



Tesina Carrera de Derecho

La Maternidad Gestacional Subrogada.

¿Cómo determinamos la filiación, maternidad y paternidad, existiendo tres posibles madres, considerando la voluntad como elemento esencial, a la luz de la legislación civil actual?

Tesistas: Katherine Molina Torres

Judith Robles Villarroel

Profesor Guía: Señora Susana Bontá Medina

Año: 2011.

*“.....Da gritos de alegría, estéril
que nunca has dado a luz,
rompe a cantar de júbilo,
tú que nunca conociste los dolores de parto,
porque son más los hijos de la abandonada
que los de la casada....”*

ISAÍAS 54, 1-2.

INDICE

Introducción.....	3
Problema y Postura Adoptada.....	6
Palabras claves.....	6

CAPÍTULO I

1. ¿Por qué recurrir a la Maternidad Gestacional Subrogada?.....	7
2. El Contrato de la Maternidad Gestacional Subrogada.....	7
2.1. Partes del contrato.....	9
2.2. ¿Por qué decimos que es ilícito?.....	9
2.3. Características.....	10
2.4. Efectos del Contrato.....	10
2.5. Elementos del Contrato.....	11
2.5.1. La Voluntad.....	11
2.5.2. La capacidad.....	11
2.5.3. El Objeto.....	11
2.5.4. La causa.....	13
3. Planteamiento de la posibles hipótesis que se dan respecto de la Maternidad Gestacional Subrogada.....	13

CAPÍTULO II

1. Concepto Filiación.....	16
2. Análisis del artículo 182.....	17
2.1. Casos que no contempla.....	17
2.2. Objetivo de la Norma.....	19
3. ¿Cómo entramos a determinar la filiación en este caso?.....	19
4. ¿Será posible impugnar la filiación si no se dan los supuestos que señala la norma.....	21

CAPÍTULO III

1. Determinación de la Maternidad.....	24
1.1. Supuestos de Maternidad.....	24

1.2. ¿Qué ocurre con la maternidad derivada de la donación de gametos de una tercera persona?.....	25
2. Determinación de la Paternidad.....	27
2.1. Clasificación de la paternidad desde dos puntos de vista.....	27
2.1.1. Desde el punto de vista biológico.....	27
2.1.2. Desde el punto de vista jurídico.....	27
2.2. ¿Con quién debe establecerse esa relación (paterno-filial), con el marido y o concubino o con el donante de semen?.....	28
2.3. Situación que se produce en relación al Donante de semen en la determinación de la paternidad:.....	29

CAPÍTULO IV

Solución viable.....	31
1. La adopción en cuanto a contrato.....	31
2. La adopción en cuanto a institución.....	31
3. Procedimiento de la Ley de adopción aplicable a la Maternidad Gestacional Subrogada.....	33

CAPÍTULO V

El Contrato de Maternidad Gestacional Subrogada en el Derecho Comparado.....	37
--	----

CAPÍTULO VI

Conclusiones.....	40
-------------------	----

Introducción.

El arrendamiento de útero o también llamada *maternidad gestacional subrogada*, se trata de un fenómeno antiquísimo. Desde siempre ha existido la imposibilidad de tener hijos, afectando a mujeres y hombres.

Encontramos un pasaje en el *Génesis* que nos demuestra esta realidad, al relatar en un pasaje la historia de *Raquel*:

“Y cuando Raquel vio que no daba hijos a Jacob, dijo a este: ¡dame hijos: que si no, me muero! Entonces se encendió la ira de Jacob contra Raquel y dijo: ¿Soy yo acaso en lugar de Dios, que te ha negado el fruto del seno? Y ella dijo, he aquí mi sierva Bilha; llégate a ella, y parirá sobre mis rodillas: y así yo también tendré hijos por medio de ella.”¹

La *maternidad gestacional subrogada*, es una modalidad sui generis de gestación, que consiste en la sustitución del estado o la calidad de madre, dándole la connotación de madre a la mujer gestante. De lo que se trata es de prestar el útero, sustituir la matriz, para captar el embrión genético de otro, lo cual puede hacerse por altruismo o por comercio, y mediante súplica o por contrato.

Hay casos en que nos encontramos con una doble incluso triple función de la maternidad; por un lado, la “*madre genética*”, quien aporta el óvulo fecundado, por otro lado, “*la madre gestacional*” o “*madre sustituta*”, es decir, quien puede, en muchos casos, aportar su óvulo, al igual que la madre genética, y además cede su vientre para que se desarrolle el embrión, y por último la “*madre comitente*”, aquella que manifiesta su voluntad de querer ser madre, que en ocasiones puede o no coincidir con la madre genética, dependiendo si aporta su material genético o no.

Al no existir actualmente una legislación acorde a esta situación contemporánea, donde prime la voluntad de los afectados, que resulta ser esencial para que se

¹ GÉNESIS, capítulo 30, versículos 1, 2 y 3.

desencadene este proceso, incluso mas allá del aspecto genético, a la hora de determinar quien es madre o padre de una criatura nacida en virtud de esta técnica.

Es el derecho privado el que se ve realmente afectado con estas nuevas técnicas, ya que el avance científico es el que nos hace replantearnos conceptos tan clásicos y fundamentales como los de maternidad y paternidad, así como también el estatuto filiativo de los hijos nacidos a través de dichas técnicas. Además, tener presente de no dejar de lado temas tan importantes como los derechos inherentes a las personas, el derecho a la vida, a la dignidad humana, a la intimidad personal y familiar, el derecho a la identidad, etc.

Por ello estimamos necesario crear una legislación específica que permita regular estas relaciones que responden a una nueva realidad social y adecuar las normas a las situaciones contemporáneas para la protección de los derechos fundamentales de las personas. Puesto que frente a la ausencia de un texto legal, aparece el principio, *“lo no prohibido debe entenderse permitido”*. Por ende, si habiendo consentimiento de la mujer en someterse a esta técnica en particular, cuál es la razón jurídica para no ser reputada como lícita, ya que no califica como un acto prohibido o reprehensible.

En varios países se ha tomado conciencia y se ha comenzado a regular jurídicamente el contrato de maternidad gestacional subrogada. Este tema fue motivo de variadas comisiones de estudios en diferentes ordenamientos jurídicos. Una revisión del derecho comparado muestra que la legislación al respecto es bastante escasa.

Y mientras en Ucrania y Estados Unidos estas prácticas están permitidas, nuestro Derecho no regula el contrato de maternidad gestacional subrogada. El proyecto de ley que pretendía regular los principios jurídicos y éticos de las técnicas de reproducción humana asistida actualmente se encuentra archivado.

La legislación chilena está retrasada en relación con el tema en estudio carece de cualquier marco legal, claro y coherente, por lo que se requiere la intervención de las autoridades políticas y legislativas, para que este vacío jurídico no deje al individuo y a la sociedad en un estado de indefensión, especificando cuándo y bajo qué condiciones se debería permitir la maternidad gestacional subrogada.

Tomando en cuenta que la falta de una regulación jurídica puede traer consigo el grave dilema de la “licitud” de la conducta, debemos advertir entonces que existe la urgencia de legislar sobre materias en las que el conflicto que se genera puede poner en serio riesgo al hombre mismo.

Además, el Derecho no se opone a la enajenación de óvulos o espermatozoides, ya que no menoscabaría al individuo. En general no se opone a la transferencia de partes del cuerpo o fluidos recuperables, un ejemplo de ello, a propósito de la donación entre parientes, donar un riñón a un hijo, un hermano. Por lo que atañe al “arriendo de vientres” parece más bien un asunto de moral individual y no de moral social.

Problema y Postura adoptada

La Maternidad Gestacional Subrogada. ¿Cómo determinamos la filiación, maternidad y paternidad, existiendo tres posibles madres, considerando la voluntad como elemento esencial, a la luz de la legislación civil actual?

Nos manifestamos como partidarias de permitir esta técnica de reproducción llamada *Maternidad Gestacional Subrogada*, como técnica de reproducción humana asistida de carácter heterólogo y que se incorpore dentro de las hipótesis establecidas en el artículo 182 del Código Civil.

Primeramente, afirmamos que la *voluntad de engendrar* es esencial en esta técnica, porque, a consecuencia de la prestación del consentimiento libre, consciente y expreso, es posible obtener positivamente un hijo querido y deseado. En otras palabras, el elemento más importante es la voluntad o decisión personal, que debe corresponder a aquellas personas que se someten a ésta técnica, y a quienes el hijo debe la vida al haber nacido por dicho acto. Por ello, es que se asumen una serie de derechos deberes y responsabilidades que le siguen. Este consentimiento deberá constar fehacientemente en escritura pública.

Además, porque consideramos que esta técnica aparece como una solución a la esterilidad de aquellas parejas que no pueden tener hijos, y por otro lado basándose en el principio de *no discriminación*, resulta conveniente para mujeres y hombres solteros que no quieren o no encuentran padre o madre para sus hijos.

Legislación artículo 182 y 183 del Código Civil-Voluntad Procreacional- Filiación- Maternidad- Contrato.

CAPÍTULO I:

1. *¿Por qué recurrir a la Maternidad Gestacional Subrogada?*

Muchas son las razones del *por qué* una pareja o una mujer sola (entendida esta que no convive maritalmente con ninguna persona), incluso un hombre recurrirían a esta técnica. Los casos más típicos son cuando una mujer carece o no de ovarios, pero su útero presenta anomalías, lo que la imposibilita de poder ser madre; o bien, tratarse de una pareja en que ambos son estériles o presentan ciertos problemas genéticos. También hay casos mas extremos como cuando la mujer ha muerto y antes de morir dejo un embrión congelado, producto de una fecundación in vitro de un óvulo de ella y esperma de su marido; o tratándose de una pareja de hombres homosexuales o un hombre sólo insemina artificialmente a una madre subrogada con el esperma de uno de los hombres de la pareja o del hombre solo².

2. *El Contrato de la Maternidad Gestacional Subrogada.*

Si hablamos de contrato *¿de qué tipo de contrato se trata?, ¿contrato de arrendamiento de obra?, ¿contrato de arrendamiento de cosas? o ¿contrato de arrendamiento de servicios inmateriales?* Antes de entrar a calificarlo, debemos decir, si estamos o no en presencia de un contrato. En cuanto al consentimiento o la forma, no presentaría problemas.

Sin embargo, el contrato, primeramente tenemos que decir, que es en sí ilícito, por cuanto su objeto y su causa, ya que los seres humanos estamos fuera de comercio y no podríamos ser objeto de una relación contractual.

En relación a la obligación que contrae una mujer de alquilar una parte de su cuerpo mediante remuneración, constituye un atentado en contra de su integridad física, puesto que no puede atentarse contra ésta, principalmente por motivos de salud y no por un fin terapéutico ni de interés general.

² GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ, “*La Fecundación In Vitro y la Filiación*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile, 1993, pág 198.

Más aun, decimos que este contrato sería nulo de pleno derecho, esto no quiere decir que no se vaya a celebrar, sino que su cumplimiento no podría ser exigido ante los Tribunales, dado que no produce efectos, o sea, si se había fijado un precio y éste no se pagó, no se podría exigir por tratarse de un contrato nulo.

Ahora volviendo a la explicación respecto a que tipo de contrato se refiere, si decimos que se trata de un *contrato de arrendamiento de obra* (artículo 1996 del Código Civil), implica que, siempre será la *madre comitente* la que proporciona el embrión a la madre sustituta, sea que los gametos provengan de ella, o bien se haya recurrido a donantes.

Decimos también que en relación al inciso segundo del mismo artículo, alude a la materia principal que es suministrada por quien ordena la obra, que en este caso, es proporcionada por la madre comitente, el embrión que contiene el material genético.

El problema que nos planteamos es que la obra es un *ser humano*, por lo que no sería apropiado este contrato en estudio, por tratar al ser humano como una obra.

En cuanto a si se trata de un *contrato de arrendamiento de cosas*, del artículo 1916 del Código Civil, en relación a la maternidad gestacional subrogada, la cosa arrendada es el útero de la gestante, que es una cosa corporal que puede usarse sin consumirse.

Sin embargo, el cuerpo humano o una parte de él no puede considerarse cosa en sentido jurídico. Por otra parte la obligación que asume la madre sustituta es mucho más que una cesión de uso y goce de una cosa, porque se implanta un embrión en el útero para que se desarrolle. No podríamos hablar entonces de que se trata de este tipo de contrato la maternidad gestacional subrogada.

Por último, el *contrato de arrendamiento de servicios inmateriales*, implica que se promete un determinado resultado. A nuestro juicio el contrato sobre maternidad gestacional subrogada se adecuaría más a este tipo de contrato, ya que en cuanto a su

naturaleza la maternidad por sustitución implica un servicio que consiste en que la gestante se obliga a prestar tanto su útero como todo su organismo.

No obstante, existe una impropiedad terminológica.

Este contrato presentaría una naturaleza *sui generis*, porque se asemeja a un contrato de prestación de servicios, que preferiríamos catalogarlo como un contrato *innominado*, con características y reglamentación propia.

2.1. Partes del contrato

Debemos precisar además, que la parte, que corresponde a la madre sustituta, es necesariamente una mujer, ya que el proceso de gestación sólo es posible de generarse al interior del útero, órgano exclusivamente femenino.

En relación al art 1438 del Código Civil, la parte se trataría solo de una persona y no de muchas personas, puesto que una vez implantado el embrión es imposible poder retirarlo pasados los tres meses.

2.2. ¿Por qué decimos que es ilícito?

Este contrato iría en contra del orden público, por cuanto disponemos de un ser humano. A nuestro juicio sostenemos que no convulsionaría las estructuras del Estado por el hecho que una ley regule sobre la materia.

Adicionalmente podemos decir que es considerado como contrario a la ley, puesto que su objeto es defraudar las normas de la filiación natural. Luego, sería contrario a la moral y a las buenas costumbres. Sin embargo, creemos no se afectaría la moral social, si se legisla al respecto.

También, en determinados casos parece un fraude a la ley de adopción.

Al ser remunerado, no es que se este comprando a la criatura, sino compensar a la gestante por la prestación a la que ella se ha obligado. Muchos piensan que dicha obligación es denigrante. Pero si se piensa que se ha obligado con el ánimo de ayudar a quienes se hayan privados de tener descendencia, no sería objeto de mayores cuestionamientos.

Por otro lado, se trataría de un contrato nulo, cuestión ya explicada anteriormente.

2.3. Características.

1. Es un contrato bilateral; una de las partes se obliga a prestar el servicio de gestación y la otra se compromete a pagar un precio determinado por este servicio;
2. Es un contrato oneroso y conmutativo (nosotras somos partidarias de un contrato gratuito);
3. Es un contrato principal;
4. Es un contrato consensual, se perfecciona por el solo consentimiento (adherimos a la postura que se trate de un contrato solemne, que se perfeccione por escritura pública)
5. Es de ejecución diferida, la parte arrendadora se compromete a entregar la criatura, después de que la haya alumbrado, y la parte arrendataria irá costeadando los gastos que se devenguen durante toda la gestación hasta el término del embarazo.

2.4. Efectos del Contrato.

Surgen derechos y obligaciones para ambas partes. Por ejemplo: para la *madre sustituta* surge la obligación de someterse a la transferencia de embriones hasta que quede embarazada, luego de esto, deberá adoptar los cuidados propios del embarazo y resguardar el embrión hasta su nacimiento para luego hacer la entrega respectiva.

Por otro lado la obligación de la *madre comitente* es pagar el precio o renta convenida en el evento de haberse acordado, y además los gastos en que incurra la arrendadora durante la etapa de embarazo para llevar a cabo lo estipulado en el contrato.

2.5. Elementos del Contrato.

2.5.1. La Voluntad:

La *voluntad* aparece el fundamento principal y *requisito de existencia* de este contrato. Ésta deberá ser seria, lo que significa que a la madre sustituta se proporcione toda la información de lo que implica sobrellevar un embarazo. Además esta voluntad requiere su externalización, o sea, lo lógico sería que el consentimiento conste por escrito, específicamente en una escritura pública.

Importante es que la voluntad este exenta de vicios, esto aparece como un requisito de validez del contrato. Podemos mencionar a modo de ejemplo un caso de *error*, en relación a ambas partes, sobre el origen de los gametos que van a implantarse. Hablamos de un error sobre la identidad de la cosa específica.

Otro por ejemplo sobre el error sobre *la especie del contrato*, la madre sustituta cree estar celebrando un contrato oneroso, y a su vez la madre comitente está convencida que está celebrando un contrato gratuito.

El contrato de maternidad gestacional subrogada es un contrato *intuitu personae* respecto de la madre sustituta, ya que sus características personales son la causa principal por la cual la madre comitente contrato con ella.

2.5.2. La capacidad

La *capacidad* como segundo requisito de validez, ya que su prescindencia lleva consigo la nulidad absoluta o relativa. La representación no cabe en este tipo de contratos dado su carácter personalísimo.

2.5.3. El Objeto

El *objeto*, como un requisito de existencia, el objeto es determinado, es decir, que la obligación que asume la pareja o madre comitente es la de pagar un precio, siempre y cuando se haya convenido. En el caso de la madre sustituta su obligación esta dada por un hecho, que es el servicio de gestación, que compromete todo su organismo.

Además, este objeto debe ser un *hecho que sea física y moralmente posible*, el servicio de gestación es *físicamente posible*, no está prohibido ni por las leyes de la naturaleza que varían por el desarrollo científico. También es *moralmente posible* no esta prohibido por la ley ni es contraria a las buenas costumbres ni al orden público, siempre y cuando no se convenga pagar una determinada cantidad de dinero por el servicio de gestación.

En virtud del principio de *libertad contractual*, no se encuentra prohibido ni a nivel constitucional ni legal.

El objeto como requisito de *validez*, debe *existir* y debe ser *lícito*. Hay varias normas en nuestro Código Civil que tratan la licitud del objeto, tales como el artículo 1462, 1463, 1464, 1465 y 1466 del Código Civil, pero no tendrían aplicación para el contrato de maternidad gestacional subrogada, ya que, a modo de ejemplo, tenemos que el artículo 1463 se refiere a los pactos sobre sucesión futura y el artículo 1464 trata la enajenación, ninguna de estas dos normas podríamos aplicarlas, porque el embarazo en ningún caso significa enajenación.

Se ha pretendido en el derecho comparado aplicar leyes que castiguen a quienes paguen a una madre biológica que dé en adopción a su hijo. Si se aplica por analogía la *adopción*, es decir, ofrecer dinero a una mujer embarazada para que luego del nacimiento de la criatura lo entregue en adopción, pareciera una situación de explotación.

Distinto es cuando la parte comitente acuerda con la futura gestante, ya que esta deberá embarazarse para cumplir con el contrato, o sea, gestar un hijo para otros.

En cuanto a la voluntad procreacional, esta solo la manifiesta la parte comitente, quien desea poner en marcha este procedimiento de la maternidad gestacional subrogada.

En cuanto a la razón del dinero, el pago corresponde por lo que significo el proceso de experimentar el embarazo y el parto. Por lo que estimamos que no habría objeto ilícito en el pago del servicio.

2.5.4. *La causa.*

Ambas partes tienen una causa, para la pareja o madre comitente sería el deseo de tener descendencia y para la parte madre sustituta el dinero que percibirá, en el evento que se hubiere acordado.

También es necesario hacer mención a las solemnidades, ya que aun cuando este contrato no este regulado, nosotras sostenemos la importancia de que éste sea otorgado por escritura pública.

3. *Planteamiento de las posibles hipótesis que se dan respecto de la Maternidad Gestacional Subrogada.*

1. *“Que una mujer acepte ser inseminada artificialmente con el espermatozoides de un hombre cuya esposa o compañera es estéril, o bien que acepte someterse a una fertilización in vitro en las mismas condiciones”³.*

En este caso la madre de sustituta es tanto la que aporta el ovulo como la que gesta y alumbró al nacido, que para nuestra legislación aquella mujer, es la auténtica madre de ese nacido. Ocurre que, previamente se ha celebrado un contrato por el cual esa madre se compromete a renunciar a su hijo, que será reconocido por su verdadero padre y después adoptado por la esposa de éste. La complejidad es sin duda el de entrar a determinar la maternidad, porque hay dos mujeres involucradas, por un lado, la mujer arrendataria quien presta su consentimiento, y en quien recae la voluntad procreadora; y por otro lado, la mujer aportante del material genético y a su vez, la gestante de la criatura.

³ CARCABA FERNANDEZ, MARIA, “*Los problemas planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*”, Bosch Editor, Barcelona, 1995, pág. 166.

2. *“Que una mujer, la madre de alquiler acepte la implantación de un embrión creado in vitro con los gametos de una pareja en la que la mujer puede producir óvulos, pero no gestar”⁴.*

En esta hipótesis nos encontramos con un verdadero problema de índole civil, en relación a la determinación de la maternidad, al igual que el anterior dilema se da la misma situación, sólo que aquí es la propia madre arrendadora quien ha proporcionado el material genético y ha querido engendrar a la criatura.

No tendríamos problemas en relación a la paternidad.

3. *“Si el óvulo pertenece a la mujer arrendataria, pero el espermio con que fue fecundado no es del hombre arrendatario”.*

Los problemas que se presentan son los mismos que el anterior, además cobra importancia la paternidad, y lo relativo a la ausencia o presencia del consentimiento del marido o concubino.

4. *“Ninguno de los gametos empleados para la concepción pertenece a la pareja arrendataria”.*

Se agudizan los problemas, pues existirían tres mujeres como posibles madres (genética, biológica y comitente), y dos potencialmente padres (genético y el marido o concubino).

Ahora es posible encontrarnos con la situación de tratarse de una mujer sola o un hombre solo, que manifiesten su voluntad que querer ser madre o padre. Donde se presentan los mismos problemas anteriores, y además la posible responsabilidad del donante del material genético, quien carece de voluntad procreativa.

Cabe hacer alusión que en el caso del hombre que desee ser padre, la maternidad gestacional subrogada y la adopción son las únicas alternativas que permiten a éste poder tener descendencia y un hijo genéticamente vinculado a él.

⁴ CARCABA FERNANDEZ, MARIA, op. cit., pág. 167.

Además vislumbramos una serie de otros problemas, por ejemplo que la madre de sustituta sea una mujer casada y por tanto en principio la paternidad se establece a favor de su marido, por el juego de las presunciones de paternidad (presunción pater is est), y no del verdadero padre biológico, que la mujer gestante desee quedarse con el niño, que ni la mujer gestante, ni quien solicitó el inicio del proceso quieran quedarse con el niño, por adolecer, por ejemplo de malformaciones, que antes del nacimiento se detecte en el niño alguna anormalidad y se solicite el aborto terapéutico, negándose a ello la gestante, que la pareja estéril se divorcie durante el embarazo, problema especialmente grave si la esposa no había aportado el ovulo, que como consecuencia del parto la gestante muera, etc.

CAPITULO II

1. *Concepto Filiación:*

La filiación es el vínculo jurídico existente entre el padre o la madre y el hijo; por eso la filiación, siendo un hecho natural y por ende prejurídico, pasa a constituir el sustrato de un reconocimiento público y punto de apoyo de un régimen jurídico que se traduce en un conjunto de potestades, responsabilidades, derechos y deberes⁵.

La filiación queda determinada de acuerdo al artículo 183 del Código Civil, llamada *Filiación Legal*.

La ley construye un concepto de filiación como realidad natural constituida por la generación biológica⁶.

Para el profesor *Hernán Correa Talciani*, existiría, además de las categorías conocidas de filiación aplicables a una persona (filiación matrimonial, filiación no matrimonial, filiación no determinada, filiación adoptiva), la llamada "*filiación tecnológica*", recogida por el artículo 182 del Código Civil, que establece un estatuto filiativo para "el hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida". No obstante esta norma resulta ser escueta, y da lugar a una serie de interrogaciones, ya que no considera ciertas situaciones que se dan en la hoy en la realidad social.

En palabras de *Carbonnier*, existiría una llamada *filiación voluntaria*, entendida esta como la posibilidad de crear una relación paterno-filial por la sola voluntad de quienes se someten a una técnica de reproducción humana, con el deseo de ser padres.

⁵ CORREA TALCIANI, HERNAN, "*Determinación de la Filiación y Acciones de Estado en la Reforma de la Ley N° 19.585*", 1998, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, (Valparaíso, 1999), Ediciones Universitarias Valparaíso 1999, pág. 39-40.

⁶ CORREA TALCIANI, HERNAN, *op.cit.* pág 41-42.

¿Cómo es posible determinar el estatuto filiativo, la paternidad y maternidad, frente a un caso de maternidad gestacional subrogada, existiendo tres posibles madres (genética, gestante y comitente), tomando en consideración la voluntad, como elemento esencial, a la luz de la legislación civil actual?

La legislación civil actual, específicamente el artículo 182, no considera la Maternidad Gestacional Subrogada, por ello primero debemos partir por analizar dicho artículo.

2. Análisis Artículo 182.

Este artículo contiene una presunción de derecho *“El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas.*

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

2.1 Casos que no contempla.

2.1.1. Si el marido alega que no le otorgó su consentimiento para que a su mujer se le practique alguna TRA (técnica de reproducción asistida). No procede aplicar este artículo por falta del elemento fundamental que es el consentimiento.

2.1.2. Si la mujer es soltera o divorciada y se somete a las TRA con donante, el hijo tiene determinada su filiación respecto a su madre, en conformidad al artículo 183, pero no tiene determinada su paternidad. Por tanto, podrá entablar una acción de reclamación de la paternidad al hombre que donó su semen.

2.1.3. Si la mujer casada no puede llevar a cabo un embarazo y, junto a su marido, contratan a una mujer para que sea inseminada con el semen de éste y lleve a cabo la gestación, será madre de la criatura la mujer contratada de acuerdo al artículo 183 del Código Civil, y el padre el marido de la primera mujer. Ésta última tendrá una situación preferente para adoptar a esta criatura, por ser hijo de su marido, siempre que la madre

biológica acepte entregarle el hijo en adopción (artículo 11, inciso 2º, de la Ley n° 19.620).

2.1.4. Si ni el marido ni la mujer pueden procrear y contratan a una mujer para que se le transfiera un embrión donado, será madre la mujer que llevo a cabo el embarazo y parió a la criatura. El hijo producto de esta maternidad subrogada podrá entablar una acción de reclamación de paternidad al hombre que aportó su semen (artículo 205 del Código Civil). Asimismo, el padre genético podrá reclamar la filiación del hijo. Lo mismo puede decirse del caso en que la pareja contratante no esté casada.

2.1.5. Si el hombre de la pareja, sea casado o soltero, congela su semen o un embrión y fallece antes de que se haya practicado una TRA y después de su muerte su mujer es inseminada o se le transfiere el embrión, la criatura que nace será hijo de la mujer, pero sin filiación determinada respecto de su padre.

Por tanto podemos sostener que a la luz de las hipótesis dadas, éste artículo sólo tiene aplicación práctica para:

- Quienes tienen voluntad de procrear sean un hombre y una mujer, estén o no casados. En consecuencia, se excluirían las mujeres solas o viudas y las parejas homosexuales.
- Las TRA Homólogas (con gametos propios de los interesados), o Heterólogas (con gametos de terceros ajenos, sean conocidos o anónimos). No se incluye la gestación por cuenta ajena⁷.
- La pareja heterosexual, que se haya sometido de manera voluntaria a la TRA. A partir del hecho conocido (someterse a una TRA), la ley establece como padres a aquellos que se “sometieron” a dicha técnica. A propósito de la palabra a que alude la ley “someterse”, no se refiere necesariamente a la voluntariedad. Sin embargo, es lógico que se refiere a la voluntad de los interesados para así poder hablar propiamente de técnicas de reproducción asistida con efectos filiativos, fundados en la voluntad de recepción o acogida⁸.

⁷ CORREA TALCIANI, HERNAN, op. cit., pag 87.

⁸ CORREA TALCIANI, HERNAN, op. cit., pág.87.

2.2. *Objetivo de la Norma*

El artículo 182 no es una norma que legitime estas técnicas, sino más bien, lo que trata es resguardar a la pareja que se somete éstas, frente a la posibilidad de que terceros extraños pudiesen hacer uso de la acción de filiación o de reclamar la paternidad o maternidad del hijo, en virtud de pruebas biológicas.

3. *¿Cómo entramos a determinar la filiación en este caso?*

Para responder, sostenemos que no es suficiente para ser fuente de la filiación, el nexo biológico entre los padres e hijos, sino que además debe concurrir un elemento distintivo, que es la *voluntad de engendrar* o también llamada “*voluntad procreacional*”. Será esta voluntad, la condición para el establecimiento del lazo jurídico de la filiación. De manera que el hecho de recurrir necesariamente a cualquier método de reproducción asistida, ya sea donación de gametos, servicio de gestación, inseminación artificial, fertilización in vitro, etc., solo resultaría ser accesorio.

La llamada *voluntad procreacional*, va acompañada de una serie de derechos y de obligaciones propias de la filiación. Así surgirían para los padres obligaciones de:

- Crianza o cuidado personal de los hijos.
- Educación y establecimiento del menor, esto es, procurarle la educación, profesión u oficio que le permita subsistir por sí mismo.
- El derecho de visitas para el padre o madre que no tenga el cuidado personal del menor.
- Corregir a los hijos sin menoscabar su salud y desarrollo personal.
- Los padres deben contribuir a estos deberes, a través de la obligación de dar alimentos.
- La filiación además hace surgir la patria potestad.

La patria potestad supone las siguientes facultades para el o los padres que la tengan:

- El derecho de usar los bienes del hijo y de percibir sus frutos, llamado derecho legal de goce.

- La administración de los bienes del hijo.
- La representación del hijo⁹.

Siempre que concurra la *voluntad procreacional*, permitirá reducir la fuente de la filiación a la sola voluntad, lo que se da tanto en el caso de la filiación natural como en la adoptiva.

Esta voluntad de procrear resguarda el interés de la criatura, principio propio en materia de filiación, llamado *supremacía del interés del niño*, que considera al niño como sujeto de derecho, procurando en lo posible su mayor realización espiritual y material, asegurando el ejercicio de sus derechos esenciales acorde tanto a su edad como su desarrollo. Será el Estado y sus organismos los encargados de garantizar dichos derechos, ajustando la legislación nacional a la Convención de Derechos del Niño.

Esto tiene importancia en materia de estado civil, la *possessio filiationis*, que divide la realidad genética de la realidad social, ésta última consiste en la “*situación jurídica en la que el hijo se encuentra establemente integrado y en la que se ha consolidado continua e ininterrumpidamente el tractus, impidiéndose que cualquiera pueda perturbar lesiva y extemporáneamente la efectiva socialización del hijo dentro del grupo familiar, al que no sólo jurídica sino afectivamente se encuentra ligado*”¹⁰. El nacido producto de la maternidad gestacional subrogada, podría presentar una identidad biológica distinta de la identidad social, en el caso de tratarse de un embrión fecundado con gametos de un tercero ajeno a la pareja quienes desean ser padres y se someten a esta técnica. Aquí es donde deberá prevalecer el interés del niño y su protección.

Lo anterior se relaciona con el “*principio de igualdad*”, que inspira la filiación, que considera que cualquier hijo nacido por medio de una técnica de reproducción asistida o a través del proceso de adopción, se iguala a un hijo nacido por filiación biológica, puesto que los padres libremente consintieron, confiriéndoles la calidad de

⁹ CÉSPED REYES, ALVÁRO, (2007), “*La Filiación en Chile*”, en Asesoría Jurídica Online, “*Duda Legal*”, Disponible en <http://www.dudalegal.cl/filiacion-en-chile.html>

¹⁰ SILVA SALCEDO, PAULINA, “*Contrato de Arrendamiento de Útero*”, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile 1996, pág.158.

hijos. Lo que se adecuaría al artículo 1º de la Constitución Política del Estado que señala que “*los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos*” y a numerosos tratados internacionales que prohíben expresamente las diferencias entre las personas por razones de nacimiento, como el “Pacto de San José de Costa Rica”, la Declaración Internacional de los Derechos del Hombre”, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, viéndose vulnerado dicho principio.

4. *¿Será posible impugnar la filiación si no se dan los supuestos que señala la norma?*

A propósito del inciso 2º del artículo 182, esto es, “*no podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta*”.

A la luz de la legislación, la ley no permite que ni los padres que consintieron en la aplicación de estas técnicas ni el hijo que nace producto de ellas puedan impugnar la filiación ni investigar la paternidad o maternidad o ambas¹¹.

Sin embargo, *a contrario sensu*, en el evento de no darse el supuesto de la norma, es decir el someterse de manera voluntaria a la TRA, tenemos:

Desde el punto de vista de la mujer, si ésta prueba que fue sometida a la fuerza a un implante de embrión ajeno o que no le fue implantado el embrión concebido de la unión del óvulo de su donante y de los espermios del marido, no se la tendría por madre de la criatura¹².

Desde el punto de vista del varón, quien manifiesta que no ha prestado su voluntad a la fecundación heteróloga a la que fue sometida su pareja, no puede entrar a

¹¹ GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ, op. cit., pág. 116.

¹² TURNER SAELZER, SUSAN, “*La Maternidad Disociada*”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXIV (Valparaíso, Chile, 2003), pág. 451.

presumir su paternidad, ni siquiera tiene que impugnarla, basta solo desconocer la supuesta presunción.

En otras palabras, si falta alguna de las bases de esta presunción de maternidad o de paternidad, se cae este sustento legal.

En los casos en que si se aplica la presunción del artículo 182, surgen dos alternativas; primera sistema *de determinación basado en el aspecto genético*, y el segundo el *sistema de determinación basado en el aspecto volitivo*.

En cuanto al primero, atendiendo a la expresión *someterse*, se referiría al sujeto que aporta su material genético. El hijo nacido por alguna de las técnicas, gozará de una filiación establecida por un medio acorde al artículo 182.

En relación al segundo, también en lo que respecta a la misma expresión, se referiría a quien se *somete* a esta técnica y desea ser padre de la criatura que nazca. La determinación de la filiación, atiende a la voluntad de querer tener un hijo, y se trataría así de una tercera categoría de filiación, distinta de la filiación natural y adoptiva.

Ahora bien, aplicando ambas alternativas de sistemas de determinación, se llega a la misma conclusión en el caso de la *donación de los óvulos*. En lo que respecta al *sistema de determinación basado en el aspecto genético*, es madre quien ha parido, es decir, aquella mujer que ha recibido el óvulo ajeno. Y en el *sistema de determinación basado en el aspecto volitivo*, es madre aquella mujer que se somete por sí misma a la técnica y manifiesta su voluntad de engendrar y de querer tener el hijo.

En ninguna de estas dos alternativas cabe la posibilidad que la mujer que dona los gametos, pueda impugnar la maternidad, porque el inciso segundo del artículo 182 constituye una prohibición legal.

Lo mismo se aplica para el caso del hombre que es donante de semen, tampoco podría reclamar la paternidad para sí de la criatura.

No obstante ello, creemos que en virtud del derecho fundamental a la identidad del menor, esta acción no le podría ser negada al hijo, por cuanto éste tiene derecho a tomar conocimiento sobre su origen genético; entonces una buena solución es la que entrega el artículo 27 de la Ley n° 19.620 sobre la adopción, que señala *“Cualquier interesado mayor de edad y plenamente capaz, que tenga antecedentes que le permitan presumir que fue adoptado podrá solicitar personalmente al Servicio de Registro Civil e Identificación que le informe si su filiación tiene ese origen”*

No obstante ello, y aun cuando la maternidad subrogada no este incluida en este artículo, sostenemos que si aplicamos éstas alternativas de sistemas de determinación, podemos llegar a dos posibles soluciones. Primero aplicando el sistema de determinación de la maternidad basado en el aspecto genético, es madre quien ha parido, coincide con la definición del artículo 183, en cuanto a la regla del parto, independiente del origen de los gametos, es decir, aquella mujer que es receptora del embrión ajeno, que posteriormente una vez finalizado el proceso del embarazo con el nacimiento del hijo, en virtud del contrato existente, se obliga a entregarlo a los padres-comitentes, sean o no padres genéticos de la criatura

En cuanto a una segunda interpretación, es madre la mujer comitente sea o no la aportante del óvulo, ya que en ella concurre la voluntad procreacional, el querer y desear ser madre.

CAPITULO III:

1. Determinación de la Maternidad.

En virtud del artículo 183 del Código Civil, “*La maternidad queda determinada legalmente por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil*”.

En una situación de normalidad, es madre, aquella mujer cuyo óvulo fue fecundado producto de una relación sexual, ha gestado y parido a la criatura. Aquí bastará probar un hecho cierto (*mater Semper certa est*), y determinado, el hecho del parto y la identidad del hijo. Esta regla del *parto* presupone que existe una coincidencia entre la aportante del óvulo, la gestante y la que da a luz. Esta regla facilita la prueba de la maternidad con absoluta certeza.

En la maternidad subrogada, se produce una situación totalmente distinta, tenemos por un lado, la presencia de una mujer, quien no desea al hijo, no ha realizado ningún acto sexual, puede o no aportar su óvulo para obtener la concepción, pero que pone su organismo, su cuerpo en completa disposición, para la gestación de un hijo que al término del embarazo deberá ser entregado a otra mujer, quien se encuentra impedida hacer por si misma todo este proceso.

1.1. Supuestos de Maternidad: surgen tres supuestos, a saber:

Primer supuesto: Una pareja que aporta sus gametos para la concepción, estos serán transferidos a la madre sustituta. Aquí coincide la madre genética y la comitente. El problema esta en determinar la verdadera madre, si es la genética, o bien la que gesto y dió a luz.

Segundo supuesto: Una pareja comitente, en que el varón aporta el semen que fecundará el óvulo de la madre sustituta. Coincide tanto la madre genética como la gestacional, quien luego entregaría al hijo, pero dicha venta tendría otro nombre para que sea aceptaba socialmente.

Tercer supuesto: Una madre sustituta a quien se le implanta un embrión con gametos de una tercera mujer, se genera una confusión en la determinación de las maternidades, porque tendríamos a tres madres, en primer lugar, la genética o aportante del óvulo, en segundo lugar, la comitente, quien desea tener el hijo y por último, la gestante.

1.2. *¿Qué ocurre con la maternidad derivada de la donación de gametos de una tercera persona?*

Para responder esta pregunta, existirían dos posturas:

Primera postura: Una relativa a la *filiación tradicional*, cuya regla esta dada por *el parto* (artículo 183 del Código Civil), con base biológica, donde la madre es la gestante, y nunca llegaría a ser madre legalmente aquella que se encuentra impedida y desea tener el hijo, aun cuando exista un contrato por el que la mujer que gestó y dió alumbramiento, manifieste una renuncia a todos los derechos sobre ese hijo.

Segunda postura: es la que responde a esta nueva realidad, considerarla una manifestación de *la filiación de origen voluntario*¹³, la madre es quien manifiesta su voluntad procreacional, ya sea:

- Porque le han donado un óvulo, sería madre quien gesta y luego da alumbramiento a la criatura. La fecundación se produce en un laboratorio, donde intervienen los médicos especialistas en la materia, para luego implantar el embrión en el útero de la mujer que lo gestará y dará a luz. El proceso de la maternidad lo vivirán directa y biológicamente la pareja o;
- En el caso de la maternidad subrogada, sería madre aquella mujer que desea tener un hijo y contrata a otra mujer para que sea fecundada con su propio óvulo, y que geste en su vientre a la criatura y posteriormente dé a luz y se lo entregue.

¹³ TURNER SAELZER, SUSAN, op. cit., pág. 445.

A nuestro juicio, la voluntad de la madre resulta ser fundamental, esta incluso sobre el aspecto biológico, ya que es el consentimiento el que genera la existencia de un hijo. Esta decisión tendría un carácter insustituible y sería una causa suficiente para la procreación.

Además se debe velar por el interés superior del hijo y su bienestar, atribuyéndoselo a una mujer que deseo tener un hijo y no a aquella que sólo colaboró con la donación de gametos o que sólo participo en el proceso de gestación.

Una vez prestado el consentimiento no hay vuelta atrás, producida la concepción, la pareja, la mujer o el hombre que se someten a esta técnica, no pueden detener el proceso que termina con el nacimiento de un hijo.

En la maternidad subrogada, debe reconocérsele la calidad de madre a quien habiendo o no aportado el óvulo, que sería la mujer comitente, manifiesta su voluntad de querer al hijo, su voluntad procreacional, aunque quien gestó, sea en sentido estricto, la madre.

A diferencia de la voluntad del padre que prima sobre el aspecto biológico, en la mujer su sola voluntad no es suficiente, ya que la realidad-gestación y posterior alumbramiento, es decir, la regla del parto del artículo 183 esta sobre dicha voluntad e incluso sobre el aspecto genético.

El hecho cierto y verificable del parto sirve por razones de seguridad jurídica, además de servir de publicidad frente a terceros, ya que obliga a la mujer que ha parido a asumir ciertas responsabilidades como los primeros cuidados que debe brindar al recién nacido. Esta regla tiene una finalidad, que es evitar toda incertidumbre respecto de la persona de la madre.

Sin embargo, en la maternidad disociada se da una situación excepcional, esta hipótesis de certeza jurídica no se da, por eso es que se abandona la regla del *parto*, y se hace primar ésta voluntad procreacional.

2. Determinación de la Paternidad.

2.1 Clasificación de la paternidad desde dos puntos de vista:

2.1.1. Desde el punto de vista biológico, la paternidad corresponde al hombre que aporporto su semen¹⁴. El elemento común es la existencia de una relación sexual con fines procreativos.

2.1.2. Desde el punto de vista jurídico, queda determinada en virtud de la presunción establecida en el artículo 76 del Código Civil que dispone, “De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente:

Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la medianoche en que principie el día del nacimiento”.

Este artículo constituye un principio de veracidad, una verdad legal, más aun cuando nos referimos a una procreación dentro del vínculo matrimonial, donde el marido de la madre, se presume ser el padre de la criatura que ella ha alumbrado. No obstante, esta presunción admitiría prueba en contrario, pues para impugnar la paternidad, la prueba recaería sobre este presunto padre, a quien no sólo le bastaría probar la inexistencia de la cohabitación con su mujer, sino una investigación mediante pruebas biológicas que certifiquen que es padre biológico y legal de la criatura.

Respecto del método de donación de semen, no sería posible aplicar esta presunción legal, ya que existiría la intervención de un tercero, muchas veces se trataría de un donante anónimo, lo que provoca un problema de tipo *paterno-filial*, transformando el acto procreacional, que se caracteriza por ser íntimo, personal, exclusivo e intransferible de la pareja, en un acto pluripersonal, que distingue por un lado, a un marido, o bien un concubino, y a un donante de semen.

Entonces la pregunta que surge es:

¹⁴ GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ, op. cit., pág. 107.

2.2. *¿Con quién debe establecerse esa relación (paterno-filial), con el marido y o concubino o con el donante de semen?*

Para responder esta interrogante es necesario hacer la separación entre el marido o concubino y el progenitor o donante de semen, porque *padre*, a nuestro juicio, es quien manifiesta su voluntad procreacional, en orden a asumir voluntariamente dicha calidad, con la obligación que ello implica, aunque genéticamente no lo sea.

Un progenitor o donante del material genético, carece de esa voluntad, no tiene una intención de asumir alguna relación de tipo jurídico-filial, ni las responsabilidades que conlleva para con el nacido.

Así debemos entender que de la paternidad derivan dos principios: a) Principio de Voluntad; b) Principio de responsabilidad.

a. Principio de Voluntad: comprende la aceptación de la responsabilidad de la función de paternidad, es decir, se considera padre por ley, quien ha reconocido satisfactoriamente y no ha procedido a impugnar dicha paternidad, aun cuando éste no sea progenitor.

b. Principio de Responsabilidad: obliga legalmente al hombre que ha tenido relaciones sexuales con una mujer y a causa de esto, ha resultado un hijo. No necesariamente, asume esta obligación por llevar los mismos genes, sino por ciertos actos que han dado lugar al nacimiento.

Así en la determinación de la paternidad, juega un papel fundamental el principio de voluntad y el de responsabilidad, ambos están unidos y se superponen frente a la verdad biológica y el principio de veracidad del artículo 76 del Código Civil. En otras palabras, ese hijo no hubiera nacido sin el consentimiento del marido o concubino, que acudió a la técnica de maternidad gestacional subrogada. De ahí la importancia de la voluntad procreacional, el querer ser y sentirse padre, no obstante,

los impedimentos que ello pudiera significar. Por tanto, el nexo biológico dejaría de ser el sustento presuntivo del vínculo jurídico paterno-filial¹⁵.

Bastaría, sin duda el sólo consentimiento del marido y el reconocimiento y consentimiento del concubino, para que se constituya la filiación y finalmente la atribución de la paternidad. Este reconocimiento debe reunir ciertos requisitos como ser libre y además consciente.

2.3. Situación que se produce en relación al Donante de semen en la determinación de la paternidad.

A propósito de ésta situación y la relevancia jurídica del donante de semen, existen posiciones doctrinarias que van desde una interpretación genetista extrema sobre las normas de filiación, que señala que es *padre el donante de semen fecundante*, es éste el que transmite la herencia genética, y hace posible la concepción para que inicie el proceso vital. El donante es quien debe soportar, de acuerdo a esta posición, los derechos-deberes correspondientes, ya que su intención sería irrelevante para excluir su paternidad.

Sin embargo, el estar ajeno del destino de su semen, en el evento de emplearse o no, no debería hacerlo responsable jurídicamente de la paternidad, porque faltaría un elemento fundamental, que es su voluntad procreacional y de responsabilidad.

Otra situación es si se tratara de una donación de semen a una mujer determinada, concluiríamos que aquí si se presentaría la voluntad de fecundar a aquella mujer.

La gran mayoría de los Informes extranjeros consideran al donante exento de toda responsabilidad paterno-filial frente al hijo que nace producto de su donación de semen¹⁶.

¹⁵ GOMÉZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ, op. cit., pág 112.

¹⁶ GOMÉZ DE LA TORRE VARGAS. MARICRUZ, op. cit., pág 118.

Por ello es que sostenemos que el donante debe carecer de todo derecho y deberes que de la paternidad deriven respecto de ese hijo. Malamente podría existir un vínculo de filiación, ni tampoco podría, posteriormente, iniciarse algún procedimiento de manutención contra el donante o éste contra del niño.

Otra opinión de la doctrina apunta a que es *padre quien decide el nacimiento de la criatura*, desea tener un descendiente, a través de esta técnica, aun cuando este imposibilitado de poder aportarle su material genético.

CAPÍTULO IV:

Solución Viable.

Bastante complejo resulta dar una solución a este problema, al no existir en Chile una legislación que trate esta realidad social, por lo cual habrá que recurrir a una institución que resulta ser fundamental para dar una salida viable a este tema, así como también que sea acorde con los principios anteriormente señalados que están detrás.

Para ello tenemos que recurrir a la “*adopción*”, determinar su naturaleza jurídica, tanto como contrato y como una institución.

1. *La adopción en cuanto contrato:*

La adopción según Colin y Capitant dicen que se trata de “*un acto jurídico, generalmente un contrato, que crea entre dos personas relaciones ficticias y puramente civiles de paternidad y filiación*¹⁷”. Así como también el artículo 1º de la Ley N° 7.613 define a la adopción como “*un acto jurídico destinado a crear entre adoptante y adoptado los derechos y obligaciones que establece la presente ley*”. Al definirse como contrato necesitaría cumplir con todos los requisitos de existencia y de validez ya conocidos.

Esta teoría ha sido criticada, pues implicaría un acuerdo de voluntades entre adoptante y adoptado, pero este último puede ocurrir, que no manifieste dicha voluntad, carezca de capacidad por ser menor de edad, también la imposibilidad de regular las relaciones jurídicas y fijar modalidades, además de existir una situación de desigualdad jurídica, porque supone una subordinación del adoptado respecto del adoptante.

Sin embargo, para esta teoría todas estas relaciones vendrían preestablecidas por una legislación, que incluso prescindiría del consentimiento de una de las partes.

Ahora para estar la adopción dentro de la Teoría de la Contratación, siempre tiene como objeto una cosa que este dentro del comercio humano y que rijan situaciones

¹⁷ COLIN ET CAPITANT, “*Derecho Civil*”, Tomo I. Madrid, 1928, pág.663.

transitorias y de orden patrimonial, por lo que descartamos esta Teoría, ya que los seres humanos no somos objetos susceptibles de ser comercializados y porque la adopción supone una situación permanente que es un vínculo filiativo.

2. *La adopción en cuanto a institución.*

La adopción se trataría de un todo orgánico, comprendido por una serie de relaciones de derecho, derivadas de un hecho único fundamental que como origen y base de la institución la domina necesariamente, gobernando su estructura y desarrollo¹⁸. Se trata de una relación de vida producida entre dos personas (adoptante y adoptado), traducida en forma jurídica, donde el hecho fundamental es el aceptar un hijo como nacido dentro de la familia, donde el derecho aparece estableciendo una serie de normas jurídicas que estructuran y permiten el desarrollo de esta institución.

Entendida la adopción como una institución, teoría a la cual adherimos en esta tesis, la adopción supone la existencia de la voluntad del adoptante, con prescindencia de la del adoptado, que surge en virtud de una sentencia judicial que la declara y que debe ser inscrita, originándose un vínculo jurídico de parentesco y de filiación que liga al adoptante y al adoptado, igual al que existe entre el padre e hijo biológico, también derechos hereditarios, de alimentos, transmisión del nombre, generando efectos permanentes y transformándose esta adopción en irrevocable para ambas partes.

Una vez entendida la adopción como institución, para aplicarla en este caso, y finalmente darle solución, atendiendo al artículo 183 del Código Civil que señala 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 en las partidas del Registro Civil.*

En los demás casos la maternidad se determina por reconocimiento o sentencia firme en juicio de filiación, según lo disponen los artículos siguientes”.

A la luz de lo expresado en este artículo entendemos que la madre sería la mujer gestante, es decir, aquella que ha llevado en su vientre al hijo durante todo el período de

¹⁸ SABIONCELLO SOTO, MURIEL, *“La Adopción Simple y Plena”*, Ediciones Jurídicas “La Ley”, Santiago-Chile, 1993, pág 19.

embarazo y que ha concluido dicho proceso dando a luz a la criatura, quedando determinada dicha maternidad.

Sin embargo, hablando de la maternidad gestacional subrogada, y sin existir normativa que regule esta materia, podríamos entender que aquella madre (arrendadora), que sufrió el parto, y que legalmente se entiende que tiene la calidad de “madre”, pero que carece de voluntad procreacional, no quiere ni desea ser madre, por distintas razones, manifiesta en ese acto su voluntad de entregarlo en adopción, sin que se produzca un vínculo afectivo entre ella y el recién nacido en el post-parto inmediato.

3. Procedimiento de la Ley de adopción, aplicable a la Maternidad Gestacional Subrogada.

En virtud de los procedimientos previos a la adopción, establecidos en el Título II de la Ley N° 19.620, el que trata los procedimientos jurisdiccionales de susceptibilidad de adopción, dispone en el artículo 8° *“Los menores de 18 años, que pueden ser adoptados, son los siguientes: letra b) El menor que sea descendiente consanguíneo de uno de los adoptantes, de conformidad al artículo 11”*.

En otras palabras, cuando uno de los cónyuges que lo quisiera adoptar es su padre o madre, y sólo ha sido reconocido como hijo por él o ella, se aplicará directamente el procedimiento *“De la Adopción”* contenido en el Título III de la ley¹⁹.

Esto significa que en este evento se prescindiría de los procedimientos previos a la adopción y se pasaría directamente a la adopción propiamente tal.

Para ellos los adoptantes deberán cumplir con ciertos requisitos exigidos por la ley, estos son:

¹⁹ GARRIDO CHACANA, CARLOS, *“Los Procedimientos de Adopción, Análisis Práctico”*, Editorial Metropolitana, Santiago-Chile, 2011, pág. 39.

1° Los adoptantes sean personas que residan en Chile, y en caso de cónyuges chilenos o extranjeros, por lo dispuesto en el artículo 20 de la ley, deben:

- a. Poseer residencia permanente en el país;
- b. Haber cumplido dos o más años de matrimonio;
- c. Haber sido evaluados como física, mental, psicológica y moralmente idóneos por el SENAME o por los organismos acreditados ante éste;
- d. Ser mayores de veinticinco años y menores de sesenta, con veinte años o más de diferencia de edad con el menor adoptado. Por resolución fundada se podrá rebajar los límites de edad o la diferencia de años, pero dicha rebaja no podrá exceder de cinco años.

Los requisitos de edad y diferencia de edad con el menor no serán exigibles si uno de los adoptantes fuere ascendiente por consanguinidad con el adoptado; y

- e. Deberán actuar siempre en consuno en las gestiones que requieran expresión de voluntad de los adoptantes. En todo caso, no podrá concederse la adopción a los cónyuges respecto de los cuales se haya declarado la separación judicial, mientras ésta subsista. En su caso, la reconciliación deberá acreditarse conforme lo dispone la Ley de Matrimonio Civil.

2° En el caso de una persona soltera, divorciada o viuda, por disposición del artículo 21 de la ley, deberá:

- a. Cumplir los requisitos de la letra a) b) y c) anteriormente señalados
- b. En el caso del viudo o viuda, se requiere además, que en vida de ambos cónyuges se hubiera iniciado la tramitación correspondiente o, no habiéndose iniciado, el conyuge difunto hubiera manifestado su voluntad de adoptar conjuntamente con el sobreviviente. En este caso la adopción se entenderá efectuada por ambos cónyuges, desde la fecha de la inscripción de nacimiento del hijo. (Artículo 22 de la ley)
- c. En el caso del separado o divorciado que hubiere iniciado la tramitación antes de su separación y/o divorcio, deberá acreditar que la adopción conviene al interés superior del adoptado. (Artículo 22 inciso final de la ley)

Sostenemos que en el caso de la maternidad gestacional subrogada, un matrimonio o concubinos (pareja arrendataria), podrá adoptar al menor en virtud de la hipótesis señalada en el artículo 8º de la ley, que señala: “*el menor que sea descendiente consanguíneo de uno de los adoptantes*”. En este caso decimos que ambos son padres genéticos de la criatura, por tanto no habría duda que entre éste y aquellos existe una relación de paternidad y maternidad respectivamente.

Así señalamos que frente a un caso de maternidad gestacional subrogada, en que la pareja se somete a esta técnica, aportando ambos su material genético, sin duda ambos son padres genéticos de la criatura y en ambos concurre la voluntad procreacional de querer y desear ser padres, ya que el consentimiento resulta ser fundamental para que la criatura nazca. Con mayor razón debiera aplicarse este artículo en este caso, si solo atendemos al aspecto genético.

Ahora, frente al caso de una pareja en que ambos son estériles y ninguno de ellos podría aportar sus células, a la luz de la legislación, no tendríamos solución aparente, para decir que son padres propiamente, aquella pareja que se somete a ésta técnica, al no existir siquiera un vínculo genético entre la criatura y éstos, no cabría aplicación de este artículo. Sin embargo, lo que sostenemos es que atendiendo a la voluntad procreacional, si existiría un vínculo, que esta dado por el deseo de ser padres, que se iguala al de aquellos que se someten al sistema de adopción, este último siendo a posteriori del nacimiento del hijo, sólo que en el primer caso, la criatura vendría encargada desde el principio, desde su concepción, o sea, anterior al parto y nacimiento de aquella.

Aun cuando un hijo sea concebido, ya sea con óvulos o espermatozoides de donantes, ese niño es producto de la *voluntad* de quienes se sometieron a esta técnica. Por tanto la maternidad y la paternidad más que estar definida por una presunción, debería definirse por la *intención de procrear*, la pareja o mujer que ha concertado la concepción de ese hijo, serán finalmente los que deberán calificarse como padres o madre de él.

El común denominador entre la *adopción* y la *maternidad gestacional subrogada*, es el deseo de integrar una familia, ya sea mediante el deseo de incorporar a

ella a un ya nacido o por medio de la *voluntad* de traer al mundo a un hijo por medio de este procedimiento.

CAPÍTULO V:

El Contrato de Maternidad Gestacional Subrogada en el Derecho Comparado.

En muchos países del mundo existen textos legales que tratan este contrato, es mas, lo prohíben y regulan, por ejemplo: en Alemania y Francia se prohíbe totalmente la maternidad por sustitución, porque implica un peligro para el niño y, además un peligro de comercialización; en Argentina se rechaza este tipo de contrato, pero existen discrepancia en cuanto al tema de la filiación, algunos sostendrían que la filiación queda determinada por el parto, en cambio otros, aceptan la filiación genética, es decir, que consideran madre a quien aportó el ovulo fecundado; en Australia, para muchos este contrato es nulo y se sanciona penalmente a quien pague o reciba dinero en virtud de este acuerdo, otros señalan que los donantes de esperma no tienen ningún derecho sobre los niños nacidos por inseminación artificial; en Bolivia se contempla la posibilidad de este contrato, pero solo sería procedente cuando es por encargo o solicitud de un matrimonio o pareja estable, en unión por más de dos años, con capacidad de contraer matrimonio; en Brasil contemplan la situación, salvo cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación, también se prohíbe expresamente el carácter lucrativo de esta práctica; Canadá se inclina por favorecer este tipo de gestación y recomienda poner en vigencia una legislación que regule los contratos en esta materia; en España, la Ley 35/1998 declara que es nulo el contrato en que se convenga la gestación con o sin precio, por otro lado señala que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. Sin embargo, se deja constancia de que existen voces aisladas que la defienden siempre que se preste como ayuda solidaria y desinteresada a una pareja estéril; en Estados Unidos, el gobierno federal no ha dictado normas o leyes que regulen esta materia, quedando la regulación jurídica de este tema entregada a cada estado, podemos mencionar como ejemplo el Estado de California que ha legislado a favor de esta práctica, pero el estado de Virginia lo ha hecho en contra, tipificando como delito la entrega de dinero u otros bienes a cambio de la adopción de menores.

Un caso emblemático a favor de la maternidad gestacional subrogada es el *Johnson versus Calvert*, ocurrido en el Estado de California en 1990, demuestra la

existencia de tres posibles madres. Una mujer de raza negra había sido contratada para ser fecundada (con el material genético de una filipina, hecho que se paso por alto), y gestar a un hijo de una pareja blanca y acomodada. La primera mujer entablo una demanda por la custodia del bebé. No obstante la insistente oposición, el Tribunal Procesal y el Tribunal Supremo de California fallaron a favor de los padres contratantes. En California los tribunales relacionaron explícitamente la *intención* con la maternidad, y usaron los acuerdos de gestación como una manera de determinar la maternidad cuando los vínculos genéticos y la gestación no coinciden con la misma mujer.

El contrato de gestación permitió hacer esta distinción, al separar el lazo genético del vínculo de gestación. Y una vez que se concreto esta separación, llegó a ser más fácil para los tribunales y observadores asignarles un papel a los contratos y dar con una nueva definición de *madre*.²⁰

Otro caso emblemático, contra la maternidad sustituta, ocurrió en el Estado de Nueva Jersey, llamado “*Baby M*”, que data del año 1988.

Todo empezó, porque un matrimonio de apellido *Stern*, acude a una agencia para someterse a esta técnica de reproducción. La señora *Stern* de muy buena posición económica, no había podido llevar a cabo un embarazo, ya que carecía de óvulos, pero su marido en cambio, no presentaba anomalías. Al someterse a dicha técnica la señora aceptó que con el semen de su marido se inseminara a otra mujer y que además ésta pudiese llevar a cabo el embarazo, para luego entregar el hijo a la pareja contratante. Contrataron por 10.000 dólares. La madre biológica-no afectiva, se comprometió en virtud de un contrato escrito que una vez que haya dado a luz, procedería a la entrega del hijo a su padre biológico y, a su vez, recibir la contraprestación en dinero por parte de los *Stern*. Una vez que tuvo lugar el parto ésta hizo entrega de una niña a los padres comitentes. Sin embargo, había generado un lazo afectivo con la niña, y solicitó a la familia verla, ellos accedieron y fue en ese momento que ésta madre biológica se fugó con ella.

²⁰ SPAR, DEBORA L, “*Baby Business*”, capítulo 3 “*alquiler de útero por dinero*”, Ediciones Urano, Barcelona- España, 2006, pág. 143.

El caso llegó a tribunales donde se decidió que la niña volviera al hogar de los padres adoptivos, por su buena condición económica, cultural y social. Posteriormente, la Corte Suprema de New Jersey declaró la nulidad contractual por infringir la legislación y la política pública estatal, en virtud del lucro emanado del mismo, invalidando el acuerdo de gestación, aduciendo que significaba la venta de un niño o, la venta de los derechos de una madre de criar a su hijo.

En Holanda este contrato se considera nulo por su causa ilícita y si mediare pago se reputa como contrario al orden público y a la moral.

En Italia, hay una división de opiniones, algunos señalan que la maternidad queda determinada por el parto. Otro sector afirma que si una mujer ha deseado tener un hijo, esta circunstancia es la que debe primar en caso de conflicto entre madre gestante y madre biológica.

CAPÍTULO VI:

Conclusiones.

Después de analizar estas consideraciones, quisiéramos finalizar esta tesina señalando la necesidad, frente a ésta nueva realidad social, de crear una legislación que privilegie el aspecto volitivo por sobre el aspecto biológico, además de crear una nueva categoría de filiación civil, al igual que la adoptiva, en que se cumplan ciertas condiciones para registrar finalmente a los padres comitentes como padres legales de la criatura, reconociéndole a esta nueva categoría filiativa la capacidad de crear un estado civil, sin posibilidad de impugnar la filiación del hijo nacido en virtud de esa técnica, tal como la señala el artículo 182 del Código Civil. Además, de incorporar esta técnica al mencionado artículo.

Importante es que se reconozca y defina la *maternidad gestacional subrogada* como un método de Técnica de Reproducción Asistida, incorporándose al artículo 182 del Código Civil.

Además, proponemos que quienes puedan acceder sean parejas heterosexuales, o bien mujeres solteras, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Adopción. Procediendo sólo en los casos en que éstas (tanto las parejas como las mujeres), sean infértiles, permitiéndoles conseguir madres sustitutas, óvulos o espermias de fuentes no.

Desde el punto de vista de la adopción podemos sostener que la maternidad subrogada es un camino bastante más expedito que el proceso de adopción, ya que éste es sumamente engorroso y burocrático

También es importante mencionar que el contrato será válido cuando sea celebrado por escritura pública y a título gratuito, sin perjuicio que los padres subrogados puedan o deban asumir el costo que conllevaría el embarazo para la mujer subrogante y con esto estaríamos evitando el lucro en estos contratos.

Es indispensable que este acuerdo lo celebren personas plenamente capaces.

El objetivo de la escritura pública es precisamente que éste sea el documento necesario para ser presentado ante el Registro Civil al momento de inscribir al niño.

Incorporar al artículo 182 la prohibición de impugnar la maternidad o paternidad de los padres comitentes, si entre estos y la madre sustituta han celebrado un contrato, en el cual se ha consentido en la *maternidad gestacional subrogada*, y donde la gestante ha renunciado expresamente a cualquier derecho y obligación con respecto a ese niño.

BIBLIOGRAFIA.

LIBROS:

- Gómez De La Torre Vargas, Maricruz (1993): *La Fecundación In Vitro y la Filiación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile.
- Cárcava Fernández, María (1995): *Los problemas planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Bosch Editor, Barcelona.
- Silva Salcedo, Paulina (1996): *Contrato de Arrendamiento de Útero*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile.
- Colin Et Capitant (1028): *Derecho Civil*, Tomo I. Madrid.
- Garrido Chacana, Carlos (2011): *Los Procedimientos de Adopción, Análisis Práctico*, Editorial Metropolitana, Santiago-Chile.
- Spar, Debora L (2006): *Baby Business*, Ediciones Urano, Barcelona- España.
- Cámara de Diputados, sesión 12a (anexo de documentos): *Historia de la Ley 19585*, volumen III.
- Cámara de Diputados, sesión 32ª: *Historia de la Ley 20.030*, volumen V.
- *La Biblia*, Génesis, capítulo 30, versículos 1, 2 y 3.

ARTÍCULOS:

- Turner Saelzer, Susan (2003): “La Maternidad Disociada”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXIV, Valparaíso, Chile, pp. 451.
- Correa Talciani, Hernán (1999): “Determinación de la Filiación y Acciones de Estado en la Reforma de la Ley N° 19.585”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Ediciones Universitarias Valparaíso, pp. 39-40.
- Correa Talciani, Hernán (2000): “La filiación en las técnicas de reproducción” en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*.

DOCUMENTO ELECTRONICO:

- De Céspedes Reyes, Álvaro (2007): “La Filiación en Chile”, en Asesoría Jurídica Online, “*Duda Legal*”, Disponible en <http://www.dudalegal.cl/filiacion-en-chile.html>.

Fecha última consulta: 25 de septiembre de 2011