

LA GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN EN AMÉRICA LATINA

2ª ed. (1ª en Tirant)

Nicolás Espejo Yaksic
Claire Fenton-Glynn
Fabiola Lathrop Gómez
Jens M. Scherpe
Editores



CFL | CAMBRIDGE
FAMILY LAW

tirant lo blanch
Ciudad de México, 2023

Copyright © 2023

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch México publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com/mex/

Este libro será publicado y distribuido internacionalmente en todos los países donde la Editorial Tirant lo Blanch esté presente.

Primera edición: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.

Segunda edición: Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tirant lo Blanch, 2023.

© VV.AA.

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

© EDITA: TIRANT LO BLANCH
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO
Av. Tamaulipas 150, Oficina 502
Hipódromo, Cuauhtémoc, 06100, Ciudad de México
Telf: +52 1 55 65502317
infomex@tirant.com
www.tirant.com/mex/
www.tirant.es
ISBN: 978-84-1197-497-4

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf

CAPÍTULO 3

La gestación por subrogación en Chile

Fabiola Lathrop Gómez*

* Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctora en Derecho, Universidad de Salamanca. Profesora titular de la carrera ordinaria de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Las ideas contenidas en este trabajo han sido parcialmente expuestas en el "Ciclo de seminarios: Hacia una legislación que regule las técnicas de reproducción medicamente asistida en Chile", celebrado en Santiago de Chile en 2021, organizado por la Universidad Diego Portales y por la Universidad de Chile.

SUMARIO: A. Marco legal general; I. Introducción; II. Gestación por subrogación y técnicas de reproducción asistida; III. Razones de la no regulación en la doctrina; IV. La doctrina ante la gestación por subrogación; 1. Prohibición; 2. Escepticismo; 3. Regulación; B. Acuerdos de gestación por subrogación; I. Legalidad; II. Altruismo y onerosidad; C. Determinación legal de paternidad y maternidad; D. Elegibilidad para la gestación por subrogación; E. Transferencia de la filiación; I. Supuestos de hecho; 1. Persona sola como comitente; 2. Pareja como comitente; II. Determinación de la maternidad; III. Determinación de la paternidad; 1. Gestante casada; 2. Gestante soltera; IV. Niño nacido en el exterior; 1. Inscripción en el Registro Civil; 2. *Exequatur*; V. Adopción; VI. Jurisprudencia; 1. Hechos; 2. Fundamentos de los fallos; F. Agencias y criminalización; G. Acuerdos internacionales; H. Conclusiones. Bibliografía.

A. Marco legal general

I. Introducción

Desde la entrada en vigor del Código Civil chileno (CC) en 1857 se han implementado numerosas reformas relativas a las relaciones familiares; no obstante, el ordenamiento aún descansa, en importante medida, en una ideología que tiene por principal familia a la matrimonial heterosexual y patriarcal.¹

Están pendientes relevantes reformas, entre ellas, a mi juicio, la regulación de la gestación por subrogación. No existe norma al respecto,² tampoco

¹ Véase Hernández, Gabriel y Lathrop, Fabiola, "Derecho de familias y constitución", en *Derecho Civil y Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 127-183.

² Se han presentado proyectos de ley, pero no han prosperado ("Sanciona la utilización del vientre materno para el embarazo por encargo de terceros, incorporando un nuevo tipo penal denominado: de la sustitución de la maternidad", Boletín núm. 6306-07, del 18 de diciembre de 2008; "Regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida", Boletín núm. 11576-11, del 10 de enero de 2018, y "Modifica el Código Civil para determinar la

derivada de juntas médicas o de organismos profesionales, y no hay autoridad que supervise su realización. Sí hay antecedentes de su realización dentro de nuestras fronteras y de personas nacionales que han acudido a esta figura en el extranjero y luego intentado registrar a su hijo en Chile, aunque no existen registros siquiera informales en entidades del Estado ni en organizaciones de la sociedad civil.

Si bien cierta jurisprudencia y, en menor medida, la doctrina especializada han realizado aportes significativos al intentar solucionar los conflictos que derivan de ella, la ausencia de ley genera y profundiza vulnerabilidades, especialmente, respecto de la situación filiativa de los nacidos gracias a esta técnica.

II. Gestación por subrogación y técnicas de reproducción asistida

Es importante tener en cuenta que Chile no cuenta con una ley sobre técnicas de reproducción asistida (TRA). No obstante, a diferencia de la

identidad de niños y niñas nacidos en gestación subrogada", Boletín núm. 12106-07, 12 de septiembre de 2018). Actualmente se discute una iniciativa "que regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo" (Boletín núm. 10.626-07) en la cual se han presentado indicaciones sobre gestación por subrogación, pero este proyecto no ha avanzado en su tramitación. Además, algunos académicos de la Universidad Diego Portales y de la Universidad de Chile hemos redactado el Anteproyecto de Ley que regula los Procedimientos y Técnicas de Reproducción Médicamente Asistida, que en lo pertinente señala:

"Artículo 16º.- De la gestación subrogada. Una persona podrá ser portadora gestacional obligándose previa e irrevocablemente a entregar a el o los recién nacidos a la persona o personas que, expresando su voluntad procreacional respecto de tal o tales nacidos, han encargado su gestación. A tal efecto, deberá observarse lo establecido en el artículo 4 de esta ley y las reglas siguientes con respecto:

- a) A la persona gestante y el o los requirentes: tener plena capacidad civil; tener cinco años de residencia ininterrumpida en el país excepto si se trate de personas de nacionalidad chilena o naturalizadas en el país; que la gestación sea a título gratuito, pudiendo pactarse solamente el pago de gastos o desembolsos directos e indirectos incurridos con ocasión del embarazo y parto;
- b) A la persona gestante: no aportar material genético; no haberse sometido a un procedimiento de gestación subrogada más de dos veces; que haya dado a luz con anterioridad a la gestación subrogada, a al menos un nacido vivo; y que exista respecto de ella acreditación suficiente de estar en condiciones de salud para llevar a cabo tal gestación;
- c) A la o las personas requirentes: imposibilidad de gestar y/o llevar a término un embarazo por razones de salud u otros impedimentos funcionales.

El o los nacidos de la portadora gestacional serán hijos de la o las personas que convinieron con ella la realización de tal gestación prestando su voluntad procreacional".

gestación por subrogación, las TRA sí constituyen procedimientos regulados administrativamente.

Desde 2010 existe la Ley 20.418 que fija Normas sobre Información, Orientación y Prestaciones en Materia de Regulación de la Fertilidad, así como su Reglamento (Decreto 49, de 2013). Estos instrumentos, no obstante, se refieren exclusivamente a cuestiones de fertilidad para evitar embarazos, de infecciones de transmisión sexual y de violencia sexual. Existe también la *Guía para el Estudio y Tratamiento de la Infertilidad del Ministerio de Salud*, de 2015,³ que aborda la materia desde la infertilidad.

Por su parte, el artículo 182 del CC se refiere sólo a los efectos filiativos del sometimiento a un tipo de TRA, cual es la heteróloga:

El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ella.

No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta.

No hay normativa sobre donación de espermatozoides, óvulos o embriones en general. En concreto, en cuanto a la posibilidad de realizar pagos por TRA, se rechaza en consideración del artículo 145 del Código Sanitario, de 1967, y al Reglamento de su título noveno, de 1984, que dispone que el aprovechamiento de tejidos o partes del cuerpo de un donante vivo para su injerto en otra persona sólo se permitirá cuando fuere a título gratuito y con fines terapéuticos. La Ley 20.120, de 2006, sobre genoma humano, confirmaría esta prohibición en su artículo 6, al señalar que el cultivo de tejidos y órganos sólo procederá con fines de diagnósticos terapéuticos o de investigación científica y que en ningún caso podrán destruirse embriones humanos para obtener las células troncales que den origen a dichos tejidos y órganos.

³ Resolución Exenta 241.

Tampoco se regula el acceso a la información del donante, por lo que las donaciones tienen carácter de anónimas y, en principio, la persona nacida de TRA no tiene un derecho consagrado a conocer información sobre su origen genético. En todo caso —a mi juicio— este vacío legal no es obstáculo para el ejercicio del derecho a la identidad, el cual implica conocer los propios orígenes, no así modificar necesariamente la filiación de una persona.⁴

Desde hace décadas la doctrina⁵ se manifiesta a favor del reconocimiento del derecho a la utilización de las TRA y de la creación de un estatuto que lo proteja y regule. Así, por ejemplo, Acuña⁶ pone de relieve la necesidad de una regulación integral, respetuosa, de los derechos e intereses en conflicto.

Cabe indicar la razón por la cual el artículo 182 del CC es la única norma que alude a las TRA. Su redacción quedó determinada durante la discusión parlamentaria de la Ley 19.585, de 1998. La historia de la ley⁷ arroja que su objetivo era sólo regular las consecuencias filiativas de una TRA heteróloga, pues existía otra iniciativa legal en trámite en ese momento que implicaba pronunciarse integralmente respecto de las TRA, la que nunca prosperó.

⁴ Véase Barcia, Rodrigo y Riveros, Carolina, "El derecho al conocimiento del origen biológico como un derecho fundamental de naturaleza civil-constitucional derivado del derecho a la identidad y de la dignidad humana", en Gómez de la Torre, M. (dir.), *Técnicas de reproducción humana asistida*, Santiago, AbeledoPerrot-Thomson Reuters, 2013, pp. 217 y ss.

⁵ Cfr. Silva, Paulina, *Arrendamiento de útero*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1996, p. 67.

⁶ Cfr. Acuña, M. A., "Técnicas de reproducción humana asistida, desafíos del siglo XXI: una mirada transdisciplinaria". Maricruz Gómez de la Torre (dir.), Abeledo Perrot Thomson Reuters, Santiago, 2013, 308 pp.' (2013) 20 *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 1, Sección Recensiones, pp. 418-419.

⁷ Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Segundo trámite constitucional, 04.11.1997, y discusión en sala del Senado. Segundo trámite constitucional, 04 y 05.08.1998. Biblioteca del Congreso, Historia de la Ley núm. 19.585. Modifica el CC y otros cuerpos legales en materia de filiación, pp. 290, 516 y 554. Disponible en: «<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6627/>». [Consultado el 15 de septiembre de 2021].

III. Razones de la no regulación en la doctrina

El debate sobre la licitud y posible regulación de la gestación por subrogación ha surgido con fuerza desde 2018, cuando, judicializado un caso ante los tribunales de familia, se resolvió un conflicto filiativo de dos niñas nacidas mediante la realización de este procedimiento. A su incipiente discusión contribuyen las demandas por una mayor igualdad de género, replanteándose así las miradas desde las cuales debería prohibirse o regularse esta práctica. Por su parte, la relevancia de los derechos de niños, niñas y adolescentes ha obligado a abordar la problemática de la gestación por subrogación desde la perspectiva del derecho de la infancia y de la adolescencia.

No obstante las profundas transformaciones socioculturales experimentadas una vez recuperada la democracia en la década de 1990, Chile es un país conservador en lo valórico y en lo jurídico. Existe reticencia, en gran medida, debido a la influencia de la Iglesia católica, a aceptar diversas formas de constituir una familia y, correlativamente, de tener descendencia fuera de ciertos cánones binarios y heterosexuales de la filiación.

A su turno, tiene gran presencia en nuestro medio aquella clase de ideología según la cual las reformas al derecho de familias deben materializarse sólo en cuanto haya un extendido consenso social. No obstante, desde la perspectiva de un Estado democrático de derecho, al enfrentar las nuevas formas familiares y de parentalidad cabe considerarse que, para decidir si una determinada realidad debe ser protegida por el ordenamiento, los argumentos centrales deben referirse a la manera en que se protegen de mejor forma los derechos fundamentales de las personas, y no al nivel de "preparación" de la ciudadanía.

El primer trabajo chileno del que tengo conocimiento sobre la gestación por subrogación es el libro publicado en 1996 por Silva, titulado

Arrendamiento de útero. En ese entonces la autora advertía la necesidad de regulación legal de esta figura, al afirmar que "es indudable que en un futuro no muy lejano, será menester dicha reglamentación, y que ella deberá avocarse primeramente a los presupuestos técnicamente necesarios de la convención en estudio",⁸ aludiendo a la figura del arrendamiento como soporte jurídico de su calificación contractual.

Con el paso de los años, la doctrina no se detuvo a analizar mayormente esta figura, por lo que se advierte sólo en algunos trabajos publicados varios años después un cierto interés dogmático por ella.

IV. La doctrina ante la gestación por subrogación

I. Prohibición

Corral⁹ señala que

no hay mejoría, remedio o superación de la infertilidad, sino reemplazo de la mujer en una de sus funciones vitales. Esto queda más patente cuando se utiliza la técnica de la maternidad subrogada para atribuir un niño a una pareja de homosexuales, o incluso a un varón solo que no reconoce pareja ni homosexual ni heterosexual, aquí no hay tratamiento terapéutico alguno, sino una puesta al servicio de este procedimiento a un inaceptable "derecho al hijo".¹⁰

Por otro lado, Riveros¹¹ ha rechazado que sean los tribunales de justicia los que hayan solucionado los casos sobre gestación por subrogación

⁸ Silva, Paulina, *op. cit.*, p. 313.

⁹ Corral, Hernán, "Maternidad subrogada: sobre la pretensión de formalizar la filiación perseguida mediante la adopción o la recepción de su práctica en el extranjero", en Gómez de la Torre, Maricruz (dir.), *Técnicas de reproducción humana asistida*, Santiago, AbeledoPerrot-Thomson Reuters, 2013, pp. 165-188.

¹⁰ *Ibidem*, p. 170.

¹¹ Riveros, Cristina, "El trasplante de útero: implicancias de su aplicación en Chile y su relación con la maternidad subrogada", en Morales, María y Mendoza, Pamela (coords.), *Estudios de derecho*

presentados hasta el momento, accediendo a las acciones de filiación interpuestas. En este sentido, ha señalado que el trasplante de útero parece una solución más consistente con las actuales disposiciones del ordenamiento nacional.¹²

2. Escepticismo

En una posición escéptica se ubica Gómez de la Torre: "esta técnica genera mucha empatía, porque se ve como una solución para aquellas parejas que no pueden tener hijos, sin entrar a analizar los riesgos, discriminaciones y vulnerabilidades que puede implicar".¹³

La autora pone de relieve tres perspectivas adicionales: un supuesto "derecho a ser padre o madre", la mera utilización del cuerpo de la "mujer gestante" y el pretendido bienestar para el niño nacido de la gestación por subrogación. En cuanto a esto último, advierte que el apego mutuo comienza en el vientre de la mujer cuando el gestado escucha su voz; que podría producirse una crisis de identidad en el niño provocada por su entrega a los comitentes, y que qué ocurriría si el hijo desea conocer a la madre gestante o si se le rechaza al nacer con discapacidad.

3. Regulación

Entre quienes se manifiestan en favor de legislar, Álvarez¹⁴ señala que comienza a haber consenso en Chile en que sólo la regulación de la gestación por subrogación asegura la debida protección a los derechos

privado. II Jornadas Nacionales de Profesoras de Derecho Privado, Santiago, Ediciones DER, 2020, p. 274.

¹² El problema de esta solución es que tal trasplante somete a la persona a riesgos médicos de magnitud y que a la fecha sólo se registran 15 personas nacidas luego del trasplante.

¹³ Gómez de la Torre, Maricruz, "Sobre la necesidad de una regulación legal de la maternidad subrogada", en Cárdenas, H. (ed.), *Jurisprudencia crítica II. Comentario de fallos 2018-2019*, Santiago, Rubicón, 2020, pp. 145-146.

¹⁴ *Cfr.* Álvarez, Rommy, "La gestación por sustitución. Una aproximación a su tratamiento jurídico" en Morales, María y Mendoza, Pamela (coords.), *Estudios de derecho privado. II Jornadas Nacionales de Profesoras de Derecho Privado*, Santiago, Ediciones DER, 2020, p. 247.

fundamentales en juego y previene los riesgos que podrían temerse de su práctica y los posibles fraudes a la ley nacional en la búsqueda de la determinación de la filiación.

Por su parte, Albornoz¹⁵ plantea algunas alternativas y sus posibles soluciones legales, excluyendo que quien aporta su cuerpo para la gestación contribuya, al mismo tiempo, con sus gametos.

Finalmente, Jarufe,¹⁶ desde una perspectiva práctica, si bien no propone directamente legislar, entiende que la sola prohibición o sanción no evita que se realice y, por tanto, que si se establece la nulidad del pacto de gestación o su tipificación penal, de igual forma habrá que solucionar qué ocurre con la filiación del nacido. El problema no es si pueden o no existir vínculos de filiación basados en la sola voluntad, pues sí se verifican, en efecto, en la adopción y las TRA. El asunto es qué legislación aplicar a las filiaciones derivadas de tales supuestos: las normas existentes, desbordando el sistema filial, o bien un sistema que contenga los aspectos básicos relativos a la aplicación y efectos de las TRA, extensibles a la gestación por subrogación.

B. Acuerdos de gestación por subrogación

I. Legalidad

Considerando que no existe regulación, la licitud de pactos de este tipo ha sido analizada a la luz de la teoría general del acto jurídico. No obstante, en el ámbito judicial han sido utilizadas fuentes como el derecho internacional de los derechos humanos.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 94-95.

¹⁶ Cfr. Jarufe, Daniela, "La problemática de la determinación de la filiación derivada de la práctica de la maternidad por subrogación: supuestos que amenazan la estabilidad del sistema filial", en Vidal, A, Severín, G. y Mejías, C. (eds.), *Estudios de derecho civil X. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Valparaíso 2014*, Santiago, Thomson Reuters, 2015, pp. 285 y 292-293.

Tradicionalmente se acudió al CC para calificar estos acuerdos. Como indiqué, la primera publicación a este respecto consideraba al contrato de arrendamiento de útero como la figura que subsumía el pacto de gestación por subrogación.¹⁷

Por otro lado, cierta doctrina ha negado la licitud de este acuerdo aduciendo que las normas de la filiación son de derecho público y no permiten interpretación por analogía¹⁸ o aludiendo a la configuración de una de las causales de nulidad absoluta.

Así, Corral¹⁹ considera que el contrato de gestación por cuenta ajena es nulo absolutamente. En primer lugar, porque recae sobre un servicio que es personalísimo e inescindible, por lo cual hay objeto intransferible o imposible moralmente (artículo 1464, CC). Además, vulneraría el principio general de indisponibilidad del estado civil, pues nadie puede renunciar, transigir o negociar su calidad de hijo o progenitor de otro (artículo 2450, CC). Luego, contra la "madre gestante" no puede hacerse valer un contrato previo en que ella se comprometiera a renunciar al niño o niña.

En este sentido, Rodríguez²⁰ agrega que numerosas disposiciones del CC indican que se trata de un acto nulo (artículo 10), pues hay objeto ilícito en la enajenación de cosas que no están en el comercio humano (artículo 1464, núm. 1), las cuales no podrían ser objeto de convención (artículo 1461). Argumenta conforme al artículo 145 del Código Sanitario, de 1967, y el Reglamento de su título noveno, de 1984, que dispone que el aprovechamiento de tejidos o partes del cuerpo de un donante vivo para

¹⁷ Silva, Paulina, *op. cit.*, pp. 83-84.

¹⁸ Gómez de la Torre, Maricruz, *op. cit.*, p. 150. En realidad, en mi opinión, tales normas serían de orden público, sin dejar de ser parte del derecho privado.

¹⁹ Corral, Hernán, *op. cit.*, pp. 170-1.

²⁰ Rodríguez, María, "Ilícitud y fraude en la maternidad subrogada: problemas éticos y legales sin solución", en Mondaca, A. y Aedo, C. (eds.), *Estudios de derecho de familia IV*, Santiago, Thomson Reuters, 2019, pp. 416-417.

su injerto en otra persona sólo se permitirá cuando fuere a título gratuito y con fines terapéuticos.

En cuanto a la segunda postura, surgida con ocasión de la resolución de conflictos llevados a sede judicial, se sostiene que los fallos que han acogido las acciones de impugnación de maternidad y de reclamación de ésta interpuestas por los padres comitentes realizan una interpretación que va en la línea correcta al llenar el vacío legal, recurriendo a los derechos fundamentales y sus principios reguladores —en este caso, el interés superior del niño y su derecho a la identidad—²¹ y al derecho internacional, para efectuar una interpretación integradora de la Constitución.²²

II. Altruismo y onerosidad

Para quienes sostienen que el pacto es en sí mismo ilícito por las razones resumidas anteriormente, es irrelevante que el acuerdo se pronuncie sobre remuneración a la gestante; pues adolece *per se* de nulidad absoluta por ilicitud del objeto al recaer en una cosa intransferible o imposible moralmente.

En cambio, para quienes se abren a su regulación, la naturaleza onerosa o gratuita del pacto, aspecto en el que cabe comprender una remuneración, sí es relevante.

Así, Albornoz²³ descarta que una eventual regulación permita el uso del cuerpo de la mujer o de sus gametos con fines onerosos: si el pacto previera un pago por los servicios de la gestante existiría nulidad por ilicitud del objeto.

²¹ Cfr. Barcia, Rodrigo, "Análisis crítico de dos fallos sobre generación por sustitución o subrogación", en Cárdenas, Hugo (ed.), *Jurisprudencia crítica II. Comentario de fallos 2018-2019*, Santiago, Rubicón, 2020, p. 171.

²² Cfr. Albornoz, Laura, "Reconocimiento de maternidad biológica en casos de maternidad subrogada: un análisis en hipótesis de subrogación no remuneradas", en Cárdenas, Hugo (ed.), *Jurisprudencia crítica II. Comentario de fallos 2018-2019*, Santiago, Rubicón, 2020, pp. 176 y 178.

²³ *Idem*.

Quien intenta aclarar correctamente este punto es Barcia,²⁴ al señalar que, en relación con la posible nulidad por objeto ilícito, la subrogación altruista o gratuita no infringe este requisito del acto jurídico, pero que eventualmente tampoco lo hace la gestación onerosa. Ello se debería a que lo que el derecho prohíbe es la disposición del propio cuerpo y el pacto de gestación por subrogación sólo incurrirá en esta sanción en la medida que la gestante no tenga un plazo dentro del cual se pueda desistir sin que ello le acarree consecuencias. De este modo, en la medida en que el pacto no sea ejecutable no habría objeto ilícito; sin embargo, la forma que adopte este pacto naturalmente incidirá en una eventual nulidad, pues debe velar por los derechos de la criatura, la persona gestante y la comitente, y el dador del material genético.

C. Determinación legal de paternidad y maternidad

Las normas sobre filiación responden al modelo clásico de parentesco binario centrado exclusivamente en un vínculo biológico, en el que la voluntad procreacional, salvo el caso de reconocimiento y de TRA ya comentado, no tiene cabida. Asimismo, están fuertemente construidas sobre una estructura heterosexual.

El artículo 183, inciso 1, del CC establece que la maternidad quedará determinada por el parto cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil. El inciso 2 agrega que en los demás casos la maternidad se determina por reconocimiento o sentencia firme en juicio de filiación.

En cuanto a la paternidad, existe una regla en el artículo 184 del CC vinculada al matrimonio —y desde 2015 al Acuerdo de Unión Civil (AUC) celebrado por parejas de distinto sexo—, conforme a la cual se presumen hijos del marido de la madre los nacidos dentro del matrimonio y

²⁴ Barcia, Rodrigo, *op. cit.*, p. 170.

los nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución judicial del matrimonio por divorcio.

Por otro lado, la voluntad, expresada en el reconocimiento, es también fuente de filiación.

En cuanto a la determinación judicial de la maternidad, se distingue entre impugnación de la maternidad matrimonial y no matrimonial, aunque el fundamento es el mismo: falso parto o la suplantación del pretendido hijo al verdadero.

D. Elegibilidad para la gestación por subrogación

Dada la ausencia de regulación, no existen criterios de elegibilidad para la persona gestante ni para las personas comitentes. A su vez, no se han desarrollado investigaciones sociológicas específicas sobre las características de los sujetos intervinientes en esta práctica ni de las razones para acudir a ella.

No obstante, un artículo publicado en 2019 da cuenta de los resultados de investigaciones cualitativas sobre la reproducción por terceras personas.²⁵ Una de ellas se refiere a la gestación por subrogación.²⁶

En relación con la persona gestante, se dice:

En los casos de parejas gay que tuvieron hijos/as vía gestación subrogada, el proceso reproductivo incluye a dos terceras partes: la donante y la mujer gestante, las que ocupan un espacio diferente en las narrativas analizadas. A la mujer gestante se la incluye en la familia y se hace referencia a ella como 'la mamá'. En los casos

²⁵ Herrera, Florencia, Salvo, Irene y Navarro, Javiera, "Reproducción por terceras partes en Chile: comunicando orígenes y construyendo parentesco", *Política y Sociedad* 3, 2019, pp. 691-711.

²⁶ *Ibidem*, p. 697.

incluidos en este artículo las madres gestantes viven en un país diferente a los padres entrevistados y sus hijos. *Esto probablemente es cómodo para los padres, dado que les interesa que esta madre sea una figura que exista en el imaginario familiar de sus hijos/as, pero no que cumpla un rol activo en la familia.* Se sienten satisfechos con que exista una madre de la que pueden hablar y que sus hijos pueden conocer en algún momento.²⁷

Por otro lado, como señalé, Chile no regula el acceso a la información de donantes de gametos, por lo que las donaciones tienen el carácter de anónimas y, en principio, la persona nacida de TRA no tiene un derecho legalmente reconocido a conocer información sobre su origen genético.

No obstante, una de las cuestiones más comentadas en el estudio anteriormente mencionado es la relativa a la develación del proceso de gestación que le dio la posibilidad de nacer al hijo. En este trabajo se concluye que los padres gays por gestación subrogada sí incluyen a la madre biológica o a la persona gestante en sus relatos, en un lugar bondadoso y generoso, pero acotado. En estos casos, se cuestiona el poder de la conexión biogenética y, al mismo tiempo, se enfatiza el proceso de gestación (embarazo) como base para las relaciones de parentesco.²⁸

E. Transferencia de la filiación

A falta de ley, la doctrina se refiere a las siguientes situaciones.

I. Supuestos de hecho

1. Persona sola como comitente

Si quien encarga es una mujer y aporta el óvulo, se podrá recurrir a un tercer donante de gameto masculino, aunque también puede ser aportado

²⁷ *Ibidem*, p. 699. Énfasis añadido.

²⁸ *Ibidem*, p. 707.

por la pareja de la gestante. Si la comitente no aporta óvulo, se pueden dar cuatro situaciones: recurrir a donante tanto de gameto femenino como masculino; que la gestante aporte el óvulo y su pareja el espermio (situación en la que no hace falta TRA); la gestante aporta el gameto femenino y un tercero el masculino, y que el gameto femenino sea aportado por donante y el masculino por la pareja de la gestante.

Si quien encarga es varón e interviene genéticamente en la fecundación, puede suceder: que aporte sus gametos y la gestante el óvulo; que aporte sus gametos y una donante el óvulo. Si no realiza aportación genética, podrían darse cuatro supuestos, similares a los de la mujer sola.

2. Pareja como comitente

Si una pareja, matrimonial o no, encarga la gestación puede suceder uno de los siguientes supuestos.

1. Que aporte todo el material genético.
2. Que aporte sólo el semen, mientras que la gestante el óvulo.
3. Que aporte sólo el óvulo y el semen sea aportado por la pareja de la gestante.
4. Que aporte los gametos uno de los miembros de la pareja e intervenga un tercer donante, en cuyo habría que subdistinguir si el varón comitente aporta el semen y la mujer comitente no aporta los óvulos, pero tampoco lo hace la mujer gestante, sino que estos provienen de una donante; y aquellos supuestos en los que la comitente aporta el óvulo y el varón comitente no aporta el semen, pero tampoco lo hace la pareja de la gestante, sino que proviene de un tercero.
5. Que no aporte material genético, en cuyo caso habrá que subdistinguir si quienes donan óvulo y semen son distintos a la gestante y su pareja; si el óvulo es aportado por la gestante y el

semen por un donante anónimo; si el semen es aportado por la pareja de la gestante y el óvulo por una donante anónima; y, por último, si el óvulo y semen son aportados por la mujer gestante y su pareja.²⁹

II. Determinación de la maternidad

Como indiqué, el artículo 183, inciso 1, del CC establece que la maternidad quedará determinada por el parto cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz consten en las partidas del Registro Civil. Conforme a una interpretación literal de esta norma, la persona comitente no será madre legal del nacido, incluso si ha aportado sus óvulos. Con lo cual, para la determinación de la maternidad importa el hecho del parto y la identidad del nacido y de la mujer que ha parido; no será relevante ni el origen del óvulo ni la voluntad procreacional.

III. Determinación de la paternidad

Según Jarufe,³⁰ las complicaciones relativas a la determinación de la filiación paterna de un niño o una niña vienen dadas por el estado civil de la persona gestante, no de los comitentes.

1. Gestante casada

Si la persona gestante estuviera casada, sin importar si aportó o no el óvulo, la gestación por subrogación dará lugar a la determinación de la filiación matrimonial del nacido y operará la presunción de paternidad del artículo 184 del CC, tanto si el semen provino del varón comitente como de un tercer donante o del mismo marido. Sólo coincidirá la paternidad legal con la biológica en el evento de haber provenido el semen del

²⁹ Cfr. Jarufe, Daniela, *op. cit.*, pp. 287 y ss.

³⁰ *Ibidem*, pp. 292-293.

marido de la gestante. Si no coincide la paternidad legal, determinada a partir de la presunción, con la paternidad genética, habría filiación no biológica.

El padre legal podría impugnar la paternidad (artículos 211 y siguientes, CC), lo que prosperaría. En tal caso, el nacido no tendrá determinada su paternidad, salvo que opere un reconocimiento conforme al artículo 188 del CC, lo que para la autora constituiría un fraude a la ley. Si los gametos han sido aportados por el varón comitente podría éste reclamar la paternidad del nacido (artículos 204 y siguientes, CC), lo que también prosperaría (si el marido de la gestante no ha impugnado la paternidad, tendrá que hacerlo conjuntamente con la acción de reclamación [artículo 208, CC]).

Determinada la paternidad en favor del padre biológico, será madre legal quien ha dado a luz y padre legal quien lo ha encargado, estén casados o no, y aun cuando entre uno y otro no exista relación ni se conozcan.

Si quien aportó los gametos masculinos es un tercer donante, en principio anónimo, no habrá posibilidad de determinar una filiación paterna, o al menos no una filiación que coincida con el vínculo biológico. Si bien podría operar el "reconocimiento por mera complacencia" por parte de cualquier varón, tampoco coincidirá la filiación biológica con la legal, cuestión que nuevamente la autora considera fraude a la ley.

2. Gestante soltera

Si la gestante no estuviera casada, no opera presunción de paternidad, con lo cual queda determinada sólo la maternidad, esté o no basada en el vínculo biológico. La eventual determinación de la paternidad dependerá de si el varón comitente, casado o no, es quien ha aportado el material genético, en cuyo caso podrá reclamar la paternidad, lo que prosperará; si el semen, en cambio, ha sido aportado por un tercer donante, no habrá modo alguno de determinar un vínculo biológico de filiación paterna.

Aunque podría existir un reconocimiento de complacencia, ya sea del varón que ha encargado la gestación o de otro, lo que la autora considera fraude a la ley.

IV. Niño nacido en el exterior

1. Inscripción en el Registro Civil

Según Corral,³¹ si alguien quiere inscribir en el Registro Civil chileno como hijo de los comitentes al niño concebido en el exterior mediante gestación por sustitución, habrá que distinguir si lo que se pretende es su inscripción directa o si se pide la aprobación de una resolución judicial del tribunal extranjero que determina la filiación.

Si se tratase de inscripción directa, se tendría que invocar el artículo 3, número 3, de la Ley de Registro Civil (LRC), que señala que los hijos de chilenos nacidos en el extranjero deben ser inscritos en el Registro Civil chileno ante el cónsul respectivo, quien remitirá los antecedentes al Ministerio de Relaciones Exteriores, el cual certificará la autenticidad de los documentos y los enviará al Conservador del Registro Civil para los efectos de su inscripción en el Registro de la Primera Sección de la comuna de Santiago (LRC, artículo 8, inciso 2).³²

En cuanto a la maternidad, al autor le parece que si hay constancia en los documentos aportados de que el niño ha sido gestado por cuenta ajena, el cónsul debiera denegar la inscripción de la maternidad a nombre de la mujer comitente. Según el autor, no procedería que ella pida que se inscriba al niño por medio de un acto de reconocimiento efectuado en la misma inscripción según el artículo 187, número 1, del CC, ya que los mismos documentos presentados prueban que ella no es la madre biológica o, al menos, que no es la única madre que puede considerarse

³¹ Corral, Hernán, *op. cit.*, pp.185-186.

³² *Ibidem*, p. 186.

biológica (si aportó el óvulo). Esto, pues el reconocimiento parte del supuesto de que el niño reconocido es verdadero y exclusivo hijo del reconociente.³³

Esta última aseveración puede cuestionarse, pues sabido es que, al regular el acto de reconocimiento, el legislador de 1998 quiso promover este mecanismo voluntario de determinación de la filiación, facilitándolo, sin exigir antecedentes sobre el vínculo biológico entre reconociente y reconocido ni notificación alguna a la persona respecto de la cual el nacido tuviere ya filiación determinada.

Respecto de la paternidad,³⁴ habrá que distinguir si la criatura fue concebida con espermios propios o ajenos. En el primer caso, pareciera que debe admitirse que el niño sea reconocido como hijo no matrimonial por el varón requirente, ya que se trata de un hijo biológico suyo. Si se ha utilizado semen de un tercero donante, podría pensarse aplicar el artículo 182 del CC y tener por padre al varón que se sometió a la TRA. No obstante, el precepto no está pensado en ninguna de sus partes para la práctica de la gestación por cuenta ajena, ni en beneficio de la mujer ni del varón comitente, de manera que no debe aplicarse para favorecer al varón. La solicitud de que el niño se inscriba como reconocido por el varón requirente, en virtud del artículo 187, número 1, del CC, debería rechazarse al constar fehacientemente que no es el padre biológico. Si el cónsul accede al trámite, corresponderá al oficial del Registro Civil de la Primera Circunscripción de la comuna de Santiago efectuar la negativa.

En esta misma línea, para el caso de que el hijo haya nacido en el extranjero, Cornejo³⁵ afirma que ya sea que se trate de parejas de distinto o del mismo sexo, resultaría imposible practicar una inscripción en favor de la

³³ *Idem*.

³⁴ *Ibidem*, pp. 186-187.

³⁵ Cornejo, Pablo, "Maternidad subrogada, interés del niño y orden público en materia de filiación internacional. Un difícil equilibrio", *Revista de Derecho de Familia* IV, 2016.

madre (comitente), pues siendo chilena está vinculada por la ley chilena, no obstante el hecho de encontrarse en otro país (artículo 15, CC). En cuanto a la paternidad, en cambio, en los casos en que se intenta la inscripción del nacido en el Registro Civil chileno, considera que el varón chileno que recurrió a la técnica en el extranjero puede ser considerado padre del niño, debiendo prevalecer la voluntad procreacional por sobre la existencia de un eventual vínculo de carácter biológico (dado en este caso por el aporte de material genético), en línea con lo dispuesto en el artículo 182 del CC, de la misma forma en que se resolvería la cuestión si hubiese ocurrido en Chile. Si se trata de una pareja de personas del mismo sexo, la solución debe ser la misma, si bien queda vedado el establecimiento de un vínculo respecto de ambos padres, pues éste no es reconocido por la ley chilena.

Explicando la aplicación del artículo 15 del CC, el autor añade que ésta evita un tratamiento desigual entre el niño nacido en el extranjero y el nacido en Chile, y que encuentra un margen de apreciación válido, pues permite la constitución de un vínculo de filiación con al menos uno de los padres (aquel que podría ser reconocido de acuerdo con la ley nacional). Además, aclara que estas situaciones exceden por mucho el ámbito de las atribuciones que corresponden a los funcionarios consulares o a los oficiales del Registro Civil, quienes, enfrentados a una situación como la descrita, deberían aplicar la ley vigente.

2. *Exequatur*

En cuanto a la gestación por subrogación que ha producido efectos filiativos mediante resolución de tribunal extranjero, para acceder al registro chileno, según Corral,³⁶ debería realizarse el trámite de *exequatur*, previsto en los artículos 242 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Pero, en este caso, la Corte Suprema debería considerar especialmente la

³⁶ *Ibidem*, p. 187.

exigencia del artículo 245, número 1, del Código, que establece que para poder tener efecto en Chile las resoluciones pronunciadas por un tribunal extranjero tienen que cumplir con la siguiente circunstancia: "Que no contengan nada contrario a las leyes de la República". Como el autor estima que esta técnica es contraria al orden público, el *exequatur*, en su opinión, debería negarse. Asimismo, si se trata de una sentencia que regulariza los efectos de la gestación por subrogación mediante adopción, ésta tampoco podría tener efecto en Chile por contravenir la Convención de La Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en materia de adopción internacional.

Todo lo anterior se aplicaría, con mayor razón, si los peticionarios de la inscripción fueran dos varones que piden la inscripción de un niño gestado por una "madre sustituta" como hijo de ambos. La posibilidad de que un niño tenga a la vez dos padres o dos madres es repudiada por el ordenamiento chileno, incluso vía adopción.³⁷

Con todo, agrega, no parece posible negar que un varón, con pareja o no, tenga un hijo a través de una "madre sustituta", usando sus propios gametos, y luego lo reconozca al momento de la inscripción, conforme al artículo 187, número 1, del CC. Como de esa manera ha privado al niño de la posibilidad de determinar la maternidad (conforme a la legislación extranjera la gestante renuncia a sus derechos maternos), es posible que un juez de familia lo prive de la tuición y de la patria potestad por grave infracción al artículo 222, inciso 2, del CC, que dispone que la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, y al artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), que le asegura el derecho a conocer a ambos padres y ser cuidado por ellos, todo lo cual podrá constituir inhabilidad física a la que aluden los artículos 226 y 271, número 4, del CC como causal de pérdida del cuidado personal y de la patria potestad, respectivamente.³⁸

³⁷ *Idem*.

³⁸ *Ibidem*, pp. 187-188.

Coincidiendo con Corral, Cornejo³⁹ opina que si una pareja de chilenos solicita el reconocimiento de una resolución extranjera que determina la filiación recurriendo a esta técnica, se estarían sustrayendo a la aplicación de las reglas nacionales en materia de filiación, afectando el orden público. No obstante, a diferencia de Corral, señala que en este caso quedaría la posibilidad de reconocer la filiación con el padre que se sometió a la técnica —según los criterios que se explicaron previamente, como si el nacimiento se hubiere producido en Chile—, permitiendo a la "madre no gestante" recurrir a la adopción, sujetándose a la Ley 19.620. Esto permitiría reconocer la realidad familiar que ya es vivida por el niño, resguardando su interés superior.

Finalmente, Cornejo⁴⁰ advierte que una aplicación estricta de las soluciones expuestas puede llevar, en ciertos extremos, a situaciones lesivas del interés del niño, como ocurre cuando el reconocimiento de la filiación debe ser resuelto con ocasión de otro problema, como la determinación de los herederos en un contexto sucesorio o la definición de los legitimados activos en una acción de responsabilidad. En este caso, en la medida en que se esté en presencia de extranjeros, pareciera que deben primar los imperativos de protección de la vida familiar y de la buena fe, debiendo ser reconocido dicho vínculo, máxime en circunstancias en que nuestra ley no pretendió regular la materia.

V. Adopción

La doctrina es contraria a la aplicación de la adopción de un niño nacido de gestación por subrogación.

Corral⁴¹ describe que el marido o compañero varón puede reconocer al hijo nacido de la gestante y luego tramitar una adopción conjunta como

³⁹ Cornejo, Pablo, *op. cit.*

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ Corral, Hernán, *op. cit.*, p. 176.

matrimonio o como pareja estable (donde las leyes lo permitan); de esta manera, quedarían legalmente como padres (artículo 11, Ley 19.620). Ahora, si se trata de un varón homosexual que recurre a la gestación por subrogación sin ser padre genético, podría querer adoptar al niño para que el vínculo no pueda ser luego impugnado, aunque muchas veces bastará con el acto formal de reconocimiento. Lo mismo ocurriría con una mujer lesbiana, quien podría querer adoptar al niño para evitar cualquier reconocimiento posterior por parte de un varón que no es padre genético.

Al utilizar la adopción se manipula esta institución, para lograr fines y propósitos que le son ajenos. Se configura un fraude de ley, por lo cual, aunque los actos aislados puedan ser calificados formalmente conforme a la ley, el resultado obtenido es contrario a los principios y valores del ordenamiento.⁴²

Por su parte, Álvarez⁴³ considera que si bien la adopción es un camino para constituir filiación en favor de los comitentes, no se tiene en cuenta la realidad familiar que se ha configurado ni la verdad biológica, que es la base de la identidad del niño nacido.

Jarufe⁴⁴ opina que la adopción no debiera, en ningún caso, ser utilizada para establecer un vínculo legal de filiación entre comitentes y nacido. La adopción es una medida de protección establecida en favor de niños que existen y que requieren de una familia "sustituta"; no tiene por objeto satisfacer los deseos, por muy loables que sean, de quienes no puedan o no quieran gestar por sí.

Finalmente, Rodríguez⁴⁵ plantea una solución distinta a la adopción: ha señalado que puede reconocerse la maternidad de la gestante para posteriormente atribuir la "responsabilidad parental" a los comitentes. Aunque

⁴² *Ibidem*, pp. 180-182.

⁴³ Álvarez, Rommy, *op. cit.*, p. 249.

⁴⁴ Jarufe, Daniela, *op. cit.*, pp. 291-292.

⁴⁵ Rodríguez, María, *op. cit.*, p. 419.

aclara que lo único que un tribunal podría hacer es atribuir el cuidado personal del niño a los comitentes y, eventualmente, constituirlos en guardadores. La crianza y educación correspondería a los comitentes, sin oscurecer u ocultar los orígenes del niño.

VI. Jurisprudencia

La Ley 19.968, que creó los Tribunales de Familia, establece dentro de sus competencias las acciones de filiación (artículo 8, número 8). Estos tribunales han dictado cuatro sentencias recaídas favorablemente en causas sobre impugnación de maternidad y reclamación de ésta. Argüían la existencia de voluntad procreacional, concepto que la ley nacional ha reconocido, aunque no con ese nombre ni con efectos generales, en el propio artículo 182 del CC, al vedar cualquier intento de acción en contra de la filiación determinada por TRA heterólogas.

Por otra parte, los derechos de niños y niñas nacidos de las gestaciones por subrogación fueron consideraciones en estas sentencias. Ello se debe a la incorporación gradual y progresiva de la Convención sobre los Derechos del Niño en el ordenamiento interno, que ha impactado en el desarrollo legal, jurisprudencial y doctrinal del derecho de familia y de la infancia desde la década de 1990.

1. Hechos

En el primer caso comparece la madre comitente deduciendo demanda de impugnación y reclamación de maternidad en contra de su madre, es decir, la abuela de las niñas concebidas mediante gestación por subrogación. Comparece también el padre comitente, quien es pareja de la demandante, sin oponerse a la acción. La demandada solicita acoger la demanda.

La demandante tiene 28 años, ha sufrido dos embarazos fallidos, la muerte de un hijo recién nacido y la pérdida de su útero a los 26 años.

La madre de la comitente, de 49 años, se ofreció gratuitamente a que le fueran transferidos embriones generados con óvulos de la comitente fecundados con espermatozoides de la pareja de ésta, esto es, el padre comitente. Se relata por la demandante haber vivido el embarazo de la gestante con gran cercanía y dedicarse al cuidado de las niñas desde su nacimiento, incluso amamantándolas.

Las niñas figuran en el Registro Civil como hijas de la persona que las parió, es decir, la madre de la demandante. La paternidad legal recae en el padre comitente, de 33 años, quien es, a su vez, el padre genético.

En el segundo caso, la demandante dirige acción de impugnación y reclamación contra la persona gestante de un niño de nueve meses de edad, fundándose en que junto a su pareja y cónyuge habían sufrido de un embarazo cervical que derivó en una hemorragia y posterior inviabilidad, con lo cual se había producido la muerte del embrión y posterior esterilidad en la madre.

Luego de intentos fallidos de tratamientos de fertilidad, habían recurrido a la gestación por subrogación gracias a una amiga de 22 años que se había ofrecido como gestante gratuitamente. La fecundación se había realizado en Perú, con óvulos de la demandante y espermatozoides de su cónyuge, naciendo un niño al cual la madre comitente estaba lactando producto de un proceso de inducción de lactancia.

En el tercer caso, se trata de una mujer (la demandante) sensibilizada al factor Rh, que a los 16 años perdió un bebé por negligencia médica y nuevamente a los 27 años por la misma razón, todo lo cual había provocado que su único hijo nacido vivo en 2015 hubiera sufrido graves complicaciones tanto antes como después de nacer.

De esta forma, si bien la demandante era fértil, su sensibilidad al factor Rh podría llegar a complicar un nuevo embarazo de forma fatal; razón por la cual recurrieron a una mujer de nacionalidad peruana para que actuara como gestante. Esta mujer había sido presentada a los padres

comitentes por la tía del cónyuge de la demandante, es decir, del padre comitente, y cuidaba un departamento que dicha tía tenía en Lima. La gestante ya tenía cuatro hijos, y accedió gratuitamente a ayudar a la pareja, recibiendo sólo reembolsos por gastos de salud asociados al embarazo de mellizos que desarrolló luego de proporcionados los gametos por parte de los comitentes y de realizada la TRA.

Los niños habían nacido en Chile, tras lo cual la pareja comitente y la gestante extendieron una escritura pública en la que se acordaba que el cuidado personal de los niños, así como la patria potestad sobre ellos le correspondía al padre biológico, regulándose también un régimen de relación directa y regular a su favor. La demandada, mujer gestante, contestó la demanda allanándose en todas sus partes.

En el cuarto caso, la madre comitente demanda impugnación y reclamación de filiación, conjuntamente, respecto de un niño de casi cinco años de edad. La parte demandada es la portadora gestacional —amiga íntima de la madre comitente—. La mujer demandada ha dado a luz al niño gracias a una TRA llevada a cabo con los gametos del padre comitente y los óvulos de una donante anónima.

La demandante es infértil producto de la extracción de útero y ovarios que ha debido sufrir en el pasado por padecer cáncer; ella y su marido han intentado adoptar, sin embargo, se les ha señalado que deben dejar pasar cinco años desde la remisión del cáncer, pero dejar pasar esos años acarrea la imposibilidad de la adopción, por la diferencia de edad que la persona que será adoptada debe tener con respecto al padre adoptivo.

2. Fundamentos de los fallos

La primera sentencia,⁴⁶ del Segundo Juzgado de Familia de Santiago, referida a los hechos del primer caso comentado en el apartado anterior,

⁴⁶ Sentencia del 8 de enero de 2018. Véase Maturana, Pilar, "Análisis de la primera sentencia sobre maternidad gestacional subrogada en Chile", *Revista de Estudios Judiciales* 6, 2020, pp. 173-196. Los

advierte que las TRA no están reguladas orgánicamente y que la única norma aplicable es el artículo 182 del CC, que sólo regularía la situación filiativa de las personas nacidas por TRA fruto de donación de gametos no pertenecientes a los padres o pareja que se somete a la técnica, situación en que los donantes no pueden reclamar paternidad; esto, ya que al redactar ese artículo no se tuvo por objeto regular las TRA de forma general sino sólo ese respecto (situación filiativa en TRA heterólogas). El fallo afirma que para resolver la acción resulta importante el estudio del derecho internacional, como parte del bloque constitucional de los derechos fundamentales, con el fin de dar mayor resguardo y efectividad a los derechos inherentes al ser humano de los intervinientes, especialmente, los derechos a procrear y a la identidad.⁴⁷

En cuanto al derecho a procrear, señala que corresponde tanto a la mujer con capacidad de gestación como a aquella que no la tiene, lo mismo que al hombre que tiene o no capacidad para fecundar. Así, conforme a los derechos de igualdad y libertad, su ejercicio no se vería limitado por las formas de concepción natural, sino que incluiría a las TRA y, por cierto, la gestación por subrogación. En cuanto al derecho a la identidad, el fallo lo desarrolla respecto de las niñas nacidas de la gestación por subrogación, indicando su contenido a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho chileno. Se afirma que han quedado acreditados los hechos que prueban la existencia de una identidad tanto estática como dinámica; genética, afectiva y socialmente son hijas de la demandante.⁴⁸

Enseguida, el fallo pone de relieve la existencia de distintas aproximaciones frente al contrato de gestación por subrogación: quienes consideran

datos de esta causa y de las tres siguientes que se comentan en este apartado han sido omitidos para resguardar la intimidad de las personas involucradas.

⁴⁷ Considerando 6.

⁴⁸ Considerando 7.

que es madre quien ha parido y que no procede la impugnación de esta maternidad, pues no está prevista en las causales taxativas de la acción de impugnación; quienes se inclinan por hacer primar el carácter volitivo, en virtud del cual la intención y aporte de la gestante sólo tiene relevancia una vez que los comitentes han manifestado la voluntad de procrear; y quienes afirmarían que conforme a la palabra "someterse" del artículo 182 del CC cabe aplicar el sistema general de determinación de la filiación, basado en la descendencia genética, ya que esta expresión haría referencia a la persona que aporta el material genético.⁴⁹ El fallo descarta esta última posición pues la historia de la ley demostraría que el objetivo del artículo no fue regular orgánicamente las TRA. Descarta también la primera aproximación referida, pues la mujer gestante no tiene voluntad de ser madre.

La sentencia determina el interés superior del niño a la luz del derecho a la identidad; sostiene que el elemento dinámico del aquel debe verse reflejado en la filiación legal de las niñas y con ello preservar sus relaciones familiares.

El fallo descarta la posible nulidad del pacto por ilicitud del objeto, señalando que ello sólo aplicaría para contratos onerosos en que el cuerpo humano de la mujer es objeto del acto jurídico.⁵⁰

Finalmente, la resolución acoge la demanda de impugnación y reclamación de maternidad, ordenando sustituir mediante una nueva inscripción el nombre de las niñas como hijas de la demandante.

El 3 de diciembre de 2018 fue dictado, por el propio Segundo Juzgado de Familia de Santiago, un fallo que acogió las mismas acciones interpuestas en el caso examinado en el apartado anterior.

⁴⁹ Considerando 9.

⁵⁰ Considerando 11.

La sentencia comienza afirmando que la filiación del niño no coincide con su verdadera filiación biológica, pues es hijo de la demandante. Señala que el artículo 183 del CC puede ser derrotado a través de la verdad biológica.⁵¹ Enseguida, advierte una colisión aparente entre esta norma y el artículo 182 del CC, pues conforme a este último sería madre quien se sometió a la TRA; en cambio, el artículo 183 del CC establece que es madre quien pare.⁵²

Además, señala que el contrato de subrogación no está prohibido sino que carece de regulación, lo que exigiría la aplicación de principios contenidos tanto en la Constitución como en tratados internacionales.⁵³ Uno de ellos sería la protección del derecho a la identidad, que el fallo desarrolla invocando estándares internacionales.⁵⁴ La disconformidad entre identidad biológica y la filiación legal produciría que a los seis meses de vida el niño construya su identidad personal y social con un grave defecto.⁵⁵ Finalmente, establece que la regla del artículo 183 del CC es contraria a los principios y derechos jerárquicamente superiores descritos en torno a la identidad del niño, por lo cual acoge la demanda declarando que el niño es hijo de la demandante.

En cuanto al fallo del Cuarto Juzgado de Familia, del 1 octubre 2019, referido a los hechos del tercer caso mencionados en el apartado anterior, dio lugar a la demanda declarando que dos niños eran hijos de la demandante de impugnación y reclamación y de su cónyuge. Esta sentencia fue dictada en la audiencia de modo verbal, transcribiéndose sólo su parte resolutive.

Finalmente, en el fallo del 21 de julio del 2021, referido al cuarto caso indicado en el apartado anterior, el Segundo Juzgado de Familia de Santiago

⁵¹ Considerando 5.

⁵² Considerando 9.

⁵³ Considerando 11.

⁵⁴ Considerando 13.

⁵⁵ Considerando 14.

señaló que la gestación subrogada por altruismo es un medio para constituir familia y que la libre autodeterminación reproductiva de las personas se vincula al derecho de familia cuando éste no puede alcanzarse por existir impedimentos físicos o biológicos de los padres o madres. Agregó que la familia a la que pertenecía el niño guardaba

plena relación con su interés superior y al principio de identidad contemplado en el artículo 7 Convención Internacional de los Derechos del Niño, derecho personalísimo, inherente a toda persona, independiente de su edad, sexo o condición y que en el caso de autos el niño tiene derecho a su vida familiar, a preservarla por quienes lo han cuidado y protegido desde los primeros días de vida, siendo responsables de sus deberes y funciones parentales, no debiendo ser un obstáculo la filiación legal ni el vacío legal en la materia para garantizar el pleno desarrollo de sus derechos.⁵⁶

F. Agencias y criminalización

Dada la ausencia de regulación, no existen mediadores, agencias ni intermediarios de carácter oficial asociados a la gestación por subrogación; tampoco es posible saber si se ofrecen pagos asociados. Si bien es de suponer que operan para facilitar su práctica,⁵⁷ especialmente cuando personas chilenas acuden a gestantes en el extranjero, no existe información pública accesible. La no prohibición facilita que la gestación se lleve a cabo, pues nada ilegal se está efectuando al acordarla; los problemas surgen con el nacimiento.

Así ocurrió en 2018, cuando una pareja de chilenos viajó a Perú a buscar a sus hijos nacidos en virtud de un acuerdo con una gestante.⁵⁸ La prensa

⁵⁶ Considerando 6.

⁵⁷ Una página que ofrece servicios de fertilidad informa sobre las características del procedimiento invitando a "descubrir lo que es posible realizar" en el país. *Cfr.* «<https://www.sgfertility.cl/nuestros-tratamientos-y-programas/donacion/subrogacion-uterina/>». [Consultado el 18 de mayo de 2021].

⁵⁸ Paz, Óscar, "Ventre de alquiler: caso de pareja de chilenos muestra un vacío legal", *El Comercio*, 3 de septiembre de 2018. Disponible en: «<https://elcomercio.pe/lima/sucesos/ventre-alquiler-caso-pareja-chilenos-muestra-vacio-legal-noticia-553484-noticia/>». [Consultado el 10 de diciembre de 2021].

informó que allá se les había acusado de trata de personas. En Chile no sería posible imputar un tipo penal como el que al parecer se aplicó en Perú, pero podría, eventualmente, detenerse a los padres por una supuesta sustracción de menores (artículo 142, Código Penal).

G. Acuerdos internacionales

Chile no regula los acuerdos de gestación por subrogación celebrados en el extranjero que vayan a tener efectos en el país. Ahora bien, si el niño está en Chile, será competente para conocer de la reclamación de filiación el juzgado con aptitud en materias de familia del domicilio del demandado o del demandante a elección de este último (artículo 147, inciso final, Código Orgánico de Tribunales).

Con respecto al reconocimiento nacional de la paternidad o maternidad que surge de un acuerdo de gestación por subrogación en otra jurisdicción, me remito a lo indicado sobre la transferencia de la filiación.

Finalmente, el artículo 10 de la Constitución establece que son chilenos los nacidos en el territorio de Chile, con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su gobierno, y de los hijos de extranjeros transeúntes, todos los que, sin embargo, podrán optar por la nacionalidad chilena. Por lo tanto, si un niño nace en Chile en virtud de un acuerdo de gestación por subrogación celebrado en el extranjero, adquirirá automáticamente la nacionalidad chilena (salvo que sus padres sean extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su gobierno o si son extranjeros transeúntes).

También son chilenos los hijos de padre o madre chilenos nacidos en territorio extranjero, siempre que alguno de sus ascendientes en línea recta de primer o segundo grado haya adquirido la nacionalidad chilena en virtud de lo establecido en los números 1, 3 o 4 del artículo 10, esto es, por *ius solis* —conforme acabamos de ver—, o bien por carta de nacionalización o especial gracia de nacionalización por ley. Es decir, un nacido

en el extranjero en virtud de un acuerdo de gestación por subrogación será chileno siempre que se cumpla la exigencia señalada.

H. Conclusiones

La gestación por subrogación permanece sin regulación en el ordenamiento chileno, aunque sí se practica. Esta ausencia de ley genera y profundiza vulnerabilidades, especialmente, respecto de la situación filiativa de los nacidos gracias a esta técnica. No existen criterios de elegibilidad para la persona que actúa como gestante, así como tampoco respecto de las personas comitentes. Como no está regulada la donación de espermatozoides, óvulos o embriones ni el acceso a la información del donante en general, en principio, no existirá información sobre la persona gestante.

La doctrina se manifiesta a favor del reconocimiento del derecho a la utilización de las TRA y de la creación de un estatuto que lo proteja y regule. Ahora bien, en cuanto a la gestación por subrogación existen posiciones divididas: algunas defienden su regulación, otras afirman que debe prohibirse, mientras que otro sector se plantea escéptico.

Ha sido la jurisprudencia la que, aplicando conceptos como la voluntad procreacional y razonando a la luz de los derechos fundamentales, ha resuelto los casos que se han judicializado. El derecho a la identidad y la protección del interés superior de los nacidos han sido elementos primordiales en estos fallos, informados por lo dispuesto en tratados internacionales de derechos humanos.

A mi juicio, en un Estado democrático de derecho debe primar la ética pluralista, que salvaguarde y fomente la diversidad de modos de vida respetuosos de los derechos humanos, así como la plena observancia de los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad. No estoy afirmando que existe un derecho a tener un hijo, pero sí que gozamos de un derecho a beneficiarnos de los avances de la tecnología para formar

una familia.⁵⁹ La regulación clara y adecuada, no la prohibición ni el silencio de la ley, pueden garantizar los derechos de las personas que ven en las TRA, en general, y en la gestación por subrogación, en particular, una forma de concretar su proyecto de vida familiar y, muy especialmente, de la persona que nace de ellas.

Bibliografía

Albornoz, Laura, "Reconocimiento de maternidad biológica en casos de maternidad subrogada: un análisis en hipótesis de subrogación no remuneradas", en Cárdenas, Hugo (ed.), *Jurisprudencia crítica II. Comentario de fallos 2018-2019*, Santiago, Rubicón, 2020.

Álvarez, Rommy, "La gestación por sustitución. Una aproximación a su tratamiento jurídico" en Morales, María y Mendoza, Pamela (coords.), *Estudios de derecho privado. II Jornadas Nacionales de Profesoras de Derecho Privado*, Santiago, Ediciones DER, 2020.

Barcia, Rodrigo, "Análisis crítico de dos fallos sobre generación por sustitución o subrogación", en Cárdenas, Hugo (ed.), *Jurisprudencia crítica II. Comentario de fallos 2018-2019*, Santiago, Rubicón, 2020.

Barcia, Rodrigo y Riveros, Carolina, "El derecho al conocimiento del origen biológico como un derecho fundamental de naturaleza civil-constitucional derivado del derecho a la identidad y de la dignidad humana", en Gómez de la Torre, Maricruz (dir.), *Técnicas de reproducción humana asistida*, Santiago, AbeledoPerrot-Thomson Reuters, 2013.

Cornejo, Pablo, "Maternidad subrogada, interés del niño y orden público en materia de filiación internacional. Un difícil equilibrio", *Revista de Derecho de Familia* IV, 2016.

⁵⁹ *Artavia Murillo y otros (‘fecundación in vitro’) vs. Costa Rica*, 28.11.2012 (párr. 146).

Corral, Hernán, "Maternidad subrogada: sobre la pretensión de formalizar la filiación perseguida mediante la adopción o la recepción de su práctica en el extranjero", en Gómez de la Torre, Maricruz (dir.), *Técnicas de reproducción humana asistida*, Santiago, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, 2013.

Gómez de la Torre, Maricruz, "Sobre la necesidad de una regulación legal de la maternidad subrogada", en Cárdenas, Hugo (ed.), *Jurisprudencia crítica II. Comentario de fallos 2018-2019*, Santiago, Rubicón, 2020.

Hernández, Gabriel y Lathrop, Fabiola, "Derecho de familias y constitución", en *Derecho Civil y Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

Herrera, Florencia, Salvo, Irene y Navarro, Javiera, "Reproducción por terceras partes en Chile: comunicando orígenes y construyendo parentesco", *Política y Sociedad* 3, 2019, pp. 691-711.

Jarufe, Daniela, "La problemática de la determinación de la filiación derivada de la práctica de la maternidad por subrogación: supuestos que amenazan la estabilidad del sistema filial", en Vidal, A, Severín, G. y Mejías, C. (eds.), *Estudios de derecho civil X. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Valparaíso 2014*, Santiago, Thomson Reuters, 2015.

Maturana, Pilar, "Análisis de la primera sentencia sobre maternidad gestacional subrogada en Chile", *Revista de Estudios Judiciales* 6, 2020.

Paz, Óscar, "Ventre de alquiler: caso de pareja de chilenos muestra un vacío legal", *El Comercio*, 3 de septiembre de 2018. Disponible en: «<https://elcomercio.pe/lima/sucesos/ventre-alquiler-caso-pareja-chilenos-muestra-vacio-legal-noticia-553484-noticia/>». [Consultado el 10 de diciembre de 2021].

Riveros, Cristina, "El trasplante de útero: implicancias de su aplicación en Chile y su relación con la maternidad subrogada", en Morales, María y Mendoza, Pamela (coords.), *Estudios de derecho privado. II Jornadas Nacionales de Profesoras de Derecho Privado*, Santiago, Ediciones DER, 2020.

Rodríguez, María, "Ilicitud y fraude en la maternidad subrogada: problemas éticos y legales sin solución", en Mondaca, A. y Aedo, C. (eds.), *Estudios de derecho de familia IV*, Santiago, Thomson Reuters, 2019.

Silva, Paulina, *Arrendamiento de útero*, Santiago, Editorial Jurídica Cono-sur, 1996.