

Santiago, tres de diciembre de dos mil dieciocho.

VISTOS Y OÍDOS:

1°.- Ante este Tribunal de Familia compareció **Marion Jeannette Yáñez Varas**, R.U.N.14.465.532-K, dependiente, domiciliada en Valle del Elqui N° 1850, comuna de Huechuraba, Santiago quien dedujo demanda de impugnación y reclamación de maternidad, en contra de **Emilia Paola Cabeza Alcaíno**, R.U.N. 11.645.646-K, independiente, domiciliada en calle salomón Sack N° 968, comuna de Independencia, Santiago, solicitando que se establezca que el niño **Agustín Alonso Fuentes Cabeza**, R.U.N. 26.327.990-5, es su hijo, ordenando la correspondiente subinscripción en la partida de nacimiento.

2°.- El día 4 de septiembre de 2018 se efectuó la audiencia preparatoria. En esta audiencia, la demandante expuso los fundamentos de su acción, la demandada contestó allanándose, se determinó el objeto del juicio y los hechos a acreditar, las partes ofrecieron la prueba y se les citó a la audiencia de juicio.

3°.- Los días 12 y 16 de noviembre de 2018, se efectuó la audiencia de juicio. En estas audiencias se recibió la prueba y luego de las observaciones el tribunal entregó su decisión y fijó la fecha para la lectura del fallo.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: La demandante funda su demanda en que junto su pareja y actual cónyuge Claudio Andrés Fuentes Guerrero se embarazó en el año 2014, lo que les produjo una enorme felicidad puesto desde que se conocieron su deseo fue formar una familia. Sin embargo, presentó una serie de complicaciones al desarrollar un embarazo cervical que derivó en una hemorragia que la obligó a trasladarse a una clínica especializada que contara con los medios para atender su delicado estado.

Debido a la inviabilidad del embarazo, el médico a cargo procedió a solicitar una serie de exámenes para elegir el tratamiento más idóneo, iniciando la aplicación de metrotexaco, medicamento que evita el desarrollo del embrión, suspendiendo el embarazo. Luego de unos días en la clínica Santa María y debido a la presión existente, su isapre decidió no continuar con el tratamiento en dicha institución por lo que debió regresar a la clínica de convenio según su plan de isapre, lo que fue complejo dado que la clínica Indisa rechazó todo tratamiento que desencadenara un posible aborto terapéutico.

Por lo anterior, tuvo que interponer numerosos reclamos ante la isapre y la clínica, explicando que ésta debía asegurar el tratamiento evitando una posible intervención que conllevara la extracción de su útero. Luego de una tensa y extensa gestión se autorizó su traslado nuevamente a la clínica Santa María para continuar con el tratamiento original, el que no hizo efecto y tras veinte días internada la junta médica procedió a realizar un nuevo tratamiento “embolización”, intervención que consiste en restringir el flujo sanguíneo a la arteria impidiendo que llegara al embrión; este tratamiento se reversaría de forma



natural en su organismo. Lamentablemente, luego de 48 horas se detectó la muerte del embrión. Este doloroso período tuvo una duración de treinta días y ocasionó una condición anormal en ella produciendo que hasta la fecha no menstrúe, dejándola estéril dado el daño en su endometrio producto el tratamiento indicado.

Posteriormente, intentó regenerar su endometrio para cumplir junto a su marido el deseo de ser padres, mediante diversos tratamientos a base de hormonas, orientados a efectuar inseminaciones controladas las que concluyeron en resultados negativos. Con posterioridad a la grave situación que vivieron, decidieron casarse y formar su vida juntos, siempre con la esperanza de poder concebir un hijo fruto de su amor y deseo de ser padres por lo que se siguieron sometiendo a tratamientos de fertilidad y ante su imposibilidad de embarazarse, ella y su cónyuge decidieron completar su deseo de ser padres recurriendo a los avances de la medicina mediante las técnicas de reproducción asistida, cómo es la *maternidad subrogada*, es decir aquel acuerdo de voluntades entre dos sujetos mediante el cual una mujer fértil acepta embarazarse y llevar a su vientre un niño para una persona, con la intención de entregárselo, pudiendo asumir el carácter oneroso o gratuito.

Lo anterior fue posible cuando su amiga de hace 22 años, Emilia Cabeza Alcaíno, demandada en esta causa, vio un reportaje en televisión donde la madre de su hija infértil había aceptado gestar en su vientre a su nieto, y se ofreció para llevar adelante el embarazo, sin mediar contraprestación de dinero. La historia de amistad de Emilia Cabeza con su familia se remonta al año 1996, cuando se conocen con sus padres generando un estrecho acercamiento. Actualmente, ambos grupos familiares son considerados uno solo sin importar que no tengan lazos sanguíneos.

El procedimiento estuvo a cargo del doctor Cefatti, quien trabaja en la fundación San Cristóbal y se concretó previa evaluación médica de Emilia Cabeza. No estuvo exento de dificultades ya que tuvo que prepararse mediante hormonas con la finalidad de contar con óvulos de buena calidad, procedimiento de fecundación que se realizó en la ciudad de Lima, Perú, junto a la entrega de espermatozoides. Éste proceso se repitió en dos oportunidades en donde ella debía ser intervenida extrayendo sus óvulos y su cónyuge dejando su muestra de espermatozoides. Luego, tras analizar los óvulos se seleccionaron tres que resultaron aptos para ser transferidos al vientre de su amiga, evitando así alguna enfermedad posterior.

Así, programaron un viaje a la clínica Monterrico ubicada en Lima, donde se completó la transferencia de los óvulos fecundados en el vientre de Emilia Cabeza, proceso que fue vivido por ella y la demandada por normativa interna de la clínica, comunicándoles que el proceso había sido exitoso. Esa noticia cambió sus vidas; vivieron junto a su cónyuge el embarazo al lado de Emilia, queriendo conocer cada día sobre el estado gestacional, los movimientos



del feto, malestares, antojos y otros, convencidos que el bebé en el vientre de la demandada era suyo y agradeciendo infinitamente el ofrecimiento gratuito de su amiga, fruto del amor hacia ella y con el propósito de verlos felices como matrimonio. Añade que durante la gestación se acompañó de un proceso de inducción de lactancia materna, para que una vez nacido su hijo pudiera amamantarlo.

Por último, agrega que junto a su cónyuge están conscientes que la maternidad subrogada no cuenta con regulación legal, sin embargo tampoco el ordenamiento jurídico la prohíbe expresamente, así nos encontramos ante un vacío legal que afectaría la filiación de su hijo Agustín Fuentes, al reconocer el artículo 183 del Código Civil una maternidad determinada por el parto y que tras revisar la historia de la norma el artículo 182, no reconoce el aporte genético de un tercero al momento de determinar la maternidad del recién nacido fruto de técnicas de reproducción asistida. Esta ambigüedad jurídica atenta contra el interés superior de su hijo el cual no puede sacrificarse en virtud de la certeza jurídica que otorga la regla del artículo 183 del Código Civil, regla que no es coherente con la realidad actual. La demandada no se siente madre de Agustín ni tampoco desea asumir la responsabilidad que ello implica.

Termina refiriendo que con fecha 15 de junio del año 2018, el niño de autos, Agustín Fuentes Cabeza nació y dada la normativa vigente fue inscrito con una filiación distinta a la que le corresponde respecto a su verdadera madre biológica, es decir, aquella madre que aportó su material genético en este proceso de reproducción asistida, la demandante Marión Yáñez Varas y su cónyuge don Claudio Fuentes Guerrero.

SEGUNDO: En su escrito, la demandada refiere que son efectivos todos los hechos en que se funda la demanda, especialmente la circunstancia de que el niño Agustín Alonso Fuentes Cabeza es hijo de la demandante.

TERCERO: Las partes rindieron la siguiente prueba:

Prueba de la parte demandante:

I.- Documental:

1.- Certificado de nacimiento de Agustín Alonso Fuentes Cabeza, emitido por el Registro Civil de fecha 11 de noviembre de 2018, que da cuenta de su nacimiento el 15 de junio de años 2018.

2.- Certificado de matrimonio entre Claudio Andrés Fuentes Guerrero y Marion Jeannette Yáñez Varas, emitido por el Registro Civil de fecha 11 de noviembre de 2018, que señala que están casados desde el 3 de octubre del año 2015, inscrito en la circunscripción de La Pintana, con el número 420 del registro sin número, del año 2015.



3.- Certificando de afiliación emitido por la Isapre Cruz Blanca de fecha 4 de julio de 2018, dando cuenta que Claudio Andrés Fuentes Guerrero es afiliado de dicha Isapre y actualmente mantiene entre sus beneficiarios a Agustín Fuentes Cabeza.

4.- Informe médico emanado del doctor Alejandro Rubio, médico ginecobstetra de la Clínica Indisa, de fecha 10 de octubre de 2014, que refiere que la demandante es paciente de 34 años nulípara, portadora de embarazo cervical de seis semanas, derivada de la clínica Santa María por razones de cobertura preferente de su isapre con la clínica Indisa, como parte del manejo médico. Se acompañan: a) informe de servicios de urgencia de atención respecto a la demandante de fecha 7 de octubre de 2014, dando cuenta del ingreso a la urgencia con un diagnóstico presuntivo de aborto no especificado, y egreso el 8 del mismo mes, certificado que emana del doctor Cristian Pérez Corbalán el que da cuenta de la consulta por metrorragia aguda; ecografía muestra saco gestacional en canal cervical; paciente con indicación de hospitalización se traslada a clínica Santa María por falta de camas disponibles en clínica Indisa; b) certificado emanado de la doctora Gina Acosta Cubillos, residente de turno, de fecha 11 de octubre de 2014, emanado de la clínica Indisa, dando cuenta que por solicitud de la isapre, se explica el motivo de traslado de la paciente con un embarazo de 53 semanas ectópico cervical, en clínica Santa María, quienes iniciaron tratamiento médico con metrotexate, el 8 de octubre de 2014. Por políticas de la clínica Indisa, no se puede realizar dicho tratamiento médico en embrión vivo latidos cardíacos positivos, por lo cual debe trasladarse a otra clínica en donde por protocolo acepte dicho manejo; y c) certificado emanado de la clínica Indisa de fecha 2 de mayo de 2017, mediante el cual el doctor Hugo Sovino certifica que la demandante y su cónyuge presentan infertilidad secundaria de dos años y medio.

5.- Fotocopia que da cuenta del pago de procedimiento de fertilización in vitro a nombre de la demandante, dando cuenta de los tratamientos realizados y el costo por honorarios médicos, emanados de la obstetra Sandra Galindo del grupo Pranor.

6.- Dos reportes de transferencia de dinero de la empresa AFEX de 8 de septiembre y 26 de julio de 2017 por US\$4.000 y US\$10.000, efectuadas por Marion Yáñez Varas a PRANOR SAC.

7.- Acuerdo privado de útero subrogado de fecha 19 de octubre de 2017, suscrito en Lima, Perú, entre Marion Yáñez varas como futura madre y Claudio Fuentes Guerrero, ambos casados entre sí, como pareja beneficiaria; y Emilia Cabeza Alcaíno, casada con Ricardo Martínez Martínez, como colaboradora. El contrato especifica que la colaboradora libremente decide ayudar a la pareja beneficiaria para que sean padres biológicos de un niño o niña, sometiéndose a un tratamiento de técnicas de reproducción humana asistida por causa de que la



futura madre no puede sostener un embarazo. Señala además que la colaboradora no creará vínculo con el recién nacido; sabe que el embrión será implantado en su útero y que no tiene material genético compartido con el embrión. Se adjunta: a) Consentimiento de donación de embriones; b) Consentimiento para transferencia embrionaria de embriones crio preservación recibidos en adopción; y c) Consentimiento para transferencia al útero de embriones desvitrificados.

8.- Certificado de atención de fecha 3 de noviembre de 2018, emanado de Apechuga, suscrito por la enfermera matrona Blanca Ossa en que se indica haber atendido a la demandante en el proceso de inducción a la lactancia materna para amamantar a su hijo Agustín.

9.- Certificado de fecha 26 de septiembre de 2018, emanado del doctor Cesar Caffati en que describe las diversas alternativas llevadas a cabo a fin de que la demandante pudiera quedar embarazada, y señala que lo último fue el procedimiento para implantar el óvulo fecundado en el útero de la madre subrogante.

II.- Testimonial:

1.- Declaración de Ángela Leiva Carreño quien señaló en síntesis que fue compañera de colegio de la demandante a la que conoce hace 24 años y siempre han compartido a nivel familiar, en fiestas, reuniones, etc.; también conoce al marido de su amiga desde el 2013 cuando estaban recién saliendo como pareja. Marion antes de casarse ya había tenido la primera pérdida de su feto, ella fue a la clínica y estuvo con ella y vio cómo su amiga estaba muy triste y lloraba mucho porque no podría tener hijos. Con lo que ha ocurrido su amiga ha estado feliz, asistió a los controles, ecografías, vio fotos y compró ropa como cualquier madre, incluso organizó un baby shower. Señaló que conoce a Emilia hace años, se han encontrado cuando se gestó el tema de Agustín, son amigas y ha estado presente en ese proceso. Marion cumplió su sueño, está feliz, es una madre 24/7, se ríe y desde que nació está orgullosa de su hijo.

2.- Declaración de Lilian Varas Esueile quien señaló en síntesis que es la madre de Marion Yáñez Varas; que Emilia es su amiga del alma hace más de veinte años, es la hermana que nunca tuvo, son vecinas, madrinas de sus respectivos hijos; su hija está feliz, con Agustín se conectan; Agustín es su nieto; su hija pasó por un proceso doloroso que terminó en un aborto terapéutico, tuvo hemorragias en el cuello del útero, estuvo un mes hospitalizada. Un día Emilia la llama por teléfono para que vea un programa en la televisión donde se relataba el caso de una madre que había prestado el útero para que su hija pudiera ser madre, le contestó a Emilia que no podía hacer eso por Marion pero Emilia le dijo “yo sí puedo”; al poco tiempo hablaron con el médico que les dio esperanzas, estuvo involucrada en este proceso 100% y señala que no hubo ningún pago de dinero a Emilia.

III.- Declaración de parte:



Declaración de doña Emilia Cabeza Alcaíno, demandada, quien señaló que hace 23 años que conoce a Marion cuando llegó a vivir a unas seis casas de distancia, conoce a la madre y trabaron amistad; se le exhibieron las fotografías y describió que aparece ella, su hijo y Marion en el matrimonio de su hermano (foto 1); en la segunda foto aparece Marion y ella en el matrimonio (foto 2); el año nuevo que pasaron juntas (foto 3); Marion, su esposo y ella en un cumpleaños (foto 4); y en un paseo después de la pérdida de Mario, la foto fue tomada por ella junto a sus hijos en la playa (foto 5). Describe cómo se gestó la idea de la maternidad subrogada al ver un programa de televisión donde mostraban un caso similar, luego pidieron hora al médico y fueron juntas; la maternidad de Agustín la asumió como correspondía, era como un trabajo que estaba haciendo y se sentía responsable de entregarlo, no contaba las semanas, se sentía como una maquinita, Marion estuvo siempre al lado, le hablaba a su hijo a través de su vientre, vivió el embarazo día a día; no se siente madre, ella ya ha sido madre de tres hijos, entregó a Agustín a su madre, el niño no necesita nada de ella.

IV.- Otros medios de prueba:

Cinco fotografías en color exhibidas a la demandada y reconocidas por ésta.

Prueba de la parte demandada:

Declaración de parte:

Declaración de Marion Yáñez Varas, demandante, quien señaló que se realizó diversos procedimientos para quedar embarazada pero nada resultó, después quedó sin ganas de nada, nada tenía sentido para ella pero nunca dejaría de luchar por tener un hijo; llegaron a la maternidad subrogada gracias a Dios, porque una amiga vio un caso por televisión y así surgió la idea porque su amiga lo ofreció, fueron al médico; no pagó nada por el acuerdo con su amiga, fue solo un gesto de amor de ella, solo pagaron el hospital y el procedimiento médico; Agustín es su hijo, está con ella y lo quiere más que a nada.

Prueba del tribunal:

Pericial:

1.- Informe de maternidad mediante análisis de ADN (STRs) de fecha 13 de septiembre de 2018, elaborado por el laboratorio Biogenetics, donde señala las muestras analizadas del presunto hijo Agustín Fuentes Cabeza y de Marion Yáñez Varas, presunta madre. Describe la metodología usada mediante extracción de ADN, muestra la tabla de los marcadores genéticos de ambas muestras y en el resultado señala que hay compatibilidad entre el genotipo de la presunta madre y el perfil alélico de origen materno del hijo, concluyendo que se incluye la maternidad del hijo respecto de la presunta madre con una probabilidad de 99,99998% que corresponde a una maternidad biológica acreditada.

2.- Informe de maternidad mediante análisis de ADN (STRs) de fecha 13 de septiembre de 2018, elaborado por el laboratorio Biogenetics, donde señala las



muestras analizadas del presunto hijo Agustín Fuentes Cabeza y de Emilia Cabeza Alcaíno, presunta madre. Describe la metodología usada mediante extracción de ADN, muestra la tabla de los marcadores genéticos de ambas muestras y en el resultado señala que hay incompatibilidad entre el genotipo de la presunta madre y el perfil alélico de origen materno del hijo, concluyendo que se excluye la maternidad del hijo respecto de la presunta madre analizada.

CUARTO: Valorada la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, a continuación se exponen los hechos que han resultado probados.

1.- *“Agustín Fuentes Cabeza nació el 15 de junio de 2018, tiene seis meses de edad y figura con filiación determinada respecto de Claudio Fuentes Guerrero como padre y Emilia Cabeza Alcaíno como madre”.*

Se trata de un hecho que ha podido ser verificado mediante la información contenida en el certificado de nacimiento emitido por el registro Civil, por cuanto por su naturaleza posee idoneidad para sustentar la afirmación de la filiación descrita, aparte del valor probatorio preasignado en la ley a su respecto. Además, la calidad de padre se ha podido evidenciar como reafirmación de lo anterior, en el hecho de que el padre del niño lo tiene inscrito en su isapre como beneficiario de salud, tal como aparece descrito en el certificado de la isapre CruzBlanca.

2.- *“Marion Yáñez Varas y Claudio Fuentes Guerrero son cónyuges desde el 3 de octubre de 2015”.*

Así consta del certificado de matrimonio que para efectos de respaldar el hecho señalado posee la fuerza probatoria suficiente dada la fuente de la que emana y del valor preasignado en nuestra ley.

3.- *“Marion Yáñez Varas tiene infertilidad secundaria producto de un embarazo patológico ocurrido en el 2013, produciéndose un aborto espontáneo que generó que su útero dejara de funcionar y de servir para llevar adelante un embarazo”.*

En relación a este hecho, los documentos aportados refuerza suficientemente la plausibilidad del hecho como antecedente de la vida real de la demandante, ya que así aparece en el certificado médico de fecha 26 de septiembre de 2018 del médico César Cafatti y el informe médico de la clínica Indisa donde se recopila una serie de antecedentes en que se describe el proceso de embarazo fallido que derivó finalmente en su infertilidad. Todos estos documentos poseen los signos necesarios que los hacen fiables, puesto que emanan de terceros ajenos al juicio, algunos son documentos originales y contienen información médica que es de aquella generalmente confidencial, por lo que no aparece ningún indicio como para estimar que se trata de información incorrecta o falsa.

4.- *“La demandante y su marido, ante la imposibilidad de ser padres por la*



infertilidad de la señora Yáñez, decidieron someterse a un proceso de fertilización in vitro e implantar el embrión en un vientre subrogado mediante un acuerdo previo gratuito.

El procedimiento se realizó con éxito y la madre subrogante fue la amiga de la demandante, la señora Emilia Cabeza Alcaíno, quien dio a luz a Agustín el día 15 de junio de 2018”.

En este sentido, constan declaraciones de las testigos Ángela Leiva y Lilian Varas, personas estrechamente ligadas a la demandante, la segunda es su madre; ambas describieron detalladamente el proceso de fertilización al que se sometieron la demandante y su marido y que la madre sustituta fue la amiga Emilia Cabeza, coincidiendo en los elementos descritos en el hecho probado. Además, de la declaración de cada parte se observó total concordancia en cuanto a que existió el procedimiento de maternidad subrogada sin pago de dinero.

Estima el tribunal que las razones que justifican las testigos para conocer de estos hechos son plausibles y esperables, toda vez que en la realidad se muestra como algo regular el que entre personas estrechamente ligadas existe un conocimiento de asuntos que en general son de orden familiar y por ende más privado, de modo que las declaraciones en este punto son de tipo vivencial, es decir, se fundan en el conocimiento común y cotidiano que da la cercanía entre las personas. Entre la demandante y demandada además se vio concordancia absoluta en cada uno de los elementos descritos, por lo que todas estas declaraciones convergen hacia la reafirmación del hecho.

Por otra parte, hay una serie de documentos, como el contrato de maternidad subrogada entre la demandante y su esposo con la demandada en que se refuerza la efectividad del hecho y el contenido esencialmente gratuito del acuerdo. Esto fue avalado también por el certificado del doctor Cafatti, el documento que describe el procedimiento y los comprobantes de pago del servicio clínico, los que apuntan a evidenciar que se trató efectivamente de un procedimiento en el contexto de fertilización in vitro e implante del óvulo en la madre sustituta. Toda esta evidencia nuevamente posee la apariencia suficiente que respalda su fiabilidad, por cuanto emana de entes ajenos a este juicio que, por su naturaleza, resulta improbable de sustituir.

Finalmente, y como marco de fondo, la evidencia científica a través de los análisis de ADN confirma la existencia de lo que se viene comentando, por cuanto es evidente la incongruencia en materia de filiación materna que no podría explicarse sino acudiendo a la verdad del hecho descrito.

5.- *“Agustín Fuentes Cabeza no es el hijo biológico de Emilia Cabeza Alcaíno; su madre biológica es Marion Yáñez Varas”.*

Esta aserción aparece categóricamente afirmada en la prueba. En efecto, los dos análisis de ADN efectuados al niño y a la demandante y demandada, han



determinado que quien figura como la madre desde el punto de vista legal, no lo es; versus la demandante que sí tiene conexión biológica con el niño, quien comparte el material genético de ella y del padre. Se trata de evidencia científica, sobre la base de una metodología estandarizada a nivel internacional y nacional que es compartida por la comunidad científica y cuyas conclusiones se sabe son prácticamente absolutas. En este caso dos exámenes efectuados son suficientemente fuertes desde el punto de vista probatorio por cuanto al analizar muestras respecto de una misma persona en relación a otras, la probabilidad de error es casi de 0.

Además, la ciencia es uniforme en cuanto a la validez y fiabilidad de este tipo de análisis, precisamente por el desarrollo de las técnicas en que se funda que garantizan la corrección de verdad de sus conclusiones. Por otro lado, es un conocimiento científico afianzado el hecho de que en un caso de maternidad subrogada, la sustituta no trasfiere material genético al embrión, actúa como un instrumento o recipiente donde se desarrolla el feto, lo que significa que desde el punto de vista biológico y genético, la conexión del niño así concebido es con quienes aportaron el óvulo y el espermatozoides necesarios para la concepción, y a quienes corresponde reconocer como los padres biológicos.

QUINTO: Como se ve, en el caso de autos la demandante ha entablado conjuntamente las acciones de impugnación y reclamación, estando previamente determinada la filiación materna que se impugna en contra de la demandada.

Entrando ahora al fondo de la materia traída a conocimiento del tribunal, los hechos justificados como acreditados en el considerando anterior, permiten advertir que la filiación que en la actualidad detenta el niño Agustín no coincide con su verdadera filiación biológica, toda vez que no es en realidad hijo de la demandada sino que lo es de la demandante, lo que se constató inequívocamente a través del análisis científico de ADN.

Así, como la filiación materna que actualmente detenta el niño se basa en la determinación legal operada a instancias del Registro Civil, conforme a lo dispuesto en el artículo 183 del Código Civil, no obstante puede ser derrotada por el establecimiento de la verdadera filiación basada en la realidad genética, segura y exacta, que se impone a la primera, con lo que ha adquirido consistencia y credibilidad la versión de la parte demandante en cuanto al por qué de la situación actual generada en el procedimiento de fertilización utilizado y en el implante del embrión en el útero de la demandada, todo mediado por un acuerdo sin pago y fundado en los sentimientos de solidaridad y amistad entre las partes.

De esta manera, si por verdad entendemos la correspondencia de las aserciones sobre hechos con la realidad, entonces aparece justificada la pretensión de la actora, porque así se pudo establecer a partir de las conclusiones del análisis de ADN. Esta es una realidad objetivada, y por lo tanto es verdadera la aserción fáctica de la pretensión.



SEXTO: En estos autos el conflicto jurídico ha versado acerca de la demanda de impugnación y reclamación de la filiación, entablada por quien se pretende la verdadera madre del niño Agustín, su madre biológica, en contra de quien aparece hoy en día como la madre en virtud de la determinación de la maternidad por el hecho del parto. La razón, que la demandante junto a su marido y padre del niño, se sometieron a la técnica de fertilización *in vitro* (FIV) y el óvulo fecundado fue implantado en el útero de la demandada, amiga de la demandante, quien llevó adelante el proceso de gestación y parto, naciendo el niño el día 15 de junio de 2018, quedando determinada la filiación materna del niño respecto de la demandada quien figura como su madre.

SÉPTIMO: Nuestro sistema de filiación reconoce varias clases o fuentes de filiación, a saber, la *filiación por naturaleza* descrita en el artículo 179 del Código Civil, con su subclasificación en matrimonial y no matrimonial, y que tiene su génesis en la existencia de relaciones sexuales entre los progenitores mediante las cuales se concibe al hijo o hija.

Luego, la *filiación adoptiva* que se genera a partir de la declaración de adopción de un niño, niña o adolescente, respecto del padre y madre adoptivos, lo que crea filiación como vínculo jurídico en que se les reconoce como padres e hijo o hija.

Finalmente, está la filiación originada en la aplicación de las llamadas *técnicas de reproducción humana asistida*, que admite varias modalidades dentro de las posibilidades de la ciencia, como la llamada fertilización *in vitro* (FIV), de uso bastante generalizado.

El caso de autos versa sobre esta última forma de filiación.

OCTAVO: El problema que se plantea se centra en decidir si puede ser acogida la demanda de quien se presenta como verdadera madre, biológica, respecto del niño nacido de quien detenta la filiación materna legalmente determinada, la demandada. La cuestión debe ser resuelta aplicando las normas existentes de nuestro sistema normativo en materia de filiación.

Por una parte, el inciso primero del artículo 183 del Código Civil dispone “*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*”.

Por otra, el artículo 182 señala “*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*”. Luego en su inciso segundo se agrega que “*No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta*”.

NOVENO: Como es sabido, cuando se incorporó el artículo 182 sobre la



filiación por técnicas de reproducción humana asistida, el legislador de la época en 1998 tuvo inicialmente la intención de legislar a continuación sobre los diversos métodos o técnicas y reglamentar este tipo de filiación. Sin embargo, por olvido o dejación, lo cierto es que hasta hoy nunca se completó la actividad tendiente a legislar al respecto, tal como consta de las actas sobre la discusión parlamentaria que forman parte de la historia del citado artículo.

De esta forma, al día de hoy el tipo de filiación descrito ocupa un lugar dentro de la clasificación general a que se ha aludido, pero carece de desarrollo normativo particular en cuanto a la forma en que se determina la maternidad o paternidad para dicho caso especial de filiación. La única referencia a eventuales acciones de filiación ligada a ella, son las que aparecen en el inciso segundo del mentado artículo 182, a modo de obstáculo a las acciones de reclamación e impugnación de quien pretenda accionar en contra del hombre y mujer que se sometieron a dichas técnicas. Esta parte de la disposición no significa que los padres que se sometieron a las técnicas carezcan de acción, al revés, la ley les protege de cualquier iniciativa de terceros que pretendan presentarse como los verdaderos padre o madre, por ejemplo, por haber aportado el óvulo o espermios utilizados en el proceso de fecundación.

Ahora bien, el conflicto se da en este caso por la aparente colisión entre la norma derivada del artículo 182 con la del 183 pues, centrados solo en la maternidad, mientras la primera establece que la mujer que se sometió a la técnica de reproducción humana asistida debe ser tenida como la madre del hijo concebido y nacido, pero omitiendo la forma sobre cómo opera la determinación legal; la segunda disposición regula que debe ser tenida como madre a quien ha dado a luz al hijo a través del parto y siempre que consten el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer. Bajo la primera regla aunque la norma aparece incompleta, la demandante en el caso de autos sería la madre; bajo la segunda, la demandada.

En la especie, la demandada actuó como madre sustituta, es decir, facilitó su útero para recibir el embrión fecundado de la demandante y su marido, desinteresadamente, sin pago de servicios. Esta figura contractual, de carácter gratuito, conocido en la casuística especializada como maternidad subrogada altruista, carece de regulación normativa en nuestro ordenamiento, y, aun resulta dudoso que un contrato de este tipo pudiera ser considerado afecto a objeto ilícito.

DÉCIMO: Entonces, conviene analizar cómo encaja el artículo 182 dentro de nuestro ordenamiento y cómo se resuelve la aparente antinomia con el artículo 183. Se sabe que una antinomia se produce cuando dos normas disponen para un mismo supuesto de hecho, singular y concreto, consecuencias jurídicas entre ellas incompatibles (Guastini 2014, "Interpretar y Argumentar", p. 117).

Sin embargo, no hay tal antinomia, por cuanto los artículos 182 y 183



regulan casos distintos. Mientras el artículo 182 se refiere a la filiación por técnicas de reproducción humana asistidas, el artículo 183 se refiere a la filiación por naturaleza. El parto, en uno y otro caso, aparece asociado a la determinación de la maternidad pero de manera distinta; así, para el artículo 182 la madre es la mujer que se sometió a la técnica e indudablemente contiene el caso de que sea la misma mujer la que ha dado a luz, aunque queda dentro de una zona opaca el caso de que quien haya dado a luz sea la madre sustituta de aquella que se sometió a la técnica; pero, no obstante, falta el desarrollo normativo sobre la forma de determinación de esta maternidad. En cambio, para el artículo 183 la norma expresa que madre es aquella mujer que pasó por el proceso de parto, pero en el contexto de que la concepción se produjo de manera natural entre ella y el otro progenitor, a través de relaciones sexuales previas por cuanto se refiere a la filiación por naturaleza que ya estaba regulada con bastante antelación que la situación del artículo 182.

Así, una manera de resolver este caso sería aplicar derechamente la regla del artículo 183, estableciendo que la maternidad quedó legalmente determinada por el parto, y que en tal sentido, la demandada legalmente es la madre del niño, con lo que solo cabría el rechazo de la acción deducida. Pero, contra esta interpretación, cabría estimar que el caso de autos que es de maternidad subrogada no aparece regulado por norma alguna; y que la norma del artículo 183 no es aplicable porque se refiere a una situación diferente como ya se ha señalado. Tal es para este tribunal la cuestión que se ha planteado en este caso, como se dirá más adelante.

UNDÉCIMO: Se centra entonces el foco en el caso de la maternidad subrogada bajo el contexto normativo del artículo 182 del Código Civil, que como ya se dijo es un caso de filiación *artificial*.

Conviene señalar que, a juicio de esta sentenciadora, la maternidad subrogada por altruismo, es decir, mediante un contrato gratuito, no es un caso de objeto ilícito en el contexto de un contrato prohibido por las leyes. Este contrato en particular no se encuentra prohibido de ninguna forma, no existe texto que contenga una prohibición semejante, de manera que siendo las prohibiciones excepcionales al limitar derechos, requieren de texto expreso que la autorice y solo para los casos expresamente señalados en la ley, sin que sea posible la aplicación analógica respecto de ellas. Por el contrario, la maternidad subrogada, es un caso que carece de regulación normativa como ya se dijo previamente.

Sabemos que el legislador no reguló el desarrollo de la disposición del artículo 182 en cuanto a la manera cómo se determina legalmente dicha filiación, ni ha prevenido los casos de maternidad subrogada. Se trata de una laguna, es decir, concurren supuestos de hecho para los cuales no está dispuesta consecuencia jurídica alguna (Guastini 2014, Op. citada, p. 139). Más



concretamente, en la especie estamos frente a una laguna *axiológica*, desde que falta una norma que debería estar en el sistema normativo para casos como el que se ha presentado ante este tribunal. Esto último, por cuanto según la prescripción del derecho como *debería ser*, y como se justificará en adelante, nuestro ordenamiento no puede omitir la regulación de situaciones como la de autos, en atención a un conjunto de principios que acuden a este caso, de jerarquía superior a las reglas que deficitariamente regulan los casos en materia de filiación, y que se imponen por concretizar derechos humanos provenientes de los sistemas de tratados universales y regionales que integran nuestro ordenamiento jurídico y que se recogen como derechos fundamentales.

DÉCIMO SEGUNDO: Nuestra Constitución Política asegura a todas las personas el derecho a la identidad. Se trata de un derecho implícito, como acertadamente ha resuelto anteriormente el Tribunal Constitucional (STC 1340-2009). Sobre el derecho a la identidad, ha dicho el Juez Constitucional que por vía de tratados internacionales, ratificados por Chile y vigentes, aparece consagrado en nuestro ordenamiento y genera la obligación de los órganos del Estado de respetarlo y promoverlo, en los términos del artículo 5° de nuestra carta fundamental. Dentro de su contenido, este tribunal ha señalado que implica la posibilidad de que toda persona pueda ser ella misma y no otra, con lo que deriva su derecho a ser inscrita inmediatamente al nacer, a tener un nombre desde ese momento y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidada por ellos.

Este carácter se desprende del artículo 7° de la Convención sobre los Derechos del Niño, pero no obstante, este derecho no se agota en los niños, por cuanto la identidad personal como derecho es un derecho personalísimo, inherente a toda persona, independientemente de su edad, sexo o condición social.

DECIMO TERCERO: Vistos los argumentos vertidos en sede constitucional acerca del derecho a la identidad, y no obstante que ha tratado de desarrollar el contenido normativo de tal derecho, aún en tal definición no se ha considerado la real amplitud y contenido que real posee.

En efecto, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) reconoce y protege la dignidad humana como un “[...] *valor fundamental, consustancial a los atributos de la persona y un derecho humano fundamental, oponible erga omnes como expresión de un interés colectivo de la comunidad internacional en su conjunto, que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la CADH*” (Opinión Consultiva OC-24/17, CortelDH, p. 44).

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CortelDH), ha configurado el derecho a la identidad como “*el conjunto de*



atributos y características que permiten la individualización de la persona en la sociedad y que, en tal sentido, comprende varios derechos según el sujeto de derechos que se trate y las circunstancias del caso” (Sentencia Contreras y otros Vs. El Salvador, de 31 de agosto de 2011). El derecho a la identidad se compone de un conjunto de otros derechos, como el derecho al nombre, pero no se reduce a éstos únicamente, puesto que se deriva de la dignidad humana, el derecho a la vida privada y el principio de autonomía de la persona, señalados en los artículos 7 y 11 de la CADH.

La identidad de una persona, viene entonces a configurarse como un derecho que atañe a lo específico de ella, a su individualidad concreta y vida privada, que halla su fundamento en su historia personal y biológica, ambas vividas como experiencia, que desde lo personal se vincula con los demás sujetos a través del desarrollo de los vínculos familiares y sociales. Es por esta razón que las personas legítimamente tienen derecho a que se les reconozca como seres diferenciados y únicos, diferenciables de los otros, de modo que la forma de alcanzar tales fines es mediante el deber del Estado y la sociedad de respetar y garantizar esta individualidad, junto con el derecho a ser tratado conforme a los aspectos esenciales de su personalidad, sin más limitaciones que las que imponen los derechos de las demás personas.

Es así que dentro del derecho de la persona a conocer sus orígenes, el de conocer a sus padres, establecer relaciones con ellos, a tener un nombre ligado a dicho origen biológico, entre otros aspectos, resulta parte esencial del derecho a la identidad desde una de sus dimensiones, como es la de carácter biológica. Sin embargo, como la identidad admite además otros planos interconectados entre sí –como la identidad social– en materia de filiación, la aspiración de que una persona pueda investigar libremente su filiación, pasa necesariamente por lograr como fin último, que tanto la dimensión de la identidad biológica como la social y legal, sean concordantes; esto es la única manera de que una persona vea realizada su aspiración fundamental como individuo de ser reconocido como sujeto único en todas sus dimensiones.

De este modo, una persona cuya identidad biológica no sea concordante con su identidad social y legal, por causa de que el Estado o la sociedad no le reconozcan tal concordancia, constituye una infracción al deber de respeto, garantía y promoción a que se ha aludido; de ahí que en materia de filiación no existan trabas en cuanto a poder indagar la verdadera filiación que se tiene, entendiendo por “verdadera” aquella que pueda ser concordante desde lo biológico con lo social y legal.

A modo de reafirmación de lo que se viene diciendo, nuestro país en días recientes ha promulgado la ley sobre identidad de género, que viene a cumplir precisamente la función integradora del derecho a la identidad en todas sus dimensiones, por cuanto aquellos planos resultan inseparables de ella desde que



a partir de la integralidad el sujeto se reconoce a sí mismo, autoconstruye su identidad e interactúa con los demás. En tal caso, el derecho a la identidad se relaciona con el derecho al nombre y con el reconocimiento de la personalidad jurídica, de la misma forma que en materia de filiación; la identidad se construye desde la concordancia del sujeto en cuanto a su origen conocido, el nombre en función del mismo y el reconocimiento social de la persona como sujeto integrante de una familia que lo dota de su propia identidad.

DÉCIMO CUARTO: En la situación que ha generado la presente decisión, claramente existe una disconformidad entre la identidad biológica de Agustín, cuyos componentes genéticos se ha probado, lo vinculan con personas determinadas que en conjunto han constituido su dimensión genética como un ser relacionado con ellos y no otros. Es así que la situación planteada en los hechos, determinada porque desde el punto de vista legal quien aparece como su madre es la demandada que, desde el punto de vista biológico carece de conexión alguna con el niño, no puede ser admitida como una situación legítima que se consolide por la mera aplicación formalista de una norma que, en realidad, no es aplicable a la situación de hecho producida.

Agustín, a sus seis meses de vida, comienza a construir su identidad personal y social con un grave defecto, el de la discordancia entre tales planos con el de su identidad biológica; de no actuar de otro modo, se produciría una constante tensión y contradicción en el plano de su dimensión familiar, privándolo por el expediente de la aplicación mecánica de la ley, de la posibilidad de expresar su propia identidad desde el conocimiento de quien es realmente su madre, para siempre afectado por una ruptura transversal en la identidad como derecho. No se ve cómo podría este niño seguir adelante el proceso de autoconstrucción de su imagen e identidad con esta grave contradicción.

DÉCIMO QUINTO: Es así que, siendo la regla del artículo 183 contraria a los principios y derechos jerárquicamente superiores que se han descrito en torno al derecho a la identidad de Agustín, no puede imponerse en la especie desde que en este caso la demandada no comparte material genético alguno con quien figura legalmente como su hijo; en tal caso el parto viene a ser solo el hecho constitutivo y necesario para el nacimiento del niño y su presencia en el mundo; pero, en caso alguno puede producir los efectos desde el punto de vista de la determinación de la maternidad, por cuanto aquella ha quedado configurada realmente entre la demandante Marion Yáñez Varas y su hijo Agustín, por la aplicación de la técnica FIV mediante la maternidad subrogada facilitada por el préstamo del útero por parte de la demandada, especialmente si todas las voluntades tienen convergentemente a asumir como legítima esta realidad. Las razones expuestas a juicio de esta sentenciadora, aseguran la plena eficacia del principio de interés superior de Agustín, toda vez que permite que su identidad armonice entre cada uno de sus componentes y dimensiones y, creciendo como



un ser humano sin conflictos en este sentido, la efectividad de sus derechos y su maximización se anticipan garantizadas.

Por estas razones, se acogerá la demanda.

Y visto además, lo dispuesto en los artículos 3, 4, 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño; Convención Americana de Derechos Humanos; artículos 1° y 5° de la Constitución Política de la República; artículos 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 28, 29, 32, 45, 46, 55, 65 y 66 de la ley 19.968; artículos 179, 181, 182, 183, 195, 197, 198, 199, 205, 208, 217, 221 del Código Civil;, se resuelve:

I.- Que se **acogen** las demandas de impugnación y reclamación de maternidad, interpuestas por Marion Jeannette Yáñez Varas en contra de Emilia Paola Cabeza Alcaíno, ya individualizados, y en consecuencia se declara que el niño **Agustín Alonso Fuentes Cabeza, R.U.N. 26.327.990-5, nacido el día 15 de junio de 2018, sexo masculino, inscrito en la circunscripción Vitacura, bajo el número 2.362 del registro del año 2018, es hijo de Marion Jeannette Yáñez Varas, R.U.N. 14.465.532-K, lo que descarta la actual filiación materna que detenta respecto de Emilia Paola Cabeza Alcaíno, R.U.N. 11.645.646-K la que queda impugnada.**

II.- Se ordena que el Registro Civil practique una nueva inscripción, rectificando la actual en el sentido expresado anteriormente, una vez que la sentencia se encuentre firme y ejecutoriada.

III.- Cada parte pagará sus costas.

Manténgase la reserva.

Notifíquese a las partes por correo electrónico.

Se ordena el registro y archivo en su oportunidad.

RIT C-4907-2018.-

RUC 18-2-0823907-0.-

DECRETADA POR DOÑA MÓNICA JELDRES SALAZAR, JUEZA TITULAR DEL SEGUNDO JUZGADO DE FAMILIA DE SANTIAGO.



PKXZXRXZY

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa. A contar del 12 de agosto de 2018, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>