

# EL RESPETO A LA LEY POR EL JUEZ ¿UN PRINCIPIO DE CONVENIENCIA EN MATERIA FILIATIVA? (SCS ROL 33.316-2019)

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO<sup>1</sup>

**RESUMEN.** El presente trabajo revisa lo resuelto en la sentencia de 20 de julio de 2020 de la Corte Suprema que confirma la decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago que rechaza el recurso de protección interpuesto por dos mujeres que pretendían inscribir a nombre de ambas, dos niños gestados con técnicas de reproducción asistida. El artículo cuestiona la supuesta existencia de un vacío legal y postula que, en cualquier caso, no autoriza a infringir las reglas vigentes. Finalmente, se desarrolla la complejidad de la opción adoptada por las partes y el rol central del interés superior del niño.

**PALABRAS CLAVE.** Filiación, reproducción humana asistida, respeto a la legalidad, interés superior del niño.

**SUMARIO.** 1. Consideraciones introductorias. 2. El contexto de la sentencia dictada. 3. El análisis del contenido de la sentencia: el supuesto vacío legal en Chile en materia de hijos nacidos de técnicas de reproducción humana asistida. 3.1. Las reglas que regulan la situación planteada en Chile. 3.2. El vacío legal no autoriza para infringir o eludir reglas vigentes claras. 3.3. La plena sujeción a la legalidad por parte del Servicio de Registro Civil. 3.4. La complejidad de la opción de facto elegida por las partes. 3.5. El interés superior del niño en las técnicas de reproducción humana asistida. 3.6. Criterio rector: interés superior del niño. 3.7. No existe un derecho al hijo ni puede admitirse establecer uno. 4. A modo de conclusión.

## 1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

En sentencia de 20 de julio de 2020, la Corte Suprema de Justicia<sup>2</sup> confirma la decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago de 7 de octubre de 2019<sup>3</sup> y rechaza el recurso de protección interpuesto por dos mujeres que pretendían se inscribiera a nombre de ambas a dos niños gestados mediante técnicas de

<sup>1</sup> Abogada Universidad de Concepción. Magíster en Derecho Comparado Universidad Complutense de Madrid. Doctora en Derecho Universidad Complutense de Madrid.

<sup>2</sup> Sentencia Corte Suprema de Justicia de 20 de julio de 2020, Rol N°33.316-2019

<sup>3</sup> Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago de 7 de octubre de 2019, Rol 88402-2019.

reproducción humana asistida por una de ellas. Los niños habían sido inscritos por el Servicio de Registro Civil a nombre de aquella que los dio a luz, en virtud de lo dispuesto en el art. 183 del Código Civil.

Pese al claro tenor legal, las dos mujeres recurrieron sosteniendo que esa decisión era arbitraria e ilegal, básicamente por dos motivos. Uno, el que la negativa contravenía lo dispuesto en los artículos 19 N°1 y 2 de la Constitución Política de la República y, dos, que también se enfrentaba a diversas fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que estimaban vinculantes para el Estado de Chile.

En una fundada sentencia —en cuanto aborda con claridad temas complejos— nuestro máximo tribunal descarta esa fundamentación y procede a rechazar el recurso. Revisaremos a continuación esa decisión y, tras ella, el fondo de lo envuelto en el debate planteado ante tribunales.

## 2. EL CONTEXTO DE LA SENTENCIA DICTADA

La sentencia en análisis no es ciertamente la primera que se ha dictado en nuestro país en torno a la pretensión de personas que, habiendo recurrido a las técnicas de reproducción humana asistida para concebir, han pretendido luego que la inscripción de los hijos nacidos mediante ellas lo sean a nombre de quienes quieren que se haga y no respecto a quiénes la ley ordena tener por padre o madre.

En algunos casos, se ha tratado de mujeres que, por problemas para concebir o llevar adelante un embarazo, han recurrido a la maternidad subrogada siendo inscrito el hijo o hija por el Servicio de Registro civil a nombre de la mujer que lo dio a luz en aplicación de lo ordenado por el art. 183 del Código civil que dispone que 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”. Pese a la claridad de la regla, ellas solicitaron —mediante acciones de impugnación de la filiación— la rectificación de esas partidas para que consignaran como madre a aquella que tenía la voluntad procreacional por sobre la que llevó adelante el embarazo y dio a luz. En ambos casos, la misma jueza del mismo tribunal de familia<sup>4</sup>, eludiendo el ordenamiento vigente, acogió las acciones de filiación deducidas por quien tenía la voluntad procreacional en contra de quien llevó adelante el embarazo sin la intención de asumir luego la maternidad.

<sup>4</sup> Sentencia Segundo Juzgado de familia de Santiago de 8 de enero de 2018. <http://static.elmercurio.com/Documentos/Legal/2018/05/07/20180507172951.pdf>. Véase comentario de Rodríguez (2018)

En otros casos, la intención de quienes han recurrido a la reproducción tecnológica ha sido la misma que la planteada en la decisión de la Corte Suprema en análisis, aunque se ha tratado de otra realidad fáctica. Dos mujeres que quieren que las dos queden inscritas como madres de un niño concebido por una de ellas mediante técnicas de reproducción humana asistida, en concreto, fertilización con donación de espermios.

En la primera sentencia dictada en un caso así —de 8 de junio de 2020— la misma jueza del Segundo Juzgado de Familia de Santiago acoge una demanda de “reclamación de maternidad” ordenando que el hijo quede inscrito a nombre de las dos madres<sup>5</sup>. Todo ello, en abierta contradicción con la decisión de la Corte Suprema que, con fecha 14 de marzo de 2018, había confirmado la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que rechazaba un recurso de protección interpuesto por ambas mujeres en contra de la negativa del Servicio de Registro Civil de inscribir al hijo a nombre de la conviviente civil de la madre a cuyo nombre sí se encontraba inscrita al haberlo dado a luz<sup>6</sup>.

En la segunda decisión de 15 de junio de 2018<sup>7</sup>, la Corte de Apelaciones de Valparaíso desestima un recurso de protección interpuesto por la madre de unos niños y su conviviente civil contra el Registro Civil por haberse negado a inscribirlos a nombre de ambas. Esta decisión fue luego confirmada por la Corte Suprema<sup>8</sup>.

La tercera sentencia reciente, en este mismo tipo de planteamiento, es del 5 de mayo de 2021 y es posterior a la que comentamos de la Corte Suprema. En ella, el mismo Segundo Juzgado de Familia de Santiago ordena al Registro Civil inscribir a nombre de dos madres a un niño concebido por una de ellas, nuevamente mediante técnicas de reproducción humana asistida.

En las dos primeras, de reconocimiento de filiación respecto de la madre que tenía la voluntad procreacional modificando la ya establecida respecto de la mujer que dio a luz —siguiendo la regla general de determinación de la maternidad— no ha existido posibilidad de conocer la posición de los tribunales superiores (Corte de Apelaciones y Corte Suprema) porque ninguna de las partes del juicio apeló de ella, al existir pleno acuerdo en la acción deducida.

---

<sup>5</sup> Sentencia Segundo Juzgado de Familia de Santiago de 8 de junio de 2020., RIT C-10028-2019. Disponible en <http://static.elmercurio.com/Documentos/Legal/2020/06/22/202006222095.pdf>

<sup>6</sup> Sentencia Corte Suprema 14 de marzo de 2018, Rol 2595-2918.

<sup>7</sup> Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso de 15 de junio de 2018, Rol 3335-2018.

<sup>8</sup> Sentencia Corte Suprema de 24 de julio de 2018, Rol 15.108-2018.

En la segunda línea de pronunciamientos judiciales de mujeres que quieren ser reconocidas ambas como madres, en cambio, encontramos decisiones tanto de Cortes de Apelaciones, como de la Corte Suprema pronunciándose todas en sentido contrario a lo resuelto —en todos los casos— por el mismo tribunal de familia. En el caso de la Corte Suprema, le anteceden dos sentencias en el mismo sentido<sup>9</sup>.

### 3. EL ANÁLISIS DEL CONTENIDO DE LA SENTENCIA: EL SUPUESTO VACÍO LEGAL EN CHILE EN MATERIA DE HIJOS NACIDOS DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Entrando al contenido de lo debatido en la sentencia que se comenta y en las demás que se han pronunciado en materia de filiación nacida de técnicas de reproducción humana asistida, la fundamentación del tribunal de familia en las que han acogido el reclamo de las mujeres es variada y, por razones de espacio, resulta imposible analizarlas todas.

Con todo, todas ellas se basan en la existencia de un supuesto vacío legislativo que obliga a recurrir a los tratados internacionales, en especial la Convención de los Derechos del niño. No obstante, ambas sentencias han sido dictadas vulnerando reglas expresas, y por lo mismo, sin que exista esa ausencia de normativa que resuelva la contienda como se sostiene.

#### **3.1. Las reglas que regulan la situación planteada al tribunal**

En efecto, en la primera línea de pronunciamientos, el nacimiento del niño o niña ha sido posible mediante el recurso a una de las formas de procreación artificial que es la maternidad subrogada. En los resueltos, no parece haber mediado contraprestación alguna por tratarse de mujeres que tienen un vínculo de parentesco (madre e hija) o afectivo (amigas). Sería entonces una especie de “donación de útero”. Perfectamente podría tratarse en el futuro de embarazos producidos previo pago a la madre biológica de una suma de dinero, tratándose entonces de lo que se ha dado en denominar como “arrendamiento de útero. En ambos casos existe una convención entre las mujeres intervinientes: la voluntad de la madre gestante concurre con la de la mujer que quiere ser madre de un hijo, pero no puede serlo por causa de infertilidad.

Cualquiera sea el caso, lo cierto es que ello está prohibido por el ordenamiento jurídico actual si éste se aplica rectamente. En efecto, en el derecho civil vigente,

---

<sup>9</sup> Sentencia de 14 de marzo de 2018 y la de 24 de julio de 2018, Rol 15108-2018

el cuerpo humano está fuera de la disposición de las personas en razón precisamente de “la indisponibilidad” del mismo, salvo las excepciones normativas expresas. Este es un principio esencial de la bioética, universalmente reconocido<sup>10</sup> y que nuestro derecho ha recogido en términos generales.<sup>11</sup> De ese principio emana uno segundo que es el de la no patrimonialidad del cuerpo humano o de sus órganos. Éste es también un principio reconocido en la mayor parte de los países del mundo<sup>12</sup>.

En nuestro derecho, el principio de indisponibilidad determina que el cuerpo esté fuera del comercio y, por lo mismo, cualquier acto de enajenación y, con ello, de disposición sea nulo en razón de adolecer de objeto ilícito. Se trata, como debe saber todo abogado, de nulidad absoluta como resulta expresamente de la relación de los artículos 1464 N° 1, 1682 y 10 del Código Civil.

Inexplicablemente, el tribunal de familia descarta en las sentencias ya aludidas —en una frase— la existencia de objeto o causa ilícita en el “contrato de maternidad subrogada” porque ellas son causales de nulidad que sólo aplican a “los pactos onerosos”. De este modo, razona el sentenciador, si la gestación subrogada es gratuita, como sucede en los casos resueltos ya no se estaría transformando en “objetos de comercio” el cuerpo de la mujer que gesta a la criatura, ni a las hijas<sup>13</sup>.

Este razonamiento no puede sino sorprender porque razona a partir de un profundo desconocimiento de las reglas referidas y de los complejos principios bioéticos evocados. En cuanto a las reglas civiles, basta la lectura de cualquier manual de derecho civil para comprender su sentido y alcance. Como se ha resaltado, “No existe en el Código ninguna definición legal de lo que debe entenderse por enajenación, de modo que, conforme al criterio del art. 20, debemos interpretar el vocablo según su uso natural. Enajenación consiste nada más ni nada menos que en hacer ajena una cosa que antes era propia. En su núcleo más esencial, por tanto, enajenar significa transferir el dominio o propiedad sobre una cosa a otra persona” (Corral, 2018, pp.588).

Así, no existe fundamento para restringir la configuración del objeto ilícito sólo a los pactos gratuitos. Por el contrario, el objeto ilícito no está constituido sólo por la enajenación mediante “pactos onerosos” sino de cualquier negocio jurídico gratuito y oneroso. La prohibición es a la “enajenación” de los bienes

<sup>10</sup> Sobre el reconocimiento de este principio en derecho comparado, vid. FEUILLET-LIGER ET SCHAMPS (2015): *Principes de Protection du Corps et Biomédecine*, vol n°13, pp.345-352.

<sup>11</sup> Domínguez (2015), pp.335 y ss. y Domínguez (2016), pp. 341 y ss.

<sup>12</sup> Sobre su reconocimiento en el mundo Feuillet-Liger y Oktay-Ozmedir (2017), pp.293 y ss.

<sup>13</sup> Considerando undécimo, sentencia 2018

señalados en el numeral del art.1646 C.C. y, por lo mismo, a los actos de transferencia o de constitución de derechos reales sobre los que, en nuestro sistema, suponen la dualidad de título y modo de adquirir. Los títulos, a su vez, pueden ser constitutivos o traslaticios como dispone el art.703 C.C., pudiendo ser ambos gratuitos u onerosos. De hecho, el mismo precepto dispone expresamente que la donación es un título traslativo.

En cuanto a los principios bioéticos o biojurídicos, la indisponibilidad del cuerpo humano o la no patrimonialidad del mismo, son unos básicos a esa área del conocimiento y de indispensable abordaje si se quiere incidir de forma seria en temas como la fertilización asistida y la filiación nacida de ella. Ahora bien, estos principios admiten excepciones, pero ellas deben estar establecidas en la ley, lo que no acontece en relación a la maternidad subrogada que no está excluida de la prohibición general.

En cuanto a la segunda línea de razonamiento referida a aquellas mujeres que quieren que el niño quede inscrito a nombre de ambas como madres, aunque sólo una de ellas fue quien lo parió, el tribunal simplemente elude las reglas vigentes y los principios que las informan con el recurso de un supuesto “vacío legal”<sup>14</sup>. En efecto, en la legislación vigente cada hijo o hija sólo puede tener un padre o una madre como resulta de forma evidente con la sola lectura de las normas que regulan la filiación en los arts. 179 y siguientes del Código Civil. Todas las normas razonan sobre una filiación que se construye a partir de la diferencia sexual de los padres, pues es evidente que hasta el presente no existe posibilidad alguna de vida humana sino a partir del material genético de un hombre y una mujer.

Más aún, el art.182 CC, que es la única regla vigente que regula la filiación nacida de técnicas de reproducción humana asistida, sólo se refiere “al padre o madre” que se hubiesen sometido a ellas. Y ello no se debe a que al tiempo en que se legisló no existiese la maternidad subrogada o el debate en torno a la posibilidad de dar acceso a personas del mismo sexo a esas técnicas, pues todo ello ya se realizaba o discutía en otros países del mundo. Por el contrario, lo que se desprende claramente de la historia fidedigna de la regla —introducida en la reforma introducida a la filiación por la Ley 19.585— es que la filiación llamada “tecnológica” sólo se quiso admitir para las parejas conformadas por una mujer y un hombre que hubiesen recurrido a técnicas heterólogas u homólogas. Y ello es lógico pues, como ya se ha señalado, la filiación siempre se ha entendido como un vínculo entre el hijo y su padre o madre, o ambos en el caso de la filiación matrimonial.

<sup>14</sup> Considerando 12 sentencia de 8 de junio de 2020 del Segundo Juzgado de Familia de Santiago en la que se acoge la acción de impugnación de maternidad y se ordena inscribir al hijo a nombre de dos madres.

De este modo, el que no exista una regla que regule la filiación, admitiendo que ella pueda reconocerse para “dos madres”, no significa que haya un vacío legal sino que, por el contrario, implica que esa posibilidad simplemente no es reconocida por la ley. Cualquier otra interpretación de la misma o, más en general, de las reglas filiativas vigentes en Chile, es directamente una “elusión” de las mismas y, en el caso de una jueza plantea el grave problema de una vulneración querida de las mismas.

Se puede comprender el espíritu que ha animado a esa jueza que ha sido intentar resolver el problema generado en la práctica por haberse recurrido a una técnica de reproducción que no está regulada, pero lo cierto es que los jueces no tienen por tarea corregir la ley, sino aplicarla. Podrá no gustarle la solución establecida en la ley, pero su deber es aplicarla. Y el respeto al Estado de Derecho pasa por el respeto a la ley vigente y al que no le guste la solución existente en la ley, debe abogar por su reforma, pero no eludirla.

Eso mismo es lo que recuerda la Corte Suprema en el considerando séptimo de la sentencia en análisis “*que lo anterior evidencia que el problema de fondo que ha sido planteado en estos autos no puede ser resuelto por la judicatura, sino que es menester que el proyecto de ley aludido en el basamento que antecede siga su derrotero en el parlamento, y que lo propio se haga en el proyecto de ley de matrimonio igualitario, como corresponde a las discusiones relevantes que se dan en el seno de una sociedad democrática y pluralista, con pleno respeto de los derechos fundamentales de las personas, los que son inherentes a la naturaleza humana*” y agrega “*lo expuesto demuestra que no se está en presencia de una afectación de la garantía de la igualdad ante la ley o de una discriminación arbitraria de parte del Estado, puesto que las reglas del Código Civil y de la Ley Orgánica del Servicio recurrido son especialmente claras en cuanto a que una persona no puede tener, en el estado actual de nuestra legislación, más de un padre o más de una madre, tratándose de un problema que—como se dijo— no puede ser resuelto por esta judicatura y, menos aún, a través de esta acción cautelar y de urgencia...*”.

De este modo, la Corte entiende que lo que le corresponde al juez es “*respetar la vigencia del derecho interno y la seguridad jurídica, así como también el valor del pluralismo y la diversidad de pareceres que existen y deben existir en el seno de una sociedad democrática sana y robusta, de manera que la determinación final sobre la materia sea canalizada y adoptada por la institución democrática por antonomasia, esto es, por el Parlamento*”. Incluso, precisa que “*una interpretación “progresista” del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pero al precio de reemplazar la judicatura el juicio y las prerrogativas que la Constitución ha otorgado a otros poderes del Estado, con el riesgo que ello supone de lesionar uno de los fines esenciales del Derecho, como es la certeza jurídica*”.

Como puede advertirse, es difícil encontrar una mejor precisión del exacto rol de la actividad jurisdiccional y las razones por las cuales no puede invadir las competencias del poder legislativo.

### **3.2. El vacío legal no autoriza para infringir o eludir reglas vigentes claras**

A mayor abundamiento, aunque existiera un vacío legal en las dos líneas de sentencias antes referidas, ellas no autorizan a ninguna jueza a infringir otras reglas claras y plenamente vigentes como se hace en la sentencia que se comenta y en las otras ya aludidas. Primero, no pueden eludirse las reglas que regulan el tipo de acciones filiativas admitidas y, por ende, las de legitimación activa y pasiva de las mismas.

Así, no puede ser admitida una acción de impugnación de maternidad en contra de la mujer que dio a la luz el hijo y que ha sido inscrita como madre invocando como fundamento el artículo 183 inc. 2º CC. En efecto, esa regla regula una única y clara situación que es la posibilidad de una mujer de reclamar la maternidad cuando esta última no ha quedado establecida legalmente por el hecho del parto. Por el contrario, cuando ella ha podido ser establecida y, en razón de ello se ha inscrito a nombre del padre que parió al hijo, la regla deja de tener aplicación.

En segundo lugar, la improcedencia de la acción de impugnación de maternidad de una mujer en contra de la madre a cuyo nombre se encuentra inscrita la hija es evidente en cuanto la litigación sobre la cuestión de maternidad sólo puede trabarse entre el hijo y la madre que lo desconoce. No procede entre los padres. Así resulta de lo dispuesto en los artículos 317 y 320 C.C.

La sentencia de la Corte Suprema que comentamos desarrolla latamente las reglas que han sido preteridas por el tribunal de instancia<sup>15</sup>.

### **3.3. La plena sujeción a la legalidad por parte del Servicio de Registro Civil**

En lo que refiere al fondo de la sentencia en análisis, la Corte Suprema despeja toda duda respecto del marco legal vigente en torno a la filiación. En realidad, resulta sorprendente que se pretenda siquiera afirmar que para nuestro sistema es irrelevante la diferencia sexual de los padres cuando ella ha sido cardinal

---

<sup>15</sup> Corte Suprema, 2020.

desde la entrada en vigencia de nuestra primera regulación independiente de la filiación en el Código Civil.

En efecto, aunque la regulación jurídica de la familia ha sido ciertamente la materia más reformada del Código<sup>16</sup> y, al interior de ella, la filiación es la que más reformas ha tenido, ninguna de ellas ha llegado hasta suprimir la comprensión que de ella existe entre un hijo y su padre o madre. Todas las reglas filiativas se construyen en torno a la paternidad y maternidad que sólo pueden darse entre “un” padre y “una” madre simplemente porque, hasta el presente —y ello no ha cambiado— para concebir una hija se requiere de un espermio y un óvulo que, por esencia, determinan la imprescindible diferencia sexual de los padres.

De este modo, que una jueza sostenga que el Servicio de Registro Civil ha incurrido en una “arbitrariedad” o “ilegalidad” por no hacer otra cosa que aplicar la ley, es ciertamente grave.

### **3.4. La complejidad de la opción de facto elegida por las partes**

Adicionalmente, no puede dejar de consignarse la complejidad que entraña el que un tribunal valide la opción de facto elegida por personas adultas. En efecto, en todos los casos antes aludidos en que se ha pretendido la rectificación de la partida de nacimiento, la situación fáctica es la misma. Se trata de personas que, con pleno conocimiento de la situación legal existente, optan por concebir a través de técnicas de reproducción humana asistida, pretendiendo luego forzar las reglas existentes para que validen la ilicitud en la que han incurrido.

En algunos casos se trata de mujeres infértiles o que ya no pueden llevar adelante un embarazo pese a tener vida afectiva con un hombre o, en otros casos, de mujeres lesbianas que por razones naturales no pueden concebir un hijo en común. Con ello, se pone sobre la mesa la complejidad de la situación legal en la que nos encontramos en relación con estas técnicas al carecer, hasta el presente, de una legislación especial que las regule. Todo ello, pese a que desde<sup>17</sup> hace más de 37 años ellas se llevan a cabo, cada vez con mayor extensión en nuestro país.

<sup>16</sup> Domínguez (2011), p.5.

<sup>17</sup> El primer nacimiento en Chile se produce en 1984, siendo la primera fertilización in vitro exitosa en América Latina.

### 3.5. El interés superior del niño en las técnicas de reproducción humana asistida

De este modo, el problema de fondo es que estas técnicas no están reguladas y, en los hechos, se permite el acceso amplio a ellas por algunas entidades hospitalarias, planteando luego el conflicto a las personas que se han sometido a ellas, a los jueces y al Registro Civil de cómo resolverlas con una legislación que funda toda su comprensión de la filiación a partir de la existencia de un padre y una madre y sólo permite, excepcionalmente, que lo pueda ser una persona soltera, divorciada o viuda en el caso de la adopción<sup>18</sup>. A ello se suma el que toda la filiación nacida de estas técnicas se encuentra regulada en un artículo —182 del Código Civil— que ha sido escasamente aplicado y con ello, interpretado por los tribunales.

En este contexto legislativo, tendríamos que contestar que sólo pueden tener acceso a estas técnicas una pareja conformada por un hombre y una mujer, pues en ella se estaba razonando al tiempo de legislar el art.182 CC y su texto expresamente lo reconoce al referirse “al padre y a la madre”. Ello corresponde, por lo demás, a la comprensión general de la filiación en nuestro sistema. Nadie debiese sorprenderse por esa conclusión, porque, como hemos insistido, es la que tenemos desde 1855 y se ha mantenido pese a las sucesivas reformas habidas a la filiación, entre ellas en la última de 1998.

De este modo, si la pregunta en torno al acceso a las parejas del mismo sexo a las técnicas de reproducción humana asistida o, en especial, a una de ellas como la maternidad subrogada se formula hoy, la respuesta debe ser negativa. Y si las entidades hospitalarias les permiten el acceso, están poniéndolas en un conflicto jurídico evidente. Esa realidad debiese formar parte detallada y clara de la información que están obligadas a darle a quienes recurren a ellos en virtud de la exigencia de consentimiento informado que la Ley de derechos y deberes de los pacientes impone a toda prestación de salud<sup>19</sup>. Es imposible saber qué información otorgan efectivamente en esos consentimientos informados en materia de técnicas de reproducción humana asistida en Chile, al no ser esa una información pública, pero conocida es la realidad de parejas que han viajado a otros países cercanos completamente engañados con la información que se les ha dado, en el sentido de asegurarles que no existiría problema con la inscripción a su nombre del niño o niña<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Art. 21 Ley 19.620 sobre Adopción de menores.

<sup>19</sup> Así lo exige para toda atención de salud, el art. 14 de la Ley 20.584 que regula los Derechos y Deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud.

<sup>20</sup> <https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/la-odisea-de-la-pareja-chilena-presa-en-peru-y-separada-de-sus-hijos-biologicos-piden-intervencion-de-pinera-y-cecilia-morel/309687/>

Recordemos, además, que el Acuerdo de Unión Civil<sup>21</sup> que regula la convivencia de parejas del mismo sexo fue concebido como un estatuto de pareja, fundamentalmente de regulación patrimonial, sin efectos filiativos. Esto no fue un descuido del legislador, sino que fue varias veces debatido durante su tramitación y así, finalmente construido. De todo lo anterior resulta que para que las técnicas aludidas pudieren legalmente abrirse a las parejas del mismo sexo o, en el caso de la maternidad subrogada a cualquier pareja, las reglas de filiación generales tendrían que ser modificadas.

Poniéndonos entonces en esa situación de *lege ferenda*, la respuesta debe abordarse desde el criterio rector no sólo de la filiación, sino de la infancia en Chile que es el del “interés superior del niño”. En efecto, si ha habido un cambio trascendente en nuestra legislación ha sido la modificación de la perspectiva desde la cual debemos resolver toda pregunta o conflicto en esta materia: el mayor bien para el niño o niña.

No se trata entonces de decidir si un adulto puede o no ser padre o madre, sino de si esa paternidad o maternidad son un bien para el niño o niña. En efecto, si ello rige para toda la filiación, no puede hacerse excepción a ella en ninguna materia y, desde luego, tampoco respecto de las técnicas de reproducción humana asistida.

### 3.6. Criterio rector: interés superior del niño

Ahora bien, si la pregunta es compleja en general, por ejemplo, para determinar el cuidado personal cuando se trata de padres enfrentados por ello o en la adopción, más aún lo es en el caso de las técnicas en análisis. En efecto, a diferencia de esas otras situaciones, en especial de la adopción, no se trata de decidir sobre una niña que ya nació, sino sobre una que no existe y, por lo mismo, implica decidir por ella si hay un bien en que nazca o no. Y ello es extremadamente complejo en este caso porque, en realidad, ni siquiera se trata de una vida gestada como en el caso del aborto, sino de una que vamos a permitir que se engendre.

Si lo miramos así, no puede afirmarse que el interés superior del niño esté en juego porque, en realidad, si no se engendra ninguna afectación existiría para él. El niño, en realidad, se genera para satisfacer el anhelo de ser padres, pero no hay una afectación en no nacer cuando, en realidad, nunca habría nacido de no haberse generado mediante estas técnicas. De este modo, el dilema de fondo es muy distinto.

---

<sup>21</sup> Acuerdo de Unión Civil regulado por Ley 20.030 de 21 de abril de 2015.

Por lo mismo, la única manera de avanzar en el análisis es ciertamente admitiendo que —para esta materia— se va a hacer una excepción y se va a mirar la filiación desde la perspectiva de los potenciales padres. Desde luego, puede razonarse así, pero debe admitirse —claramente— que entonces vamos a hacer un cambio de enfoque y este principio rector lo subordinaremos al interés de unos adultos.

Admitido ello, la excepción tendría que ser —como toda excepción— de interpretación restrictiva para no romper o quebrar el principio rector. Ello impone una serie de límites a esa excepción, en protección al embrión que se va a admitir generar, pues desde que ello se produzca, el criterio rector debe volver a ser el general de protección a esa vida que es la más frágil. Por razones de espacio, resulta imposible desarrollarlas pero, desde luego, es indudable que ahí entran todos los límites éticos generales al acceso a las técnicas de reproducción humana asistida, a la manipulación del embrión, pues el fin no puede nunca justificar los medios (entre ellos, de entrada, debe descartarse la maternidad subrogada comercial y más aún la gratuita).

La autonomía personal de los adultos que quieren ser padres no puede ser el único criterio a considerar ni en esta materia ni en ninguna. Toda libertad admite límites y ello en todos los ámbitos, esto es, tanto en lo económico, como en lo sexual, pues no cabe dicotomía entre una y otra, como se da en muchos que defienden a ultranza la autonomía en el mercado y los límites en lo valórico, y otros que lo hacen a la inversa, incurriendo ambos en la misma incoherencia.

No podemos seguir el ejemplo de países como Estados Unidos en esta materia. Primero, porque nunca hemos tenido una comprensión de la autonomía como ellos, donde todo puede transarse en el mercado hasta los órganos del cuerpo y, segundo, porque ya conocemos el enorme campo de litigios a que ello abre las puertas cuando no existen límites claros a la filiación nacida de estas técnicas. El empleo extensivo de estas técnicas ha desatado en los últimos años un acalorado debate social también a nivel europeo debido a los problemas éticos y jurídicos que plantea, por ejemplo, en cuanto al pago a los donantes, la edad de la receptora o las donaciones de material genético entre madres e hijas.

### **3.7. No existe un derecho al hijo ni puede admitirse establecer uno**

Un individuo no puede exigir tener un hijo como un derecho absoluto. La infertilidad es una condición humana que puede revertirse con el tratamiento médico en algunos casos. Donde es irreversible, la adopción ha

sido la única opción hasta que las técnicas de procreación artificial fueron disponibles. Y no puede admitirse un supuesto «derecho al hijo» pues, siguiendo a Herrera<sup>22</sup>, ello “encierra, de por sí, una disyuntiva compleja y perversa a la vez, en la que se coloca a los hijos como «objetos» y no como verdaderos «sujetos» de derecho, como bien lo expone la Convención sobre los Derechos del Niño y receptan a nivel nacional, las legislaciones atinentes a los derechos de niños y adolescentes; y plasmado también de manera elocuente en la Observación General n.º 14 del Comité de los Derechos del Niño referida al principio rector en la materia como lo es el «interés superior del niño», vinculándose en forma directa con la necesidad de adoptar «un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana» (párrafo 5)”.

A modo de síntesis, en materia de procreación sólo puede reconocerse un derecho negativo, esto es, que a nadie que puede procrear le puede ser negado o prohibido el que lo haga; pero no puede consagrarse un derecho positivo a exigir que la ley avale toda vía de procreación con independencia de sus consecuencias.

Si se va a legislar, es indispensable que aprendamos de la experiencia extranjera y construyamos un nuevo marco jurídico en materia de reproducción asistida que sea plasmación de esa sensibilidad por el débil que debe caracterizar al Derecho y en el que al hijo se le otorgue el papel rector que como sujeto principal digno de protección le corresponde. Es desde esa perspectiva que debemos finalmente contestar la pregunta de si abrir las puertas o no a todo el que quiera ser padre o madre, o si la vamos a restringir a algunos. Ciertamente es una pregunta muy compleja, porque vamos a decidir anticipadamente que es irrelevante si hay un mayor bien en que un niño o niña tenga un padre y una madre, o sólo uno, si le vamos a privar de un padre o de una madre.

Y esa elección podemos hacerla a diferencia de la filiación biológica donde no existe espacio, dado su origen natural. Sin embargo, a diferencia de la adopción, no podemos hacerla en base a las condiciones concretas del adoptante que es lo que sucedería si se permite la adopción a las parejas del mismo sexo, donde siempre tendrá que jugarse la idoneidad de quién quiere adoptar, pues no puede existir inmunidad en el escrutamiento para nadie, sea heterosexual o no, si estamos decidiendo en función del interés del niño.

---

<sup>22</sup> Herrera (2017), pp.74 y ss.

#### 4. A MODO DE CONCLUSIÓN

La sentencia de la Corte Suprema analizada incide en un tema complejo y, por lo mismo, con muchas aristas, imposibles de desarrollar con la profundidad que ellas suponen en un breve comentario. Con todo, interesa resaltar que la filiación de una persona es cardinal a ella y puede cambiar de forma innegable las posibilidades reales de desarrollo integral de un niño o de una niña. Por eso, para llegar a una regulación conforme a su dignidad, se requiere sopesar todos los aspectos que hemos apuntado.

Por último, resulta imposible no aludir al hecho de que la gran mayoría, por no decir todas las sentencias que se han pronunciado sobre fertilización asistida, ordenando inscribir a un niño a nombre de dos madres o de la madre con voluntad procreacional y la biológica, provienen de un mismo juzgado de familia y se han dictado en abierta contradicción con lo resuelto por la Corte Suprema.

En tiempos donde se debate en torno al gobierno judicial en nuestro país y se presentan numerosos argumentos para abogar por la supresión del control jerárquico que tiene el máximo tribunal sobre los tribunales inferiores, la realidad jurisdiccional que viene de analizarse permite contestar al menos uno de ellos. En tal sentido, se ha sostenido que, en razón de estar entregada la calificación anual del desempeño profesional al superior jerárquico, ello inhibe el libre razonamiento judicial del tribunal inferior, que está siempre obligado a considerar el criterio de su superior. Si se juzga a partir del caso en comento, bien puede afirmarse que ese antiguo temor ha quedado atrás, sin lugar a duda.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARAVENA CON ELIZALDE (1931): Corte Suprema, 29 de julio, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 28 (1931), I, sección primera, pp. 689.

CAUSA RESERVADA (1918), segundo juzgado de familia, 8 de enero, <https://www.elmercurio.com/legal/noticias/analisis-juridico/2018/05/07/todo-en-la-maternidad-subrogada-es-disputado-tambien-fraudulento.aspx>

CAUSA RESERVADA (2020), Segundo Juzgado de Familia de Santiago, 8 de junio, RIT C-10028-2019 <http://static.elmercurio.com/Documentos/Legal/2020/06/22/202006222095.pdf>

CHILE Ley 20.830 Crea el Acuerdo de Unión Civil.

CHILE, Código Civil.

CHILE, Ley 19620 Dicta Normas sobre Adopción de Menores.

CHILE, Ley 20.584 que regula los Derechos y Deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud.

CORRAL, Curso de Derecho Civil, tomo I, Santiago, Thomson Reuters, pp. 588 -589.

CORTE SUPREMA (2020), 30 de julio de 2020, Rol 33.316-2019 <http://static.emercurio.com/Documentos/Legal/2020/07/30/2020073002223.pdf>

DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2011): “El Código Civil de Bello a 150 años de su entrada en vigencia: estado actual”, en Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Alejandro Guzmán Brito, T II, Editores Carvajal y Miglietta. Edizioni dell’Orso, pp. 324-3.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2015): “Le corps et sa protection : les principes du droit chilien”, en Principes de Protection du Corps et Biomédecine, Edit. Feuillet-Liger et Schamps, vol n°13, pp.345-352.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2016): “Human body and its protection: the principles of the Chilean law”, en “Protecting the human body: legal and bioethical perspectives from around the world”, Edit. Feuillet-Liger et Kristina Orfali, Collection Droit, Bioéthique et Société, vol n°15, Edit. Bruylant, Bruxelles, pp-341-348.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2017): “La non-patrimonialité : un principe peu usité dans le droit chilien », en « Le principe de non-patrimonialité du corps humain : du principe à la réalité », Edit. Feuillet-Liger et Oktay-Ozmedir, vol n°17, Collection Droit, Bioéthique et Société, Edit. Bruylant, Bruxelles, pp.293-299.

FEUILLET-LIGER ET SCHAMPS (2015): Principes de Protection du Corps et Biomédecine, vol n°13, pp.345-352.

FEUILLET-LIGER Y OKTAY-OZMEDIR(2017): Le principe de non-patrimonialité du corps humain : du principe à la réalité, vol n°17, Collection Droit, Bioéthique et Société, Edit. Bruylant, Bruxelles, pp.293-299.

HERRERA, Marisa (2017): “¿Existe un derecho al hijo? El lugar y los límites de las técnicas de reproducción humana asistida”, en RJUAM, n.º 35, 2017-I, pp. 73-113.

RODRIGUEZ PINTO, María Sara (2018): “todo en la maternidad subrogada es disputado ¿también fraudulento?”, en el mercurio legal, 7 de mayo de 2018, <https://www.elmercurio.com/legal/noticias/analisis-juridico/2018/05/07/todo-en-la-maternidad-subrogada-es-disputado-tambien-fraudulento.aspx>

RODRIGUEZ PINTO, María Sara (2020): (Co)maternidad fraudulenta de fondo y forma (Parte I), en El Mercurio Legal, 22 de junio de 2020, <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2020/06/22/Comaternidad-fraudulenta-de-fondo-y-forma-I.aspx>

RODRIGUEZ PINTO, María Sara (2021), Tercera Sala de la Corte Suprema mantiene su respaldo al orden legal vigente al negarse a las pretensiones de que ordene al Registro Civil la inscripción de una doble maternidad o paternidad, en El Mercurio Legal, <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2020/07/30/Tercera-Sala-de-la-Corte-Suprema-mantiene-su-respaldo-al-orden-legal-vigente.aspx>

RODRIGUEZ PINTO, María Sara (2021): (Co)maternidad fraudulenta de fondo y forma (Parte II), en El Mercurio Legal de 7 de septiembre de 2020, <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2020/09/07/Comaternidad-fraudulenta-de-fondo-y-forma-II.aspx>