

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA SOBRE MATERNIDAD GESTACIONAL SUBROGADA EN CHILE

ANALYSIS OF THE FIRST SENTENCE IN A SURROGACY
GESTATIONAL MATERNITY IN CHILE

PILAR MATURANA CABEZAS*

RESUMEN: El 8 de enero de 2018, un tribunal de familia en Chile por primera vez dictó una sentencia en un caso de maternidad gestacional subrogada. Este trabajo analizará y evaluará los argumentos contenidos en la sentencia que dieron lugar a la acción de impugnación y reclamación de filiación materna y que declaró que las dos niñas son hijas de la demandante.

ABSTRACT: On January 8, 2018, a Family Court in Chile issued a Judgment in a surrogate gestational maternity case. This paper will analyze and evaluate the arguments contained in the sentence that gave rise to the challenge and claim of material affiliation which declared the two girls as the applicant's daughters.

PALABRAS CLAVE: Argumentos, sentencia, maternidad gestacional subrogada, derechos humanos.

KEYWORDS: Arguments, judgment, surrogate gestational motherhood, human rights.

* Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica del Norte. Jueza del Tribunal de Familia de Colina. Máster en Derechos Fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid. Máster en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante. Experta Universitaria en Pueblos Indígenas, Derechos Humanos y Cooperación Internacional de la Universidad Carlos III de Madrid. Diploma en Recurso de Protección: Dogmática y Jurisprudencia, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Diploma en Argumentación Jurídica y Razonamiento Probatorio, Instituto de Estudios Judiciales. Pasante en el programa Internacional Visitor Leadership “Rule of Law and the U.S. Systems” y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (septiembre-diciembre 2019). Integrante de la Comisión de Derechos Humanos y Género de la Asociación Nacional de Magistrados. Directora de la Asociación de Magistradas Chilenas y de la Red Interamericana de Mujeres Profesionales por los Derechos Humanos (RIaDh). Correo electrónico: pilarcabezas@gmail.com.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo analizaré y evaluaré los argumentos contenidos en la sentencia que se pronunció por primera vez en nuestro país sobre un caso de maternidad gestacional subrogada, por lo que la investigación busca responder la siguiente pregunta: ¿cuáles fueron las razones para acoger las demandas de impugnación y reclamación de maternidad?

Lo anterior resulta relevante por cuanto, tal como sostiene Manuel ATIENZA, “la obligación de los jueces de motivar sus decisiones significa que debe ofrecer buenas razones en la forma adecuada para lograr la persuasión”¹, esta exigencia de motivar –que “supone expresar de manera ordenada y clara, razones jurídicamente válidas, aptas para justificar la decisión”²–, se constituye como el límite más importante de las decisiones jurisdiccionales³ y “canal de legitimación de la decisión”⁴. El deber del decir el porqué exige jueces capaces de argumentar “con solvencia para hacer valer los derechos fundamentales”⁵. Por otro lado, y siguiendo en este punto a Isabel LIFANTE, “no tiene sentido argumentar, dar razones a favor de algo, si no presuponemos, que hay buenas y malas razones o razones mejores que otras. La actividad argumentativa presupone en ese sentido aceptar la racionalidad en aquél ámbito en el que nos encontramos”⁶.

Para realizar lo propuesto me centraré únicamente en los argumentos jurídicos, partiendo en cuanto a los hechos tal como fueron establecidos en la sentencia: una mujer y su pareja enfrentaron la pérdida de un hijo que esperaban a las 23 semanas de gestación; posteriormente, en un segundo embarazo, sufrieron una pérdida en la semana 32, y además a la mujer se le practicó una histerectomía a los 27 años de edad. Ambos deseaban ser padres, y se sometieron a una técnica de fertilización asistida que se realizó mediante la fertilización *in vitro* de gametos pertenecientes a la pareja que luego fueron implantados en la mujer que los gestó, madre de la demandan-

¹ ATIENZA (2014), p. 549.

² Artículo 19 del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial.

³ ORDÓÑEZ (2004), p. 97.

⁴ Asís (1995), p. 98.

⁵ ATIENZA (2017), p. 116.

⁶ LIFANTE (2018), p. 213.

te, sin pago de por medio; producto del procedimiento, la gestante parió mellizas, legalmente hijas de esta y del padre biológico. La madre biológica se sometió a un proceso de inducción de lactancia materna y amamantó a las niñas que desde su nacimiento han vivido con los padres biológicos, y socialmente son conocidas como hijas de ambos⁷.

Para el planteamiento del trabajo utilizaré el método propuesto por Manuel ATIENZA, para luego detenerme en ellos a la luz de las tres cuestiones (Qb-Qj- Qo) que plantea la sentencia para responder a la pregunta: ¿es la demandante madre de las niñas? (Pa), y arribar a la solución final en cuanto declara que las niñas son hijas de la demandante (Sa).

II. REPRESENTACIÓN DE LOS ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA

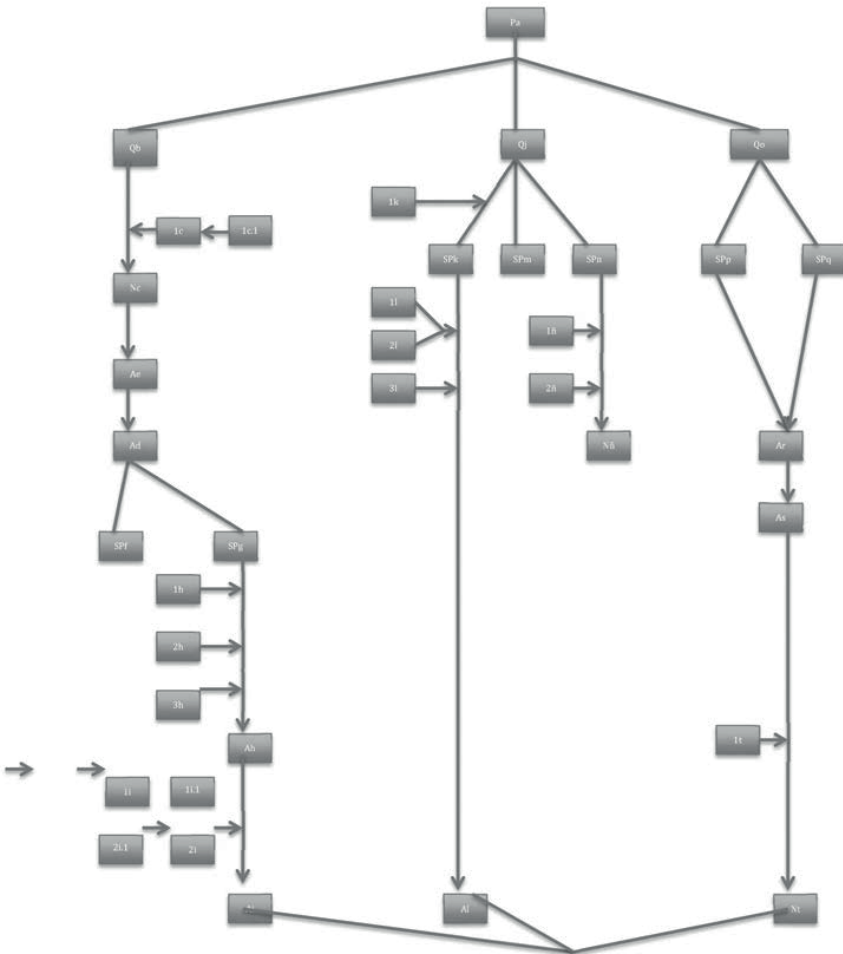
Utilizaré para representar los argumentos de la sentencia el método propuesto por Manuel ATIENZA⁸ de un diagrama de flechas, siguiendo un esquema que da cuenta de lo esencial de la argumentación y que contiene el planteamiento del caso, las cuestiones de las cuales depende la solución, las respuestas a las mismas, sus razones y la decisión; método que, tal como reconoce el autor, no da cuenta “de todos los elementos que cabe encontrar (y analizar) en una argumentación, pero sí de muchos de ellos”, es decir, da cuenta de lo esencial de la argumentación. Por lo anterior, el análisis de la motivación contenida en la sentencia se realizará de manera más pormenorizada en el siguiente apartado.

El esquema se abre con el planteamiento de un problema (P); las cuestiones para resolver el mismo (Q); la respuesta (S); una aseveración (A); una negación (N) y una suposición (SP). La combinación de una letra minúscula y una o más mayúsculas representan distintos pasos del proceso argumentativo; por su parte, cada combinación de un número y una letra

⁷ Considerando quinto.

⁸ El autor plantea este método reconociendo que no da cuenta “de todos los elementos que cabe encontrar (y analizar) en una argumentación, pero sí de muchos de ellos”, dando cuenta la estructura de la argumentación como las razones que se esgrimen y los elementos pragmáticos de la misma, reflejando “tanto el aspecto inferencial, el paso de unos argumentos a otros, como los tipos de enunciados (la naturaleza de las premisas y su contenido proposicional) y los diversos actos de lenguaje que se llevan a cabo en cada uno de los pasos”, partiendo de la idea de la argumentación como un flujo de información “que va desde del planteamiento del problema que suscita la necesidad de argumentar hasta su solución”. ATIENZA (2014), pp. 424-429.

representa un argumento concreto que sustenta la realización de un paso argumentativo. Por su parte, los vectores representan la relación de ser un argumento a favor de; cuando es deductiva: con una doble línea y con un arco cuando lo que funciona como argumento es el conjunto de dos o más ramas que convergen.



Qb: ¿Está contemplada esta técnica de reproducción asistida en el artículo 182 del Código Civil?

Nc: 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.

1c: Durante la discusión de la ley en sala quedó establecido que no era ese el propósito perseguido por la norma.

1c.1: El profesor Hernán CORREA TALCIANI afirma que no es aplicable.

Ad: Vacío legal.

Ae: Es importante para resolver la acción dar un mayor resguardo y efectividad a los derechos fundamentales inherentes al ser humano.

SPf: Derecho a procrear.

SPg: El derecho a la identidad.

Ah: El derecho a preservar la identidad de las niñas debe ser respetado y garantizado, y tenido en cuenta al evaluar su interés superior.

1h: Es un derecho fundamental de todo ser humano que tiene un amplio contenido y es un principio fundamental del derecho de familia, recogido en la Ley N° 19.585.

2h: Lo establece expresamente la Observación General N° 14 del Comité de Derecho de Niño.

3h: Está acreditado que las niñas genética, afectiva y socialmente son hijas de la demandante, lo que conforma el derecho a la identidad de aquellas.

Ai: Resulta vulneratorio del derecho a la identidad y el interés superior del niño que no se vea reflejado el elemento dinámico de la identidad de las niñas dado por el ejercicio de la maternidad afectiva y social de la demandante, y que la ley impida que la filiación legal sea reflejo de la verdadera situación familiar de las niñas y sus padres.

1i: El interés superior de las niñas determina a partir de una evaluación de las circunstancias que rodean el caso.

1i.1: Así lo ha resuelto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*.

2i: Garantía de la vigencia de los demás derechos.

2i.1: Lo sostiene así el autor Miguel Cirello.

Qj: ¿A quién se debe considerar madre en un contrato de maternidad gestacional subrogada?

SPk: Es madre quien ha gestado y parido al hijo.

1k: La ley establece causales taxativas dentro de las cuales no se encuentra aquella que permita alegar que el óvulo pertenece a otra mujer o bien que la voluntad procreacional reside en una mujer distinta a la madre gestante.

Al: El interés superior no puede sacrificarse en virtud de la certeza y seguridad que brinda la regla del parto.

1l: La presunción es simplemente legal que en principio admitiría prueba en contrario.

2l: La regla del parto tiene sentido cuando se condice con la realidad, lo que no ocurre en la maternidad disociada.

3l: Resulta ilógico atribuir la maternidad a una mujer que jamás tuvo el deseo de engendrar un hijo para sí, ni asumir las responsabilidades que de ello derivan.

SPm: La mujer que tiene la intención de engendrar al hijo (criterio volitivo).

SPn: La mujer que aporta sus óvulos (criterio genético).

Nñ: No es aplicable este criterio.

1ñ: La historia del artículo 182 del Código Civil.

2ñ: No procede una interpretación evolutiva.

Qo: ¿Es nulo en este caso el pacto de maternidad gestacional subrogada?

SPp: Por objeto ilícito.

SPq: Por causa ilícita.

Ar: Maricruz Gómez de la Torre señala que el contrato es nulo o inexistente al tener por objeto el cuerpo humano, además de ser su causa ilícita al atentar contra la moral y las buenas costumbres.

As: Hay nulidad por el objeto y causa ilícita en los casos de pactos onerosos.

1t: No se estaría transformando el cuerpo de la mujer y a la criatura que gestan en objetos de comercio.

Nt: No.

Sa: Se declara que las niñas son hijas de la demandante.

III. ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DE LOS ARGUMENTOS

En este apartado analizaré los argumentos que justifican la decisión de acoger la demanda de reclamación e impugnación de maternidad, partiendo de aquellas tres cuestiones (Qb, Qj y Qo) a través de las cuales representé los motivos de esta decisión judicial.

1. ¿Está contemplada esta técnica de reproducción humana asistida en el artículo 182 del Código Civil? (Qb)

En el considerando sexto de la sentencia el tribunal parte reconociendo que no se ha legislado de manera integral sobre las técnicas de fertilización humana asistida, siendo la única norma que se refiere al tema el artículo 182 del Código Civil⁹ (en adelante CC) y que es precisamente la norma

⁹ Artículo 182: “El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ella. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta”.

fundante de la demanda, descartando la aplicación de la misma, realizando para ello una operación interpretativa –“que consiste en atribuir o precisar el sentido de algo”¹⁰– fundada en la historia de la ley (1c), al que suma un argumento de doctrina (1c.1).

En cuanto al argumento historia de la ley, para Robert ALEXY se puede hablar de este “cuando se aducen hechos que se refieren a la historia del problema jurídico discutido, en cuanto a razones a favor o en contra de una interpretación”¹¹. En este caso la sentencia contiene la afirmación “*si recurrimos a la historia de la ley, durante la discusión en sala quedó establecido que no era ése el propósito perseguido por la norma, porque existía otra iniciativa legal en trámite, donde cuya regulación implicaría un pronunciamiento integral respecto de las diversas Técnicas de Reproducción Humana Asistida, lo que fue reiterado en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*”¹².

Se refuerza lo anterior con un argumento doctrinal contenido en el artículo “Reproducción humana asistida y filiación. Un análisis del nuevo artículo 182 del Código Civil” de Hernán CORREA¹³, en el cual el autor sostuvo que, tal como quedó redactado el artículo 182, es “lo suficientemente ambiguo como para despertar aprensiones sobre su verdadero objetivo”, lo que llevo a los legisladores a explicitar durante la discusión del proyecto qué tipo de procedimientos eran los que quedaban al amparo de la norma; a su entender, “los legisladores parecen contestes en estimar que el artículo 182 del CC no es una norma legitimadora de las técnicas sino protectora de situaciones que de hecho se están dando o pueden darse en nuestra realidad social”. Para lo anterior supone que el pensamiento de los legisladores tuvo en vista solo cierto tipo de técnicas de reproducción asistida: la inseminación artificial o fecundación *in vitro* (FIV), no quedando incluidas “otras modalidades reproductivas como la inseminación de mujer sola, la inseminación o fecundación *in vitro post mortem*, la donación o transferencia de embriones, ni la maternidad por subrogación (por arriendo o comodato de vientres)”. Así las cosas, a su juicio, no resulta aplicable la norma a cualquier procedimiento reproductivo al margen de la cópula

¹⁰ LIFANTE (2015), p. 19.

¹¹ ALEXY (2012), p. 230.

¹² Considerando sexto.

¹³ CORRAL (2000), pp. 1-11.

natural, de lo que obtiene varios requisitos que deben cumplirse para que la norma sea aplicable: (i) que quienes intentan procrear sean un hombre y una mujer; (ii) pueden tratarse de prácticas homólogas o heterólogas, y es precisamente en este último de los casos es donde tiene lugar el artículo 182 del CC, y (iii) que el hombre y la mujer se hayan sometido voluntariamente a la técnica.

Argumento doctrinal que, siguiendo a Pierluigi CHIASSONI¹⁴, pertenece a un tipo de interpretación de autoridad constituido por las opiniones de autorizados jurisperitos. Para el autor la utilización de la directriz: “A una disposición se le debe atribuir el significado que haya sido atribuido previamente por la –unánime, mayoritaria o mejor– doctrina”, comporta esquemáticamente las siguientes operaciones: (i) la selección de los materiales o identificación de las bases enunciativas doctrinales; (ii) el análisis de los materiales seleccionados, con la finalidad de obtener las eventuales interpretaciones-producto de la pertinente disposición, y (iii) siempre que las operaciones de descripción hayan identificado una pluralidad de interpretaciones-productos alternativas para una misma disposición, la selección de la interpretación autoritativa que el intérprete considere correcta habida cuenta de todo en el contexto particular. Agrega que la primera y la tercera operación llevan a elecciones que si bien no del todo arbitrarias o casuales, “estarán informadas por criterios prudenciales y/o criterios ético-normativos, extraídos, por ejemplo, de alguna ideología jurídica”; en cuanto a la selección de los materiales, puede obedecer a criterios como de adecuación temporal y con una relevancia presunta, incorporando inevitablemente cierta preferencia que se presume de las interpretaciones-producto.

El tribunal acude, entonces, a la historia de la ley (artículo 19 del CC), apoyándose además en un argumento de doctrina para interpretar que el artículo 182 del Código Civil no es aplicable en este caso (Nc), para luego afirmar que estamos ante un vacío legal¹⁵ (Ad), por lo que acude al “*estudio*

¹⁴ CHIASSONI (2011), pp. 101-103.

Sobre la argumentación dogmática se puede también consultar ALEXY (2012), pp. 240-262.

¹⁵ Pierluigi Chiassoni sostiene que, desde finales del siglo XIX, las lagunas han constituido uno de los terrenos privilegiados en los que confluyen concepciones opuestas del derecho y de la ciencia jurídica, discutiéndose hasta inicios del siglo XX, desde una mirada como problema práctico-forense, para pasar las lagunas, a analizarse como la fuente de un problema diverso y bastante grave; lo anterior habría ocurrido por la irrupción de algunas corrientes de la doctrina

*del 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*¹⁶ (Ae).

Sobre el derecho a procrear (SPf), la sentencia en su considerando séptimo menciona dos posiciones teóricas sobre la materia: (i) el derecho a procrear es una manifestación del derecho a formar una familia. Este último no está reconocido en nuestra Constitución, pero sí en varios instrumentos internacionales –Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁷, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁸ y Pacto de San José de Costa Rica¹⁹– incorporados a nuestro derecho por la vía del artículo 5° la Constitución, y (ii) el derecho a procrear emanaría del derecho a la vida y que incluiría el derecho a dar vida. Seguidamente la sentencia sostiene que, “*suponiendo la existencia del derecho a procrear en nuestro sistema jurídico, éste*

jurídica continental, entre las que destacan el Movimiento del Derecho Libre y la Escuela Científica del Derecho en Francia.

El reconocimiento de problema de las lagunas en la cultura continental de inicios del siglo XX ha puesto de relieve las necesidades de afrontar un problema previo respecto de la definición de laguna y de la correspondiente elaboración de una cierta tipología de las lagunas, lo que permite preguntarse con sensatez si existen lagunas y de qué tipo son. Distingue, entonces, en cuanto a la tipología de lagunas, lagunas de conocimiento –que atienen a los hechos relevantes del proceso–; lagunas de reconocimiento (“constituyen problemas de interpretación textual de disposiciones y/o de concreción de normas abstractas previamente identificadas, superables, por tanto con el auxilio de las oportunas directivas interpretativas”), y lagunas normativas –entendiendo por esta última como “cualquier situación de falta de una norma”, concepto a su juicio bastante genérico y que puede ser especificado a partir de no menos de dos características: (i) la caracterización de la situación de laguna y (ii) la caracterización de la norma que falta–. CHIASSONI (2011), pp. 195-208.

¹⁶ Considerando sexto.

¹⁷ Artículo 16.1: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”.

¹⁸ Artículo 23.2 “Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”.

¹⁹ Artículo 17.2 “Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención”.

correspondería tanto a la mujer con capacidad de gestación como aquella que no tiene capacidad, asimismo correspondería al hombre que tiene capacidad para fecundar, como al que no la tiene, en virtud de los derechos de igualdad y libertad que consagra nuestra Carta Fundamental, así su ejercicio no se vería limitado por la formas de concepción natural, sino que también incluirían las técnicas de reproducción asistidas, y dentro de estas, la maternidad gestacional subrogada, habiendo, por tanto, la demandante, ejercido dicho derecho al recurrir junto a su pareja a dicha técnica, atendida la incapacidad biológica a ser madre, y su voluntad de serlo”²⁰.

No queda claro del análisis de la sentencia si el derecho a procrear²¹ fue una razón para llegar a la solución, al no exponer las razones que le permitían al tribunal afirmar el reconocimiento de tal derecho y su incorporación a nuestro derecho y de la relación de este con la acción llamada a resolver, por ello el derecho a procrear no está conectado en la representación de los argumentos con la solución del caso.

En el considerando octavo desarrolla el derecho a la identidad de las niñas M.J. y M.I. (SPg); en este caso, respecto de la argumentación que permite afirmar que el derecho a preservar la identidad de las niñas debe ser respetado y garantizado, y tenido en cuenta al evaluar el interés superior de estas (Ah)²², dicen relación con el reconocer que es (i) un derecho fundamental de todo ser humano; (ii) tiene un amplio contenido²³; (iii) un

²⁰ Considerando séptimo.

²¹ Sobre el derecho a procrear, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en la Observación General N° 19 (“La Familia”) ha precisado que: “El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los Estados partes adopten políticas de planificación de la familia, estas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias”. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica* sostuvo que: “[...] *La salud reproductiva implica [...] los derechos del hombre y de la mujer a ser informados y a tener libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad, que sean seguros, eficaces, de fácil acceso y aceptables*” (párr. 149), sin interpretar que entre los derechos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos esté consagrado el derecho a procrear.

²² Este último lo desarrolla en el considerando décimo, conectado con el derecho a la identidad, por ello es representado en conjunto con ese derecho.

²³ Sostiene el tribunal que: “*Se refiere tanto al derecho que tienen las personas de ser ellas mismas, únicas y distintas del resto, expresarse libremente y tener sus propias ideas*” y que en el derecho de familia “*se refiere principalmente al derecho de cada cual a conocer sus orígenes, a investigar*

principio fundamental del derecho de familia²⁴; (iv) parte esencial del derecho a la personalidad y de esta forma es recogido en diversos textos internacionales –artículos 7 y 8 de la Convención Internacional de Derechos del Niño²⁵, artículos 3 y 18 del Pacto de San José de Costa Rica²⁶ y artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁷⁻²⁸, y (v) principio recogido en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley N° 19.585, que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación (1h)²⁹.

La sentencia incluye además como razón para la afirmación (Ah) que en este caso se conforma respecto de ambas niñas el derecho a la identidad en sus dos vertientes (3h), para lo cual recoge la distinción que se realiza en doctrina entre la vertiente estática –que se construye sobre los datos físicos de una persona– y la dinámica –“*que involucra las relaciones sociales que la persona va generando a lo largo de su vida, comprendiendo su historia personal,*

de donde viene, quienes fueron sus padres y ascendientes, sus raíces, es decir, poder determinar su filiación” (considerando octavo).

²⁴ El tribunal en este punto sostuvo: “[...] se refiere principalmente al derecho de cada cual a conocer sus orígenes, a investigar de donde viene, quienes fueron sus padres y ascendientes, sus raíces, es decir, poder determinar su filiación”.

²⁵ Artículo 7.1: “El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”, y artículo 8.1: “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”.

²⁶ Artículo 3: “Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica. Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

Artículo 18. “Derecho al Nombre. Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”.

²⁷ Artículo 16: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

²⁸ Agrega en la sentencia que “*se afirma que el derecho a la identidad emana de la propia dignidad de la persona; estando reconocido en la propia Constitución Política, artículo 1 y también en diversos Pactos Internacionales de Derechos Humanos”* (considerando octavo). Sobre esta afirmación no resulta claro si el tribunal está o no de acuerdo con la misma, por ello no es parte de la representación de los argumentos de la sentencia.

²⁹ Sobre este argumento, el tribunal sostiene que la Ley N° 19.585 establece el derecho a la identidad “*haciendo prevalecer la verdad biológica o real por sobre la verdad formal*”, permitiendo la investigación de la paternidad y/o maternidad (considerando octavo).

su biografía existencial, su estructura social”–, quedando acreditado en este caso que “*las niñas genéticamente, afectivamente y socialmente son hijas de la demandante [...], es decir, la verdad biológica y social dan cuenta de éste vínculo, que no es más que un vínculo de filiación*”³⁰.

Resulta fundamental para la afirmación (Ah) el razonamiento contenido en el considerando décimo, en el que se incorpora como argumento lo señalado en la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño (2h), en la cual de manera expresa señala: “El derecho del niño a preservar su identidad está garantizado por la Convención (art. 8) y debe ser respetado y tenido en cuenta al evaluar el interés superior del niño”³¹.

Es en el considerando décimo donde el tribunal desarrolla el interés superior de las niñas –cómo se determina y qué es–, para terminar afirmando que resulta vulneratorio del derecho a la identidad y el interés superior del niño que no se vea reflejado el elemento dinámico de la identidad de las niñas, dado por el ejercicio de la maternidad afectiva y social de la demandante, y que la ley impida que la filiación legal sea reflejo de la verdadera situación familiar de las niñas y sus padres (Ai). Para ello parte explicando cómo se determina el interés superior: “[...] *a partir de la evaluación de las circunstancias que rodean el caso, como son las características individuales del niño en concreto, y sus circunstancias, es decir, su concreción debe hacerse a la luz de interpretaciones que abarquen hechos concretos y reales que sean relevantes al momento de tomar la decisión*”³² (1i), utilizando como argumento aquel contenido en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Atala Riffó y niñas vs. Chile* de 2012 (1i.1)³³, en la cual la Corte

³⁰ Considerando octavo.

³¹ La Observación General N° 14 (2013), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), sostiene que el interés superior del niño reconocido en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN) tiene como objetivo “garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño” (párrafo 4) y que es (i) un derecho sustantivo, (ii) un principio jurídico interpretativo fundamental y (iii) una norma de procedimiento (párrafo 6).

Realiza un análisis jurídico del artículo 3 inciso 1 (párrafos 17 a 40), para luego referirse a los elementos que permiten determinar el interés superior, entre ellos, la identidad del niño.

³² Considerando décimo.

³³ Suma al pie de página la cita del artículo: “El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas”, de Silvana Alegre, Ximena Hernández y Camille Roger, quienes afirman que “la determinación del interés superior del niño se evalúa y determina en

sostuvo que si bien es un fin legítimo y es además imperioso la protección del interés superior del niño (párrafo 108), en los casos de cuidado y custodia, la determinación de dicho interés “*se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios*” (párrafo 109)³⁴.

Después de explicar cómo se determina el interés superior, sostiene el tribunal que “*la Convención de los Derechos del Niño formula el principio de interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos*”³⁵ (2i), mencionando que en este punto que sigue al autor Miguel CILLERO³⁶ (2i.1), que justifica la afirmación de que “el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos” al haber la Convención sobre Derechos del Niño reconocido un explícito catálogo de derechos de los niños –antes de tal reconocimiento, la referencia a su interés superior “pareciera remitir a algo que estaba más allá del derecho, una especie de interés colectivo o particular que pudiera imponerse a las soluciones estrictamente

forma particular, es decir que depende de la situación específica que afecta al niño o al grupo de niños considerado”.

Las autoras en el artículo citado plantean que el principio de interés superior del niño –elemento determinante para la protección de la infancia– del artículo 6 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño “es probablemente el principio más enigmático de la CIDN, tanto respecto de su conceptualización como de sus implicancias prácticas”, para seguidamente referirse al impacto de la consagración de este principio tanto desde el punto de vista ideológico, jurídico y político como también desde los distintos niveles de responsabilidad en la realización del interés superior del niño: privado y público; incorporándose el mismo en la normativa interna de los Estados –a nivel constitucional, como en el caso de Bolivia, Ecuador, México, entre otros, o a nivel de leyes o códigos de infancia, como en el caso de Colombia y Guatemala–. ALEGRE, *et ál.* (2014).

³⁴ Es importante mencionar que la Observación General N° 14 también reconoce que el interés superior del niño “debe determinarse caso por caso [...] se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto” (párrafo 32). Luego agrega: “La evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño o grupo de niños o los niños en general. Esas circunstancias se refieren a las características específicas del niño o los niños de que se trate, como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño o los niños” (párrafo 48).

³⁵ Considerando décimo.

³⁶ CILLERO (1999).

de ‘derecho’—, dejando de ser un objetivo social deseable, proponiendo la Convención otra solución: “[...] el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El principio le recuerda al juez o a la autoridad de que se trate que ella no ‘constituye’ soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no sólo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente”, resultando tal fórmula necesaria debido a la tendencia a desconocer los derechos del niño como límite y orientación de las decisiones de las autoridades y de los adultos en general³⁷.

El tribunal, luego de realizar un ejercicio interpretativo del artículo 182 del Código Civil, que le permitió afirmar que estamos en presencia de un vacío legal, acudió al estudio del derecho internacional de los derechos humanos, con el fin de dar mayor protección y efectividad a los derechos en juego, en este caso, el derecho a la identidad y el interés superior de las niñas M.J. y M.I., conectadas las afirmaciones respecto de ambas con la solución final.

2. ¿A quién se debe considerar madre en un contrato de maternidad gestacional subrogada? (Qj)

Como segunda cuestión, el tribunal se pronunció, en el considerando noveno, respecto a la pregunta: ¿quién es la madre frente a un contrato de maternidad subrogada? En primer lugar menciona tres posiciones teóricas: (i) madre es quien ha gestado y parido el hijo (SPk); (ii) madre es quien ha manifestado la voluntad de procrear (SPm): criterio volitivo, y (iii) madre es la mujer que aporta sus óvulos: criterio genético (SPn).

Respecto a la primera propuesta (SPk), el tribunal sostiene que hay quienes argumentan que es madre quien ha gestado y parido el hijo, aplicándose las reglas generales del Código Civil, y que no procede la impugnación de la maternidad, “*ya que la ley establece causales taxativas para su impugnación,*

³⁷ En la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño se sostiene, igualmente, que “el fin último del interés superior del niño debería ser garantizar su disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la Convención y su desarrollo holístico. Por consiguiente, los elementos contrarios a los derechos consagrados en la Convención o que tendrían un efecto opuesto a esos derechos no pueden considerarse válidos al evaluar lo que es mejor para uno o varios niños” (párrafo 51).

dentro de las cuales no se establece alguna que permita alegar que el óvulo pertenece a otra mujer o, bien, que la voluntad procreacional reside en una mujer distinta a la madre gestante” (1k)³⁸; posición teórica que es desestimada, afirmando en la sentencia que el interés superior no puede sacrificarse en virtud de la certeza y seguridad que brinda la regla del parto (A1), expresando como motivos para ello: (i) que si bien el “parto es normalmente acreditable y brinda certeza y seguridad necesaria en el derecho de filiación”³⁹, la presunción de la maternidad es simplemente legal, que en principio admitiría prueba en contrario (11); (ii) la regla del parto tiene sentido cuando se condice con la realidad, lo que no ocurre en la maternidad disociada (21), y (iii) resulta ilógico atribuir la maternidad a una mujer que jamás tuvo el deseo de engendrar un hijo para sí, ni asumir las responsabilidades que de ello derivan (31)⁴⁰.

³⁸ Considerando noveno.

En este punto, la sentenciadora cita al pie de página el libro *Procreación asistida: Un análisis a la luz de la legislación chilena*, de Juan GUMUCIO SCHÖNTHALER, el cual, a la fecha de entrega de este trabajo, no fue posible acceder a ella para incluirla entre las referencias.

³⁹ Considerando noveno.

⁴⁰ Respecto de esto último, la sentenciadora incorporó como argumento una cita al pie de página de la tesis de grado “Procedencia de la maternidad gestacional subrogada en el régimen constitucional chileno”, de Carol RAIL, en la cual su autora plantea como hipótesis la concordancia de la maternidad gestacional subrogada con el ordenamiento constitucional chileno. Para desarrollar su hipótesis analiza el concepto de dignidad y su incidencia en torno a la maternidad gestacional subrogada en el ordenamiento jurídico chileno como en el derecho internacional –entre otros, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)–. Reconoce que la mayoría de la doctrina en Chile sostiene que la maternidad gestacional subrogada atenta contra la dignidad de la persona, transformando al hijo y a la madre sustituta en objetos o instrumentos del derecho, pero que de las lecturas de las definiciones de dignidad “es posible encontrar presente en todas ellas, la autodeterminación, la racionalidad y la libertad como elementos del concepto, los cuales no pueden ser vulnerados sin atentar necesariamente contra la dignidad del ser humano”, enfoque que permite sostener que esta maternidad no convierte a la madre sustituta en objeto del derecho al haber sido esta mediante un acto de voluntad y en uso de racionalidad y libertad decide someterse a esta técnica.

En la tesis analiza los distintos derechos consagrados en el artículo 19 de la Constitución y que resultan a su juicio relevantes para determinar la procedencia de la maternidad gestacional subrogada: derecho a la vida y derecho a procrear; derecho a la igualdad y no discriminación arbitraria; derecho a la intimidad de la persona y su familia, y derecho a la salud en los casos de infertilidad, para concluir que, desde una perspectiva liberal, la maternidad gestacional subrogada no atenta contra la dignidad de las personas, como tampoco tras el análisis del derecho internacional y los derechos fundamentales.

En cuanto al criterio volitivo, en la sentencia no se hace referencia a por qué no sería correcto; por ello la suposición SPk luego no es negada o afirmada, ni se conecta con la respuesta final.

Finalmente, respecto del criterio genético, el tribunal afirma que es una tesis defendida por los autores, que sostienen que el artículo 182 del CC “*constituye una aplicación del sistema general de determinación basado en la descendencia genética, ya que, la expresión legal ‘sometersé’ que utiliza dicho artículo, estaría haciendo referencia a la persona que aporta el material genético, en este caso sus óvulos*”⁴¹, aportando la sentenciadora dos razones

Respecto del tema de la filiación en la subrogación de la maternidad sostiene: “Es evidente que el hecho del parto es normalmente acreditable y brinda la certeza y seguridad necesaria en el derecho de filiación. Es por ello que se establece como una presunción para la determinación de la maternidad, pero una presunción simplemente legal que en principio admitiría prueba en contrario, pues la regla del parto tiene sentido cuando se condice con la realidad, lo que no ocurre en la maternidad disociada donde resulta insuficiente”, agregando a continuación: “Resulta ilógico atribuir la maternidad a una mujer que jamás tuvo el deseo de engendrar un hijo para sí, ni asumir las responsabilidades que de ello derivan, teniendo en especial consideración al bienestar del menor, éste no puede sacrificarse en virtud de la certeza y seguridad que brinda la regla del parto”. Rail adscribe a la tesis de que resultaría más coherente establecer la filiación conforme al criterio volitivo basado en la voluntad procreacional. RAIL (2010), pp. 6-44.

Una respuesta interesante al argumento de la libertad que sostiene Rail lo encontramos en la propuesta de la filósofa Ana de Miguel, quien plantea que “la estructura patriarcal se asienta y difunde por medio de la machacona creencia de cómo ‘ya hay igualdad’, cualquier acción que realicen las mujeres es fruto de la libre elección, del consentimiento”, analizando críticamente la libertad de tales elecciones, desarrollando la idea de que el neoliberalismo económico encuentra, en la desigualdad de género y el neoliberalismo sexual, “una importante fuente de legitimación del núcleo de su discurso: todo tiene un precio, todo se puede comprar y vender”; lo anterior se explica especialmente al estar firmemente interiorizada la ideología patriarcal, la cual, mediante sus modos de socialización que son tan perfectos, la coacción estructural en que se desarrolla la vida de las mujeres, presenta “para buena parte de ellas, la imagen misma del comportamiento libremente deseado y elegido”, generando grandes acuerdos, solapándose en un orden tan natural como libremente elegido. DE MIGUEL (2015), pp. 9-11.

También se puede consultar PULEO (2017), pp. 165-184.

⁴¹ Considerando noveno.

A pie de página el tribunal cita el artículo de Susan Turner “La maternidad disociada”, en el cual plantea la vaguedad del artículo 182 del CC, sosteniendo que “podría entenderse que el art. 182 constituye una aplicación al sistema general de determinación basado en la descendencia genética o, por el contrario, una vía distinta y separada de la regla general y que estaría fundada en la voluntad procreacional. En el primer caso, la expresión legal ‘sometersé’ apuntaría al sujeto que aporta su material genético. En el segundo, se ‘sometería’ a la técnica el que desea ser padre del hijo que nazca a través de la técnica”.

que la llevan a concluir que no es aplicable este criterio (Nñ): la historia del artículo 182 del CC (1ñ) y que no procede una interpretación evolutiva (2ñ), “*ya que el legislador expresamente en actas señaló que no abordaría dicho supuesto*”⁴².

La segunda cuestión que aparece en la argumentación de la sentencia es la relativa a responder: ¿a quién se debe considerar madre en un contrato de maternidad gestacional subrogada? (Qj), desestimado el tribunal el criterio que podría denominarse legal (SPk) y el genético (SPn), afirmando que el interés superior no puede sacrificarse en virtud de la certeza y seguridad que brinda la regla del parto (Al), la que se encuentra conectada con la solución del caso (Sa).

Al preguntarse cómo se determina la filiación en aquellos casos en que es aplicable el artículo 182 del CC, menciona una primera interpretación (genética) que permite concluir que la intervención de técnicas de reproducción asistida no sería una determinación distinta a la filiación natural, quedando la maternidad determinada aplicando el artículo 183 del CC, es decir, sería madre legal aquella que parió al hijo, lo que estaría reafirmado por la reforma introducida en la Ley N° 19.585 a través del artículo 239, al eliminar del mismo la definición de maternidad; en este caso cabría la impugnación en la medida que tenga un titular y una causa legal (las del artículo 217 del CC), estando prohibido la titularidad de acción para la madre genética contra la madre gestante, quedando a salvo la acción del hijo debiendo invocar falso parto o la suplantación del hijo, salvaguardando con ello su derecho a la identidad biológica.

En cuanto a la segunda interpretación (volitiva), “el artículo 182 contendría una vía de determinación especial que atiende a la voluntad de tener un hijo a través de las técnicas”, es decir, sería la madre del hijo la mujer comitente y aportante de su óvulo, “pues ella concurre la voluntad procreacional”. En este caso, para la corregibilidad del vínculo materno, la limitación del inciso segundo del artículo 182 solo sería aplicable a la madre legal (la gestante), pues la ley consideraría madre a la mujer aportante y comitente; en el caso del hijo, no le estaría vedado la impugnación, pero resultaría que su madre legal coincidiría en este caso con su madre genética.

Susan Turner, después de especificar las dos teorías sobre el artículo 182 en relación con la maternidad disociada, considera que la norma “contiene una forma especial y distinta de determinación de la filiación basada en la voluntad de ser padre o madre del hijo nacido por fertilización asistida”, que importaría una solución más conveniente para el hijo nacido a raíz de esta técnica, debiendo la ley preferir a quien, a través de su voluntad, dio origen a su nacimiento, más allá de la licitud o ilicitud del pacto de maternidad subrogada.

La autora concluye en su artículo afirmando que para un tratamiento normativo sobre esta materia que se considere como elemento rector la voluntad procreacional que “jugaría un rol preponderante al reconocersele fuerza para dar origen al estado civil pero, al mismo tiempo, quedaría restringida la posibilidad de corregir el vínculo así establecido a través de la impugnación”. TURNER (2003), pp. 451-455.

⁴² Considerando noveno.

3. ¿Es nulo el contrato maternidad subrogada? (Qo)

Finaliza la sentencia en el considerando undécimo respondiendo a la pregunta: ¿es nulo el contrato maternidad subrogada? (Qo), sosteniendo que para algunos autores lo es, atendida: (i) la ilicitud del objeto, “*al versar el pacto sobre el cuerpo humano, transformándolo en un objeto de comercio*” (SPp)⁴³, y (ii) por causa ilícita, “*al atentar contra la moral y las buenas costumbres*” (SPq).

Respecto del objeto y de la causa ilícita, el tribunal puso como ejemplo de autores que sostienen que el contrato es nulo a Maricruz GÓMEZ DE LA TORRE (Ar), haciendo referencia a su libro *La fecundación in vitro y la filiación*⁴⁴, en el que la autora reconoce que la maternidad subrogada es “la más controvertida de las técnicas de reproducción asistida, debido a los problemas de carácter ético jurídico que plantea”, y que debe ser desestimada al comportar una grave lesión a la dignidad humana, en especial cuando se realiza por medio de un contrato oneroso, definiendo, él mismo, como “el alquiler de las funciones reproductivas o del organismo de la mujer y la renuncia de sus derechos como madre biológica a favor de la pareja contratante, ora en función del propio contrato de gestación, ora en virtud de la adopción del niño por parte de la mujer o de la pareja contratante”. Para luego preguntarse: ¿cuál es la validez de este contrato? —que es precisamente la referencia que se hace en la sentencia—, sosteniendo que este pacto contravendría la dignidad humana, en cuanto la más elemental regla de orden público; respecto de la causa u objeto ilícito, Maricruz GÓMEZ hace referencia a la doctrina española que, antes de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, consideraba mayoritariamente inexistentes estos contratos, puesto que no pueden ser objetos del contrato las cosas que están fuera del comercio humano, como es el cuerpo humano. Respecto a la causa ilícita, el fundamento para la misma es porque se opone a la moral, tanto si se trata de una cesión gratuita como onerosa; traspasando este contrato los límites de la autonomía privada en razón “de que el objeto del negocio

⁴³ Respecto de la causal de nulidad por objeto ilícito, en un pie de página cita el mismo artículo de Hernán Correa contenido en la representación 1c.1, en el cual el autor afirma: “En caso de llegar a nacer un hijo por medio de un contrato de maternidad subrogada [sic], entendemos que el acuerdo adolecerá de causa y objeto ilícito, y no será ejecutable”, sin dar razones el autor para afirmar aquello. CORRAL (2000), p. 4.

⁴⁴ GÓMEZ (1993), pp. 197-237.

sería la persona por lo que dicho contrato resultaría ilícito, por ser contrario a los principios de orden público hoy vigentes en la sociedad”.

Ilícitudes que a juicio del tribunal no se darían en el caso (Nt), “*ya que no se estaría transformando en ‘objetos de comercio’ el cuerpo de la mujer que gesta a la criatura, ni a las hijas*”⁴⁵, al tratarse de un contrato gratuito (1t). Si bien en la sentencia se plantea que la nulidad del contrato no sería una sanción aplicable al caso al tratarse de un contrato gratuito, en el debate sobre la maternidad subrogada no existe un acuerdo ni en la doctrina ni en las legislaciones de otros países sobre el tema. En tal sentido, la autora Kajsa EKIS EKMAN plantea que “la distinción que se hace entre subrogación altruista y comercial es indecorosa. En realidad no hay ninguna diferencia entre ellas. En ambas ocurre lo mismo: la mujer es reducida a un contenedor”⁴⁶.

Legislaciones como la española sancionan estos contratos con nulidad, sin distinguir si se trata de un contrato gratuito u oneroso. Es así como el artículo 10 de la Ley N° 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida declara la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución; la norma es del siguiente tenor: “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga 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”⁴⁷.

⁴⁵ Considerando undécimo.

⁴⁶ EKIS (2017), p. 203.

La autora sostiene que el comercio con el embarazo tuvo sus orígenes en Estados Unidos en el decenio de 1970, convirtiéndose en una industria legalizada y floreciente en este país, como también en la India. En este último país la industria de maternidad subrogada se valorizó en el 2006 en 449 millones de dólares estadounidenses, afirmando además que en la mayoría de los casos, la mujer que da a luz, independientemente de si es ucraniana, india o estadounidense, es más pobre que lo que pagan por el niño, concurriendo dos partes, por un lado personas pudientes de países desarrollados y, por otro, mujeres de países en desarrollo o mujeres de menos recursos, que solo tienen su cuerpo. La autora agrega que: “[...] podemos considerar la maternidad subrogada como un intento de reglamentar la relación tradicional entre el proletariado y las clases altas por medio de un contrato. Por este medio, la diferencia de poder económico entre los ricos y el proletariado se ‘purifica’ y rehace como una relación de igualdad”, cosificando no solo a la mujer o al niño, sino la vida: “la propia existencia es mercantilizada”. EKIS (2017), pp. 167-203.

⁴⁷ El Tribunal Supremo español se pronunció respecto de esta norma en el año 2014. El caso se trata de dos varones casados en 2005, quienes solicitaron en el Registro Civil consular de Los Ángeles (California, Estados Unidos) la inscripción de nacimiento de dos hijos nacidos en dicho Estado norteamericano el 24 de octubre de 2008 mediante gestación por sustitución. El

encargado del Registro Civil consular denegó la inscripción solicitada, invocando la prohibición de la denominada gestación por sustitución establecida en el artículo 10 de la citada ley, resolución contra la cual los interesados interpusieron recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el que solicitaron la revocación de la decisión del encargado del Registro Civil, dictando la Dirección General resolución el 18 de febrero de 2009, estimando el recurso y *“ordenando se procediera a la inscripción en el Registro Civil del nacimiento de los menores tal como constaba en las certificaciones registrales extranjeras presentadas, en las que ambos recurrentes figuraban como padres de los nacidos. La resolución consideraba que dicha solución no vulneraba el orden público internacional español, evitaba una discriminación por razón de sexo y protegía el interés superior del menor”* (Resolución JUR\2009\154581).

Resolución contra la cual el Ministerio Fiscal presentó demanda en la que impugnaba la misma, dejando el Juzgado de Primera Instancia N° 1 de Valencia sin efecto la resolución y cancelando la inscripción de nacimiento, recurriendo de apelación los solicitantes, desestimando el recurso la Audiencia Provincial.

Contra esta última se interpuso recurso de casación fundado en la vulneración del principio de igualdad en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de estos consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño, cuestión que fue vista por el pleno del Tribunal Supremo, el que rechazó el recurso. El voto de mayoría se fundó en los argumentos que paso a explicar. Primeramente razona en el sentido de que no estamos ante un conflicto de leyes, sino la del reconocimiento de una decisión de autoridad adoptada por la autoridad administrativa del Registro Civil de California, debiendo resolver si esa decisión mediante la cual se inscribió el nacimiento de los niños, determinando la filiación de ambos respecto de los peticionarios, puede ser reconocida y desplegar sus efectos en el sistema jurídico español.

La sentencia de 6 de febrero de 2014 considera que el control respecto del procedimiento de reconocimiento, que consiste en que la certificación del registro extranjero sea regular y auténtica, de que no haya dudas de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española; por consiguiente, el control no se limita solo a los aspectos formales, debiendo extenderse a cuestiones de fondo, de lo que deriva que la legalidad conforme a la ley española de los asientos extendidos en registros extranjeros, si bien no puede entenderse como absoluta conformidad con todas y cada una de las exigencias de la legislación, sí ha de hacerlos con respecto a las normas, principios y valores que encarnan el orden público internacional español, que en el caso de las normas que regulan los aspectos fundamentales de la familia, y dentro de ella, las relaciones paternos-filiales, tiene un anclaje en diversos preceptos constitucionales: derecho al libre desarrollo de la personalidad, derecho a contraer matrimonio, derecho a la intimidad familiar, protección de la familia, protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley. Formando parte de este orden público de protección de la infancia, y el derecho a la integridad física y moral de las personas y el respeto a su dignidad; estos últimos constituyen uno de los fundamentos constitucionales del orden político y de la paz social, actuando en su conjunto como límites al reconocimiento de las decisiones de autoridades extranjeras.

Seguidamente reconoce que, tal como afirman los recurrentes, la determinación de una filiación por criterios distintos a los puramente biológicos no constituyen en sí una contravención al orden público, lo que no se acepta es que los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneran la dignidad de la mujer gestante y del niño, *“mercantilizando la gestación y la filiación, ‘cosificando’ a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran*

Si bien he abordado de manera sucinta la problemática de la nulidad del contrato de maternidad gestacional subrogada, es el tema más complejo respecto del cual el tribunal se pronunció, existiendo un profuso debate en torno al mismo.

IV. CONCLUSIONES

Analizar los argumentos que señaló el tribunal para dar lugar a las acciones de impugnación y reclamación de la maternidad interpuesta por la mujer que tuvo la intención y quien aportó el material genético, junto a su pareja, para dar vida a dos niñas gestadas no por ella, sino por su madre, criándolas como sus hijas, me permitió representar y evaluar las razones por las cuales se declaró finalmente que las niñas M.J. y M.I. son hijas de la demandante.

Las tres cuestiones principales en los que el tribunal centró el análisis del caso, y que reconducidas a preguntas se representaron a través de Qb. Qj y Qo, fueron conectadas con la solución final, centrándose los argumentos

mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de ‘ciudadanía censitaria’ en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población” (punto 6, valoración de la Sala). Agrega el tribunal que el contrato de gestación por sustitución y la consiguiente gestación, parto y entrega de los niños está prohibida en España, declarando nulo el contrato y no reconociendo la filiación de los padres intencionales o comitentes respecto del niño que nazca como consecuencia de dicha gestación: la filiación materna quedará determinada por el parto y se prevé la posibilidad del ejercicio de la acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico.

En cuanto al interés superior del menor, lo que para el tribunal es un concepto jurídico indeterminado, estos es: *“Una cláusula general susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial”* (considerando 5.3), lo que no permite al juez alcanzar cualquier resultado en aplicación del mismo, debiendo tomar en consideración los valores asumidos por la sociedad, contenidos tanto en reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales, y, en caso de concurrir otros bienes jurídicos, es necesario realizar una ponderación; entre esos bienes jurídicos se encuentra *“el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación”* (considerando 5.7). Contra esta sentencia se interpuso incidente de nulidad, el que fue rechazado el 2 de febrero de 2015.

Una interesante crítica de la sentencia se puede consultar en ATIENZA (2014), pp. 440-445. Para la revisión de la evolución en las decisiones adoptadas en España sobre el tema en orden cronológico, se puede consultar EMALDI (2017), *passim*.

en el derecho a la identidad y el interés superior de las niñas, reconociendo que en este caso se acreditó que genética, social y afectivamente las niñas son hijas de la demandante, no siendo nulo el contrato de maternidad subrogada en razón de la gratuidad del mismo.

Quedan abiertas muchas preguntas respecto de la maternidad gestacional subrogada, planteando desafíos en el debate sobre los derechos y en el campo de la bioética; debates ineludibles en estos tiempos y que abrirá las puertas a preguntas tales como: ¿es madre quien gesta? ¿Se puede disociar la maternidad tradicional? ¿Es solo posible este pacto cuando es gratuito o pagado en ciertas condiciones? Preguntas sobre los límites de lo permisible o no en relación con los valores y principios que fundan nuestros pactos sociales.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE, Silvina *et al.* (2014): “El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas”, *Cuaderno* N° 5, SIPI, Sistema de Información sobre la Primera Infancia en América Latina, Disponible en <http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf>.
- ALEXY, Robert (2012): *Teoría de los derechos fundamentales* (traducción de Carlos Bernal Pulido, 2ª edición (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- ATIENZA, Manuel (2014): *Curso de argumentación jurídica*, 2ª reimpresión (Madrid, Editorial Trotta).
- (2017): *Filosofía del derecho y transformación social* (Madrid, Editorial Trotta).
- CHIASSONI, Pierluigi (2011): *Técnicas de interpretación jurídica. Brevario para juristas* (traducción de Pau Luque Sánchez y Maribel Narváz Mora (Madrid, Editorial Marcial Pons).
- CILLERO BRUÑOL, Miguel (1999): “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. Disponible en <http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf>.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2000): “Reproducción humana asistida y filiación. Un análisis del nuevo artículo 182 del Código Civil”. Disponible en <<https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/art-182cc.pdf>>.

- DE ASÍS ROIG, Rafael (1995): *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento* (Madrid, Marcial Pons).
- DE MIGUEL, Ana (2017): *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*, 8ª edición (Madrid, Ediciones Cátedra).
- EKIS EKMAN, Kajsa (2017): *El ser y la mercancía: Prostitución, vientres de alquiler y disociación* (Barcelona, Ediciones Bellaterra).
- EMALDI CIRIÓN, Aitziber (2017): “Implicaciones éticas y jurídicas de la maternidad subrogada. Aproximación a una visión europea”. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X201700020022>.
- GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz (1993): *La fecundación in vitro y la filiación*, 1ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- LIFANTE VIDAL, Isabel (2018): *Argumentación e interpretación jurídica: Escepticismo, intencionalismo y constructivismo* (Madrid, Editorial Tirant lo Blanch).
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David (2004): *Jueces, derecho y política. Los poderes del juez en una sociedad democrática* (Navarra, Editorial Thomson).
- PULEO, Alicia (2017): “Nuevas formas de desigualdad en un mundo globalizado. El alquiler de úteros como extractivismo”. Disponible <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6144005>>.
- RAIL PACHECO, Carol (2010): *Procedencia de la maternidad gestacional subrogada en el régimen constitucional chileno*. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Disponible en <<http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2010/fjr152p/doc/fjr152p.pdf>>.
- SALAZAR BENÍTEZ, Octavio (2017): “La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: Algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos”, en *Revista de Derecho Político* N° 99. Disponible en <<http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/19307>>.
- TURNER SAEZLER, Susan (2003): “La maternidad disociada”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXIV (Valparaíso).

JURISPRUDENCIA CITADA

- Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de noviembre de 2012. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf>.
- Atala Riffo y niñas vs. Chile* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de febrero de 2012. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf>.
- C. P.CH. A. contra A.V.A.C.* (2018): Segundo Juzgado de Familia de Santiago, 8 de enero de 2018.
- Sentencia N° 835/2013, Sala de lo Civil Pleno, Tribunal Supremo español, 6 de febrero de 2014. Disponible en <<https://supremo.vlex.es/vid/filiacion-reconocimiento-extranjero-494106606>>.
- Sentencia N° 335/2015, Sala de lo Civil Pleno, Tribunal Supremo español, 2 de febrero de 2015. Disponible en <<http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/acbe691a198cb5c4/20150213>>.
- Resolución JUR\2009\154581, Dirección General de los Registros y del Notariado, 18 febrero 2009. Disponible en <<http://www.legaltoday.com/informacion-juridica/jurisprudencia/civil/resolucion-de-la-direccion-general-de-los-registros-y-del-notariado-de-18-febrero-2009>>.
- Sentencia N° 826-11, Sección Décima de la Iltma. Audiencia Provincial de Valencia, 23 de noviembre de 2011. Disponible en <[www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es/APValencia/2011.11.23/REC%20N%20949.2011.pdf)> APValencia 2011.11.23 REC N° 949.2011.pdf>.

