

CONSORCIO DE LAS JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

- Prof. GABRIEL HERNÁNDEZ PAULSEN – Universidad de Chile
Prof. CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO – Pontificia Universidad Católica de Chile
Prof. RAMÓN DOMÍNGUEZ ÁGUILA – Universidad de Concepción
Prof. ÁLVARO VIDAL OLIVARES – Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Prof. JUAN ANDRÉS VARAS BRAUN – Universidad Austral
Prof. GIAN FRANCO ROSSO ELORRIAGA – Universidad de los Andes
Prof. CARLOS PIZARRO WILSON – Universidad Diego Portales
Prof. FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS – Universidad Adolfo Ibáñez
Prof. ALFREDO FERRANTE – Universidad Alberto Hurtado
Prof. ALEXIS MONDACA MIRANDA – Universidad Católica del Norte
Prof. RUPERTO PINOCHET OLAVE – Universidad de Talca

ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL XV

XVII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ

FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS
(EDITOR)



THOMSON REUTERS

LA EDICIÓN DE ESTA OBRA ESTUVO A CARGO DE LOS PROFESORES

EDUARDO COURT MURASSO
FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS
SUSANA ESPADA MALLORQUÍN
ARTURO IBÁÑEZ LEÓN
ESTEBAN PEREIRA FREDES
ALBERTO PINO EMHART
ADRIÁN SCHOPF OLEA
VERONIKA WEGNER ASTUDILLO

COMISIÓN ORGANIZADORA
XVII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

SR. RAMIRO MENDOZA ZÚÑIGA
Decano

SR. FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS
Prof. Derecho Civil

SR. EDUARDO COURT MURASSO
Prof. Derecho Civil

SRA. VERONIKA WEGNER ASTUDILLO
Prof. Derecho Civil

SRA. SUSANA ESPADA MALLORQUÍN
Prof. Derecho Civil

SR. ADRIÁN SCHOPF OLEA
Prof. Derecho Civil

SR. ALBERTO PINO EMHART
Prof. Derecho Civil

SR. ARTURO IBÁÑEZ LEÓN
Prof. Derecho Civil

SRTA. FRANCISCA FERNÁNDEZ VILLARROEL
Directora Ejecutiva

EQUIPO COLABORADOR

Constanza Uribe Galaz
Oriana Tordecilla Troncoso
Diego Hurtado Rojas
Andrea Olivares Gallardo
María López Leonelli
Rayén Villar Carvajal
Antonia Messen Busto
Matías Soffia Mendoza
Patricio Espinosa Martínez
Francisca Contardo Pi
Ricardo Núñez Cádiz
Luis Stollsteimer Godoy
Bernardita Kirsten Wegman
Fernanda Cerda Michea

JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL 1989-2020

I Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Termas de Jahuel, 1989, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Actas: Barros Bourie, Enrique (coord.), Familia y personas (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991); Barros Bourie, Enrique (coord.), Contratos (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991).

II Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 1997, organizadas por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Actas en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso 19 (1998).

III Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia, 2005, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral de Chile. Actas: Varas Braun, Juan Andrés y Turner Saelzer, Susan (coords.), Estudios de Derecho Civil [I] (Santiago, LexisNexis, 2005).

IV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2006, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Actas: Corral Talciani, Hernán y Rodríguez Pinto, María Sara (coords.), Estudios de Derecho Civil II (Santiago, LexisNexis, 2007).

V Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 2007, organizadas por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Actas: Guzmán Brito, Alejandro (ed. científico), Estudios de Derecho Civil III (Santiago, LegalPublishing, 2008).

VI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2008, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Actas: Pizarro Wilson, Carlos (coord.), Estudios de Derecho Civil IV (Santiago, LegalPublishing, 2009).

VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción, 2009, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción. Actas: Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (coord.), Estudios de Derecho Civil V (Santiago, AbeledoPerrot-LegalPublishing, 2010).

VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2010, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Actas: Figueroa Yáñez, Gonzalo; Barros Bourie, Enrique y Tapia Rodríguez, Mauricio (coords.), Estudios de Derecho Civil VI (Santiago, AbeledoPerrot-LegalPublishing, 2011).

IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Viña del Mar, 2011, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Actas: Elorriaga De Bonis, Fabián, Estudios de Derecho Civil VII (Santiago, AbeledoPerrot/Thomson Reuters, 2012).

X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Cruz, 2012, organizadas por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Actas: Domínguez Hidalgo, Carmen; González Castillo, Joel; Barrientos Zamorano, Marcelo; Goldenberg Serrano, Juan Luis (coords.), Estudios de Derecho Civil VIII (Santiago, LegalPublishing-Thomson Reuters, 2013).

XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia, 2013, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral de Chile. Actas: Varas Braun, Juan Andrés y Turner Saelzer, Susan (coords.), Estudios de Derecho Civil IX (Santiago, Thomson Reuters, 2014).

XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 2014, organizadas por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Actas: Vidal Olivares, Álvaro; Severin Fuster, Gonzalo y Mejías Alonzo, Claudia (eds.), Estudios de Derecho Civil X (Santiago, Thomson Reuters, 2015).

XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción, 2015, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción. Actas: Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (ed.), Barría Paredes, Manuel (coord.), Estudios de Derecho Civil XI (Santiago, Thomson Reuters, 2016).

XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Maitencillo, 2016, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Actas: Corral Talciani, Hernán y Manterola Domínguez, Pablo (eds.), Estudios de Derecho Civil XII (Santiago, Thomson Reuters, 2017).

XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Pucón, 2017, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Actas: Bahamon-

des Oyarzún, Claudia; Etcheberry Court, Leonor y Pizarro Wilson, Carlos (coords.), *Estudios de Derecho Civil XIII* (Santiago, Thomson Reuters, 2018).

XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Coquimbo, 2018, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Actas: Gómez de la Torre Vargas, Maricruz; Hernández Paulsen, Gabriel; Lathrop Gómez, Fabiola y Tapia Rodríguez, Mauricio (eds.), *Estudios de Derecho Civil XIV* (Santiago, Thomson Reuters, 2019).

XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Viña del Mar, 2019, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Actas. Fabián Elorriaga De Bonis (coordinador), *Estudios de Derecho Civil XV* (Santiago, Thomson Reuters, 2020).

ÍNDICE

	Página
PRESENTACIÓN	XIII
CONFERENCIA INAUGURAL	
SAVIGNY REVISITADO..... <i>Antonio Bascuñán Rodríguez</i>	3
PRIMERA PARTE TEORÍA GENERAL Y PERSONAS	
ALGUNOS PROBLEMAS ACTUALES SOBRE EL DEBER DE INFORMAR Y EL CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE CON DISCAPACIDAD..... <i>Yerko Cubillos Román</i>	31
LAS FICCIONES EN EL DERECHO MODERNO	51
<i>Alejandro Guzmán Brito</i>	
LA NATURALEZA JURÍDICA DEL APORTE FUNDACIONAL..... <i>Eduardo Irribarra Sobarzo y Francisca Leitao Álvarez-Salamanca</i>	55
AUTONOMÍA, DIGNIDAD Y DECISIONES POR TERCEROS EN EL ÁMBITO MÉDICO	63
<i>María Agnes Salah Abusleme</i>	

SEGUNDA PARTE

FAMILIAS

CÓMO REGULAR LA MATERNIDAD SUBROGADA POR RAZONES ALTRUISTAS	83
<i>Laura Alborno Pollmann</i>	
¿DISPONE VERDADERAMENTE EL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL DE UN RÉGIMEN DE BIENES? LA PROBLEMÁTICA INTEGRACIÓN DE LAS REGLAS DE LA COMUNIDAD.....	99
<i>Pablo Cornejo Aguilera</i>	
LA SEXUALIZACIÓN DEL MENOR A TRAVÉS DE LA PUBLICIDAD Y LA REACCIÓN DEL DERECHO DE CONSUMO	119
<i>Erika Isler Soto</i>	
RELACIONES DE CUIDADO Y REPRESENTACIÓN LEGAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.....	133
<i>Fabiola Lathrop Gómez</i>	
RELACIONES ENTRE EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE Y EL INTERÉS DE LA MADRE Y EL INTERÉS DEL PADRE EN LOS SUPUESTOS DE AUTORIZACIONES JUDICIALES PARA SALIDAS PROLONGADAS O DEFINITIVAS AL EXTRANJERO, EN LOS CASOS EN QUE LA MADRE ES TITULAR DEL CUIDADO PERSONAL...	143
<i>Alexis Mondaca Miranda</i>	
ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO AL ADULTERIO Y LOS ALIMENTOS LEGALES.....	161
<i>Mario Opazo González</i>	
EL ENTORNO FAMILIAR DEL HIJO Y LA RELACIÓN CON SUS PARIENTES CERCANOS, SEGÚN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DE LA CORTE SUPREMA.....	175
<i>Susan Turner Saelzer</i>	
ACERCA DE LA (IN)VALIDEZ DE LA INDETERMINACIÓN TEMPORAL DE LOS ACUERDOS SOBRE AUTORIZACIONES (EXPRESAS) PARA LA SALIDA DEL PAÍS DE MENORES DE EDAD.....	187
<i>Veronika Wegner Astudillo</i>	

TERCERA PARTE

BIENES

LAS “ACCIONES DE DOMINIO” DEL ARTÍCULO 900 DEL CÓDIGO CIVIL.....	209
<i>Jaime Alcalde Silva</i>	
LA RENUNCIA AL DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE BIENES INMUEBLES EN EL ORDENAMIENTO CHILENO	237
<i>Claudia Bahamondes Oyarzún</i>	
NATURALEZA Y EXTENSIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DEBIDA POR LA CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRES LEGALES	255
<i>Carlos Céspedes Muñoz</i>	
HIPOTECA SOBRE BIEN PROPIO DEL ACREEDOR. EL PAGO CON SUBROGACIÓN DEL ART. 1610 N° 2 DEL CÓDIGO CIVIL Y EL PRINCIPIO <i>NEMINI RES SUA PIGNORI ESSE POTEST</i>	269
<i>Hernán Corral Talciani</i>	
¿NO PASARÁN? PROCEDENCIA DE LA DENUNCIA DE OBRA NUEVA PARA PROTEGER UNA SERVIDUMBRE DE TRÁNSITO	285
<i>Arturo Ibáñez León</i>	
EL DECRETO LEY N° 2.695 Y LA SITUACIÓN DEL COMUNERO.....	305
<i>Gonzalo Montory Barriga</i>	
LA ANOTACIÓN DEL TÍTULO EN EL REPERTORIO DEL CONSERVADOR DE BIENES RAÍCES: DESDE EL ORDEN CRONOLÓGICO A LA PREEMINENCIA O EFICACIA DE LA ANOTACIÓN	315
<i>Yasna Otárola Espinoza</i>	
¿POR QUÉ REPENSAR LA TEORÍA DE LA POSESIÓN INSCRITA? EL CASO DE LAS INSCRIPCIONES PARALELAS.....	327
<i>Esteban Pereira Fredes</i>	
USUFRUCTO SOBRE COSA AJENA PARA FINES DE GARANTÍA	347
<i>Gian Franco Rosso Elorriaga</i>	

CUARTA PARTE
SUCESIONES

DOS CUESTIONES SOBRE LA NULIDAD DEL TESTAMENTO.....	375
<i>Manuel Barria Paredes</i>	
EL CUIDADO DE LAS PERSONAS DE EDAD AVANZADA: DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS Y SUCESIÓN INTESTADA	387
<i>Susana Espada Mallorquín</i>	
LIBERTAD DE TESTAR Y LA SIMULACIÓN EN LAS LEGÍTIMAS	399
<i>Maricruz Gómez de la Torre Vargas</i>	
ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 26 DE LA LEY N° 16.271, EN RELACIÓN CON LA ADQUISICIÓN Y DISPOSICIÓN DE DINERO, EN CIERTOS CASOS ESPECÍFICOS, POR SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE	417
<i>Cristián Larratn Páez</i>	

QUINTA PARTE
OBLIGACIONES

EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO EN LAS PRESTACIONES MUTUAS	429
<i>Rodrigo Barria Díaz</i>	
LAS OBLIGACIONES CONCURRENTES. HACIA UN AMPLIO RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO CHILENO	449
<i>Daniel Bravo Silva</i>	
DESATANDO NUDOS: PERFECCIONAMIENTO Y OPONIBILIDAD DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS	467
<i>Carlos Correa Robles</i>	
REQUISITOS DE INCLUSIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO. ESPECIAL REFERENCIA A LOS PRODUCTOS Y SERVICIOS FINANCIEROS	485
<i>Gabriel Hernández Paulsen</i>	
LA PROPAGACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA SOLIDARIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.....	503
<i>Pamela Mendoza Alonzo</i>	

DEBERÍAS HABER PREGUNTADO PRIMERO: LAS LICENCIAS HIPO-
TÉTICAS EN EL DERECHO CHILENO 515
Alberto Pino Embart

LA INCORPORACIÓN EN EL DERECHO CIVIL CHILENO DE LA
TEORÍA DE LAS OBLIGACIONES CONCURRENTES: ALGUNAS
DISTINCIONES NECESARIAS 531
Ruperto Pinochet Olave

PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA Y LIBERTAD CONTRACTUAL, UNA
PAREJA DISPAREJA 545
Carlos Pizarro Wilson

SEXTA PARTE
CONTRATOS

LA COLABORACIÓN DE LAS PARTES EN LOS CONTRATOS DE LARGA
DURACIÓN 561
María Graciela Brantt Zumarán

UTILIDAD DE LAS RECONVENCIONES ESTABLECIDAS EN EL AR-
TÍCULO 1977 DEL CÓDIGO CIVIL PARA LA TERMINACIÓN DEL
ARRENDAMIENTO DE BIENES INMUEBLES URBANOS Y RÚSTICOS
POR NO PAGO DE RENTAS 579
Juan Ignacio Contardo González

LA ENTREGA DE MERCADERÍAS EN LOS PUERTOS: ¿UN CONTRATO
DE DEPÓSITO NECESARIO ENTRE SU VENDEDOR Y EL OPERADOR
PORTUARIO? 593
Fabián Elorriaga De Bonis

EL DOLO RECÍPROCO EN EL DERECHO CHILENO 605
Manuel Grasso

EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS
ENTRE PROFESIONALES EN EL DERECHO CHILENO 623
Rodrigo Momberg Uribe

	Página
CONFIGURANDO LA FUERZA MORAL POR CIRCUNSTANCIAS EXTERNAS: UN DEBATE ABIERTO EN TORNO AL CONCEPTO DE ESTADO DE NECESIDAD EN EL DERECHO CHILENO	635
<i>Pamela Prado López</i>	
EL PRECIO Y LAS MODALIDADES DE LA CONTRATACIÓN EN LA CONSTRUCCIÓN.....	653
<i>María Sara Rodríguez Pinto</i>	
UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICO DOGMÁTICA AL ARTÍCULO 1563, INCISO PRIMERO. LA NATURALEZA DEL CONTRATO COMO ELEMENTO DE INTERPRETACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO.....	665
<i>Francisco Rubio Varas</i>	
LAS CLÁUSULAS DE INDEMNIDAD EN EL DERECHO DE CONTRATOS	685
<i>Adrián Schopf Olea</i>	
CLÁUSULAS DE TERMINACIÓN <i>AD NUTUM</i> , SERVICIOS DE LARGA DURACIÓN Y BUENA FE OBJETIVA.....	709
<i>Gonzalo Severin Fuster</i>	
EL RIESGO DE LA COSECHA FUTURA Y DE LA PRODUCCIÓN EN EL CONTRATO AGRÍCOLA. DESDE LA EXISTENCIA DEL PRODUCTO AGRÍCOLA A LA FALTA DE ENTREGA POR PARTE DEL PRODUCTOR.....	731
<i>Álvaro Vidal Olivares</i>	

SÉPTIMA PARTE

PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

FUNDAMENTOS DE DERECHO PRIVADO DE LAS NORMAS SUSTANTIVAS DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES	753
<i>Enrique Barros Bourie</i>	
LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO EN LAS ACCIONES COLECTIVAS MASIVAS: ¿UNA PROMESA INCUMPLIDA?.....	783
<i>Íñigo de la Maza Gazmuri</i>	

PUBLICIDAD LEGIBLE, COMPRENSIBLE Y SIN LETRA CHICA. JUSTIFICACIÓN A TRAVÉS DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y LA INTEGRACIÓN PUBLICITARIA.....	799
<i>Felipe Ignacio Fernández Ortega</i>	
EL CRÉDITO DE CONSUMO OFRECIDO AL CONSUMIDOR VULNERABLE: EL DEBER DE ADECUACIÓN COMO PARTE DE UN MODELO DE CORRESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR	817
<i>Juan Luis Goldenberg Serrano</i>	
LA TUTELA DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA: UN INTENTO DE SISTEMATIZACIÓN DESDE EL DERECHO CIVIL CHILENO	839
<i>Patricia Verónica López Díaz</i>	

OCTAVA PARTE
RESPONSABILIDAD CIVIL

LÍMITES DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. CONTORNOS A LA LUZ DE SUS REQUISITOS	869
<i>Cristian Aedo Barrena</i>	
EN TORNO A LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DEL CONSUMO: DISTINCIÓN ENTRE PROBLEMAS COMUNES Y ESPECIALES	885
<i>Carmen Domínguez Hidalgo</i>	
LOS DAÑOS FUTUROS EN EL DERECHO CHILENO: DE LAS CONDENAS PECUNIARIAS A LAS PRESTACIONES ASISTENCIALES	901
<i>Hugo Cárdenas Villarreal</i>	
ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS CRITERIOS DE VALORACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CHILE.....	913
<i>Eduardo Court Murasso</i>	
PROVECHO DEL DOLO AJENO Y DOLO DE TERCERO: DOS VISIONES DIFERENTES DE LA INDEMNIZACIÓN	929
<i>Alfredo Ferrante</i>	

	Página
ACTIVIDADES PELIGROSAS Y TECNOLOGÍA: DELIMITANDO CATEGORÍAS Y REPENSANDO REACCIONES DESDE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL	957
<i>María Paz Gatica Rodríguez</i>	
RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN, UN RÉGIMEN ESPECIAL	975
<i>Marco Antonio Rosas Zambrano</i>	
ALGUNOS PROBLEMAS DE CAUSALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL 27F	995
<i>Lilian San Martín Neira</i>	
DAÑO MORAL COLECTIVO	1015
<i>Mauricio Tapia Rodríguez</i>	
RESPONSABILIDAD CIVIL POR FRAUDE BANCARIO	1041
<i>Feliciano Tomarelli Rubio</i>	
CÓMO ACCEDER A ESTE LIBRO DIGITAL A TRAVÉS DE THOMSON REUTERS PROVIEW	1071

CÓMO REGULAR LA MATERNIDAD SUBROGADA POR RAZONES ALTRUISTAS

Laura Albornoz Pollmann*

I. INTRODUCCIÓN

Las leyes que regulan las técnicas de fertilización, reproducción o procreación humana asistida médicamente, tienen en Chile una data de poco más de veinte años, pero restringidas, según lo indica el art. 182 del Código civil, al hombre y la mujer que se sometieron a ellas, quienes serán considerados padre y madre del hijo (a) concebido mediante su aplicación, lo que significa en definitiva, que nuestra legislación solo considera como técnica, la fertilización in vitro efectuada con gametos provenientes de la pareja con voluntad de procrear, dejando fuera otros métodos de reproducción, entre ellos la maternidad subrogada, gestación sustituta, o como se ha dicho, si atendemos a la finalidad del contrato de gestación, “maternidad jurídica”, pues el fin último del contrato es atribuir la filiación a la madre no gestante.¹

Sea cual sea la denominación, esta, a nuestro juicio, debe ser regulada, entre otras razones por las de carácter altruista, pudiendo –y quizá debiendo– considerar las restricciones necesarias para que se limiten las posibles negociaciones onerosas que sobre ella pueden recaer, y asimismo, determine, de manera precisa, la identidad y filiación futura del producto de la gestación.

En efecto, según lo que describe la ciencia médica, entre otros, Schwarze,² existirían –y sin que esta enumeración deba ser considerada taxativa, –en aten-

* Profesora del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Chile. Dirección postal: Pío Nono N° 1, Providencia, Santiago. Correo electrónico labornoz@derecho.uchile.cl.

¹ Como lo afirman NÚÑEZ; NICASIO y PIZARRO (2015).

² SCHWARZE (2013) pp. 82-87.

ción al vertiginoso avance de la ciencia y la tecnología—, diversos métodos de reproducción asistida tales como: la implantación de gametos post mortem; la inducción de la ovulación; la inseminación artificial; la microinyección espermática; el diagnóstico genético preimplantacional; la fecundación in vitro; la transferencia de embriones; la transferencia intratubárica de gametos; la transferencia intratubárica de cigotos; la transferencia intratubárica de embriones; la criopreservación de gametos y embriones; la donación de gametos y embriones y la gestación subrogada. Entre estas técnicas están aquellas consideradas de baja complejidad —cuando la unión del óvulo y el espermatozoide, es decir, la fertilización, ocurre dentro del cuerpo de la mujer—, y las de alta complejidad —cuando la fertilización ocurre en el laboratorio—. Dentro de las primeras, las más comunes son las diversas formas de inseminación —intrauterina, intracervical, etc.—, y dentro de las segundas, las más frecuentes son la fertilización in vitro —FIV, donde la unión de los gametos ocurre espontáneamente— y la inyección intracitoplasmática de espermatozoide —ICSI, donde el espermatozoide es inyectado dentro del óvulo por medio de un micromanipulador—. Esto, sin hacer referencia a aquellas que no suponen una intervención o asistencia médica, pero que sí constituyen un desafío regulatorio difícil de abordar, desde la aproximación que el derecho ha fijado con respecto a la bioética, como es la maternidad por subrogación.

Entrando en materia, diremos que dentro de las técnicas de reproducción asistida, así a secas —sin incorporar la asistencia médica—, la maternidad subrogada, la gestación por sustitución o vientre de alquiler, ha sido en un primer momento, en gran parte del mundo occidental, uno de los mecanismos sobre los cuales ha existido un largo silencio legal, para luego, según la información proporcionada por Euronews, por Families Through Surrogacy,³ pasar a prohibirlo expresamente para todos, con la excepción de la legislación Británica, que lo permite solo para nacionales; Portuguesa, para parejas heterosexuales y por necesidad médica, Griega para parejas heterosexuales y mujeres solteras incluyendo extranjeros, Rusa para locales y extranjeros; Ucraniana, para parejas casadas heterosexuales incluidos los extranjeros, y Georgiana, para parejas heterosexuales incluidos extranjeros. En otros países, como Irlanda; Bélgica, Países Bajos, República Checa y Albania los consideran como arreglos nulos e inaplicables.

³ EURONEWS por *Families Through Surrogacy* (2018).

Uno de los ejemplos a analizar es justamente el de la ley belga de 2007,⁴ la que como describe Derèse y Willems,⁵ si bien no se pronunció sobre la materia, consiguió que, con posterioridad, se presentaran propuestas para legislar sobre este tema con diversos tipos de enfoques, manifestándose algunos de ellos por la nulidad de toda convención cuyo propósito o efecto sea la gestación directa o indirecta en nombre de otros, o admitiéndolo, por ejemplo, cuando una mujer fuese fisiológicamente incapaz de procrear o cuando un embarazo conllevara un gran riesgo para su salud o la del feto. Los matices diferenciadores de los proyectos de ley, como nos recuerdan los autores antes citados, se referían “particularmente al perfil de los solicitantes y de la madre sustituta, las condiciones y el uso de gametos de la pareja o de un donante”.

Más recientemente, a juicio de los españoles Núñez, Nicasio y Pizarro, los supuestos de maternidad por sustitución o subrogada, han significado una auténtica revolución en materia de reproducción asistida y un genuino desafío jurídico en materia de atribución de maternidad y filiación señalando que: “el planteamiento es sencillo y tiene dos parámetros de discusión diferenciables: en primer lugar, si cabe realizar un contrato privado en el que se dispone que una mujer se obliga a gestar por otra y, en segundo término, si el hijo o hija nacido por este método tiene filiación –‘es hijo de...’– la madre gestante o biológica, o de la ‘madre jurídica’”.⁶

II. ¿QUÉ DICE LA LEGISLACIÓN EN AMÉRICA LATINA?

Algo similar a lo ocurrido en la legislación europea, sucedió en América Latina. En efecto, países como Costa Rica por ejemplo, intentaron regular esta materia a través de decretos emanados de órganos de la Administración, como es el caso del Decreto Ejecutivo N° 24.029-S,⁷ que permitió acceder a las TRHA, pero solo a las parejas matrimoniales, a las que de manera excepcional autorizaba a ser fecundadas con gametos donados; obligando a transferir todos los óvulos fecundados en un ciclo de tratamiento, y

⁴ Ley Belga (2007).

⁵ DERÈSE Y WILLEMS (2008), pp. 285-288.

⁶ *Op. cit.* 2.

⁷ Costa Rica. Decreto Ejecutivo N° 24.029-S (1995).

prohibiendo descartar o eliminar embriones, criopreservarlos y cualquier otra forma de experimentación sobre ellos. Sin embargo, como sabemos, al poco tiempo de haber entrado en vigencia este Decreto, se presentó un recurso de inconstitucionalidad en su contra, bajo el argumento de que la fecundación *in vitro* y la transferencia embrionaria violan el derecho a la vida y la dignidad del ser humano, siendo acogido por la Sala Constitucional de Costa Rica,⁸ y declarándolo inconstitucional debido a que “la objeción principal de la Sala es que la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de esta es lograr un ser humano, dotar de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo. Lo esencial es que los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos”. En atención a estas condiciones, la Sala concluye en su fallo que cualquier eliminación o destrucción de concebidos (voluntaria o derivada de impericia de quien ejecuta la técnica o de la inexactitud de esta) viola el derecho a la vida, consagrado en el artículo 21 de la Constitución Política de Costa Rica, y 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), y que derivó en el conocido caso de Artavia Murillo y otros, contra Costa Rica,⁹ y por el cual, a través de la Sentencia de excepciones preliminares, determinó que el gobierno costarricense debía levantar la prohibición a las técnicas de fertilización *in vitro* (FIV) e implementar dichas técnicas en su Sistema de Seguridad Social, imponiendo además al gobierno de Costa Rica una indemnización de veinticinco mil dólares americanos para cada una de las parejas demandantes.

En otros países de la región, el análisis de la normativa da cuenta de su diversidad, que se ha caracterizado por largos períodos de silencio legislativo, el que solo y de manera relativamente reciente, ha roto Argentina y Uruguay, con debates marcados por lo que según Ariza “ha estado fuertemente caracterizado por el heterosexismo, la prevalencia de valores familiares tradicionales, la idea de la centralidad de la familia para la sociedad, de la importancia de la maternidad para las mujeres, y de nociones que asimilan la vida embrionaria no implantada, a la de persona sujeto pleno de derechos”.¹⁰

⁸ Sentencia N° 2000-02306 (2000).

⁹ *Artavia Murillo y otros, contra Costa Rica* (2012).

¹⁰ ARIZA (2017), p. 4.

En efecto, un proceso exploratorio de la reforma en materia de maternidad subrogada en Argentina, hace que el país ostente desde 2013 según Ariza, una de las legislaciones más avanzadas del mundo sobre Reproducción Médicamente Asistida, y que se tradujo en que mediante la Ley N° 26.862¹¹ y su Decreto, se consagrara a nivel nacional la cobertura médica integral de este tipo de tratamientos, y que fue luego complementada con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, de octubre de 2014, que abordó los aspectos relativos a la existencia de la persona humana, regulando lo concerniente al derecho filial de los nacidos mediante el empleo de las TRHA, sin mencionar en su redacción final la gestación substituta, la que sí estuvo considerada en el anteproyecto presentado al Senado.

En efecto, tal como nos recuerda Rodríguez,¹² “el Anteproyecto del Código Civil y Comercial elaborado por la comisión redactora contemplaba un artículo que, expresamente, regulaba la gestación por sustitución (GS), disposición que fue quitada del texto definitivo al pasar por la Cámara de Senadores”. Dicha disposición, aunque no fue aprobada, tampoco fue prohibida, quedando sujeta a la discrecionalidad del juez. En tales espacios toman especial relevancia los principios de interés superior del niño –agregó, niñas y adolescentes– y derecho a la identidad, como argumentos de peso fundamentales, a favor del reconocimiento del vínculo filial con el o los comitentes.

De una manera semejante, el camino transitado por la legislación de Uruguay ha sido innovador, ya que su reciente norma sobre la materia, la considera, aunque de forma excepcional. En efecto, tal como lo señala el inciso 3° del art. 1° de la Ley N° 19.167, de noviembre de 2018 en relación con el

¹¹ Ley N° 26.862, (2013) y Decreto N° 956 (2013).

¹² RODRÍGUEZ (2016). El art. 562 propuesto, pero no aprobado decía: «Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza», citada por la autora, p. 400.

inciso 2º del art. 25 de la misma ley que lo permite “únicamente la situación de la mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, quien podrá acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, o de su pareja en su caso, la implantación y gestación del embrión propio”. Modalidad que, en principio, calzaría perfectamente con una propuesta para modificar la legislación nacional contemplando una modalidad de TRHA de carácter altruista, y circunscrita a situaciones de carácter excepcional.

III. CHILE

1. *El caso de gemelas implantadas en su abuela*

La excepcionalidad probable de considerar en una legislación como la nuestra, dice relación con lo que, a juicio de Gómez de Latorre,¹³ son algunos de los principales problemas éticos y jurídicos que este debate genera, y que se pueden plantear y agrupar en torno a cuatro problemas a sortear: I. La determinación de la filiación de los nacidos mediante estas técnicas y el rol de la voluntad; II. El derecho de toda persona a conocer sus orígenes; III. El derecho a la reproducción y sus implicancias; y IV. Los límites éticos y jurídicos de la aplicación de estas técnicas, todos estos problemas que, a nuestro juicio, podrían resolverse a través de una legislación adecuada que los contemple y que, en nuestro país, de forma pionera, fueron analizados por la sentencia de 8 de enero de 2018, emanada del 2º Juzgado de Familia de Santiago. En efecto, dicha Sentencia se hace cargo de esta situación benévola ventilada, a propósito de una demanda de impugnación y reclamación de maternidad de una mujer que a los 26 años, y después de la pérdida de dos hijos, uno en gestación y el otro recién nacido, sumado a la extracción del útero con motivo de complicaciones derivadas del segundo embarazo, llevó adelante un proceso de fertilización *in vitro* y gestación subrogada, la que fue posible mediante la fecundación *in vitro* de los óvulos de la demandante y de los espermatozoides de su pareja, anidados posteriormente en el útero de la madre de la demandante, que actuó como madre subrogante.

Esta demanda fue interpuesta, como es obvio, con posterioridad al nacimiento de un par de gemelas, las que según el art. 183 del CCº que establece

¹³ GÓMEZ (2013), pp. 413-419.

“la maternidad queda determinada legalmente por el parto...”, eran hijas legales de su abuela, sin que en este caso pudiera aplicarse la norma establecida en el art. 182 del CC^o inicialmente mencionado, que establece al efecto: “el padre o madre del hijo concebido mediante aplicación de técnicas de reproducción asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta”, por no ser aplicable a situaciones donde se ocupa un vientre distinto al de la madre aportante del material genético esencial. Ante esta situación, la duda jurídica queda radicada en torno a las siguientes preguntas: ¿qué sucede en este caso?, ¿quiénes son los que se han sometido a las técnicas de reproducción asistida?, ¿cuáles son las respuestas biológico-legales que se deben dar?, ¿cómo se puede regularizar la situación legal de las niñas con motivo de este procedimiento? Finalmente, ¿cómo el derecho se hace cargo de esta situación de actual ocurrencia? y ¿qué derechos son vulnerados respecto de los padres biológicos y sus hijas engendradas, con utilización de sus gametos en el útero subrogado?

Efectivamente, en el caso que dio lugar a la sentencia que comentamos,¹⁴ la demandante es al mismo tiempo madre biológica y hermana legal de las hijas concebidas con gametos suyos y de su pareja. La resolución de este caso, a mi juicio, hace una interpretación que va en la línea correcta, al intentar dar respuesta a las interrogantes que se generaron con motivo de la demanda de impugnación y reclamación de maternidad haciendo aplicación de las reglas contenidas en la Ley N^o 19.585 de 26 de octubre de 1998, conocida como Ley de Filiación, la que específicamente en su art. 195 hace un reconocimiento de los derechos consagrados en distintos tratados de Derechos Humanos, en especial los contenidos en la Convención Interamericana de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes –en adelante NNA–, que han establecido la libre investigación de la paternidad y maternidad a través del uso de pruebas biológicas como la del ADN, materializando con ello el derecho a la identidad que tiene todo ser humano por su condición de tal. Lo anterior, sumado a la aplicación del principio de “interés superior del NNA”, que hoy rige de manera preponderante en nuestro sistema legal, hizo ver como necesaria la corrección de la asignación legal de identidad y por lo tanto de filiación a las hijas, modificando la que había quedado determinada por medio del parto, de conformidad a lo que establece el art. 183 del Código Civil.

¹⁴ *Camila Patricia Chandia Astete contra Andrea Verónica Astete Castro* (2018).

Lo que motivó la participación de una madre sustituta fueron razones de índole altruista; el binomio de la abuela y su útero, fue considerado por el tribunal como un instrumento terapéutico que permitió lograr el objetivo final, es decir, procrear, pero usando el material genético de la demandante y su pareja. La elección de la “madre sustituta” también estuvo motivada por la falta de regulación legal que sobre la materia existe en nuestro país, eligiéndose una persona cercana y confiable (la madre de la demandante) para con ello evitar eventuales “situaciones confusas y dolorosas”, es decir, la provocación de tironeos de las criaturas involucradas, por parte de una y otra participante en su llegada al mundo.

El proceso de acreditación de los hechos previos, coetáneos y posteriores al nacimiento fueron debidamente registrados, y una prueba de ADN posterior dio cuenta de que la probabilidad de maternidad de la demandante era de un 99,99%. De la misma forma, se constató que la pareja demandante se sometió a una técnica de reproducción asistida llamada “maternidad gestacional subrogada”, comprendida como la implantación en el útero de una mujer de un embrión cuyo óvulo no fue aportado por ella, y en virtud de la cual dicha mujer se obliga a asumir el proceso de gestación y a entregar el producto del parto. Para este efecto, y tal como señala la Sentencia, frente al vacío legal resultaba fundamental para resolver este conflicto, hacer un análisis sistemático del derecho internacional y de la Constitución, a objeto de materializar también otros derechos fundamentales e inherentes a la persona humana, entre ellos el derecho a procrear, a formar familia, el derecho a tener una identidad, conocer sus orígenes, investigar de dónde viene, quiénes fueron sus padres y ascendientes, y poder determinar su filiación. Todos estos derechos considerados en diversos tratados internacionales de Derechos Humanos, los que por vía del mandato establecido en el art. 5º inc. 2 de la Constitución Política de la República, entendemos incorporados en nuestro ordenamiento jurídico.

2. Otro caso: Sentencia de 3 de diciembre de 2018¹⁵

De forma similar a la que planteamos en el ejemplo anterior, bien vale la pena analizar los argumentos esbozados por la Magistrada doña Mónica Jeldres Salazar, jueza titular del 2º Juzgado de Familia de Santiago, al acoger

¹⁵ Marión Jeannette Yáñez Varas, contra Emilia Paola Cabeza Alcaíno (2018).

las demandas de impugnación y reclamación de maternidad, interpuestas por Marion Jeannette Yáñez Varas en contra de Emilia Paola Cabeza Alcaíno, y declarar que el niño A.A.F.C, R.U.N. 26.327.XXX-X, nacido el día 15 de junio de 2018, sexo masculino, es hijo de Marion Jeannette Yáñez Varas, lo que descarta la actual filiación materna que detenta respecto de Emilia Paola Cabeza Alcaíno, la que queda impugnada.

En efecto, en una situación igualmente compleja, que la del caso anteriormente señalado, esta Sentencia da cuenta de un embarazo ectópico cervical de 53 semanas de gestación que debió ser interrumpido por el riesgo de la vida de la madre, y que no obstante los posteriores intentos para recuperar el endometrio afectado, concluyó con la esterilidad de la demandante debido al daño que se produjo como consecuencia del procedimiento aplicado. Atendida esta circunstancia, la demandante Marión Yáñez conjuntamente con su marido, tras ver un reportaje en televisión relativa al tema en cuestión acudieron a la maternidad subrogada como mecanismo para poder obtener el objetivo de ser padres, disponiendo para ese propósito de la ayuda de una antigua amiga de la demandante, que tuvo que llevar adelante un proceso hormonal para estar en condiciones de recibir en su cuerpo el cigoto que resultó de la unión de los gametos provenientes del matrimonio con problemas de fertilidad, procedimiento que se llevó a cabo en la ciudad de Lima Perú, y donde también se efectuó la implantación en el útero de la demandada Emilia Cabeza. Junto a lo anterior, la demandante llevó adelante programas de inducción para la lactancia materna asesorada por una matrona, hubo acompañamiento y preocupación permanente por el hijo que se estaba gestando en el vientre de su amiga, los padres biológicos procedieron al pago de procedimiento de fertilización in vitro, de los tratamientos realizados para que estos tuvieran resultados positivos, y de los honorarios médicos. Es interesante agregar además, que con fecha 19 de octubre de 2017, en Lima Perú, se suscribió entre Marión Yáñez varas como futura madre y Claudio Fuentes Guerrero, ambos casados entre sí, como pareja beneficiaria y Emilia Cabeza Alcaíno, casada con Ricardo Martínez Martínez, como colaboradora, un acuerdo privado de útero subrogado donde se señala que la colaboradora libremente decide ayudar a la pareja beneficiaria para que sean padres biológicos de un niño o niña, sometiéndose a un tratamiento de técnicas de reproducción humana asistida atendido al hecho que la madre biológica no puede sostener un embarazo. En dicho acuerdo se señala, además, que la colaboradora no recibirá remuneración alguna por esta gestación —el motivo

es la solidaridad—, ni creará vínculo con el recién nacido; declara además que el embrión será implantado en su útero y que ella no tiene material genético compartido con el embrión. Se adjunta: a) consentimiento de donación de embriones; b) consentimiento para transferencia embrionaria de embriones criopreservados recibidos en adopción; y c) consentimiento para transferencia al útero de embriones desvitrificados, y que coincidentemente como argumenta la Sentencia, no sería anulable, como tradicionalmente se piensa, por no constituir objeto ilícito.

En efecto, tal como señala la Sentencia que comentamos, la maternidad subrogada no cuenta con regulación legal en Chile, pero nuestro Ordenamiento jurídico tampoco la prohíbe, produciéndose en derecho, un vacío legal que no puede ser llenado con las normas existentes. Así, al revisar la historia de la ley, tratándose del art. 182 de Código Civil, este no reconoce otras TRHA como no sea la realizada por el hombre y la mujer que se sometieron a ella, y la única referencia a eventuales acciones de filiación ligada a esta, son las que aparecen mencionadas en el inciso 2º del art. 182,¹⁶ fijando un límite a eventuales acciones de reclamación e impugnación de quien pretenda accionar en contra del hombre y mujer que se sometieron a dichas técnicas, pero que en opinión del Tribunal, no supone que los padres que se sometieron a las técnicas carezcan de acción, sino que por el contrario, la ley les protege frente a intención de terceros de presentarse como los verdaderos padre o madre, por ejemplo, por haber aportado el óvulo o los espermias utilizados en el proceso de fecundación.

También sabemos, como nos recuerda la misma Sentencia, que “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”.¹⁷

¹⁶ *Op. cit.* 16, p. 11.

¹⁷ *Op. cit.* 16, p. 11. Sin embargo, a propósito del “olvido o dejación” del legislador, es interesante transcribir aquí la opinión de algunos senadores, quienes demostraron mayor o menor apertura a regular esta materia de actual importancia y respecto de la cual como hemos dicho, no existe una completa regulación legal. Así, leyendo la historia de la ley, observamos como el entonces senador de la República, hoy desafortunado ministro del Interior, Sr. Andrés Chadwick, señaló, a propósito de la inclusión del reconocimiento de las TRHA: “Señor Presidente, me pronunciaré en contra de este

De esta forma y pese a que, al día de hoy, el tipo de filiación descrito ocupa un lugar dentro de la clasificación general de métodos de reproducción humana asistida considerados por la ciencia médica y a los que se ha aludido al principio de este artículo, carece en nuestra legislación de reconocimiento y de desarrollo normativo claro que permita hacerse cargo de estas situaciones y determinar claramente la maternidad o paternidad y por ende la filiación del ser engendrado. Por lo anteriormente señalado, es que el razonamiento del tribunal, en este caso en particular reviste de tanta relevancia, toda vez que el fallo intenta en el considerando décimo hacer encajar el art. 182 dentro de nuestro ordenamiento jurídico e intentar resolver la aparente antinomia que existe con el art. 183 del Código Civil.¹⁸

IV. PROYECTOS PRESENTADOS EN CHILE PARA LLENAR EL VACÍO

Con fecha 12 de septiembre de 2018, se presentó el Proyecto de Ley N° 12.106-07, iniciado por moción de los H. senadores Rincón, Provoste, Harboe y Pizarro, que a nuestro parecer puede inspirar una futura reforma en esta materia, ya que propone una modificación del Código Civil chileno en orden a determinar la identidad y por lo tanto la filiación, de niñas y niños nacidos en gestación subrogada. Esta propuesta de ley, que se encuentra en primer trámite constitucional en el Senado, ya sea en su modalidad denominada “solidaria” o “por encargo”, supone el uso de técnicas de fertilización in vitro, con transferencia embrionaria en una tercera persona que asume el rol de madre gestante y que para todos los efectos de la ley no tiene dere-

precepto. Pienso que resulta más conveniente esperar la tramitación del proyecto a que se ha hecho alusión y que se encuentra en estudio en la Comisión pertinente, porque es indispensable establecer previamente qué métodos de reproducción asistida consideraremos legítimos y por consiguiente legales, y cuáles serán los efectos que ellos han de traer consigo en cuanto a derechos y deberes de los padres, los hijos o los terceros que puedan participar en el proceso. Adelantarnos por la vía de lo propuesto en esta norma sería dar una suerte de legitimidad o legalidad a todos los métodos de reproducción asistida, asunto que, a mi juicio, requiere de un análisis más detenido. Por eso, voto en contra”. *Versus* la opinión del senador señor Ominami que señaló: “Señor Presidente, voto favorablemente porque, a mi juicio, independientemente del resultado de la discusión posterior sobre el proyecto de reproducción asistida, es fundamental garantizar los derechos de los padres y de los niños nacidos en virtud de tales procedimientos”. *Historia de la Ley Filiación determinada mediante aplicación de técnicas de reproducción humana asistida*, p. 24.

¹⁸ “Una antinomia se produce cuando dos normas disponen para un mismo supuesto de hecho, singular y concreto, consecuencias jurídicas entre ellas incompatibles”. GUASTINI (2014), p. 117 (citado en la sentencia).

cho alguno sobre el embrión en gestación y que actuaría solo y únicamente asistiendo a la pareja con voluntad de procrear, de manera absolutamente altruista o benévola, además de gratuita, pero sin embargo, pudiendo ejercer respecto de los padres biológicos algún derecho pecuniario relativo a los gastos relacionados con las atenciones médicas resultantes de la gestación y/o consecuentes a la misma, del parto y de las posibles complicaciones de salud derivadas de una o de otra situación. Es decir, en ningún caso podríamos bajo una regulación de esta naturaleza, encontrarnos frente a una situación donde el uso del cuerpo de la mujer o de sus gametos puedan ser entendidos con fines onerosos o lucrativos, ya que, como hemos dicho, las Técnicas de Reproducción Asistida tienen como finalidad la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otros tratamientos se hayan descartado por inadecuados o ineficaces

Si bien el proyecto de ley es limitado en relación a las diversas técnicas de reproducción asistida que podrían paralelamente confluir con la gestación subrogada, podría ser debidamente complementado y llenar así un vacío legal que en los hechos se ha presentado en nuestro país, debido al uso de este tipo de técnicas sin una norma que las considere en lo formal, aunque como hemos señalado en los hechos sean frecuentemente utilizadas. Aunque, insistimos, deban tener el carácter de excepcional y delimitándolas únicamente a casos de absoluta imposibilidad de gestar, por parte de parejas ya sea hetero u homosexuales. Situaciones que como hemos señalado deben ser de carácter absolutamente gratuito y altruista, y que, en definitiva, lo aparten de aquellas modalidades en las que dicha participación puedan comprometer la persona de la mujer y al sujeto en gestación, o se intente transformarlos en objetos de tráfico mercantil como advierte Rincón Castellanos al señalar que: “la maternidad sustitutiva es una práctica que se consolida día a día como mercado, se rige por las reglas de la oferta más económica y encuentra en las mujeres con escasos recursos y con hijos, las candidatas más adecuadas para obtener el mismo objetivo, pero a más bajo costo”,¹⁹ es decir pueda hacer de las mujeres más vulnerables y de su cuerpo un objeto de sometimiento o mercantilización.

A diferencia de lo señalado en el párrafo anterior, una reforma en esta materia, debería ajustarse a lo que en la doctrina y en el debate legislativo comparado se ha planteado como un conjunto de grandes nudos para su regulación, y que dicen relación con ciertas premisas en las que la identidad

¹⁹ RINCÓN (2012), p. 4.

o filiación del sujeto en gestación no pudieran ser cuestionadas ni en etapas previas, ni en las coetáneas ni en las posteriores al nacimiento. Es así que, sin perjuicio de que existen algunas legislaciones que contemplan la posibilidad de retractación de la madre gestante, especialmente cuando hay aporte de material genético esencial, esta alternativa no sería la recomendada para una posible propuesta de reforma legislativa en Chile, más aún, para efectos de certeza jurídica inicial deberíamos considerar alternativas en las que: 1.- el sujeto en gestación tenga material genético proveniente de ambos integrantes de la pareja que realiza el encargo, y este sea un factor determinante para la determinación de la filiación y no así el parto; 2.- que el sujeto en gestación tenga material genético proveniente de solo uno de los integrantes de la pareja que realiza el encargo, y este hecho, sumado a la no coincidencia genética con la mujer en cuyo vientre se está gestando sea un factor determinante de su identidad y filiación, y finalmente, 3.- que el sujeto en gestación pudiendo tener material genético de terceras personas, su identidad y filiación tengan como fuente la voluntad consensuada claramente manifestada por la pareja que realizó el encargo de procrear, dejando de lado cualquier alternativa en donde, quien aporta su cuerpo para la gestación, contribuye al mismo tiempo, con sus gametos.

Aclarado este punto y teniendo en consideración que es parte del conocimiento científico generalmente aceptado el hecho de que en un caso de maternidad subrogada, la sustituta no transfiere material genético esencial al embrión, actúa como un instrumento donde se desarrolla el feto, lo que significa que desde el punto de vista biológico y genético, la conexión del niño así concebido es con quienes aportaron el óvulo y el esperma necesarios para la concepción, y a quienes corresponde reconocer como los padres biológicos.²⁰

Todas estas opciones, sumadas a otras exigencias relativas al tipo de vinculación, ya sea por parentesco biológico o afinidad y, por cierto, también al carácter no lucrativo, altruista y excepcional de la norma, podrían dar lugar a un avance sustantivo en esta materia, en una Sociedad que debe abrirse a reconocer la reproducción como una necesidad, como un derecho, pero también como un beneficio.

²⁰ En este sentido *Marión Jeannette Yáñez Varas contra Emilia Paola Cabeza Alcatno* (2018).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARIZA, Lucía (2017). “La regulación de las tecnologías reproductivas y genéticas en Argentina: análisis del debate parlamentario”, en *Cossiê Conservadorismo, Direitos, Moralidades e Violência Cadernos Pagu* (50).
- DERÁSE, Marie-Noëlle y WILLEMS, Geoffrey (2008). “La loi du 6 juillet 2007 relative á la procréation médicalement assistée et á la destination des embryons surnuméraires et des gamètes”, en *Revue trimestrielle de droit familial*, Bruxelles, Belgique.
- EURONEWS por Families Through Surrogacy (2018) Where in Europe is surrogacy legal? Disponible en <https://www.euronews.com/2018.09.13/where-in-europe-is-surrogacy-legal> [Fecha de consulta: 7 de enero de 2020].
- GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz (2013). “Técnicas de Reproducción humana asistida, desafíos del siglo XXI: una mirada transdisciplinaria”, en *Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte* Sección: Recensiones, Año 20 - N° 1, 2013. https://2019.vlex.com/#WW/vid/487.209.134/graphical_version_pp.413-419 [Fecha de consulta: 15 de enero de 2020].
- GUASTINI, Ricardo (2014). “Interpretar y Argumentar”, p. 117 (citado en la sentencia).
- BCN, Historia de la Ley Código Civil, D.L. 1 Art. 182 Filiación determinada mediante aplicación de técnicas de reproducción humana asistida. <file:///C:/Users/lalbornoz/Documents/Downloads/HLCCArt182.pdf>. Fecha de consulta: 15 de enero de 2020].
- NÚÑEZ, María; NICASIO, Isabel y PIZARRO, Eugenio (2015). “El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción”, en *Derecho Privado y Constitución*. Disponible en file:///C:/Users/lalbornoz/Documents/Downloads/N%C3%BA%C3%B1ez_Bola%C3%B1os.Necasio_Jaramillo.Pizarro_Moreno_DPyC29.pdf pp. 227-261. [Fecha de consulta: 7 de enero de 2020].
- RINCÓN, Ximena (2012). “¿Bioética y derecho para qué y para quiénes? Discusiones en torno a la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en Colombia”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú* N° 69, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5.085.187> [Fecha de consulta: 15 de enero de 2020].
- RODRÍGUEZ, Mariana (2016). “Aspectos Medulares de la Regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Derecho Argentino”, en

- BioLaw Journal–Rivista di BioDiritto*. Downloaded from www.biodiritto.org, <http://www.biodiritto.org/ojs/index.php?journal=biolaw&page=article&op=download&path%5B%5D=172&path%5B%5D=136> [Fecha de consulta: 15 de enero de 2020].
- SCHWARZE, Juan Enrique (2013). “Registro chileno de técnicas de reproducción asistida, 2010: Registro Chileno de Fecundación in vitro, Sociedad Chilena de Medicina Reproductiva”, en *Revista chilena de obstetricia y ginecología*, N° 78, Chile.
- Proyecto de Ley N° 12.106-07, 12 de septiembre de 2018, Modifica el Código civil para determinar la identidad de niños y niñas nacidos de gestación subrogada. https://2019.vlex.com/#search/jurisdiction:CL+content_type:14/maternidad+subrogada.
- Proyecto de Ley N° 6.306-07 de C. Diputados, de 18 de diciembre de 2008 (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) https://2019.vlex.com/#search/jurisdiction:CL+content_type:14/maternidad+subrogad/WW/vid/556.805.730.
- WILLEMS, Geoffrey y DERÈSE, Marie-Noelle (2008). “La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes”, en *Revue trimestrielle de Droit Familial*, N° 2.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Artavia Murillo y otros, contra Costa Rica*. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012), 28 de noviembre de 2012 (escrito de sometimiento). Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf [Fecha de consulta 7 de enero de 2020].
- Hermes Navarro Del Valle, contra el Decreto Ejecutivo N° 24.029-S*, (2000) Corte Constitucional de Costa Rica, 15 de marzo de 2000. (acción de inconstitucionalidad). Disponible en <https://blogs.ua.es/costaricadoxal/files/2012/05/Sentencia-COSTA-RICA1.pdf> [Fecha de consulta 7 de enero de 2020].
- Camila Patricia Chandia Astete contra Andrea Verónica Astete Castro*. 2° Juzgado de Familia de Santiago a 8 de enero de 2018 (acción de impugnación y reclamación de maternidad). Disponible. RIT C-7246-2017 Dictada por

doña Macarena Rebolledo Rojas, Jueza Titular Marión Jeannette Yáñez Varas, contra Emilia Paola Cabeza Alcaíno. 2º Juzgado de Familia de Santiago, a 3 de diciembre de 2018 (acción de impugnación y reclamación de maternidad). Disponible en RIT C-4907-2018. RUC 18-2-0.823.907-0. Dictada por doña Mónica Jeldres Salazar, Jueza Titular.