

Santiago, ocho de enero de dos mil dieciocho.

VISTOS:

Comparece doña **DEMANDANTE**, Run **RUT_DEMANDANTE**, domiciliada en **DOMICILIO_DEMANDANTE**, Macul, Santiago, quien dedujo demanda de **impugnación y reclamación de maternidad** en contra de **DEMANDADA**, Run **RUT_DEMANDADA**, domiciliada en **DOMICILIO_DEMANDADA** Estación Central, Santiago, a favor de las niñas **NOMBRE_NIÑA_1**, Run **RUT_NIÑA_1** y **NOMBRE_NIÑA_2**, Run **RUT_NIÑA_2**, del mismo domicilio de la demandante. Comparece también el padre de las niñas, **NOMBRE_PADRE**, Run **RUT_PADRE**, domiciliado en **DOMICILIO_DEMANDANTE** Macul, quien manifestó expresamente en audiencia, que no se opone a esta acción.

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

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

CONSIDERANDO:

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

decidieron someterse, lo anterior fue viable cuando su propia madre, con inmensa generosidad, se ofreció para anidar cinco de sus óvulos fecundados por el espermatozoide de su pareja. Si bien este proceso ha sido inusual en nuestro país, hoy gracias a la ciencia, junto a su pareja y padre de las niñas, han podido concretar su mayor anhelo de ser padres. A pesar de la imposibilidad de embarazarse, pudo sentir, escuchar y seguir a través de su madre el proceso completo de crecimiento de sus hijas desde su anidación, acompañándolas en cada etapa de crecimiento, así como también en el parto, y desde esa fecha dedicada completamente al cuidado de sus hijas. **NOMBRE_NIÑA_1** y **NOMBRE_NIÑA_2**, ambas **APELLIDOS_NIÑAS**, sus hijas, nacieron con fecha 27 noviembre de 2016, sus nacimientos se encuentran inscritos bajo el número [REDACTED] y [REDACTED], ambos del año 2016, de la circunscripción de Vitacura. En dicha inscripción figuran como hijas legales de **NOMBRE_PADRE**, y **DEMANDADA**, la madre de la demandante. Dicho parto, fue producto de un proceso de fertilización in vitro realizado por el doctor **MÉDICO_1**, donde dicho facultativo extrajo los óvulos de la demandante junto a los espermatozoides de su pareja, los cuales fueron anidados en el útero de la madre de la demandante, doña **DEMANDADA**. Atendida la falta de regulación en este tipo de casos, a la fecha y legalmente, la abuela de las niñas es su madre legal. Actualmente la vinculación que tiene con las niñas la demandante, es que por una parte es su madre genética, y a la vez hermana legal de éstas, todo ello es complejo en cuanto a la vulneración de derechos de sus hijas, quienes tienen una filiación legal que no corresponde a su filiación biológica, es imperioso para ellas, poder crecer como hijas de quienes son sus padres y quienes en los hechos han enfrentado la paternidad y maternidad, desde siempre. Por lo anterior, atendido lo expuesto en el artículo 182 del Código Civil el cual establece: *"el padre o madre del hijo concebido mediante 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"*. De acuerdo a esta norma se preguntan ¿qué sucede en este caso? ¿Quiénes son los

que se han sometido a la técnica de reproducción asistida? En relación a estas preguntas, es de suma importancia que el Estado pueda garantizar la solución de esta dualidad biológica-legal y regularizar la situación de las niñas. En cuanto a la segunda interrogante, al preguntarnos quiénes son “ el hombre y la mujer que se sometieron a la técnica de reproducción”, queda claro que el hombre quien aportó su carga genética mediante su esperma, es el padre biológico y legal de las niñas, y que la demandante es quien produjo los óvulos que finalmente fueron fecundados por los espermios, dando vida a sus hijas, siendo la mujer que se sometió a las técnicas de reproducción asistida, quedando constancia de esto en la ficha clínica correspondiente, siendo la madre de la demandante un tercero ajeno a la intervención, que prestó su cuerpo para llevar a término el embarazo. El legislador, a través de todas las normas de filiación establecidas en el Código Civil, especialmente el artículo 195 y demás de la ley 19.585, en relación a los principios consagrados en la Convención Internacional de los Derechos del Niño y rectores de toda nuestra legislación, han establecido la libre posibilidad de investigar la paternidad y maternidad, todo lo cual va en directa relación y armonía con el derecho a la identidad que todo ser humano tiene, dándole la mayor de las importancias a la prueba biológica de ADN, no es casualidad que todas las acciones de filiación buscan reparar un error, un vicio o incluso alguna acción de mala fe que haya interferido en la correcta inscripción del reconocimiento de una persona, buscando siempre la verdad biológica. En el caso en comento, nos encontramos con una situación que aún el legislador no ha considerado en su magnitud, pero hoy **NOMBRE_NIÑA_1** y **NOMBRE_NIÑA_2** requieren una solución para su caso en particular, a través de la interpretación global de las normas, teniendo especial consideración además en los principios de identidad e interés superior de las niñas. En el precepto en comento, se establece un principio fundamental que es que el hombre y la mujer que se someten a técnicas de reproducción son el padre y la madre, lo cual no ocurrió así, por cuanto en este caso las niñas quedaron con una filiación distinta a la de la mujer que se sometió a las técnicas de fertilización, por lo que esta

situación debe enmendarse declarando que las niñas **NOMBRE_NIÑA_1** y **NOMBRE_NIÑA_2**, son hijas de su madre, y no de su abuela como a la fecha se encuentra establecido, por lo que pide que se tenga por interpuesta demanda de impugnación y reclamación de maternidad en contra de doña **DEMANDADA**, y en definitiva declarar que las niñas **NOMBRE_NIÑA_2** y **NOMBRE_NIÑA_1**, ambas **APELLIDOS_NIÑAS**, son hijas de la demandante y de **NOMBRE_PADRE**.

SEGUNDO: La demandada, contestando dentro de plazo, solicita se acoja la demanda señalando que efectivamente las niñas **NOMBRE_NIÑA_1** y **NOMBRE_NIÑA_2** nacieron con fecha 27 noviembre 2016, y figuran como hijas legales de ella (demandada) y de **NOMBRE_PADRE**. La filiación anterior, se produjo como resultado de un largo proceso que tuvo que enfrentar su hija **DEMANDANTE**, y **NOMBRE_PADRE** para ser padres. Luego de tener que enfrentar la muerte de dos hijos y la pérdida del útero de su hija, la pareja decide intentar ser padres mediante el proceso de fertilización in vitro. Es en su inmenso deseo de cooperar en este anhelo familiar, que ofrece la posibilidad de que sus nietas puedan crecer y desarrollarse dentro de su útero. Durante todo el embarazo de sus nietas, tuvo la compañía y protección de su hija y su pareja, quienes pudieron vivir todo el proceso de crecimiento y desarrollo de sus hijas desde la anidación y hasta el parto. Desde el primer instante de nacidas de las niñas, **DEMANDANTE** pudo concretar el ejercicio de su rol materno, acompañándolas día y noche en la clínica y posteriormente y hasta la fecha, en su hogar. Atendido lo anterior, y habiendo cumplido su anhelo de ser abuela y cooperar en el camino a la maternidad de su hija **DEMANDANTE**, su deseo es que se pueda establecer la identidad biológica por sobre la identidad legal, para lo cual se someterán a las pericias correspondientes, en especial la de ADN, tal como lo establece la ley en acciones de filiación. Conforme con todo lo expuesto, y con el único ánimo de establecer correctamente la filiación de las niñas **NOMBRE_NIÑA_1** y **NOMBRE_NIÑA_2**, es que vienen en contestar la demanda, allanándose a esta.

TERCERO: Que se fijó como objeto de Juicio el conocer de la demanda de reclamación e impugnación de maternidad, y como hechos a probar:

- 1.- Filiación de las niñas **NOMBRE_NIÑA_1**, Run **RUT_NIÑA_1** y **NOMBRE_NIÑA_2**, Run **RUT_NIÑA_2**.
- 2.- Efectividad que **DEMANDANTE** Run **RUT_DEMANDANTE** es la madre biológica de las niñas **NOMBRE_NIÑA_1**, Run **RUT_NIÑA_1** y **NOMBRE_NIÑA_2**, Run **RUT_NIÑA_2**.

CUARTO: Que la parte demandante incorporó en la audiencia de juicio la siguiente prueba:

Documental:

1. Certificado de nacimiento de las niñas, en que consta que son hijas de **DEMANDADA** y **NOMBRE_PADRE**.
2. Certificado de nacimiento de la demandante, en que consta que es hija de **DEMANDADA**.
3. Certificado de cargas de salud de Isapre 06-11-2017
4. Certificado de médico pediatra **PEDIATRA**, de 02-11-2017, que señala vista en control con fecha 29 mayo 2017, 29 junio 2017, 17 agosto 2017 y 19 octubre 2017, "siempre en compañía de mamá **DEMANDANTE** y papá **NOMBRE_PADRE**".
5. 2 fotografías familiares, en que se observa a la demandante, junto al padre de las niñas, a quienes él sostiene en brazos, y en la otra fotografía se observa a la demandante amamantando a las niñas.
6. Reportaje del diario la segunda de 12-05-2017, reportaje titulado "di a luz a mis nietas", realizado a las partes de este juicio.
7. Correos electrónicos entre **DEMANDANTE** con la Unidad de lactancia de Clínica las Condes de los años 2016 y 2017, que sigue el proceso de estimulación mamaria a la demandante con el fin de poder amamantar a las niñas, cuya coordinación se inicia cuando la demandada tiene 22 semanas de gestación.

Oficios:

- 1.-Doctor **MÉDICO_1**, quien informa que "los pacientes, **DEMANDANTE** y **NOMBRE_PADRE**, de 26 y 33 años respectivamente el día de su primera consulta el 19 octubre 2016, le expresan su deseo

de ser padres biológicos de sus hijos en nuestro país. Debido a la imposibilidad de poder alcanzar sus objetivos, ya que **DEMANDANTE** no posee su útero por un accidente obstétrico en la semana 33 de gestación, que la lleva a la pérdida de su segundo embarazo y de su útero, permaneciendo ella en una situación de peligro vital que afortunadamente fue superado. Se agrega a raíz de estos procesos una importante depresión de la que se encontraba en tratamiento. Para lograr este objetivo se requiere para su terapia de un útero subrogado. En esta situación se decide a raíz de un ofrecimiento voluntario de su madre **DEMANDADA**, de 49 años, a someterla a una estricta evaluación médica para hacerla candidata a este proceso. La señora **DEMANDADA** logra aprobar el proceso de selección para este objetivo. Técnicamente, luego de un proceso de estimulación farmacológica de su ovulación, se le extraen los óvulos bajo sedación por medio de una aspiración transvaginal bajo visión ecográfica. Se seleccionan los óvulos maduros y se fertilizan en el laboratorio por medio de un proceso de fertilización in vitro con la esperma de su pareja **NOMBRE_PADRE**. Al quinto día de fertilización se seleccionan los Blastocistos resultantes y se transfieren dos de ellos al útero subrogado, preparado farmacológicamente para tal efecto. Se logró un embarazo gemelar de evolución normal, cuyo término fue el día 27 noviembre 2016 bajo una operación cesárea. Nacen dos niñas sanas, algo prematuras por lo que quedan hospitalizadas por un periodo, siendo dadas de alta en excelentes condiciones. Fueron alimentadas por la leche materna de **DEMANDANTE** que logramos preparar y estimular los pechos de ella meses antes del nacimiento para ayudar al proceso de apego con sus hijas. Se podría haber seleccionado cualquier otra paciente que ofreciera su útero para este proceso, pero por la falta de una legislación al respecto y para evitar situaciones confusas y dolorosas, se optó en este caso por el útero de **DEMANDADA**, la madre de **DEMANDANTE**. Es decir la abuela llevó en su vientre a sus nietas. La carga genética irremplazable es la de los progenitores, la madre sustituta es un instrumento terapéutico reemplazable la que nos ayuda a lograr nuestro objetivo final. Las madres sustitutas están en pleno conocimiento de sus

actos y del proceso que está asumiendo para ayudar a los padres genéticos que han perdido accidentalmente el útero. Se otorga este certificado para los padres genéticos con la finalidad de esclarecer sus derechos de progenitores”.

2.- Unidad de lactancia de Clínica Las Condes, que certifica que la paciente **DEMANDANTE**, Rut **RUT_DEMANDANTE**, asistió a la clínica de lactancia de Clínica [REDACTED] en el año 2016, en donde se realizó un proceso de inducción de la lactancia materna para sus hijas **NOMBRE_NIÑA_1** y **NOMBRE_NIÑA_2**. Éste proceso consistió en controles periódicos al servicio el tratamiento estricto hormonal, con galactococos y estimulación láctea a través de extractor de leche. Paciente cumple plenamente con el tratamiento y con la asistencia los controles, lo que favorece el inicio de la producción láctea y la manutención de ésta en el tiempo. **MATRONA**, matrona de lactancia, Clínica [REDACTED].

Testigos:

1.- **TESTIGO_1**, quien señala que es amiga de la demandante y de su pareja, también conoce a la madre de ella, son amigas desde hace más de 15 años. Ella además es madrina de su hija **NOMBRE_NIÑA_2**. Las niñas son hijas de **DEMANDANTE**, conoce todo el proceso de **DEMANDANTE**, la pérdida de sus dos hijos anteriores. Ellos llegaron al doctor **MÉDICO_1**, quien hizo el procedimiento. Quienes se atendieron con el doctor **MÉDICO_1** fueron **DEMANDANTE** y **NOMBRE_PADRE**, ellos son los padres de las niñas. La demandada es abuela de las niñas. Ella es una amiga cercana, los ve muy seguido, la madre y la abuela viven en domicilios diferentes, y las niñas nunca han vivido con su abuela.

2.- **TESTIGO_2**, quien señala que conoce a todas las partes, ya que es vecina de **NOMBRE_PADRE** y **DEMANDANTE**. A **DEMANDANTE** la conoce desde que nació, y también conoce a su madre. También conoce a las dos niñas desde antes de que nacieran. Ella inyectó a **DEMANDANTE** en su abdomen como tres veces al día para que sus óvulos se desarrollaran con mayor fuerza, siguiendo todas las indicaciones médicas ya que **DEMANDANTE** necesitaba óvulos para

tener hijos, eso fue durante varios meses. También ayudó en el proceso a la abuela, quien parió a las niñas. Las niñas llegaron a vivir con su madre en noviembre del año pasado, actualmente las ve y las escucha todos los días, es la madre quien asume todos los cuidados.

Pericial:

Pericia biológica de ADN realizada a las partes, por el laboratorio Biogenetics, de fecha 30 de noviembre de 2017, realizado a la demandante, a la demandada, al padre de las niñas y a las niñas, en que se establece una probabilidad de maternidad de 99, 999999%, entre las niñas y **DEMANDANTE**, que corresponde a maternidad biológica acreditada. Con respecto a los resultados entre las niñas y la demandada **DEMANDADA**, el resultado es exclusión de maternidad biológica.

Que la parte demandada no ofreció prueba.

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

- 1.- **DEMANDANTE**, y su pareja **NOMBRE_PADRE**, enfrentaron la pérdida de un hijo que esperaban, a las 23 semanas de gestación. Posteriormente, en un segundo embarazo, sufrió su pérdida en la semana 32 de embarazo, el día 13 de septiembre de 2015. Con esa fecha además se le practicó una histerectomía, a los 27 años de edad.
- 2.- **DEMANDANTE**, y su pareja **NOMBRE_PADRE** deseaban ser padres y madre, manifestando su voluntad a sus cercanos y al médico **MÉDICO_1** de la Clínica [REDACTED], desde su primera atención.
- 3.- **DEMANDANTE**, y su pareja **NOMBRE_PADRE** se sometieron a una técnica de fertilización asistida, llamada Maternidad Gestacional Subrogada definida como "la implantación en el útero de una mujer de un embrión cuyo óvulo no fue aportado por ella. Dicha mujer se obliga a asumir el proceso de gestación y a entregar el producto del parto a quién le ha solicitado el servicio¹". Se realizó mediante la fertilización in vitro de gametos pertenecientes a la pareja que se somete a la Técnica de Fecundación (**DEMANDANTE**, y **NOMBRE_PADRE**) seguida de la

¹ FIGUEROA YÁNEZ, GONZALO, *Persona, pareja y familia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995

implantación de los embriones en la mujer que los gestó (**DEMANDADA**).

4.- Se trató de una Maternidad Gestacional Subrogada Altruista, sin pago de por medio.

5.- La tercera gestante, según los certificados aportantes, es madre de la demandante.

6.- La tercera gestante- **DEMANDADA**- parió mellizas con fecha 27 de noviembre de 2016, las niñas **NOMBRE_NIÑA_1** y **NOMBRE_NIÑA_2**.

7.- Las niñas **NOMBRE_NIÑA_1**, Run **RUT_NIÑA_1** y **NOMBRE_NIÑA_2**, Run **RUT_NIÑA_2**, según sus certificados de nacimiento, son legalmente hijas de **DEMANDADA** y **NOMBRE_PADRE**.

8.- **DEMANDANTE** se sometió a un proceso de inducción de la lactancia materna en Clínica [REDACTED], desde la semana 22 de embarazo de doña **DEMANDADA**, y amamantó a las niñas **NOMBRE_NIÑA_1** y **NOMBRE_NIÑA_2**.

9.- Las niñas **NOMBRE_NIÑA_1** y **NOMBRE_NIÑA_2** desde su nacimiento han vivido con **DEMANDANTE**, y **NOMBRE_PADRE**.

10.- **DEMANDANTE**, y **NOMBRE_PADRE** asumen los cuidados, visitas al médico, y crianza de las niñas **NOMBRE_NIÑA_1** y **NOMBRE_NIÑA_2**.

11.- Las niñas **NOMBRE_NIÑA_1** y **NOMBRE_NIÑA_2** socialmente son conocidas como hijas de **DEMANDANTE**, y **NOMBRE_PADRE**.

SEXTO: En nuestro país no se ha legislado en forma integral sobre las Técnicas de Fertilización Humana Asistida. El único artículo que se refiere al tema es el artículo 182 del Código Civil que señala que: "*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*", agregando en su inciso 2º "*no podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta*". Este artículo señala que los padres del niño serán el hombre y la mujer que se sometieron a estas técnicas, constituyendo una excepción al principio de la primacía del criterio biológico para

determinar la filiación. En este caso se establece una filiación legal, que puede o no ser distinta de la biológica, pero que prima sobre ella. En su inciso 2º el artículo 182 señala que esta filiación que determina la ley, no podrá ser impugnada ni se podrá reclamar una filiación distinta. Por lo tanto, la condición de donante de gametos no genera parentesco, y el hombre y mujer que han consentido en la aplicación de la técnica de reproducción humana asistida no podrán impugnar su paternidad o maternidad, bajo pretexto de no ser los padres biológicos².

En esta norma se fundó la demandante para reclamar la maternidad, haciendo presente que ella y su pareja son quienes se sometieron a la técnica de reproducción humana, lo que también es confirmado por el médico tratante. Sin embargo, si recurrimos a la historia de la ley, durante la discusión en sala quedó establecido que no era ése el propósito perseguido por la norma, porque existía otra iniciativa legal en trámite, donde cuya regulación implicaría un pronunciamiento integral respecto de las diversas Técnicas de Reproducción Humana Asistida, lo que fue reiterado en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado³. Así también lo señala el profesor Corral Talciani⁴. Por lo anterior cabe concluir que el artículo 182 del Código Civil, no pretende dar validez a la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en cualquier persona sin distinción, sino sólo pretende regular la situación filiativa de los niños nacidos fruto de donación de gametos no pertenecientes a los padres o a la pareja que se somete al sistema, en que los donantes no pueden reclamar la paternidad.

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

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

⁴ REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y FILIACION UN ANALISIS DEL NUEVO ARTÍCULO 182 DEL CÓDIGO CIVIL en <https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/art-182cc.pdf>

Frente a este vacío legal, resulta importante para resolver esta acción, el estudio del derecho internacional como parte del bloque constitucional de derechos fundamentales, realizando una interpretación integradora de la Constitución, con el fin de dar un mayor resguardo y efectividad a los derechos fundamentales inherentes al ser humano, y que afectan a los intervinientes y afectados por esta causa, especialmente el derecho a procrear y el derecho a la identidad.

SEPTIMO: Con respecto al derecho a procrear, que fue la facultad que ejerció la demandante, para algunos autores sería una manifestación del derecho a formar una familia, porque la descendencia sería un elemento de la esencia de la misma. Nuestra Constitución no reconoce expresamente este último derecho, sin embargo, varios documentos internacionales sí lo hacen, entre otros la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de San José de Costa Rica, los que se encuentran incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por mandato del artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política de la República, en los que se establece el derecho a fundar una familia e implícitamente el derecho a procrear. También hay quienes sostienen que existe el derecho a procrear en nuestro ordenamiento jurídico, el que emanaría del derecho a la vida el cual incluiría el derecho a dar vida. Suponiendo la existencia del derecho a procrear en nuestro sistema jurídico, éste correspondería tanto a la mujer con capacidad de gestación como aquella que no tiene capacidad, asimismo correspondería al hombre que tiene capacidad para fecundar, como al que no la tiene, en virtud de los derechos de igualdad y libertad que consagra nuestra Carta Fundamental, así su ejercicio no se vería limitado por las formas de concepción natural, sino que también incluirían las técnicas de reproducción asistida, y dentro de estas, la maternidad gestacional subrogada, habiendo, por tanto, la demandante, ejercido dicho derecho al recurrir junto a su pareja a dicha técnica, atendida su incapacidad biológica de ser madre, y su voluntad de serlo⁵.

⁵ Importante también es el desarrollo de la doctrina al considerar el derecho a procreación asistida como parte de los Derechos Sexuales y Reproductivos de la mujer.

OCTAVO: El otro derecho que está en juego en esta acción es el derecho a la identidad de las niñas **NOMBRE_NIÑA_1** y **NOMBRE_NIÑA_2**, ambas **APELLIDOS_NIÑAS**, considerado un derecho fundamental de todo ser humano, que tiene un amplio contenido. Se refiere tanto al derecho que tienen las personas de ser ellas mismas, únicas y distintas del resto, expresarse libremente y tener sus propias ideas. Como también es el derecho que tiene una persona de conocer su origen, el derecho a saber quiénes son sus padres, en definitiva saber de dónde proviene, su historia, “el derecho a la identidad, en su estrecha relación con la autonomía, identifica a la persona como un ser que se autodetermina, se auto posee, se autogobierna, es decir es dueña de sí y de sus actos”⁶. Según esta definición, la identidad de una persona es lo que la identifica, lo que la hace diferenciarse del resto, como ser único e irrepetible. En este aspecto el derecho a la Identidad se ve ligado con derechos tales como el derecho a una identificación; el derecho a conocer la identidad biológica y a gozar de un emplazamiento familiar; el derecho a una libre y sana formación de la identidad personal; el derecho al respeto de las diferencias personales; el derecho a la verdad sobre la propia verdad personal; el derecho a no ser engañado acerca de la identidad propia; el derecho a actuar según las personales convicciones; el derecho a proyectar la identidad personal en obras y creaciones, entre otros y también derechos a ciertas libertades que hacen que el individuo sea distinto del resto, como son el derecho a tener una religión, una ideología, entre otros.

El derecho a la identidad como principio fundamental del Derecho de Familia se refiere principalmente al derecho de cada cual a conocer sus orígenes, a investigar de donde viene, quienes fueron sus padres y ascendientes, sus raíces, es decir, poder determinar su filiación. Como podemos apreciar el derecho a la identidad tiene su punto de inicio en poder determinar o conocer ésta, es decir, el derecho que tiene toda

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

persona para saber quien es y de donde proviene, conocer su filiación, para así poder desarrollarse con autonomía y libertad, ya que el derecho a la identidad es parte esencial del derecho a la personalidad, de esta forma es recogido en la Convención Internacional de Derechos del Niño, principalmente en los siguientes artículos: Artículo 7: *“El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos”*. Artículo 8: N° 1: *“Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.”* Artículo 8 N° 2: *“Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiada con miras a restablecer rápidamente su identidad.”* Y en el Pacto de San José de Costa Rica, Artículo 18: *“Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o a uno de ellos.”* También puede estimarse que se recoge este principio en el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 3 de la Pacto de San José de Costa Rica, al reconocer ambos, el derecho que tiene toda persona al reconocimiento de la personalidad jurídica. Por su parte, se afirma que el derecho a la identidad emana de la propia dignidad de la persona; estando esta última reconocida en la propia Constitución Política, artículo 1 y también en diversos Pactos Internacionales de Derechos Humanos.

Este principio es recogido en nuestro ordenamiento por la ley 19.585 que establece el derecho a la identidad, haciendo prevalecer la verdad biológica o real por sobre la verdad formal, y de cualquier consideración social, familiar o moral, que la entorpezca. Permitiendo la investigación de la paternidad y/o maternidad, para que todas las personas puedan tener determinada su filiación. En este punto los avances científicos juegan un rol protagónico, ya que con las pruebas biológicas existentes hoy para probar la paternidad y maternidad, este derecho puede ser efectivamente satisfecho. El derecho a investigar la paternidad o

maternidad se consagra en el Código Civil en su Libro I, Título VIII “De las Acciones de Filiación”. El artículo 195 del Código Civil posibilita la investigación de la paternidad y maternidad y el artículo 198 establece la libertad de prueba estableciendo además una excepción al principio de pasividad de los tribunales en materia civil, ya que podrá decretar pruebas de oficio, facilitando así alcanzar la verdad biológica, que es una⁷. Y si bien, en la ley prima la verdad real, con una primacía declarada del derecho a la identidad, existen excepciones, como la posesión notoria del estado civil.

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

En esta causa han quedado acreditados una serie de hechos que conforman este derecho a la identidad en las dos fases, de las niñas, en una situación que combina tanto la verdad biológica-genética como social: las niñas genéticamente, afectivamente y socialmente son hijas de la demandante: el informe genético fue contundente al establecer la maternidad genética acreditada con respecto a la actora, y exclusión de maternidad con respecto a la demandada; las niñas siempre han vivido con la demandante y es esta quien asume todos sus cuidados y crianza

⁷ SCHIMIDT CLAUDIA Y VELOSO VALENZUELA, PAULINA. La filiación en el nuevo derecho de familia. Conosur Ltda. 2001.

⁸ HERRERA, Marisa, Manual de Derecho de las Familias, Bs As, Abeledo Perrot, 2015

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

en conjunto con el padre de éstas, y además socialmente son reconocidas como hijas de ella, es decir, la verdad biológica y social dan cuenta de éste vínculo, que no es más que un vínculo de filiación.

NOVENO: Es importante si, hacer presente que hay quienes señalan que frente a un contrato de maternidad gestacional subrogada, se debe considerar madre a quien ha gestado y parido al hijo y, por lo tanto, se aplican las reglas generales del Código Civil. Y que a pesar de que la maternidad se encuentre disociada, no procede la impugnación de la maternidad, ya que la ley establece causales taxativas para su impugnación, dentro de las cuales no se establece alguna que permita alegar que el óvulo pertenece a otra mujer o bien, que la voluntad procreacional reside en una mujer distinta a la madre gestante¹⁰, hay otros que se inclinan por el criterio volitivo, señalando que la intención de engendrar nace de los padres comitentes y que sin esta voluntad no se hubiera celebrado el contrato, ni se hubiera llevado a cabo la aplicación de la maternidad gestacional subrogada como técnica de reproducción asistida, es decir, la voluntad de la madre comitente es la que determinará el surgimiento de una serie de hechos que finalmente terminarán con el nacimiento de un niño. Teniendo en cuenta además, que la voluntad y aporte que presta la madre sustituta sólo tiene relevancia una vez que la madre comitente ha manifestado la voluntad de procrear. Un tercer criterio es el genético, el cual constituye una alternativa para de determinar la maternidad del hijo nacido mediante un contrato de maternidad gestacional subrogada, los autores que defienden esta tesis sostienen que el artículo 182 del Código Civil constituye una aplicación del sistema general de determinación basado en la descendencia genética, ya que, la expresión legal "someterse" que utiliza dicho artículo, estaría haciendo referencia a la persona que aporta el material genético, en este caso sus óvulos¹¹, esta última hipótesis ya fue descartada al referirnos a la historia de dicha norma, y al considerar que tampoco procede una interpretación evolutiva, ya que el legislador

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

¹¹ Turner, S., "Maternidad disociada", en Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, nº 24, 2003, pp. 442-453.

expresamente en actas señaló que no abordaría dicho supuesto. Con respecto al primer criterio, es evidente que el hecho del parto es normalmente acreditable y brinda la certeza y seguridad necesaria en el derecho de filiación. Es por ello que se establece como una presunción para la determinación de la maternidad, pero una presunción simplemente legal que en principio admitiría prueba en contrario pues, la regla del parto tiene sentido cuando se condice con la realidad, lo que no ocurre en la maternidad disociada donde resulta insuficiente. Resulta ilógico atribuir la maternidad a una mujer que jamás tuvo el deseo de engendrar un hijo para sí, ni asumir las responsabilidades que de ello derivan, teniendo en especial consideración el interés superior de estas niñas, el que no puede sacrificarse en virtud de la certeza y seguridad que brinda la regla del parto¹².

DECIMO: Que además, el derecho a preservar la identidad de las niñas debe ser respetado y garantizado, con la finalidad de determinar el interés superior de éstas, como lo establece expresamente la Observación General N°14 (2013) del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, que señala: *“El derecho del niño a preservar su identidad está garantizado por la Convención (art. 8) y debe ser respetado y tenido en cuenta al evaluar el interés superior del niño.”* (Párrafo 55). La determinación del interés superior de las niñas, así como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹³, se debe hacer a partir de una evaluación de las circunstancias que rodean el caso, como son las características individuales del niño en concreto, y sus circunstancias, es decir, su concreción debe hacerse a la luz de interpretaciones que abarquen hechos concretos y reales que sean relevantes al momento de tomar la decisión.¹⁴ Es decir, la manera

¹² “PROCEDENCIA DE LA MATERNIDAD GESTACIONAL SUBROGADA EN EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL CHILENO” Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales universidad Austral de Chile. Carol Andrea Rail Pacheco en <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2010/fjr152p/doc/fjr152p.pdf>

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

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

en que hacemos efectivo el interés superior de las niñas **NOMBRE_NIÑA_1** y **NOMBRE_NIÑA_2**, en este caso concreto, es reconociendo sus otros derechos, incluido el derecho a la identidad, siguiendo así la posición del autor Miguel Cillero, quien postula que la Convención de los Derechos del Niño formula el principio de interés superior como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de todos ellos.¹⁵

El interés superior de las niñas **NOMBRE_NIÑA_1** y **NOMBRE_NIÑA_2** debe ser determinado teniendo en cuenta el derecho a la identidad de las niñas, es decir, de tal manera que el elemento dinámico de su identidad - dado por el ejercicio de la maternidad afectiva y social de la demandante - se vea reflejado en la filiación legal de las niñas, pues solo así se satisface tal derecho a la identidad. Por otra parte, las niñas tienen derecho a la vida familiar, a preservar sus relaciones familiares, de tal manera que resulta vulneratorio que la ley impida que la filiación legal sea reflejo de la verdadera situación familiar de las niñas y sus padres.

UNDECIMO: Por último, es importante señalar que algunos autores han sostenido que el pacto de maternidad gestacional subrogada sería nulo, atendida la ilicitud del objeto, al versar el pacto sobre el cuerpo humano, transformándolo en un objeto de comercio¹⁶. Gómez de la Torre, por ejemplo, señala que el contrato es nulo o inexistente al tener como objeto el cuerpo humano el cual está fuera del comercio, además de ser su causa ilícita al atentar contra la moral y las buenas costumbres¹⁷. Sin embargo, estos argumentos considera este tribunal, sólo tienen asidero en el caso de los pactos onerosos, puesto

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

¹⁶ HERNAN CORRAL TALCIANI, "Reproducción Humana Asistida y Filiación. Un análisis del nuevo artículo 182 del Código Civil en <https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/art-182cc.pdf>

¹⁷ Gómez de la Torre, M., *La fecundación in vitro y la filiación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993.

que, en el caso de los contratos de maternidad gestacional subrogada gratuitos- como este caso- ya no se estaría transformando en “objetos de comercio” el cuerpo de la mujer que gesta a la criatura, ni a las hijas.

DUODECIMO: Que por lo expuesto se acogerán las demandas de impugnación y reclamación de paternidad incoadas por la demandante, de tal manera de hacer efectivo el ejercicio de su derecho a procrear y el derecho a la identidad de las niñas.

Y visto además lo dispuesto en los artículos 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 28, 29, 32, 45, 46, 55, 65, 66 de la ley 19.968, artículos 181, 183, 195, 197, 198, 199, 205, 208, 217, 221 del Código Civil, Convención de los derechos del niño, Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto de San José de Costa Rica, Observación General N°14 (2013) de Naciones Unidas, artículo 1 y 5 de la Constitución Política de la República, se resuelve:

Que se Acogen las demandas de impugnación y reclamación de maternidad interpuestas y en consecuencia se declara que las niñas **NOMBRE_NIÑA_1**, Run **RUT_NIÑA_1** y **NOMBRE_NIÑA_2**, Run **RUT_NIÑA_2**, nacidas con fecha [REDACTED] de 2016, sus nacimientos se encuentran inscritos bajo el número [REDACTED] y [REDACTED], ambos del año 2016, de la circunscripción de Vitacura, sexo femenino, son hijas de doña **DEMANDANTE**, Run **RUT_DEMANDANTE**.

Que en consecuencia deberá practicarse por el Servicio de Registro Civil una nueva inscripción sustituyendo el nombre de **DEMANDADA**, Run **RUT_DEMANDADA**, por el de doña **DEMANDANTE**, Run **RUT_DEMANDANTE**, como madre de las niñas, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 221 del Código Civil, una vez que la presente sentencia se encuentre ejecutoriada.

Que deberá asimismo modificarse el nombre de las niñas **NOMBRE_NIÑA_1**, Run **RUT_NIÑA_1** y **NOMBRE_NIÑA_2**, quienes pasarán a llamarse **NUEVO_NOMBRE_NIÑA_1**, Run **RUT_NIÑA_1** y **NUEVO_NOMBRE_NIÑA_2**, respectivamente, en su partida de nacimiento.

Ofíciase al Registro Civil

Notifíquese a las partes por correo electrónico.

RIT C- R_I_T

**DECRETADO POR DOÑA MACARENA REBOLLEDO ROJAS, JUEZA
TITULAR SEGUNDO JUZGADO DE FAMILIA DE SANTIAGO.**