300 días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte. Dicha presunción no rige en los casos de TRHA, si el o la cónyuge no prestó el consentimiento previo, informado y libre, según lo establece el mismo CCyC (art. 566).

Artículo 566.- Presunción de filiación. Excepto 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.

La presunción no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si el o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre según lo dispuesto en el Capítulo 2 de este Título.

Como se precisa en la doctrina, el cambio en la terminología que denomina como "determinación de la filiación matrimonial" comprendió tanto a la filiación paterna como a la materna, diferenciándose así de la redacción antigua, que solo comprendía la presunción de la paternidad por matrimonio e incluyó también a los matrimonios del mismo sexo (Fede y Lanzavechia, 2016).

## iii. Filiación por adopción

<sup>25</sup> El parentesco por afinidad es el que existe entre la persona casada y los parientes de su cónyuge (art. 536 CCyC).

<sup>26</sup> En la doctrina, Krasnow (2012) las distingue como: "procreación natural (vínculo natural), procreación humana asistida (vínculo natural asistido) y adopción (vínculo de creación legal)".

El CCyC regula la adopción de niños, niñas y adolescentes como una institución jurídica que tiene por objeto protegerlos y permitirles desarrollarse en una familia que les dé los cuidados que satisfagan sus necesidades afectivas y materiales, cuando no puedan ser proporcionados por su familia de origen (art. 594 CCyC).

Al regular la adopción<sup>27</sup>, el CCyC en general se refiere a "los adoptantes", e incluye las hipótesis de adopción por personas casadas o en unión convivencial, sin distinguir si son del mismo o distinto sexo. Así, el niño, niña o adolescente puede ser adoptado por un matrimonio, los integrantes de una unión convivencial o una única persona (art. 599 CCyC)<sup>28</sup>.

#### iv. Filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida

Al igual que en España, Argentina cuenta con una ley especial que regula los TRHA. Corresponde a la Ley N° 26.862<sup>29</sup> de 2013, que garantiza el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida (art. 1 Ley N° 26.862). Esta ley define la reproducción médicamente asistida como los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo, incluyan o no la donación de gametos y/o embriones (art. 2 Ley N° 26.862).

Tiene derecho a acceder a las TRHA toda persona mayor de edad que haya explicitado su consentimiento informado<sup>30</sup>, el que es revocable hasta antes de la implantación del embrión en la mujer (art. 7 Ley N° 26.862).

Por su parte, el CCyC establece reglas generales relativas a la filiación por TRHA y regula cómo debe prestarse el consentimiento para el uso de estas técnicas, así como el derecho a la información de las personas nacidas por TRHA. Destaca la consagración de la "voluntad procreacional" en el CCyC, según la cual los nacidos por las TRHA son hijos de quien dio a luz y del hombre o mujer que también prestó su consentimiento en los términos establecidos en la legislación:

Artículo 562: 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 inscrito en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

<sup>27</sup> El CCyC regula los principios de la adopción, el derecho de la persona adoptada a conocer sus orígenes, quienes pueden ser adoptadas, quienes pueden adoptar, los tipos de adopción y sus procedimientos, entre otras materias.

<sup>28</sup> La regla general de la adopción por personas casadas o en unión convivencial es que adopten conjuntamente. También pueden hacerlo de manera unipersonal, siempre que el cónyuge o conviviente haya sido declarado incapaz o con capacidad restringida o bien, si los cónyuges están separados de hecho (arts. 602 y 603 CCyC).

<sup>29</sup> Reglamentada por el Decreto 956/2013.

<sup>30</sup> La Ley N° 26.529 de derechos de paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, se refiere al consentimiento informado de los pacientes.

La determinación de la filiación en este caso, se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad a lo reseñado<sup>31</sup>. En el caso que se utilicen gametos de terceros, se precisa que no se genera vínculo jurídico alguno con estos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales (art. 575 CCyC).<sup>32</sup>

Asimismo, y como se indicó a propósito de la filiación matrimonial, en los casos de TRHA la presunción de filiación matrimonial<sup>33</sup> no procede si el o la cónyuge no ha prestado el correspondiente consentimiento.

### 3. Uruguay

#### a. Ley N° 19.075 de 9 de mayo de 2013 Matrimonio igualitario

La Ley N° 19.075 de 2013 modificó el Código Civil uruguayo, reconociendo que el matrimonio es entre dos personas de distinto o igual sexo. Esta ley, al mismo tiempo, reconoce con los mismos derechos a parejas de distinto y del mismo sexo en referencia al matrimonio.

Artículo 83.- El matrimonio civil es la unión permanente, con arreglo a la ley, de dos personas de distinto o igual sexo.

El matrimonio civil es obligatorio en todo el territorio del Estado, no reconociéndose, a partir del 21 de julio de 1885, otro legítimo que el celebrado con arreglo a este Capítulo y con sujeción a las disposiciones establecidas en las leyes de Registro de Estado Civil y su reglamentación.

La ley modifica además otras disposiciones del Código Civil y del Código de la Niñez y la Adolescencia, relativas a: deberes entre los cónyuges y ex cónyuges, divorcio y nombre de hijos e hijas. Adecua también términos o palabras que diferenciaban en razón de sexo, por ejemplo: marido o mujer, padre o madre, por menciones neutras como cónyuges, progenitores.

En relación al término progenitores, la ley introduce a propósito de la presunción de paternidad, una terminología distinta para referirse a aquellas personas que por razones biológicas están imposibilitadas entre sí para la concepción y que recurren a otros medios para tener hijos, denominándolos "progenitores jurídicos".

Artículo 214.- Viviendo los cónyuges de consuno, y sin perjuicio de la prueba en contrario, la ley considera al otro cónyuge, jurídicamente progenitor de la criatura concebida por su esposa durante el matrimonio.

<sup>31</sup> Los artículos 560 y 561 CCyC regulan el consentimiento previo, informado y libre que debe existir en las TRHA, el que debe renovarse cada vez que se utilicen gametos o embriones.

<sup>32</sup> Art. 575 CCyC.

<sup>33</sup> El art. 566 inc. 1° CCyC 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.

Las personas legitimadas por la ley, podrán destruir esta presunción acreditando que el vínculo biológico no existe.

Exceptúense de lo dispuesto en el inciso anterior, las personas que están imposibilitadas biológicamente entre sí para la concepción y antes de la fecundación del óvulo ambos acepten bajo acuerdo expreso y escrito ser progenitores jurídicos del hijo matrimonial.

Sin embargo, el objetivo del legislador no fue definirlo, sino que proteger la relación filiatoria, y no permitir que la presunción sea destruida y desconocida por aquellas parejas que al no tener un vínculo biológico con los hijos, puedan desconocerla. Así lo señala el Diputado uruguayo Julio Bango, Diputado informante de la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración durante la discusión del proyecto de ley cuando da cuenta a la Sala del texto aprobado en la Comisión<sup>34</sup>.

Consagrado el matrimonio entre homosexuales, nacerán hijos dentro de matrimonios integrados por dos mujeres mediante técnicas de reproducción humana asistida, por lo cual es necesario adecuar los artículos que hacen referencia a la filiación a las nuevas realidades. Con la legislación actual la integrante de una pareja homosexual que no tiene vínculo biológico con los hijos, podría desconocer la relación filiatoria, no teniendo obligaciones para con ellos y dejándolos desprotegidos en cualquier momento.

También durante la discusión del proyecto de ley, hubo invitados expertos que cuestionaron la expresión "progenitor jurídico". Walter Howard, Profesor de la Cátedra de Derecho de Familia de la Universidad de Montevideo, fue uno de ellos y señaló que<sup>35</sup>:

La expresión "progenitor jurídico" no es adecuada, porque el término "progenitor" se vincula con la biología y la genética, es decir, con aquel que proporciona sus gametos para el nacimiento de un nuevo ser, mientras que el concepto "jurídico" -por lo menos, en este caso- se relaciona con las ciencias sociales, es decir, con aquel a quien se considera padre o madre, aun cuando en la realidad biológica no lo sea. Por eso, el progenitor es el que da los genes y el padre es el que asume el rol de tal, sea o no el que aporte los genes.

Hay que precisar también que se introduce en esta modificación, el término "progenitores biológicos", ya que antes de la modificación, el Código Civil usaba la terminología "padre o madre biológica", como por ejemplo en el caso del artículo 220 del Código Civil.

<sup>34</sup> Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración, 2012.

<sup>35</sup> Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración, 2011 y 2012.

Texto anterior del Código Civil	Texto modificado por la Ley N° 19.075
<p>Artículo 220 inciso 1°: “De faltar la posesión de estado de filiación legítima aun cuando exista su título, la acción de desconocimiento de paternidad podrá ser intentada indistintamente por la madre, por un curador “ad litem” que actúe en representación del hijo, por el padre biológico que manifieste su ánimo de reconocerlo o por el hijo al llegar a la mayoría de edad.</p> <p>La <b>madre y el padre biológico</b> no podrán accionar una vez que su hijo haya llegado a la mayoría de edad.</p>	<p>Artículo 220 inciso 1°: “De faltar la posesión de estado de filiación legítima aun cuando exista su título, la acción de desconocimiento de existencia de <b>relación filiatoria</b> podrá ser intentada indistintamente por cualquiera de sus <b>progenitores biológicos</b>, por un curador ‘ad litem’ que actúe en representación del hijo, o por el hijo al llegar a la mayoría de edad. Los <b>progenitores biológicos</b> no podrán accionar una vez que su hijo haya llegado a la mayoría de edad. En ausencia de posesión de estado de filiación legítima, la acción será imprescriptible para el hijo”.</p>

Fuente: elaboración propia.

Finalmente junto con lo anterior, como ya señalamos esta ley también modifica la Ley N° 17.823 que establece el Código de la Niñez y la Adolescencia, modificando su artículo 27 referido al nombre. Esta modificación que propone introduce una distinción tratándose de matrimonio heterosexual y matrimonio homosexual:

Finalmente, junto con lo anterior, como ya señalamos esta ley también modifica la Ley N° 17.823 que establece el Código de la Niñez y la Adolescencia, modificando su artículo 27 referido al nombre. Esta modificación introduce una distinción tratándose de matrimonio heterosexual y matrimonio homosexual:

Artículo 27:

1) El hijo habido dentro del matrimonio heterosexual llevará como primer apellido el de su padre y como segundo el de su madre. Los padres podrán optar por invertir el orden establecido precedentemente siempre que exista acuerdo entre ellos.

El acuerdo indicado en el inciso precedente de este numeral, sin perjuicio de lo indicado en el numeral 11 de este artículo, será de aplicación respecto del primero de los hijos de dichas parejas, que nazcan con posterioridad a la vigencia de la presente ley.

2) El hijo habido dentro del matrimonio homosexual llevará los apellidos de sus padres en el orden que ellos opten expresamente. En caso de no existir acuerdo, el orden de los apellidos se determinará por sorteo al momento de la inscripción, realizado por el Oficial de Estado Civil.

#### **b. Ley N° 19.167 de 29 de noviembre de 2013 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida**

Esta ley habilita expresamente el acceso a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida a toda persona como método terapéutico de la infertilidad en caso de parejas que estén impedidas biológicamente para la concepción y en el caso de mujeres más allá de su estado civil.

Artículo 2 (Alcance).- Las técnicas de reproducción humana asistida podrán aplicarse a toda persona como principal metodología terapéutica de la infertilidad, en la medida que se trate del procedimiento médico idóneo para concebir en el caso de parejas biológicamente impedidas para hacerlo, así como en el caso de mujeres con independencia de su estado civil, de conformidad con lo dispuesto en la presente ley.

Esta ley permite también, excepcionalmente, la gestación subrogada en el caso de situaciones de mujeres que no puedan gestar por enfermedades genéticas o adquiridas, en cuyo caso pueden acordar con un familiar de segundo grado de consanguinidad o de su pareja en el caso que así suponga, la respectiva implantación y gestación de su propio embrión. En ese caso, la filiación corresponde a los solicitantes de la subrogación de la gestación (art. 27 Ley N° 19.167).

## Referencias

- BCN (2019) Casos de filiación homoparental en la legislación extranjera. España, Argentina y Noruega. Elaborado por Paola Truffello G. y Guido Williams O. Disponible en: <http://bcn.cl/2o4lv> (abril, 2021).
- Boldó, Gabriela. (2013). Problemática en cuanto a la efectiva protección en las situaciones de maltrato a la mujer. Barcelona: Editorial Vlex.
- Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración (2012). Carpeta N° 1097 de 2012. Uruguay. Disponible en: <http://bcn.cl/2ogvn> (abril, 2021)
- Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración (2010 y 2012). Carpetas N° 1097 de 2011, 486 de 2010 y 1704 de 2012. Uruguay. Disponible en: <http://bcn.cl/2ogvn> (abril, 2021).
- Corral, Hernán (2015). ¿Del Derecho de Familia a un Derecho de las familias? Reflexiones críticas sobre la teoría de la “pluralidad de formas de familia”. Revista de Derecho de Familia 43 Volumen II - 2015 - N° 6, pag. 21-48. Disponible en: <http://bcn.cl/2ovb2> (abril, 2021).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Opinión Consultiva OC - 24 - 17. Disponible en <http://bcn.cl/2ooea> (abril, 2021).
- Corte Suprema, sentencia de 20 de julio de 2020, [Rol 33.316-2019](#). Disponible en: <http://bcn.cl/2ovmk> (abril, 2021).
- 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*. Disponible en: <http://bcn.cl/29yu2> (abril, 2021).

- European Parliament (2018). Gender-neutral language in the European Parliament. Disponible en: <http://bcn.cl/2ovb0> (abril, 2021).
- Fede, Claudio H. y Lanzavechia, Gabriel E. (2016). Presunciones de paternidad en el nuevo Código Civil y Comercial argentino. Microjuris. Argentina. Disponible en: <http://bcn.cl/2ocg4> (abril, 2021).
- Gómez de la Torre, M. (2007). *El Sistema Filiativo Chileno*. Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Krasnow, Adriana N. (2012). El nuevo método de matrimonio civil en el derecho Argentino. Revista de Derecho Privado N° 22. Bogotá. Disponible en: <http://bcn.cl/2ocg5> (abril, 2021).
- Lamm, E. (2012). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Bioética y Derecho. Nro. 24, 2012, pp.76-91. Universidad de Barcelona. Disponible en: <https://doi.org/10.1344/rbd2012.24.7610> (abril, 2021)
- Parlamento del Uruguay. Diario de Sesiones Proyecto de ley Matrimonio Igualitario. Asunto: 109246. Disponible en: <http://bcn.cl/2ogvn> (abril, 2021).
- Parlamento Europeo (s/f). El multilingüismo en el Parlamento Europeo. Disponible en: <http://bcn.cl/2ovaz> (abril, 2021).
- Proyecto 1737-D-2009. Proyecto de ley que dio origen a la Ley Nacional N° 26.618 que modificó el Código Civil Argentino para incorporar el matrimonio igualitario. Disponible en: <http://bcn.cl/2ocg6> (abril, 2021).
- Pszemiarower, Damián Jonatan (2015). Las inscripciones de nacimiento igualitarias. Lecciones y Ensayos. Nro. 94, 2015, pp. 303-311. Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Departamento de Publicaciones. Disponible en: <http://bcn.cl/2ocg7> (abril, 2021).
- RAE (2020). Los ciudadanos y las ciudadanas, los niños y las niñas. Disponible en: <http://bcn.cl/2lml7> (abril, 2021).
- Rodríguez, María Sara (2020). Tercera Sala de la Corte Suprema mantiene su respaldo al orden legal vigente al negarse a las pretensiones de que ordene al Registro Civil la inscripción de una doble maternidad o paternidad. El Mercurio Legal. Disponible en: <http://bcn.cl/2ovmi> (abril, 2021).
- Segundo Juzgado de Familia de Santiago, 2020. RIT N° C-10028-2019. Disponible en: <http://bcn.cl/2ovay> (abril, 2021).
- Swennen, Frederik (2019). Motherhoods and the Law. En: *Motherhood and the Law*. H. Willekens, K. Scheiwe, T. Richarz y E. Schumann (eds.). Universitätsverlag Göttingen 2019. Disponible en: <http://bcn.cl/2ovaw> (abril, 2021).

Yzquierdo Tolsada, Mariano (2017). El legislador y el castellano postmoderno. Hay Derecho/Expansión. Disponible en: <http://bcn.cl/2o1pl> (abril, 2021).

## Textos normativos

### Argentina:

- Ley Nacional N° 26.618 (2010) de Matrimonio Civil. Disponible en: <http://bcn.cl/29yu9> (abril, 2021).
- Nuevo Código Civil y Comercial, Ley 26.994 (vigente desde 2016). Disponible en: <http://bcn.cl/29yua> (abril, 2021).
- Código Civil (vigente hasta 2015). Disponible en: <http://bcn.cl/2ocg8> (abril, 2021).
- Ley N° 26.862 (2013) de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. Disponible en: <http://bcn.cl/2ovau> (abril, 2021).

### España:

- Código Civil. Disponible en: <http://bcn.cl/29yt7> (abril, 2021).
- Ley del 8 de junio de 1957 del Registro Civil. Disponible en: <http://bcn.cl/2o1pt> (abril, 2021).
- Ley del 8 de junio de 1957 del Registro Civil. Versión vigente hasta el 2 de julio de 2005. Disponible en: [https://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Anterior/r2-lrc.html](https://noticias.juridicas.com/base_datos/Anterior/r2-lrc.html) (abril, 2021).
- Ley 13/2005 que modificó el Código Civil en 2005. Disponible en: <http://bcn.cl/29ytb> (abril, 2021).
- Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida. Disponible en: <http://bcn.cl/o5hm> (abril, 2021).
- Ley 3/2007 de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Disponible en: <http://bcn.cl/2osxk> (abril, 2021).
- Ley 19/2015 de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. Disponible en: <http://bcn.cl/2ocg9> (abril, 2021).
- Orden JUS/568/2006, de 8 de febrero, del Ministerio de Justicia, sobre modificación de modelos de asientos y certificaciones del Registro Civil y del Libro de Familia. Disponible en: <http://bcn.cl/2o1pu> (abril, 2021).

### Uruguay:

- Código Civil de Uruguay. Disponible en: <http://bcn.cl/2ogw6> (abril, 2021).
- Ley N° 19.075 de 9 de mayo de 2013 Matrimonio Igualitario. Disponible en: <http://bcn.cl/2ogw3> (abril, 2021).
- Ley N° 19.167 de 29 de noviembre de 2013 Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Disponible en: <http://bcn.cl/2ogw5> (abril, 2021).

### 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)