

FACULTAD LATINOAMERICANA DE CIENCIAS SOCIALES
SERIE LIBROS FLACSO-CHILE



NIÑEZ Y GÉNERO: claves de comprensión y acción

Soledad Larraín y Gabriel Guajardo
(Editores)

Santiago de Chile, febrero de 2021

Se sugiere citar esta publicación como:

Larraín, S. & G. Guajardo (Eds.) (2021). *Niñez y Género: Claves de comprensión y acción*. Santiago de Chile: CIDENI, FLACSO-Chile.

Ediciones FLACSO-Chile
Av. Dag Hammarskjöld 3269, Vitacura - Santiago de Chile
www.flacsochile.org
Impreso en Santiago de Chile
Febrero de 2021.

ISBN Libro impreso: 978-956-205-274-0

Descriptores:

1. Niñez
2. Infancia
3. Género
4. Políticas públicas
5. CEDAW
6. CDN
7. Niños y niñas

Producción Editorial: Marcela Zamorano, FLACSO-Chile.
Diagramación interior: Marcela Contreras, FLACSO-Chile.
Diseño de portada: Marcela Zamorano, FLACSO-Chile.
Impresión: Gráfica LOM, Concha y Toro 25, Santiago, Chile.

Las opiniones versadas que se presentan en este trabajo son de responsabilidad exclusiva de sus autoras y autores, y no reflejan necesariamente la visión o puntos de vista de Centro Iberoamericano de Derechos del Niño (CIDENI) ni de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO-Chile).

En el presente libro se intenta usar un lenguaje no discriminador ni sexista a pesar de que en nuestra lengua, hasta el momento, no hay soluciones generales que sean consensuadas y sistemáticas ni que necesariamente facilitan una lectura convencional; se usa el masculino genérico en algunas ocasiones y se especifican las diferencias entre hombres y mujeres cuando corresponde.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	11
PRESENTACIÓN Miguel Cillero Bruñol	13
PRESENTACIÓN Fabricio Franco Mayorga	19
INTRODUCCIÓN Soledad Larraín Heiremans y Gabriel Guajardo Soto	23
PARTE I. ESPACIO PÚBLICO DE LA NIÑEZ Y DEL GÉNERO	29
CAPÍTULO 1. Estándares internacionales fundamentales. La interrelación de la Convención sobre los Derechos del Niño con la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer Gladys Acosta Vargas	31
CAPÍTULO 2. Infancia y Género. Algunas distinciones en los procesos políticos de ambas agendas Cecilia Pérez Díaz	47
CAPÍTULO 3. Marcos interpretativos de género en los estándares de acreditación de pedagogías Javiera Sánchez	59

PARTE II.	85
FAMILIAS Y PODER: LAS DESIGUALDADES Y LOS DERECHOS SEXUALES	
CAPÍTULO 4.	87
Familias y poder: el lugar de la edad y el género Pamela Soto Vergara	
CAPÍTULO 5.	103
¿Derechos sexuales de niños y adolescentes? Un enfoque desde las masculinidades a los derechos humanos José Olavarría A. y José Carlos Cervantes	
PARTE III.	125
MATERNIDAD POSIBLE	
CAPÍTULO 6.	127
Lógicas vinculares sostenidas en la mutualidad: el reconocimiento de nuestras diferencias Stephanie Otth	
CAPÍTULO 7.	143
El rol de la mujer gestante en la maternidad subrogada Maricruz Gómez de la Torre Vargas	
PARTE IV.	161
VIOLENCIAS ENTRELAZADAS EN LA NIÑEZ	
CAPÍTULO 8.	163
La violencia invisibilizada de las niñas: género y polivictimización Soledad Larraín y Teresita Fuentealba	
CAPÍTULO 9.	191
Una clínica intercultural para situaciones de violencia sexual contra adolescentes del Alto-Bolivia Katya Morales Rainoff	

PARTE V.	217
NIÑEZ TRANSGÉNERO: ENTRE LA VISIBILIDAD Y EL RECONOCIMIENTO	
CAPÍTULO 10.	219
El Reconocimiento Legal del Derecho a la Identidad de Género en Niñas, Niños y Adolescentes Transgénero Ester Valenzuela Rivera y Jorge Fernández Mejías	
CAPÍTULO 11.	247
Identidades Trans* en la Niñez y Juventud: una crítica al mundo adulto-patriarcal-colonial Romina Becerra	
AUTORAS Y AUTORES	273

CAPÍTULO 7.

EL ROL DE LA MUJER GESTANTE EN LA MATERNIDAD SUBROGADA

Maricruz Gómez de la Torre Vargas

Introducción

La noticia que dio vueltas al mundo sobre los 100 bebés, nacidos por maternidad subrogada en Ucrania, esperando que vengan a buscarlos sus futuros padres lleva a la reflexión de si es ético todo lo que puede hacerse por medio de la biotecnología. “La ciencia está para decir lo que se puede hacer, no lo que se debe hacer y la ética tiene que funcionar en todo momento”, ha dicho el premio Nobel de Fisiología y Medicina Robert Edwards¹.

Ver en la habitación del Hotel Venecia en Kiev, a los 100 bebés esperando ser recogidos por sus “padres contratantes” o “padres comitentes”, es impactante. El director de la clínica señala que ha conseguido un precio especial para su alojamiento en el hotel, porque nadie ha podido ir a recogerlos. Las fronteras están cerradas tanto en Ucrania como en casi todas partes del mundo por la pandemia del COVID-19.

Esos niños no son alimentados por sus madres portadoras. Ellas ya cumplieron el contrato, dieron a luz y entregaron el niño o niña a la clínica, ante la ausencia de los contratantes y seguramente todavía no les pagan por el servicio prestado. El defensor del pueblo de Ucrania para los Derechos del Niño, conmovido, ha declarado: “Ucrania se ha convertido en una *tienda on line* para la venta de bebés y el Servicio en Ucrania contribuye a la venta de niños ucranianos en el extranjero”.

¹ Declaraciones del Dr. Edwards (quien en el 2010 recibió el premio Nobel en Fisiología y Medicina por el desarrollo de la técnica de fecundación *in vitro* que supuso un hito en la historia de la medicina y contribuyó a solucionar los problemas de fertilidad), en entrevista por Leonor Taboada (1986) p.2.

Agrega que “la situación de los bebés en el hotel Venecia demuestra privación de derechos de los niños nacidos por madres sustitutas. La gestación subrogada es una explotación de la mujer, con el objetivo de obtener beneficios para negocios privados y satisfacer las necesidades de adultos, pero ello viola los derechos del niño pues el menor se convierte en un objeto y se posiciona como mercadería”².

Como se puede observar, esta técnica es controvertida porque tiene complejas connotaciones éticas, jurídicas, económicas, nacionales y transnacionales. Su regulación jurídica es diferente dependiendo de los países. Unos, la prohíben³, otros la aceptan bajo ciertas condiciones⁴, otros solo la permiten para los nacionales de su país, otros solo si no hay lucro de por medio⁵ y otros son permisivos tanto para nacionales como para extranjeros⁶. Este tratamiento jurídico diferenciado implica múltiples problemas: inseguridad jurídica respecto a la determinación de la maternidad, hijos apátridas, difusa identidad del hijo que nace por maternidad subrogada, derechos eventuales de la madre biológica, posible negativa de esta a entregar al hijo, derechos del niño o niña que nace con alguna discapacidad frente al rechazo de los padres comitentes. No hay duda de que es un tema que requiere de una mirada y reflexión global con un enfoque interdisciplinario.

La gestación subrogada o maternidad subrogada o maternidad por sustitución o arrendamiento de útero o vientre de alquiler son las distintas denominaciones que recibe esta técnica de reproducción asistida (TRA). Consiste en que una mujer se compromete a gestar una criatura, con el fin de entregarla, después del parto, a una pareja que la ha encargado o contratado (comitente). Desde otra perspectiva, es una forma de reproducción asistida que permite acceder a la paternidad/maternidad contratando a una mujer para que le practiquen una inseminación artificial o una fecundación *in vitro*, con aporte de óvulo de ella o transferencia de un embrión. Esta mujer llevará a cabo el embarazo y parto, asumiendo, el compromiso de renunciar a su maternidad. En cuanto a las modalidades que se pueden dar en este tipo de técnica son muchas:

² Diario Última Hora Noticias/Internacional (2020).

³ Países como Alemania, Austria, Argentina, España, Francia, Italia prohíben la maternidad subrogada.

⁴ Países como Inglaterra, Brasil, Canadá, Israel, Países Bajos y algunos estados de México permiten la maternidad subrogada bajo ciertas condiciones.

⁵ Uruguay solo permite la maternidad subrogada altruista.

⁶ Países como Rusia, Tailandia, Ucrania, Grecia, Portugal, India, Georgia, y en la mayoría de los estados de los Estados Unidos se permite la maternidad subrogada onerosa.

- Con el semen del hombre de la pareja comitente se insemina a la mujer gestante.
- El óvulo puede ser aportado por la mujer gestante, previamente extraído para ser fecundado *in vitro* por el semen del hombre de la pareja contratante o de un tercero.
- El embrión puede ser aportado por una tercera pareja para ser transferido a la mujer gestante.
- El embrión producido con los gametos de la pareja contratante es transferido a la mujer gestante.
- Cuando la pareja homosexual contrata a una mujer para que se insemine con el semen de uno de los hombres o de ambos hombres de la pareja.
- Cuando se le transfiere a la mujer gestante un embrión formado por los óvulos de otra mujer y el semen de uno de los hombres o de ambos hombres de la pareja.

De aquí surge la pregunta clave ¿quién es madre? ¿La mujer que contrató el servicio o la mujer que llevó adelante el embarazo y parió a la criatura y la entregó al matrimonio o pareja contratante? Se ha señalado que “las nuevas tecnologías de reproducción humana contienen un elemento perturbador para la historia colectiva de las mujeres, la experiencia continua de la maternidad se transforma en discontinua. La maternidad salta en pedazos allí mismo, en las clínicas, en las agencias de alquiler de úteros, en las madres de alquiler, entre donantes y receptoras. Porque si algo estaba claro hasta el momento es que la madre era la que daba a luz, y ya ninguna de las mujeres que intervienen en muchos procesos de fecundación asistida es bastante madre. Todas pierden identidad. Porque ¿Qué somos? ¿Más genéticas, más biológicas, más sociales? (...) las mujeres que llevan adelante un embarazo para otra, o que alquilan el útero a alguien que paga con el compromiso de entregar ‘el producto’ a los contratantes, lo hace bajo el supuesto de que madre es aquella que cuida al hijo, la madre social” (Taboada, 1986, p.73).

Las interrogantes señaladas tienen connotaciones jurídico-éticas: “por su carácter disruptivo sobre el modo en que la procreación humana, y las consecuentes relaciones de maternidad y filiación han sido entendidas y reguladas hasta la actualidad” (Comité de Bioética de España, 2018, p.2). Por primera vez en la historia se plantea la posibilidad de disociar la gestación de la maternidad. Los que justifican esta disociación señalan que la ruptura entre gestación y maternidad es mucho menos importante que la satisfacción de tener un hijo por parte de alguien que no puede gestarlo (*Ibidem*, p.22). De tal forma, la procreación pasará a concebirse

como un deseo/derecho del individuo, que debe ser satisfecho mediante la técnica que en cada caso se precise.

Por otra parte, esta técnica se clasifica en gratuita u onerosa, según la finalidad con que actúa la gestante. Será gratuita, “*altruista*” cuando no hay pago de por medio. Solo podrá percibirse alguna compensación por los gastos o la pérdida de ingresos que le ocasione la gestación. Se considera que existe de parte de la gestante un acto de solidaridad hacia la pareja. Es onerosa si se actúa a cambio de una retribución. Esta última clase de maternidad subrogada es mucho más discutible. Algunos sectores la rechazan, sosteniendo que hay una explotación de la mujer gestante y otros dicen que es una venta de niños.

No obstante, lo señalado, esta técnica genera empatía, porque se ve como una solución para aquellas parejas que no pueden tener hijos, sin entrar a analizar los riesgos, discriminaciones y vulnerabilidades que puede implicar. En una entrevista, una mujer que contrató una maternidad subrogada declaraba que, cuando falló su segundo intento de fecundación *in vitro*, su madre le dijo “¿hasta cuándo te vas a contaminar con hormonas y destruyendo tu sistema nervioso? Hasta que sea mamá, contestó”. La obsesión por conseguir el hijo no la hizo medir las eventuales consecuencias de una maternidad subrogada sin ninguna certeza jurídica que esos hijos pudieran ser inscritos como propios⁷.

Otro caso es el de dos amigas, en que una llevó a cabo el embarazo y parto para entregar el hijo a la otra, que es estéril. En una entrevista cuenta Emilia que ni su mamá ni su hermana podían gestar un hijo para ella. Agrega que en ese minuto no asumió el problema: “No lo asumí hasta el día del parto. Ella me lo estaba diciendo con el corazón. Yo creo que no lo pensé, no midió las consecuencias, nada, y yo tampoco, a pata pelada no más. Las ganas que yo tenía eran tan grandes que yo a mi hijo lo iba a buscar donde fuera”⁸. Ahora paso a analizar los efectos de la maternidad subrogada con especial énfasis en la situación o rol de la mujer que gesta a la criatura, denominada mujer portadora o gestante.

⁷ Diario El Mercurio, *Revista del Sábado* (2018). “El vía crucis de Rosario y Jorge”. Entrevista a Jorge Tobar y Rosario Madueño, matrimonio que contrató una maternidad subrogada en Perú. Cuando fueron a salir del país con los mellizos, la policía los detuvo y se encuentran acusados de “filiación indebida, debido a que la esposa no es la que dio el óvulo, sino que una tercera persona que se desconoce”. Se encuentran libres con firma mensual y con impedimento de sacar del país a los niños.

⁸ Diario El Mercurio, *Revista del Sábado* (2019). “Yo le ofrecí mi útero a mi amiga”. Entrevista a dos amigas, en que una era estéril y la otra “le ofreció su útero” para ser portadora en una maternidad subrogada, no hubo pago de por medio: solo amistad.

Intervinientes

En esta técnica tenemos varios intervinientes: la pareja contratante o comitente, la mujer portadora o gestante y el niño o niña que nace. Anteriormente, hemos señalado que las parejas que quieren ser padres por este método tienen una obsesión por el hijo, sin detenerse a pensar si es bueno para él y si es bueno para ellos como pareja. Lo único que les vale es su deseo de paternidad/maternidad, sin aceptar que no todo lo que uno quiere en la vida puede obtenerse o lograrse.

Pareja contratante o comitente

Uno de los temas que se discute es si existe un derecho exigible a ser padre/madre. Los que consideran que existe un derecho a la paternidad/maternidad se basan en que toda persona tiene derecho a decidir sobre su cuerpo, su vida y, en consecuencia, debe respetarse la autodeterminación de su vida privada. Además, plantean que toda persona tiene derecho a formar una familia y a gozar de las tecnologías disponibles para lograr un hijo o hija.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resolviendo el caso *Artavia Murillo* consideró que la decisión de ser o no padre o madre es parte del derecho a la vida privada e incluye aspectos relacionados con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental y, específicamente, los derechos reproductivos. Asimismo, expresó que “el derecho a la vida privada y a la libertad reproductiva guardan relación con el goce de los beneficios del progreso científico contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana”⁹. Hay que advertir que la Corte se ha pronunciado solo respecto de la fecundación *in vitro* y no específicamente de la maternidad subrogada.

No hay derechos absolutos y aquí estamos frente a una colisión de derechos entre los de los individuos o pareja estéril, los de la madre sustituta y los del niño o niña. En una ponderación de derechos creo que deben prevalecer los derechos del niño o niña y los de la madre sustituta, por ser los más débiles y vulnerables de la relación.

Respecto a la atribución de la filiación cuando se utiliza la maternidad subrogada, nos encontramos con dos posiciones respecto a cuál es su

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, párrafo 272. Serie C N° 257, sentencia de 28.11.2012.

elemento fundamental. Por una parte, están quienes consideran como factor esencial la voluntad asociada a la gestación. Entienden que la voluntad reproductiva y parental sigue a la biología, de modo que la preparación de la mujer para ser madre debe llevarse a cabo sobre las bases biológicas de la concepción y el embarazo libremente aceptados. Entienden que no es bueno para el niño o niña estar vinculado, desde la concepción al nacimiento, a una mujer que ha quedado reducida a la condición de incubadora humana y, después, a unos padres legales que no han participado en ese proceso, aunque sí lo hayan podido iniciar y dirigir. En otras palabras, el proceso de gestación en el seno de una mujer no sería una imposición arbitraria de la biología, sino el modo idóneo para proveer al niño o niña de una vinculación interpersonal, desde el primer momento de la existencia, la que se prolongará a lo largo de la vida (Comité de Bioética de España, 2018, p.29).

Por otra parte, están los defensores de la soberanía de la voluntad reproductiva, para quienes la biología sólo impone límites arbitrarios, que el ser humano puede sortear mediante la tecnología. Vincular inexorablemente la maternidad a la gestación sería aceptar la tiranía de la biología sobre la libertad individual. En consecuencia, corresponde relativizar la trascendencia de la gestación y privilegiar el deseo de los individuos: tanto de los comitentes, a los que se le atribuye la paternidad/maternidad de un niño o niña que no han gestado, como de la mujer dispuesta a gestar un niño o niña que en ningún momento considerará como propio (Comité de Bioética de España, 2018, p.29). También aseguran que reconocer algún criterio orientador en la biología humana es una opción moral que podrá ser tolerada, pero nunca convertida en criterio de ordenación de sociedades plurales.

Lo primero que hay que señalar es que las técnicas de reproducción asistida están establecidas en beneficio de quienes quieren asumir una paternidad/maternidad. En el caso específico, las parejas que se someten a una maternidad subrogada porque tienen problemas de esterilidad o la mujer siendo fértil no tiene útero¹⁰. En el caso de las parejas de hombres porque, por razones biológicas, no pueden llevar adelante un embarazo.

Lo que sí hay que reconocer es que dichas parejas hacen grandes sacrificios para lograr ser padres, pues deben someterse a tratamientos

¹⁰ Un 20% de las parejas en edad de procrear tienen problemas de fertilidad y de esas entre un 3 y un 5% requieren de un útero subrogado.

invasivos y costosos. La mayoría de las mujeres que encargan el hijo o hija, previamente han intentado infructuosamente ser madres y tras pérdidas y operaciones han quedado con el útero dañado o sin él. Sienten angustia, depresión y una fuerte sensación de injusticia. Algunas creen que nunca podrán realizarse como mujeres, porque no han conseguido al hijo o hija tan deseada. Es que, para ellas, la única forma de “realización” que tiene una mujer es la maternidad. No concuerdo con ello, pues hay mujeres que no quieren ser madres por distintos motivos y son capaces de tener una vida razonablemente satisfactoria. A veces la búsqueda obsesiva del hijo o hija puede deberse a la presión social.

Si la naturaleza niega la capacidad de ser fértil, por motivos genéticos o por una enfermedad, no es posible exigir un hijo o hija sin evaluar los derechos de la criatura que nace y de la madre portadora. Al respecto, Silvia Federici considera que “está bien ser padre si tú lo quieres, pero no a cualquier condición” (2018, p.32). En su perspectiva, el deseo de tener un hijo o hija no es, por sí solo, garantía de que el interés superior del niño será la guía para los padres. Al margen de ese deseo, existe el riesgo de que ello repercuta negativamente en el niño o niña, en cuanto se perciba como un objeto que ha de satisfacer estándares determinados. Ese riesgo de cosificación del hijo o hija se da en toda relación paterno-filial, y la existencia de un deseo de tener un hijo/hija a toda costa puede incrementarlo.

Además, hay otras “formas de realización” como la posibilidad de la adopción. Esta institución tiene dos efectos positivos: por una parte, soluciona la situación de un niño o niña abandonado o en estado de vulnerabilidad y, por otra, posibilita ejercer la paternidad/maternidad a parejas o personas que quieren ser padres y no han podido serlo y así fundar una familia con hijos.

Uno de los efectos negativos del aumento de contratos de maternidad subrogada es la disminución en el número de adopciones internacionales (ONU, 2018). Un ejemplo es Today’s Adoption Agency, empresa que participó en los Programas de Adopción en Chile y cerró su oficina en los Estados Unidos para ingresar a un Programa de donación de óvulos y vientres de alquiler que opera en Pensilvania. Denise, hija de la directora del programa, cuenta que ella misma portó tres niños para otras parejas¹¹.

¹¹ Diario El Mercurio, *Revista del Sábado* (2019).

Es decir, del negocio de las adopciones internacionales, en el cual se debían respetar normas que protegían a los niños adoptables pasaron al negocio de la maternidad subrogada, aportando las madres gestantes para las parejas contratantes, el cual pocos países han regulado. Muchas veces ni siquiera se hace una evaluación rigurosa de los futuros padres. ¿Cómo se explica que el hombre de una pareja contratante australiana, David John Farnell, haya sido condenado por abusos sexuales a niñas menores de 13 años y pueda celebrar un contrato para tener una hija?¹² O que un japonés, Mitsutoki Shigeta, haya contratado a más de diez mujeres tailandesas como madres portadoras. ¿Para qué quería diez niños? ¿Sería un negocio de venta de niños y niñas a parejas estériles?¹³

Una mirada desde la perspectiva del hijo o hija que nace por maternidad subrogada

Una pregunta fundamental: ¿Es bueno para los niños o niñas ser producto de una maternidad subrogada? En el Informe del Comité de Ética de España se señala que la respuesta estará condicionada a la valoración que demos al proceso de gestación. Si entendemos que vincular gestación y maternidad constituye una garantía fundamental para la dignidad y desarrollo de un niño o niña, rechazaremos que el Derecho los separe. Por el contrario, si consideramos que la gestación es un simple proceso biológico, que puede separarse de la crianza del hijo o hija tras el nacimiento, sin menoscabo de su dignidad ni de su desarrollo, entonces aceptaremos la maternidad subrogada como una opción reproductiva que, debidamente regulada, puede resultar tan idónea como cualquier otra. La cuestión de fondo consiste en dirimir si es la gestación o la voluntad reproductiva la que proporciona las condiciones más adecuadas para ser padres y asumir la responsabilidad sobre los hijos (Comité de Bioética de España, 2018, pp.28-29).

Desde la perspectiva del hijo o hija hay que considerar los problemas que puede significarles nacer por maternidad subrogada. De partida, la madre gestante a sabiendas de que va a entregar al hijo o hija tratará de no involucrarse sentimentalmente. En una entrevista a una madre portadora, ésta decía: “Yo tuve claro desde el día uno que el niño no era mío. Pero yo no sabía cómo iba a reaccionar durante el embarazo (...) era muy diferente a los que tuve con mis otros tres hijos” (...) además, no era mi embarazo, no lo hice con mi marido como corresponde”¹⁴.

¹² Diario The Guardian (2014).

¹³ <http://elmundo.es/internacional/2014/08/05>

¹⁴ Diario El Mercurio, *Revista del Sábado* (2019).

Aunque la portadora quiera negarlo, entre ella y la criatura se produce una estrecha relación. Aunque ella, conscientemente, no quiera involucrarse, siempre hay una relación. Otra mujer portadora decía “me daba miedo que fueran dos y me daba miedo que fuera niñita, porque yo tengo puros hombres, tenía esos dos temores. Uno no puede decir: Ya todo normal, le entrego la guagua y chao”. Agregaba: “Yo creo que la mano de Dios estuvo presente, porque por algo quiso que fuera uno nomás, y por algo fue hombre. Para que fuera más el desapego conmigo. Si hubiera sido niñita, me habría costado más”¹⁵. De las palabras de esta mujer se reconoce que, pese a no querer involucrarse hay un apego y preocupación por la criatura que lleva en su vientre.

Otra de las dudas que surgen es sobre los posibles efectos psicológicos en el niño o niña. Tanto la psicología como la medicina señalan la importancia del apego, que comienza en el vientre de la mujer cuando escucha su voz. Después de escuchar durante el embarazo esa voz, a partir del parto nunca más la escuchará. ¿Qué efecto producirá en la criatura? Según Federici se sabe que “es un trauma muy grande que la separen de su madre (...) hay niños y niñas que lloran por meses, que se enferman que son traumatizados, pero eso no se dice” (Federici, 2018, p.33).

Una pregunta que surge es si corresponde informar al niño o niña que su existencia ha tenido origen en una madre subrogada. ¿Habrá deseo del niño o niña de conocer quien fue la madre que lo parió? ¿Qué crisis de identidad puede producirse? En los casos de la adopción se recomienda informar al adoptado respecto de su adopción y darle la posibilidad de conocer a sus padres o a su madre. Aquí, debería seguirse este mismo procedimiento, informar al niño o niña sobre la forma que fue traído al mundo. Decirle quién es su madre biológica si quiere saberlo, darle la posibilidad de conocerla, en aplicación de su derecho a la identidad y a su interés superior.

Ahora ¿qué ocurre si el niño o niña nace con una discapacidad? ¿Qué pasa si nadie lo quiere por eso? Conocido es el caso de un matrimonio australiano que contrató a una mujer tailandesa como madre gestante. Ella dio a luz mellizos, uno sano y otro con síndrome de Down, insuficiencia pulmonar y problemas de corazón congénitos. El matrimonio se llevó a la niña sana y abandonó al enfermo. Pattaramon Chanbua, de 21 años,

¹⁵ *Ibidem* (2019).

declaró a la cadena ABC que le pagaron 11.000 euros por haber servido de madre sustituta. “Para mí es mucho dinero y pensé que con ello podía pagar primero la educación de mis hijos y también mis deudas”, afirmó. Cuando durante el embarazo le informaron que tendría gemelos y que uno de los niños sufría síndrome de Down, la pareja australiana le pidió abortar. “A mí me dio pena el niño. No es su culpa. Yo lo quiero como si fuera de mis hijos, después de todo pasó nueve meses en mi útero”¹⁶. Como contrapartida, Silvia Federici denuncia que “en Estados Unidos, hay un submercado de niños que se venden, que se redistribuyen. Familias que han buscado un niño a través de la subrogación, que intentan liberarse, porque no están satisfechos, lo hacen con la internet. Los ofrecen” (Federici, 2018, p.14).

Rol de la mujer gestante

La mujer gestante es una mujer fértil que acuerda, mediante contrato, que la inseminen artificialmente con el semen del hombre de la pareja contratante; que le transfieran un embrión con los gametos de la pareja contratante o de un donante, o que la inseminen con el semen de uno o de los dos hombres de la pareja para gestar una criatura, dar a luz y después del nacimiento entregar el hijo o hija a la pareja comitente, renunciando a sus derechos de madre.

¿Qué ocurre con la mujer gestante? Un sector considera que la gestación y la maternidad son dos realidades separables: la primera vinculada a la biología y la segunda a la voluntad. Se sostiene que la gestación es un proceso puramente fisiológico, del todo inocuo en la vida de la mujer y, por tanto, el entregar al hijo o hija no tendrá ningún efecto en la mujer portadora porque, desde el momento que se embaraza, ella internaliza que no será su madre.

Pero, como hemos visto, la gestación no es un proceso inocuo, ni la mujer una incubadora humana o “un instrumento terapéutico reemplazable que ayuda a lograr un objetivo final: el hijo”¹⁷. Estas opiniones son una falta de respeto a la dignidad de la mujer gestante. Se la borra como persona, es tratada como un objeto. Se olvida que la mujer, en un embarazo, compromete todo su ser: cuerpo, cerebro, emociones y sentimientos. No se trata de un proceso puramente fisiológico.

¹⁶ BBC.com.mundo>ultimas_noticias (2014).

¹⁷ Informe del médico Cafferati quien entregó al tribunal de familia un informe sobre la maternidad subrogada donde señala expresamente que la gestante es solo un instrumento.

El desarrollo de la investigación biológica, tanto respecto del cerebro como de los cambios que se provocan en el embarazo, ha producido conocimientos que hasta hace poco tiempo no se tenían y que no podemos ignorar cuando evaluamos el rol de la mujer gestante.

El embarazo produce una forma de simbiosis temporal entre el hijo o hija y la madre, que genera una huella corporal permanente en ambas partes. La mujer gestante aporta vitaminas y calcio al hijo o hija y guarda en su cuerpo memoria de su embarazo, especialmente porque incorpora células madres procedentes de la sangre de los hijos que ha gestado. La progesterona del embarazo aumenta entre 10 y 100 veces en la región cerebral hipotálamo. Se reduce la respuesta emocional y física del estrés, impidiendo que el cortisol (hormona del estrés) dañe el desarrollo orgánico del feto. Según expertos, “las hormonas sexuales durante la gestación actúan como un importante regulador de la morfología neuronal y de la arquitectura del cerebro, pues aumenta la producción de neurotransmisores cerebrales”¹⁸. En otras palabras, en el embarazo se desarrollan las conexiones del cerebro social y esto crea el vínculo del apego característico del cerebro materno (Comité de Bioética de España, 2018, p.13).

Con base en este conocimiento científico, ya no se puede negar que entre la gestante y la criatura que lleva en su vientre existe una estrecha relación biológica, aunque la madre quiera negar al hijo o hija y rechazarlo, en definitiva.

Maternidad subrogada *altruista*

El modelo *altruista* se caracteriza porque la mujer gestante no recibe pago por gestar al hijo o hija. Actúa en forma voluntaria, desinteresada, y altruista y solo percibe alguna compensación por los gastos o la pérdida de ingresos que le ocasione la gestación.

Se señala que, en este caso, la gestante otorga su consentimiento libremente, porque no se encuentra influenciada por ninguna urgencia económica ni presionada por personas o medios externos. En consecuencia, sería la única persona que toma la decisión de forma exclusiva y excluyente para someterse al proceso de la gestación en favor

¹⁸ La gestación aumenta la producción de neurotransmisores cerebrales, como oxitocina, prolactina y dopamina.

de otros. También se señala que lo que otorga es una preaprobación o pseudovoluntad, porque el verdadero consentimiento llegaría cuando viva plenamente el proceso de la gestación. Solo cuando ocurre el parto se encontraría en condiciones justas, para poder emitir su voluntad con conocimiento y de manera libre¹⁹.

Respecto al rol que juegan las mujeres portadoras –César Caffatti– uno de los médicos que practican la maternidad subrogada, entregó su visión en un certificado médico para el Tribunal de Familia. Allí señaló que madre sustituta “es un instrumento terapéutico reemplazable que nos ayuda a lograr nuestro objetivo final”. Agregó que las madres sustitutas “están en pleno conocimiento de sus actos y del proceso que están asumiendo para ayudar a los padres genéticos que han perdido accidentalmente su útero”²⁰. Es una opinión bastante discutible, que se puede responder con los casos analizados en el párrafo siguiente.

Uno de los problemas que se suscitan en los casos donde ha mediado el factor solidario o el querer ayudar a una hermana, madre, hija o amiga, es que la mujer gestante puede tener distintas reacciones y emociones respecto del parto y entrega del hijo o hija. Se pueden producir problemas éticos y de identidad de papeles o roles que ponen en tela de juicio la bondad de la técnica (Gómez de la Torre, 1993, p.202). Está el caso de una joven italiana de 20 años, quien gestó un hijo para su madre y la pareja de ésta. Se le implantó un embrión formado por el óvulo de la madre y el semen de su padrastro. Una vez nacida la criatura, la hija portadora se lo entregó a su madre quién la había encargado. Aquí se da la situación de que la mujer que parió al niño es madre y hermana de la criatura recién nacida²¹. De tal forma que la madre legal es la hija. Otro caso es el de una pareja homosexual brasilera que “soñaba con tener un hijo”. La madre de uno de ellos fue gestante de mellizos mediante fecundación *in vitro*, con óvulos de ella y espermatozoides de su hijo y del otro hombre de la pareja²². Declaró que “el peor momento llegó

¹⁹ En Inglaterra una vez ocurrido el parto, se le otorga a la gestante la facultad de decidir, en un periodo de reflexión de seis semanas, si desea conservar al niño o niña o ceder sus derechos de filiación a los comitentes.

²⁰ Informe al Tribunal del médico que realizó la maternidad subrogada. Segundo Juzgado de Familia, rol N° 7246-2017.

²¹ Diario *Ya*, Madrid, España, 27 de octubre de 1988.

²² Desde el año 2013 el Consejo Federal de Medicina (CDF) de Brasil reguló la norma de “embarazo por sustitución”, una ley que permite que una pareja que no tiene posibilidades de tener hijos pueda pedir ayuda a un familiar de hasta cuarto grado con el fin que geste un hijo para la pareja con la condición que no haya ninguna compensación económica.

horas después del parto y que durante el primer mes de vida de los mellizos sentía que eran sus hijos, no podía verlos como nietos. Luego, después de ver que su hijo y su yerno ignoraban cada consejo que daba sobre los pequeños, acabó por aceptar que era una abuela: “Me costó bastante pero ahora lo tengo claro: yo los malcrío y ellos educan”²³.

En Chile conocemos dos casos: uno, donde a la gestante se le transfiere un embrión formado con los óvulos de su hija y los espermatozoides de su yerno. Se da la situación de que al mismo tiempo es madre legal y abuela y que la comitente es hermana y madre genética. Otro caso es el de dos amigas, una no tiene útero y la otra –Emilia– acepta gestar el hijo para Marión. Para ello le implantan dos embriones fecundados *in vitro* formados con espermios del marido de Marión y dos óvulos de ella. En una entrevista Emilia cuenta cómo fue su embarazo “era extraño, era como que es tuyo y no es tuyo, pero al final tenía la responsabilidad porque tenía que entregarlo”. Cuando iba a la clínica para que le practicaran la cesárea, “no podría explicar por qué lloraba. Miedo al pabellón, a lo que podría ser, aunque nunca tuve miedo de morirme. Pero tenía miedo, dudas, de que estuviera todo bien, de qué iba a pasar con el niño, cómo iban a estar ellos, a recibirlo”. Emilia no recuerda el instante en que el niño nació, tampoco el primer llanto ni cuando lo sacaron. “Me preocupé, tenía miedo por él, no sabía dónde estaba, no lo vi. Lo conocí 6 horas después. (...) Quería que ella hiciera apego, no estar presente, pero hay cosas que me guardo para mí no más, lo que siento. No me arrepiento de lo que hice, pero no lo volvería a hacer, porque no es fácil”, admite Emilia²⁴.

Si bien en los casos descritos sólo ha mediado el deseo de ayudar, no se puede negar que, en todos ellos, se produce una arriesgada confusión de papeles. En efecto, si bien algunos adultos podrán asumir dicha confusión, ello es más dudoso en el caso de los niños. ¿Podrá comprender un niño que su abuela es la mujer que lo llevó nueve meses en su vientre y que luego lo entregó a su madre-hermana sin sentir abandono?

Además, los casos italiano y brasileño nos llevan a la reflexión de si es ético que una joven sea embarazada con un embrión formado con el esperma de la pareja de su madre o que una madre conciba un hijo con sus óvulos y el semen de su hijo y de su yerno. Son situaciones que de algún modo evocan o pueden evocar la noción de incesto.

²³ Diario *El Mundo*, Madrid, España, 21 de junio de 2017.

²⁴ Diario *El Mercurio*, *Revista del Sábado* (2019).

Contrato de gestación oneroso

La maternidad subrogada es onerosa cuando la gestante presta un servicio a cambio de una retribución económica. Esta es una clase de maternidad mucho más discutible, pues algunos la rechazan sosteniendo que hay una explotación a la mujer gestante y otros, una venta de niños.

¿Podemos censurar a esas mujeres que tienen que gestar hijos o hijas para parejas acomodadas del primer mundo? Sin duda, son víctimas de economías donde no hay otro trabajo que puedan desarrollar o donde no hay posibilidad de que se capaciten para tener acceso a “trabajos reales” que les permitan subsistir dignamente. Muchas de ellas son mujeres vulnerables con escasa educación, que para mantener a sus propios hijos consienten en embarazarse para otros a cambio de dinero.

La Relatora Especial de la ONU sobre venta y explotación de niños ha planteado que es “Inaceptable la discriminación de las mujeres en virtud de la instrumentalización de sus cuerpos con fines económicos”. (Naciones Unidas, Asamblea General, 2018). En un informe de la Unión Europea se “condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como materia prima”... “Estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de mujeres vulnerables en los países en desarrollo”. Pide que se examine con carácter de urgencia “en el marco de los instrumentos de derechos humanos”²⁵.

Por su parte, las feministas que trabajan en bioética tienen distintas opiniones respecto al rol y libertad de la madre portadora. Un sector señala que las mujeres tienen una participación desproporcionada en los riesgos y cargas asociadas a las nuevas tecnologías reproductivas. Les preocupa que esta técnica se haya convertido en una industria transnacional que afecta a mujeres vulnerables (Cornejo, 2019, p.8). Las disparidades de las condiciones de las mujeres occidentales privilegiadas y las mujeres de países menos desarrollados se han magnificado. Mujeres empobrecidas de economías menos desarrolladas están siendo explotadas para compensar la discapacidad reproductiva de mujeres infértiles de países ricos o bien de parejas homosexuales que desean ser padres.

²⁵ Resolución del Parlamento Europeo (2015).

Uno de los problemas que se plantean es si esas mujeres entregan libremente su consentimiento cuando aceptan ser gestantes. Señalan que el mero hecho de que una mujer vea como empleo el arrendar su útero no demuestra que ella haya tomado esta decisión libremente, de manera autónoma. Amartya Sen indica que el consentimiento bajo tales condiciones restrictivas no es un verdadero consentimiento (Narayan, 2001, pp.102-106).

Otro sector considera que las portadoras son mujeres libres y son los mejores jueces de sus propios intereses. La mayoría puede ganar mucho más en nueve meses de gestación, de lo que podría lograr en otras actividades. Margareth Walker (2003) señala que mirarlas como víctimas es una mirada paternalista, que las considera desprovistas de agencia personal.

Otro tema respecto a la madre gestante es el de las cláusulas de los contratos respecto a la vida que debe llevar durante el embarazo, donde ella no tiene ningún poder de negociación. Además, cuando uno de los hijos o hijas viene con alguna discapacidad, se le exige que aborte. De no hacerlo, deberá enfrentar el embarazo sola, quedarse con el hijo o hija y no recibirá los honorarios pactados, como en el caso del matrimonio australiano antes citado.

Si esto se mira desde una perspectiva jurídica ideal, está claro que este tipo de pactos es nulo o inexistente, al tener como objeto el cuerpo humano el cual está fuera del comercio. Además, su causa sería ilícita y atentaría contra la moral (Gómez de la Torre, 1993, pp.211-213). Pero, en los hechos, es un pacto tácito que existe y se aplica.

Jurisprudencia

En Chile, no hay legislación que regule la maternidad subrogada, lo que provoca inseguridad jurídica para la pareja comitente e incluso para las madres gestantes. Se han llevado dos casos de maternidad subrogada altruista a los tribunales, en los cuales las mujeres comitentes impugnaron la maternidad de la gestante y reclamaron la maternidad de sus hijos genéticos²⁶. Ambas carecían de útero y en el primer caso, la

²⁶ Caso de Camila Chandía quien carece de útero por dos embarazos fallidos y muerte de un hijo recién nacido, con su pareja deciden someterse a una maternidad subrogada. Para ello, a la madre de Camila se le transfieren 5 embriones formados con los óvulos de Camila y el semen de su yerno. Nacen dos niñas, las que legalmente son hijas de su

gestante fue la madre de la impugnante a la que le transfirieron varios embriones formados con los óvulos de la hija y el semen del yerno. Producido el parto, la abuela es la madre legal y la mujer comitente es hermana biológica de las niñas y el conviviente es el padre.

La mujer comitente presentó una demanda ante el 2° Tribunal de Familia impugnando la maternidad de su madre y reclamando la maternidad para ella por ser la madre genética. La madre gestante se allanó a la demanda. El tribunal acogió lo pedido. Fundado en el ejercicio del derecho a procrear y el derecho a la identidad de las niñas.

En el segundo caso, la mujer gestante es una amiga a la cual le transfieren un embrión formado por los gametos del matrimonio. Producido el parto, es registrada como madre la mujer gestante y como padre el marido de la mujer comitente. Sin embargo, ésta impugnó la maternidad diciendo que ella es la madre genética y reclamando la maternidad del niño. La amiga registrada como madre se allanó a la demanda y el tribunal la acogió declarando que el niño tiene por madre legal a la demandante y ordenando al Registro Civil rectificar la partida de nacimiento del niño²⁷.

El primer fallo señala que, ante el vacío legal, hay que recurrir “al derecho internacional como parte del bloque constitucional de derechos fundamentales, realizando una interpretación integradora de la Constitución, con el fin de dar un mayor resguardo y efectividad a los derechos fundamentales inherentes al ser humano, y que afectan a los intervinientes y afectados por esta causa, especialmente el derecho a procrear y el derecho a la identidad”. De este modo se ignoró la normativa nacional que son normas de orden público y no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes. Esta dice, claramente, que es madre la mujer que da a luz a la criatura, es decir la gestacional. No hay que olvidar que el parto es un hecho cierto y acreditable, que otorga certeza. En cuanto presunción legal admite prueba en contrario y permite impugnarse. Si se invoca, presupone la existencia de una acción dolosa o fraudulenta. Sería el caso de un falso parto o una suplantación de hijo (Artículos 183 y 217 del Código Civil), supuestos que no se daban en esta situación.

En síntesis, podemos concluir que la interpretación realizada en la sentencia no está conforme al derecho vigente, porque no existe un derecho a procrear un hijo o hija, sino un derecho a fundar una familia.

abuela/madre y de su yerno, el que reconoce a las niñas como hijas de él.

²⁷ Segundo Juzgado de Familia, Sentencia de 03.12.2018, Rit C-4907-2018.

No es posible exigir un hijo o hija, si la naturaleza niega la capacidad de gestar y parir, por motivos genéticos o por devenir una enfermedad. Un viejo aforismo dice que a lo imposible nadie está obligado. Esto es, por reversa, que no existe derecho.

Por último, la sentencia asume diferencias entre la maternidad subrogada altruista y la onerosa. Acepta la primera porque no hay dinero de por medio y la se ve como un acto solidario. En el caso de la segunda, el pacto suscrito es nulo o inexistente, al tener como objeto el cuerpo humano, el cual está fuera del comercio. Además, su causa es ilícita y atenta contra la moral.

Del análisis de la maternidad subrogada se concluye que se requiere una discusión profunda respecto al significado e implicancias de esta técnica, desde una perspectiva médica, psicológica, ética y jurídica. Estos aspectos deben ser tratados con sensibilidad, ecuanimidad y desapasionamiento, para legislar sobre lo que es admisible y lo que no lo es.

No es comprensible que, por falta de interés o voluntad política de los legisladores, no haya una ley sobre el tema y sean los tribunales de justicia quienes tengan que resolver los casos de manera “creativa”. Se olvida que, una vez nacido cualquier niño o niña, debe ser protegido, velándose por su interés superior.

Quienes deben pronunciarse son los legisladores, después de un amplio debate en la sociedad, estableciendo cuáles son los límites éticos y jurídicos que como sociedad estamos dispuestos a darnos y aceptando que en temas como éste no cabe esperar la unanimidad.

Referencias bibliográficas

Comité de Bioética de España (2018). *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la madre subrogada*. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/42816/>

Cornejo, I. (2019). Gestación subrogada, Consideraciones desde la bioética feminista para la reflexión jurídica. El caso de Chile, XXI número especial bioética. *Revista Jurisprudencia argentina* (En Prensa).

Gómez De La Torre, M. (2019). ¿Qué es más beneficioso para un niño o niña y asegura mejor su derecho a conocer sus orígenes, nacer por aplicación de una Técnica de Reproducción Asistida o ser adoptado?. En: *Actas XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Chile: Editorial Thomson Reuters.

____ (2007). *El sistema filiativo chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

____ (1993). *La fecundación in vitro y la filiación*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- Narayan, U. (2001). Discolating Cultures: Identities, Traditions, and Third-World Feminism, *Hypatia A Journal of Feminist Philosophy* 16 (1): 102-106 DOI: 10.1353 / hyp.2001.0007
- Taboada, L. (1986). *La maternidad tecnológica: De la inseminación artificial a la fertilización in vitro*. Barcelona: Icaria Editorial.
- Walker, M. (2003). Truth and Voice in Women's Right. Recognition, Responsibility and Right. Eds. Robin N Fiore and Hilde Lindemann Lanham. EE.UU.: Md Rowman Littlefield.

Informes citados

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica, Serie C N° 257, sentencia de 28.11.2012.
- Naciones Unidas, Asamblea General. Consejo De Derechos Humanos (2018). Informe de la Relatora Especial sobre la venta y explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil con utilización de niños en la pornografía y demás material de abusos sexuales de niños, 15 de enero de 2018.
- Resolución Del Parlamento Europeo (2015). Sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto, 17 de diciembre de 2015.

Diarios nacionales

- Diario El Mercurio, *Revista del Sábado* (2018), 29 de septiembre, "El vía crucis de Rosario y Jorge".
- Diario El Mercurio, *Revista del Sábado* (2019), 9 de noviembre, "Yo le ofrecí mi útero a mi amiga".
- Diario El Mercurio, *Revista del Sábado* (2019), 23 de marzo, "El encuentro de Brenda y Carlina".
- Diario *The Clinic* (2018), 29 de noviembre, año 20, N° 775. Entrevista a Silvia Federici.

Diarios internacionales

- Diario *Última Hora*. Noticias/Internacional, 18 de mayo de 2020, Canarias, España.
- Diario *The Guardian*, 05 de agosto de 2014, Reino Unido.
- Diario *El Mundo*, 05 de agosto de 2014. Recuperado de <http://elmundo.es/internacional/2014/08/05.BBC.com.mundo>ultimas noticias 02.08.2014>.
- BBC Mundo*, 02 de agosto de 2014. Recuperado de BBC.com.mundo>ultimas noticias 02.08.2014.
- Diario *Ya*, 27 de octubre de 1988, Madrid, España.
- Diario *El Mundo*, 21 de junio de 2017, Madrid, España.

Jurisprudencia citada

- Segundo Juzgado de Familia de Santiago, sentencia de 08 de enero de 2018, rol N° 7246-2017.
- Segundo Juzgado de Familia de Santiago, sentencia de 03.12.2018. Rit C-4907-2018.