

## LA MATERNIDAD DISOCIADA\*

SUSAN TURNER SAELZER  
Universidad Austral de Chile

### RESUMEN

En el presente trabajo se aborda el tema de la maternidad disociada derivada de una donación de óvulo o del supuesto de maternidad subrogada en su sentido estricto y sus particularidades frente a la maternidad que reúne en una mujer a la aportante de los gametos y a la gestante. En este contexto, en la primera parte se contrastan los procesos biológicos con los actos voluntarios como elementos determinantes para el establecimiento de la maternidad en sus hipótesis de disociación y se realiza un paralelo entre maternidad y paternidad disociadas a la luz del principio de igualdad. En la segunda parte, el análisis se centra en los artículos 182, 183 y 217 del Código Civil, con la finalidad de exponer las distintas interpretaciones surgidas frente a la cuestión de la determinación e impugnación de la maternidad en los casos especiales en que se encuentra escindida.

**PALABRAS CLAVES:** Maternidad, disociación, filiación, estado civil, determinación, impugnación.

### ABSTRACT

This paper addresses the issue of dissociated maternity derived from either the donation of an ovule or the assumption of surrogate motherhood in its strict sense and its particularities in the face of the maternity that brings together the contributing and the gestating individual in one woman only. In this context, the article's first part contrasts the biological processes with the voluntary acts as decisive components of the establishment of motherhood in its dissociation hypothesis, and a parallelism between dissociated motherhood and fatherhood, in light of the equality principle, is presented. In the second part, the analysis focuses on Articles 182, 183, and 217 of the Penal Code in order to put forth various interpretations that have emerged not only from the determination of maternity but also from the objection to it, especially in cases where it has been dissociated.

**KEY WORDS:** Maternity, dissociation, affiliation, marital status, determination, objection.

---

\* El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto N° S-200366 de la Dirección de Investigación y Desarrollo de la Universidad Austral de Chile, denominado *La determinación de la maternidad en el ámbito de la filiación asistida*.

## I. INTRODUCCIÓN

La posibilidad de que la maternidad se presente disociada en tres mujeres distintas, la aportante del óvulo o madre genética, la que lleva a cabo el embarazo o madre gestante y la que desea tener al hijo o madre comitente, constituye un desafío para el derecho de la filiación, en el sentido que demanda de éste una regulación que se haga cargo de las diferencias que presenta la filiación asistida con intervención de terceros respecto de la filiación natural pero que, sin embargo, sea susceptible de incorporarse armónicamente en el sistema normativo respectivo.

En cuanto a la maternidad subrogada<sup>1</sup>, como manifestación de la maternidad disociada, el derecho comparado muestra que existen distintas formas de abordar la problemática que trae consigo. En España se optó por la vía civil, declarándose la nulidad absoluta del pacto de maternidad de sustitución y, coherentemente con ello, la determinación de la filiación del hijo por el parto<sup>2</sup>. La sanción afecta, por lo tanto, a la validez del contrato, haciendo inexigibles sus efectos y opera como una advertencia a los operadores jurídicos sobre la ineficacia del convenio<sup>3</sup>. Una vez nacido el hijo, sucederán normalmente a la sanción civil las de orden penal por los delitos de suposición de parto en la mujer comitente y el de entrega del menor a terceros para alterar su filiación, en la gestante, según el artículo 220 del Código Penal<sup>4</sup>. En Alemania, en cambio, el tema se reguló fundamentalmente en el ámbito penal, siendo la nulidad de los actos relacionados con los ilícitos una aplicación del principio de ineficacia de los pactos que contravienen una prohibición legal, según el parágrafo 134 del Código Civil alemán (BGB). La ley de Protección de Embriones (*Embryonenschutzgesetz*) de 1991 combina la consagración de una serie de limitaciones frente a los

---

<sup>1</sup> Existen distintas denominaciones para referirse a la figura en virtud de la cual una mujer se obliga convencionalmente a gestar un embrión ajeno para entregarlo en forma definitiva después de su nacimiento. En este sentido, ver Junquera de Estéfani, Rafael, *Reproducción asistida, filosofía ética y filosofía jurídica*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998, p. 135.

<sup>2</sup> El artículo 10.2 de la ley 35/88 señala: "1.- *Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncie a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2.- La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto*".

<sup>3</sup> VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, *La regulación de la reproducción humana asistida en el Derecho español* en VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, et. al., *Las técnicas de reproducción asistida en el Derecho español* (Editorial Comares, Granada, 1998), p. 119.

<sup>4</sup> BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco, *Delitos relativos a la reproducción asistida*, en VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, et. al., op. cit., p. 178.

excesos de la medicina reproductiva con prohibiciones absolutas<sup>5</sup>. Una de las metas concretas de esta ley fue la de frenar de antemano los casos de maternidad disociada<sup>6</sup> y para ello hizo punibles tanto la fecundación de un óvulo para traspasar el embrión a otra mujer (parágrafo 1 I N° 2, II) como las donaciones de embriones (parágrafos 1 I N° 1, 2, 6, 7 II), con lo cual quedan proscritas todas las formas de maternidad disociada, pero sin que la sanción recaiga ni sobre la mujer comitente ni sobre la donante o gestante, según lo dispone en el parágrafo 1 III.<sup>7</sup> Complementando lo anterior, la ley de intermediación en la adopción (*Adoptionsvermittlungsgesetz*) en su parágrafo 13 c, prohíbe y castiga la intermediación, aun meramente privada, para los fines de una maternidad subrogada.

Las dificultades planteadas al legislador en la regulación de la maternidad disociada provienen, entre otros, de la tensión producida en el ámbito de la filiación asistida con intervención de terceros entre principios tradicionales de la filiación por naturaleza, como aquel del *mater semper certa est* y de la indisponibilidad de los derechos de familia, y aquellos nuevos principios reconocidos a partir de los derechos fundamentales de igualdad y de identidad<sup>8</sup>. Así, se ven enfrentadas la idea de la descendencia genética como base de la filiación con el nuevo rol asignado a la voluntad como fuente del estado civil; la exigencia de una normativa respetuosa del principio de igualdad entre padre y madre y la necesidad de reconocer las diferencias impuestas por los distintos roles biológicos que ambos juegan en el proceso de gestación.

En el presente trabajo abordaré, en su primera parte, el análisis de los extremos que, en una relación de oposición, marcan el campo regulatorio de la maternidad disociada. En este contexto, estudiaré la dicotomía entre procesos biológicos y actos voluntarios como elementos determinantes para el establecimiento de la maternidad en sus hipótesis de disociación, para luego realizar un paralelo entre maternidad y paternidad disociadas a la luz del principio de igualdad. La segunda parte del trabajo consistirá en un

---

<sup>5</sup> DEUTSCH, Erwin, *Embryonenschutz in Deutschland*, en *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW.) (1991), p. 721 (725).

<sup>6</sup> Keller, Rolf, et. al., *Embryonenschutzgesetz* (Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 1992), p. 121.

<sup>7</sup> COESTER-WALTJEN, Dagmar, *Künstliche Fortpflanzung und Zivilrecht*, en *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* (FamRZ.) (1992), p. 369.

<sup>8</sup> Estos principios, junto al del Interés Superior del Niño, constituyen las ideas matrices fundamentales detrás del nuevo estatuto de filiación. Cfr. VELOSO VALENZUELA, Paulina, *Principios fundamentales del nuevo estatuto de filiación*, en SCHMIDT, Claudia - VELOSO, Paulina, *La filiación en el Nuevo Derecho de Familia* (Conosur, Santiago, 2001), p. 9 ss.

análisis *lege lata* de la maternidad disociada, esbozando las distintas opciones interpretativas que surgen frente a la cuestión de la determinación e impugnación de la maternidad.

## II. LA MATERNIDAD DISOCIADA Y LOS ELEMENTOS EN CONFLICTO QUE MARCAN SU REGULACIÓN

En las hipótesis de maternidad disociada, la cadena de elementos que tradicionalmente se sucedían reunidos en una sola mujer, léase, aporte genético, concepción, embarazo, parto y cuidado maternal, se rompe, apareciendo los mismos en forma escindida.

Frente a la situación de la paternidad, en que cabe distinguir a lo más entre dos padres, el genético y el de deseo o comitente, en la maternidad las posibilidades aumentan a tres: madre genética, madre gestante y madre de deseo o comitente<sup>9</sup>.

La maternidad disociada derivada de una donación de óvulo o embrión y en aquella generada por una maternidad subrogada en su sentido originario, esto es, cuando el óvulo proviene de la comitente<sup>10</sup>, existe una mujer que aporta su óvulo y otra que gesta la criatura.

Hasta antes de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, había sido la determinación de la paternidad el desafío más arduo enfrentado por el derecho de la filiación, manteniéndose el ámbito de la maternidad como uno mucho más pacífico, en el que se imponía el parto como regla cierta para su establecimiento. Sin embargo, ese panorama ha cambiado y de la maternidad surgen, a lo menos, tres aspectos controvertidos: (i) la

---

<sup>9</sup> Esta disociación triple se produce cuando el óvulo proviene de una tercera mujer, distinta de la que desea ser madre y de la gestante. Esta hipótesis extrema queda fuera del presente análisis puesto que, en mi opinión, queda cubierta por la categoría filiativa de la adopción. En efecto, la madre de deseo o comitente no realiza ningún aporte biológico, ni genético ni fisiológico, para el nacimiento del hijo. Su nexa es exclusivamente volitivo. Mirado el caso desde la perspectiva de la madre genética o de la gestante, resultan aplicables los argumentos y conclusiones que siguen.

La misma exclusión vale, pero por razones distintas, para el caso asimilado a la maternidad subrogada en que la mujer que reúne las características de aportante y gestante acepta entregar a la comitente el hijo después de su nacimiento, ya que en él la maternidad realmente no se presenta disociada, debiendo operar, por ende, la regla de determinación a través del parto, sin perjuicio de la posibilidad de cambiar el estatus del hijo por la vía de la adopción.

<sup>10</sup> MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. - MASSIGOGE BENEGIN, J.M., *Maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español* (Editorial Dykinson, Madrid, 1994), p. 21; SILVA SALCEDO, Paulina, *Arrendamiento de útero* (Editorial Conosur, Santiago, 1996), p. 34; CÁRCABA FERNÁNDEZ, María, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana* (Bosch Editor, Barcelona, 1995), p. 168.

relación entre procesos biológicos y actos voluntarios como elementos determinantes para el establecimiento de la maternidad; (ii) la confrontación de maternidad y paternidad disociadas y el imperativo impuesto por el principio de igualdad; y (iii) la relación entre procesos biológicos y actos voluntarios como elementos determinantes para el establecimiento de la maternidad.

La regla contenida en el artículo 183 del CCCh., según la cual la maternidad queda legalmente determinada por el parto, refleja la normalidad de los casos y al mismo tiempo, constituye una excepción al principio de la búsqueda del nexo biológico como base para la determinación de la filiación, específicamente, de la maternidad pues se le resta toda relevancia al origen del óvulo. En la generalidad de los alumbramientos, la misma mujer que pare es la que aporta sus gametos y por consiguiente, la regla del parto hace coincidentes las maternidades genética y gestacional. Sin embargo, en las situaciones de maternidad disociada, la referida regla excluye como madre a la genética.

Tradicionalmente, la filiación se ha basado en el hecho biológico de ser una persona procreada por otra. El ordenamiento se aparta de este fundamento cuando reconoce primacía a la voluntad por sobre el elemento biológico<sup>11</sup>. Así ocurre, por ejemplo, en el reconocimiento de hijo cuando éste no desciende genéticamente del reconociente y en la posesión notoria de estado derivada de una situación de hecho creada por los involucrados. La situación es más evidente en la filiación adoptiva, donde el ordenamiento renuncia a toda asimilación con la filiación por naturaleza, a no ser en sus efectos, reconociendo al acto voluntario, sancionado judicialmente, el mérito de hacer surgir una filiación.

¿Dónde situar la maternidad derivada de aportes de gametos de terceras? ¿Es posible subsumirla dentro de las categorías de la filiación tradicional o ellas quedan obsoletas frente a esta nueva realidad? Las opciones que se abren son dos: entenderla incorporada dentro de la filiación con base biológica, regida fundamentalmente por la regla del parto, o, por el contrario, considerarla una manifestación de la filiación de origen voluntario. Según la primera opción, en las hipótesis de maternidad disociada siempre sería madre la gestante. De acuerdo con la segunda, sería madre del hijo aquella en que resida la voluntad procreacional, es decir, en el caso de una donación de óvulo, la madre gestante que recibió el gameto ajeno, y en el caso de la

---

<sup>11</sup> Gonzalo Figueroa distingue entre la noción de maternidad y paternidad que da relevancia al factor genético y aquella que se lo da a la voluntad de hacer nacer un niño. FIGUEROA YÁNEZ, Gonzalo, *Derecho Civil de la Persona. Del genoma al nacimiento* (Editorial Jurídica, Santiago, 2001), p. 247 ss.

maternidad subrogada en su sentido estricto, la madre que aportó el óvulo para que otra mujer gestara la criatura y posteriormente se la entregue.

De lo anterior se concluye que, más allá del campo teórico, la concepción de esta forma de filiación trae importantes consecuencias prácticas. Siguiendo la regla tradicional del parto, en los casos de maternidad disociada nunca la mujer que desea tener un hijo, pero que está físicamente impedida para ello, llegará a ser legalmente la madre de aquél.

A favor de la posición que considera aplicable a los casos de maternidad subrogada un estatuto jurídico basado en el aspecto biológico de la descendencia y por consiguiente, considera como madre a la mujer gestante, pueden señalarse los siguientes argumentos:

i) Si bien en estos supuestos el hijo no se concibe como fruto de una relación sexual de la pareja que desea tenerlo, en todo caso ambos miembros de la misma intervienen directa y biológicamente en el proceso. La mujer, sea prestando su útero para la gestación, en la donación de óvulos, sea aportando los gametos en la maternidad subrogada. El hombre, a través de la dación de sus espermios. Ello amerita la asimilación de estos casos a la filiación por naturaleza.

ii) La regla del parto para la determinación de la maternidad presenta la ventaja de otorgar una certeza absoluta y desde el primer momento al hijo en cuanto a su ordenación respecto de su madre<sup>12</sup>, además de facilitar enormemente la prueba de la maternidad<sup>13</sup>.

iii) Ligar la maternidad al deseo de una mujer de ser madre implica abandonar las estructuras objetivas y manejables del Derecho y hacer sucumbir los principios de la filiación adoptiva<sup>14</sup>.

iv) Los negocios de familia están sustraídos de la autonomía de la voluntad y por consiguiente, una renuncia de la maternidad por parte de la mujer gestante, en la maternidad subrogada, no vale<sup>15</sup>.

A favor, en cambio, de dar preeminencia en los casos de maternidad disociada a la voluntad de ser madre por sobre el aspecto biológico, hablan los siguientes argumentos:

i) La autorización a someterse a una técnica de reproducción asistida con

<sup>12</sup> MUTSCHLER, Dietrich, *Emanzipation und Verantwortung. Zur Neuregelung des Abstammungsrecht*, en FamRZ (1994), p. 65 (66); MORO ALMARAZ, María Jesús, *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro* (Bosch, Barcelona, 1988), p. 219.

<sup>13</sup> SILVA SALCEDO, Paulina, op. cit., p. 108, CÁRCABA FERNÁNDEZ, María, op. cit., p. 143; FIGUEROA YÁNEZ, Gonzalo, op. cit., p. 249.

<sup>14</sup> COESTER-WALTJEN, Dagmar, *Rechtliche Probleme der für andere übernommenen Mutterschaft*, en NJW. (1982), p. 2528 (2529).

<sup>15</sup> MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M.- MASSIGOGUE BENEGIN, J.M., op. cit., p. 100.

intervención de gametos de terceros, es el hecho que genera la existencia misma del hijo<sup>16</sup>. Es una decisión insustituible y causa eficiente de la procreación<sup>17</sup>. Es decir, más allá del efecto propio del reconocimiento de atribuir un estado civil al hijo ya nacido, en este caso el consentimiento es responsable de la concepción del hijo y por consiguiente, debe dársele un poder aún mayor al acto voluntario que en el reconocimiento.

ii) Privilegiar el bienestar del hijo atribuyéndoselo a aquella mujer que quiso tenerlo y no a la que a sabiendas de que no tendría ningún derecho futuro sobre el hijo decide colaborar con el aporte de sus gametos o en la gestación<sup>18</sup>. De ningún modo resulta aceptable que, como vía para desincentivar los contratos asociados a la maternidad disociada, se adopte una solución legal que privilegie su sentido disuasivo antes que el bienestar del hijo<sup>19</sup>.

Siguiendo esta última tesis de privilegiar el aspecto volitivo por sobre el biológico, Rivero Hernández<sup>20</sup> plantea la utilidad de crear una segunda categoría de filiación civil, formal, no biológica o genética, al modo de la filiación adoptiva, para los supuestos de fecundación asistida con intervención de terceros. Los resguardos legales debieran operar a través de la exigencia de ciertas condiciones para registrar a los padres comitentes como padres, que en el caso de la maternidad subrogada podrían ser los siguientes: acuerdo notarial con la mujer gestante, informe médico que acredite la procedencia genética del embrión de la pareja comitente y ausencia de oposición de parte de la mujer gestante<sup>21</sup>.

En mi opinión, y partiendo de la base que cualquier regulación de la maternidad disociada debe atender en primer lugar al bienestar del hijo, debiera prevalecer el elemento volitivo. Es decir, atribuir a la voluntad la

<sup>16</sup> Al respecto, y conociendo de una inseminación heteróloga consentida por el marido, El Tribunal Constitucional Federal alemán señaló que una vez producida la concepción se inicia un camino sin retorno que ni el marido ni la mujer pueden detener y que, de transcurrir normalmente el proceso, conducirá a la existencia del hijo. Sentencia de fecha 3.5.1995, publicado en FamRZ. (1995), p. 861 (864).

<sup>17</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, *La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial*, en AA. VV., *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana* (Editorial Trivium, Madrid, 1988), p. 146.

<sup>18</sup> HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., *La atribución de la maternidad en la gestación contratada*, en AA. VV., op. cit., p. 445-446.

<sup>19</sup> MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. - MASSIGOGUE BENEGIN, J. M., op.cit., p. 84; COESTER-WALTJEN, Dagmar, *Ersatzmutterchaft auf amerikanisch. Die Entscheidung des Supreme Court of New Jersey im Fall "Baby M"*, en FamRZ. (1988), p. 573 (574).

<sup>20</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, op. cit., p. 166.

<sup>21</sup> MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. - MASSIGOGUE BENEGIN, J. M., op. cit., p.85.

fuerza de ser constitutiva de estado posponiendo a la mera derivación genética. En este sentido, me parece que la filiación asistida con intervención de terceros se acerca más a la filiación adoptiva que a la por naturaleza. Los esfuerzos debieran concentrarse, entonces, más que en acomodar los supuestos de maternidad disociada a una normativa basada en la veracidad biológica, pretendiendo darle su misma apariencia, en concebir un *tertium genus* que los haga suyos realmente. En esta nueva categoría filiativa el rol de la voluntad aparecería reforzado al reconocérsele la capacidad de crear estado civil y el equilibrio se lograría a través de un sistema restringido de corrección del vínculo filiativo, en virtud del cual quien a través de un acto voluntario hizo suyo al hijo, no pueda posteriormente impugnar dicha filiación<sup>22</sup>.

Concretamente, en el caso de una donación de óvulo, debiera reconocérsele validez a la renuncia que haga la donante de sus derechos respecto del hijo a favor de la mujer gestante<sup>23</sup> y ello en atención a que esta última es la que, conociendo las consecuencias de la donación, consintió en tomar el rol de madre. En definitiva, a su respecto opera el parto como título de atribución al coincidir con el acto voluntario. En el caso de la maternidad subrogada en su sentido estricto, la madre gestante del embrión ajeno no desea ser madre y en cambio, la aportante del óvulo sí. Si el embrión es de la pareja comitente, me parece que nada justifica el atribuir la maternidad a la mujer gestante y la paternidad a su marido, en virtud de la presunción *pater is est*. En cambio, la doble realidad, genética y volitiva, reunida en la pareja comitente, debiera prevalecer por sobre la gestante<sup>24</sup>.

### III. LA CONFRONTACIÓN DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD DISOCIADAS Y EL IMPERATIVO IMPUESTO POR EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

El efecto disociador generado por las técnicas de reproducción asistida con intervención de terceros presenta importantes diferencias según si el análisis recae sobre la maternidad o sobre la paternidad del hijo nacido de las mismas. El tema se muestra abiertamente menos conflictivo respecto de la pa-

<sup>22</sup> La corregibilidad del vínculo sólo quedaría a salvo para el propio hijo. En este sentido, CORRAL TALCIANI, Hernán, *Determinación de la filiación y acciones de estado en la reforma de la ley N° 19.585, 1998*, en RDUCV. 20 (1999), p. 39 (87) nota 62.

<sup>23</sup> Con acierto anota María Jesús Moro Almaraz, que esta mujer aportante es tan "madre biológica" como la gestante pues también colabora con una faceta de orden biológico. MORO ALMARAZ, María Jesús, op. cit., p. 253.

<sup>24</sup> FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco, *Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida* (Editorial Comares, Granada, 1999), p. 131; FIGUEROA YÁNEZ, Gonzalo, op. cit., p. 255.

ternidad que de la maternidad. La donación de semen y por consiguiente, la doble paternidad –genética y comitente o de deseo– se acepta ampliamente, cuestión que no ocurre con su símil del aporte de óvulo a la mujer gestante<sup>25</sup>. Mientras en una inseminación heteróloga se considera padre al hombre que con su voluntad determinó el nacimiento del hijo por sobre aquel de quien provienen los gametos, en su caso paralelo de fertilización *in vitro* con donación de óvulo, la sola voluntad de la mujer no parece ser el elemento decisivo para el establecimiento de la maternidad<sup>26</sup>. Más bien se hace primar el elemento biológico, específicamente la gestación, desplazando tanto al genético como al volitivo.

¿Cuál es el fundamento de hacer primar en el caso de la paternidad la voluntad de tener un hijo y en el caso de la maternidad, en cambio, posponerla frente al hecho del parto? ¿Porqué en el caso de la paternidad se acepta la argumentación que ella no es una simple cuestión de aporte genético<sup>27</sup> y en cambio, respecto de la madre no se acepta que la maternidad no es sólo el hecho del parto? ¿Porqué se renuncia a la construcción simétrica de las filia-ciones maternas y paternas fundando ambas en elementos diversos?

El primer impulso de argumentar en el sentido que naturalmente no pueden primar en la paternidad elementos en ella inexistentes, cuales son la gestación y alumbramiento, considero que debe ser desechado pues si bien ello es efectivo, no es menos cierto que la dicotomía entre voluntad y nexa biológico se presenta tanto en la paternidad como en la maternidad. En la primera, la relación biológica sólo se manifiesta en la descendencia genética. En la segunda, el factor biológico puede disgregarse en dos: la descendencia genética y la gestacional. Si en la paternidad la voluntad del hombre que aspira a ser padre desplaza a la descendencia genética, en la maternidad, en cambio, la voluntad de la mujer que desea ser madre no se impone por sobre la realidad gestacional y ésta, a su vez, desplaza a la genética.

Se ha esgrimido que el fundamento de la diferenciación radica más bien en la intensa relación que se produce entre la mujer gestante y el fruto de la concepción hasta el momento del parto<sup>28</sup>. Esta relación sería sustancialmente más intensa y por consiguiente, más propensa a desencadenar conflictos emocionales, que la existente entre el padre genético y el hijo que dará a luz su mujer. El hecho que el marido de la madre que pare al hijo no sea nece-

<sup>25</sup> MARTÍNEZ-PEREDA, J. M. - MASSIGOGUE BENEGIN, J. M., op. cit., p. 100; KELLER, Rolf, et. al., op. cit., p. 92.

<sup>26</sup> CÁRCABA FERNÁNDEZ, María, op. cit., p. 145.

<sup>27</sup> MORO ALMARAZ, María Jesús, op. cit., p. 218.

<sup>28</sup> Cfr. Exposición de Motivos Ley española 35/88, capítulo II, que alude a “la estrecha relación psicofísica con el futuro descendiente durante los nueve meses de embarazo”.

sariamente su padre biológico es acorde con los acontecimientos naturales y la experiencia humana. Este parentesco sólo parcial del hijo únicamente respecto de la madre, está previsto por la naturaleza no así su símil respecto del padre. Para el bienestar del hijo no es relevante que su concepción haya sido fruto de una relación extramatrimonial de la madre o de una fertilización *in vitro*, aun cuando lo sea desde un punto de vista de fondo. Por lo tanto, el trato desigual dado a la maternidad disociada respecto de la paternidad disociada no constituye una discriminación contra la mujer sino una primacía de la relación mujer-hijo durante el embarazo<sup>29</sup>.

Sin dejar de reconocer que el período de gestación puede dar lugar a una inigualable relación entre la mujer y el hijo que está por nacer, en mi opinión, la subordinación directa e inmediata del mismo a la mujer que lo parió se debe a razones de orden práctico. En efecto, el hecho cierto y verificable del parto reafirma el valor de la seguridad jurídica al permitir una ordenación clara del hijo desde el mismo momento del alumbramiento. Por el contrario, la vinculación sobre la base del criterio genético o voluntario exige su discernimiento previo. Por otra parte, el parto sirve como medio de publicidad frente a terceros y de alguna manera la regla respalda y motiva a la mujer gestante para que tome todas las responsabilidades por los primeros cuidados del recién nacido<sup>30</sup>. En conclusión, la finalidad perseguida es evitar la incertidumbre en cuanto a la persona de la madre ordenando la supeditación inmediata del hijo a la mujer que lo pare.

Si bien es cierto, esta fórmula conducirá normalmente a una solución coincidente con la verdad genética y con la voluntad de la mujer, y por consiguiente, resulta plenamente válida la fundamentación expuesta, en los casos excepcionales de maternidad disociada ello no ocurre, generándose una desigualdad injustificable en el tratamiento de la disociación de maternidad y paternidad. En mi opinión, el valor de la certeza jurídica resultante de una maternidad establecida *ipso iure* a través de un hecho verificable físicamente, debe ceder en estos casos frente a una realidad marcada por la disociación de la maternidad. Este rasgo es el que justifica abandonar extraordinariamente la regla del parto, tal como se sostuvo en el punto anterior, haciendo primar la voluntad procreacional. Es decir, no se trata de imponer artificialmente el principio de igualdad a situaciones disímiles sino de respetarlo en virtud de existir un mismo fundamento aplicable a la disociación de paternidad y maternidad.

---

<sup>29</sup> KELLER, Rolf, et. al., op. cit., p. 94

<sup>30</sup> MüKo/ Seidel, parágrafo 1591, número marginal 10-11.

## IV. LA MATERNIDAD DISOCIADA EN NUESTRO DERECHO

Un análisis de *lege lata* de la maternidad disociada exige concordar los artículos 182, 183 y 217 del Código Civil<sup>31</sup>. La tarea sería más sencilla si el primero de ellos, como regulación especial, pudiese aplicarse, sin más, con preferencia a la general contenida en las otras dos disposiciones. Sin embargo, la vaguedad del artículo 182 impone un estudio más profundo.

El artículo 182 contiene una verdadera presunción de derecho: a partir de hechos conocidos -la aplicación de una técnica de reproducción asistida en una pareja heterosexual y, a consecuencia de ello, el nacimiento posterior de un hijo- la ley establece como padres de este hijo a quienes se "sometieron" a dicha técnica. Por consiguiente, si faltare cualquiera de las bases de la presunción, la paternidad y maternidad de los que se sometieron a la técnica pierde sustento legal. De esta forma, si el marido acredita que no prestó su consentimiento a la fecundación heteróloga a que fue sometida su mujer, no se le podría presumir su paternidad y no estaría, por consiguiente, ni siquiera obligado a impugnarla sino sólo a desconocer la aplicación a su respecto de la presunción. De igual manera, si prueba que la mujer efectivamente se sometió a una fertilización heteróloga teniendo su consentimiento pero que, sin embargo, el hijo es fruto de una relación sexual que ella mantuvo con un tercero, desaparecería el nexo causal entre la inseminación y la concepción, dejando sin aplicación la presunción de derecho referida a su paternidad. Trasladados estos ejemplos a la mujer, resulta que si ella probase que fue sometida a la fuerza a un implante de embrión ajeno o que no le fue implantado el embrión concebido de la unión del óvulo de su donante y de los espermios del marido, no se la tendría por madre de la criatura.

Aparte de estos casos en que la presunción contenida en el art. 182 derechamente no tiene aplicación por faltar alguno de sus presupuestos, cabe preguntarse acerca de la determinación de la filiación en aquellos en que sí encuentra aplicación. En este punto es donde surge el nexo con el tema analizado en la primera parte de este trabajo acerca de la alternativa entre sistema de determinación basado en el elemento genético o en el volitivo. En otras palabras, podría entenderse que el art. 182 constituye una aplicación del 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 "someterse" 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.

---

<sup>31</sup> En adelante, las referencias a números de artículos se entienden hechas a dicho cuerpo legal.

Siguiendo la primera interpretación, la intervención de técnicas de reproducción asistida no sería en sí misma una determinación diferente de la filiación a la aplicable en la filiación natural<sup>32</sup>. Normalmente, el hijo gozará de una filiación establecida por otros medios que coincida con la que le atribuye el artículo 182 y sólo en caso de impugnación será la sentencia respectiva la encargada de constatar que se han producido los presupuestos de la norma, afirmando la filiación determinada conforme a ella<sup>33</sup>. Por consiguiente, respecto de la maternidad ella quedará determinada fundamentalmente por el parto, según el artículo 183.

De acuerdo con la segunda interpretación, el art. 182 contendría una vía de determinación especial que atiende a la voluntad de tener un hijo a través de las técnicas. Constituiría una tercera categoría -frente a la de la filiación genética y adoptiva- en cuanto a las formas de establecer una determinada filiación<sup>34</sup>.

Aplicadas ambas posiciones a los dos casos de maternidad disociada analizados<sup>35</sup>, resulta lo siguiente:

i) En el supuesto de una donación de óvulo, y según la primera posición, la ley consideraría como madre del hijo a la mujer que lo parió, es decir, a la receptora del óvulo ajeno. Según la segunda, se sometió a la técnica la misma madre receptora pues es ella la que desea tener al hijo. En conclusión, siguiendo cualquiera de las dos interpretaciones se llega al mismo resultado: madre es la mujer que gestó y parió al hijo.

¿Podría la mujer aportante del óvulo impugnar esta maternidad y reclamar la propia? Frente a esta interrogante no cabe hacer el distingo entre las dos posiciones enunciadas pues la prohibición absoluta contenida en el inciso segundo de la disposición analizada no lo admite. La madre genética, donante del gameto, no podría impugnar la maternidad de la madre gestante pues a su respecto se aplica dicha prohibición legal<sup>36</sup>. Esta conclusión es concordante con aquella aplicable al caso paralelo de la paternidad: el do-

<sup>32</sup> ABELIUK MANASEVICH, René, *La filiación y sus efectos* (Editorial Jurídica, Santiago, 2000), I, p. 118.

<sup>33</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán, op. cit., p. 88.

<sup>34</sup> FIGUEROA YÁNEZ, Gonzalo, op. cit., p. 242 ss.

<sup>35</sup> No parece convincente la exclusión de la maternidad subrogada del ámbito del art. 182 que realizan algunos autores. Si, tal como se afirma, la mencionada disposición no se pronuncia sobre la licitud de los diversos procesos biomédicos y los legisladores estaban pensando en la inseminación artificial o fecundación in vitro con gametos propios o ajenos, entonces no se ve razón para excluir la maternidad subrogada en que justamente existe una fertilización con gametos que no son de la madre gestante. Cfr. Corral Talciani, Hernán, op. cit., p. 86; ABELIUK MANASEVICH, René, op. cit., p. 118.

<sup>36</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán, op. cit., p. 89.

nante de espermios no puede arrepentirse de su aportación y reclamar para sí la paternidad del hijo, impugnando a su vez la del marido de la mujer inseminada en forma heteróloga.

ii) En el supuesto de la maternidad subrogada, según la aplicación de las reglas generales sobre determinación de la maternidad, sería madre legal del hijo aquella mujer que lo parió, es decir, aquella que habiendo recibido el embrión ajeno con el encargo de gestarlo, cumple con esta tarea para entregarlo con posterioridad a su nacimiento a los padres genéticos. Reafirmaría esta solución la reforma introducida por la ley 19.585 al art. 293 al eliminar del mismo la definición de maternidad. En efecto, la norma señalaba en la parte pertinente: “La maternidad, esto es, el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo”. En cambio, el actual art. 183 se limita a señalar que “la maternidad queda determinada legalmente por el parto”<sup>37</sup>. Este cambio trasuntaría la voluntad del legislador de establecer como madre del hijo a la mujer que lo parió, independientemente del origen de los gametos que dieron lugar a la concepción.

Por el contrario, siguiendo la segunda interpretación propuesta, sería madre del hijo la mujer comitente y aportante de su óvulo pues en ella concurre la voluntad procreacional. En cuanto a la corregibilidad del vínculo materno determinado de las formas expuestas, en el primer caso y, según las reglas generales, cabría la impugnación en la medida que la acción tuviese un titular y una causal legal, según el art. 217. Respecto de la titularidad de la acción, en mi opinión la prohibición contenida en el inciso segundo del art. 182 obsta a considerar legitimada activamente a la madre genética en contra de la madre gestante<sup>38</sup>. No obstante, y al igual como sucede en el supuesto de una donación de óvulo, la prohibición aludida no podría alcanzar al hijo<sup>39</sup>.

Habiendo regulado la ley la maternidad disputada sobre la base de causales taxativas, el hijo tendría que invocar el falso parto o la suplantación de hijo para lograr destruir la presunción, simplemente legal, contenida en el art. 183<sup>40</sup>. Dicha posibilidad existe y consiste en dar una nueva interpretación a

---

<sup>37</sup> En este mismo sentido, el nuevo parágrafo 1591 del Código Civil alemán señala que madre del hijo es aquella mujer que lo parió, lo cual constituiría una tautología irrelevante hasta hace cincuenta años atrás. Cfr. MUTSCHLER, Dietrich, *Interessenausgleich im Abstammungsrecht. Teilaspekte der Kindschaftsrechtsreform*, en FamRZ. (1996), p. 1381.

<sup>38</sup> Hernán Corral plantea que su titularidad es dudosa. CORRAL TALCIANI, Hernán, op. cit., p. 87. René Abeliuk la descarta de plano: ABELIUK MANASEVICH, René, op. cit., p. 120.

<sup>39</sup> En contra, ABELIUK MANASEVICH, René, op. cit., p. 121.

<sup>40</sup> Paulina Silva considera que el falso parto y la suplantación de hijo no constitu-

la causal del falso parto. Si tradicionalmente se la ha entendido como la inexistencia del parto<sup>41</sup>, en el sentido que la mujer que pasa por madre del hijo ha simulado un alumbramiento en realidad inexistente, se debe a que no cabía siquiera la posibilidad de que la gestación y el parto realmente ocurriesen pero que el fruto del mismo no fuese genéticamente de aquella mujer. La nueva realidad planteada por la maternidad disociada exige una nueva interpretación de la causal. En efecto, es tan falso el parto cuando no existió como cuando habiendo existido, el fruto del mismo no corresponde a un hijo de la mujer que dio a luz<sup>42</sup>.

De esta forma, aún aplicando la regla general del parto, se abre para el hijo nacido de una maternidad subrogada la posibilidad de acreditar su descendencia genética de la mujer comitente y aportante, salvaguardando su derecho a la identidad biológica.

Si la ley, en cambio, considera como madre a la mujer aportante haciendo prevalecer el elemento volitivo, la prohibición de impugnar dicha maternidad según el inciso segundo reduciría naturalmente su campo de aplicación pues sólo alcanzaría a la madre legal que carece de causa para accionar pues es la madre genética y a la mujer gestante, cuya posición se asemeja a la de la donante de óvulo en la primera hipótesis de maternidad disociada estudiada. Al hijo no le estaría formalmente vedada la impugnación pero ella no conduciría a resultado alguno pues cualquier peritaje biológico arrojaría que su madre genética coincide con su madre legal.

En concordancia con la opinión expresada en la primera parte del trabajo, considero que el art. 182 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, con las consecuencias arriba expuestas en cuanto a la persona de la madre y en relación con la impugnación del vínculo

---

yen en realidad pruebas destinadas a controvertir el hecho presumido sino que apuntan a desvirtuar las bases de la presunción misma, haciéndola inaplicable. Por consiguiente, la taxatividad no afecta a la prueba en contrario que pueda producir el impugnante. Por esta vía, la autora fundamenta el hecho de que el hijo tenga un amplio margen para destruir la presunción de maternidad. Cfr. SILVA SALCEDO, Paulina, op. cit., p. 111.

<sup>41</sup> SOMARRIVA, Manuel, *Derecho de Familia* (Editorial Nascimento, Santiago, 1946), p. 370; RAMOS PAZOS, René, *Derecho de Familia* (3ª edición, Editorial Jurídica, Santiago, 2000), II, p. 418.

<sup>42</sup> En este mismo sentido, el Código Civil argentino en su artículo 261, contempla como causal genérica de impugnación de la maternidad el “no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo”, circunstancia que adquiere sentido con el surgimiento de las maternidades disociadas. Cfr. ZANNONI, Eduardo A., *Inseminación artificial y fecundación extrauterina* (Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978), p. 104.

lo filial. Esta posición permite fundamentar en forma coherente que en caso de donación de óvulo sea madre del hijo la receptora del mismo y en el caso de una maternidad subrogada, que lo sea la aportante de los gametos. Esta última solución, independientemente de la licitud o ilicitud del pacto de maternidad subrogada, importaría una solución más conveniente para el hijo nacido a raíz del mismo. Partiendo de la base que en esta materia, como en otras, no siempre dejará de ocurrir lo que no debiera ocurrir, pareciera que, existiendo el hijo, la ley debiera preferir su relación con quien, a través de su voluntad, dio origen a su nacimiento. Resulta inconcebible consagrar una solución a este caso como forma de sanción a los contratantes pues una medida disuasiva de ese tipo sólo entraría en juego en el ámbito de la responsabilidad penal o civil de los involucrados y nunca en el de las relaciones filiales del hijo. La derogación del régimen filiativo antiguo, en el que las consecuencias de las relaciones extramaritales se radicaban en los hijos y no en los que incurrieran en las conductas indeseadas, debiera ser ilustrativo sobre el punto.

#### V. CONCLUSIONES

Las particularidades que presenta la maternidad en las hipótesis en que se encuentra disociada aconsejan para ella un tratamiento normativo especial que considere como elemento rector la voluntad procreacional, alejándose del principio de la búsqueda de la descendencia genética que rige la filiación por naturaleza. Por consiguiente, la voluntad jugaría un rol preponderante al reconocérsele 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.

Por otra parte, la filiación asistida con aporte de gametos de terceros debiera constituir un sistema simétrico de filiaciones materna y paterna, basado en un mismo fundamento consistente en la disociación presente en ambos aspectos.

La determinación de la maternidad resultante de las consideraciones anteriores, vale decir, en el caso de la donación de óvulos es madre del hijo la mujer que lo gesta y en el de maternidad subrogada, es madre la mujer aportante y comitente, resulta más beneficiosa para el hijo pues queda ligado a aquella mujer que a través de su voluntad dio origen a su nacimiento.