

## LA INTENCIÓN DE PROCREAR Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL CONTEXTO DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

### *THE INTENTION TO PROCREATE AND THE BEST INTEREST OF THE CHILD IN THE CONTEXT OF ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNIQUES*

MARÍA SARA RODRÍGUEZ PINTO<sup>1</sup>

MARÍA FERNÁNDEZ-ARROJO<sup>2</sup>

**RESUMEN:** Este artículo tiene por objeto proponer el control de idoneidad de los comitentes, la eliminación del anonimato en la donación de gametos y la determinación de la maternidad por el hecho del parto como paradigmas de conciliación entre el interés superior del niño y la intención de uno o más adultos en procrear. Esta proposición responde a una valoración del efecto de las técnicas de reproducción asistida en el derecho de la filiación desde el punto de vista del interés superior del niño. Se critica la reacción normativa que tiende a validar la intención de procrear como fuente de atribución de filiación. Se evalúa la cuestión en aspectos tales como la legitimación de mujeres solas para acceder a las técnicas, la determinación de paternidad en base a la intención de procrear, la doble maternidad y la doble paternidad.

**Palabras clave:** España; Chile; Derecho de la filiación; Interés superior del niño; Técnicas de reproducción asistida; Paternidad intencional.

**ABSTRACT:** This article aims to propose a control of suitability of intended parents, the elimination of anonymity in the donation of gametes and the determination of maternity by the fact of childbirth as paradigms of reconciliation between the best interests of the child and the intention of one or more adults to procreate. The proposal reacts to an assessment of the legal effects of assisted reproductive technologies on Filiation Law from the point of view of the best interest of the child. It criticizes the normative development that tends to validate the intention to procreate as a means of determination of filiation bonds. The issue is evaluated in aspects such as the access of single women to assisted reproductive technologies, the determination of paternity based upon the intention to procreate, double maternity and double paternity.

**Keywords:** Spain; Chile; Filiation Laws; Child's Best Interest; Assisted Reproductive Technologies; Intentional Parenthood.

<sup>1</sup> Doctora en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Profesora Titular de la Universidad de los Andes, Chile. Dirección postal: Álvaro del Portillo 12.455, Las Condes, Santiago. Correo electrónico: msrodriguez@uandes.cl. Número Orcid: 0000-0002-7319-3291.

<sup>2</sup> Doctora en Derecho. Profesora adjunta de la Facultad de Derecho de la Universitat Internacional de Catalunya. Dirección postal: c/Inmaculada 22, 08017, Barcelona, España. Correo electrónico: mariaf@uic.es. Número Orcid: 0000-0003-0492-8482.

## I. INTRODUCCIÓN

Por el hecho de la generación, el hijo adquiere una identidad biológica y genética indeleble y estable, suficiente para sustentar la consecuencia jurídica de una relación legal de filiación; un estado civil. Por este motivo la generación debería seguir siendo el presupuesto fáctico de toda forma de atribución de filiación biológica o por naturaleza. El uso de la reproducción asistida heteróloga hace que hoy sea posible que el hecho de la generación pueda desdoblarse en la concepción, y la gestación y alumbramiento. Según esto, un niño puede tener filiación biológica e intencional dissociadas.

Surge entonces el dilema de si debiera reconocerse un valor jurídico determinante a la sola intención de los progenitores para determinar legalmente una filiación que no tiene el sustrato biológico correspondiente. Pues algo que técnicamente es posible, no necesariamente lo es desde el punto de vista de la integridad e identidad personal del hijo. Pensamos que la filiación de niños nacidos por reproducción asistida heteróloga no debería poder determinarse sobre la base de una sola **intención de procrear** manifestada por declaraciones de voluntad, consentimientos, convenciones, acuerdos o contratos, cuando la identidad biológica y genética del recién nacido no coincide con la de el o los declarantes (padres intencionales). Si atendemos al interés superior del niño, ni la sola voluntad ni el afecto pueden ser suficiente base para determinar una filiación no biológica.

El motivo más importante es el que utiliza la relatora especial sobre la venta y la explotación de niños, incluidos la prostitución, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños en un informe al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en 2018:

“Un hijo no es un bien o un servicio que el Estado pueda garantizar o suministrar, sino un ser humano titular de derechos. De ahí que ofrecer un ‘derecho a tener un hijo’ suponga una denegación fundamental de los derechos humanos del niño en condiciones de igualdad. Debe resistirse con firmeza el enfoque basado en el ‘derecho a tener un hijo’, pues se opone a la premisa fundamental de que los niños son personas con derechos humanos”<sup>3</sup>.

Como personas, los niños no pueden ser objeto de declaraciones, consentimientos, convenciones o contratos relativos a una intención de procrear concebida como expresión de autodeterminación reproductiva de uno o más adultos.

Esta conclusión se alcanza por consideración primordial del principio del interés superior del niño<sup>4</sup>. Es innegable que el interés superior del niño comprende la protección

<sup>3</sup> UN ADoc. 18 de enero de 2018, A/HRC/37/60, n. 64. La venta y explotación de niños es perseguida por la Convención de Derechos del Niño (Arts. 35 y 36). El PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO RELATIVO A LA VENTA DE NIÑOS, LA PROSTITUCIÓN INFANTIL Y LA UTILIZACIÓN DE NIÑOS EN LA PORNOGRAFÍA, fue puesto en vigencia interna por el D.D. (Relaciones Exteriores) N° 225, de 6 de septiembre de 2003.

<sup>4</sup> Art. 3.1 Convención de Derechos del Niño.

de su derecho a una identidad personal estable, indeleble<sup>5</sup>. Aunque se trate de un concepto indeterminado, el Comité de Derechos del Niño ha desarrollado este concepto para afirmar que el interés superior del niño es valor fundamental del sistema internacional de protección de derechos humanos<sup>6</sup>; y tiene por fin la salvaguarda de la dignidad humana de los niños<sup>7</sup>. Su condición de ser humano titular de derechos es una premisa; por lo tanto, también un contenido. Todo el respeto que merece una persona adulta debe ser atribuido a los niños. Como se observa en el informe citado más arriba, este principio se refiere siempre a personas humanas, dotadas por sí mismas de dignidad cualesquiera sean las circunstancias de su concepción y nacimiento<sup>8</sup>.

El interés superior del niño debería exigir que toda filiación no biológica se determine en función de la idoneidad de los comitentes o padres intencionales, antes o después de nacido el niño, incluida la de quienes intentan ser padres por TRA con gametos de terceros. Cuando no hay conexiones biológicas entre los padres intencionales y los niños nacidos por procreación asistida, la determinación de vínculos de filiación debería someterse a controles análogos a los de la adopción, que es una filiación no biológica constituida por sentencia judicial. La filiación no biológica por TRA debería determinarse en función del interés del niño a tener un padre y una madre, como en la adopción, independientemente de las formas en que uno o más adultos pueden organizar su vida. La eliminación del anonimato de los proveedores o donantes de células germinales para TRA debería contribuir al reconocimiento del derecho del niño a conocer sus orígenes, como también ocurre en la adopción. El interés del niño también debería exigir la garantía de que se mantendrá la regla de determinación de la maternidad por el hecho del parto. El hecho del parto produce certeza sobre la identidad de la madre, que pertenece también al concebido con gametos proporcionados por terceros. Parte de su identidad personal es la identidad de su madre. Cualquier decisión de entregar un niño a uno o más padres comitentes debería hacerse en la consideración fundamental del interés del niño.

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. 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. Sin embargo, 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, nos exige reforzar

<sup>5</sup> Arts. 7 y 8 Convención de Derechos del Niño. Antes de esta convención, la propia identidad de los niños ya estaba protegida por el sistema internacional de derechos humanos en los siguientes lugares: Art. 24, nn. 2-3 Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles (1966); Art. 18 Convención Americana de Derechos Humanos (1969). Sobre la protección de un derecho a la identidad en Chile, GÓMEZ DE LA TORRE (2017), pp. 100. Recientemente, la ley N° 21.430, de 15 de marzo de 2022, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y de la adolescencia, reconoce más explícita, clara y extensamente tanto el interés superior del niño (Art. 7) como el derecho a la identidad (Art. 26).

<sup>6</sup> UN Doc. CRC/C/CG14, n. 1.

<sup>7</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, CRC/C/CG14, n. 3. Sobre la importancia de este principio en nuestra legislación, incluido un análisis de la Observación General N° 14 de 2013 (UN Doc. CRC/C/CG 14), ver GÓMEZ DE LA TORRE (2017) pp. 73-100.

<sup>8</sup> Art. 2.1 Convención de Derechos del Niño. Arts. 7 y 8 ley N° 21.430, de 2022.

el interés superior del niño y su derecho a una identidad, incluido el derecho a conocer sus orígenes. Por lo que sigue vigente la cuestión de la justificación de la sola voluntad de una o más personas para establecer un vínculo estable como el de filiación, cuando está desconectada del hecho biológico subyacente.

La metodología utilizada en este artículo es el análisis dogmático y crítico de piezas de legislación y literatura de fuente española que revela la reacción del derecho de filiación a las TRA. Esto se confronta con la situación en Chile, que se inspira en las reformas que tuvo el Código Civil español, incluidas la ley N° 21.400, de 2021, sobre matrimonio entre personas del mismo sexo y la ley N° 21.340, de 2022, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, pero sin una ley especial sobre técnicas de reproducción asistida. También se acude a sentencias judiciales, desarrollos normativos y estudios de diversa fuente en campos relacionados con la biotecnología reproductiva que demuestran que los comitentes de técnicas de reproducción asistida deberían someterse a controles análogos a los de la adopción.

El contenido de este artículo se presenta de la siguiente manera. En una primera parte (§ II.), se formula una recapitulación del estado de cosas *ex ante*, aludiendo a la reacción normativa y al uso actualmente vigente. La evaluación de esta reacción se realiza confrontando algunos resultados con valores inherentes al principio del interés superior del niño, que deberían considerarse para conciliarlo con la intención de procrear de uno o más adultos (§ III.).

## II. RECAPITULACIÓN DEL ESTADO DE LA CUESTIÓN

### 2.1. EL HECHO DE LA GENERACIÓN HUMANA, DIFICULTAD PROBATORIA Y TENSIÓN FORMALISTA

Desde sus orígenes en el Derecho romano, el derecho de filiación se ha erigido sobre el hecho natural y basal de la generación humana. Esto significa que en el plano *jurídico* es padre el que lo es biológica y genéticamente. Antes del desarrollo de pruebas biológicas certeras sobre inclusión o exclusión de vínculos filiales entre dos personas, el derecho establecía estos vínculos sobre la base de presunciones. El hecho de la generación se presumía de un determinado estado de cosas; y el derecho determinaba o atribuía legalmente estos vínculos sobre dicho presupuesto fáctico. Así ocurría con el matrimonio de la madre, que permitía presumir la paternidad del marido; o con el concubinato notorio de la madre con el supuesto padre, que permitía reclamar paternidad contra este. Se trataba de un sistema realista en la medida en que pretendía la correspondencia de la dimensión jurídica con su fundamento biológico.

La técnica que servía a este objeto era la de las presunciones legales o judiciales; es decir, la de tener por cierto un hecho desconocido a partir de un conjunto de circunstancias conocidas. Algunas presunciones podían tener resultados formalistas. La dificultad o imposibilidad de demostrar la verdad de una determinada filiación podía justificar que los códigos de la época protegieran cierto estado de cosas institucional o formal. Sin embargo, esto empezó a cambiar.

A partir de la Segunda Guerra Mundial se produce, en los regímenes de filiación, una vuelta hacia la concepción realista. Influye en ello, no solo la positivación del interés superior del niño<sup>9</sup>, sino también el desarrollo de los derechos fundamentales, que entraron en colisión con los modelos formalistas de filiación al combatir la desigualdad de trato en función del origen familiar institucional. El levantamiento del velo de la relación biológica de paternidad, gracias a la ciencia, también contribuyó al abandono de filiaciones basadas en presunciones o ficciones para provecho de los progenitores. El niño y su beneficio se convierten en el núcleo de la regulación, también, de la filiación adoptiva. De ahí la elección del adoptante en función del interés del menor, así como la sustitución de la reserva sobre la identidad de los padres biológicos por el derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos.

Esta visión entró en España a raíz de la Constitución de 1978. La nueva norma fundamental consagró la igualdad de todos los hijos ante la ley y reconoció al niño una especial protección<sup>10</sup>. La ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, sirvió para adaptar el Código Civil español (en adelante CCesp) al orden impuesto por la Constitución. Las novedades son reflejo de un sistema realista de filiación en la medida en que posibilitan la libre investigación de la paternidad biológica<sup>11</sup> y equiparan los derechos de los hijos matrimoniales, no matrimoniales y adoptivos en adopción plena<sup>12</sup>. Además, a partir de 2015 se reconoce el derecho de los adoptados a conocer sus orígenes biológicos<sup>13</sup>.

Estos cambios normativos tienen su correlato en Chile con la Ley N° 19.585, de 1998, que reforma el Código Civil (en adelante CCch) para admitir la libre investigación de la paternidad y el uso de pruebas biológicas en juicios de reclamación e impugnación de filiación<sup>14</sup>. La ley reconoce expresamente el privilegio de la identidad biológica real del hijo para la determinación o impugnación de filiaciones<sup>15</sup>. La Ley N° 19.620, de 1999, so-

<sup>9</sup> El principio tiene referencias anteriores en legislaciones nacionales, pero es reconocido por primera vez en el sistema internacional de derechos humanos en 1959, en la Declaración de los Derechos del Niño, NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, A/4354.

<sup>10</sup> El Art. 14 CE recoge el principio de igualdad. El Art. 39.2 CE proclama el deber de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, además de incluir el principio de libre investigación de la paternidad. El Art. 39.3 CE impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda y el párrafo 4 dispone que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

<sup>11</sup> La Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 7/1994 sostiene con firmeza que la investigación de la paternidad reconocida en el Art. 39.2 CE tiene como finalidad la defensa de los intereses del hijo, tanto en el orden material como en el moral, y destaca como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica.

<sup>12</sup> Art. 108.2 CCesp.

<sup>13</sup> Art. 180.6 CCesp.

<sup>14</sup> Este principio fue un fundamento de la ley N° 19.585. Así consta en la historia de la ley; y así ha sido reconocido en sentencias de tribunales superiores de justicia. Más recientemente y, por todos, GÓMEZ DE LA TORRE (2017) 100.

<sup>15</sup> Arts. 199, 199bis, 200 y 201 CCch. En este sentido, por todos, CORRAL (2010) pp. 60-63 y autores anteriores por él citados. Más recientemente, GÓMEZ DE LA TORRE (2017) pp. 100-103.

bre adopción de menores, regula una única forma de constituir filiación por adopción. Se asegura el control judicial de la susceptibilidad de menores de edad para ser adoptados y de la idoneidad de los adoptantes. Estos últimos deben ser, preferentemente, un matrimonio de chilenos o extranjeros. La adopción se constituye por sentencia judicial en interés del adoptado. El adoptado mantiene vínculos con su familia de origen para evitar matrimonios endogámicos. La Convención de La Haya sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional exige a los Estados Parte que garanticen que se conserve la información que tengan en su poder relativa al origen del niño, especialmente, la relacionada con la identidad de sus padres y el historial médico del niño; como asimismo asegurar que el niño o sus representantes tengan acceso a dicha información con el asesoramiento adecuado y en la medida que sea autorizado por la ley de ese Estado<sup>16</sup>. La reciente ley sobre garantías y protección integral de la niñez admite expresamente el derecho del niño a conocer la identidad de sus padres y su origen biológico, como también el derecho del adoptado a buscar y conocer sus orígenes.

De alguna manera el Derecho de filiación en Occidente se apoyaba en unos pilares comunes y claros. La relación **jurídica** de filiación era un trasunto de su sustrato **biológico**. Se garantizaba la libre investigación de la paternidad. El interés superior del niño debía ser consideración primordial. El adoptado tenía derecho a conocer sus orígenes biológicos. Sin embargo, este panorama cambia con el uso heterólogo de TRA. La vertiginosa evolución de la biotecnología reproductiva ha suscitado el desafío de delimitar un campo de actuación en un entorno nuevo de consecuencias inciertas, de una manera compatible con los intereses de todas las personas afectadas.

## 2.2. REACCIÓN NORMATIVA FRENTE AL ADVENIMIENTO DE LAS TRA

La implantación de las TRA provocó una primera intervención legislativa en España, en 1988<sup>17</sup>. Esta normativa definió las pautas de utilización de este modo de reproducción y reguló la cuestión de la donación de células sexuales. Fue derogada por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante LTRHA) que, entre otras novedades, suprimió la alusión a la actuación médica ante la esterilidad humana como justificación de las TRA<sup>18</sup>. Esta fundamentación vinculaba las TRA directamente con el derecho a la salud. Su desaparición en la ley, unida a la posibilidad de que mujeres solas, o incluso parejas casadas de lesbianas, accedan a estas técnicas ha dado lugar a que doctrinalmente se plantee la posibilidad de considerarlas como una forma alternativa de reproducción<sup>19</sup>.

En Chile, la Ley N° 19.585, de 1998, se limitó a introducir una norma que sirviera para determinar legalmente la filiación de niños nacidos por aplicación de TRA respecto

<sup>16</sup> Art. 30, CONVENIO RELATIVO A LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL. Art. 26, ley N° 21.430, de 2022.

<sup>17</sup> Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (en adelante LTRA).

<sup>18</sup> Así estaba contemplado en el Art. 1.2 LTRA. El Art. 1 LTRHA, al suprimir esta referencia, ha permitido que la fecundación asistida no sea ya un remedio a la esterilidad, como en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre (Art. 1.2). BARBER (2010) p. 36.

<sup>19</sup> ORDÁS (2016) pp. 20 y ss.

del hombre y la mujer que se sometían a ellas<sup>20</sup>. La Ley N° 21.400, de 2021, sobre matrimonio entre personas del mismo sexo, modifica este estado de cosas. Sin regulación de la procreación asistida, 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 heteróloga. La reforma no legitima la maternidad subrogada<sup>21</sup>. Las TRA continúan desarrollándose a nivel clínico sin norma legal que regule su utilización. En la práctica, se acude a ellas para tratar la infertilidad de parejas casadas o no; pero también se estarían utilizando para procurar resultados reproductivos a mujeres solas, a parejas de mujeres unidas o no por un acuerdo de unión civil o, a partir de la ley N° 21.400, matrimonio. Cuando el uso homólogo de estas técnicas no es eficaz o posible para obtener un embarazo, se estaría recurriendo a proveedores de material genético (óvulos y esperma)<sup>22</sup>. En Chile, el único control estaría siendo, actualmente, la autorregulación médica<sup>23</sup>.

### 2.3. CUESTIONES PROBLEMÁTICAS EN ESTE ESTADO DE COSAS

#### 2.3.1. *El uso de técnicas de reproducción asistida por mujeres solas*

Tanto en España como en Chile, el empleo de material genético de terceras personas hace posible que una mujer sola pueda ser madre sin necesidad de un varón que asuma la paternidad del hijo. Esta posibilidad está vigente en España desde 1988<sup>24</sup>, a pesar de que tal planteamiento chocara frontalmente con la concepción de las TRA como tratamiento médico ante “la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces”<sup>25</sup>. La ley de 2006 permite a las mujeres mayores de edad con plena capacidad acceder a estas técnicas, cualquiera que sea su estado civil u orientación sexual<sup>26</sup>. En Chile, donde no hay norma que regule estas técnicas, puede requerirlas cualquier persona que sea admitida por los equipos médicos que las utilizan. La Ley N° 21.400, de 2021, resuelve el problema de determinación de la filiación respecto de “dos personas” que se hayan sometido a reproducción asistida; pero no el de una persona

<sup>20</sup> “El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta” (Art. 182 CCch). Para un análisis reciente de la historia de esta norma, CORRAL (2021).

<sup>21</sup> “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” (Art. 182 CCch, modificado por la ley N° 21.400, de 2021).

<sup>22</sup> Así se constata en la publicidad de Clínica CER Centro de Estudios Reproductivos [en línea] disponible en <<https://www.cer.cl/cer/>>. Fecha de consulta: 23/02/2021; y en la de Clínica Las Condes [en línea] disponible en <<https://www.clinicalascondes.cl/CENTROS-Y-ESPECIALIDADES/Especialidades/Departamento-de-Ginecologia-Obstetricia/Unidad-de-Medicina-Reproductiva>>. Fecha de consulta: 23/2/2021.

<sup>23</sup> Véase HOPENHAY (2019). En el mismo sentido, ESPADA (2017) p. 60.

<sup>24</sup> Art. 6 LTRA.

<sup>25</sup> Art. 1.2 LTRA.

<sup>26</sup> Art. 6.1 LTRHA.

sola<sup>27</sup>. La donación de espermia y óvulos está autorizada para fines terapéuticos, no reproductivos<sup>28</sup>. Pero, de hecho, se utilizaría material genético de terceras personas para fines reproductivos<sup>29</sup>. No hay norma que garantice la idoneidad, la identidad ni el anonimato del proveedor.

En la medida en que se preserve el anonimato del proveedor de semen por ley (como es el caso en España) o de hecho (como ocurre en Chile), los que nacen por este medio serán hijos sin padre<sup>30</sup>. Así, el hecho de que la ley admita el recurso a las TRA a mujeres solas provoca un conflicto entre su intención de concebir, que sería expresión de una facultad que la ley o el uso les concedería, y el interés reconocido por la Constitución a los hijos menores de gozar de la asistencia de sus padres<sup>31</sup>. El legislador español, al ponderar los dos intereses enfrentados, optó por considerar que el interés del menor en este caso no impedía el reconocimiento de la posibilidad de que mujeres solas recurriesen a estas técnicas con el fin de ser madres<sup>32</sup>. En Chile, se piensa 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 solas<sup>33</sup>. Esta conclusión se mantiene vigente después de la ley N° 21.400, de 2021, porque se discute sobre el supuesto de “dos personas” que se someten a procreación asistida y no de una persona sola<sup>34</sup>.

El uso de TRA por mujeres solas es tema debatido en la doctrina española. El núcleo de la cuestión gira en torno a la disyuntiva entre concebir las TRA como una alternativa de solución frente a los problemas reproductivos, o como un modo más, opcional, de procreación. En el primer caso, concebir las técnicas como un tratamiento médico para parejas he-

<sup>27</sup> Art. 182 CCch, modificado por la ley N° 21.400, de 2021.

<sup>28</sup> El Código Sanitario chileno autoriza el “aprovechamiento de tejidos o partes del cuerpo de un donante vivo, para su injerto en otra persona” siempre que se haga “a título gratuito y con fines terapéuticos” (Art. 145). Un reglamento de esta norma dispone que los procedimientos dispuestos para el trasplante de órganos “no se aplicarán a las donaciones de espermios, óvulos, sangre, médula ósea, huesos, piel, faneros, así como a todo producto de la concepción que no llegue a nacer vivo, todas las cuales se perfeccionarán por la sola voluntad del donante, manifestada sin formalidad alguna” (Art. 17, D.S. N° 240, de 1983).

<sup>29</sup> Véase la campaña de sollicitación pública de óvulos para procreación asistida de una clínica de Santiago, Chile, titulada “De una donación nace una vida”. [en línea] disponible en: <<https://www.clinicalascondes.cl/INFORMACION-AL-PACIENTE/Campanas/Campana-Ovodonacion-Donantes>>. Fecha de consulta: 15/01/2021. El único centro que dispondría de gametos masculinos Chile sería la Clínica CER Centro de Estudios Reproductivos. [en línea] disponible en <<https://www.cer.cl/cer/>>. Fecha de consulta: 15/1/2021.

<sup>30</sup> En España, el anonimato cede solo en casos muy excepcionales (Art. 5.5 LTRHA). La revelación de la identidad del donante no implicará, en ningún caso, la determinación legal de la filiación. En Chile, los hijos de una mujer sola tienen por madre a la que los da a luz (Art. 183 CCch). GÓMEZ DE LA TORRE (2017) p. 127.

<sup>31</sup> Art. 39.3 CE.

<sup>32</sup> Art. 6.1 LTRHA. En Italia no se permite el acceso a las TRA a mujeres solas (Art. 5 *Legge* 40 de 19-2-2004). Francia solo prevé la inseminación con donante para parejas heterosexuales infértiles o con riesgo de hijos gravemente discapacitados (Art. 2141-2 *Code de la Santé Publique*). Portugal lo permite solo desde 2017 (Art. 6 de la *Lei* n. 32/2006, modificado por la *Lei* n. 58/2017).

<sup>33</sup> En este sentido, GÓMEZ DE LA TORRE (2007) pp. 126, 127; CONCHA GARAY (2013) pp. 28-29.

<sup>34</sup> Art. 182 CCch, modificado por la ley N° 21.400, de 2021. El Art. 26 de la ley N° 21.430, de 2022, podría haber terminado con el anonimato del proveedor de gametos masculino y femenino en Chile, puesto que se reconoce expresamente el derecho del niño a conocer la identidad de sus padres y su origen biológico

terosexuales que no pueden tener hijos naturalmente, circunscribe el debate al campo de la salud. En cambio, considerarlas como un modo alternativo de reproducción ha dado ocasión a que se discuta sobre un supuesto derecho a procrear<sup>35</sup>, o sobre un “derecho a la salud reproductiva”<sup>36</sup>. De forma análoga, el recurso a las TRA se ha fundamentado en el derecho de la mujer al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad personal y sexual y a disponer de sus aptitudes genéticas<sup>37</sup>.

El tema debatido, no obstante, no se reduce a la consideración del derecho de la mujer a tener hijos sola. No hay un derecho absoluto a la maternidad ni uno ilimitado a disponer del propio cuerpo. Y si bien el ordenamiento español protege el derecho a la intimidad de la madre que desea ocultar la identidad del padre de su hijo<sup>38</sup> y no garantiza al niño nacer con padre y madre, tal vez se debería cuestionar si el Derecho debiera consentir que a un niño se le niegue un padre<sup>39</sup>; si en función del interés superior del niño debería admitirse que el niño quede privado de vínculos con su padre (desbiologización) por la sola voluntad de la madre (contractualización).

### 2.3.2. La determinación de la filiación paterna en la reproducción asistida

Tanto en España como en Chile, el régimen para la determinación de la paternidad de niños nacidos por TRA puede ser sintetizado en los siguientes puntos:

1º. El uso de material genético del marido por pareja matrimonial (TRA homólogas) está sometido a las reglas del Código Civil español. Es decir, en los casos en que el hijo nazca después de celebrado el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución, tiene por padre al marido y la filiación es matrimonial<sup>40</sup>. En Chile, se alcanza la misma conclusión por aplicación de las normas civiles sobre determinación de la filiación matrimonial<sup>41</sup>.

2º. En el uso de material genético propio por parejas de hecho que recurren a las TRA (TRA homólogas), la paternidad no matrimonial se determina por reconocimiento volunta-

<sup>35</sup> Ya la Exposición de Motivos de la ley de 1988 señalaba que la gestación por mujer sola es una previsible aplicación de las TRA y que tal posibilidad llevaba a interrogarse sobre la existencia de un derecho a la procreación.

<sup>36</sup> ORDÁS (2016) p. 21.

<sup>37</sup> Si el derecho a procrear fuese un derecho subjetivo debería existir un sujeto pasivo obligado a realizar una prestación frente al titular; en este caso, el hijo no puede ser considerado como el objeto del derecho a procrear porque sería cosificarlo. Por este motivo, debería ser considerada una libertad limitada en función de las circunstancias concurrentes. RUIZ (1998) p. 2041.

<sup>38</sup> Art. 18.1 CE.

<sup>39</sup> DIEZ SOTO (2007) p. 107 critica el acceso por mujer sola sobre la base de del principio de igualdad de todos los hijos y el derecho de todo hijo a recibir asistencia de todo orden de sus padres respectivamente.

<sup>40</sup> Art. 116 CCesp. La LTRHA no regula el caso en que la mujer es inseminada con semen del marido sin que éste haya consentido. El hecho de ser hijo biológico del esposo y el interés superior del niño son argumentos usados para defender la matrimonialidad del hijo. En este sentido, LACRUZ y otros (2010) p. 360.

<sup>41</sup> Art. 184 CCch. Este caso estaría excluido del supuesto de hecho regulado en el Art. 182 CCch, aun después de la ley N° 21.400, de 2021. El Art. 182 CCch deja de discurrir sobre el supuesto de un hombre y una mujer; pero continúa regulando la hipótesis de que “dos personas” se sometían a reproducción asistida, sean un hombre y una mujer, dos mujeres o dos varones. Según el Art. 184 CCch, la paternidad matrimonial se determina por presunción solo cuando se trata de cónyuges de distinto sexo; aunque según el Art. 185, inciso 2º CCch, la nueva ley hace posible matrimonializar a un hijo si sus “dos padres” o sus “dos madres” contraen posteriormente matrimonio entre sí. En otro sentido, GÓMEZ DE LA TORRE (2017) p. 176.

rio del padre, tanto en España como en Chile<sup>42</sup>. El reconocimiento voluntario del padre tiene por fundamento el hecho de la generación, aunque sea artificial, con su propio material genético. La identidad biológica y genética del hijo no queda alterada. En Chile, nadie niega que el hijo puede reclamar la filiación en juicio, si el padre no reconoce voluntariamente al hijo<sup>43</sup>. Ante la ausencia de tratamiento legal, en España, cuando no hay consentimiento del varón y pese al vínculo genético que le une con el niño, la responsabilidad del nacimiento podría atribuirse exclusivamente a la madre<sup>44</sup>. Esto no se ha discutido en Chile.

3º. Cuando se usan células germinales de un tercer proveedor (TRA heterólogas) la situación cambia. Tanto la ley española como chilena reconocerían cierta primacía a la **intención de procrear** sobre la biología para determinar la filiación. Por este motivo la ley española requiere que el hombre consienta formal, previa y expresamente la fecundación con material genético de un tercer donante<sup>45</sup>. Pero pese a que la anuencia del varón es condición *necesaria*, no es suficiente para atribuir paternidad ni en España ni en Chile. Se aplican las normas del Código Civil español para la determinación de la filiación paterna con base en la situación de la madre.

Si está casada, se presume que el hijo tiene por padre al marido<sup>46</sup>. Si es mujer soltera, el reconocimiento voluntario del padre *intencional* será el cauce habitual para atribuir la filiación paterna. En este caso, el reconocimiento muta su naturaleza. De acto fundamentado en el hecho de la generación, pasa a ser expresión de una intención de procrear desvinculada de la verdad biológica del hijo. Al haber consentido formal, previa y expresamente a la TRA, los cónyuges no pueden impugnar la filiación matrimonial del niño pese a que no se corresponda con el dato biológico<sup>47</sup>. La LTRHA establece que no se atribuirá paternidad al donante en base a su relación genética, tampoco en los supuestos en los que por excepción su identidad sea desvelada<sup>48</sup>.

En Chile, ninguna de las dos personas (varón y mujer, dos varones o dos mujeres) que se sometieron a una TRA podrá impugnar la filiación determinada respecto de ellas por presunción o reconocimiento, ni reclamar otra distinta, conclusión que se mantiene

<sup>42</sup> Art. 120 CCesp. Arts. 187 y 188 CCch. En otro sentido, GÓMEZ DE LA TORRE (2017) p. 177.

<sup>43</sup> Art. 195 CCch y siguientes.

<sup>44</sup> Hay quien estima lógico que se apliquen al caso las normas de la reproducción con donante anónimo, que no consideran padre jurídico al padre biológico aun cuando el niño porte sus genes. LACRUZ y otros (2010) p. 361; RIVERO (1988) pp. 149-150.

<sup>45</sup> Art. 8.1 LTRHA.

<sup>46</sup> Art. 116 CCesp. En España, se ha pensado que el título de atribución de la paternidad en estos casos sería el consentimiento del marido para la inseminación artificial con donante (expresión de una intención de procrear). RIVERO (1988) p. 148. En Chile, se presume que el niño tiene por padre al marido, Art. 184 CCch. No se admite la impugnación de esta paternidad ni la reclamación de una distinta, Art. 182 CCch.

<sup>47</sup> Art. 8.1 LTRHA. En el caso de varón no casado, cuando falta reconocimiento, el consentimiento del varón sirve como escrito indubitado a efectos de determinar la filiación por vía de expediente gubernativo (Art. 8.2 LTRHA). Incluso se admitiría una acción de reclamación contra el que consintió en la TRA y después no reconoció al hijo, si el trámite gubernativo deviene en contencioso. Así, BARBER (2010) p. 31. En Chile, Art. 182 CCch, incluso modificado por la ley N° 21.400, de 2021 Así, GÓMEZ DE LA TORRE (2017) p. 177.

<sup>48</sup> Art. 8.3 LTRHA.

después de la modificación que experimenta el CCCh por la ley N° 21.400 de 2021<sup>49</sup>. La inhabilidad para reclamar una filiación distinta dejaría a salvo la determinación de filiación respecto del proveedor de gametos masculinos; pero se piensa que la acción de reclamación no podría negarse al hijo para conocer su propia identidad personal<sup>50</sup>.

### 2.3.3. Los fenómenos de doble maternidad y doble paternidad

La donación de óvulos para TRA produce un embarazo heterólogo y una maternidad biológica irreversiblemente disociada en maternidad genética y gestacional<sup>51</sup>. Donde se admite la donación de óvulos, viene a ser preciso el distinguir entre la gestación de una mujer que no intenta renunciar a la maternidad, por lo menos gestacional (embarazo heterólogo y gestación directa), y la de quien realiza la gestación con la intención u obligación de entregar el recién nacido a una o más terceras personas (embarazo heterólogo y gestación por subrogación).

El embarazo heterólogo de quien intenta ser madre del hijo concebido *in vitro* con el óvulo de una tercera persona es un hecho que en España y en Chile se toleraría porque la maternidad se determina por el parto. La maternidad está asociada a la gestación<sup>52</sup>. Esta conclusión continúa vigente después de la ley N° 21.400, de 2021, porque no se modifican la regla de determinación de la maternidad por el hecho del parto ni las causas tasadas de impugnación de la maternidad<sup>53</sup>.

En España, la donación de óvulos para reproducción está regulada; y tiene el mismo tratamiento legal que la donación de esperma: el hijo no puede acceder a su identidad genética salvo casos excepcionales<sup>54</sup>; la información sobre la proveedora del óvulo es general<sup>55</sup>. En ningún caso el hijo podría reclamar maternidad contra esta tercera mujer<sup>56</sup>.

La donación de óvulos no está regulada en Chile. Pero en este país no hay norma que prohíba la investigación de la paternidad o maternidad al hijo; y la maternidad no puede impugnarse sino por falso parto o suplantación del hijo. La maternidad se determi-

<sup>49</sup> Art. 182 CCCh (modificado por la ley N° 21.400, de 2021). El nuevo Art. 34 del CCCh, introducido por la ley N° 21.400, de 2021, expresa que “Las madres y los padres 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”

<sup>50</sup> TURNER y otros (2000) pp. 24-25. A partir de la ley N° 21.340, de 2022, se reconoce expresamente el derecho del niño a conocer la identidad de sus padres y su origen biológico (Art. 26).

<sup>51</sup> Este motivo es suficiente para justificar una prohibición de la donación de óvulos para reproducción asistida, como hace ALEMANIA. Ley N° 745/90.

<sup>52</sup> Art. 10.2 LRHA. Art. 183 CCCh (no modificado por la ley N° 21.400, de 2021). Sobre la inconveniencia de modificar esta regla, Comité de Bioética de España (2017) pp. 21-24 y 86.

<sup>53</sup> Art. 183 CCCh (condiciones para la determinación de la maternidad por el hecho del parto) y Art. 217 CCCh (causas por las que puede ser impugnada una maternidad y legitimación para esta acción).

<sup>54</sup> Art. 5.5.3 LTRHA.

<sup>55</sup> Art. 5.5.2 LTRHA.

<sup>56</sup> Art. 8.3 LTRHA.

na por el hecho del parto y no puede ser impugnada por una prueba biológica excluyente cuando se fundamenta en la evidencia del parto<sup>57</sup>.

A partir de 2007, en España, cuando una mujer estuviere casada y no separada legalmente o de hecho con otra mujer, esta última podrá manifestar su consentimiento “formal, previo y expreso” a que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge<sup>58</sup>. Es el caso de la **doble maternidad**<sup>59</sup>. La maternidad se atribuye a la gestante por el hecho del parto. Puede haber gestado con óvulo propio, de donante o, incluso, de su cónyuge, compañera o conviviente civil del mismo sexo<sup>60</sup>. En cualquiera de estos casos, la **maternidad** de la mujer no gestante se basa en su intención de procrear. Como en el caso del acceso a las TRA por mujer sola, en este supuesto el niño no tiene padre.

La **doble maternidad** no estaba regulada en Chile sino hasta la ley N° 21.400, de 2021. Hasta antes de esta ley, el hecho de someterse dos mujeres unidas por un acuerdo de unión civil a reproducción asistida, no modificaba la regla de determinación de la maternidad por el hecho del parto ni las causas por las que podía ser impugnada esta maternidad (falso parto o suplantación). La intención de procrear de la pareja del mismo sexo de la madre no servía para atribuirle doble maternidad<sup>61</sup>. La ley N° 21.400 cambia esta situación al admitir expresamente que “dos personas”, sin distinción de sexo, puedan haberse sometido a reproducción asistida; y que la filiación del hijo que nazca por efecto de este procedi-

<sup>57</sup> Arts. 195, 217 CCch. Se conocen sentencias judiciales que han acogido acciones de impugnación y reclamación de maternidad entre la proveedora del óvulo (demandante) y la gestante (demandada) para conseguir que maternidad se determine respecto de la proveedora del óvulo. En un caso, la proveedora era hija de la gestante. Segundo Juzgado de Familia de Santiago, sentencia de 8 de enero de 2018 (Rol no disponible públicamente). En otro caso, la proveedora era amiga de la gestante y entre ellas existía un “acuerdo privado de útero subrogado”. Segundo Juzgado de Familia de Santiago, sentencia de 3 de diciembre de 2018 (Rol no disponible públicamente). En ambos casos el hijo no fue adecuadamente emplazado ni representado en el juicio; y la sentencia parece haberse obtenido en un proceso coludido y fraudulento. Téngase en cuenta que a partir de la ley N° 21.340, de 2022, se reconoce expresamente el derecho del niño a conocer la identidad de sus padres y su origen biológico (Art. 26).

<sup>58</sup> Art. 7.3 LTRHA.

<sup>59</sup> La Disposición Adicional 1ª de la Ley 3/2007 añadió el párrafo 3 al Art. 7 de la LTRHA que posteriormente fue modificado por la Disposición Final 5ª de la Ley 19/2015, de 13 de julio. España admite desde 2005 la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo (Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio). Desde entonces, hasta 2007 la forma de acceder a la *doble maternidad* era mediante la adopción del hijo por parte de la cónyuge no gestante. La *doble maternidad* era una filiación adoptiva. Pero ahora se reconoce formalmente como una filiación *por naturaleza*.

<sup>60</sup> Mediante la técnica denominada FIV ROPA (fecundación in vitro con método de recepción de ovocito de la pareja); y posterior implantación del embrión en el endometrio de la gestante que intenta ser madre.

<sup>61</sup> Arts. 182, 183 y 217 CCch. En un fallo reciente, el Segundo Juzgado de Familia de Santiago acogió una acción de reclamación de maternidad de la conviviente civil del mismo sexo de la madre para determinar que sería la segunda madre del niño, concebido por la demandada por fecundación asistida con esperma de un donante anónimo (sentencia de 8 de junio de 2020, RIT C-10028-2019). Sin embargo, antes y después de este caso, la Corte Suprema ha rechazado recursos de protección contra el Registro Civil cuando este se niega a registrar en la partida de nacimiento de un niño el nombre de una segunda madre. Corte Suprema (Tercera Sala), 14 de marzo de 2018 (Rol 971-2018); Corte Suprema (Tercera Sala), 24 de julio de 2018 (Rol 15108-2018); Corte Suprema (Tercera Sala), sentencia de 20 de julio de 2020 (Rol 33316-2019). Para un análisis de la situación anterior a la ley N° 21.400, de 2021, ARENAS y VALLADARES (2019), p. 105-109.

miento quede determinada respecto de esas “dos personas”<sup>62</sup>. Esto concuerda con la posibilidad formal o meramente legal de que una persona tenga “dos madres” o “dos padres”<sup>63</sup>. A la vez, no se modifica la regla de determinación de la maternidad por el hecho del parto. Esto significa que la maternidad se determina legalmente respecto de la mujer que da a luz al hijo por el hecho del parto. La mujer que se sometió con ella a la reproducción asistida (acompañante o proveedora de material genético) puede reconocer al hijo como suyo, en calidad de “progenitor no gestante”<sup>64</sup>. En definitiva, a partir de la ley N° 21.400, de 2021, se podría decir que es posible una doble maternidad en Chile. Es decir, se ha hecho legalmente posible una segunda maternidad no biológica utilizando el reconocimiento voluntario, sin control de idoneidad administrativo ni judicial alguno.

Pasamos ahora a la doble paternidad. La **doble paternidad** se diferencia de la **doble maternidad** en que supone necesariamente la participación de una madre subrogada o sustituta. Podemos entender por maternidad subrogada el contrato por el que se conviene la gestación con o sin precio “a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”<sup>65</sup>. El uso de esta práctica es muy variado. Pueden ser comitentes parejas heterosexuales u homosexuales, casadas o no, o mujeres u hombres solos. En cuanto a las combinaciones genéticas, aunque la ciencia posibilita cualquier tipo, en general, se procura que la proveedora del servicio de gestación no tenga vínculo genético con el niño. Esto evitaría el apego y garantizaría la posterior entrega del recién nacido a los comitentes. Son muchas las posibles motivaciones para recurrir a esta práctica: falta de capacidad para gestar de la comitente por razones médicas; o, simplemente, su deseo de tener un hijo sin gestarlo; o la incapacidad natural masculina para gestar, motivo por el que acuden a ella los varones. La maternidad subrogada es, generalmente, el producto de un embarazo heterólogo por efecto de la fecundación in vitro de material genético femenino proporcionado por una tercera persona con espermatozoides del comitente o de terceros proveedores, conocidos o no, con la obligación de entregar al hijo a los comitentes renunciando a cualquier vínculo con él.

Actualmente, la maternidad subrogada está prohibida en España por la LTRHA, que sanciona con la nulidad absoluta los contratos por los que se convenga<sup>66</sup>. Además, se

<sup>62</sup> Art. 182 CCch, modificado por la ley N° 21.400, de 2021.

<sup>63</sup> Nuevo Art. 34 CCch, introducido por la ley N° 21.400, de 2021.

<sup>64</sup> La ley N° 21.400, de 2021, autoriza a que “alguno de sus progenitores” reconozca al hijo mediante declaración formulada con ese determinado objeto, en la forma establecida por los Arts. 187 y 188 CCch. Que este progenitor puede ser la segunda madre lo sabemos por información que proporciona el nuevo Art. 34 CCch. La misma ley introduce una norma en el Código del Trabajo donde se hace referencia a una “persona gestante” y a un “progenitor no gestante” (Art. 207 ter).

<sup>65</sup> Art. 10.1 LTRHA. Un estado de la cuestión en España en VAQUERO (2018) p. 231. También CABRERA (2019) p. 527.

<sup>66</sup> Art. 10.1 LTRHA. La licitud de estos acuerdos sigue siendo tema debatido social y doctrinalmente. En 2017, el Comité de Bioética de España aconsejó mantener la prohibición. Véase, *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*. En 2015, el Parlamento europeo condenó la práctica de la gestación por sustitución como contraria a la dignidad de la mujer, estimando que debía prohibirse (Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015). Más tarde, pide principios claros e instrumentos jurídicos que aborden las violaciones de derechos humanos relacionadas con la gestación subrogada (Resolución de 12 de diciembre de 2018). La gestación subrogada está prohibida en Italia (Art. 4.3

establece que la filiación materna de los hijos será determinada por el parto<sup>67</sup>. La misma ley hace posible que el padre biológico reclame la paternidad de acuerdo con las reglas generales, lo que suscita algunos problemas de interpretación. En el sistema desregulado chileno, la maternidad subrogada es un contrato que tiene por objeto el cuerpo humano y el estado civil de las personas, ambos objetos indisponibles e intransferibles. No puede transigirse sobre el estado civil de las personas<sup>68</sup>. Solo por normas especiales se autoriza la donación de ciertos órganos para trasplantes<sup>69</sup>. Aun después de la ley N° 21.400, la maternidad se determina por el hecho del parto<sup>70</sup>. La condición de la madre permite determinar la paternidad o filiación del hijo respecto del “progenitor no gestante”<sup>71</sup>. Si la madre es casada o si está unida a un varón mediante un acuerdo de unión civil vigente, se presume que el recién nacido tiene por padre al marido (hijo matrimonial) o al conviviente civil (hijo no matrimonial). Esta presunción de paternidad no se aplica a una pareja del mismo sexo, casada o no con la madre<sup>72</sup>. Si la madre es soltera, el recién nacido podría ser reconocido formalmente por un varón comitente (paternidad no matrimonial); pero esta filiación podría ser repudiada por el hijo e impugnada<sup>73</sup>. A partir de la ley N° 21.400, una mujer o un varón podría reconocer formalmente al hijo, estableciéndose una filiación.

La **doble paternidad** no es legalmente posible en España. Sin embargo, existe una práctica tolerante con la inscripción como hijos de comitentes varones del mismo sexo en el Registro Civil español. Indirectamente, la **doble paternidad** se obtiene por el recurso a madres subrogadas en el exterior<sup>74</sup>. A partir de la ley N° 21.400, de 2021, la **doble paternidad** parece posible en Chile porque se admite que una persona pueda tener “dos padres”<sup>75</sup>.

---

de la ley núm. 40 del 19 de febrero de 2004, que prohíbe las TRA heterólogas) y en Francia (Arts. 16-7 y 16-9 del Código Civil). Se permite en el Reino Unido desde 1985 (*Surrogacy Arrangements Act* 1985), y en Portugal (Art. 8 de la *Lei* 32/2006, *Procriação medicamente assistida* (introducido en su versión actual por *Lei* 25/2016). No obstante, el Tribunal Constitucional portugués ha anulado varios puntos de la norma al considerar que viola los principios y derechos constitucionales (*Acórdão do Tribunal Constitucional* 225/2018).

<sup>67</sup> Art. 10.2 LTRHA.

<sup>68</sup> Art. 2450 CCch.

<sup>69</sup> CORRAL (2018) pp. 247-250.

<sup>70</sup> Art. 183 CCch.

<sup>71</sup> Arts. 187 y 188 CCch, modificados por la ley N° 21.400. Art. 207 ter del Código del Trabajo, introducido por el Art. 5°, párrafo 2 de la misma ley.

<sup>72</sup> Art. 184 CCch. Art. 21 LAUC. La ley N° 21.400 modifica el Art. 184 CCch para precisar que la presunción de paternidad del marido se aplica solo si se trata de “cónyuges de distinto sexo”. Lo que ocurre es que el posterior matrimonio entre los “dos padres” o las “dos madres” de un niño produce su matrimonialización, según las modificaciones introducidas por la ley N° 21.400 al Art. 185, inciso 2° CCch.

<sup>73</sup> Arts. 191 y 216 CCch.

<sup>74</sup> Esta cuestión se ha tratado con criterios diferentes en la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN) (DGRN, Resolución de 18 febrero 2009) y en el Tribunal Supremo (STS 835/2013, con un voto particular que sostiene una posición radicalmente opuesta). El 11 de julio de 2014 la DGRN emitió una Circular dirigida a los encargados de los registros civiles con el objeto de reafirmar el criterio de la Instrucción de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y evitar que se aplicara el de la sentencia del Tribunal Supremo citada. La RDGRN ha sido criticada por DE BARRÓN (2009) y BERCOVITZ (2009) pp. 1-2.

<sup>75</sup> Art. 34 CCch; Arts. 187 y 188 CCch.; Art. 207 ter del Código del Trabajo. Todos introducidos o modificados por la ley N° 21.400, de 2021.

Antes de esta reforma, se intentaba hacer valer la doble paternidad ante el Registro Civil, pretendiendo la inscripción en Chile de niños nacidos en el extranjero por maternidad subrogada o adoptados en el extranjero por parejas del mismo sexo. La negativa del Registro Civil para consignar el nombre de dos padres en la partida de nacimiento había sido impugnada judicialmente en reiteradas ocasiones, con distintos resultados. En 2020, para obedecer a una sentencia favorable a esta pretensión, el Registro Civil optó por “abrir una casilla” en la partida de nacimiento de un niño para consignar el nombre del segundo padre<sup>76</sup>. Con los cambios de la ley N° 21.400, de 2021, el Registro Civil debería adecuar su sistema para registrar a un segundo padre en la partida de nacimiento del hijo. La maternidad de estos niños continúa determinándose según el parto; sin que esto pueda impugnarse sino por falso parto o suplantación, porque la ley N° 21.400, de 2021, no modifica la regla de determinación de la maternidad por el hecho del parto ni las causas por las que puede impugnarse judicialmente una maternidad. Los acuerdos de maternidad subrogada continúan siendo nulos y de ningún valor ante la ley chilena. En consecuencia, aunque la nueva ley discurra sobre la posibilidad de dos padres, la doble paternidad de niños nacidos en Chile no sería posible porque la maternidad subrogada no está legitimada.

La **doble maternidad** y la **doble paternidad** se justificarían en una alegada **intención de procrear** que favorecería a quienes se someten a TRA o son comitentes de maternidad subrogada. La cuestión es de qué forma esto podría ser compatible con el interés superior del niño nacido por reproducción asistida heteróloga, es decir, con material genético de terceros proveedores. La ley española garantiza el anonimato del donante<sup>77</sup>. Al mismo tiempo, autoriza la fecundación *post mortem*<sup>78</sup>, prohibida en Alemania<sup>79</sup>. En Chile, maternidad y paternidad siguen siendo consecuencia del hecho de la generación; y la única excepción a este escenario es la determinación de la filiación de niños nacidos por TRA respecto de las dos personas que se sometieron al procedimiento<sup>80</sup>.

### III. ALGUNOS PARADIGMAS DE CONCILIACIÓN ENTRE LA INTENCIÓN DE PROCREAR Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

En lo que sigue proponemos algunos criterios que deberían considerarse para conciliar, en la medida de lo posible, el principio del interés superior del niño con la regla de determinación de filiación según la intención de procrear de uno o más adultos. Esta conciliación o reconciliación debería operar por vía de determinación del interés superior del niño y, también, como política legislativa que permita resolver el dilema que produce la *intención de procrear* frente a la dignidad personal del niño y su derecho a una identidad.

<sup>76</sup> CHAPARRO (2020a) y CHAPARRO (2020b).

<sup>77</sup> Arts. 5 y 8.3 LTRHA.

<sup>78</sup> Art. 9 LTRHA. Para un estudio crítico sobre los intereses en juego en este supuesto véase RODRÍGUEZ GUITIÁN (2015).

<sup>79</sup> ALEMANIA. Ley N° 745/90.

<sup>80</sup> Art. 182 CCch.

### 3.1. EL CONTROL DE IDONEIDAD DE LOS QUE INTENTAN UNA FILIACIÓN NO BIOLÓGICA

El control de habilidades parentales es algo que conocemos para constituir una filiación por adopción y también para evaluar la medida judicial de separación de un niño de sus padres biológicos. En la adopción, este control se realiza en forma previa. La idoneidad de los adoptantes no se presume para constituir una filiación no biológica. La idoneidad de los que son padres por naturaleza, en cambio, se presume. La verdad biológica es un hecho que tiene consecuencias jurídicas; pero que no tiene control social. A pesar de esto, la idoneidad de los padres biológicos está sujeta a control judicial en casos de inhabilidad física o moral que justifiquen la separación del niño del cuidado de su familia de origen. La razón de este control, en un caso anterior y en el otro posterior, es la consideración primordial del interés del niño.

El interés superior del niño como consideración primordial es lo que justifica el cuestionamiento crítico de la atribución de filiación de niños nacidos por TRA (parcial o totalmente heteróloga) por la **intención de procrear** de uno o más adultos. Los padres intencionales no tienen vínculos genéticos, biológicos ni gestacionales con el niño. Lo que hay en ellos es la intención de procrear y los contratos consiguientes para obtener un hijo. La cuestión es si esta intención y estos contratos son compatibles con la dignidad personal de un niño que pretenden que sea su hijo.

Nuestra opinión es que los comitentes de TRA deberían estar sujetos a controles de idoneidad análogos a los de quienes buscan la adopción<sup>81</sup>. En ambos casos se intenta constituir una filiación no biológica; y no hay motivos para presumir *ex ante* la idoneidad de quienes intentan una filiación no biológica. La filiación no se constituye por contrato porque ni los niños ni los hijos pueden ser objeto de un contrato. Aunque sea reiterativo repetirlo, son persona, sujeto de derechos y no objeto<sup>82</sup>. No existe un derecho a procrear<sup>83</sup>. Esta es la dificultad más grande de quienes proponen resolver los dilemas de las TRA con la técnica del derecho de contratos<sup>84</sup>.

La idea de algún control de idoneidad en los comitentes es conocida en varios países, como el Reino Unido, Suecia, Francia y los Estados Unidos de Norteamérica. El control de idoneidad de los que acceden a TRA es una norma en el Reino Unido. Según la *Human Fertilisation and Embryology Act 1990* (modificada), los centros autorizados para tratamientos de fertilidad están obligados a documentar una evaluación de el o los pacientes en prevención de cualquier riesgo de daño o negligencia para el niño que puede nacer del tratamiento<sup>85</sup>. Entre otros factores, se considera la edad del paciente y su probable capacidad

<sup>81</sup> Para el ordenamiento español, JARUFE (2012) pp. 355-360; ARECHEDERRA (2017). Algunos niegan que exista analogía entre la relación de padres no biológicos con sus hijos concebidos por donación de gametos y la adopción. BRANDT y otros (2017) p. 18.

<sup>82</sup> NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, A/HRC/37/60, n. 64.

<sup>83</sup> Para el cuestionamiento a un derecho a procrear, QUIGLEY (2010) p. 403.

<sup>84</sup> Véase, MARGALIT (2019) *por todas partes*.

<sup>85</sup> Human Fertilisation and Embryology Act 1990 (as amended), Section 13 (5): “A woman shall not be provided with treatment services unless *account has been taken of the welfare of any child who may be born as a result of the treatment* (including the need of that child for supportive parenting), and of any other child who may be affected by the birth.” (No se proporcionarán servicios de tratamiento de fertilidad a una mujer a menos que se haya tenido en cuenta el bienestar de cualquier niño que pueda nacer como resultado del tratamiento [incluida

futura para cuidar o satisfacer las necesidades de un niño; el compromiso del paciente de tener y criar a uno o más hijos; la situación económica del paciente junto con su capacidad para satisfacer las necesidades de cualquier niño o niños nacidos como resultado del tratamiento; el entorno del hogar y el efecto del nuevo bebé o bebés sobre los niños existentes; la salud física y mental del paciente y su pareja; los antecedentes médicos y familiares de la pareja y sus familias; los antecedentes penales de los padres intencionales; si el paciente y sus hijos han sido retirados de su custodia y cualquier historial de abuso infantil; el potencial de la necesidad del niño de conocer su origen<sup>86</sup>.

De acuerdo con la legislación sueca, las TRA con donantes de gametos deben ofrecerse solo si puede preverse que el niño crecerá en buenas circunstancias<sup>87</sup>. En Suecia, la evaluación de circunstancias psicológicas y sociales de los candidatos a reproducción asistida se justifica en el bienestar del niño; pero también, según un estudio, en un uso responsable de los fondos públicos<sup>88</sup>. Controles previos semejantes a cargo de los equipos médicos existen en Francia<sup>89</sup>.

En los Estados Unidos, las legislaciones varían de un estado a otro y el uso de TRA se sujeta en gran medida a la autorregulación de los centros clínicos de fertilidad<sup>90</sup>. Sin embargo, existen normas de conducta sobre la evaluación de idoneidad de los candidatos a TRA. A partir de 1998, la *American Society for Reproductive Medicine* y la *Society for Assisted Reproductive Technologies* han emanado opiniones éticas y códigos de buenas prácticas en los que recomiendan la evaluación de los padres intencionales desde variados puntos de vista, médicos y socioeconómicos<sup>91</sup>. También han recomendado limitar el número de embriones para ser transferidos<sup>92</sup>. Los programas pueden requerir que los pacientes reciban asesoramiento; esto debería ser de rutina cuando los tratamientos requieran material genético de terceras personas. Entre los factores que se recomienda considerar para evaluar a potenciales pacientes o padres intencionales se mencionan, por ejemplo, una enfermedad psiquiátrica no controlada o no tratada, abuso de sustancias, o antecedentes de abuso físico o emocional<sup>93</sup>. No es raro encontrar opiniones sobre restricciones de edad para la aplicación de TRA<sup>94</sup>. Desde el punto de vista legal, las distintas jurisdicciones se debaten entre dar mayor o menor prevalencia a la intención de potenciales padres no biológicos en la determinación de la filiación. También se consideran vínculos biológicos y de gestación<sup>95</sup>. En todo caso, los argumentos

---

la necesidad de que ese niño tenga una paternidad de apoyo], y de cualquier otro niño que pueda ser afectado por el nacimiento) (traducción de las autoras).

<sup>86</sup> HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY AUTHORITY (2019) Section 8.14.

<sup>87</sup> The Swedish Statute Book, 2006:351, Chap. 6 §3, Chap. 7 §5. LIND (2020) pp. 19-27.

<sup>88</sup> LIND (2020) p. 19.

<sup>89</sup> Art. L 2141-10, Code de la santé publique.

<sup>90</sup> CASOLO y otros (2019) pp. 315-319.

<sup>91</sup> PRACTICE COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE AND PRACTICE COMMITTEE FOR THE SOCIETY FOR ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY (2012) pp. 1301-1308.

<sup>92</sup> PRACTICE COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE AND PRACTICE COMMITTEE FOR THE SOCIETY FOR ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY (2017) p. 901.

<sup>93</sup> ETHICS COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE (2017) pp. 944-947.

<sup>94</sup> ZWEIFEL y otros (2020) p. 257.

<sup>95</sup> CASOLO y otros (2019) pp. 323-353.

que favorecen la regla de la intención parecen discurrir más sobre el interés de parejas de personas del mismo sexo en tener hijos por TRA que en el interés superior del niño<sup>96</sup>.

En el sistema internacional de protección de los derechos humanos, el examen de idoneidad de los comitentes no biológicos es un criterio recomendado. En el contexto de su denuncia del riesgo de cosificación de niños en la maternidad subrogada, una de las conclusiones del informe de la relatora especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, es que los Estados velen por que los tribunales y demás autoridades competentes realicen un “examen apropiado y no discriminatorio de la idoneidad del aspirante o aspirantes a progenitor, antes o después del parto o tanto antes como después”<sup>97</sup>. Otra consideración importante de este informe es que no existe un derecho a procrear. El niño no puede ser objeto de derechos ni de contratos<sup>98</sup>. La maternidad subrogada puede provocar venta de niños o ser equiparable a esta<sup>99</sup>.

En resumen. El control de idoneidad asegura que los niños no sean entregados a comitentes o padres intencionales que son menos aptos que los que intentan adoptar. Con posterioridad, las habilidades parentales están sujetas a un control que se realiza a través de medidas de protección o de separación de los niños del cuidado de sus progenitores, biológicos o no, por causa proporcionada. Los padres biológicos también están expuestos a medidas de control si fallan en las habilidades parentales que se presume que tienen y que la sociedad espera de ellos.

¿Debería aceptarse que mujeres solas se sometan a TRA o que una mujer requiera la implantación y gestación de un embrión concebido después de la muerte de su padre biológico? Según el principio del interés superior del niño, no debería aceptarse la procreación solitaria, que priva al hijo de un padre conocido y presente. Esto puede ocurrir en los hechos por la muerte o desconocida identidad del padre. Sin embargo, no se debería aceptar que por un procedimiento extraordinario y, especialmente, con gametos proporcionados por terceros que no intentan paternidad, una mujer sola dé a luz a hijo sin padre conocido. No es lo mismo que una persona carezca de padre por causas naturales, o que circunstancialmente el Derecho transija con que una mujer oculte la identidad del padre, a que el ordenamiento, de buen principio, impida al niño tener un padre que existe, pero que va a permanecer en el anonimato. Ninguna filiación **legal** logra cambiar el sustrato biológico estable y subyacente del sujeto.

### 3.2. LA ELIMINACIÓN DEL ANONIMATO EN LA DONACIÓN DE GAMETOS PARA TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

La segunda medida de interpretación holística y de política legislativa que debería asegurarse en el contexto del interés superior del niño es la eliminación de toda forma de anonimato en la donación de gametos.

<sup>96</sup> CASOLO y otros (2019) pp. 347-353.

<sup>97</sup> NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, A/HRC/37/60, n. 77, literal f).

<sup>98</sup> NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, A/HRC/37/60, n. 64.

<sup>99</sup> NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, A/HRC/37/60, n. 8.

La legislación española actual garantiza el anonimato de proveedores de gametos para técnicas parcial o totalmente heterólogas<sup>100</sup>. Es decir, no asegura suficientemente el derecho del niño a conocer la identidad de sus progenitores biológicos<sup>101</sup>. Este derecho esencial a la identidad personal cede frente al deseo de los adultos que deciden su nacimiento (regla de la intención), ya sea en función de su derecho a la salud, al libre desarrollo de su personalidad o de un pretendido derecho a procrear. Si la ley no niega al adoptado el derecho a conocer sus orígenes; tampoco debería hacerlo con el niño concebido por TRA<sup>102</sup>. En Chile, no hay norma alguna que proteja el anonimato de los donantes de gametos para fines reproductivos. De hecho, la donación de gametos para fines reproductivos no está expresamente autorizada por ley alguna, pues solo está permitida a título gratuito y con fines terapéuticos<sup>103</sup>. El anonimato estaría protegido solo por la práctica médica. No se conocen casos en que esto haya sido impugnado judicialmente. Por otra parte, la ley garantiza la investigación de la paternidad<sup>104</sup>; y nadie niega este derecho a los nacidos con gametos donados. El derecho a la identidad está implícitamente reconocido en la Constitución Política: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”<sup>105</sup>. Está expresamente reconocido en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes Y, actualmente en la ley N° 21.340, de 2022, sobre garantías y protección integral de la niñez<sup>106</sup>.

Ahora bien, el levantamiento del anonimato y la donación de gametos para fines reproductivos deberían regularse y asegurarse mediante un sistema de registro y publicidad. En España, esto es algo mandado por ley, pero hasta ahora no puesto en vigencia. En Chile, cualquier regulación debería contemplar un sistema de registro y trazabilidad. En el Reino Unido, por ejemplo, la *Human Fertilisation and Embryology Authority* hace trazabilidad de todos los casos de donación de óvulos o espermatozoides y no permite el anonimato del donante por lo menos desde 2008<sup>107</sup>. En 2017, un amplio estudio acerca de la donación y venta de óvulos y espermatozoides reconocía una fuerte tendencia hacia la legalización del derecho de los niños concebidos con gametos donados a tener acceso a información que identifique a sus donantes, por lo menos desde que alcancen la mayoría de edad<sup>108</sup>. En esta misma línea, en

<sup>100</sup> Art. 5.5 LTRHA.

<sup>101</sup> Sobre este derecho véase MATHIEU (2015).

<sup>102</sup> Si el niño tiene determinada su filiación a favor del padre legal, los efectos personales y patrimoniales de la filiación solo a él le serán imputables. En caso de una mujer que ha recurrido a las TRA sola, el principio de libre investigación de la paternidad (Art. 39.2 CE) unido al principio de igualdad (Art. 14 CE) y al deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos (Art. 39.3 CE), sería base suficiente reclamar derechos y deberes propios de la paternidad.

<sup>103</sup> Art. 145 Código Sanitario.

<sup>104</sup> Art. 195 CCch. A partir de la ley N° 19.585, autores admiten que no podría negarse al hijo de reproducción asistida el derecho a conocer sus orígenes como emanación de su derecho a una identidad real. CORRAL (2010), p. 57; GÓMEZ DE LA TORRE (2017), p. 175.

<sup>105</sup> Art. 5º, inciso 2º Constitución Política de la República de Chile.

<sup>106</sup> Arts. 7 y 8, CONVENCION DE DERECHOS DEL NIÑO; Art. 5º, inciso 2º Constitución Política de la República de Chile. Art. 26 de la ley N° 21.340, de 2022.

<sup>107</sup> HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY AUTHORITY (2019), Guidance Note 20.

<sup>108</sup> BRANDT y otros (2017) p. 13.

2019, el Consejo de Europa emitió una versión provisional de Recomendación de la Asamblea Parlamentaria sobre donación anónima de espermatozoides y ovocitos, “sopesando los derechos de los padres, donantes y niños”<sup>109</sup>. El 15 de enero de 2020, el Comité de Bioética de España emitió un informe recomendando el levantamiento del anonimato de los donantes de gametos para reproducción asistida, actualmente vigente en ese país<sup>110</sup>. La tendencia a la abolición del anonimato de donantes es fuerte a nivel internacional.

### 3.3. LA DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD POR EL HECHO DEL PARTO

Agregamos, por último, que los criterios y medidas propuestos deberían adoptarse manteniendo la regla de determinación de maternidad por el hecho del parto. La legislación española mantiene esta regla en el derecho común y por ley especial. En 2017, El Comité de Bioética de España emitió un extenso informe en que recomienda que esta regla no se modifique y que, incluso, se fortalezca. La regla se apoya en una tradición que procede del Derecho romano. Pero la razonabilidad de la regla se apoya en evidencia científica reciente y abundante sobre los vínculos que se establecen entre el hijo y la madre durante la gestación. El hecho del parto es el resultado de un tiempo de gestación que produce cambios corporales y cerebrales en la gestante; la voz, el sabor y el olor del cuerpo de la madre configuran y desarrollan los sistemas sensoriales del hijo durante la gestación; los cambios psíquicos de la gestante contribuyen a la configuración de la futura personalidad del hijo. Estos y muchos otros motivos justifican que se mantenga la regla de atribución de maternidad por el parto<sup>111</sup>. A falta de regulación especial, en Chile rige la regla de determinación legal de la maternidad por el hecho del parto, cuando la identidad del recién nacido y de la mujer que lo ha dado a luz constan en la partida de nacimiento extendida por el Registro Civil<sup>112</sup>. Esta regla no se modificó por la ley N° 21.400, de 2021, sobre matrimonio entre personas del mismo sexo. La discusión sobre **doble maternidad** o **co-maternidad** (no biológica) a favor de la mujer conviviente civil o cónyuge de la madre, en función de su intención de procrear se encuentra en parte resuelta por esta nueva ley que opta por proveer reglas de determinación de la filiación por reproducción asistida, sin regular todas o algunas de estas prácticas en el ámbito de la práctica de la medicina<sup>113</sup>.

La determinación de la maternidad por el hecho del parto, que debe mantenerse en todas las legislaciones, es incompatible con la maternidad subrogada, de quien se obliga a entregar al recién nacido a uno o más comitentes a cambio de una compensación pecuniaria o por mera liberalidad. Esta práctica es cuestionada porque ofende la dignidad personal de mujeres gestantes, quienes se ven involucradas en una industria lucrativa de producción de niños. También porque ofende la dignidad personal de miles de niños, separados de la mujer que los da a luz y entregados a unos comitentes que pueden no tener vínculo bioló-

<sup>109</sup> CONSEJO DE EUROPA, ASAMBLEA PARLAMENTARIA, Doc. 14835.

<sup>110</sup> COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (2020).

<sup>111</sup> COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (2017) pp. 12-16.

<sup>112</sup> Art. 183 CCch; Art. 41, 3° Ley N° 4.808 sobre Registro Civil.

<sup>113</sup> La ley N° 21.400, de 2021, probablemente producirá el archivo del Boletín N° 10.626-07 (26/11/2019): Proyecto de ley sobre derecho de filiación de hijos e hijas de parejas del mismo sexo (radicado en el Senado, en primer trámite constitucional).

gico alguno con él. No raramente expuestos al riesgo de abandono<sup>114</sup>. El interés superior del niño y su dignidad personal excluyen cualquier contrato que pueda afectar su identidad y su derecho a un desarrollo holístico.

#### IV. CONCLUSIONES

La proposición que se ha buscado defender en este artículo es que, para la determinación legal de una filiación, el derecho debe continuar atribuyendo efectos más a los hechos que a las intenciones. Antes del desarrollo de las TRA, los avances científicos permitieron que en el derecho de la filiación se consolidara el principio de correspondencia entre el vínculo formal o legal y la realidad biológica subyacente real. Se consideraba un avance que se pudiera atribuir legalmente una filiación a quienes biológicamente eran los verdaderos padre y madre de un niño. Las presunciones subsistían siempre que el hecho desconocido fuera verdadero. La adopción se constituía en el interés del adoptado y la tendencia era y sigue siendo que este pudiera conocer sus orígenes reales. La adopción no alteraba la verdadera identidad del adoptado.

La llegada de TRA introdujo una problemática nueva: la posible separación entre el momento de la concepción, que ahora podía obtenerse extrauterinamente, y la posterior implantación y gestación de un niño. El hecho de la generación quedaba artificialmente dividido. Esto hacía que fueran posibles algunas situaciones consideradas problemáticas desde el punto de vista el interés del niño. La admisión de mujeres solas a estos procedimientos tenía por resultado el fenómeno de niños intencional y legalmente procreados para no tener padre; y algo semejante podía ocurrir con la fecundación de mujeres después de la muerte del padre. Por otra parte, el uso parcial o totalmente heterólogo de TRA, con material genético de terceras personas que no intentaban ser padre o madre, hizo posible una filiación no biológica por la **intención de procrear** de quienes podían no tener conexiones con el niño. En todos estos casos, los padres intencionales no estaban sujetos al control de idoneidad que actualmente existe para los adoptantes. La intención de procrear podía convertir en doble o segunda madre a la pareja del mismo sexo de la madre, casada o unida de otro modo con ella. En algunos países, podía convertir en padre a un hombre solo o a personas incapaces de tener hijos entre sí, como dos varones que intentaban doble paternidad.

En este trabajo argumentamos que el principio del interés superior del niño exige la atención de jueces y legisladores a criterios que pueden proponerse como determinaciones. Los acuerdos o contratos, gratuitos u onerosos, relativos a un niño por concebir, gestar o entregar podrían ofender su dignidad de persona, sujeto de derechos, nunca objeto. El anonimato de terceros proveedores de gametos para TRA podría vulnerar el derecho a una identidad personal integral, biológica y social del niño. Una maternidad disociada afecta también la integridad de la identidad personal. Sabemos algo de las profundas conexiones que se establecen entre el hijo y la madre durante la gestación; no conocemos totalmente las consecuencias de la disociación entre maternidad genética y gestacional en el niño. La

<sup>114</sup> Algunos casos denunciados por la prensa, SAHURQUILLO y SEVILLANO (2020); J.K. (2019); WHITEMAN (2014).

maternidad heteróloga es problemática y debería prohibirse. La maternidad subrogada es inadmisibles desde el punto de vista de la dignidad personal de las mujeres, cuyos cuerpos no son objeto de contrato, como no lo son sus órganos ni los órganos de ninguna persona humana. También lo es desde el punto de vista del interés del niño, privado tempranamente de la voz, del olor y de los cuidados de la mujer que lo ha gestado y dado a luz. Debería mantenerse la prohibición de los contratos de maternidad subrogada, altruistas u onerosos; y la humanidad debería avanzar hacia la total abolición de esta práctica solo comparable a la esclavitud<sup>115</sup>.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARENAS MORALES, Julio y VALLADARES SANZO, Natalie (2019): *Análisis del problema jurídico suscitado a propósito de la doble maternidad*. Universidad de Chile. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales dirigida por la profesora Mariacruz Gómez de la Torre.
- ARECHEDERRA, Luis Ignacio (2017): *Realidad, ilusión y delirio en el Derecho de filiación* (Madrid, Dykinson).
- BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles (2010): “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *REDUR* 8, diciembre: pp. 25-37.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (2009): “Hijos *made in California*”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, N° 3: pp. 1-2.
- BRANDT, Reuven, WILKINSON, Stephen y WILLIAMS, Nicola (2017): “The Donation and Sale of Human Eggs and Sperm”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponible en <https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/gametes-donation-sale/>. Fecha de consulta: 8/1/2019.
- CABRERA CARO, Leticia (2019): “El consentimiento libre: la trampa de la explotación femenina en la maternidad subrogada”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 46 N° 2: pp. 527-553.
- CASOLO, Jenna y otros (edits.) (2019): “Assisted Reproductive Technologies”, *The Georgetown Journal of Gender and the Law*, Vol. 20, pp. 313-355.
- COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (2017), *Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*. Disponible en: [http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe\\_comite\\_bioetica\\_aspectos\\_eticos\\_juridicos\\_maternidad\\_subrogada.pdf](http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf). Fecha de consulta: 19/9/2019.
- COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (2020), *Informe sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos*. Disponible en: <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20del%20CBE%20>

<sup>115</sup> Según organizaciones feministas, “es urgente que se desarrolle una convención internacional sobre abolición de la maternidad subrogada en el marco de las Naciones Unidas, basada en el modelo alcanzado en contra de la esclavitud y otras prácticas por la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud en 1956”. COORDINATION (2015), disponible en internet. El sitio [www.stopsurrogacynow.com](http://www.stopsurrogacynow.com) (Fecha de consulta: 8/1/2022) ofrece testimonios y estudios de la batalla global contra la maternidad subrogada por personas y grupos feministas.

sobre%20el%20derecho%20de%20los%20hijos%20nacidos%20de%20las%20TRHA.pdf. Fecha de consulta: 30/12/2020.

- CONCHA GARAY, Paulina (2013): *Derecho a la identidad en la reproducción asistida*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas.
- CORRAL, Hernán (2010): “Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos”, *Revista Ius et Praxis*, Año 16, N° 2, 2010, pp. 57-88.
- CORRAL, Hernán (2018): *Curso de Derecho Civil. Parte general* (Santiago Chile, Thomson Reuters).
- CORRAL, Hernán (2021): “Técnicas de reproducción asistida y filiación: la curiosa historia del art. 182 del Código Civil”. Disponible en: <https://corraltalciani.wordpress.com/2021/12/19/tecnicas-de-reproduccion-asistida-y-filiacion-la-curiosa-historia-del-art-182-del-codigo-civil/>. Fecha de consulta: 13/1/2022.
- COORDINATION DES ASSOCIATIONS POUR LE DROIT À L'AVORTEMENT ET À LA CONTRACEPTION Y otros (2015): *Contribution of a grouping of Feminist and Human Rights Organizations to the work of The Hague Conference on Private International Law regarding legal issues concerning international surrogacy conventions (“parentage/surrogacy project”) Comments on Preliminary Document No 3 B of March 2014 and Preliminary Document No 3A of February 2015*. Disponible en: [https://collectifcorp.files.wordpress.com/2015/01/surrogacy\\_hcch\\_feminists\\_english.pdf](https://collectifcorp.files.wordpress.com/2015/01/surrogacy_hcch_feminists_english.pdf). Fecha de consulta: 4/5/2022.
- CHAPARRO, Andrea (2020a): “Fallo que ordena inscripción de niños con dos padres reabre debate entre abogados”, *El Mercurio Legal*. Disponible en <https://www.elmercurio.com/legal/noticias/noticias-y-reportajes/2020/07/02/fallo-que-ordena-inscripcion-de-ninos-con-dos-padres-reabre-debate-entre-abogados.aspx>. Fecha de consulta: 2/7/2020.
- CHAPARRO, Andrea (2020b): “Tras presentar sus reparos, Registro Civil cumple fallo y realiza primera rectificación de partida de nacimiento de niños con dos padres”, *El Mercurio Legal*. Disponible en <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Noticias-y-reportajes/2020/07/01/Tras-presentar-sus-reparos-Registro-Civil-cumple-fallo-y-realiza-primera-rectificacion-de-partida-de-nacimiento-de-ninos-con-dos-padres.aspx>. Fecha de consulta: 1/7/2020.
- DE BARRÓN ARNICHES, Paloma (2009): “La posibilidad de inscribir en el Registro civil español a los nacidos en el extranjero, de una madre de alquiler”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, N° 31: pp. 29-42.
- DIEZ SOTO, Carlos Manuel (2007): “Comentario jurídico al Art. 6”, en LLEDÓ YAGÜE, Francisco y OCHOA MARIETA, Carmen (dirs.), *Comentarios científico-jurídicos Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (Madrid, Dykinson) pp. 104-110.
- ESPADA MALLORQUIN, Susana (2017): “Las principales tensiones de una futura regulación de las técnicas de reproducción asistida en Chile: especial referencia a la filiación”, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, vol. 11, N° 39, enero-junio de 2017: pp. 9-23.

- ETHICS COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE (2017): “Child-rearing ability and the provision of fertility services: An Ethics Committee opinion”, *Fertility and Sterility*, vol. 108, N° 6, pp. 944-947.
- HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY AUTHORITY (2019): *Code of Practice* (9th edition, Revised December 2019). Disponible en: <https://portal.hfea.gov.uk/media/1605/2019-12-03-code-of-practice-december-2019.pdf>. Fecha de consulta: 4/5/2022.
- HOPENHAY, Daniel (2019): “José Balmaceda, el doctor que hace guaguas: ‘Como animales reproductivos, los humanos somos pésimos’”, *La Tercera*, 10/8/2019, Disponible en: <https://www.latercera.com/la-tercera-domingo/noticia/jose-balmaceda-doctor-guaguas-animales-reproductivos-los-humanos-somos-pesimos/776420/>. Fecha de consulta: 2/7/2020.
- GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz (2017): *Sistema filiativo. Filiación biológica* (Valencia, Tirant Lo Blanch)
- J. K., Judith (2019): “Una pareja se plantea rechazar a su bebé por gestación subrogada porque no se parece físicamente a su padre”, *La Vanguardia*. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/cribeo/estilo-de-vida/20190815/47438584421/una-pareja-se-plantea-rechazar-a-su-bebe-por-gestacion-subrogada-porque-no-se-parece-fisicamente-a-su-padre.html>. Fecha de consulta: 4/5/2022.
- JARUFE CONTRERAS, Daniela (2012): *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español: adopción versus técnicas de reproducción humana asistida* (Madrid, Dykinson).
- LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros (2010): *Elementos de Derecho civil IV, Familia* (Madrid, Dykinson, 4ª edición).
- LIND, Judith (2020): “Child welfare assessments and the regulation of access to publicly funded fertility treatment”, *Reproductive Biomedicine & Society Online*, vol. 10: pp. 19-27.
- MARGALIT, Yehezkel (2019): *Determining Legal Parentage. Between Family Law and Contract Law* (Cambridge, Cambridge University Press).
- MATHIEU, Géraldine (2015): “Le droit de connaître ses origines: un droit fondamental”, résumé de thèse réalisé à la Fondation Brocher: pp. 1-45. Disponible en: [https://www.childsrights.org/documents/actualites/editos/droit-origines\\_gm.pdf](https://www.childsrights.org/documents/actualites/editos/droit-origines_gm.pdf). Fecha de consulta: 2/10/2019.
- ORDÁS, Marta (2016): “El derecho a la identidad genética versus el anonimato del donante en la procreación mediante técnicas de reproducción asistida”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, N° 1: pp. 1-39.
- PRACTICE COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE AND PRACTICE COMMITTEE FOR THE SOCIETY FOR ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY (2012): “Recommendations for practices utilizing gestational carriers: an ASRM Practice Committee Guideline”, *Fertility and Sterility*, vol. 97, N° 6, pp. 1301-1308.
- PRACTICE COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE AND PRACTICE COMMITTEE FOR THE SOCIETY FOR ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY (2017): “Guidance on the Limits to the Number of Embryos to Transfer: A Committee Opinion”, *Fertility and Sterility*, vol. 107, N° 4, pp. 901-903.
- QUIGLEY, Muireann (2010): “A right to reproduce?”, *Bioethics*, vol. 24, N° 8: pp. 403-411.

- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (1988): “La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial”, en *La filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana: ponencias y comunicaciones Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987* (Madrid, Trivium) pp. 141-168.
- RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María (2015): “La reproducción artificial *post mortem* en España: estudio ante un nuevo dilema jurídico”, *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, N° 20: pp. 292-322.
- RUIZ LARREA, Nekane (1998): “El daño de procreación: ¿Un caso de responsabilidad civil de los progenitores por las enfermedades y malformaciones transmitidas a sus hijos?”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 1: pp. 2039-2046.
- SAHURQUILLO, María S. y SEVILLANO, Elena G. (2020): “Bebés en el limbo en Ucrania: la pandemia pone en cuarentena el negocio de los vientres de alquiler”. *El País*. Disponible en: <https://elpais.com/sociedad/2020-05-15/bebes-varados-en-ucrania-la-pandemia-pone-en-cuarentena-el-negocio-de-los-vientres-de-alquiler.html>. Fecha de consulta: 22/1/2020.
- TURNER SAELZER, Susan; MOLINA PEZOA, Marcia y MOMBERG URIBE, Rodrigo (2000): “Técnicas de reproducción humana asistida. Una perspectiva desde los intereses del hijo”, *Revista De Derecho (Valdivia)*, Vol. 11, N° 1, pp. 13-26.
- VAQUERO PINTO, María José, (2018): “¿Debe admitirse y regularse la gestación por sustitución?”, en BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, QUICIOS MOLINA Susana, VERDERA SERVER, Rafael (Coord.), *Retos actuales de la filiación* (Madrid, Tecnos) pp. 229-268.
- WHITEMAN, Hillary (2014): “Una pareja australiana abandona bebé con síndrome de Down de madre subrogada”. *CNN en Español*. Disponible en: <https://cnnespanol.cnn.com/2014/08/04/una-pareja-australiana-abandona-bebe-con-sindrome-de-down-de-madre-subrogada/>. Fecha de consulta: 4/5/ 2020.
- ZWEIFEL Julianne E. y otros (2020): “Is it time to establish age restrictions in ART?”, *Journal of Assisted Reproduction and Genetics*, vol. 37, N° 2: pp. 257-262.

## NORMAS E INSTRUMENTOS CITADOS

- ALEMANIA. Ley N° 745/90 (13/12/90), de protección del embrión.
- CHILE. Código Civil (s.d.).
- CHILE. Código Sanitario (31/1/1968).
- CHILE. Constitución Política de la República (11/8/1980).
- CHILE. Ley N° 21.400 (10/12/2021), sobre matrimonio entre personas del mismo sexo.
- CHILE. Ley N° 21.430 (15/3/2022), sobre garantías y protección integral de la niñez y adolescencia.
- CHILE. Ley N° 20.830 (24/4/2015), sobre acuerdo de unión civil.
- CHILE. Ley N° 4.808 (10/2/1930), sobre Registro Civil.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO: “Observación general N° 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, CRC/C/GC/14 (29/5/2013).

- CONSEJO DE EUROPA, ASAMBLEA PARLAMENTARIA: “Parliamentary Assembly, Anonymous Donation of Sperm and Oocytes: Balancing the Rights of Parents, Donors and Children”, Doc. 14835 (20/02/2019). Disponible en: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=27680&lang=en>. Fecha de consulta: 29/12/2020.
- CONVENIO RELATIVO A LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL (29/5/1993).
- CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (20 de noviembre de 1989).
- ESPAÑA, Constitución (29/12/1978).
- ESPAÑA. Ley N° 14 (26/5/2006), sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.
- ESPAÑA. Ley N° 19 (13/7/2015), de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil
- ESPAÑA. Ley N° 3 (15/3/2007), reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.
- ESPAÑA. Ley N° 35 (22/11/1988), sobre Técnicas de Reproducción Asistida.
- ESPAÑA, Código Civil (24/7/1889).
- FRANCIA, Code de la Santé Publique (7/10/1953).
- FRANCIA, Code Civil (15/3/1803).
- ITALIA, Legge N° 40 (19/2/2004), Norme in materia di procreazione medicalmente assistita.
- NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS: *Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niño, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños*, A/HRC/37/60 (15/1/2018).
- NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, Declaración de los Derechos del Niño, A/4354 (20/11/1959).
- PORTUGAL, Lei N° 32 (26/7/2006) Procriação medicamente assistida.
- PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO RELATIVO A LA VENTA DE NIÑOS, LA PROSTITUCIÓN INFANTIL Y LA UTILIZACIÓN DE NIÑOS EN LA PORNOGRAFÍA (25/5/2000).
- REINO UNIDO, Human Fertilisation and Embryology Act 2008.
- REINO UNIDO, Surrogacy Arrangements Act 1985.
- UNIÓN EUROPEA, PARLAMENTO EUROPEO, Resolución “Sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto”, 30/11/2015.

## JURISPRUDENCIA CITADA

- ESPAÑA. STC 53/1985, de 11 de abril.
- ESPAÑA. STC 7/1994, de 17 de enero.
- ESPAÑA. STC 116/1999, de 17 de junio.
- ESPAÑA. STC 273/2005, de 27 de octubre.
- ESPAÑA. Resolución DGRN, de 18 febrero 2009.
- ESPAÑA. STS 740/2013, de 5 de diciembre.
- ESPAÑA. STS 836/2013, de 15 de enero de 2014.

ESPAÑA. STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014.

ESPAÑA. RESOLUCIÓN DGRN, de 8 de febrero de 2017.

PORTUGAL. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018.

*DE RAMÓN CON SERVICIO DE REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN* (2018): Corte Suprema, 14 de marzo de 2018, Rol 971-2018 (apelación protección).

*MYRA VICTORIA OPAZO MENDEZ Y OTRO CON SERVICIO DE REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN* (2018): Corte Suprema, 24 de julio de 2018, Rol 15108-2018 (apelación protección).

*ARIAS CON SERVICIO DE REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN, REGIÓN DEL BIOBÍO*. Corte Suprema, 20 de julio de 2020, Rol 33316-2019 (apelación protección).

Segundo Juzgado de Familia de Santiago, 8 de junio de 2020, RIT C-10028-2019.

