

Una Evaluación desde los Derechos Humanos de la Maternidad Subrogada

Presentación relativa al proyecto de Ley Boletín N° 17.337-07

**Katia González
&
Alonso Salinas**

Antecedentes científicos previos

Según el estudio de las científicas María Ivanova, Jonas Shellenberger, Jessica Pudwell, entre otros y otras connotadas investigadores en las áreas de la obstetricia y ginecología, titulado “*Severe Maternal and Neonatal Morbidity Among Gestational Carriers*” en la Revista academica *Annals of Internal Medicine*, en su Volumen 177, número 11 en septiembre del 2024 indica que de 846.124 casos en circunstancias económicas y alimenticias similares, los trastornos hipertensivos, la hemorragia posparto y el parto prematuro con menos de 37 semanas también fueron significativamente mayores en el caso de las portadoras gestacionales frente a cualquiera de los grupos de comparación.



Antecedentes científicos previos

Asimismo, desde otra perspectiva, diversos investigadores como *Aesha John*, *Amy Halliburton* o *Theano Kokkinaki*, en sus capítulos dentro del libro de investigación científica “*Emerging topic on father attachment. Considerations in theory, context and development*” señalan las graves consecuencias de la falta de vínculo con los progenitores por parte de los niños, niñas y adolescentes, donde en su desarrollo la falta del apego primario “*child-father and child-mother attachment*” aumenta drásticamente la posibilidad de sufrir ansiedad, depresión, trastornos suicidas e incluso falta de empatía en relación a sus pares en la vida social.



Antecedentes científicos previos

Igualmente, en la psiquiatría y la neurociencia se ha desarrollado profundas investigaciones relativas al cúmulo de pérdidas que sufren las madres y bebés cuando son separados al nacer. Al respecto, Ibone Olza, psiquiatra y directora del Instituto Europeo de Salud Mental Perinatal, lleva más de una década denunciando esta práctica, no solo desde una postura ética y feminista por considerarla rotundamente *“una forma de explotación del cuerpo de la mujer,”* sino también desde el impacto de los vientres de alquiler en la salud mental de madres y bebés. En el caso del bebé, este debe enfrentarse, según la psiquiatra, a un cúmulo de pérdidas: falta de vínculo con la madre en el embarazo, mayor riesgo de prematuridad, ausencia de lactancia materna o vivir el duelo por la madre nada más nacer. *“Para un bebé gestado en un vientre de alquiler es como si su madre muriera en el parto”*, señala.



Antecedentes científicos previos

“La madre que gesta un bebé como vientre de alquiler puede intentar desvincularse, intentar pensar que no pasa nada, pero esto es negar algo que ha dejado una huella en nuestro cuerpo aunque nos empeñemos en no verlo”, según a explicado Susanna Carmona Cañabate, neurocientífica que lidera el equipo de Neuromaternal del Instituto de Investigación Sanitaria Gregorio Marañón, que lleva años investigando los cambios en el cerebro de las madres.

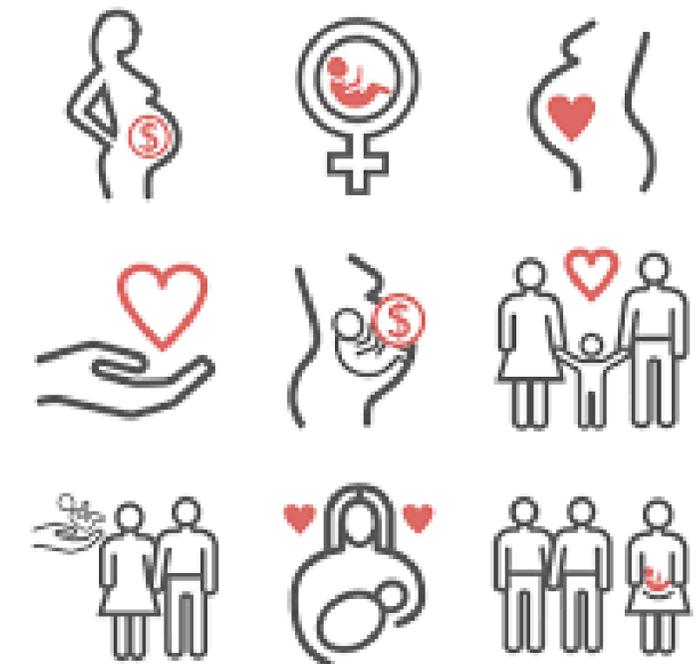
En neurobiología el instinto maternal es algo real y estudiado, el cual se explica como una serie de motivaciones que se despiertan de forma instintiva, animal. Esto ocurre porque hay una serie de cambios que se dan durante el embarazo en unos circuitos muy primarios que convierten al bebé en una motivación, en un refuerzo muy positivo, en un estímulo, que va a guiar la conducta de la madre. *¿Qué pasa cuando quitamos ese estímulo-bebé? “Pues lo que ocurre sería comparable a retirarle la droga a una persona adicta”*, explica la neurocientífica Susanna Carmona Cañabate.



¿Qué es la maternidad subrogada?

La maternidad subrogada hace referencia a los supuestos donde “*mujeres fértiles (madres gestantes) aceptan, mediante precio o no, llevar a término un embarazo que normalmente se ha generado mediante esperma del varón que aparecerá como padre, y un óvulo de la mujer que aparecerá como madre, para, producido el parto, entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron el pago de la cantidad fijada o los gastos ocasionados por el embarazo*”.

Por ello, hoy en día se puede hacer referencia: a una maternidad genética (por la aportación de gametos femeninos), a una maternidad gestacional (por gestar al futuro hijo), y a una maternidad jurídica (por la atribución de la función jurídico-social de madre). Existen diferentes variantes de esta técnica de reproducción asistida. En primer lugar, puede llevarse a cabo la aportación por la pareja comitente únicamente del semen del varón, mientras que la madre gestante no solo lleva a cabo la gestación, sino también aporta el óvulo. En este caso la mujer gestante será madre biológica del nacido, y el varón de la pareja comitente su padre biológico junto a la madre intencional o jurídica (que sería la mujer que ha encargado el niño) que será la única que ejerza las funciones socio-jurídicas inherentes a la maternidad. En segundo lugar, la pareja comitente puede aportar tanto los gametos masculinos como los femeninos. Entonces ambos se convertirían en padres biológicos y la mujer sustituta solo tendría que llevar a cabo la gestación del embrión fecundado. Y, en tercer lugar, también existen supuestos en donde la pareja comitente no aporta material genético, ya que este se obtiene a través de la donación de gametos. En este caso, los padres biológicos serían los padres donantes, entre otros.



[Pérez Monge, M. 2002, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España pp. 319-320 y 332]

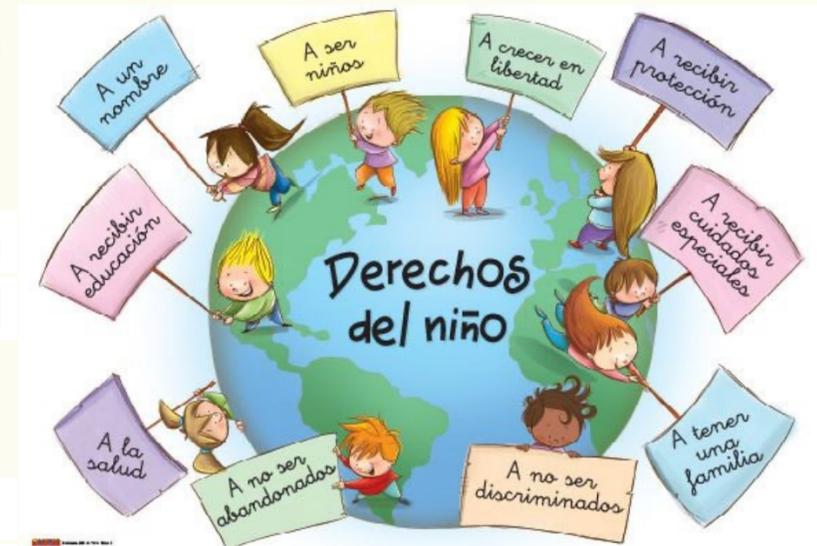
[Jiménez Muñoz, F. J., 2012, *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Madrid, Editorial Reus, 2012, pp. 106-107]

Vulneración de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes por la Maternidad Subrogada

Se vulnera el derecho de todos los niños de gozar íntegramente de su desarrollo integral, vínculo familiar y del progreso familiar como se extrae de los artículos 5º, 6º y 7º de la Convención de Derechos del Niño.

En la gestación subrogada el bienestar del niño y su salud física y psíquica se ven especialmente alterados por esta práctica que atenta contra el interés superior del niño al romper su vínculo materno tras el parto, ya pactado *ab initio*.

Ello entra en contradicción con el derecho del hijo a permanecer con su familia de origen. En consecuencia, se pone en riesgo –y frecuentemente se vulnera intencionalmente– el derecho del niño a ser criado por sus verdaderos progenitores y a dar prioridad a su permanencia en su familia de origen y al mantenimiento de sus relaciones familiares biológicas. Precisamente el efecto es el contrario.



Vulneración de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes por la Maternidad Subrogada

Igualmente, 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 define la venta de niños como *“todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”*.

La Comisión de Derechos del Niño de Naciones Unidas ha advertido a algunos de los países en los que se llevan a cabo estas prácticas sobre la necesidad de establecer garantías que eviten el tráfico con niños. La gestación subrogada internacional, en la medida en que tiene un carácter comercial y recurre como gestantes a mujeres que están en una situación de vulnerabilidad económica y social, se puede calificar en la mayoría de los casos como tráfico de niños y explotación de mujeres, más allá de que exista en algunos casos, un marco legal que la ampare en el país de la gestante.

Los organismos intergubernamentales -como la Comisión derivada de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)- que se han pronunciado sobre la gestación subrogada han adoptado posiciones de rechazo o de cautela.



Vulneración de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes por la Maternidad Subrogada

La maternidad subrogada supone, además, una cuestión de orden público y de gran gravedad y envergadura como es la de determinar la filiación materna respecto de una persona que no es la madre biológica y que celebró un contrato de gestación por sustitución, sin aportar material genético propio.

Igualmente, los derechos del niño y la niña en virtud de los artículos 7 y 8 de la CDN -que protegen los derechos del niño y la niña a ser inscrito al nacer, a preservar su identidad y a restablecer su identidad si ha sido privado ilegalmente de algunos o todos sus elementos- pueden verse afectados negativamente por las decisiones que se tomen sobre el niño o niña en situaciones de gestación subrogada. Las decisiones sobre la conservación de la información relevante para la identidad de un niño o niña pueden tener un impacto de por vida, y en las generaciones futuras, de varias maneras. Conocer sus orígenes es fundamental para el desarrollo físico, psicológico, cultural y espiritual del niño y la niña. Tener una identidad propia es también una puerta de entrada al disfrute de otros derechos fundamentales del niño y la niña, como los relacionados con la protección, la salud, la educación y el mantenimiento de los vínculos familiares.



Vulneración de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes por la Maternidad Subrogada

Las personas y organizaciones que facilitan y/o llevan a cabo la gestación subrogada no siempre son conscientes de la importancia de recopilar, almacenar y preservar la información sobre la identidad de los niños y niñas nacidos por gestación subrogada, para que el niño o niña pueda conocer sus orígenes.

En ausencia de sistemas para preservar los derechos de identidad del niño y la niña, el restablecimiento de la identidad del niño o niña puede ser imposible, sobre todo en circunstancias en las que existe anonimato del donante y/o de la mujer gestante. Esto también conlleva problemas en el registro y la certificación de los nacimientos, ya que sólo unos pocos sistemas de registro civil están preparados para registrar la información de identidad relacionada con las relaciones familiares en la gestación subrogada y otras formas de tecnología de reproducción asistida.



Vulneración de los Derechos de la Mujer por la Maternidad Subrogada

Contra lo estipulado en el artículo 5º de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la práctica de la maternidad subrogada, aún si no mediare pago alguno, promueve la reducción de la mujer como mercancía a la venta. La denigrante publicidad que sufre la mujer sometida a estas prácticas constituye otro punto a considerar en la gravedad del problema. Existen agencias que ofertan a las gestantes e incluyen sus características fenotípicas, tasa de éxito en sus embarazos, etc., discriminando a las menos “productivas”. La gestante se oferta como un producto comercial para la reproducción asemejándose mucho a la publicidad de los criaderos animales y atentando gravemente a su dignidad como persona.

Igualmente, reduce a la mujer a mero instrumento al servicio de los deseos de paternidad/maternidad de un tercero. La maternidad subrogada, con independencia de que sea gratuita u onerosa, viola la dignidad de la mujer gestante que prácticamente desaparece como sujeto de derechos, en tanto es instrumentalizada y puesta al servicio del deseo de tener hijos de los padres de intención, constituyendo la relación contractual (el contrato de gestación) un proceso de cosificación de la gestante (y del hijo nacido de estas prácticas) incompatible con su dignidad.



Vulneración de los Derechos de la Mujer por la Maternidad Subrogada

La maternidad subrogada en sí tiene diversos riesgos propios de las relaciones contractuales en el ordenamiento jurídico actual, especialmente por la noción del "*pacta sunt servanda*", la sobre protección del acreedor, como también, las reglas de responsabilidad derivadas del artículo 44 y 1547 del Código Civil.

Inclusive, más allá de las consecuencias biológicas, psicológicas y otras formas de privaciones por el acto en sí y las lógicas contractualistas modernas, está particularmente el problema de la mercantilización y reducción a la mujer gestante a un medio -lo mismo que su hijo que se transforma en un bien-, reduciendo la capacidad reproductora a un producto del mercado que muestra la alianza entre el "*patriarcado y el capitalismo*" como explican muchas famosas feministas como las filosofas Amelia Válcárcel o Victoria Campos, como también, las juristas Maria Luisa Balaguer o Mar Esquembre.

Reducir el cuerpo de la mujer a un simple medio de producción y considerar al bebé como un objeto que puede ser comprado, vendido, encargado o encomendado es una negación total de la dignidad humana. La actual situación irregular que permite estas prácticas, bajo el pretexto de un supuesto "*derecho a ser padres*" —cuando en realidad la paternidad es un deber—, constituye una grave denigración de la condición humana.



Sobre el Proyecto de Ley Boletín N° 17.337-07

Reforma al Código Civil

Artículo Original del Código Civil	Nuevo Artículo del Código Civil
<p>Artículo 182.- <i>“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”.</i></p>	<p>Artículo 182.- <i>“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.</i></p> <p><i>De las técnicas a que se refiere el inciso 1° se excluye la maternidad por subrogación, cualquiera sea la forma como se la denomine. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.</i></p> <p><i>La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto, según el artículo 183.</i></p> <p><i>Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.</i></p>

Sobre el Proyecto de Ley Boletín N° 17.337-07 Coherencia y necesidad de la reforma al Código Civil



Da cumplimiento al 2º numeral del artículo 6 de la Convención sobre Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes de 1989, el cual señala que: “*Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño*” y el consecuente principio de supervivencia y desarrollo integral de los NNA en razón a los antecedentes científicos anteriormente señalados.

Sobre el Proyecto de Ley Boletín N° 17.337-07

Coherencia y necesidad de la reforma al Código Civil



Igualmente, se condice con el artículo 5° de esta Convención en relación al respeto de las responsabilidades, derechos y deberes de los padres, como también, la familia ampliada y la comunidad respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, como también, al derecho de los Niños, Niñas y Adolescentes de conocer y ser cuidados por sus padres como indica el inciso primero del artículo 7° de dicho tratado internacional de Derechos Humanos. Guardando igualmente coherencia con la Ley N° 19.968 en lo relativo a las medidas precautorias del artículo 71 en relación al 229 del Código Civil y otras normas, como también, la evidencia científica igualmente indicada en esta presentación.

Sobre el Proyecto de Ley Boletín N° 17.337-07

Coherencia y necesidad de la reforma al Código Civil



Finalmente, es coherente y necesaria esta reforma en relación con las indicaciones del CEDAW antes mencionadas, en la línea del artículo 5° de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, enfrenta la reducción de la mujer como mercancía a la venta o medio para constitución de derechos subjetivos en favor de terceros, como también, en coincidencia con el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas del artículo 3°, la prohibición de la esclavitud y servidumbre del artículo 6°, a la protección de la familia del artículo 17°, las medidas de promoción a los NNA del artículo 19° y los límites a la propiedad privada y actividad económica -incluyendo la propiedad sobre los derechos en consecuencia- del artículo 21° y la expresa prohibición de las todas las formas de explotación contra la persona humana de su tercer numeral, todos estos últimos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1978.

Inclusive, es coherente con el numeral primero del artículo 1464 del Código Civil que determina que hay objeto ilícito en las cosas que están fuera del comercio humano. Más aún cuando no son cosas, sino que, personas humanas.

Sobre el Proyecto de Ley Boletín N° 17.337-07

Reforma al Código Penal

Artículo segundo. Introdúzcanse las siguientes modificaciones al Código Penal:

1°- Incorpórese el siguiente párrafo 4°, nuevo, al Título VII del Código Penal, bajo el epígrafe “De la subrogación de maternidad”:

“Párrafo 4° De la subrogación de maternidad

Art. 358. El que intermediare entre una persona o pareja que desee acoger a un niño y una mujer que acepte gestar al niño con el fin de entregárselo será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio y multa de 1.000 UTM. Será sancionado con la misma pena quien en cualquier forma, realice, organice o publicite la comercialización de embriones o la maternidad subrogada.

Cuando los actos se hayan cometido de forma habitual o con ánimo de lucro, las penas se aumentan a presidio mayor en su grado mínimo y multa de 5.000 UTM.

Art. 359. El facultativo que, abusando de su oficio, intervenga de cualquier forma en un proceso de gestación asistida con el propósito de dar lugar a la maternidad subrogada será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio y multa de 5.000 UTM.

Art. 360. El que, intermedie, organice, realice o publicite la maternidad subrogada, abusando de una relación de dependencia, de grave desamparo en que se encuentra la mujer, o la induzca por su inexperiencia o ignorancia a ser parte de un proceso de maternidad subrogada, será sancionado con la pena de presidio mayor en su grado medio a máximo y multa de 5.000 UTM.”.

2°.- Modifíquese el artículo 411 quáter del Código Penal en el siguiente sentido:

Agregar, entre la frase “esclavitud” y “o prácticas análogas”, la siguiente oración: “, maternidad subrogada, venta de niños”.

Sobre el Proyecto de Ley Boletín N° 17.337-07 Reforma a otras normas

Artículo tercero. Incorpórase el siguiente numeral 13), nuevo, al artículo 6° del Código Orgánico de Tribunales, contenido en la Ley N° 7421, en el siguiente sentido:

“13) Los sancionados en los artículos 358, 359 y 360 del Código Penal, cuando pusieren en peligro el orden de las familias, la moralidad pública o la integridad de algún menor de edad, y fueren cometidos por un chileno o por una persona que tuviere residencia habitual en Chile.”.

Artículo cuarto. Incorpórese, en el final del artículo 152 del Código Sanitario, contenido en el Decreto Con Fuerza de Ley N° 725, de 1967, del Ministerio de Salud, el siguiente inciso segundo, nuevo:

“Queda prohibida a cualquier título la transferencia de óvulos con fines reproductivos, a un establecimiento de salud. Además, estos establecimientos no podrán promover ni gestionar estos procedimientos. En todo caso, la infracción a este inciso será imputable exclusivamente a ellos.”.

Artículo quinto. Introdúzcanse las siguientes modificaciones a la Ley N° 19.620 sobre Adopción de Menores:

1°-. Agréguese el siguiente inciso final, nuevo, al artículo 20:

“Tampoco podrá concederse la adopción a cualquier persona o pareja que haya sido parte de un contrato, acuerdo o convención de maternidad subrogada, cualquiera sea su denominación.”.

2°-. Agréguese el siguiente tercero transitorio, nuevo:

“La prohibición establecida en el inciso sexto del artículo 20 sólo se aplicará respecto de personas o parejas que hayan sido parte de un contrato, acuerdo o convención de maternidad subrogada originado con posterioridad a la entrada en vigencia de la referida norma.”.