



Universidad de Artes, Ciencias y Comunicación
Facultad Ciencias Jurídicas y Sociales

Magíster en Derecho de Familia e Intervención Familiar

**“LA MATERNIDAD SUBROGADA Y EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR
DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE EN LA LEGISLACIÓN CHILENA.”**

Para optar al Grado Académico de Magíster en Derecho e Intervención Familiar

Profesor guía, sra. María Isabel Wigg Sotomayor.

Estudiantes : Constanza Cortes Jara
Maira Orrego Arroyo
Gery Ortega Klapp

DEDICATORIAS

A mis Hijos Rafael y Sofía y a ti madre sin ustedes nada sería posible.

Constanza Cortés

A Christian, mi amor, mi compañero incondicional y el motor de mis días.

Maira Orrego

A todos los que amo.

Gery Ortega

RESUMEN

La investigación tiene como objetivo conocer los problemas jurídicos de la figura de la maternidad subrogada bajo la legislación chilena, en relación al principio del interés superior del niño, niña y adolescente, al ser una institución que actualmente no se encuentra regulada en el país, pero que surge como una alternativa para las familias que no pueden tener hijos. Se identificaron diferentes proyectos de ley en Chile sobre la materia, argumentos de la doctrina en torno al tema, resultados de la experiencia internacional y fallos de los tribunales frente a la figura, pudiendo determinar que los principales conflictos jurídicos que originaría en relación al principio referido se relacionan con la determinación de la maternidad e inscripción de la partida, la identidad y dignidad de niño o niña y con la seguridad jurídica de los mismos.

Palabras claves: maternidad subrogada, interés superior del niño, niña y adolescente, filiación, jurisprudencia, problemas jurídicos.

ABSTRACT

The investigation's objective to know the legal problems of the surrogate motherhood's in the Chilean legislation, in relation of the principle of higher interest of the child and adolescent, because is an institution that is not regulated in the country, but that emerges as an alternative for families that cannot have children. In the study we were able to find different bills of law in Chile about the theme, arguments of the doctrine around the subject, results of international experience and jurisprudence. In conclusion, we can determine that the main legal conflicts about the principle and the surrogate motherhood are the determination of maternity and registration, the identity and dignity of the child and their legal security.

Keywords: surrogate motherhood, higher interest of the child and adolescent, filiation, jurisprudence, legal problems.

ÍNDICE

1.	Introducción	6
2.	Marco Teórico	8
1.	Maternidad subrogada:	8
1.1.	Marco Teórico Conceptual.	8
1.1.1	Maternidad.	8
1.1.2.	Infertilidad.	9
1.1.3.	Técnicas de reproducción asistida.	11
1.1.4.	Maternidad Subrogada o Vientre de Alquiler.	11
1.1.5.	Clases de Maternidad Subrogada.	12
1.1.6.	Contrato de arrendamiento de útero en la maternidad subrogada.	13
1.2.	Marco Jurídico sobre maternidad subrogada	14
1.2.1	Proyectos de Ley sobre la materia en Chile	14
1.2.2	Argumentos de la doctrina en general	15
1.2.3	Derecho Comparado	18
1.3	Familia	20
1.3.1	Tipos de Familia en la actualidad.	20
1.3.2.	Últimos cambios legislativos en el país.	21
2.	Filiación	23
2.1.	Conceptualización	23

2.2 Determinación de la filiación en Chile	31
2.3. Derechos y obligaciones derivados de la filiación	36
3. Interés Superior del niño, niña o adolescente.	43
3.1. Concepto y consagración	43
3.2. Interés superior del niño y niña y la maternidad subrogada.	47
3.3 Jurisprudencia sobre maternidad subrogada en Chile y su relación con el interés superior del niño.	53
Conclusiones	59
Bibliografía	63
3.	

INTRODUCCIÓN

La infertilidad es un problema que se extiende a todas las clases sociales, tanto a nivel nacional como internacional, trayendo consigo una difícil situación, de orden social, económico y emocional, para las personas que esperan formar una familia. Aún más, en el año 2009, la OMS reconoció a la infertilidad como una enfermedad que afecta individuos (Céspedes y Correa, 2021).

Para resolver tal dificultad, durante los últimos años la investigación biológica y tecnológica ha desarrollado diversas técnicas de reproducción asistida, conformadas por un conjunto de métodos biomédicos, que facilitan o substituyen los procesos biológicos naturales de la procreación humana (Santamaría, 2000), las cuales implican un alto valor económico en razón de los costos directos, indirectos, estructurales y los intentos fallidos (Navarro et al., 2006), acompañados de la incertidumbre en su efectividad, por la que la maternidad subrogada surge como alternativa para muchas parejas.

El vientre de alquiler o maternidad subrogada, se define como aquel acuerdo de voluntades entre dos sujetos mediante el cual una mujer fértil acepta embarazarse mediante un procedimiento de inseminación artificial, y llevar en su vientre un niño para otra persona, con la intención de entregárselo, pudiendo asumir el carácter de oneroso o gratuito (Gallee, 1992, se citó en Rodríguez y Martínez, 2012).

Esta figura ha tomado gran importancia, siendo una materia debatida en lo que respecta a la medicina, la moral y el derecho. En efecto, ha sido considerada como un procedimiento controversial en atención a los efectos negativos que produce para las madres subrogadas (Rodríguez y Martínez, 2012) las que, con fines altruistas o comerciales (Rupay, 2018), mercantilizan e instrumentalizan su cuerpo, poniendo en juego su dignidad humana (Zurriarain, 2019).

A su favor, se ha puesto atención al derecho a formar una familia y la libertad de decisión de las mujeres contratantes de maternidad subrogada, lo que lo justificaría como un medio lícito para los fines que se pretende (Shalev, 1989, se citó en Muñoz,

2021). Sin embargo, algunos resaltan que estas dos mujeres tendrían la calidad de madre de un mismo hijo (Rupay, 2018).

Sin perjuicio de la experiencia internacional, en el panorama social y legislativo del país, esta institución no se encuentra regulada, no obstante, que en la práctica la ocurrencia clandestina de este fenómeno podría generar múltiples conflictos para los involucrados. En este sentido, el derecho de familia no puede ser estático, debiendo adaptarse a los avances de la medicina y desarrollo social del ser humano, lo que va modificando el alcance de lo que se debe entender por familia, haciéndose cargo de los reparos éticos y jurídicos.

Ahora bien, los argumentos se han enfocado básicamente en la mujer y en los derechos de los contratantes, lo que da cuenta del retraso que existe en el ámbito jurídico respecto a la regulación de su práctica (Martínez, 2015), ya que omite a los sujetos más importantes implicados en este tipo de contratos: los niños y niñas que nacen en virtud de la maternidad subrogada.

Es por ello, que la presente investigación tiene como objetivo general, conocer los problemas jurídicos que se derivan de la incorporación de la maternidad subrogada bajo la legislación chilena, considerando el principio del interés superior del niño, niña y adolescente. Para lograr lo anterior, se fijan como objetivos específicos identificar conceptos sobre maternidad y maternidad subrogada, distinguir el tratamiento de la maternidad subrogada en la legislación chilena con la legislación extranjera, determinar los derechos de los niños y niñas afectados por la maternidad subrogada, identificar la incidencia de la maternidad subrogada en el interés superior del niño o niña.

Este estudio se organiza en tres apartados que intentan establecer una visión general de la problemática implicando la construcción de conocimiento respecto a la maternidad subrogada, la filiación y el interés superior del niño.

MARCO TEÓRICO

1.- Maternidad subrogada:

1.1 Marco Teórico Conceptual.

1.1.1 Maternidad.

Desde tiempos remotos la maternidad ha sido visualizada como un proceso natural y fundamental en la vida de toda mujer, entendiéndola como una instancia primordial dentro del desarrollo vital de aquellas, evidenciando este sentido antiquísimo en diferentes fuentes y autores que refieren a la maternidad como un proceso genéticamente biológico. Por su parte, la Real Academia de la Lengua Española (2014) define la maternidad como “el estado o cualidad de madre”, que a su vez se refiere a la mujer que da a luz a un hijo, por lo tanto, dicho concepto se posiciona como una construcción social y cultural.

Pese a lo anterior, la maternidad es un término que se encuentra en permanente evolución, por factores culturales como sociales, como también, por su relación a las figuras de mujer, procreación y crianza (Molina, 2006). Así las cosas, lo que se entiende por maternidad ha ido cambiando en el tiempo, a razón de diferentes mutaciones socio-culturales de la época, entre las que destacan, la incorporación de la mujer al mundo laboral, el desarrollo académico y profesional de las mismas, como las nuevas condiciones de crianza en esta sociedad.

Por lo tanto, la maternidad se puede concebir desde diferentes perspectivas. En primer lugar, desde un punto etimológico, que guarda directa relación con el significado gramático de la misma; en segundo lugar, desde un punto vincular biológico y; en tercer lugar, relacionado con el ámbito jurídico, manifestado en las leyes y su doctrina. Esta última acepción, ha incorporado procesos adoptivos o el uso de técnicas de reproducción asistida, no sólo entre parejas del mismo sexo con problemas de

fertilidad, sino entre parejas de distinto sexo, desde la cual podría incorporarse la figura de la maternidad subrogada.

1.1.2 Infertilidad.

La infertilidad se puede comprender como “la imposibilidad de una pareja de lograr un embarazo exitoso, después de un año de vida sexual activa, sin uso de anticonceptivos” (Palacios y Jadresic, 2000, p. 94). Así también, se ha entendido como “la in/discapacidad de una persona para reproducirse ella individualmente o con su pareja (él/ella)” (Zegers et al., 2022, p.73).

Durante el último tiempo, la forma de entender la infertilidad y los métodos que existen para solucionar dicha dificultad, han ido cambiando de acuerdo a la implementación de nuevas tecnologías medicinales relativa a los métodos de reproducción asistida, brindando la oportunidad de ser padres a todas las parejas que padezcan de infertilidad o que por ser del mismo sexo biológico no puedan concebir de manera natural.

Existen numerosos estudios sobre este tema, pero para comprender la necesidad que se genera en torno a ella, se requiere un análisis en términos porcentuales. Así las cosas, se ha determinado que, a nivel internacional, entre “el 10% y el 15% de las parejas son infértiles, afectando entre un 20% y un 30% de casos, a ambos miembros de la pareja” (MINSAL, 2013, se citó en Cifuentes y Guerra, 2019, p. 2).

Sin embargo, para efectos de este estudio, lo importante es comprender que se trata de una condición presente en la sociedad actual, y que como tal, requiere la adopción de políticas públicas que enfrenten esta problemática, en relación al acceso de tratamientos alternativos como lo son los métodos de reproducción asistida o bien, incorporar al derecho figuras nuevas, como la maternidad subrogada.

Si bien el derecho chileno se ha abierto a legislar sobre esta materia, lo que se ha visto de forma clara con la entrada en vigencia de la Ley n° 21.400, no es menos

cierto que no en todos los casos las técnicas de reproducción asistida funcionan de manera exitosa, generando en aquellas parejas que enfrentan estos procesos, diversas consecuencias tanto físicas como psicológicas, sociales, emocionales, entre otras, afectando la rutina de vida de cada uno de ellos (Borbón et al., 2013).

Unido a lo anterior, existe otro grupo de personas que, si bien no presentan en principio ningún problema de infertilidad, no pueden gestar un hijo de forma natural debido a que comparten como pareja el mismo sexo biológico, es decir, mujer-mujer u hombre-hombre, por lo que se ven necesaria y obligatoriamente impedidos de poder procrear entre ellos. Pero, por otro lado, en la actualidad el derecho nacional ha hecho reformas relevantes en esta materia, que han permitido avanzar hacia la igualdad en el matrimonio de todas las personas, sin importar su orientación sexual y, además, les ha permitido poder convertirse en progenitores de niños y niñas, conforme la incorporación de las modificaciones contempladas en la Ley n° 21.400 del año 2021.

Estas transformaciones tan significativas en el derecho de familia chileno, trae consigo importantes complicaciones para poder cumplir con la finalidad de procrear en estos nuevos matrimonios. En el caso de las parejas de mujeres, una de ellas puede llevar a cabo la gestación (Cruz, 2013, p.649), pero para las parejas entre hombres, se ven biológicamente impedidos de gestar un hijo al carecer ambos de vientre. En esta tarea de formar familias homoparentales, la solución más viable que les entrega el derecho nacional para llegar a ser padres o madres, son las técnicas de reproducción asistida o la adopción, dos procesos que pueden llegar a ser muy extensos y costosos (Navarro et al., 2006).

Pese a lo anterior, la opción de vientre de alquiler en el país no existe, ya que la maternidad subrogada no se encuentra regulada en la legislación chilena, abriéndose el debate sobre la utilidad de la misma en los casos comentados.

1.1.3 Técnicas de reproducción asistida.

En atención a la problemática referida anteriormente, es que las técnicas de reproducción asistida se posicionan como parte de los recursos de tratamiento de los trastornos de la fertilidad y se pueden definir como un “conjunto de métodos biomédicos, que conducen a facilitar, o substituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana” (Santamaría, 2000, p. 37).

Estas técnicas implican un “conjunto amplio de procedimientos caracterizados por la actuación directa sobre los gametos (ovocitos y/o espermatozoides) con el fin de favorecer la fecundación y la transferencia o depósito de embriones en la cavidad uterina” (Ranucci, 2011, p. 33).

Más allá de los aspectos biogenéticos de estas técnicas, cobran relevancia porque constituyen una alternativa para un grupo de personas de ser padres según la voluntad y legalidad de cada país donde se lleve a cabo este proceso.

1.1.4 Maternidad Subrogada o Vientre de Alquiler.

Es el acto productor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer, quien sujeta a un pacto o compromiso, se obliga a ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer o pareja que figurarán como padres de éste, a cambio del pago de una suma acordada o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto (Villamarín, 2014, se citó en Rupay, 2018).

La maternidad Subrogada también ha sido referida como aquel contrato oneroso o gratuito, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes, que podrán aportar o no sus gametos; en este último caso, los gametos procederán de donante (Pérez, 2002).

Se trata de una figura que genera gran controversia por su aplicación, encontrando países donde se encuentra legalmente reconocida como otros donde no se encuentra regulada y, finalmente, aquellos que prohíben expresamente esta figura,

sea en su carácter de comercial o altruista, como es el caso de Alemania, Francia, España (Cifuentes y Guerra, 2019).

1.1.5 Clases de Maternidad Subrogada.

La maternidad subrogada se puede clasificar en los siguientes tipos:

1.- La *gestación por sustitución tradicional*, en el que la mujer gestante aporta no sólo la gestación, sino que además aporta su material genético a través de sus gametos en virtud de un proceso de inseminación artificial, por lo que la pareja o persona contratante no aporta material genético alguno (Archer, 2002, se citó en Lamm, 2013).

2.- La *gestación por sustitución gestacional*, en el cual la mujer gestante sólo aporta la gestación, ya que el material genético será proporcionado por la persona o pareja contratante o por una donante, razón por la cual no existe ninguna conexión genética entre el bebé y la madre gestante (Lamm, 2012).

Además, en atención a la finalidad del proceso, la maternidad subrogada se puede clasificar en:

1.- Maternidad subrogada con *fines altruistas*: en el cual la madre gestante, no recibe compensación económica por la gestación del bebé y son los padres contratantes quienes se responsabilizan de los gastos relacionados con manutención, apoyo psicológico, o necesidades relacionadas con el embarazo durante todo el proceso (Cifuentes y Guerra, 2019). Por lo tanto, lo que se busca es que la madre gestante realice el proceso de gestación desinteresadamente ayudando a personas que no pueden llevar a cabo dicho proceso biológico.

2.- Maternidad subrogada con *fines comerciales*: la madre gestante recibe una compensación económica por gestar, durante todo el proceso, compensación que puede aumentar si además aporta su propio óvulo (Cifuentes y Guerra, 2019). En este caso, el pago económico es lo que toma el papel principal, lo que ha sido duramente

criticado en el presente, ya que la figura se concibe como la venta de un niño o niña no nacido.

1.1.6 Contrato de arrendamiento de útero en la maternidad subrogada.

Con ocasión de la figura de la maternidad subrogada, puede tener lugar un contrato de arrendamiento de útero, el que puede entenderse como un acuerdo entre dos partes, donde una contribuye con la esperma y la otra es inseminada artificialmente, a fin de llevar el feto resultante hasta el nacimiento, y luego entregar al primero la custodia y todos los derechos y obligaciones del recién nacido (Rodríguez y Martínez, 2012). Otros, lo han observado como un “acuerdo por el que una mujer se compromete a gestar un embrión que le ha sido transferido, para que una vez nacido lo entregue a sus padres biológicos. A cambio, generalmente recibirá una remuneración” (Gumucio, 1997, p. 22).

Por otra parte, se debe precisar que, según las condiciones de este acuerdo de voluntades, el contrato que da origen a la maternidad subrogada puede ser oneroso o altruista, bilateral y consensual.

Además, como todo contrato, surgen a partir de aquel, derechos y obligaciones para las partes. Así las cosas, para el caso de la madre subrogada, estas consistirán en: 1) permitir ser inseminada artificialmente con la esperma del padre biológico, 2) llevar el feto en su vientre hasta el nacimiento, y 3) renunciar a los derechos de custodia sobre el recién nacido en favor del padre biológico y su esposa. Mientras que para la pareja o persona contratante consistirán en: 1) pagar todos los gastos médicos y legales generados como consecuencia del embarazo, 2) asumir la responsabilidad de custodia sobre el recién nacido, y 3) pagar a la madre subrogada una compensación, como regla general (Rodríguez y Martínez, 2012).

1.2 Marco Jurídico sobre maternidad subrogada

En la actualidad, en el ordenamiento jurídico chileno no existe ninguna normativa que establezca una regulación sobre las técnicas de reproducción asistida o la maternidad subrogada.

En efecto, sobre la materia sólo se puede encontrar en el Código Civil en su artículo 182, el siguiente texto:

La filiación del hijo que nazca por la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, quedará determinada respecto de las dos personas que se hayan sometido a ellas. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta,

Lo anterior buscaba solo limitar los derechos de los donantes sobre los niños o niñas nacidos por estas técnicas, pero que en ningún caso incluye la maternidad subrogada.

La falta de regulación sobre la materia, hace necesaria la tarea identificar y analizar los proyectos de ley en el país sobre la maternidad subrogada, así como los argumentos de la doctrina y legislaciones de otros países, que entregan una comprensión más acabada de este fenómeno conforme a las experiencias de otras naciones.

1.2.1. Proyectos de Ley sobre la materia en Chile.

Desde comienzos del año 1993 se han ido presentando diversos proyectos de ley que intentan regular los procedimientos de reproducción asistida. Sin embargo, todos ellos han permanecido estáticos y archivados.

Al respecto, se pueden mencionar los siguientes:

1. Boletín 1026-0710, Regula los principios jurídicos y éticos de las técnicas de reproducción humana asistida y establece sanciones para los infractores de sus normas (Archivado).
2. Boletín 4346-1111, Sobre reproducción humana asistida (Archivado).

3. Boletín 4573-1112, Regula la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida (Archivado).

Además, existen otros tres proyectos en tramitación, de los cuales dos de ellos se relacionan con el proceso de maternidad subrogada, que son los siguientes:

1. Boletín 6306-0713, Sanciona la utilización del vientre materno para el embarazo por encargo de terceros, incorporando un nuevo tipo penal denominado: de la sustitución de la maternidad (Primer trámite constitucional Cámara de Diputados. Comisión de Constitución, Legislación y Justicia).
2. Boletín 11576-1114, Regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida (Primer trámite constitucional Cámara de Diputados. Comisión de Salud).
3. Boletín 12106-0715, Modifica el Código Civil para determinar la identidad de niños y niñas nacidos en gestación subrogada (Primer trámite constitucional Senado. (Cifuentes y Guerra, 2019).

1.2.2. Argumentos de la doctrina en general.

Argumentos a Favor.

Dentro de los argumentos que más incidencia han tenido en la materia, se puede identificar aquel que defiende la autonomía de la voluntad de la mujer gestante y la capacidad de decisión sobre su propio cuerpo. En la actualidad, existen diversos movimientos de equidad e igualdad de género, donde se busca fomentar la decisión y autonomía que debiese tener una mujer frente a diversas situaciones. Bajo este enfoque es que la maternidad subrogada debiese tener el mismo foco, es decir, las mujeres como dueñas de su propio cuerpo pueden decidir de manera libre y autónoma, prestar (arrendar) su útero o entregar (vender) sus óvulos a personas que desean concebir un hijo propio o, simplemente, a quienes desean reproducirse y crear una familia cuando no resulta posible por vías naturales (Cárdenas, 2014) sin que exista una presión social o cultural al momento de tomar una decisión sobre el propio cuerpo.

La autonomía como la libertad referida por la doctrina en comentario, agregan que este proceso requiere a su vez de condiciones psicológicas, culturales, económicas y políticas favorables (Gaia, 2003) para que dichas decisiones se manifiesten de manera segura en el actuar de cada mujer, sin que exista remordimiento o discriminación por parte de la sociedad o el Estado y sobre todo, que el proceso se lleve a cabo con las condiciones óptimas en ámbitos de salud, cuidados, resguardos, acompañamientos psicosociales tanto para la futura madre gestante como para el niño o niña que nacerá bajo dicho método de reproducción asistida.

Otra posición que se puede encontrar en la doctrina, es respecto de aquellos que establecen que los padres puedan vincularse a la paternidad/maternidad desde la fase inicial del crecimiento de su hijo, o que exista un vínculo genético con la pareja comitante o con al menos uno de sus miembros (Regalado, 2016). La importancia del vínculo desde el comienzo del proceso de gestación por parte de los padres hacia él bebé y la mujer gestante es de suma importancia debido a que se busca lograr un óptimo desarrollo integral de aquellos niños y niñas, pero sobre todo entregar seguridad a la gestante que decide llevar a cabo el proceso de subrogación.

La vinculación al mismo tiempo, ayuda a sobrellevar y aceptar de mejor grado las posibles dificultades durante la gestación (Rojas y Sánchez, 2012), por lo que se requiere que los padres contratantes estén presentes en todo el proceso de gestación, formando el apego desde el comienzo hasta el nacimiento del niño o niña generando, formando lazos afectivos desde el comienzo asegurando un comienzo positivo en la creación de la nueva familia.

Un tercer argumento a favor, es que la madre gestante tiene más protección a la hora de someterse a un acuerdo de gestación subrogada si lo hace con conocimiento de sus derechos y deberes (Lamm, 2012). La futura madre subrogante debe tener claridad que el presente proceso es sumamente sensible tanto para ella como también para los futuros padres, por ende, debe someterse a exámenes médicos para la tranquilidad de ambas partes, estar consciente de todas las ventajas y desventajas, no

tan solo del proceso legal, sino que también de todos los cambios psico-emocionales que se desarrollan producto del embarazo.

Argumentos en Contra.

En cuanto a los argumentos en contra de la maternidad subrogada, estos van a depender de cada país según su realidad social, cultural y económica. Pese a lo anterior, se pueden identificar algunos que se han generalizado y que dicen relación primero con la situación del embrión. En efecto, para esta posición, el embrión pasa a ser considerado como un objeto o cosa producto de un proceso de fabricación y no como un sujeto de derechos (Corral, 1994).

Además, este mismo autor refiere que el principal fin de la maternidad subrogada ha pasado a tornarse en un proceso de ayuda para crear una familia por padres de diferentes sexo o mujeres solas en ocasiones, por lo tanto, se pierde el enfoque principal, transformándose en un proceso de producción de niños, donde la medicina reproductiva ha incluido conceptos como selección o control de calidad (se desechan embriones que no sirven); almacenaje para disminuir costos (crio preservación de embriones); multiplicación de oportunidades (multitransferencia embrionaria), olvidando por completo la naturalidad que es el proceso gestacional.

Un segundo argumento en esta línea, se centra en que, además de que el hijo se transforma en un objeto con fines comerciales, la mujer que lo gesta no será su verdadera madre, alterando el proceso de maternidad (Banda, 1998). En este sentido, el proceso de subrogación pasa a ser una venta de un ser humano, perdiéndose todo vínculo filial-maternal buscando netamente suplir intereses de los adultos involucrados. Mediante este contrato casi siempre oneroso de arriendo de útero, se está produciendo un atentado en contra de la dignidad del ser humano, ya que se incluye en el contrato algo que esta fuera del comercio, como es el cuerpo de la mujer y del niño (Gómez de la Torre, 1993, se citó en Banda, 1998).

1.2.3 Derecho comparado.

Legislación maternidad subrogada en Alemania.

De acuerdo a la normativa legal en Alemania la maternidad subrogada se encuentra prohibida en todas sus prácticas en la legislación actual. La Ley de protección del embrión del año 745 del año 1991 en el artículo N° 1.7 prohíbe en todas sus formas de aplicación la gestación por sustitución, teniendo una pena de cárcel de hasta 3 años, incluyendo una multa económica (Cifuentes y Guerra, 2019).

En el Código Alemán en el artículo N° 1591 refiere que la madre de un niño es la mujer que dio a luz, de manera que, poniendo en práctica dicha norma en un proceso de maternidad subrogada, la madre sería aquella que llevó el proceso de gestación y no quien recibiría al niño o niña posterior al nacimiento. Así las cosas, existe una restricción de lo que es la medicina reproductiva, prohibiendo todo tipo de procedimiento que pueda atentar contra la vida humana de un gestante, siendo la fecundación in vitro la única técnica de reproducción asistida permitida solamente si son los propios óvulos de la madre los que se utilicen en el proceso.

Uno de los principales fundamentos que tiene la normativa alemana para restringir los procesos de medicina reproductiva tiene relación con la protección que otorgan tres derechos fundamentales de todos los seres humanos: la protección de la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la vida. La Ley de protección de embriones, lo indica en sus principales disposiciones.

Legislación maternidad subrogada en Canadá.

Canadá es uno de los países donde el proceso de maternidad subrogada se encuentra legalizado en la gran mayoría de sus estados, con la sola excepción de los estados de Quebec y British Columbia.

Ley de Reproducción Humana Asistida de 2004 (Assisted Human Reproduction Act, AHR 2004) sostiene que “constituye un marco legislativo integral y establece como principio fundamental la salud y el bienestar de los niños nacidos mediante la aplicación

de tecnologías de reproducción humana asistida” (Cifuentes y Guerra, 2019, p. 19). La normativa legal en Canadá por medio de diferentes artículos busca la no discriminación hacia las parejas que por diversos motivos opten por la maternidad subrogada para tener un hijo o hija permitiendo, por lo tanto, que parejas homosexuales o solteras puedan tener acceso a los procedimientos de maternidad reproductiva en los estados que tengan legalizado dicho proceso.

Dentro de la misma normativa legal de país, en el artículo N°2 letra f se indica que “se prohíbe el comercio de las capacidades reproductivas de hombres y mujeres”, por lo que se desprende que existen ciertas actividades relacionadas con los métodos de reproducción asistida que se encuentra prohibidas, en razón de los riesgos a la salud y seguridad tanto de la madre como del niño o niña que se gestará, como también porque éticamente no se encuentran dentro de la cultura canadiense, como por ejemplo, pagar por un niño o niña, es decir, darle al proceso un sentido comercial oneroso y no altruista.

Lo anterior es mencionado en los artículos N°6 y N°7 de la misma normativa, donde da a conocer que sólo se permite la subrogación con razones netamente altruistas, dejando fuera de la normativa la gestación subrogada de índole comercial, por ende, ninguna de las partes puede ofrecer ni recibir dinero para llevar a cabo el proceso, no permitiendo la compra ni de espermatozoides ni de óvulos. En caso de infringir lo estipulado, se contempla una sanción económica como también privación de libertad por 3 años.

Finalmente, la ley exige que la mujer gestante sea mayor de 21 años y permite que los padres potenciales no compartan material genético con el niño. Asimismo, se permite que personas homosexuales accedan a dicho proceso. En cuanto “a la validez de los contratos de gestación por sustitución y efectos de la filiación, estos son materia de cada Provincia” (Cifuentes y Guerra, 2019, p. 2).

Legislación maternidad subrogada en Uruguay.

Dentro de la normativa vigente en Uruguay, la ley encargada de regular la reproducción humana asistida es la Ley n° 19.167, la cual en su artículo 1° precisa que las Técnicas de Reproducción Asistida son un “conjunto de tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación de gametos o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo”.

Dentro del mismo artículo existe un listado de las diferentes técnicas que se pueden llevar a cabo para realizar un proceso de gestación, siendo la Maternidad Subrogada la única que procede siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos al momento de optar por dicho procedimiento, esto es, la existencia de alguna condición genética que no permita que pueda llegar a tener un proceso de gestación de forma natural por medio de un informe médico el cual es presentando por las partes frente a la comisión honorario de reproducción asistida, y luego de pasar dicho proceso debe buscar tanto en un familiar como en su pareja los gametos y óvulos necesarios.

Por último, cabe mencionar que la legislación uruguaya en el artículo N° 25 de la ley 19.167 no permite ningún tipo de contrato, ya sea altruista u oneroso, incluyendo incluso si los gametos o embriones son propios de la pareja, quedando la filiación de los futuros padres.

1.3. Familia

1.3.1. Tipos de Familia en la actualidad.

El ordenamiento jurídico chileno no entrega una definición de familia en el contexto de regular las relaciones familiares. Se puede encontrar una remota y limitada referencia a lo que se debe entender por familia en el artículo 815 del Código Civil, a pretexto del título que regula los Derechos de uso y habitación, que más que una definición en cuanto a sus características, cualidades, funciones y extensión, se limita a establecer quienes la componen, transformándose en un concepto ajeno y obsoleto en relación a nuestra realidad jurídica, social y cultural actual.

Sin embargo, no contar con un concepto, no resulta ser algo perjudicial para el derecho, ya que como bien señala Esborraz (2015) un excesivo detallismo en su definición puede ser contraproducente, impidiendo o dificultando la adaptación del concepto a los cambios sociales.

La Constitución Política de la República, por su parte, establece en su artículo 1° inciso 2° que “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad” y, producto de la descendencia de la conservadora y religiosa sociedad española, durante muchos años la base de una familia fue la relación entre un hombre y una mujer, principalmente con fines procreativos, reproducción de la población, configurándose alrededor de esta toda una estructura relativa a los parentescos, imponiéndose así, un modelo totalizante y único de familia (Esborraz, 2015).

Hoy en día, el matrimonio continúa siendo la base principal de la familia, pero ha sufrido modificaciones en pos de una normativa que fomente y otorgue protección e igualdad a todos los ciudadanos de nuestro país, sin importar las decisiones afectivas de los mismos. Así las cosas, la Ley N° 21.400 del año 2021, modifica la definición tradicional de matrimonio, quedando en definitiva como “un contrato solemne por el cual dos personas se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente”, permitiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo y con ello, la posibilidad de formar familia, al incorporar el concepto de progenitores y la determinación de la filiación también en estos casos.

1.3.2. Últimos cambios legislativos en el país.

Durante el año 2015, se da comienzo a una serie de modificaciones reflejadas en ciertas normativas jurídicas nacionales en materia de familia. Estas reformas incluyen las nuevas formas de composición y unión entre dos personas heterosexuales como también homosexuales.

La primera de ellas es la Ley N° 20.830, que crea acuerdo de unión civil, durante el año 2015, que sin ser reconocido como matrimonio ni encontrarse orientado

exclusivamente a personas de un mismo sexo, es definido legalmente en su artículo 1° como:

Un contrato celebrado entre dos personas que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente. Los contrayentes se denominarán convivientes civiles y serán considerados parientes para los efectos previstos en el artículo 42 del Código Civil.

Si bien no se consideraba como una forma de matrimonio y, por lo tanto, no surgen con aquel los mismos deberes y derechos de esta figura, se evidenció un cambio importante dentro de una normativa antiquísima y sobre todo tradicional del país.

Otro cambio legislativo importante, es el incorporado por la Ley N° 21.400, promulgada el 09 de diciembre de 2021, que modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo. Esta ley se presenta como la herramienta que viene a reconocer el matrimonio igualitario, como también el reconocimiento en materia de filiación, la maternidad o paternidad de parejas del mismo sexo, haciendo presente a su vez el concepto de progenitor.

Lo anterior, permite en algún sentido abrir el debate respecto a la posibilidad de incorporar en la legislación nacional la maternidad subrogada, toda vez que con las modificaciones de esta nueva ley aún se mantiene la finalidad del matrimonio de “procrear”, por lo cual se hace necesario entregar a las parejas homosexuales medios adecuados para cumplir este fin y, por otra parte, esta ley también autoriza a que un hijo o hija tenga dos padres o dos madres, al permitir la inscripción respecto de ambos, aunque uno de ellos no comparta material genético con el recién nacido, situación similar a la generada por la maternidad subrogada.

Ante los cambios referidos, se destacan aquellos artículos relacionados con las técnicas de reproducción asistida que implican una procreación en la que no se

involucra dicho proceso biológico, especialmente la señalada en el artículo 1 n° 17, que modifica el inciso 1° del artículo 182 del Código Civil, en cuanto a la determinación de la filiación, por lo que “esta ley hace posible determinar legalmente filiaciones no biológicas por declaraciones de voluntad de progenitores intencionales, sin control judicial ni sanitario, sin ley sobre reproducción asistida” (Rodríguez y Fernández, 2022, p. 29).

Es así como esta ley trae consigo un cambio de paradigma no sólo en el mundo de lo legal, sino que también en lo social, ya que implica la visibilización de las parejas homosexuales y su reconocimiento como tal, siendo esta ley “una influencia importante en las vidas de estas personas, en diferentes sentidos (mayor visibilidad y legitimación; más seguridad y tranquilidad por la situación legal de sus hijos; posibilidad de casarse y adoptar conjuntamente)” (Placeres et al, 2017, p. 365), pudiendo formar una familia reconocida en todas las áreas de la vida en la que se desenvuelven adquiriendo todos los derechos y deberes propios de los padres o madres.

2. Filiación

2.1. Conceptualización y clasificación.

Concepto.

En términos simples, la filiación se podría entender como la relación entre padres e hijos. Sin embargo, el concepto es mucho más complejo, ya que implica una serie de elementos que hacen mucho más profunda su conceptualización, toda vez que no sólo se limita a una relación o vínculo, sino que trae consigo una serie de derechos, deberes y consideraciones que se deben tomar en cuenta.

Desde una aproximación más cercana, la Real Academia Española (2014), define filiación como la “procedencia de los hijos respecto a los padres”, entendiéndose que la filiación surge de los padres ante un hecho biológico como lo es la procreación, lo que facilitaría el surgimiento de la figura, ya que se relaciona a través de un hecho natural.

Ahora bien, considerando tal término desde el punto de vista jurídico, la doctrina nacional define el concepto de filiación, como “el vínculo jurídico que existe entre el padre o la madre y el hijo; se refiere por tanto a la relación de paternidad o maternidad respectivamente” (Troncoso, 2007, p. 277), destacándose el papel que deciden asumir los progenitores respecto de los hijos tomando el rol materno o paterno que les corresponde ante dicha calidad, pero siempre sosteniéndose por medio del reconocimiento de un vínculo netamente jurídico.

En este sentido, otra definición acuñada por la doctrina respecto a dicho concepto es aquel que lo reconoce como “el vínculo jurídico que existe entre dos personas, una de las cuales se ha designado jurídicamente como padre o madre de otra” (Schmidt y Veloso, 2001, p.81.), el cual muestra bastante semejanza al concepto mencionado en el párrafo anterior, destacándose nuevamente la presencia de un vínculo jurídico.

Asimismo, se presenta como filiación “el lazo de descendencia que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o madre de otra” (Somarriva, 1931, se citó en Corral, 2010). Surge de esta forma el término de descendencia, lo que hace una alusión directa a la reproducción humana o por métodos de reproducción asistida que impliquen la mezcla de material genético entre dos personas de sexos distinto, ya que significa de igual manera el nacimiento de un lazo entre la persona que toma la calidad de padre o madre y el niño o niña nacido por estos métodos, ya que aquellos han entregado su material genético al menor, es decir, se entiende que la filiación surge de un vínculo sanguíneo.

Dicho vínculo sanguíneo implica que cada parte comparte rasgos genéticos que permiten ubicarlos dentro de la misma familia y que significan que “la filiación humana está basada, pues, en la aportación de material genético con el que se produce la fecundación” (Soto, 1990, p. 92) dando paso al nacimiento de la descendencia.

Ahora bien, se debe precisar que la legislación chilena reconoce algunos tipos de filiación en la que no media la necesidad de reproducción, entre ellos se reconoce la

filiación adoptiva o aquella que surge de un segundo padre o madre (Orrego, 2022). Siendo en estos casos una asunción del rol paterno o materno cuya fuente es lo social y no lo biológico, por lo que en estos casos se entenderá que los adultos involucrados serán considerados como padre o madre ya que asumen voluntariamente esta función social, auto imponiéndose el conjunto de funciones que la sociedad y el ordenamiento jurídico esperan en atención a dicho rol (Gómez de la Torre, 2007).

En este orden de cosas, es importante remitirse a lo señalado en la ley, precisamente a la Ley N° 21.400, ya comentada anteriormente, y que en esta materia es relevante por haber incorporado el concepto de progenitores, en virtud de lo cual el artículo 34 del Código Civil, actualmente sostiene que:

Los padres y las madres de una persona son sus progenitores, respecto de los cuales se ha determinado una relación de filiación. Se entenderán como tales a su madre y/o padre, sus dos madres, o sus dos padres.

Las leyes u otras disposiciones que hagan referencia a las expresiones padre y madre, o bien, padre o madre, u otras semejantes, se entenderán aplicables a todos los progenitores, sin distinción de sexo, identidad de género u orientación sexual, salvo que por el contexto o por disposición expresa se deba entender lo contrario.

En otras palabras, se reconoce que entre los progenitores y una persona se establece una relación que implica identificar y establecer la procedencia de ella, figura que se reafirma por el artículo 33 del mismo cuerpo legal, que plantea que “tienen el estado civil de hijos respecto de una persona aquellos cuya filiación se encuentra determinada”, de esta manera, la normativa destaca la importancia que tiene el vínculo jurídico que surge entre los padres y este hijo o hija, de las que se desprenden diversas características, que permiten aproximarse a una conceptualización del mismo.

De este modo, Orrego (2022) señala que es posible desprender de lo anterior que el concepto de filiación, se caracteriza por ser:

1. Un fenómeno jurídico que tiene como fundamento, por regla general, el hecho fisiológico de la procreación. Lo anterior implica que hay una relación de consanguinidad, por lo que este hecho simboliza que es un acto natural y biológico.
2. Constituye un estado civil, lo que significa que una persona, en este caso, el hijo o hija, asume una situación legal respecto a sus relaciones familiares, especialmente respecto de sus padres o progenitores.
3. Es fuente de fenómenos jurídicos de gran importancia, por lo que ocurren diversas situaciones legales que involucran la aparición de ciertas calidades, derechos y deberes que se asumen como hijos e hijas, tales como la nacionalidad, apellido, la calidad de heredero, derecho a pedir alimentos, entre otros.

Clasificación.

A partir de las características que se desprenden de la conceptualización del término de filiación, se vuelve necesario clasificar dicho concepto, con el objeto de reconocer e identificar todas las formas en que la legislación reconoce el vínculo jurídico al que se alude constantemente y que es el elemento relevante de esta relación.

Por lo tanto, considerando lo señalado en el artículo 37 del Código Civil chileno, que establece que “la filiación de los hijos puede no encontrarse determinada respecto de uno de sus progenitores, o de ambos”, se desprende como primera categoría de clasificación la determinación o no determinación de ella. Así se entiende que la filiación determinada es aquella que se genera “cuando se encuentra legalmente establecida la paternidad o maternidad o ambos” (Gómez de la Torre, 2007, p. 54). En otras palabras, esta categoría tiene lugar cuando el hijo o hija es reconocido ya sea por el padre, madre o progenitor en forma legal ante las autoridades competentes, constituyendo, por lo tanto, un acto social y jurídico que establece el vínculo entre dichas personas. Ante esto, se desprende que la filiación no determinada corresponde

a aquella en que se desconoce legalmente quien es el padre, madre o ambos respecto de una persona.

Sumado a lo anterior, se incluye dentro de la categoría de filiación determinada, la filiación por naturaleza y por adopción, siendo esta última el hecho jurídico que significa acoger legalmente a un hijo o hija, con el cual no se comparte vínculo sanguíneo alguno, otorgándole el cariño y cuidados que requiere, con el objeto de satisfacer todas las necesidades que pueda tener, tales como emocionales, espirituales sociales y materiales (BCN, 2010) y a través de una ficción legal establecida en el ordenamiento jurídico, se impone una relación de filiación entre adoptado y adoptante. Contrariamente a aquella, se encuentra la filiación determinada por naturaleza, que corresponde a la relativa al vínculo sanguíneo que surge entre las partes (padre/ madre e hijo/hija) a través del acto de procrear.

Igual clasificación tiene la filiación determinada en favor de un segundo padre o una segunda madre, figura que fue introducida en el año 2022 con la promulgación de la Ley N° 21.400, que menciona en la parte final del artículo 1°, numeral 2 inciso 2° que “se entenderán como tales a su madre y/o padre, sus dos madres, o sus dos padres”, explicitando la posibilidad de que exista un padre o madre del mismo sexo que un progenitor y con el que no comparte un vínculo de sangre, pero que de igual forma asume el rol paterno o materno, por estar en una relación con uno de los progenitores y que han optado por la paternidad o maternidad, según corresponda.

Otra categoría a considerar en la clasificación de la filiación, es la relacionada al estado civil de los padres, es decir, si entre ellos media matrimonio o no. En este caso, el primero involucra la existencia de un vínculo matrimonial de los padres, lo que significa que la filiación es matrimonial, en cambio sería no matrimonial cuando entre aquellos no existe este tipo de vínculo legal. Cabe mencionar que esta clase de filiación considera como hijos e hijas de filiación matrimonial a aquellos que han nacido antes y durante el matrimonio, al ser reconocidos durante el acto de matrimonio o durante la vigencia del mismo, tal como lo establece el artículo 180 del código civil:

La filiación es matrimonial cuando existe matrimonio entre los progenitores al tiempo de la concepción o del nacimiento del hijo.

Es también filiación matrimonial la del hijo cuyos progenitores contraen matrimonio con posterioridad a su nacimiento, siempre que la filiación haya estado previamente determinada por los medios que este Código establece respecto de quienes contraen matrimonio, o bien se determine por reconocimiento realizado por ambos progenitores en el acto del matrimonio o durante su vigencia, en la forma prescrita por el artículo 187. Esta filiación matrimonial aprovechará, en su caso, a la posteridad del hijo fallecido.

En los demás casos, la filiación es no matrimonial.

Igual importancia toma una nueva propuesta de categoría en cuanto a la clasificación de la filiación, la cual considera los avances tecnológicos y problemas de fertilidad que se han observado durante los últimos años, trayendo consigo la opción de utilizar otros métodos para la fecundación, que no implican ni la procreación entre la pareja, ni la adopción, emergiendo entonces la clasificación de filiación tecnológica, la que corresponde a los “hijos concebidos mediante la aplicación de lo que la ley denomina técnicas de reproducción humana asistida” (Corral, 2010, p. 46).

Esta situación que se encuentra contenida en el artículo 182 del Código Civil, a partir de la modificación introducida por la mencionada Ley N° 21.400, en su artículo 1° numeral 17 establece que “la filiación del hijo que nazca por la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, quedará determinada respecto de las dos personas que se hayan sometido a ellas”, visibilizando la ley las problemáticas en materia de infertilidad y los nuevos avances que buscan mitigar los mismos.

Sin embargo, lo interesante de esta categoría clasificatoria, es que se evidencia una situación compleja no prevista y que en opinión de Corral (2021), estaría dando paso a una declaración legal implícita de arriendo de útero o maternidad por subrogación, ya que “se introducen cambios en el Código Civil y otros lugares de la legislación para admitir que la filiación pueda quedar determinada respecto de “dos

personas” de igual o distinto sexo que obtienen un hijo por procreación asistida” (Rodríguez y Fernández, 2022, p. 33) y que atendido a la falta de capacidades biológicas para lograr la concepción, es que se necesita recurrir a un tercero para que preste su material genético o su vientre para lograr la fecundación, gestación y nacimiento de ese niño o niña.

En este sentido, es posible identificar diversas problemáticas que surgen producto de la utilización de técnicas de reproducción asistida, como lo es el caso de la mujer que opta ser madre sola, la doble maternidad y la doble paternidad. En el primer caso, la mujer sola que se convierte en madre, involucra la utilización de material genético de un hombre, que en principio sería un donante anónimo, pero que aun así podría abrir la posibilidad de que respondiendo al derecho de identidad, se pueda reclamar la filiación ya que en esencia un hombre es padre, al menos, en el aspecto genético y que está consciente de “la fecundación de una mujer determinada con su semen no es un donante anónimo, sino un progenitor: alguien a quien podrá imputarse, y quien tendrá derecho a asumir, la paternidad con todos los efectos legales” (Barber, 2010, p. 33) ya que estos “niños no deberían quedar privados del derecho a investigar la paternidad, disponible para todos, pues la única norma del ordenamiento sobre determinación de la filiación en TRA no aplica al caso de mujeres sola” (Rodríguez y Fernández, 2022, p. 34).

En segundo lugar, está la figura de la doble maternidad, que implica una situación donde se reconoce legalmente a una mujer de cuyo vientre nace el bebé y respecto de otra mujer que se sometió con la primera a la reproducción asistida, solo como acompañante o bien, como proveedora de material genético, la cual puede también reconocer al hijo como suyo, en calidad de “progenitor no gestante” (Rodríguez y Fernández, 2022, p. 39). Igual figura se presenta en la doble paternidad, con una variación, ya que se entiende que el niño o niña, cuenta con un padre que le otorgó material genético y otro que no, pero que es una figura donde necesariamente se requiere de una tercera persona, una mujer gestante que puede o no ser quien dona su ovulo para lograr la concepción.

Ante este panorama, es necesario reconocer el vacío o pasaje oscuro que se plantea con la modificación impuesta con la Ley N° 21.400, que amplía el alcance de la filiación tecnológica, ya que si bien los alcances de la norma no contemplarían la figura del vientre de alquiler o maternidad subrogada, si generaría una dificultad de interpretación de la misma, que requerirá ir resolviendo caso a caso en los tribunales chilenos, ya que al reconocerse la posibilidad de una doble maternidad o paternidad, da paso a la interpretación y aplicación de la realidad biológica de las parejas del mismo sexo, quienes no pueden por si mismas procrear, requiriendo de un tercero que done su material genético y/o gesté a un bebé.

En efecto, es por lo anterior que las legislaciones de los distintos países han optado en su mayoría por rechazar la figura de la maternidad subrogada, ya que sostienen que en la práctica existirá un tercero que al aportar con sus gametos tiene derechos eventuales sobre el niño o niña que nace a consecuencia de esta figura y, que en cualquier momento puede hacer valer los mismos, produciendo un conflicto atendido a que existen dos personas que ya han reconocido a ese niño o niña como padres o madres, pero que en lo más natural uno de ellos no lo es, lo que pone en disputa el vínculo sanguíneo existente con el vínculo afectivo creado por el mismo.

Cabe señalar que independientemente de la clasificación que se realiza por la doctrina y por la ley, ésta misma reconoce que todos los hijos tienen la misma calidad de tal sin distinción, como se señala en el artículo 33, del artículo 2, contenido en el DFL 1, manifestando en su inciso 1° parte final que "...la ley considera iguales a todos los hijos", respondiendo a la necesidad de reconocer principios fundamentales de no discriminación e igualdad y manifestar respeto a los derechos del niño, niña y adolescente.

En suma, tomando en cuenta todo lo antes expuesto, es posible aventurarse a una conceptualización del término de filiación que enmarque y contenga todos los elementos anteriores, proponiendo el siguiente: es el vínculo jurídico que nace entre dos personas, específicamente entre un hijo o hija y su padre o madre o sus progenitores, quienes pueden ser de distinto o mismo sexo, y que se origina a partir de

una relación sanguínea, de una ficción legal o de métodos de reproducción asistida, surgiendo en todos los casos derechos y obligaciones entre ellos.

2.2. Determinación de la filiación en Chile

Determinación de la maternidad.

Chile en el año 1989 ratificó la Convención Internacional de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, estableciendo diversos derechos que venían a dar un mayor reconocimiento a estos menores, entre los cuales se encuentra el derecho a la identidad, que se define como:

Un derecho humano que comprende derechos correlacionados: el derecho a un nombre propio, a conocer la propia historia filial, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad. Como todos los derechos humanos, el derecho a la identidad se deriva de la dignidad inherente al ser humano, razón por la cual le pertenece a todas las personas sin discriminación, estando obligado el Estado a garantizarlo, mediante la ejecución de todos los medios de los que disponga para hacerlo efectivo (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2022, p. s/n).

Se trata de una garantía esencial y que busca determinar la procedencia de un niño o niña, lo que se traduce en que “el propio derecho a la identidad impone que la filiación deba construirse, en principio, sobre una concepción de tipo realista” (Veloso y Schmidt, se citó en Cornejo, 2010, p. 45), así la manera para determinar la filiación se torna importante, ya que implica respetar y “consagrar el derecho de toda persona a conocer su origen y nexo biológico” (Cornejo, 2010, p. 45), con el objeto de establecer cuál es su ascendencia, conocer la historia de la misma y propiciar la sensación de arraigo familiar.

Entonces, la determinación de la filiación significa también considerar si se desea conocer la filiación materna o la paterna, ya que ambas cuentan con formas de establecer que varían según la condición. Es así que en relación a la filiación materna,

por regla general, se considera madre a la mujer que da a luz al niño o niña (Barcia, 2000), ya que la gestación es un hecho evidente y observable, situación que la legislación chilena tiene resuelta en el Código Civil, específicamente en el artículo 183 inciso 1° que menciona 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”.

Sin perjuicio de lo anterior, la complicación se presenta cuando la mujer gestante no comparte material genético con el bebé nacido, situación que puede presentarse en los casos de parejas del mismo sexo femenino, ya que en este caso la persona solo sería una especie de nido que posibilita el proceso de gestación. Punto que en la actualidad es producto de debate, toda vez que existen grandes avances tecnológicos que permiten inseminar a una mujer distinta de la cual donó su ovulo, siendo la segunda quien, en definitiva, compartirá material biológico con el niño o niña y será por lo tanto reconocida como madre.

Ahora bien, el inciso 2° del mencionado artículo 183 señala que “en los demás casos la maternidad se determina por reconocimiento o sentencia firme en juicio de filiación...”. El reconocimiento es un acto social y legal que se realiza ante el oficial competente del Servicio de Registro Civil e Identificación y que otorga la calidad de madre a quien hace dicho acto. En cuanto a la sentencia firme, es el resultado de un procedimiento en los Tribunales de Familia y que implica, actualmente, un examen de ADN, que es aplicado por el Servicio Médico Legal, a menos que la potencial madre, acceda a reconocer al niño o niña durante el mismo proceso en sede judicial.

En resumen, en Chile se reconocen 3 formas de determinar la maternidad:

1. Por el hecho del parto,
2. reconocimiento ante la autoridad competente, y
3. sentencia firme y ejecutoria en juicio de filiación

Lo anterior encarna, especialmente en los últimos dos números, la posibilidad de que exista una madre distinta a la que gestó al niño o niña por nueve meses, ya que en

la práctica basta con el reconocimiento ante la autoridad competente para que quede determinada la filiación, tal como lo fundamenta el artículo 31 n° 4 del artículo 3° del DFL 1, que menciona que “cuando la declaración del requirente coincida con el comprobante del médico que haya asistido al parto, en lo concerniente a las identidades del nacido y de la mujer que lo dio a luz”, lo que podría dar lugar a una inscripción de la mujer que no corresponde, caso en que podría iniciarse una acción de impugnación de maternidad y así determinarla (Corral, 2010).

Cabe mencionar que esta determinación se considera bajo el contexto de una filiación no matrimonial, ya que en el caso de una filiación matrimonial, existen una serie de presunciones legales que vuelven más engorroso el reconocimiento de ella, en razón de que tal como menciona el ya citado artículo 180 del Código Civil, la filiación queda determinada cuando existe un matrimonio entre los padres, lo que se ocasiona porque los progenitores se encuentran unidos en matrimonio cuando se produce la concepción o nacimiento, o pasan a estar casado después del nacimiento de aquel (Corral, 2010), presunción que podría ser objeto acciones de impugnación que contempla la ley.

Determinación de la paternidad.

Conjuntamente, es necesario posicionarse en la realidad actual y que trajo consigo la implementación de la Ley N° 21.400 que modificó profundamente el Código Civil chileno, admitiendo que un niño o niña tuviera madres del mismo sexo, situación compleja ya que siempre existe la posibilidad de que el padre reclame la filiación del hijo o hija de esta pareja, que por razones biológicas, requirió del esperma masculino para que se produjera la concepción y que claramente según se ha establecido por la ciencia, comparte el 50% de los genes del menor en cuestión.

Por lo anterior, es que la determinación de la filiación paterna también es importante de considerar ya que, a pesar de ser un hecho biológico, no es un hecho notorio como la maternidad, por lo que es necesario recurrir a la ley y las presunciones

legales que ésta plantea con el fin de reconocer el vínculo jurídico que surge por el nacimiento de un niño o niña.

En este sentido y tomando en cuenta la clasificación de filiación matrimonial, se reconoce como padre al marido de la mujer que dio a luz, hecho que se señala en el artículo 184 inciso 1° del Código de Bello, indicando que “tratándose de cónyuges de distinto sexo, se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación judicial de los cónyuges”, entonces por medio de una situación pública y conocida como lo es el matrimonio y la época del nacimiento, la ley se permite concluir la existencia de la paternidad, sustentándose en los deberes que se establecen para los cónyuges como lo es la cohabitación y la procreación.

En otras palabras, se requiere que se cumplan 3 requisitos para que esta filiación paterna matrimonial quede determinada:

1. Que exista matrimonio entre el padre y la madre,
2. que no haya duda de la maternidad de la madre, y
3. que el bebé haya nacido dentro de los 300 días después de la separación judicial o disolución.

En cuanto a la filiación paterna no matrimonial, involucra las mismas causales presentadas en el caso de la maternidad y que se sustentan en el artículo 186 del mencionado cuerpo legal, que refiere que “la filiación no matrimonial queda determinada legalmente por el reconocimiento de uno de los progenitores, o de ambos, o por sentencia firme en juicio de filiación”, es decir, basta en el primer caso, con que el progenitor realice el acto de reconocimiento ante el oficial competente del Servicio de Registro Civil e Identificación, manifestando su intención de reconocer a tal niño o niña como su hijo o hija, respectivamente, para asumir legalmente su rol paterno, la cual se puede realizar al momento del nacimiento o con posterioridad.

En este sentido, tal reconocimiento no sólo puede darse por medio de las formas mencionadas precedentemente, sino que también existen otras alternativas como la

posibilidad de hacerlo a través de escritura pública, y a través del testamento, donde el causante indica que reconoce a esa persona como su hijo o hija, en ambos casos se necesita de la suscripción al margen de la inscripción de nacimiento del niño o niña.

En el segundo caso, se requiere de una acción de impugnación de paternidad en el caso que esta haya sido asumida por otro hombre o de reclamación de filiación en la circunstancia de que el actor no conste en el acta como padre del menor. Tales acciones son conocidas por los tribunales de justicia en materia de familia y que pueden ser ejercidas, en principio, por el supuesto padre o madre respectivamente, que en consecuencia buscan que se reconozca por sentencia judicial la paternidad, y que se sustenta en el precepto del artículo 199 bis del Código Civil, que prescribe que “si la persona demandada no comparece a la audiencia preparatoria o si negare o manifestare dudas sobre su paternidad o maternidad, el juez ordenará, de inmediato, la práctica de la prueba pericial biológica...”, lo que asegura la entrega de una certeza a ambos progenitores sobre la paternidad del niño o niña en cuestión.

En suma, una vez terminados dichos procesos sometidos al conocimiento de un juez competente en la materia, traen como consecuencia que con posterioridad a que la sentencia se encuentre firme y ejecutoriada, según el enunciado artículo 199 bis, pero en su inciso 2° del Código Civil, se deba realizar un trámite previo para que el reconocimiento en juicio la paternidad o maternidad, “debiendo reducirse a un acta que será suscrita al margen de la inscripción de nacimiento del niño o niña y que deberá ser remitida al Registro Civil”, realizando el trámite de reconocimiento, ante el funcionario competente del servicio referido para que, finalmente, éste produzca sus efectos y se determine la filiación.

En el caso de las parejas homosexuales, el procedimiento es el mismo que en el caso de las parejas lesbianas, toda vez que en las situaciones de la filiación no matrimonial basta con que la pareja del progenitor inscriba como hijo o hija al bebé de su pareja, siempre bajo la salvedad que la madre donante del ovulo, alegue ante el juzgado competente su maternidad. En el caso de la filiación matrimonial se presenta la

misma problemática, pues hay que considerar que uno de los padres es el progenitor y el otro es la pareja de éste, sin tener intervención en el proceso de concepción.

Sumado a esto vale la pena reflexionar sobre la forma en la que estas parejas gestan a su recién nacido ya que, atendido a la igualdad de sexo, se encuentran biológicamente impedidas de llevar a cabo el proceso de embarazo, pero que habiéndose aceptado el matrimonio igualitario en el país, lo anterior colisiona con la finalidad impuesta por el legislador al matrimonio, como es la procreación, en razón de lo cual nuevamente cobra relevancia la figura de la maternidad subrogada como una figura necesaria en Chile, a fin de poder hacer frente a las nuevas modificaciones en la materia.

En definitiva, la necesidad de establecer la filiación no sólo viene a responder a la determinación respecto a la identidad los progenitores o padres, según corresponda, sino que implica el nacimiento de una serie de derechos de orden personal y patrimonial, que buscan proteger y respetar a los niños y niñas en su integridad completa.

2.3. Derechos y obligaciones derivados de la filiación

A partir de la determinación de la filiación, donde se establece el origen de un hijo o hija, emergen una serie de derechos que se ocasionan, justamente, por el reconocimiento de estos y que obliga a los progenitores o padre o madre, según sea el caso, a asumir y velar por el efectivo cumplimiento de estos. Esta circunstancia resulta esencial para este estudio, toda vez que la figura de la maternidad subrogada implica alterar la determinación de la maternidad y la paternidad como se encuentra prevista en el derecho chileno y, en consecuencia, los derechos y obligaciones surgidos de ellos.

Frente a lo anterior, surge la interrogante de cuáles son los derechos esenciales que derivan de la filiación para los niños y niñas respecto de su madre, padre o progenitores, para poder identificar los derechos y obligaciones respecto de los cuales el niño o niña nacido por maternidad subrogada será privado en relación a la madre

gestante, en atención a las características propias que se han analizado de esta figura, a fin de determinar si esta institución afecta la seguridad jurídica de los mismos, considerando el principio del interés superior del niño o niña.

En razón de lo anterior, el legislador a través de los años ha modificado y dictado una serie de leyes que propenden a la promoción de dicho principio, buscando asegurar su máxima y mayor aplicación con el objeto de lograr la realización de niños, niñas y adolescentes. Una expresión de ello, es el derecho a la identidad, derecho de alimentos, derecho a una relación directa y regular y derechos sucesorios, que a continuación se detallan:

Derecho a la identidad.

En primer lugar, se reconoce el derecho a la identidad, que se caracteriza por su complejidad, debido a su dinamismo, puesto que está en contante cambio, según se desarrollan las personas, pero que trae consigo una serie de particularidades y características que reconocen a cada persona en su individualidad como única y que implican no sólo considerar el origen biológico de alguien, sino que también reflexionar sobre la carga cultural, social, familiar y cultural de una persona (Corte Interamericana de Derechos Humanos, se citó en Carreta y Greeven, 2020) y que lo construyen y forman en lo que es o será en el futuro, condicionando su inserción en la sociedad.

Se trata de un derecho que abarca una gran cantidad de garantías que buscan asegurar la idea de pertenencia de una persona, a través del conocimiento de sus orígenes y nexos biológicos, incluyendo de esta forma elementos que se podrían considerar básicos o mínimos, pero que ante la ausencia de ellos, se producen graves consecuencias, tanto en el social, psicológico o emocional, ya que la sensación de desarraigo, de pérdida o ausencia de la identidad es perjudicial para el ser humano que por naturaleza debe sentirse parte de un grupo, tanto así que el hecho de que “la identidad se pueda perder significa que el hecho de ser, y a su vez ser lo que es, descansa en un poder no ser lo que es” (Hernández, se citó en Gende, 2014, p. 57), de

tal manera que la persona se pierde a sí mismo y como consecuencia toda regla moral o ética que se comparte en la sociedad.

Otro instrumento internacional que trata el derecho de la identidad y que fue ratificado por Chile, es la Convención Americana de los Derechos Humanos, que en su artículo 18 menciona que “toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos si fuere necesario”, destacándose la necesidad de establecer la filiación a través del uso de los apellidos de los padres. Nuevamente se destaca la importancia del nombre, puesto que el mismo artículo señala que ante la ausencia de él, la misma ley deberá establecer el uso de un nombre para aquella persona que carece de él.

Conjuntamente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también hace alusión a la necesidad de reconocer la importancia del derecho a la identidad, mencionando en su artículo 24 números 2 y 3 que “todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre”, “todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”, lo que son elementos esenciales para que una persona se pueda configurar como tal.

Por lo anterior, es que el derecho a la identidad debe entenderse como el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad (Fernández, se citó en Gende, 2014, p. 63) y desde dicha premisa es que se considera un derecho esencial que emana de la filiación, ya que se cumple con los presupuestos de determinar los orígenes, el vínculo familiar y la historia de vida de ese hijo o hija.

Derecho de Alimentos.

Se reconoce como derecho esencial derivado de la filiación el derecho de alimentos que, según la doctrina, se define como aquel derecho

que la ley otorga a una persona para demandar de otra, que cuenta con los medios para proporcionárselos, lo que necesite para subsistir de un modo correspondiente a su posición social, que debe cubrir a lo menos el sustento, habitación, vestidos, salud, movilización, enseñanza básica y media, aprendizaje de alguna profesión u oficio (Ramos, 2000, p. 499).

De tal forma, que tiene por objeto suplir las necesidades de vida de una persona a la que se está obligado a proporcionar alimentos, necesidades que son amplias, pues se considera abrigo, educación, salud, vestuario y por supuesto alimentación, categorías que implican que con la satisfacción de todo ese conjunto de medios es posible asegurar una adecuada vida a las personas a las que les asiste tal derecho y propiciar su desarrollo integral.

Así a través de la determinación de la filiación, nace la obligación para el padre o madre de proporcionar alimentos, como también recíprocamente el derecho del hijo o hija a pedir alimentos. Dentro de los requisitos para exigir el derecho de alimentos, se requiere la existencia de un estado necesidad del alimentario, el hijo o hija, la capacidad económica del alimentante, padre o madre, y la existencia de una norma legal que otorgue el derecho de pedirlos. Ahora bien, el estado de necesidad al que se alude, en cuanto al alimentario “significa que debe carecer de los medios que le permitirían subsistir modestamente de un modo que corresponde a su posición social, en la medida que carezca de tales medios, podrá demandar alimentos” (Palma, 2012).

Según los términos señalados por el artículo 330 del Código Civil, se trata de un derecho extremadamente protegido y que asegura su cumplimiento por mandato de la ley, con el fin de proteger a los más débiles, especialmente a los hijos e hijas, en atención a que busca propender al respeto y resguardo del principio del interés superior del niño, niña y adolescente, ya que es necesario para el máximo y mejor desarrollo de estas personas.

En definitiva, es tal la importancia de este derecho que surge por la filiación, que incluso el Estado, a través de los distintos tratados y convenciones de las que se ha

hecho parte, asumió el deber de cumplir con “tres obligaciones básicas: respetar, proteger y realizar o facilitar” (Jusidman-Rapoport, 2014, p. 89) el derecho de alimentos, de tal forma que deben tomar todas las medidas necesarias para asegurar que esta garantía pueda ejercerse por las personas a quienes se les ha otorgado y que se pueda cumplir por quien debe entregarlos, cuestión que se ha visto recientemente con la creación del registro nacional de deudores, a través de la ley 21.389 y la nueva Ley de Responsabilidad Parental y Pago Efectivo de Pensiones de Alimentos, que esta prontamente a entrar en vigencia.

De esta manera este derecho se ha visto elevado al rango de derecho humano, “lo que indica que su garantía y efectividad plena es una obligación del Estado” (Delgado, 2016, p. 91), debiendo éste tomar todas las medidas necesarias para asegurar su cumplimiento y así satisfacer las necesidades propias que este derecho trae consigo.

Derecho a relación directa y regular.

Este derecho se establece en el artículo 229 del Código Civil, que señala en su inciso 2° que “se entiende por relación directa y regular aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable”, es decir, es un derecho-deber del padre o madre que no vive con el niño, niña o adolescente y cuya filiación se encuentra determinada, a mantener una relación directa y regular “la que se ejercerá con la frecuencia y libertad acordada directamente con quien lo tiene a su cuidado... o en su defecto, con las que el juez estimaré conveniente para el hijo” y que en el caso del hijo o hija, significa un derecho, pero siempre considerando el principio rector y fundamental, el interés superior del niño, niña y adolescente, al momento de establecer aquel.

De esta forma, el derecho-deber de comunicación se basa en principio que el niño es sujeto de derecho y, en consecuencia, titular del derecho de relacionarse en forma regular y permanente con su padre o madre que no vive con él, de tal manera que en materia de familia se privilegia el vínculo de los niños y niñas con ambos padres

y su familia extendida, para dar la oportunidad al padre o madre que no vive con el hijo o hija, a poder relacionarse adecuadamente, como una forma de mitigar las posibles dificultades que trae consigo el no compartir un hogar con el hijo o hija, encontrando como límite que aquel régimen cause algún perjuicio al menor o peligre su integridad, psíquica, moral o seguridad física.

De esta manera, al encontrarse determinada la filiación, el padre o madre deberá mantener un régimen comunicacional con el hijo o hija, atendido a que al asumir el rol paternal o maternal, surge el derecho-deber de tener una relación directa y regular entre ellos y que viene a cumplir con la necesidad de conocer los orígenes de una persona como vincularse con su familia extensa, para conocer y ser parte de su historia e interiorizarse de sus costumbres y hábitos, como también potenciar lazos afectivos y de pertenencia.

Derechos sucesorios.

En último lugar, en el ámbito del derecho sucesorio, se destaca el derecho real de herencia, consiste “en la facultad o aptitud de una persona para suceder en el patrimonio del causante o en una cuota de él.” (Orrego, 2022, p.22), calidad que entrega la determinación de la filiación, ya que se establece la procedencia de una persona y por extensión su ascendencia y que según las reglas de sucesión implican la posibilidad de recibir la masa hereditaria del causante.

De esta manera, el derecho de herencia se caracteriza porque se:

considera que tal condición queda acreditada por el certificado de nacimiento y la copia del acta de partida de nacimiento, en los que el causante figura como padre de la actora, siendo requerida la inscripción de su nacimiento de forma voluntaria, lo que constituye un reconocimiento expreso de la calidad de hijo (Espada, 2014, p. 407)

y, por ende, mediante el acto en que se reconoce a un hijo o hija frente al oficial del registro civil, queda establecida.

De esta forma, la persona cuya filiación se encuentra determinada, implica que pasa a asumir la calidad de asignatario, atendido a que es el continuador de la personalidad del causante, así “el heredero es la misma persona, desde el punto de vista jurídico, que el causante y lo representa en todos sus derechos activos y pasivos de contenido patrimonial. El heredero subroga en la misma posición jurídica del causante” (Domínguez, se citó en Orrego, 2022, p. 3), por lo tanto, este asume la posición que tenía el causante, en cuanto a la responsabilidad en sus activos y pasivos.

Este derecho se caracteriza por ser, un derecho previo al dominio, ya que, una vez que él se asume la calidad de heredero, es que se inicia el proceso para adquirir los bienes del causante, asumiendo la misma posición que el dueño anterior, así que el “heredero adquiere los derechos sin necesidad de aceptación, también queda poseedor de los bienes sin necesidad de aprehensión material,” (Peñailillo, 2019, p. 92). Por lo mismo es que tiene una aplicación general, ya que abarca toda la masa de bienes de una persona.

Además, la ley establece su protección para que lo herederos no vean en peligro la adquisición de su herencia, todo ello a través de la acción de petición de herencia, el cual implica un proceso judicial en sede civil, y que según lo mencionado en el artículo 1264 del Código de Bello implica que le concierne “al dueño de una herencia contra el que la está poseyendo invocando a su vez la calidad de heredero, para que se le reconozca genuina condición de heredero y se le restituyan los bienes que conforman la herencia”, así, la ley se encarga de proteger el derechos de toda persona a acceder a lo que le corresponde por el solo hecho de tener determinada su filiación.

En suma, estos son algunos de los derechos que emanan al determinar la filiación y que significan, no sólo la adquisición de derechos, sino que también abarcan áreas más profundas de la naturaleza humana, centrados en la persona en sí, promoviendo la estabilidad, protección, seguridad y arraigo que necesita una persona para lograr su máxima realización, desenvolviéndose en completa y total armonía y que en el caso de niños, niñas y adolescentes, trae consigo la veracidad de crecer y desarrollarse dentro de un ambiente cargado de afectos, respeto y protección.

3. Interés Superior del Niño, Niña o Adolescente.

3.1. Concepto y Consagración.

Concepto

Durante el siglo XX se ha desarrollado un profundo y dinámico proceso destinado a promover el reconocimiento y protección de los derechos de los niños, lo que se concretó en la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Niña y Adolescente en 1989, la cual buscó formalizar los mecanismos de exigibilidad y protección efectiva de los mismos y lograr una supraprotección de estos derechos (Cillero, 2007).

La Convención sobre los Derechos del Niño, Niña y Adolescente se incorpora en el ordenamiento jurídico chileno en el año 1990 y desde entonces ha motivado una serie de cambios en nuestras instituciones jurídicas. La génesis del texto radica en la búsqueda del fortalecimiento de los derechos de la infancia y la consolidación internacional de las políticas de protección infantil de los Estados partes, los cuales con su ratificación se obligan a adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para lograr la vigencia de los derechos consagrados en ella (Carretta y Barcia, 2021).

Esta Convención se articula en base a principios rectores cuya aplicación e interpretación debe hacerse de manera integral, interrelacionándose dichos principios y normas, no existiendo un orden jurídico entre ellos y gozando de igual valor. Las cuatro directrices o valores fundamentales son: no discriminación; el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo; el del respeto a la opinión de la persona menor de edad o derecho a ser oído y; el del interés superior del niño (Ravetllat y Pinochet, 2015).

De los principios rectores establecidos en la Convención en comento, el que presenta mayores controversias es el principio del Interés Superior del Niño. Estas dificultades, según Cillero (2007), se presentan primero en relación a su concepto, ya

que responde a un fenómeno social, cuya determinación ha transitado desde ignorar a estas personas por el derecho hasta convertirse en sujetos preeminentes en la aplicación del mismo, exigiendo un trabajo riguroso por los jueces, considerando a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos.

Además, se trata de un concepto jurídico indeterminado, que carece de una definición concreta, única y útil, aplicable a todos los casos, debido a la heterogeneidad de sus titulares (Torrecuadrada, 2016), por lo que se ha puesto de relieve la falta de uniformidad en su aplicación. Uno de los problemas que puede acarrear lo anterior, es que este principio requiera ser concretado para cada situación específica, sin existir a lo menos un listado de factores, indicadores o elementos que faciliten su interpretación o aplicación.

En búsqueda de concretar una definición para este principio, sería posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos, que se opone a los abusos del poder y al paternalismo estatal (Cillero, 2007). Zermatten (2003, se citó en Aguilar, 2008) lo define como la “unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia” (p. 230). Se trata de un principio rector, inspirador y primordial a la hora de adoptar medidas en relación a los niños, pudiendo incluso considerar estos derechos prioritarios a los de los adultos, especialmente cuando uno y otro entran en conflictos (Garrido, 2013).

De acuerdo a lo mencionado anteriormente, se logra identificar un principio básico en los derechos del niño, un principio interpretativo de toda medida que potencialmente pudiera afectar directa o indirectamente a los mismos, un derecho subjetivo de todo niño, niña y adolescente inspirador y fundamental para el Estado, que tiene el propósito de resguardarlos atendida su especial vulnerabilidad y la imposibilidad de dirigir su vida con total autonomía (Torrecuadrada, 2016), como también, por la necesidad de que las circunstancias que les rodean les sean especialmente favorables en esta etapa vital de su desarrollo (Ravetllat, 2012).

Consagración nacional e internacional.

Este principio encuentra su consagración en la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959, como un principio rector de quienes tienen la responsabilidad de la educación y orientación de los niños, la que incumbe, en primer término, a los padres. Estos derechos reconocidos pueden clasificarse en derechos civiles de la infancia; derechos políticos que cubren la libertad de opinión, de expresión, de asociación y libertad de conciencia y de culto y religión; derechos económicos y; derechos sociales y culturales (Carretta y Barcia, 2021).

Específicamente, su artículo 3° consagra el principio del interés superior del niño y establece en lo pertinente, que:

Todas las medidas que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Lo anterior, se complementa con lo dispuesto en el artículo N° 18 del mismo instrumento que detalla que son los progenitores de los niños, niñas y adolescentes quienes son responsables primordialmente por la crianza y asistencia de los mismos.

En ambos casos contemplados – Estado y progenitores - lo que se consagra en esta Convención es la obligación jurídica de aplicar este principio en todas las decisiones o medidas que afecten directa o indirectamente a los niños, extendiendo la vigencia de este principio garantista más allá de las decisiones legislativas o judiciales, sino también como una obligación para los progenitores o guardadores (Ravetllat y Pinochet, 2015).

En este orden de ideas, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 25.2 reconoce que tanto la maternidad e infancia tendrán derechos de cuidado y asistencia especiales en atención a sus condiciones de vulnerabilidad, lo que guarda relación con el interés superior del niño. Además, dicho tratado reconoce que la familia,

es un elemento natural y fundamental de protección, e insta a que la sociedad en general y el Estado, resguarden esta institución.

La necesidad de poner el acento en la atención, promoción, provisión y protección de los derechos de los niños y niñas, han llevado a que la Convención sea un instrumento de rápido y casi universal reconocimiento jurídico y aceptación social, independientemente de las diversidades culturales de los Estados Partes, donde Chile no es la excepción, ya que en que la Constitución Política de la República se le otorga valor, al tratarse de un tratado internacional ratificado y vigente.

En este sentido, en el ordenamiento jurídico chileno, el interés superior del niño, niña y adolescente constituye un principio reconocido y fundamental del derecho chileno, considerándose una regla moderadora e inspiradora de las actuaciones judiciales (Ravetllat y Pinochet, 2015). En efecto, en materia de Familia, la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de la materia, lo establece como uno de los principios del procedimiento en su artículo 16, sosteniendo que el objetivo de la misma es garantizar el ejercicio y goce pleno y efectivo de los derechos y garantías de todos los niños, niñas y adolescentes, lo cual debe tenerse siempre como consideración principal en las resoluciones de los jueces de familia.

En materia civil, el Código de Bello, establece en el artículo 222 que:

La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades.

Además, la historia legislativa del país se ha visto fuertemente marcada por la incorporación y consagración de este principio, pudiendo encontrar una serie de normas en diferentes materias que buscan la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

3.2 Interés superior del niño y niña y la maternidad subrogada.

En base al análisis precedente, se ha podido determinar que cuando se hace referencia al principio del interés superior del niño, niña o adolescente, se está aludiendo a los derechos de carácter fundamental que deben ser protegidos a fin de lograr la plena satisfacción de los mismos.

En este sentido, y en base a las características ya analizadas de la maternidad subrogada, es posible cuestionar en esta instancia, sobre cuáles son los derechos fundamentales y esenciales de los niños y niñas, que pueden verse afectados con la incorporación del vientre de alquiler en el país, considerando el significado y extensión del principio en comento, lo que permitiría a su vez, identificar las principales consecuencias jurídicas que se generarían.

En este orden de cosas, es posible identificar la problemática en relación al derecho de protección, al derecho a la identidad y al derecho a la dignidad.

Derecho de Protección.

En efecto, un primer asunto que se debe considerar, es que la maternidad y la paternidad son las dos figuras encargadas de otorgar los principales cuidados de todo niño, niña y adolescente, salvo los casos que por fuerza mayor exige que sea el Estado quien se encargue de brindar a los mismos tal protección, lo que equivale al derecho de protección que tiene todo niño y niña.

En este orden de ideas, la Convención en su artículo 9.1 señala que:

Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.

Así las cosas, es la madre, padre o progenitores determinados, como se ha analizado hasta ahora, quienes deben concurrir desde el nacimiento del niño o niña a

velar por el debido cuidado del mismo. En este sentido, la maternidad subrogada implicaría una nueva forma de concurrir en esta obligación desde el momento de nacimiento de los menores, ya que, en este caso, serían los padres que se someten a la tría que implica esta figura, quienes adoptarían esta labor y no la madre gestante.

Aún más, de la experiencia internacional conocida, se puede desprender que en estos casos se podría encontrar incluso frente al supuesto de que la madre gestante renuncie a la maternidad con anterioridad al embarazo mediante un contrato y que, por lo tanto, no tenga ninguna obligación de cuidado con el niño y que por el contrario, ceda todos los derechos sobre el niño o niña a los padres contratantes, lo que se contradice con la legislación nacional en materia de determinación de la maternidad y, en consecuencia, de las obligaciones derivadas de ella, como sería el deber de protección.

Derecho a la identidad.

El derecho a la identidad conforme lo prescribe el artículo 7° de la Convención de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente establece que el “niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y 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 a ser cuidado por ellos”. Agrega el artículo 8° de la misma Convención que “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”.

En este sentido, es posible advertir que el derecho analizado, implica para los niños y niñas un derecho de la personalidad que se vincula directamente con los otros derechos derivados de la filiación, como el de tener una nacionalidad, el de alimentos, o el de mantener una relación directa y regular con el padre no custodio (González, 2011). Por lo que, si bien existe incerteza sobre el contenido y alcance del derecho de identidad, esta interpretación permite un acercamiento a su aplicación.

Según la Real Academia Española (2014), la identidad se define como "conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a

los demás. Conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás". Así las cosas, en el caso de los niños y niñas recién nacidos esto se relaciona con la información sobre los progenitores y sus familias extensas, que va a estar compuesta no solo por personas, sino también, por factores biológicos, sociales y culturales que caracterizan a las familias como grupo social y que van a incidir en su núcleo y en el desarrollo del recién nacido. Frente a ello, la figura de la maternidad subrogada, no entregaría garantías de que el niño o niña nacido con ocasión de esta figura pudiera tener acceso a esta información lo que implicaría una vulneración a este derecho.

En efecto, el interés superior del niño reside en la garantía del derecho de todo niño y niña a conocer sus orígenes biológicos, el que puede ser ejercido únicamente en atención a la voluntad del niño y no de los padres contratantes. En este sentido, se ha señalado que frente a la figura de la maternidad subrogada se puede alegar un derecho a la identidad para conocer el origen biológico, pero no reclamarse los derechos vinculados con la filiación (González, 2011), lo que generaría una alteración a la seguridad jurídica del niño, toda vez que los supuestos de la maternidad subrogada implicarían en estos casos, una desvinculación total entre el niño y quien lo gesta.

Aún más, en los países en los cuales la gestación por sustitución se encuentra legalizada, caben dos supuestos. En el primero, la madre gestante renuncia a la maternidad con anterioridad al embarazo mediante un contrato respecto a su útero para gestar al niño; en el segundo, la madre gestante engendra a su hijo, aunque no sea su descendencia genética y posteriormente dilucida si renuncia a su derecho como madre a favor de los padres contratantes. En relación al primer caso planteado, podría aseverarse que el niño no tiene derecho a investigar sobre sus orígenes, ya que contractualmente solo tiene unos padres y la madre gestante no es considerada como tal (Rodríguez y Martínez, 2012).

Bajo estos supuestos comentados, parece que bajo la actual legislación chilena no cabría la posibilidad de negarle al niño el derecho a conocer sus orígenes, porque se reconoce como un derecho fundamental. Surge entonces el dilema de si se debiera reconocer como un valor jurídico suficiente la sola intención de los padres que se

someten a la tría, para determinar legalmente una filiación que proviene de una gestación en una persona distinta, por sobre los derechos y garantías que se le reconocen al hijo o hija en el derecho nacional.

En base al principio del interés superior del niño, esta situación sólo puede analizarse desde el punto de vista de la integridad e identidad personal del hijo, lo que nos lleva a interpretar que, ni la sola voluntad ni el afecto pueden ser suficiente base para determinar una filiación no biológica y dejar la determinación de la misma a la celebración de un convenio o contrato, ya que los niños y niñas no son un bien o un servicio que se pueda suministrar, ni por las partes ni por el Estado, sino que se encuentra frente a un ser humano titular de derechos (Rodríguez y Fernández, 2022). Sin embargo, como se ha visto hasta ahora, la legislación chilena más reciente ha ido ampliando las posibilidades al respecto.

Derecho a la dignidad.

La dignidad es una parte esencial de los atributos de la persona. El menor es, ante todo, persona en su acepción más esencial y trascendente y no sólo en su dimensión jurídica. El derecho referido, tiene por objeto la protección integral del ser humano, desde su concepción hasta que alcanza, tras su nacimiento, la plena capacidad de obrar, que se inicia con la mayoría de edad, a través de un conjunto de normas organizadas en función del principio del interés superior del niño y niña (Pérez y Cantoral, 2014).

En relación a la maternidad subrogada, existe quienes se oponen a esta práctica por considerar que atenta contra la dignidad del niño, pues los supuestos de la misma lo posicionan como el objeto de un acuerdo o contrato, pasando a ser considerados como objetos de comercio (Pérez y Cantoral, 2014; Zurriarain, 2019). En este sentido, en el derecho nacional, la dignidad de la persona humana impide que sea objeto de un contrato, ya que la instrumentalización del niño o niña nacido bajo esta práctica, bien sea por un contrato a título gratuito u oneroso, atenta claramente contra el principio del interés superior de los mismos.

Aún más, la figura de la maternidad subrogada no vela por la protección y desarrollo en óptimas condiciones del niño o niña nacido bajo esta figura, ya que no existen requisitos exigibles para los padres contratantes como tampoco mecanismos para asegurar su idoneidad de los mismos o de la madre gestante, como sí ocurre, por ejemplo, en los procedimientos de la adopción (Garibo, 2017). En Chile, esta materia se encuentra regulada por la Ley N° 19.620 que en su artículo 1° establece que este instituto jurídico debe velar por su interés superior y amparar sus derechos, para desarrollarse en una familia que pueda brindarle todos los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades, en caso que la familia de origen se encuentre impedida de aquello.

En este sentido, la maternidad subrogada se aleja de este objetivo, ya que no tendría lugar cuando existe una imposibilidad de satisfacer las necesidades del menor por la familia de origen, sino que cuando así lo decidan los padres contratantes con la madre gestante, para satisfacer sus propias necesidades, como la de formar una familia, poniendo entonces, los intereses de éstos por sobre los intereses del niño o niña nacido, posicionándolo en el objeto de un contrato o acuerdo que atenta contra su dignidad.

Además, la maternidad subrogada atenta contra la unidad de la familia (Rodríguez y Martínez, 2012), pues al intercambiarse al niño desde la madre gestante hacia los padres contratantes, se está contribuyendo a la destrucción de una de las relaciones más importantes de la vida de un niño, como es la relación que se establece entre la madre que gestó y dio a luz con el hijo, y con ello, a la separación temprana con la figura más esencial para su óptimo desarrollo y a la formación del apego seguro.

En atención a lo todo a lo anterior, es que se puede advertir que la maternidad subrogada puede verse íntimamente relacionada con la vulneración de algunos derechos de los niños y niñas que tienen el carácter de fundamentales, por lo que esta figura no podría otorgarse en la legislación nacional sino partiendo por el respeto a la ley y a los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile que consagran el reconocimiento y protección de los mismos, especialmente en respeto a los derechos

de los niños y niñas, quienes son la parte más importante de proteger dentro de esta figura, no solo por resultar ser los más vulnerables, sino también porque su resguardo es el verbo primordial de derecho chileno.

Sin embargo, todas estas proposiciones se ven desafiadas en Chile por la reciente Ley N° 21.400, de 10 de diciembre de 2021, sobre matrimonio entre personas del mismo sexo. En efecto, esta ley hace posible, como se ha dicho anteriormente, determinar legalmente filiaciones no biológicas por declaraciones de voluntad de progenitores intencionales, sin control judicial ni sanitario y sin la existencia de una ley sobre reproducción asistida o sobre maternidad subrogada, estableciendo incluso que la filiación de los hijos puede no encontrarse determinada respecto de uno de sus progenitores, o de ambos, marcando entonces, cierto retroceso en nuestra historia legislativa.

No obstante lo anterior, la también reciente Ley N° 21.430, de 15 de marzo de 2022, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, refuerza la idea sobre la necesidad de considerar el interés superior del niño a través de la evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños en una situación concreta. Así también consagra su derecho a una identidad, comprendiendo el derecho a conocer la identidad de sus padres y/o madres, su origen biológico, a preservar sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a conocer y ejercer la cultura de su lugar de origen y, en general, a preservar y desarrollar su propia identidad e idiosincrasia, lo que marca una clara orientación para el legislador sobre las limitantes y parámetros que debe tener la figura de la maternidad subrogada en el evento de ser acogida en el país.

Así las cosas, bien sea aprobando los proyectos de ley sobre la materia o las nuevas iniciativas legislativas sobre la figura de la maternidad subrogada en el país, lo importante en cualquiera de los casos, será regular con la suficiente rigurosidad los problemas jurídicos que se pueden suscitar en relación a los derechos y garantías de los niños y niñas que nacen con ocasión de esta figura, en respeto al principio del interés superior de los mismos.

3.3 Jurisprudencia sobre maternidad subrogada en Chile y su relación con el interés superior del niño.

Los temas analizados hasta acá han puesto de relieve la importancia del interés superior del niño, niñas y adolescente en el derecho chileno, lo que se ha visto representado en la consagración de este principio en las nuevas leyes que se han dictado en diferentes temas, transformándose, además, en una importante limitante para los jueces al momento de decidir.

Sin embargo, el hecho de que la maternidad subrogada no se encuentre regulada en Chile, hace interrogarse sobre cuál es el trato que los tribunales chilenos les han entregado a esta materia en los casos en que se ha configurado esta situación en la práctica. Es cierto que los casos no han sido muchos, pero sin duda marcan un precedente para los tribunales al momento de fallar y para el poder legislativo ante una futura regulación en el país, si tuviera lugar.

Así las cosas, el precedente judicial a analizar es una clara demostración de cómo la realidad se adelanta al derecho y exige de éste una transformación. La primera sentencia que se analizará, se refiere al fallo dictado por el Segundo Juzgado de Familia de Santiago, con fecha 08 de enero de 2018, en causa rit C-4907-2018, que tuvo ocasión en virtud de una demanda de impugnación y reclamación de maternidad, interpuesta por una mujer de 28 años de edad, quien junto a su pareja y después de varios intentos fallidos para poder ser padres, sufrió una pérdida de su útero, por lo que decidieron buscar ayuda en los avances de la medicina, lo que se concretó en un proceso de reproducción asistida en razón del cual la madre de la demandante se ofreció para anidar cinco de sus óvulos fecundados por el esperma de su pareja, transformándose entonces en la madre gestante y abuela materna a la vez. El problema que se generó en esta situación, es que posterior al nacimiento de las niñas, éstas se inscribieron como hijas legales de la madre gestante (abuela materna), y no de la demandante.

El Tribunal en cuestión en base a la demanda interpuesta, hace un análisis del caso, señalando en principio que “atendida la falta de regulación en este tipo de casos, a la fecha y legalmente, la abuela de las niñas es su madre legal”. Sin embargo, continúa el análisis de las circunstancias, identificando situaciones que pueden llegar a constituir una vulneración a los derechos de las niñas, como son, que la madre genética es considerada a la vez la hermana legalmente y que el ejercicio de la maternidad y paternidad en la práctica estaba siendo ejercida por quienes no figuran como sus padres legales, lo que muestra una mirada de este Juez en poner como orientación principal de su decisión el principio del interés del niño, más allá de la determinación legal.

Así las cosas, el fallo pone de manifiesto el interés por resguardar el derecho a la identidad de las niñas, el que involucra el derecho que tiene cada persona a conocer su origen, por constituir este derecho una parte esencial del derecho a la personalidad recogido por la Convención Internacional de Derechos del Niño. El juez advirtió de forma muy acertada, que el derecho a la identidad involucra las relaciones sociales que la persona va generando a lo largo de su vida, comprendiendo su historia personal, social y cultural. Señalando que en materia de filiación no existiría 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 se refuerza el vínculo)”.

Un punto importante en este fallo, es que la magistrada de forma clara establece que los únicos pactos que podrían suscitar una discusión sobre la nulidad o inexistencia, son los pactos onerosos, en los que medie una contraprestación pecuniaria para entregar un hijo a los padres contratantes, lo que no concurría en este caso, ya que ha sido la abuela materna quien en un acto del todo altruista decide prestar esta ayuda a su hija. El razonamiento anterior, guarda relación con las legislaciones que han aceptado la figura y llevaría a pensar que, en estos casos, no se

estaría vulnerando el derecho a la dignidad de las niñas, ya que desde el principio estas no han sido vistas como objeto de un contrato y se ha resguardado su correcta gestación y desarrollo en las mejores condiciones.

Este fallo también señala también, que el legislador ha establecido la libre posibilidad de investigar la maternidad y paternidad, todo lo cual va en directa relación y armonía con el derecho de identidad de todo ser humano, buscando siempre la verdad biológica. En este sentido, hace hincapié que el artículo 182 del Código Civil, por cuanto esta norma según la Juez, solo estaría regulando la situación de los hijos nacidos fruto de donación de gametos de personas distintos de los padres, donde los donantes no puede reclamar derecho alguno, pero no incluiría el caso de la maternidad subrogada.

Pero más allá del derecho a la maternidad o paternidad de los padres reclamantes, este fallo puso por sobre esos intereses, los intereses de las menores representado en su derecho a la identidad, ya que aquellas eran genéticamente, afectivamente y socialmente hijas de la demandante, lo que además se vio respaldado con los resultados biológico-genéticos de los exámenes que se practicaron, que acreditaron la maternidad respecto de la actora, aun cuando la demandante no haya llevado en su útero el proceso de gestación y por ende, no haya dado a luz, por lo que el razonamiento de esta magistrado fue que por sobre todo debe prevalecer el principio del interés superior de las menores sin que una ley pueda impedirlo.

Por todo lo anterior, se termina por acoger las demandas de impugnación y reclamación de maternidad interpuestas y se declara como madre de las niñas a la mujer que aportó su material genético, ordenando su correcta inscripción en el certificado de nacimiento de las mismas y corrigiendo sus apellidos por los que correspondieran.

Esta interpretación sin duda manifiesta la importancia del principio del interés superior del niño en el derecho nacional en situaciones de maternidad subrogada. Es así que, pese a que conforme a la legislación chilena la maternidad queda determinada

legalmente por el parto como regla general, es decir, es madre legal quien da a luz al niño o niña, en esta causa, este Juez entrega la única solución justa para este caso, esto es, aquella que velara por la protección de los derechos y garantías de las niñas nacidas.

En segundo lugar, se llevará a cabo un análisis de una resolución perteneciente a un organismo público, consistente en el Dictamen 8519-2022 dictado por la Superintendencia de Seguridad Social, de fecha 24 de enero de 2022, en atención a un reclamo formulado por una mujer en razón de que no obstante encontrarse autorizada su licencia médica de descanso postnatal N° 3-3, por 84 días a contar del 9 de noviembre de 2020, la ISAPRE no le ha pagado el subsidio por incapacidad laboral correspondiente y que tampoco se le ha pagado el subsidio por el periodo del permiso postnatal parental, ni el de la licencia médica preventiva parental, por 18 días, entre el 13 y 30 de septiembre de 2021. La recurrente, manifestó que la razón por la que la ISAPRE no le ha pagado el subsidio por incapacidad laboral, se debe a que su hijo nació por maternidad subrogada o vientre de alquiler, procedimiento que se realizó en Ucrania por estar regulado en ese país.

El organismo en cuestión refiere en su resolución que el denominado permiso postnatal y permiso postnatal parental, son beneficios que se otorgan a la madre biológica, a la madre adoptiva e incluso a terceros que tengan a su cuidado a un menor por resolución judicial y que, si bien en Chile no se encuentra regulado lo que se denomina maternidad subrogada o vientre de alquiler, no se debe perder de vista que lo que se debe proteger es el cuidado del menor.

Además, dicha institución señala que, en la especie, el hijo de la recurrente fue inscrito en Ucrania como hijo de la interesada y en virtud de dicho documento debidamente traducido y legalizado, se procedió a la inscripción del menor como hijo de la misma, en el registro de nacimiento que lleva el Servicio de Registro Civil e Identificación chileno y, por lo tanto, como madre del menor, tiene derecho a permiso postnatal, permiso postnatal parental y licencias médicas preventivas parentales.

En esta resolución nuevamente se encuentra argumento el principio del interés superior del niño, aunque la institución no lo señala expresamente en su decisión, si se ve representado en el reconocimiento que tiene todo niño y niña a ser debidamente cuidado desde el día de su nacimiento, razón por la cual requería que su madre legal ejerciera dicha labor a través de los beneficios que la legislación nacional proporciona en estos casos.

Frente a estas dos situaciones de análisis, se debe precisar que el contrato que da lugar a la maternidad subrogada en particular, no se encuentra prohibido de ninguna forma en la legislación chilena, es decir, no existe norma que contenga la prohibición de esta figura. Por el contrario, lo que ocurre con la maternidad subrogada en el derecho nacional, es que se trata de una figura que carece de regulación normativa. Esto resulta del todo relevante, ya que las prohibiciones son excepcionales y requieren de texto expreso que lo autorice en los casos expresamente señalados, sin que sea posible la aplicación por analogía.

Aún más, mientras el artículo 182 del Código Civil se refiere a la filiación por técnicas de reproducción humana asistidas y el artículo 183 del mismo texto legal se refiere a la filiación por naturaleza, la maternidad subrogada, es un caso que en Chile carece de regulación normativa, genera una laguna en el derecho nacional y donde se requiere una normativa que regule estas situaciones, las cuales como se advirtió existen en la práctica y ya no se trata de casos hipotéticos. El derecho no puede ser ajeno a los avances de la medicina y a las transformaciones sociales.

Pese a lo anterior, en el derecho chileno es posible encontrar un conjunto de principios que acuden en situaciones como estas, y que además gozan de una jerarquía superior, provenientes de tratados internacionales y que recogen derechos fundamentales. Uno de esos principios es el Interés Superior del niño, niña y adolescente, que ha jugado un rol fundamental a la hora de resolver estas situaciones en el país, como se pudo ver en las sentencias expuestas, y que se consolida como el principio fundamental a la hora de pronunciarse sobre asuntos en que se encuentre en

juego derechos de todo niño y niña en el país, sobre todo en situaciones en que el derecho chileno aún no ha accionado con una normativa completa, como corresponde.

CONCLUSIONES

En Chile la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, donde la maternidad constituye un privilegio para la mayoría de las familias, que visualizan en ella el mecanismo natural para constituir las. Sin embargo, un porcentaje importante no lo posee, generando un estado de insatisfacción y frustración al no poder concretar sus anhelos de ser padres.

En esta investigación, se pudo identificar que esta problemática en nuestro país no solo la enfrentan las parejas afectadas por temas de infertilidad, sino también parejas del mismo sexo, las cuales ven en las técnicas de reproducción asistida una de las herramientas legales que les entrega nuestro derecho para poder acceder a la maternidad o paternidad. Pese a ello, este tratamiento se caracteriza por su extensión y sus grandes costos que, además, queda limitada solo para las parejas conformadas por heterosexuales y aquellas conformadas entre mujeres, quedando fuera por razones biológicas las parejas formadas entre hombres.

A lo anterior, se suma las modificaciones legales que ha experimentado el derecho nacional estos últimos años el que, adecuándose a las transformaciones médicas y sociales, ha incorporado a nuestra legislación con la entrada en vigencia de la Ley N° 21.400 del año 2021, el matrimonio igualitario y la posibilidad de ser consignados como progenitores de niños y niñas, tanto a través de procesos de adopción como de técnicas de reproducción asistida. A su vez, “procrear” sigue siendo una de las finalidades del matrimonio.

Ante esto, la maternidad subrogada, aparece como una alternativa frente a esta problemática, la cual ha sido incorporada por algunas legislaciones de otros países, siempre que tenga el carácter de altruista y no comercial. Sin embargo, en el país, se trata de una figura que carece de regulación normativa, pero que no se encuentra expresamente prohibida. Lo cierto es que, supone una auténtica revolución en el ámbito de la determinación de la filiación y un verdadero desafío jurídico en relación con la protección de los derechos involucrados.

Al respecto, se pudo determinar que esta figura presenta características que han sido objeto de argumentos en favor y en contra, tanto en la doctrina como en tratamiento de la legislación extranjera. En este sentido, se pudo distinguir un tratamiento diferenciado en los distintos países que se analizaron, donde se pueden encontrar países como Alemania que prohíbe en todas sus formas la aplicación la gestación por sustitución, mientras que en países como Canadá o Uruguay se encuentra legalizada la figura, pero solo por razones netamente altruista y cumpliéndose con exigentes requisitos impuestos por la ley que regula la materia.

Esta misma ambigüedad frente a la maternidad subrogada se observó en la doctrina, donde se identificaron argumentos a favor como la voluntad de la mujer gestante y la capacidad de decisión sobre su propio cuerpo, como la mayor protección a la madre gestante al momento de someterse a este acuerdo. En cambio, como argumentos en contra de la figura, se identificó que constituye un proceso de producción de niños, que el embrión pasa a ser considerado como un objeto o producto de un proceso de fabricación o que se altera el proceso de maternidad ya que la mujer que lo gesta no será la verdadera madre del niño o niña.

Sumado a lo anterior, al momento de analizar los conflictos de derechos que ocasiona esta figura en nuestra legislación, se pudo determinar la incidencia que tendría la maternidad subrogada en la vulneración de los derechos y garantías de los niños y niñas que nacerían producto de esta figura. En este sentido, en relación con el principio del interés superior del niño, niña o adolescente, se podría llegar a rechazar la maternidad subrogada bajo la legislación chilena, fundamentalmente basándose en los siguientes conflictos jurídicos:

1.- Problemas derivados de la determinación de la maternidad e inscripción de partida: en virtud de la legislación nacional es madre quien da a luz al niño o niña, lo cual constituye un hecho notorio, quedando de tal forma consignado en la partida de nacimiento. La maternidad subrogada implicaría alterar esta regla, ya que se determinaría como madre a la mujer que encarga o contrata la gestación con la madre

gestante, y de la misma forma, quedaría consignada como madre en la partida de nacimiento, lo que es contrario al derecho chileno.

2.- Problemas derivados del derecho de dignidad del niño o niña: la práctica de la maternidad subrogada puede atentar contra este derecho fundamental de todo niño o niña, al ser posicionado como un objeto de un contrato, abriéndose la posibilidad de mercantilizarlos, con el fin de satisfacer intereses de los contratantes por sobre la protección de las condiciones óptimas del desarrollo de los menores.

3.- Problemas relativos al derecho de identidad y de conocer los orígenes biológicos: el derecho chileno protege la posibilidad de que todo niño o niña tenga información sobre sus progenitores y sus familias extensas, como también a ser parte de los factores sociales y culturales que caracterizan a las mismas, lo que encontraría una importante limitante en la maternidad subrogada, donde la madre gestante se desvincula de forma total del niño o niña nacido.

4.- Problemas relativos a la seguridad jurídica del niño: la legislación contempla una serie de derechos que todo niño o niña puede hacer valer respecto de sus progenitores, como son el derecho de alimentos, el derecho a mantener una relación directa y regular con sus padres y, los derechos sucesorios del que son titulares conforme a la ley. La maternidad subrogada implicaría que el niño o niña nacido en virtud de esta figura, se viera privado de los derechos establecidos por ley tanto en la persona, en los vínculos y en los bienes de la madre gestante.

En este punto, es importante destacar que se ha precisado que el principio del interés superior del niño o niña consiste en la protección de los derechos fundamentales de aquellos y que constituye una norma de rango constitucional en nuestro derecho, atendido la ratificación y vigencia en nuestro país de la Convención de los Derechos del Niño o Niña, constituyendo un principio inspirador y verbo rector de nuestro ordenamiento jurídico.

De manera que, más allá de las cuestiones morales, económicas o éticas, la ciencia jurídica ha de responder a las transformaciones sociales, pero guardando el

respeto a los derechos fundamentales y valores que encuentran consagración en nuestro país, como es el principio referido. Una perspectiva distinta implicaría una contravención a nuestro ordenamiento jurídico y no permitiría otorgarle legitimidad al contrato de maternidad subrogada.

Lo hasta aquí razonado, lleva a concluir que si se generarían conflictos jurídicos con la incorporación de la maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico por tener incidencia negativa en el principio del interés superior del niño o niña. Sin embargo, del desarrollo de este estudio resultó interesante observar que, por una parte, encontramos este principio como una importante limitante para la aprobación de la figura en nuestro país, ya que las características propias de aquella vulneran de manera significativa los derechos más esenciales de todo niño o niña como son la protección, la dignidad y la identidad. Pero, por otro lado, este principio ha sido utilizado como principal argumento en el razonamiento de las sentencias o dictámenes de las autoridades competentes, para acoger situaciones de maternidad subrogada que se han suscitado en nuestro país con la finalidad de proteger los derechos de los niños o niñas.

En razón de lo anterior, debemos cuestionarnos esta paradoja jurídica que se origina a raíz de este principio. Estimamos que es una consecuencia de la indeterminación de este concepto, donde su interpretación y aplicación ha quedado entregado a cada caso y a cada autoridad que debe resolver un conflicto puesto en su conocimiento. Es por ello, que estamos convencidas que, siguiendo la naturaleza eminentemente legislativa del país, Chile debe regular la materia bajo una mirada amplia que considere todos los factores relevantes de esta figura, cuidando fundamentalmente, la protección de los derechos de las personas más importantes involucradas en este tipo de contrato, que son los niños y niñas nacidos como consecuencia de un acuerdo de voluntades de los padres contratantes y la madre gestante y, debe entregar al principio referido un sentido y contenido único que otorgue real protección a los intereses de los menores involucrados, desde donde se desprende el objeto de futuras investigaciones sobre la materia.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, G. (2008). El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 6(1), 223-247.
<https://www.redalyc.org/pdf/820/82060110.pdf>
- Banda, A. (1998). Dignidad de la persona y Reproducción Humana Asistida. *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile*, 9, 7-42.
<http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/3014>
- Barber, R. (2010) Reproducción asistida y determinación de la filiación. *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, (8), 25-37.
<https://doi.org/10.18172/redur.4065>
- Barcia, R. (2000) *Fundamentos del derecho De Familia y de la Infancia*. Thomson Reuters Puntolex.
- Biblioteca del Congreso Nacional (BCN). (22 de febrero 2010). *Guía legal: sobre adopción. Informa quienes pueden adoptar y requisitos necesarios*.
<https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/adopcion>.
- Borbón, H., Valle, T., Fernández, I., Ramírez, N. (2013). Caracterización de la Infertilidad. *Revistas de Ciencias Médicas*, (17)2, 64-73.
<http://www.revcmpinar.sld.cu/index.php/publicaciones/rt/printerFriendly/921/html>
- Cárdenas R. (2014). Autonomía de la voluntad y reproducción asistida. *Revista de Derecho (Lima)*, 19(2), 73-90.
http://www.unife.edu.pe/centro-investigacion/revista/N19_Vol2/Artu00EDculo%206.pdf
- Carretta, F. & Barcia, R. (2021). *Convención de derechos de niños, niñas y adolescentes en el contexto judicial*. Ediciones DER.
- Carreta, F. & Greeven, N. (2020). *Normativa en Materia de Filiación*. Serie de documentos Materiales Docentes. Academia Judicial

https://academiajudicial.cl/wp-content/uploads/2021/10/07_Normativa-Filiacion_Pub-09-1.pdf

Céspedes, P. y Correa, E. (2021). Reproducción asistida en Chile: una mirada global para el desafío de ofrecer un acceso oportuno. *Revista Médica Clínica Las Condes*, 32(2), 189-195. <https://doi.org/10.1016/j.rmcl.2020.09.002>

Cifuentes, P. & Guerra, P. (2019). *Gestación por sustitución o maternidad subrogada Chile y la legislación comparada*. Biblioteca del Congreso Nacional, Asesoría Técnica Parlamentaria. https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27928/1/BCN_gestacion_por_sustitucion_o_maternidad_subrogada_DEFINIT.pdf

Cillero, M. (2007). El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. *Justicia y Derechos del Niño* (9), 125-142. <https://www.pensamientopenal.com.ar/index.php/system/files/2017/01/doctrina44779.pdf#page=125>

Cornejo, P. (2010) Estatuto Filiativo y Principios Constitucionales. *Derecho y Humanidades* (16)2, 43-61. <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/126711/Estatuto-filiativo-y-principios-constitucionales.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Corte Internacional de Derechos Humanos. (2022) *Derecho al nombre*. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/tesauro/tr705.htm>

Corral, H. (1994). Biotecnología y procreación artificial: hacia una regulación jurídica respetuosa del ser humano. *Revista de Derecho*, 196(62), 45-58, <http://www.revistadederecho.com/pdf.php?id=2513>

Corral, H. (2010). Determinación de la filiación y acciones de estado en la reforma de la ley n°19.585, 1998. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 0(20), 49-109. <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/431/404>

- Corral, H. (19 de diciembre 2021) *Técnicas de reproducción asistida y filiación: curiosa historia del art. 182 del Código Civil. El Blog de Hernán Corral.* <https://corraltalciani.wordpress.com/2021/12/19/tecnicas-de-reproduccion-asistida-y-filiacion-la-curiosa-historia-del-art-182-del-codigo-civil/>.
- Cruz, J. (2013). La Maternidad Subrogada. *Anuario de la Facultad de Derecho*, 3, 641-653. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4832049>
- Delgado, A. (2016) El derecho a la alimentación.: Algunos elementos para su análisis. *An Venez Nutr.*, 29(2), 88-93. http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-07522016000200005&lng=es.
- Esborraz, D. F. (2015). El concepto constitucional de familia en América Latina. Tendencias y proyecciones. *Revista de Derecho Romano*, 25, 15-55. <http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n29/n29a02.pdf>
- Editorial Jurídica de Chile. (2014). *Legislación sobre Derecho de Familia*. Editorial Jurídica de Chile.
- Espada, S. (2013). Derecho de familia, sucesorio y regímenes matrimoniales. *Revista chilena de derecho privado*, (21), 407-415. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722013000200016>
- Figueroa, R. Kaune, H. Lathrop, F. y Zegers, F. (2022). *Hacia una Legislación que regule las Técnicas de Reproducción Medicamente asistida en Chile*. Editorial Universidad Diego Portales. <https://staticcl1.fidelizador.com/udportales/OP/Hacia%20una%20legislacion%20que%20regule%20las%20tecnicas%20de%20reproduccion%20medicamente%20asistida%20en%20Chile.pdf>
- Gaia M. (2003). *Bioética: Voces de Mujeres*. Narcea Ediciones.
- Garibo, A. (2017). El Interés Superior del Menor en los supuestos de Maternidad Subrogada. *Cuadernos de Bioética*, 28, 245-259. <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/245.pdf>

- Garrido, R. (2013). El interés superior del niño y el razonamiento jurídico. *Problema anuario de filosofía y teoría del derecho*, (7), 115-147.
http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-43872013000100006&lng=es&tlng=es.
- Gende, C. (2014). Conflictos en la interpretación de la identidad personal. *En-claves del pensamiento*, 8(16), 55-78.
http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-879X2014000200055&lng=es&tlng=es
- Gómez de la Torre, M. (2007) *El sistema filiativo chileno*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Chile.
- González, M. (2011). Reflexiones sobre el derecho a la identidad de niñas, niños y adolescentes en México. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 44(130), 107-133.
http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332011000100004&lng=es&tlng=es
- Gumucio, J. (1997). *Procreación Asistida: Un análisis a la luz de la legislación chilena*. Editorial jurídica Conosur. Santiago. Chile.
- Jusidman-Rapoport, C. (2014). El Derecho a la Alimentación como Derecho Humano. *Salud pública Méx.* 56(Suppl 1), s86-s91.
http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0036-36342014000700013&lng=es.
- Lamm, E. (2012). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. *Revista Bioética y Derecho*, (24), 76-91.
https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872012000100008

- Lamm, E. (2013). *Gestación por sustitución Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Colección de Bioética Universitat de Barcelona. Unesco. http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/libro_gestacion_por_sustitucion.pdf
- Martínez, V. (2015). Maternidad Subrogada: Una Mirada A Su Regulación En México. *Dikaion*, 24(2), 353-382. <https://doi.org/10.5294/DIKA.2015.24.2.7>.
- Molina, M. (2006) Transformaciones Histórico Culturales del concepto de maternidad y sus repercusiones en la identidad de la mujer. *Revista Psykhe*. (15)2, 93-103. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-22282006000200009.
- Muñoz, D. (2021). Barreras comunicacionales en la práctica de la maternidad subrogada. Una crisis en tiempos de pandemia. *Revista de Bioética y Derecho*, (52), 61-83. <https://dx.doi.org/10.1344/rbd2021.52.33384>
- Navarro, J., Martínez, L., Castilla, J. & Hernández, E. (2006). Coste de las técnicas de reproducción asistida en un hospital público. *Gaceta Sanitaria*, 20(5), 382-390. <https://doi.org/10.1157/13093207>
- Orrego, J. (04 de enero de 2022). *De la Filiación y de la Relación Jurídica entre Progenitores e Hijos*. <https://www.juanandresorrego.cl/app/download/5567015971/Filiacion.pdf?t=1652985467>
- Orrego, J. (03 de agosto de 2022). *De la Sucesión por Causa de Muerte*. <https://www.juanandresorrego.cl/app/download/5567023871/Sucesorio+1+%28conceptos++fundamentales%29.pdf?t=1659736562>
- Palacios, E & Jadresic, E. (2000). Aspectos emocionales en la infertilidad: una revisión de la literatura reciente. *Revista Chilena Neuro Psiquiatria*. (38)2, 94-103. http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0717-92272000000200004&script=sci_arttext

- Palma, P. (05 de septiembre del 2012) *Derecho de Alimentos; I parte*. Derecho-Chile. <https://derecho-chile.cl/alimentos-1/#:~:text=El%20alimentario%20debe%20encontrarse%20en.330>
- Peñailillo, D. (2019). La transmisión de la Posesión. Derecho Comparado y Chileno. *Revista de Derecho (Concepción)*, 87(246), 83-104. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-591X2019000200083>
- Pérez, G. & Cantoral, K. (2014). La Dignidad del Menor en caso de la Maternidad Subrogada en el Derecho Mexicano. Una propuesta legislativa desde la Academia. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, (17), 230-250. http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572014000100012&lng=es&tlng=es.
- Pérez M. (2002) *La filiación derivada de Técnicas de Reproducción Asistida*. Centro de Estudios Registrales. Fundación Beneficencia et Peritia Luris, Madrid.
- Placeres, J., Olver, D., Rosero, G., Urgilés, R. & Abdala-Jalil, S. La familia homoparental en la realidad y la diversidad familiar actual. (2017). *Revista Médica Electrónica*. (39)2, 361-369. http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1684-18242017000200022
- Ramos, R. (2000) *Derecho de Familia*. 3° Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile.
- Ranucci C. (2011). *Saber más de Fertilidad y Reproducción Asistida*. Sociedad Española de Fertilidad. https://www.sefertilidad.net/docs/pacientes/spr_sef_fertilidad.pdf
- Ravetllat, I. (2012). El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. *Educatio Siglo XXI*, 30(2), 89–108. <https://revistas.um.es/educatio/article/view/153701>
- Ravetllat, I. y Pinochet, R. (2015). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el

- Derecho Civil chileno. *Revista Chilena de Derecho*, 42(3), 903-934.
<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000300007>
- Real Academia Española. (2014) *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed.
<https://dle.rae.es>
- Regalado, M. (2016). Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada. *Femeris*, 2(2), 10-34. <https://doi.org/10.20318/femeris.2017.3756>
- Rodríguez, M. & Fernández, M. (2022). La Intención de procrear y el Interés Superior del Niño en el contexto de la Reproducción Asistida. *Revista chilena de derecho*, 49(1), 27-53.
http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372022000100027&lng=pt&tlng=pt.
- Rodríguez, C. & Martínez, K. (2012). El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense. *Revista de derecho (Valdivia)*, 25(2), 59-81.
<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000200003>
- Rojas L. & Sánchez, E. (2014) *Vínculo Afectivo Prenatal*. Memorias III Congreso Internacional Psicología y Educación. Psychology Investigation. Colombia.
- Rupay, L. (2018). La maternidad subrogada gestacional altruista en el Perú: problemática y desafíos actuales. *Revista Derecho & Sociedad*, 103-117.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/20862>
- Santamaría, L. (2000) Técnicas de Reproducción Asistidas. Aspectos Bioéticos. *Cuadernos de Bioética*, (1), 37-47. <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf>
- Schmidt, C. & Veloso, P. (2001). *La Filiación en el nuevo derecho de familia*. Editorial LexisNexis.
- Shalev, C. (2011) Subrogación: Maternidad Subrogada, Sociedad de Legislación Comparada. *Colección de Bioética*, 179-192.
http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/libro_gestacion_por_sustitucion.pdf

Soto, M. (1990) *Biogenética, filiación y delito*. Editorial Astrea.

TorreCuadrada, Soledad. (2016). El interés superior del niño. *Anuario mexicano de derecho internacional*, 16, 131-157.
http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542016000100131&lng=es&tlng=es.

Troncoso, H. (2007) *Derecho de familia*. Colección Manuales, Décima Edición, Editorial LexisNexis.

Zurriarain, R. G. (2019). La maternidad subrogada: ¿«solidaridad» o «explotación»? *Medicina y Ética*, 30(4), 1231–1253. <https://doi.org/10.36105/mye.2019v30n4.02>

Textos Jurídicos

- Ley 19.585. *Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación.* Publicado en el Diario Oficial el 26 de octubre de 1998. Ministerio de Justicia. Consultado el 27 de agosto de 2022, recuperado en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=126366&idParte=8336166>
- Ley N° 19.620. *Dicta Normas sobre Adopción de Menores.* Publicado en el Diario Oficial el 05 de agosto de 1999. Ministerio de Justicia. Consultado el 23 de agosto de 2022, recuperado en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=140084>
- Ley N° 19.968. *Crea los Tribunales de Familia.* Publicado en el Diario Oficial el 30 de agosto de 2004. Ministerio de Justicia. Consultado el 19 de agosto de 2022, recuperado en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=229557>
- Ley 20.830. *Crea Acuerdo de Unión Civil.* Publicado en el Diario Oficial el 21 de abril de 2015. Ministerio de Secretaria General de Gobierno. Consultado el 24 de agosto de 2022, recuperado en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1075210&idVersion=2022-03-10&idParte=9590398>
- Ley N° 21.400. *Modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo.* Publicado en el Diario Oficial el 10 de diciembre de 2021. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Consultado el 23 de agosto de 2022, recuperado en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1169572>
- Ley N° 21.430. *Sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia.* Publicado en el Diario Oficial el 15 de marzo de 2022. Ministerio de Desarrollo Social y Familia. Consultado el 23 de agosto de 2022, recuperado en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1173643>

Decreto 778. *Promulga el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas por Resolución N° 2.200, el 16 de Diciembre de 1966 y Suscrito por Chile en esa Misma Fecha.* Publicado en el Diario Oficial el 29 de septiembre de 1989. Ministerio de Relaciones Exteriores. Consultado el 22 de agosto de 2022, recuperado en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=15824>

Decreto 830. *Promulga Convención sobre los Derechos del Niño.* Publicado en el Diario Oficial el 27 de septiembre de 1990. Ministerio de Relaciones Exteriores. Consultado el 19 de agosto de 2022, recuperado en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=15824>

Decreto 873. *Aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos, Denominada “Pacto de San José de Costa Rica”.* Publicado en el Diario Oficial el 05 de enero de 1991. Ministerio de Relaciones Exteriores. Consultado el 23 de agosto de 2022, recuperado en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=16022>

Decreto 100. *Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile.* Publicado en el Diario Oficial el 22 de septiembre de 2005. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Consultado el 19 de agosto de 2022, recuperado en <https://www.bcn.cl/formacioncivica/constitucion.html>

DFL 1. *Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley N°4.808, sobre Registro Civil, de la Ley N°17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley N° 16.618, Ley de menores, de la Ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley N°16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones.* Publicado en el Diario Oficial el 30 de mayo de 2000. Ministerio de Justicia. Consultado el 19 de agosto de 2022, recuperado en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>

Jurisprudencia.

Segundo Juzgado de Familia de Santiago, 8 de enero de 2018, N° de rol C-4907-2018.

https://juris.pjud.cl/busqueda?Sentencias_de_Familia

Superintendencia de Seguridad Social, Dictamen 8519-2022, 24 de enero de 2022.

<https://www.suseso.cl/612/w3-article-674646.html>