

# Jurisprudencia Crítica II

Comentario de fallos 2018-2019

Hugo A. Cárdenas Villarreal  
(Editor)

# SOBRE LA NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN LEGAL DE LA MATERNIDAD SUBROGADA\*

Maricruz Gómez de la Torre Vargas\*\*  
Universidad de Chile

## INTRODUCCIÓN

La maternidad subrogada<sup>1</sup> es un proceso que se inicia por la técnica de la fecundación *in vitro*. Consiste en que una mujer se compromete para gestar una criatura, con el fin de entregarla, después del parto, a una pareja que la ha encargado o contratado. Asume, con esto, el compromiso de renunciar a su maternidad.

Esta técnica genera mucha 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. Esto significa que

---

\* En este trabajo se comenta lo resuelto en NN con NN (2018): 2° Juzgado de Familia de Santiago, 8 de enero de 2018 (acción de impugnación de maternidad) Rol N° 74.926-2017.

\*\* Doctora en Derecho (Universidad Complutense). Profesora Titular de Derecho Civil del Departamento de Derecho Privado y Coordinadora Magíster en Derecho de Familia (S) de la Infancia y de la Adolescencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Correo electrónico: maricruz@derecho.uchile.cl.

<sup>1</sup> La maternidad subrogada o gestación 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).

desde el punto de vista bioético, social, psicológico y jurídico configura uno de los temas más controvertidos 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”.<sup>2</sup>

## I. SÍNTESIS DEL CASO Y DECISIÓN

Rosa, mujer de 28 años, ha tenido dos embarazos fallidos, sufrió la muerte de un hijo recién nacido y experimentó la pérdida de su útero. Ante esta situación, junto con su pareja deciden someterse a una maternidad subrogada. Para ello, a Sofía, madre de Rosa se le transfieren 5 embriones formados con los óvulos de Rosa y el semen de su yerno. Nacen dos niñas, las que legalmente son hijas de su abuela/madre y de su yerno, el que reconoce a las niñas como hijas de él.<sup>3</sup>

Rosa, cuando nacen las niñas, pasa a ser su hermana legal, por lo que impugna y reclama la maternidad. Alega que ella es la madre genética. La abuela/madre comparece y se allana a la demanda.

El tribunal acoge las demandas de impugnación y reclamación de maternidad, incoadas por la demandante. Fundado en el ejercicio del derecho a procrear y el derecho a la identidad de las niñas.

## II. COMENTARIO

En la maternidad subrogada existen tres figuras: los contratantes de la mujer –comitentes–, la mujer contratada –gestante o portadora– y el hijo (a) que nace.

1. Esta técnica está establecida solo en beneficio de la pareja que quiere ser padre y madre o padres y madres<sup>4</sup>

Esto obliga a preguntarnos si existe el derecho al hijo (a), y si tal derecho solo puede cumplirse por maternidad por subrogación. En nuestra legislación existe el derecho a formar familia, pero no el derecho a ser padre o madre es-

2 INFORME DEL COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (2018), p. 2.

3 Los nombres de los intervinientes en juicio han sido cambiados.

4 Es la única forma que la pareja homosexual puede acceder a la paternidad.

pecíficamente. No es posible exigir un hijo si la naturaleza niega la capacidad de gestar y parir, por motivos genéticos o por devenir una enfermedad.<sup>5</sup>

Socialmente, suele plantearse que la única forma de “realización” que tiene una mujer es la maternidad. No concuerdo con ello. 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 puede deberse a la presión social.

Lo que está fuera de duda es que quienes quieren ser padres no se plantean los problemas éticos que conlleva utilizar a otra mujer como instrumento. Ellos solo ven la oportunidad como su última opción de ser padres y tener el hijo (a) que anhelan. Parece lógico y humano empatizar con ellos.

2. Pero ¿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, inocuo en la vida de la mujer. Se supone, por tanto, que la entrega del hijo (a) no tendrá ningún efecto nocivo en la mujer portadora, pues desde el momento que se embaraza internaliza que no es ni será su madre.<sup>6</sup>

Sin embargo, la evidencia científica demuestra que la gestación produce una transformación en la mujer. Su piel comienza a expandirse para acoger a un nuevo ser, cambia el pelo y hasta hay cambios odontológicos. Por eso, decir que la mujer gestante es “un instrumento terapéutico reemplazable que ayuda a lograr un objetivo final: el hijo”,<sup>7</sup> es una falta de respeto a la dignidad de esa mujer. Su rol instrumental la borra como persona. Más a fondo aun, se olvida que la mujer, en un embarazo, compromete toda su persona: su cuerpo, su cerebro, sus emociones y sentimientos. En el embarazo se da una forma de simbiosis temporal entre el hijo (a) y la madre, que genera una huella corporal permanente en ambas partes. A mayor abundamiento, la mujer gestante aporta vitaminas y calcio al hijo (a) y guarda en su cuerpo memoria de su embarazo, especialmente porque incorpora células madres procedentes de la sangre de los hijos que ha gestado.

5 ZEGERS HOLSCHILD (2014), citado por CORNEJO (2019).

6 GÓMEZ DE LA TORRE (2019), pp. 143-175.

7 Informe del médico que practicó la maternidad subrogada para justificar que la gestante es solo un instrumento y por lo tanto carece de dignidad y sentimientos.

Por otra parte, se justifica recurrir a esta técnica basándose en el derecho de la mujer a la autodeterminación de su vida privada y a su derecho a formar familia y a gozar de las tecnologías disponibles para lograr un hijo (a).<sup>8</sup> También, se justifica señalando que las mujeres deben ser libres de decidir qué hacer con su cuerpo, como disponer de su útero.

Sin embargo, en perspectiva más amplia, habría que preguntarse si es libre la mujer que se somete a esta técnica por una contraprestación en dinero u onerosa. La gestante es, por lo general, una mujer vulnerable, pobre y con escasa educación. Al respecto, 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”.<sup>9</sup>

También, se condena la práctica de la maternidad subrogada por ser contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como materia prima. Se considera que debe prohibirse porque 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.<sup>10</sup>

3. Desde la perspectiva del hijo (a) hay que considerar los problemas que puede significarle nacer por maternidad subrogada

La gestante, por su compromiso de entregarlo, va a tratar de no involucrarse sentimentalmente con él ¿cuáles son los posibles efectos psicológicos en el niño (a)? Tanto la psicología como la medicina señalan la importancia del apego mutuo que comienza en el vientre de la mujer cuando el gestado escucha su voz. Después del parto nunca más la escuchará ¿Qué efecto producirá en la criatura? ¿Qué crisis de identidad puede producirse?, ¿habrá deseo del niño de conocer a quien fuera la madre subrogada?, ¿qué pasa si nadie quiere un niño que nace con discapacidad?, ¿corresponde informar al niño que su existencia ha tenido origen en una madre subrogada?

Por cierto, nadie se acuerda del derecho a la identidad que tiene ese niño que se traduce en saber cómo fue concebido y en poder conocer a la gestante.

8 CORNEJO (2019).

9 NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2018).

10 RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO (2015).

### III. COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia en comento se plantea si puede aplicarse el art.182 del CC, cuando se practica la maternidad subrogada. El fallo señala que este artículo “no pretende dar validez a la aplicación de las TRA en cualquier persona sin distinción, solo pretende regular la situación filiativa de los niños nacidos fruto de donación de gametos no pertenecientes a los padres o a la pareja que se somete al sistema, en que los donantes no pueden reclamar la paternidad”. Agrega, que, frente a este vacío legal, se utilizará el “estudio” del derecho internacional como parte del bloque constitucional, realizando una interpretación integradora de la Constitución.

Desde otra perspectiva, uno de los efectos que produce la maternidad subrogada es la disociación entre maternidad y gestación. De aquí que surja la interrogante ¿quién es madre? En la sentencia se pregunta si se aplican las reglas del Código Civil o el criterio volitivo o el genético.

Las normas que regulan la filiación son normas de orden público que no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes. Por tanto, es madre la mujer que dio a luz a la criatura, es decir la gestacional.

Respecto al criterio volitivo, es madre la mujer que quiere serlo. Es decir, la voluntad de la mujer comitente es la que determina el nacimiento del hijo (a). Es la causa eficiente que permite que nazca y el criterio genético se extrae del art.182 del Código Civil, aplicando el sistema general de determinación basado en la descendencia genética, puesto que la expresión “someterse” se estaría refiriendo a la persona que aporta el material genético, sus óvulos.

No hay que olvidar que el parto es un hecho cierto y acreditable, que otorga certeza. Es una presunción legal que bajo ciertos supuestos admite prueba en contrario y permite impugnarse. Esta impugnación presupone la existencia de una acción dolosa o fraudulenta, porque su fundamentación tiene lugar cuando se ha producido un falso parto o una suplantación de hijo (artículos 183 y 217 del Código Civil).

En el caso descrito no se dan ninguno de los supuestos, por lo que no procede la acción de impugnación.

A mayor abundamiento, la ley sanciona a los que hayan tenido parte en el fraude. Dice el art. 219 del Código Civil “a ninguno de los que hayan tenido parte en el fraude del falso parto o suplantación aprovechará en manera alguna el descubrimiento del fraude, ni aun para ejercer sobre el hijo los derechos de patria potestad, o para exigirle alimentos, o para suceder en sus bienes por causa de muerte”. Todos los derechos

anteriormente mencionados se pierden definitiva e inexorablemente y por el solo ministerio de la ley. La sentencia que sancione el fraude o suplantación deberá declarar expresamente esta privación de derechos y subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo.

Por último, la sentencia asume diferencias entre la maternidad subrogada altruista y la onerosa. Acepta la altruista porque no hay dinero de por medio y se ve como un acto solidario. Sin embargo, en la mayoría de los casos, la gestante es una mujer que procede del entorno familiar, produciéndose un doble rol biológico y un doble parentesco: se es madre y abuela al mismo tiempo y madre y hermana, derivado de la gestación y de la vinculación legal. En el caso de la maternidad subrogada onerosa, 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.<sup>11</sup>

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 (a) sino un derecho a fundar una familia. No es posible exigir un hijo (a) si la naturaleza niega la capacidad de gestar y parir, por motivos genéticos o por devenir una enfermedad.

Asimismo, las normas de la filiación son normas de derecho público que no permiten la interpretación por analogía. Por tanto, es madre la mujer que dio a luz a la criatura y solo se puede impugnar la maternidad cuando ha habido fraude o dolo, conductas que no se dan en esta situación.

Agréguese que, aunque la maternidad subrogada sea "altruista", produce transformaciones disruptivas en las relaciones de familia, con efectos en la identidad de un ser humano que no se han estudiado. Saber que su abuela fue su madre y que su madre fue su hermana son situaciones "estresantes", difíciles de comprender en etapa de búsqueda de la identidad.

Por tanto, 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 posteriormente legislar sobre si es admisible o no la maternidad gestacional.

11 GÓMEZ DE LA TORRE (1993), pp. 211-213.

No es comprensible que, por falta de interés de los legisladores, no haya una ley que acepte o rechace la maternidad subrogada y sean los tribunales de justicia quienes tengan que resolver los casos sin las herramientas jurídicas imprescindibles.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- CORNEJO, Isabel (2019). "Gestación subrogada, Consideraciones desde la bioética feminista para la reflexión jurídica. El caso de Chile", *Revista Jurisprudencia argentina*, director Daniel Crovi (en prensa).
- GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz (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?". *Estudios de Derecho Civil XIV, XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 2019*.
- GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz (1993). *La fecundación in vitro y la filiación*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- INFORME DEL COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (2018). *Sobre los aspectos éticos y jurídicos de la madre subrogada*.
- 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.
- ZEGERS HOCCHILD, Fernando (2014). "Algunas consideraciones éticas en la práctica de la Reproducción Asistida en Latinoamérica", en María Casado y Florencia Luna (coord.) *Cuestiones de bioética en y desde Latinoamérica*, Navarra: Ed. Civitas.

## JURISPRUDENCIA CITADA

- NN CON NN (2018). 2° Juzgado de Familia de Santiago, 8 de enero de 2018 (acción de impugnación de maternidad), rol N° 74.926-2017.