

Santiago, ocho de enero de dos mil dieciocho.

VISTOS:

Comparece doña [REDACTED], Run [REDACTED], domiciliada en [REDACTED], quien dedujo demanda de **Impugnación y reclamación de maternidad** en contra de [REDACTED], Run [REDACTED], domiciliada en [REDACTED], a favor de las niñas [REDACTED], Run [REDACTED] y [REDACTED], Run [REDACTED] del mismo domicilio de la demandante. Comparece también el padre de las niñas, [REDACTED], Run [REDACTED], domiciliado en [REDACTED], quien manifestó expresamente en audiencia, que no se opone a esta acción.

Se llevó a efecto la audiencia preparatoria con la asistencia de las partes y ratificada la demanda y contestación, se fijó el objeto del juicio y los hechos a probar.

En la audiencia de juicio se incorporó la prueba ofrecida, y se dictó veredicto.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: la demandante -doña [REDACTED]- señala que es una mujer de 28 años, quien desde siempre soñó con el ejercicio de la maternidad. Conoció a quien hoy es su pareja desde hace ya varios años, [REDACTED], con quien inició una convivencia, siempre pensando formar familia. Comenzaron con los intentos de embarazo, teniendo una pérdida a las 24 semanas de gestación, posteriormente tuvo un segundo embarazo, debiendo enfrentar tal vez la situación más dura que a la fecha le ha tocado sobrellevar, la muerte de un hijo recién nacido, y la pérdida de su útero, así a los 26 años, se encontraba en la dolorosa situación de no poder volver a embarazarse. Siendo una mujer de 28 años, ya ha tenido que enfrentar dos embarazos fallidos, la muerte de un hijo recién nacido, y la pérdida de su útero. Ante la imposibilidad de embarazarse, y el enorme deseo de ser madre, junto a su pareja decidieron concretar su sueño de ser padres, buscando en los avances de la medicina una oportunidad, así surgió la posibilidad de concretarlo mediante un proceso de reproducción asistida, al cual decidieron someterse, lo anterior fue viable cuando su propia madre, con inmensa generosidad, se ofreció para anidar cinco de sus óvulos fecundados por el esperma de su pareja. Si



esperma, es el padre biológico y legal de las niñas, y que la demandante es quien produjo los óvulos que finalmente fueron fecundados por los espermios, dando vida a sus hijas, siendo la mujer que se sometió a las técnicas de reproducción asistida, quedando constancia de esto en la ficha clínica correspondiente, siendo la madre de la demandante un tercero ajeno a la intervención, que prestó su cuerpo para llevar a término el embarazo. El legislador, a través de todas las normas de filiación establecidas en el Código Civil, especialmente el artículo 195 y demás de la ley 19.585, en relación a los principios consagrados en la Convención Internacional de los Derechos del Niño y rectores de toda nuestra legislación, han establecido la libre posibilidad de investigar la paternidad y maternidad, todo lo cual va en directa relación y armonía con el derecho a la identidad que todo ser humano tiene, dándole la mayor de las importancias a la prueba biológica de ADN, no es casualidad que todas las acciones de filiación buscan reparar un error, un vicio o incluso alguna acción de mala fe que haya interferido en la correcta inscripción del reconocimiento de una persona, buscando siempre la verdad biológica. En el caso en comento, nos encontramos con una situación que aún el legislador no ha considerado en su magnitud, pero hoy [REDACTED] y [REDACTED] requieren una solución para su caso en particular, a través de la interpretación global de las normas, teniendo especial consideración además en los principios de identidad e interés superior de las niñas. En el precepto en comento, se establece un principio fundamental que es que el hombre y la mujer que se someten a técnicas de reproducción son el padre y la madre, lo cual no ocurrió así, por cuanto en este caso las niñas quedaron con una filiación distinta a la de la mujer que se sometió a las técnicas de fertilización, por lo que esta situación debe enmendarse declarando que las niñas [REDACTED] y [REDACTED], son hijas de su madre, y no de su abuela como a la fecha se encuentra establecido, por lo que pide que se tenga por interpuesta demanda de impugnación y reclamación de maternidad en contra de doña [REDACTED] y en definitiva declarar que las niñas [REDACTED] y [REDACTED], ambas [REDACTED], son hijas de la demandante y de [REDACTED].

SEGUNDO: La demandada, contestando dentro de plazo, solicita se acoja la demanda señalando que efectivamente las niñas [REDACTED] y [REDACTED] nacieron con fecha [REDACTED] y figuran



4. Certificado de médico pediatra [REDACTED] de [REDACTED] que señala vista en control con fecha [REDACTED] y 19 octubre 2017, "siempre en compañía de mamá Camila y papá Miguel".
5. 2 fotografías familiares, en que se observa a la demandante, junto al padre de las niñas, a quienes él sostiene en brazos, y en la otra fotografía se observa a la demandante amamantando a las niñas.
6. Reportaje del diario la segunda de [REDACTED], reportaje titulado [REDACTED], realizado a las partes de este juicio.
7. Correos electrónicos entre [REDACTED] con la Unidad de lactancia de Clínica las Condes de los años [REDACTED] y [REDACTED], que sigue el proceso de estimulación mamaria a la demandante con el fin de poder amamantar a las niñas, cuya coordinación se inicia cuando la demandada tiene 22 semanas de gestación.

Oficios:

1. [REDACTED] -Doctor [REDACTED], quien informa que "los pacientes, [REDACTED] y [REDACTED], de 26 y 33 años respectivamente el día de su primera consulta el [REDACTED], le expresan su deseo de ser padres biológicos de sus hijos en nuestro país. Debido a la imposibilidad de poder alcanzar sus objetivos, ya que [REDACTED] no posee su útero por un accidente obstétrico en la semana 33 de gestación, que la lleva a la pérdida de su segundo embarazo y de su útero, permaneciendo ella en una situación de peligro vital que afortunadamente fue superado. Se agrega a raíz de estos procesos una importante depresión de la que se encontraba en tratamiento. Para lograr este objetivo se requiere para su terapia de un útero subrogado. En esta situación se decide a raíz de un ofrecimiento voluntario de su madre [REDACTED], de 49 años, a someterla a una estricta evaluación médica para hacerla candidata a este proceso. La señora [REDACTED] logra aprobar el proceso de selección para este objetivo. Técnicamente, luego de un proceso de estimulación farmacológica de su ovulación, se le extraen los óvulos bajo sedación por medio de una aspiración transvaginal bajo visión ecográfica. Se seleccionan los óvulos maduros y se fertilizan en el laboratorio por medio de un proceso de fertilización in vitro con la esperma de su pareja [REDACTED]. Al quinto día de fertilización se seleccionan los Blastocistos resultantes y se transfieren dos de ellos al útero subrogado, preparado farmacológicamente para tal efecto. Se logró un embarazo gemelar de evolución normal, cuyo término



2. - [REDACTED], quien señala que conoce a todas las partes, ya que es vecina de [REDACTED] y [REDACTED]. A [REDACTED] la conoce desde que nació, y también conoce a su madre. También conoce a las dos niñas desde antes de que nacieran. Ella inyectó a [REDACTED] en su abdomen como tres veces al día para que sus óvulos se desarrollaran con mayor fuerza, siguiendo todas las indicaciones médicas ya que [REDACTED] necesitaba óvulos para tener hijos, eso fue durante varios meses. También ayudó en el proceso a la abuela, quien parió a las niñas. Las niñas llegaron a vivir con su madre en noviembre del año pasado, actualmente las ve y las escucha todos los días, es la madre quien asume todos los cuidados.

Pericial:

Pericia biológica de ADN realizada a las partes, por el laboratorio Biogenetics, de fecha [REDACTED], realizado a la demandante, a la demandada, al padre de las niñas y a las niñas, en que se establece una probabilidad de maternidad de 99,999999%, entre las niñas y [REDACTED], que corresponde a maternidad biológica acreditada. Con respecto a los resultados entre las niñas y la demandada [REDACTED], el resultado es exclusión de maternidad biológica.

Que la parte demandada no ofreció prueba.

QUINTO: Que con la prueba incorporada, se tienen por acreditados y no controvertidos, los siguientes hechos:

1. - [REDACTED], y su pareja [REDACTED], enfrentaron la pérdida de un hijo que esperaban, a las 23 semanas de gestación. Posteriormente, en un segundo embarazo, sufrió su pérdida en la semana 32 de embarazo, el día [REDACTED]. Con esa fecha además se le practicó una histerectomía, a los 27 años de edad.
2. - [REDACTED], y su pareja [REDACTED] deseaban ser padres y madre, manifestando su voluntad a sus cercanos y al médico [REDACTED] de la Clínica Fundación Médica San Cristóbal, desde su primera atención.
3. - [REDACTED], y su pareja [REDACTED] se sometieron a una técnica de fertilización asistida, llamada Maternidad Gestacional Subrogada definida como "la implantación en el útero de una mujer de un embrión cuyo óvulo no fue aportado por ella. Dicha mujer se obliga a asumir el proceso de gestación y a entregar el producto del parto



determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinto". Este artículo señala que los padres del niño serán el hombre y la mujer que se sometieron a estas técnicas, constituyendo una excepción al principio de la primacía del criterio biológico para determinar la filiación. En este caso se establece una filiación legal, que puede o no ser distinta de la biológica, pero que prima sobre ella. En su inciso 2° el artículo 182 señala que esta filiación que determina la ley, no podrá ser impugnada ni se podrá reclamar una filiación distinta. Por lo tanto, la condición de donante de gametos no genera parentesco, y el hombre y mujer que han consentido en la aplicación de la técnica de reproducción humana asistida no podrán impugnar su paternidad o maternidad, bajo pretexto de no ser los padres biológicos².

En esta norma se fundó la demandante para reclamar la maternidad, haciendo presente que ella y su pareja son quienes se sometieron a la técnica de reproducción humana, lo que también es confirmado por el médico tratante. Sin embargo, si recurrimos a la historia de la ley, durante la discusión en sala quedó establecido que no era ése el propósito perseguido por la norma, porque existía otra iniciativa legal en trámite, donde cuya regulación implicaría un pronunciamiento integral respecto de las diversas Técnicas de Reproducción Humana Asistida, lo que fue reiterado en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado³. Así también lo señala el profesor Corral Talciani

⁴ Por lo anterior cabe concluir que el artículo 182 del Código Civil, no pretende dar validez a la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en cualquier persona sin distinción, sino sólo pretende regular la situación filiativa de los niños nacidos fruto de donación de gametos no pertenecientes a los padres o a la pareja que se somete al sistema, en que los donantes no pueden reclamar la paternidad.

² CATALINA TAHÍA MORENO ORELLANA Y DANIELA CRISTAL COLLAO BARRIOS. El Derecho a tener un padre y una madre. La paternidad y maternidad en los casos de Adopción y aplicación de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago de Chile 2008.

³ Comisión de Constitución, Justicia y Reglamento. Diario de Sesiones del Senado. Julio 1998.

⁴ REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y FILIACIÓN UN ANÁLISIS DEL NUEVO ARTÍCULO 182 DEL CÓDIGO CIVIL en http://www.coralta.com/revista/revista/revista_01_03_01_10_100.pdf



personas de ser ellas mismas, únicas y distintas del resto, expresarse libremente y tener sus propias ideas. Como también es el derecho que tiene una persona de conocer su origen, el derecho a saber quiénes son sus padres, en definitiva saber de dónde proviene, su historia, "el derecho a la identidad, en su estrecha relación con la autonomía, identifica a la persona como un ser que se autodetermina, se auto posee, se autogobierna, es decir es dueña de sí y de sus actos"⁶. Según esta definición, la identidad de una persona es lo que la identifica, lo que la hace diferenciarse del resto, como ser único e irrepetible. En este aspecto el derecho a la Identidad se ve ligado con derechos tales como el derecho a una identificación, el derecho a conocer la identidad biológica y a gozar de un emplazamiento familiar; el derecho a una libre y sana formación de la identidad personal; el derecho al respeto de las diferencias personales; el derecho a la verdad sobre la propia verdad personal; el derecho a no ser engañado acerca de la identidad propia; el derecho a actuar según las personales convicciones; el derecho a proyectar la identidad personal en obras y creaciones, entre otros y también derechos a ciertas libertades que hacen que el individuo sea distinto del resto, como son el derecho a tener una religión, una ideología, entre otros.

El derecho a la identidad como principio fundamental del Derecho de Familia se refiere principalmente al derecho de cada cual a conocer sus orígenes, a investigar de donde viene, quienes fueron sus padres y ascendientes, sus raíces, es decir, poder determinar su filiación. Como podemos apreciar el derecho a la identidad tiene su punto de inicio en poder determinar o conocer ésta, es decir, el derecho que tiene toda persona para saber quién es y de donde proviene, conocer su filiación, para así poder desarrollarse con autonomía y libertad, ya que el derecho a la identidad es parte esencial del derecho a la personalidad, de esta forma es recogido en la Convención Internacional de Derechos del Niño, principalmente en los siguientes artículos: Artículo 7: *"El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos"*. Artículo 8 N° 1: *"Los Estados*

⁶ VELOSO PAULINA, ECHEBERRY LEONOR, MUÑOZ ANDREA, JORQUERA HUGO. El nuevo Estatuto Filiativo y las modificaciones al Derecho Sucesivo, a la luz de las normas y principios de la Ley 19585. Santiago, Chile. Servicio Nacional de la Mujer. Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1999 (Santiago, Chile : LOM Eds. Ltda.) Pág. 28. 65



Sobre el derecho a la identidad, la doctrina advierte una doble vertiente: estática y dinámica. La identidad estática responde a la concepción restrictiva de identificación y se construye, como regla, sobre los datos físicos de una persona. En cambio, la identidad dinámica, involucra las relaciones sociales que la persona va generando a lo largo de su vida, comprendiendo su historia personal, su biografía existencial, su estructura social y cultural⁸, así en materia de filiación no existe una única verdad, sino múltiples verdades: la afectiva (verdadero padre o madre es el que ama); la biológica (los lazos sagrados); la sociológica (posesión de estado); la volitiva (para ser padre o madre es necesario quererlo) y la del tiempo (cada nuevo día refuerza el vínculo).⁹

En esta causa han quedado acreditados una serie de hechos que conforman este derecho a la identidad en las dos fases, de las niñas en una situación que combina tanto la verdad biológica-genética como social: las niñas genéticamente, afectivamente y socialmente son hijas de la demandante: el informe genético fue contundente al establecer la maternidad genética acreditada con respecto a la actora, y exclusión de maternidad con respecto a la demandada; las niñas siempre han vivido con la demandante y es esta quien asume todos sus cuidados y crianza en conjunto con el padre de éstas, y además socialmente son reconocidas como hijas de ella, es decir, la verdad biológica y social dan cuenta de éste vínculo, que no es más que un vínculo de filiación.

NOVENO: Es importante si, hacer presente que hay quienes señalan que frente a un contrato de maternidad gestacional subrogada, se debe considerar madre a quien ha gestado y parido al hijo y, por lo tanto, se aplican las reglas generales del Código Civil. Y que a pesar de que la maternidad se encuentre disociada, no procede la impugnación de la maternidad, ya que la ley establece causales taxativas para su impugnación, dentro de las cuales no se establece alguna que permita alegar que el óvulo pertenece a otra mujer o bien, que la voluntad procreacional reside en una mujer distinta a la madre gestante¹⁰, hay otros que se inclinan por el criterio volitivo, señalando que la intención de

⁸ HERRERA, Marisa, Manual de Derecho de las Familias, Bg AS, Abeledo Perrot, 2015

⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. HERRERA, Marisa. LAMM, Eleonora, Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual".

¹⁰ Gumucio, J., Procreación Asistida. Un análisis a la luz de la legislación chilena. Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1997.



interés superior de éstas, como lo establece expresamente la Observación General N°14 (2013) del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, que señala: *"El derecho del niño a preservar su identidad está garantizado por la Convención (art. 8) y debe ser respetado y tenido en cuenta al evaluar el interés superior del niño."* (Párrafo 55). La determinación del interés superior de las niñas, así como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹³, se debe hacer a partir de una evaluación de las circunstancias que rodean el caso, como son las características individuales del niño en concreto, y sus circunstancias, es decir, su concreción debe hacerse a la luz de interpretaciones que abarquen hechos concretos y reales que sean relevantes al momento de tomar la decisión.¹⁴ Es decir, la manera en que hacemos efectivo el interés superior de las niñas [REDACTED] y [REDACTED], en este caso concreto, es reconociendo sus otros derechos, incluido el derecho a la identidad, siguiendo así la posición del autor Miguel Cillero, quien postula que la Convención de los Derechos del Niño formula el principio de interés superior como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de todos ellos.¹⁵

El interés superior de las niñas [REDACTED] y [REDACTED] debe ser determinado teniendo en cuenta el derecho a la identidad de las niñas, es decir, de tal manera que el elemento dinámico de su identidad – dado por el ejercicio de la maternidad afectiva y social de la demandante – se vea reflejado en la filiación legal de las niñas, pues sólo así se satisface tal derecho a la identidad. Por otra parte, las niñas tienen derecho a la vida familiar, a preservar sus relaciones familiares, de tal manera que resulta vulneratorio que la ley impida que la filiación legal sea reflejo de la verdadera situación familiar de las niñas y sus padres.

¹³ CIDH: Caso Atala Ríffo y Niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de Febrero de 2012 y Caso Fomerón e Hija vs. Argentina. Sentencia de 27 de abril de 2012.

¹⁴ ALEGRE, Silvana., HERNANDEZ, Ximena, y ROGER, Camille. El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas. 2014.

¹⁵ CILLERO, Miguel. "El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño." Ponencia presentada en el I Curso Latinoamericano: Derechos de la Niñez y la Adolescencia; Defensa Jurídica y Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. San José de Costa Rica. 30 de agosto a 3 de septiembre de 1999.



