**MINUTA: JURISPRUDENCIA NACIONAL RELEVANTE EN MATERIA DE GESTACIÓN SUBROGADA. BOLETÍN Nº****12.106-07. Abril 2019 / CPBR**

1. **TRAMITACIÓN**

**12.09.18.** Se ingresa proyecto de ley que modifica el Código Civil para determinar la identidad de niños y niñas nacidos en gestación subrogada, iniciado en moción de los Honorables Senadores señoras **Rincón** y **Provoste**, y señores **Harboe** y **Pizarro**.

**25.09.18.** Pasa a Comisión Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.

1. **OBJETIVO:**

El fundamento de este proyecto de ley radica en la urgente necesidad de modificar el código civil para determinar la identidad y, por ende, la filiación de los niños y niñas nacidos en gestación subrogada, ya sea solidaria o por encargo, entendiéndose que es solidaria cuando existe vínculo familiar entre las partes, con entera independencia del juicio que a cada legislador merezca la práctica de la técnica de fertilización asistida, de fertilización in vitro, con transferencia embrionaria en una tercera persona.

* el derecho a la identidad de los niños y el derecho a vivir y a ser criado por su familia, son derechos fundamentales de los niños que, como tales, el Estado tiene el deber constitucional de respetar y promover de conformidad con el artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política de la República.
* la técnica de fertilización in vitro con transferencia embrionaria en una tercera persona, es una realidad y los conflictos acerca de la identidad y filiación de los niños nacidos gracias a dicha técnica, ya se han presentado en la judicatura de familia.
* las resoluciones de los tribunales de familia del país que están conociendo de un creciente número de demandas de reclamación e impugnación de maternidad, originadas en la falta de regulación de la identidad de los niños nacidos en virtud de esta técnica de reproducción humana asistida, presentan una disimilitud tal de criterios, que se está produciendo una tercera vulneración de derechos fundamentales de los niños, esta vez, por tratamiento judicial discriminatorio.

En resguardo del derecho de la identidad de los niños y niñas, lo relevante en estos casos y lo esencial de esta moción, es establecer tres ideas matrices:

Primero: Que la identidad del niño o niña, ha de determinarse mediante una regla diferente a la de la gestación y el parto;

Segundo: Que la asistencia prestada por una gestante subrogante, es un instrumento terapéutico que ayuda a lograr el objetivo final de procreación de una pareja que padece de inviabilidad uterina o biológica, que no genera vínculo de filiación alguno entre la gestante y el niño o niña gestado.

Tercero: Que la gestación subrogada se origina en una decisión procreacional de una pareja que, no obstante padecer una inviabilidad uterina o biológica para gestar a un hijo, decide tener un hijo y hacerlo un integrante de su familia, cuidándolo y protegiéndolo, con pleno ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones parentales. Voluntad inicial de pareja que se une a la voluntad de una tercera persona, mujer apta para gestar, que libre y voluntariamente decide colaborar con esta pareja para dar viabilidad a su voluntad procreacional.

La confluencia de la voluntad de estas tres personas, perfecciona el acuerdo que da origen al nacimiento de un nuevo ser humano como hijo de la pareja que es inviable para gestar su propio hijo.

Este acuerdo, en la práctica, se ha configurado, a título altruista o gratuito, sin pactar una contraprestación económica alguna entre las partes a cambio de la subrogación del útero, lo que no impide que la pareja que ha decidido tener un hijo por medio de un útero subrogado costee los gastos propios de un embarazo y un parto.

La presente moción tiene como objeto regular la identidad de los niños nacidos sólo producto de acuerdos de gestación subrogada, ya sea solidaria o por encargo, pues no está dentro de la filosofía de base del mismo, potenciar ni promover en modo alguno la gestación subrogada como una práctica lucrativa, ni convertir la capacidad gestante de la mujer ni el nacimiento de hijos en objetos de comercio.

1. **JURISPRUDENCIA:**

Consideramos relevante tener a la vista la actividad judicial que da contexto a la tramitación del presente proyecto de ley, en este sentido, citamos el siguiente fallo como referente en la materia, por cuanto los elementos de juicio corresponden plenamente a los supuestos que plantea dicho proyecto de ley, refrendando los fundamentos expuestos en su Mensaje, pero además recalcando expresamente la necesidad de legislar en el mismo sentido, por cuanto la normativa vigente adolece de una laguna axiológica, ya que “falta una norma que debería estar en el sistema normativo para casos como el que se ha presentado ante este tribunal. Esto último, por cuanto según la prescripción del derecho como *debería ser*, y como se justificará en adelante, nuestro ordenamiento no puede omitir la regulación de situaciones como la de autos.”

Sentencia dictada por **doña Mónica Jeldres Salazar, Jueza Titular del Segundo Juzgado de Familia de Santiago** en Demanda de impugnación y reclamación de maternidad de doña Marión Yáñez Varas en contra de doña Emilia Cabeza Alcaíno, para que se establezca que el niño Agustín Fuentes Cabeza es su hijo; ordenando la correspondiente subinscripción en la partida de nacimiento (se ordena reserva; RIT C-4907-2018 / RUC 18-2-0823907-0).

1. **EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL, TESTIMONIAL Y CIENTÍFICA CONFORME A LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA, RESULTARON PROBADOS LOS SIGUIENTES HECHOS:**

1.- “Agustín Fuentes Cabeza nació el 15 de junio de 2018, tiene seis meses de edad y figura con filiación determinada respecto de Claudio Fuentes Guerrero como padre y Emilia Cabeza Alcaíno como madre”.

2.- “Marion Yáñez Varas y Claudio Fuentes Guerrero son cónyuges desde el 3 de octubre de 2015”.

3.- “Marion Yáñez Varas tiene infertilidad secundaria producto de un embarazo patológico ocurrido en el 2013, produciéndose un aborto espontáneo que generó que su útero dejara de funcionar y de servir para llevar adelante un embarazo”.

4.- “La demandante y su marido, ante la imposibilidad de ser padres por la infertilidad de la señora Yáñez, decidieron someterse a un proceso de fertilización in vitro e implantar el embrión en un vientre subrogado mediante un acuerdo previo gratuito.

El procedimiento se realizó con éxito y la madre subrogante fue la amiga de la demandante, la señora Emilia Cabeza Alcaíno, quien dio a luz a Agustín el día 15 de junio de 2018”.

5.- “Agustín Fuentes Cabeza no es el hijo biológico de Emilia Cabeza Alcaíno; su madre biológica es Marion Yáñez Varas”.

1. **EN LA PARTE CONSIDERATIVA DEL FALLO SE DESTACAN LOS SIGUIENTES ASPECTOS:**

1.- Así, como la filiación materna que actualmente detenta el niño se basa en la determinación legal operada a instancias del Registro Civil, conforme a lo dispuesto en el artículo 183 del Código Civil, no obstante, ésta puede ser derrotada por el establecimiento de la verdadera filiación basada en la realidad genética, segura y exacta, que se impone a la primera, con lo que ha adquirido consistencia y credibilidad la versión de la parte demandante en cuanto al por qué de la situación actual generada en el procedimiento de fertilización utilizado y en el implante del embrión en el útero de la demandada, todo mediado por un acuerdo sin pago y fundado en los sentimientos de solidaridad y amistad entre las partes.

2.- Por una parte, el inciso primero del artículo 183 del Código Civil dispone *“La maternidad queda determinada legalmente por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil”*. Por otra, el artículo 182 señala *“El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas”*. Luego en su inciso segundo se agrega que *“No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta”*.

3.- Como es sabido, cuando se incorporó el artículo 182 sobre la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, el legislador de la época en 1998 tuvo inicialmente la intención de legislar a continuación sobre los diversos métodos o técnicas y reglamentar este tipo de filiación.

Sin embargo, por olvido o dejación, lo cierto es que hasta hoy nunca se completó la actividad tendiente a legislar al respecto, tal como consta de las actas sobre la discusión parlamentaria que forman parte de la historia del citado artículo.

4.- De esta forma, al día de hoy el tipo de filiación descrito ocupa un lugar dentro de la clasificación general a que se ha aludido, pero carece de desarrollo normativo particular en cuanto a la forma en que se determina la maternidad o paternidad para dicho caso especial de filiación. La única referencia a eventuales acciones de filiación ligada a ella, son las que aparecen en el inciso segundo del mentado artículo 182, a modo de obstáculo a las acciones de reclamación e impugnación de quien pretenda accionar en contra del hombre y mujer que se sometieron a dichas técnicas. Esta parte de la disposición no significa que los padres que se sometieron a las técnicas carezcan de acción, al revés, la ley les protege de cualquier iniciativa de terceros que pretendan presentarse como los verdaderos padre o madre, por ejemplo, por haber aportado el óvulo o espermios utilizados en el proceso de fecundación.

5.- Ahora bien, el conflicto se da en este caso por la aparente colisión entre la norma derivada del artículo 182 con la del 183 pues, centrados solo en la maternidad, mientras la primera establece que la mujer que se sometió a la técnica de reproducción humana asistida debe ser tenida como la madre del hijo concebido y nacido, pero omitiendo la forma sobre cómo opera la determinación legal; la segunda disposición regula que debe ser tenida como madre a quien ha dado a luz al hijo a través del parto y siempre que consten el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer. Bajo la primera regla aunque la norma aparece incompleta, la demandante en el caso de autos sería la madre; bajo la segunda, la demandada.

6.- En la especie, la demandada actuó como madre sustituta, es decir, facilitó su útero para recibir el embrión fecundado de la demandante y su marido, desinteresadamente, sin pago de servicios. Esta figura contractual, de carácter gratuito, conocido en la casuística especializada como maternidad subrogada altruista, carece de regulación normativa en nuestro ordenamiento, y, aun resulta dudoso que un contrato de este tipo pudiera ser considerado afecto a objeto ilícito.

7.- Mientras el artículo 182 se refiere a la filiación por técnicas de reproducción humana asistidas, el artículo 183 se refiere a la filiación por naturaleza. El parto, en uno y otro caso, aparece asociado a la determinación de la maternidad pero de manera distinta; así, para el artículo 182 la madre es la mujer que se sometió a la técnica e indudablemente contiene el caso de que sea la misma mujer la que ha dado a luz, aunque queda dentro de una zona opaca el caso de que quien haya dado a luz sea la madre sustituta de aquella que se sometió a la técnica; pero, no obstante, falta el desarrollo normativo sobre la forma de determinación de esta maternidad.

8.- A juicio de esta sentenciadora, la maternidad subrogada por altruismo, es decir, mediante un contrato gratuito, no es un caso de objeto ilícito en el contexto de un contrato prohibido por las leyes. Este contrato en particular no se encuentra prohibido de ninguna forma, no existe texto que contenga una prohibición semejante, de manera que, siendo las prohibiciones excepcionales al limitar derechos, requieren de texto expreso que la autorice y solo para los casos expresamente señalados en la ley, sin que sea posible la aplicación analógica respecto de ellas. Por el contrario, la maternidad

subrogada, es un caso que carece de regulación normativa.

Sabemos que el legislador no reguló el desarrollo de la disposición del artículo 182 en cuanto a la manera cómo se determina legalmente dicha filiación, ni ha prevenido los casos de maternidad subrogada. Se trata de una laguna, es decir, concurren supuestos de hecho para los cuales no está dispuesta consecuencia jurídica alguna (Guastini 2014, Op. citada, p. 139).

9.- Más concretamente, en la especie estamos frente a una laguna *axiológica*, desde que **falta una norma que debería estar en el sistema normativo para casos como el que se ha presentado ante este tribunal. Esto último, por cuanto según la prescripción del derecho como *debería ser*, y como se justificará en adelante, nuestro ordenamiento no puede omitir la regulación de situaciones como la de autos, en atención a un conjunto de principios que acuden a este caso, de jerarquía superior a las reglas que deficitariamente regulan los casos en materia de filiación, y que se imponen por concretizar derechos humanos provenientes de los sistemas de tratados universales y regionales que integran nuestro ordenamiento jurídico y que se recogen como derechos fundamentales.**

10.- Nuestra Constitución Política asegura a todas las personas el derecho a la identidad. Se trata de un derecho implícito, como acertadamente ha resuelto anteriormente el Tribunal Constitucional (STC 1340-2009). Sobre el derecho a la identidad, ha dicho el Juez Constitucional que por vía de tratados internacionales, ratificados por Chile y vigentes, aparece consagrado en nuestro ordenamiento y genera la obligación de los órganos del Estado de respetarlo y promoverlo, en los términos del artículo 5° de nuestra carta fundamental. Dentro de su contenido, este tribunal ha señalado que implica la posibilidad de que toda persona pueda ser ella misma y no otra, con lo que deriva su derecho a ser inscrita inmediatamente al nacer, a tener un nombre desde ese momento y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidada por ellos.

10.- Este carácter se desprende del artículo 7° de la Convención sobre los Derechos del Niño, pero no obstante, este derecho no se agota en los niños, por cuanto la identidad personal como derecho es un derecho personalísimo, inherente a toda persona, independientemente de su edad, sexo o condición social.

11.- En efecto, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) reconoce y protege la dignidad humana como un “[…] valor fundamental, consustancial a los atributos de la persona y un derecho humano fundamental, oponible erga omnes como expresión de un interés colectivo de la comunidad internacional en su conjunto, que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la CADH” (Opinión Consultiva OC-24/17, CorteIDH, p. 44).

12.- La identidad de una persona, viene entonces a configurarse como un derecho que atañe a lo específico de ella, a su individualidad concreta y vida privada, que halla su fundamento en su historia personal y biológica, ambas vividas como experiencia, que desde lo personal se vincula con los demás sujetos a través del desarrollo de los vínculos familiares y sociales.

De este modo, una persona cuya identidad biológica no sea concordante con su identidad social y legal, por causa de que el Estado o la sociedad no le reconozcan tal concordancia, constituye una infracción al deber de respeto, garantía y promoción a que se ha aludido**; de ahí que en materia de filiación no existan trabas en cuanto a poder indagar la verdadera filiación que se tiene, entendiendo por “verdadera” aquella que pueda ser concordante desde lo biológico con lo social y legal.**

13.- A modo de reafirmación de lo que se viene diciendo, nuestro país en días recientes ha promulgado la ley sobre identidad de género, que viene a cumplir precisamente la función integradora del derecho a la identidad en todas sus dimensiones.

En tal caso, el derecho a la identidad se relaciona con el derecho al nombre y con el reconocimiento de la personalidad jurídica, de la misma forma que en materia de filiación; la identidad se construye desde la concordancia del sujeto en cuanto a su origen conocido, el nombre en función del mismo y el reconocimiento social de la persona como sujeto integrante de una familia que lo dota de su propia identidad.

14.- Es así que, siendo la regla del artículo 183 contraria a los principios y derechos jerárquicamente superiores que se han descrito en torno al derecho a la identidad de Agustín, no puede imponerse en la especie desde que en este caso la demandada no comparte material genético alguno con quien figura legalmente como su hijo; en tal caso el parto viene a ser solo el hecho constitutivo y necesario para el nacimiento del niño y su presencia en el mundo; pero, en caso alguno puede producir los efectos desde el punto de vista de la determinación de la maternidad, por cuanto aquella ha quedado configurada realmente entre la demandante Marion Yáñez Varas y su hijo Agustín, por la aplicación de la técnica FIV mediante la maternidad subrogada facilitada por el préstamo del útero por parte de la demandada, especialmente si todas las voluntades tienen convergentemente a asumir como legitima esta realidad.

15.- **Las razones expuestas a juicio de esta sentenciadora, aseguran la plena eficacia del principio de interés superior de Agustín, toda vez que permite que su identidad armonice entre cada uno de sus componentes y dimensiones y, creciendo como un ser humano sin conflictos en este sentido, la efectividad de sus derechos y su maximización se anticipan garantizadas. Por estas razones, se acoge la demanda.[[1]](#endnote-1)**

1. El fallo citado ha sido provisto por la parte demandante con expresa autorización de ser utilizado con fines ilustrativos en apoyo de la tramitación del proyecto de ley presentado por los senadores Rincón, Provoste, Harboe y Pizarro. [↑](#endnote-ref-1)