



**UNIVERSIDAD
ALBERTO HURTADO**

Facultad de Derecho

**El Contrato de maternidad subrogada o de alquiler:
¿Ejercicio Legítimo del derecho a procrear o atentado a la
dignidad?**

**Tesis para optar al Título Profesional de Licenciado en Ciencias
Jurídicas y Sociales**

**Por
Cristóbal Antonio Santander**

Profesor Guía: Tomas Jordan Díaz

Santiago - Abril de 2012.

Índice

Resumen	1-2
Introducción	3-7
CAPITULO I	
LA INSTITUCIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA	
La Infertilidad en Chile	8-10
La Maternidad Subrogada bajo examen	10-11
Tipos de Maternidad Subrogada	11-13
Características del contrato de Maternidad Subrogada	13-18
Problemas generados por la Maternidad Subrogada	18-20
CAPITULO II	
DERECHO A PROCREAR Y SU VINCULACIÓN CON LA MATERNIDAD SUBROGADA	
Concepto	21
Derecho a procrear y Maternidad Subrogada	21-24
Fundamentos del <i>derecho a procrear</i> en Chile	24-32
Derecho fundamental por conexión	32-33
Contenido esencial del derecho	33-35
Límites del <i>derecho a procrear</i>	35-41
Situaciones problemáticas y Titularidad del derecho a procrear	42-46

Renunciabilidad, Sujeto Pasivo y Eficacia del *derecho a procrear* **47-49**

CAPITULO III

COLISIÓN DE DERECHOS. DIGNIDAD HUMANA Y *DERECHO A PROCREAR*

La Dignidad humana y Derecho a procrear
en la Doctrina Constitucional **50-58**

Maternidad Subrogada y dignidad humana en España **58-62**

CAPITULO IV

¿ES POSIBLE QUE EN CHILE SE ADMITA LA MATERNIDAD SUBROGADA?

Hacia un nuevo concepto de maternidad **63-66**

El delito de sustitución de la maternidad **66-68**

Conclusiones **69-72**

Bibliografía **73-86**

**EL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA O DE ALQUILER:
¿EJERCICIO LEGÍTIMO DEL DERECHO A PROCREAR O ATENTADO A LA
DIGNIDAD?¹**

Cristóbal Santander²

*“Y dijo Saray a Abram: Ya que Yavé me ha hecho estéril,
toma a mi esclava por mujer a ver si por medio de ella tendré algún hijo.
Abram hizo caso de las palabras de su esposa quien tomó a Saray
y se la dio por mujer a su esposo. El la recibió como tal, quedando embarazada”
Génesis 16:2*

RESUMEN

Este trabajo tiene por finalidad estudiar el contrato de maternidad subrogada, es decir, aquel acuerdo de voluntades entre dos sujetos mediante el cual una mujer fértil acepta embarazarse y llevar en su vientre un niño para una persona, con la intención de entregárselo, pudiendo asumir carácter oneroso o gratuito. Dicho estudio, describirá y analizará los diversos aspectos que asume esta convención, tomando como referente la experiencia regulada española.

Todo esto se verá apoyado por el análisis del *derecho a procrear* abordando su contenido, alcances y límites determinando si su ejercicio admite al contrato de maternidad subrogada o si éste constituye el límite, a la luz de la *dignidad humana* y de otros derechos igualmente importantes y necesarios en una sociedad democrática como lo es la Chilena.

Palabras claves: *Maternidad subrogada, Derecho a procrear, dignidad humana y maternidad.*

¹ Esta investigación forma parte de las actividades realizadas en la Universidad Carlos III de Madrid en virtud de la Beca de Intercambio Universidad Alberto Hurtado 2010.

² Egresado de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, Ayudante de la cátedra Argumentación y Análisis Jurisprudencial en la misma casa de estudios. Correo electrónico de contacto cristóbal.santander@hotmail.com.

**THE CONTRACT OF SURROGATE MOTHERHOOD OR RENTAL:
¿WHAT LEGITIMATE EXERCISE OF THE RIGHT TO PROCREATE OR ATTACK ON
THE DIGNITY ?³**

Cristóbal Santander⁴

ABSTRACT

This work has for purpose to examine the contract surrogate motherhood, that is to say, that agreement of wills between two subjects through which a woman fertile accepts they become pregnant, and carry in your belly a child for a person with the intention of handing it over, which can assume onerous or free of charge. This study will describe and analyze the various aspects that assumes this convention, taking as reference the experience regulated spanish.

All of this will be supported by the study of the *right to procreate* by addressing its content, scope and limits by determining if your exercise supports the contract of surrogate motherhood or if this is the limit, in the light of *human dignity* and other equally important rights and necessary in a democratic society as is the Chilean.

Key words: *Subrogated maternity, Right to procreate, human dignity and maternity.*

³ This research is part of the activities carried out at the University Carlos III of Madrid under the Exchange Fellowship Alberto Hurtado University 2010.

⁴ Law graduate of the University Alberto Hurtado, Assistant Professor of Argumentation and Jurisprudential Analysis on the same university. Contact Email crístobal.santander@hotmail.com.

Introducción

¿Por que abordar esta Técnica de Reproducción Asistida?

La investigación biológica ha tenido un importante desarrollo en las últimas décadas⁵, ante lo cual la sociedad ha respondido con asombro. Las ciencias biológicas en materia reproductiva han permitido solucionar problemas de fertilidad mediante técnicas artificiales⁶. De ahí que se sostenga que:

En los últimos años, la ciencia ha realizado grandes avances en el conocimiento de los mecanismos que intervienen en la fertilidad y, con el aporte de la tecnología, han aparecido nuevas metodologías que otorgan posibilidades concretas de tratamiento hasta hace poco inimaginables⁷

Este panorama ha permitido comprender porque el hombre hoy en día aparece como amo y señor en un mundo cada vez más secularizado por la ciencia⁸. Se trata de un control expresado en una amplia gama de esferas que van desde la manipulación genética, interviniendo el patrimonio genético, hasta por medio de técnicas de reproducción asistida, lograr distanciar la reproducción de la sexualidad, pudiendo ejercer la primera sin ayuda de la segunda⁹.

Este distanciamiento configura un nuevo control en la esfera más íntima de todo ser humano, como lo es la reproducción, es decir aquella dimensión afectiva, procreativa y física del acto conyugal. Ámbitos que se separan cuando los deseos de ser padres y la fecundación artificial se conjugan, y que en la opinión de algunos rompe la unidad de amor y vida que involucra el acto

⁵ Recuérdese al respecto las nuevas disciplinas tales como la ingeniería genética, la procreación artificial y la posibilidad de conocer nuestro propio mapa genético. Véase en Universidad de Belgrano. Las tesis de Belgrano: Protección jurídico-penal del embrión in Vitro. Buenos Aires, Julio de 2003, p. 5.

⁶ En este sentido el grado de sofisticación de la técnica ha permitido la descomposición progresiva de los momentos de la reproducción así como también la creación de momentos dentro de un proceso continuo dependen de la relativa sencillez de la inseminación artificial hasta la complejidad de las técnicas de micromanipulación, pasando por la fecundación in vitro “tradicional”. Se trata del modus operandi de la tecnociencia y que ha provocado esto, manifestando dicha aplicación técnica en la práctica social. El modo de proceder de la tecnociencia primero observa y descompone el proceso de reproducción, para después volverlos a recomponer paso por paso mediante procedimientos técnicos.

⁷ Andorno, Arias, Chiesa y Martínez. El Derecho frente a la Procreación Artificial. Universidad Austral, 1997, Aspectos médicos, p.1.

⁸ Véase [en línea] http://www.mercaba.org/DicTM/TM_procreacion_artificial.htm [consulta: 23 de marzo de 2012]

⁹ Cfr. en Turner, Susan. Los Derechos Sexuales y Reproductivos y su incidencia en la Esterilización y procreación asistida, EN: Revista de Derecho (Valdivia) v.12 (2): 1, Diciembre, 2001, p.

conyugal¹⁰. Dimensión tan íntima que cuando es intervenida tiene efectos no sólo jurídicos sino que incluso políticos¹¹.

En resumidas cuentas, en aquel deseo de procrear no sólo participaría la pareja, sino que desde un primer momento intervendrían otras personas a saber, una serie de expertos, médicos, donantes de gametos y un importante número de instituciones médicas y administrativas, despojándose así de gran parte de lo en algún tiempo fue privado y hoy es público¹².

En efecto, dicho cambio ha permitido concebir a estas técnicas artificiales de reproducción no sólo como generadoras de la tradicional relación *sexo-reproducción*¹³, sino que también como herramientas para un número importante de parejas infértiles y homosexuales, cuyo acceso se ve limitado por la existencia de una regulación de carácter prohibitivo sancionador o bien por la falta de un estatuto legal que fomente dichas técnicas.

Y es por ello que la maternidad subrogada aparece como alternativa frente al problema de la infertilidad para miles de parejas chilenas, sobre todo cuando las cifras nacionales de infertilidad ascienden a un 10%¹⁴.

Lo anterior, explica que la discusión generada en torno a la maternidad subrogada desde su variante contractual, se vuelva relevante de investigar, considerando que en los últimos años ha tomado un protagonismo importante por la calidad de los derechos en juego, y la manera en que se ha abordado esta técnica¹⁵.

¹⁰ Sgreccia, Elio. Manual de Bioética. Instituto de Humanismo de Ciencias de la Salud. Editorial Diana, México, 1996, p. 61.

¹¹ Cfr. en Gómez, Yolanda. El Derecho a la reproducción Humana, Bosch. 1995. Barcelona, España.

¹² En este sentido de algún modo se culmina, por lo menos conceptualmente, el paso del azar y de la casualidad a la voluntad, a la intencionalidad y a la planificación. Pero al mismo tiempo se trata de una voluntad intervenida.

¹³ En este sentido se ha referido María Carcaba al señalar que: *“Actualmente, una gran parte de la sociedad siente que sexualidad y procreación son conceptos independientes, y lo ponen de manifiesto a través del uso de anticonceptivos. Pero hoy día no sólo es posible disociar sexualidad y procreación considerando que el acto sexual no está dirigido a procrear, sino también considerando que no toda procreación tiene necesariamente que venir precedida de un acto sexual, es decir de una aproximación física entre un hombre y una mujer. Es suficiente pensar en la inseminación artificial”*. Véase en Carcaba, María. Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana. J.M Bosh, 1995, Barcelona, España, p.35.

¹⁴ Véase en La Nación. Pacientes Infértiles conforman Agrupación “Queremos ser padres”. [en línea] La Nación en Internet. 4 de marzo de 2011. < <http://www.lanaciondomingo.cl/pacientes-infertiles-conforman-agrupacion-queremos-ser-padres-noticias/2011-03-04/194505.html> > [consulta: 21 de julio de 2011]

¹⁵ Resulta interesante revisar la siguiente página Web cuyo objetivo es ofrecer servicios de maternidad subrogada en los Estados Unidos: <http://www.madresubrogada.com/>.

Esto último exige definir la figura del contrato de maternidad subrogada, como:

El acuerdo de voluntades entre dos sujetos mediante el cual una mujer fértil acepta embarazarse y llevar en su vientre un niño para una persona con la intención de entregárselo, con cargo de que se pague una determinada cantidad de dinero además de los gastos de gestación¹⁶.

Asimismo, diversas han sido las denominaciones desde las cuales se ha querido presentar esta técnica reproductiva iniciando con el famoso vientre de alquiler¹⁷, maternidad portadora, gestación de sustitución¹⁸, gestación contratada y terminando en la maternidad subrogada.

Desde el derecho comparado, los anglosajones lo entienden como *surrogate mother*, los franceses como *mère de substitution* y *mère porteuse*, en Italia se emplea el vocablo *affitto di útero* y en Alemania se conoce con la palabra *Leihmutter*.

Sin perjuicio de los diversos nombres que esta técnica presenta, la maternidad subrogada constituye un procedimiento basado en técnicas de reproducción asistida, es decir sería algo más que dichas técnicas, pero que debe apoyarse en ellas necesariamente¹⁹.

De ahí que, la variante contractual de la maternidad subrogada represente en principio una alternativa, en orden a satisfacer necesidades reproductivas de parejas heterosexuales infértiles, y eventualmente parejas homosexuales, dada su voluntad procreacional.

Así las cosas, el contrato de maternidad subrogada se legitimaría al invocar el *derecho a procrear*, sin perjuicio de las diversas críticas que detenta, ya que no es menor que su objeto sea el útero de una mujer, y cuya causa jurídica

¹⁶ Cfr. en Farnós Esther. Inscripción en España de la Filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California, Facultad de Derecho Universidad Pompeu Fabra, Enero de 2010, p. 4.

¹⁷ La autora M. Pérez Ponce en su libro: "La Filiación derivada de técnicas de reproducción asistida" critica la denominación alquiler de útero por su incorrección y falta de precisión ya que la gestación es un concepto mucho más amplio, y supone la puesta a disposición de todo el ser de la gestante para atender su embarazo.

¹⁸ Concepto utilizado por Yolanda Gómez Sánchez en su libro El derecho a la Reproducción humana, Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 136.

¹⁹ Cfr. en Sánchez, Rafael. La Gestación por Sustitución: Dilemas Éticos y Jurídicos, Revista Humanitas, (49), abril de 2010.

radica en la concepción y posterior entrega de un sujeto, a cambio de una suma de dinero.

De ahí que resulte llamativo -considerando un análisis previo de los derechos en juego- evaluar si su celebración califica dentro del *derecho a procrear* o bien si resulta un atentado a la dignidad humana. Entonces, y desde una dimensión constitucional surge la pregunta ¿cómo ponderamos en concreto la posible colisión del *derecho a procrear* con el derecho a la integridad y dignidad de la persona, este último sustento de la noción de persona en nuestra Constitución Política?

Esta interrogante demuestra el interés por investigar si la admisión del contrato de maternidad subrogada en Chile, vulnera la dignidad humana o bien si su uso pertenece al *derecho a procrear*, circunscrito a la libertad procreacional de cada individuo.

Claramente esta investigación, al hacerse cargo de los argumentos a favor y en contra que giran alrededor del contrato de maternidad subrogada, y que derivan del binomio *derecho a procrear/dignidad de la persona*, permitirá arribar a conclusiones que delimiten las esferas de la dignidad humana y del *derecho a procrear*.

Del mismo modo, dicho análisis al tomar de referente la experiencia regulada española permitirá conocer la importancia que tuvo en el debate legislativo, la integridad y dignidad humana, permitiendo no sólo regular el contrato de maternidad subrogada sino también definir el ámbito de los *derechos a procrear* o a fundar una familia²⁰.

Con todo, y en virtud del ejercicio del *derecho a procrear* es que, esta investigación analiza someramente el contrato de maternidad subrogada abordando las características que presenta y que lo diferencian de un contrato tradicional, donde la causa y objeto jurídico es el vientre materno que se arrienda a cambio de una prestación monetaria o bien gratuitamente.

²⁰ El derecho a procrear se trataría de una manifestación de rango legal del derecho a fundar una familia construido desde el artículo 39.1 de la Constitución Española al señalar: “*Los poderes Públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*” así como también de diversas convenciones internacionales tales como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, en su artículo 9. Véase en Souto, Beatriz. Dilemas Éticos sobre la Reproducción Humana. La Gestación de Sustitución. Proyecto de Investigación “Bioética y Derechos Humanos”, Universidad Complutense de Madrid, 8 de diciembre de 2006, p. 191.

Este último aspecto relativo a la naturaleza jurídica del contrato de maternidad subrogada, en especial el vinculado a su objeto servirá de antecedente para el análisis de los límites del *derecho a procrear*, fundamento de esta técnica de reproducción²¹.

Se trata en definitiva de, tras un exhaustivo análisis del *derecho a procrear*, determinar si la celebración de un contrato de maternidad subrogada constituye el ejercicio legítimo de este derecho o si derechamente importa un atentado a la *dignidad humana*, al enfrentar esta realidad desde el derecho, como norma, valor y hecho²².

Finalmente, el objetivo general de este trabajo será Determinar si la celebración de un contrato de maternidad subrogada en Chile se incluye dentro de la esfera del *derecho a procrear* a la luz del ordenamiento jurídico chileno. Por su parte dicho objetivo se desglosará en las siguientes actividades, a saber: Analizar la técnica de la Maternidad subrogada en especial su variante contractual, agrupando los ámbitos directamente afectados por ella, Definir el contenido, características y límites del *derecho a procrear*, en el ordenamiento jurídico chileno y Evaluar desde una perspectiva constitucional si el contrato de maternidad subrogada es admisible, luego del análisis de contenido del *derecho a procrear* y de la *dignidad humana*.

Metodología

Para el logro de objetivos, esta investigación utilizará una metodología trialista sirviéndose del método documental, axiológico y comparativo. Estos contemplarán el análisis, revisión y estudio, a través de bibliografía nacional y extranjera, de la maternidad subrogada, vinculándola con el examen del *derecho a procrear*.

En resumen, se trata de una investigación jurídico-fáctica que analiza el panorama social y legislativo de la maternidad subrogada evaluándola desde diversos enfoques cognoscitivos y cotejándola con la experiencia legislativa española

²¹ Mir Candal, Leila. La Maternidad Intervenida: Reflexiones en torno a la Maternidad Subrogada. [en línea] http://www.unesco.org.uy/shs/fileadmin/shs/redbioetica/revista_1/Leila.pdf [consulta: 15 de Octubre de 2011]

²² Esto entendido desde la Metodología Jurídica Trialista desarrollada por el Profesor Werner Goldschmidt.

Capítulo I

1. La infertilidad en Chile, un problema en aumento.

Conforme a la definición presentada por la Organización Mundial de la Salud estamos frente a una posible infertilidad: “cuando no se ha podido concebir un hijo después de un año de relaciones sexuales sin mediar métodos anticonceptivos”²³.

Se trata de un problema que afecta a más de 80 millones de personas en el mundo²⁴, del cual Chile no es ajeno, considerando un incremento anual de 15.000 nuevos casos²⁵.

Según los datos del Ministerio de salud, en Chile existen aproximadamente 350.000 parejas que presentan algún tipo de disfunción reproductiva durante su vida. De este universo de pacientes, entre el 1º y el 15% requiere de un tratamiento de Fertilización Asistida de Alta Complejidad para lograr el anhelado embarazo, lo que representa un número aproximado de 30.000 a 45.000 parejas.

Actualmente en Chile, se tratan por esta vía 1.800 parejas al año, es decir, como un 4,6 % del universo potencial y donde cada año aumenta el índice de parejas que recurren a estos procedimientos artificiales²⁶.

Esto explica que la infertilidad sea un problema de interés público que afecta la esfera privada de muchas parejas chilenas, donde un 10% de ellas no puede tener hijos²⁷. De ahí, que el carácter público del problema de la infertilidad -

²³ Véase en línea <http://universomedico.com.mx/articulos-y-reportajes/infertilidad/> [consulta 15 de octubre de 2011]

²⁴ Banda, Alfonso. Dignidad de la persona humana y reproducción humana asistida. *EN: Revista de Derecho*. Universidad Austral de Chile, Volumen 9, N° 1, 1998. Véase [en línea] http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501998000200001&lng=en&nrm=iso&tlng=es

[consulta: 5 de Octubre de 2011]

²⁵ Véase en línea http://www.chile.com/secciones/ver_seccion.php?id=60609 [consulta 15 de octubre de 2011]

²⁶ Esta afirmación se infiere de revisar los datos donde la tasa de natalidad ha bajado a un 1,8% siendo que el ideal corresponde a un 3,5% y donde un 4% de las parejas chilenas en edad fértil necesita de fecundación in Vitro para conseguir un embarazo, es decir existen más de 4.000 parejas al año que requieren métodos de reproducción asistida y donde sólo un ¼ de ellas logra acceder a algún tipo de tratamiento.

²⁷ La Nación. Combaten Infertilidad: 10 % de parejas chilenas no pueden tener hijos. Según Luigi Devoto, director de la división de **Reproducción Humana** del Instituto de investigaciones Materno Infantil de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile (IDIMI). Véase en línea <http://www.lanacion.cl/noticias/site/artic/20110405/pags/20110405172557.html> [consulta: 13 de octubre de 2011]

que nace en lo íntimo pero que afecta lo público- se funde en que la fecundación, que al igual que las migraciones y la mortalidad, representa uno de los factores que determina el crecimiento económico de un país²⁸.

Así las cosas, resulta interesante analizar la *infertilidad* desde dos perspectivas; la primera como una realidad o condición física que se debe aceptar, y la segunda, como una enfermedad que demanda una solución por parte del Estado²⁹, ya sea con una legislación que asegure por un lado el acceso a las técnicas de reproducción asistida, y por otro permita que los costos de estos tratamientos sean cubiertos en parte por el sistema de salud público y privado, en virtud del *derecho a procrear* y el *derecho a la salud*³⁰.

Este panorama ha generado que las técnicas de reproducción asistida se presenten como alternativa, para que ese 10% de parejas chilenas logren concretar sus deseos de ser padres. Técnicas que si bien no curan la infertilidad permiten paliar sus efectos, y donde la maternidad subrogada se transforma en solución ante las siguientes situaciones, a saber³¹:

1. La mujer carece de ovarios y útero.
2. La mujer de la pareja estéril presenta anomalías en el útero, pero tiene ovarios normales.
3. La pareja es estéril por anomalías o taras genéticas.
4. La mujer ha muerto y antes de morir dejó un embrión congelado, producto de una fecundación in Vitro de un ovulo de ella y esperma de su marido.
5. La utilización de estas técnicas por parejas homosexuales.

Todos estos casos son plausibles de presentarse, morigerando sus efectos negativos mediante *Técnicas de reproducción asistida*, más que mal no es

²⁸ INE. Estudio sobre la Fecundidad en Chile: Situación creciente. 2006, p.5

²⁹ El año 2009, la Organización Mundial de la Salud (OMS) determinó que la infertilidad es una enfermedad. Sin embargo en Chile sólo es considerada como una condición, y por ende no existen normas y políticas orientadas a una cobertura en el sistema de salud. Sólo existen dos planes pilotos que ayudan a un porcentaje mínimo de parejas que padecen esta realidad que les impide ejercer el derecho a procrear. El primer plan piloto es una iniciativa del Sistema de salud Pública denominado “Primer Programa Piloto en Chile para Tratamientos de Infertilidad de baja complejidad” el cual financia tratamientos de baja complejidad y que resuelven el 50% de los casos.

³⁰ Chile sólo cuenta con dos proyectos de ley al respecto: El primero del año 1993 presentado por el entonces senador Don Sebastián Piñera Echenique. “Proyecto de Ley que regula los principios jurídicos y éticos de las Técnicas de reproducción humana asistida y establece sanciones para los infractores de sus normas” Boletín N° 1026-07 y un segundo proyecto presentado en octubre del 2006 por Guido Girardi, Carlos Minami y Roberto Muñoz que regula las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Boletín N°4573-11.

³¹ Véase en Gómez de la Torre, Maricruz. La Fecundación in Vitro y la Filiación, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 1993, p 197.

circunstancial que entre 1989 y 1995 en Chile hayan nacido 622 niños como resultados de las técnicas, logrando que un número importante de parejas concretara sus anhelos de ser padres. De ahí que las *Técnicas de reproducción asistida* respondan a necesidades sociales.

Finalmente, y a modo de corolario de lo apuntado hasta aquí, la técnica de la maternidad subrogada no está contemplada en nuestra normativa reglamentaria³², como un mecanismo alternativo a la Fertilización in Vitro, la Inseminación artificial, la Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides, entre otras³³; sin perjuicio que en los hechos se esté practicando, disfrazándola con instituciones ya consagradas por nuestro derecho.

2. “Madre hay más de una”: La Maternidad Subrogada bajo examen.

Durante las últimas décadas tanto la prensa internacional como el Derecho Comparado han informado a la ciudadanía diversos casos de maternidad subrogada³⁴, realidad de la cual Chile no es ajeno. En efecto, durante el año 2006 el abogado Rodrigo Mora³⁵, época en que realizaba su práctica profesional- patrocinó un caso, que en los hechos cumplía con las características de la maternidad subrogada.

Dicha causa, se tramitó en el Juzgado de Menores de la comuna de Puente Alto, en la cual una hermana arrendaba su vientre para entregarle el bebe a su hermana infértil, la cual posteriormente adoptaba el menor. Caso en el cual no existió litigio alguno entre las hermanas, pues ambas consentían tanto en el arriendo del vientre como en la posterior adopción, que haría madre a la hermana infértil³⁶. De ahí que la discusión de fondo no se centrará en la

³² Recuérdese que Chile carece de una Ley especial que regule las técnicas de reproducción asistida haciéndose mucho más complejo abordar la discusión de la maternidad subrogada, puesto que el genero al cual pertenece ni siquiera se encuentra racionalizado en algún texto legal, como si ha ocurrido en otros países como España, descansando sólo en proyectos de ley.

³³ Véase Resolución Exenta N° 1072 de 28 de Junio de 1985 sobre directiva ministerial referido a la Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria. Para mayor profundidad Véase en Gumucio, J. Procreación asistida: un análisis a la luz de la legislación chilena, Editorial Conosur, Santiago, 1997.

³⁴ En este sentido es posible citar los casos de *Baby M*, *In Re Marriage of Buzzanca*, *Johnson v. Calvert*, *McDonald v. McDonald* y *Kentucky en Estados Unidos*, o el de *Baby Cotton* en Inglaterra sumado a otros más recientes que involucran a celebridades como Elton John o Ricky Martín.

³⁵ Entrevista realizada el 21 de marzo de 2011.

³⁶ En otro sentido y de manera análoga, es posible señalar un caso en el que una pareja gay formada por D.R y S.H recurrió a la hermana del primero para que gestase los embriones creados con espermatozoides del último y óvulos de donante anónima. Ambas partes firmaron acuerdos donde la mujer que aportó los óvulos renunciaba a la maternidad resultante. Véase en Farnós Esther. Inscripción en España de la Filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California, Facultad de Derecho Universidad Pompeu Fabra, Enero de 2010, p. 9.

procedencia o improcedencia del arriendo, sino la admisibilidad de la adopción, la cual finalmente el juez acogió.³⁷

Lo anterior, evidencia dos situaciones dignas de examen; por un lado la joven que parió al niño es, al mismo tiempo, madre y hermana de la criatura recién nacida³⁸, y por otro se intenta legalizar o mejor dicho encubrir a través de la adopción, un tácito acuerdo de maternidad subrogada.

Asimismo, este caso obliga a preguntarnos ¿Por qué una mujer está dispuesta a llevar dentro de su cuerpo a un niño que luego debe entregar? ¿Qué consecuencias psicológicas derivan para ella y para ese hijo? ¿Por qué una pareja decide recurrir a un arriendo de útero para ser padres? ¿Y si nace enfermo o con una discapacidad? ¿Qué dice la legislación chilena al respecto? ¿Puede transarse en Chile con una vida humana? La ciencia ha permitido numerosos avances para la humanidad, pero ¿cuáles son los límites que como sociedad queremos imponernos?

Sin duda, el origen de estas preguntas deriva de la particularidad de esta técnica de reproducción, donde la maternidad se sustituye y donde el vientre sirve de depositario para cumplir la obligación de entregar un bebe a un tercero.

La maternidad subrogada se produce en virtud de la posibilidad de practicar una *Inseminación artificial*³⁹ o una *Fecundación in Vitro*⁴⁰, ello explica que para analizarla, sea necesario anunciar las variantes o maneras que puede adoptar ésta, a saber:

La tradicional, plena o total y la gestacional o parcial⁴¹. En la primera variante, la madre subrogada⁴² también es la madre genética, ya que sus

³⁷ Se cita en este sentido un caso ocurrido en Italia, en que a una joven de veinte años se le implanta un embrión formado por fecundación in Vitro con el óvulo de su madre y con el espermatozoide del compañero de la madre. Una vez nacida la criatura, la hija portadora se lo entrega a su madre, quien lo había encargado.

³⁸ Gómez de la Torre, Maricruz. La Fecundación in Vitro y la Filiación, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 1993, p.203.

³⁹ La inseminación artificial es un proceso que consiste en depositar los espermatozoides dentro del aparato genital femenino, sin que exista coito sexual.

⁴⁰ Proceso en el que el óvulo es fecundado por el espermatozoide fuera del cuerpo de la mujer. Consúltese en Carcaba María. Los problemas Jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana, Barcelona, José María Bosch, 1995, p. 20.

⁴¹ Cfr. en Martínez -Pereda Rodríguez y J.M. Massigofe Benegiu, J.M. La maternidad Portadora, Subrogada o de encargo en el Derecho Español, Editorial Dyckinson, Madrid, 1994, p.66.

⁴² La madre subrogada, madre de alquiler o madre portadora es la que da a luz y la madre comitente será la que aporte los óvulos, cuando se trate de la maternidad subrogada parcial o gestacional.

propios óvulos son fecundados con espermatozoides del padre comitente o de un donante. En este caso operaría la inseminación artificial, ya que es la propia gestante quien aporta sus gametos femeninos. En la segunda modalidad la concepción tendría lugar a partir del óvulo u óvulos de una mujer diferente de la madre subrogada, que comúnmente es la madre comitente⁴³.

Ahora bien, desde la biotecnología tanto en la primera como en la segunda modalidad es posible advertir 3 etapas; la **producción** y acopio de los gametos, la producción del embrión in Vitro y la **implantación, gestación** y parto. En dichas etapas se implantan más de un embrión para aumentar las probabilidades de concebir, circunstancia que explicaría los embarazos múltiples en este tipo de técnica. Al respecto, se ha referido Mónica Amador al señalar que:

La implantación de más de dos embriones en el útero de una mujer puede ocasionar riesgos a ella y al feto, como: embarazo riesgoso, aborto prematuro, malformación del feto, problemas reproductivos a futuro, e incluso esterilidad⁴⁴.

Por otro lado, existen dos modalidades que se suman a las anteriores, y que dicen relación con la naturaleza del contrato de maternidad subrogada, a saber, el de carácter altruista celebrado con un fin totalmente gratuito o bien celebrarse estipulando un precio a pagar⁴⁵, es decir, un acuerdo de carácter mercantil o la denominada subrogación comercial.

Lo anterior, permite señalar que la subrogación comercial ha sido rechazada en casi todo el mundo⁴⁶. Esto sin perjuicio que, en algunos países se exija que la mujer que se embaraza por cuenta de otra sea retribuida por los gastos

⁴³ Cfr. en Mallma, José Carlos. Alquiler de Vientre y sus problemas de Filiación, España, p. 1.

⁴⁴ Amador, Mónica. Biopolíticas y biotecnologías: Reflexiones sobre la maternidad subrogada en India. EN: CS, Colombia, Número 6, julio-diciembre, 2010, p.p 206-207.

⁴⁵ En los países donde se admiten estos acuerdos el individuo o la pareja comitente paga un precio que generalmente supera con creces aquella *compensación razonable* por los gastos derivados de la gestación. Véase en Farnós Esther. Inscripción en España de la Filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California, Facultad de Derecho Universidad Pompeu Fabra, Enero de 2010, p. 10.

⁴⁶ En la India la maternidad subrogada no está regulada, sino que es meramente tolerada cuyo contexto la ha transformado en referente mundial de subrogación comercial, puesto que los costos de un procedimiento como éste son considerablemente menores que en otros países, facilitando con ello el acceso de las parejas interesadas a este tipo de técnicas, y ahorrando también en trámites burocráticos asociados. Del mismo modo, algunos Estados de EE.UU. como Illinois que en su *Gestacional Surrogacy Act* del año 2004 permite compensar a la madre subrogada, siempre que la cantidad se deposite ante un agente independiente antes del inicio de las Técnicas de reproducción asistida. Véase en línea <http://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ActID=2613&ChapterID=59> [consulta: 16 de octubre de 2011]

necesarios como médicos, psicólogos, hospitalización, entre otros. Y en algunos casos se contemplan también los costos en abogados que intervinieron en la redacción del contrato⁴⁷.

En resumidas cuentas, se prohíbe el pago por esta práctica como medida de evitar que se haga de la gestación una nueva forma de explotación de la mujer⁴⁸ afectando su dignidad al ser vista como un mero receptáculo.

De tal modo, una vez distinguidas las modalidades de esta técnica artificial es que podemos analizar las características del contrato de maternidad subrogada⁴⁹, tomando como referencia la legislación y doctrina chilena y española.

Para comenzar podemos señalar que se trata de un contrato **bilateral**, ya que tanto la madre gestacional como la madre de deseo resultan obligadas⁵⁰ de manera recíproca, la primera a la gestación y la entrega de la criatura, y la segunda al pago del precio acordado, sin perjuicio que el contrato asuma el carácter de **gratuito**; en esta modalidad sin bien no hay un precio es posible acordar el pago de los gastos incurridos durante el proceso gestacional. Su objeto reporta utilidades a ambos contratantes.

Asimismo, el carácter **bilateral** expresa la particularidad del contrato de maternidad subrogada, que se integra por una serie de obligaciones, dentro de las cuales las siguientes se presentan como esenciales⁵¹:

1. No tener relaciones sexuales sin protección con su pareja durante el periodo de inseminación, a fin de evitar confusión en el parentesco.

⁴⁷ En este sentido la Ley Canadiense conforme a la *Assisted Human Reproduction Act* del año 2004 admite la subrogación altruista sin embargo contempla en su reglamento que una vez obtenido el consentimiento, la mujer portadora debe devolver los gastos incurridos, en virtud de las obligaciones derivadas del contrato de maternidad subrogada, tales como las rentas laborales que la madre gestacional haya dejado de percibir durante el proceso gestacional. Véase en Sánchez, Rafael. La Gestación por Sustitución: Dilemas Éticos y Jurídicos, *Revista Humanitas*, (49), abril de 2010, p. 8.

⁴⁸ Hurtado Oliver, Xavier. El derecho a la vida ¿Y la muerte?, 2da edición, Porrúa, México, 2000, ISBN 970-07-1908-1, p. 68.

⁴⁹ Cfr en Gana, Claudia. La Maternidad Gestacional: ¿Cabe Sustitución?, *EN: Revista Chilena de Derecho*, (25), 1998, p.857-858.

⁵⁰ El contrato no es posible verlo como **conmutativo**, ya que las prestaciones no son equivalentes; entendiendo esta falta de equivalencia por los valores que están en juego. Además, es de **ejecución diferida**, donde unas obligaciones se cumplen antes -durante y otras después, a saber la gestación y el pago generalmente antes.

⁵¹ Véase en *Journal of Family Law* de 1981-1982 donde se contempla un modelo de contrato de maternidad subrogada.

2. Comprometerse a seguir ciertas normas de higiene y asistencia a controles médicos, cuya periodicidad determinará la pareja demandante⁵².
3. Obligación de abortar al niño si aparecen anomalías en la criatura en gestación. Y en caso de abortar por grave peligro de la vida de la madre debe devolverse el precio ya entregado.
4. Renuncia a todo derecho al niño desde su nacimiento incluyendo el verlo ni tocarlo.
5. Consentir en la adopción del niño.
6. Dar a luz en anonimato.
7. Renuncia por anticipado al derecho de impugnar la maternidad de la mujer que la contrató.

El contrato es **consensual** perfeccionándose por el sólo consentimiento de las partes y **principal**, pues subsistiría por sí mismo, sin requerir de otra convención, además y dado que no está calificado expresamente por nuestro ordenamiento jurídico, se mira como innominado.

El carácter **consensual** del contrato es fundamental para determinar si su celebración pertenece al ámbito de acción del *derecho a procrear*, en virtud de la voluntad procreacional, o si éste constituye un grave atentado a la dignidad de la persona, afectando esta infracción tanto a la mujer que gesta como a la criatura producto de la gestación.

De tal modo, y conforme a la clasificación antes expuesta, parece interesante agregar aquella propuesta por Lacruz Berdejo, al identificar tres contratos distintos⁵³ y que definirían los distintos tipos de relaciones jurídicas en el contrato de maternidad subrogada, a saber:

- a) El primero calificado como un arrendamiento de obra o de servicio entre el facultativo, la pareja y la madre portadora,

⁵² En este sentido: “*I’ accordó di solito dispone che la madre surrogata si obblighi: 1) ad affidarsi e farsi visitare dal medico scelto dal centro (o comunque dai responsabili della stesura del contratto, NdA), in base ad una routine ben specificata; 2) a seguire le istruzioni mediche date dal medico curante, compresi i test clinici e di “screening”, y 3) a non fumare tabacco, usare droghe illegali, bere alcolici o comunque ingerire od usare alcun tipo di medicina che non sia stata prescritta dal medico; 4) ad acconsentire a qualsiasi cura o trattamento richiesto dal medico*”. Véase en Benedetta Faraoni, Alicia. *La Maternità Surrogata: La natura del fenomeno, gli giuridici, le prospettive di disciplina*. Giuffrè Editore, 2002, p. 181.

⁵³ Cfr. en Lacruz Berdejo. “Informe sobre la Fecundación Artificial y otros extremos semejantes”. 1985, p. 11.

- b) Un segundo calificado como atípico entre la madre gestacional y la pareja destinataria de la criatura y,
- c) Un tercero como un arrendamiento de servicio, entre el médico y el centro médico donde se realizará la técnica.

Por otro lado, se trata de un **contrato de familia**, ya que el objeto jurídico no es patrimonial sino que es un derecho de familia, la filiación. En nuestra opinión, no es un niño directamente lo que se contrata, sino que se trataría de una obligación de conducta expresada en la conducta gestacional, sin perjuicio que se entrega finalmente una criatura⁵⁴.

Ante esto, se ha sostenido por la doctrina española, que la capacidad generativa es indisponible, intransferible y personalísima, integrando las cosas que están fuera del comercio humano, calificando de nulo aquel contrato que tenga por objeto atribuir la maternidad a una mujer distinta de la que pare⁵⁵.

Lo anterior, permite apuntar que el contrato de maternidad subrogada, haya sido rechazado, en virtud del artículo 1464 del código civil chileno, por adolecer de objeto ilícito, pues el vientre o útero materno está fuera del comercio humano, y donde la mujer no poseería un derecho de propiedad sobre él⁵⁶.

⁵⁴ Al respecto, interesante es la opinión de Mónica Amador cuando se refiere a esta conducta gestacional señalando que: *“El embarazo, en si mismo, es una condición que deja bastante maltratos los cuerpos de las mujeres. Después de 9 meses llevando un ser en el interior, en el cuerpo de una mujer se producen cambios hormonales que afectan el estado de ánimo, el apetito, la pigmentación de la piel, genera ensanchamiento de la pelvis, el útero, los senos y la talla corporal, aumento de secreciones, náusea, vómitos, ansiedad, insomnio, debilidad, transpiración excesiva, dolor de espalda, cambios en el ritmo del cuerpo, cambios en la frecuencia cardíaca, presión sanguínea y respiratoria, cambios en el metabolismo y disminución de la asimilación de calcio, nutrientes y oxígeno – todos estos nutrientes que son transferidos al feto para su formación. En conclusión, un embarazo natural puede dejar el cuerpo de una mujer fuertemente deteriorado, y requerirá tratamiento y tiempo para su recomposición”*. Véase en Amador, Mónica. Biopolíticas y biotecnologías: Reflexiones sobre la maternidad subrogada en India. *EN: CS*, Colombia, Número 6, julio-diciembre, 2010, p. 213. (la cursiva es mía)

⁵⁵ Cfr. en Leonseguí, Rosa Adela. La Maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo. Boletín de la Facultad de Derecho, Madrid, Número 7, 1994, p. 334.

⁵⁶ Contrastando lo anterior, creo que el objeto del contrato de maternidad subrogada no es precisamente el niño, fruto del artificial proceso reproductivo, sino que lo que se vende es el desarrollo gestacional, dado que no es posible lucrar con la movilidad de la maternidad. En este sentido se ha referido Marcelo Palacios, presidente de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humana, señalando que: “todo el mundo sabe que aún cuando la mujer cede el útero, cede todo su organismo” Cfr. en Leonseguí, Rosa Adela, *op cit.*, p. 91.

En este sentido se ha referido la autora Dina Rodríguez López al señalar que:

Las partes de nuestro cuerpo jamás pueden estar sujetas a un acuerdo de voluntades de tipo patrimonial, ni dicho acuerdo puede ser validado ante las instituciones jurídicas de nuestro país, en virtud de que un elemento que nos distingue y nos da la categoría de personas es un cuerpo físico, y por tanto como elemento de la personalidad, el cuerpo humano o cualquiera de sus componentes en ningún momento puede ser objeto de contrato, sólo puede ser sujeto de derecho⁵⁷.

La obligación acordada por una mujer que arrienda parte de su cuerpo mediante una determinada remuneración importa atentar contra su integridad física lo que no resulta admisible, salvo que se enmarque dentro un fin terapéutico o de interés general⁵⁸.

Se lesiona la integridad y dignidad de la mujer gestante, pues ésta efectúa una cesión poniendo a disposición de manera temporal una parte no separable de su cuerpo para su utilización por otros o en beneficio de otros. Lo anterior, teniendo en cuenta que el objeto cedido no es propiedad de la mujer gestante, sino que forma parte de su integridad física⁵⁹.

En este mismo sentido se ha señalado que la maternidad subrogada atenta la dignidad de la persona, pues la integridad física deja de ser un fin en si mismo convirtiéndose en medio para que otros individuos cumplan su voluntad procreacional⁶⁰.

Con todo, la norma en comento habla de enajenación de cosas que no están en el comercio humano, y entre ellas el útero de una mujer. Ahora bien si el contrato por medio del cual se formaliza la maternidad subrogada es de

⁵⁷ Cfr. en Rodríguez, Dina. Nuevas Técnicas de Reproducción Humana: El útero como objeto de contrato. EN: Revista de Derecho Privado Nueva Época, año IV, N° 11, 2005, p. 117.

⁵⁸ Carcaba María. Los problemas Jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana, Barcelona, José María Bosch, 1995, p. 168.

⁵⁹ Sánchez, Rafael. La Gestación por Sustitución: Dilemas Éticos y Jurídicos, Revista Humanitas, (49), abril de 2010, p. 12.

⁶⁰ En este sentido resulta ejemplar el caso de India, donde existe un mercado conocido vulgarmente como *granjas de mujeres* donde la mercantilización de esta practica ha llevado a la elección del bebe perfecto, a través de catálogos. Véase en Diario El País. Se alquila vientre en India: Decenas de extranjeros con problemas de fertilidad recurren a mujeres del país asiático- Las autoridades se plantean regular esta industria en auge [en línea] http://www.elpais.com/articulo/sociedad/alquila/vientre/India/elpepusoc/20080803elpepisoc_3/Tes [consulta: 12 de Octubre de 2011]

aquellos en que la obligación es de dar⁶¹, el artículo 1464 del código civil no resultaría aplicable, sumado a que este contrato en nuestra legislación no es de aquellos que se prohíba, y que conforme al principio de derecho privado *lo no está prohibido está permitido*, es dable concluir que en virtud del *derecho a procrear* podría aceptarse dicha convención.

De ahí, que prohibir derechamente el contrato de maternidad subrogada, no parece ser la única solución, pues debería analizarse si existe algún grado de libertad para disponer de nuestro propio cuerpo, identificando los límites a esta disposición, y no reduciéndola exclusivamente a lo moralmente aceptable. Vale decir, podría anunciarse que hay partes del cuerpo humano que ya están en el comercio de los hombres.

Lo anterior, permite preguntarse acerca del grado de disponibilidad que detenta una mujer sobre su cuerpo, y que vincula con la esfera de libertad y autodeterminación de cada individuo. Pensemos por ejemplo en la práctica de la prostitución, donde la mujer no sólo dispone libremente de su cuerpo, sino que obtiene una ventaja económica con dicha actividad.

Libertad que permite confirmar la licitud de la prostitución, ya que se enmarca dentro de una actividad económica legalmente ejercida puesto que aquellos que la ejercen lo hacen en virtud del derecho a desarrollar cualquier actividad económica, conducta amparada por el artículo 19 Número 21 de la Constitución Política de Chile⁶².

Bajo esta premisa y luego del análisis cabe preguntarnos, ¿si la concepción entra dentro del ámbito de la industria y del mercado de trabajo? ¿Es posible disponer de la ventaja reproductiva que algunos detentan, gestando un niño para luego entregarlo a quienes no gozan de ese privilegio reproductivo? Estas dos interrogantes exigirán interpretar la libertad que detentan los individuos, cuando ejercitan su *derecho a procrear*.

Sin perjuicio de lo anterior, el objeto del cual se dispone tanto en la maternidad subrogada, y como en la prostitución es distinto. En el caso de la

⁶¹ En España el autor Montes Penades lo entiende como un contrato de prestación de servicios de incubación en útero ajeno, señala además que la maternidad corresponde a la madre que alumbró o madre gestante. Véase en Montes Penadés, Vicente. El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana. Ponencia al Congreso de Filiación en el 11 Congreso Mundial Vasco, Vitoria Gateiz, España, Octubre de 1987, p. 55.

⁶² Sáez, Carolina y Aravena, Fabián. El derecho a ejercer el comercio sexual en Chile. V Congreso Estudiantil de Teoría Constitucional de la Universidad de Chile, Santiago, 2008, [en línea] <http://www.congresoconstitucional.cl/?page_id=1419> [Consulta: 30 de abril de 2011]

prostitución la mujer dispone de su propio cuerpo, sin embargo en la maternidad subrogada la disponibilidad no sólo está ligada con su propio cuerpo, sino que afecta derechos de terceros entre ellos, el del que está por nacer, en especial cuando se altera su filiación.

En definitiva, se trata de una diferencia en cuanto a la extensión y carácter de dicha disponibilidad, en orden a afectar o no a terceros. De ahí que, y en virtud de la norma constitucional, se pueda eventualmente interpretar por extensión la existencia del derecho a comerciar con el vientre o útero de la mujer.

4. Problemas generados por la Maternidad Subrogada en su variante contractual

Otro aspecto de la maternidad subrogada que explica su controversial examen son los problemas⁶³ derivados del incumplimiento de sus obligaciones contractuales tales como:

- a) Que la mujer gestante desee quedarse con el niño⁶⁴.
- b) Que antes del nacimiento se detecte en el niño alguna anomalía y se solicite aborto terapéutico, negándose a ello la madre gestante⁶⁵.
- c) Que ni la mujer gestante, ni quien solicitó el inicio del proceso quieran quedarse con el niño, por adolecer, por ejemplo de taras.
- d) Que como consecuencia del parto la gestante muera o contraiga una enfermedad grave.
- e) Si la gestante cede al hijo y ello le produce daños psicológicos de importancia.
- f) Si el hijo reivindica su origen genético y obstétrico.
- g) Si la madre gestante tiene derecho a pedir unilateralmente un aborto, sin consultar previamente a la pareja contratante en caso de contraer una enfermedad por efectos del embarazo que ponga en peligro su vida.

⁶³ Souto, Beatriz. Dilemas Éticos sobre la Reproducción Humana. La Gestación de Sustitución. Proyecto de Investigación "Bioética y Derechos Humanos", Universidad Complutense de Madrid, 8 de diciembre de 2006, p. 186-187.

⁶⁴ En el famoso caso llamado comúnmente "*Baby M*" un matrimonio a través del "*Infertility Center for New York*" contrataron con una mujer casada, un contrato de maternidad subrogada para la gestación en útero ajeno. Fruto de esta gestación nació una niña, la cual no quiso ser entregada por la madre subrogada, que había sido inseminada con esperma del marido de la pareja comitente. Véase en Carcaba, María. Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación asistida, J.M Bosch Editor S.A, 1995, p.167.

⁶⁵ Lo ha señalado el doctor y catedrático de Genética Lacadena Calero. Cfr. en Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, 1985, Número 357.6, Noviembre, p.10909.

- h)** ¿Que sucede si la pareja solicitante se divorcia o muere durante el periodo de embarazo? o si la mujer portadora está casada o forma pareja estable, ¿debe contar con el consentimiento de su cónyuge o pareja antes de someterse a la subrogación de útero?
- i)** Que lo contratado por la pareja comitente sea sólo un niño y que fruto del proceso gestacional resulten dos criaturas⁶⁶.
- j)** ¿Quiénes serían los beneficiarios del permiso postnatal parental en virtud de la Ley 20.545? ¿Surgen dudas acerca de si sólo le corresponde a la madre gestante o también a la madre subrogante, o bien por partes iguales?
- k)** Desde el ámbito del Derecho Internacional Privado, ¿Tiene validez la inscripción en el Registro Civil e Identificación de Chile de la certificación registral acreditativa de filiación del niño nacido en el Estado de California, mediante técnica de maternidad subrogada? ¿Está obligado dicho organismo a inscribir la certificación de nacimiento californiana, en virtud del principio del interés superior del niño y el derecho a la identidad del menor?
- D)** Si la pareja solicitante se divorcia, o bien muere uno de los miembros o los dos, durante la gestación del bebe encargado⁶⁷.

En consecuencia, resulta claro que del contrato de maternidad subrogada pueden derivar problemas motivados dada la naturaleza de la convención. En otras palabras, estas eventuales situaciones invitan a evaluar si con la celebración de un contrato de estas características, se ejerce un derecho o se atenta contra la dignidad.

En efecto, nadie discute que el ser padres es una de las mayores satisfacciones que puede experimentar un ser humano, pero este *derecho a procrear*, si es que existe en nuestro ordenamiento, ¿está exento de limitaciones o se

⁶⁶ En este sentido, es dable señalar un caso que tuvo lugar en Estados Unidos donde se acordó un contrato de maternidad subrogada entre una pareja estadounidense y una británica llamada Helen Beasley a la cual se le implantó un ovulo fecundado con el esperma del varón de la pareja, acordando pagarle a Helen 19.000 dólares (aproximadamente 10 millones de pesos chilenos). En el mismo contrato se contempló una cláusula donde se estipuló una reducción selectiva en caso de producirse un embarazo múltiple. Así las cosas, la madre subrogada quedó embarazada de gemelos, comunicándolo a la pareja comitente que ante esta situación solicitó que está se deshiciera de uno de los fetos al final de la decimotercera semana, amenazando con no pagar sus obligaciones comerciales, si ello se incumplía. Finalmente, Helen, la madre subrogada, decide dar a luz a ambos y no entregárselos a la pareja comitente. Véase en Souto, Beatriz. Dilemas Éticos sobre la Reproducción Humana. La Gestación de Sustitución. Proyecto de Investigación “Bioética y Derechos Humanos”, Universidad Complutense de Madrid, 8 de diciembre de 2006, p. 189.

⁶⁷ Congreso de los Diputados. Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación “in Vitro” y la Inseminación Artificial Humanas, capítulo V sobre la Gestación de sustitución. Citado en Martínez – Pereda Rodríguez y J.M. Massigofe Benegiu, J.M. La maternidad Portadora, Subrogada o de encargo en el Derecho Español, Editorial Dyckinson, Madrid, 1994, p 97-98.

ejercerse con ciertas condiciones y requisitos? Así, si se castiga el contrato de maternidad subrogada ¿significa entonces excluirlo de la esfera del *derecho a procrear*?

Esfera que permitirá determinar la titularidad de los contratantes en razón de qué tipo de parejas podrán celebrar este tipo de contratos es decir, si incluiremos a las parejas homosexuales o sólo a las heterosexuales. Y si optamos por las últimas, qué condiciones deberán cumplir, tales como solvencia moral, y estabilidad económica⁶⁸.

En definitiva, se trata de interrogantes que se intentarán responder cuando se evalúen las normas nacionales referidas tanto a la maternidad como aquellas que fundamentan el *derecho a procrear* determinando si su ejercicio admite a la maternidad subrogada o si ésta constituye el límite, a la luz de otros derechos igualmente importantes y necesarios en una sociedad democrática como lo es la Chilena⁶⁹.

⁶⁸ Se ha señalado que ante una eventual regulación legal de la maternidad subrogada se debería considerar los requisitos de la adopción tales como: **1)** Un Certificado de idoneidad de los contratantes, **2)** Una Autorización Judicial para la formalizar sus efectos jurídicos relativos a la filiación y **3)** La intervención de un órgano público especializado a fin de asegurar el cumplimiento del contrato de maternidad subrogada. Al respecto es posible citar la Ley Chilena N° 19.620 -que dicta normas sobre adopción de menores- que establece condiciones para que opere en su artículo 12. Este criterio ha sido adoptado por algunos Estados de Estados Unidos, tales como Florida, Texas y California señalando por ejemplo que esta técnica está reservada exclusivamente a parejas heterosexuales, casadas o que la mujer gestante perciba una determinada compensación económica.

⁶⁹ Esta idea ya ha sido planteada por Yolanda Gómez afirmando que la dignidad de la persona humana impide que sea objeto de un contrato agregando que el derecho a la libertad no legitima cualquier uso que las personas deseen hacer de su cuerpo. Cfr. en Yolanda Gómez Sánchez. El derecho a la Reproducción humana, Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 141.

Capítulo II

1. Existencia del *derecho a procrear* y su vinculación con la maternidad subrogada

*El creador ha hecho la tierra para los vivos no para los muertos.
Los derechos y los poderes sólo pueden pertenecer a las personas,
no a las cosas, no a la mera materia, no dotada de voluntad.(...)
Nada, pues es inalterable, salvo los derechos inherentes e inalienables del Hombre.
Thomas Jefferson.*

El *derecho a procrear* integra el grupo de los llamados derechos humanos de segunda generación⁷⁰, fundados en el principio de autodeterminación, agrupando los llamados derechos sexuales y reproductivos, reconocidos por primera vez en la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo de 1994 y en la IV Conferencia Mundial de la Mujer en 1995, las cuales afirmaron que:

Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos, y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el *derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia*, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos⁷¹.

Esta nueva tipología de derechos, considerados como los más humanos de los derechos⁷², tiene consecuencias prácticas en diversas cuestiones relativas a las técnicas de reproducción asistida⁷³, en especial la maternidad subrogada.

⁷⁰ Cfr. en Zarraluqui, L. Procreación asistida y derechos fundamentales. Madrid, 1988, p.66. En otro sentido, se ha señalado que el derecho a procrear formaría parte de los derechos de cuarta generación de derechos humanos integrada por derechos del medioambiente, ecosistema, los derechos vinculados al estado civil de las personas, al patrimonio genético y los referidos a la autodeterminación informativa. Dentro de este último grupo de derechos se incluyen actuales problemas como el transplante de órganos, la eutanasia, la crioconservación de embriones humanos y las técnicas de reproducción asistida.

⁷¹ NACIONES UNIDAS. Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Beijing, 4 y 5 de Septiembre, 1995, Capítulo IV, parte c) La mujer y la salud, número 95. [en línea] <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20ofull%20report%20S.pdf> [consulta: 7 de noviembre de 2011] (la cursiva es mía)

⁷² Esta afirmación se dedujo a partir de los acuerdos adoptados en la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo de 1994 y en la IV Conferencia Mundial de la Mujer en 1995, ambas celebradas en El Cairo y en Beijing respectivamente. Véase [en línea] http://www.ipas.org/Publications/asset_upload_file953_3196.pdf [consulta: 5 de noviembre de 2011]

En efecto, los tribunales de Estados Unidos han reconocido en su jurisprudencia -cuando le ha tocado proteger decisiones sobre la procreación y la crianza de los hijos- que el fundamento del *right to reproduce* está en el derecho a la intimidad; fundamento que se extiende a las nuevas formas médicas que intervienen la reproducción, incluida la técnica de la maternidad subrogada⁷⁴.

Sin embargo, nuestra Constitución Política no reconoce expresamente el *derecho a procrear*, ya que no lo contempla directamente en su artículo 19 cuando asegura a todas las personas y tampoco se desprende de su artículo 5, inciso 2⁷⁵. Asimismo, y considerando a la maternidad subrogada como medio para ejercer este derecho tampoco estaría permitida, ya que ésta tendría sus raíces en el Derecho Natural, y conforme a la naturaleza humana la procreación de seres humanos debe darse dentro del matrimonio⁷⁶.

Planteamiento que no comparto y que coincide con lo advertido por Yolanda Sánchez, que crítica cualquier fundamentación basada en el Derecho Natural porque:

El derecho natural tampoco es estrictamente derecho carece del elemento de eficacia necesario para contribuir a la organización social. A esto se le agrega la dificultad de desconocer el contenido concreto del derecho natural, salvo que éste se apoye en unos principios religiosos. El mismo Kelsen señala que la doctrina del Derecho Natural es de índole religiosa⁷⁷.

⁷³ Cfr. en Turner, Susan. Los Derechos Sexuales y Reproductivos y su incidencia en la Esterilización y procreación asistida, EN: Revista de Derecho (Valdivia) v.12 (2): 1, Diciembre, 2001, p. 213.

⁷⁴ En caso *Eisenstadt versus Baird*, el más alto Tribunal Federal señaló que la decisión sobre la propia procreación forma parte del contenido del derecho a la intimidad. También en caso *Griswald versus Connecticut* cuando declaró inconstitucional una Ley de Connecticut que prohibía el uso de anticonceptivos, argumentando en el derecho de las personas a decidir el espaciamiento del nacimiento de sus hijos, como parte de la protección de su intimidad personal. Cfr en Serrano, Alberca, J.M. Artículo 18, EN: Comentarios a la Constitución. Editorial Civitas, Madrid, 1985, p. 357.

⁷⁵ Este argumento no es absoluto ya que existen dos acuerdos de las Naciones Unidas jurídicamente vinculantes para el Estado Chileno a saber; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos del año 1966 y que establecen derechos humanos básicos como el derecho a la salud y a la libertad de pensamiento, de conciencia y religión, de los cuales derivan los derechos sexuales y reproductivos. Revísese con mayor profundidad en Informe del Ministerio de Salud. Gobierno de Chile. Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad. Véase [en línea] <http://www.minsal.gob.cl/portal/url/item/795c63caff4ede9feo4001011f014bf2.pdf> [consulta: 15 de diciembre de 2011] p. 25.

⁷⁶ Cfr. en Silva, Jaime. El derecho a procrear en la Constitución Chilena. EN: Revista Chilena de Derecho, Volumen 21, N°2, 1994, p. 304.

⁷⁷ Gómez, Yolanda. El derecho a la reproducción Humana. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 25-29.

Incluso se ha señalado por algunos autores que la noción de un derecho al hijo no es coherente con un sistema jurídico civilizado, puesto que implica reducir al hijo a un crédito vulnerando así su dignidad como persona⁷⁸.

En otro sentido, y esta vez despojando la fundamentalidad del *derecho a procrear* se ha referido Maricruz Gómez de la Torre señalando que:

En la categoría de derecho humano no entra adecuadamente el derecho a procrear; lo que si cabe dentro de la categoría es el ejercicio responsabilizado de la función procreativa, es decir el derecho a fundar una familia⁷⁹.

Asimismo, se ha negado la existencia de un derecho humano a la descendencia, sin perjuicio que en la actualidad exista legislación referida a los derechos sexuales y reproductivos que garanticen la libertad y autonomía de las personas para decidir el tener hijos o no y con quien⁸⁰. Esto, según lo afirmado por Mónica Amador no significa que:

El Estado o la sociedad deben garantizar que todas las personas se reproduzcan o tengan descendencia genética. [Por otro lado,] la defensa por el derecho a una familia tiene su asidero en una perspectiva democrática que procura respetar la diversidad de distintas formas de familia (...) así como garantizar la protección de las personas y vínculos entre quienes se denominan familia⁸¹.

Así las cosas, y desde la vereda opuesta se ha señalado que el *derecho a procrear* podría considerarse incluido en el derecho a la vida y el desarrollo de la personalidad, pero circunscrito a un proceso reproductivo natural tradicional, excluyendo así a las técnicas de reproducción asistida, y con ello a la maternidad subrogada⁸².

⁷⁸ Andorno, Roberto. Incidencia de la Fecundación In Vitro sobre la distinción entre personas y cosas. p.15. En este sentido se referido A. De León Arce señalando que el derecho a procrear no es absoluto, ni un hijo puede tener nunca consideración de ser objeto de un derecho subjetivo. Véase en De León Arce, A. La mujer sola, sin pareja ante las nuevas técnicas de procreación humana. EN: AA.VV; Congreso de Filiación. La Filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1988, p. 262.

⁷⁹ Gómez de la Torre, Maricruz. La Fecundación in Vitro y La Filiación. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, p.41.

⁸⁰ Véase en Organización Mundial de la Salud. (2010). Derechos Sexuales y reproductivos.

⁸¹ Amador, Mónica. Biopolíticas y biotecnologías: Reflexiones sobre la maternidad subrogada en India. EN: CS, Colombia, Número 6, julio-diciembre, 2010, p. 209.

⁸² Cfr. en Corral, Hernán. Admisibilidad Jurídica de las técnicas de procreación artificial. EN: Revista Chilena de Derecho, Volumen 19, N° 3, Santiago, 1992, p. 459.

Sin embargo, lo natural del proceso reproductivo no es necesariamente un valor humano. De hecho, la humanidad ha comenzado a dejar atrás la naturaleza reafirmada por Shulamith Firestone al sostener que:

La eliminación de las clases sexuales requiere una revolución de la clase inferior, las mujeres, y el dominio sobre el control de la procreación; devolver a las mujeres la apropiación sobre el propio cuerpo, el control de su fertilidad mediante las nuevas tecnologías⁸³.

Al respecto el liberalismo con el objeto de proteger la libertad de procrear apoya un ejercicio amplio del *derecho a procrear* que incluya la biotecnología y las técnicas de reproducción asistida; uno de los argumentos que apoyan esta teoría es la libertad que tendría la mujer para disponer de su propio cuerpo⁸⁴.

Con todo, y siguiendo esta misma línea argumental, se sostiene que la manera en la que la especie se reproduce está determinada socialmente, puesto que si biológicamente, las personas fueran capaces de encontrar otros métodos, y la sociedad se organizara de manera que todas las formas de expresión estuvieran permitidas con idénticos derechos, la procreación no sería el fruto de relaciones heterosexuales solamente⁸⁵.

En este contexto, es posible sostener que dicha voluntad procreacional derivada del ejercicio del *derecho a procrear*, es la que permite legitimar actualmente, la maternidad subrogada, fragmentando no sólo la maternidad sino que generando un cambio conceptual de lo que siempre entendimos por madre.

2. Fundamentos del *derecho a procrear* en Chile

Tras analizar la maternidad subrogada es importante señalar que esta técnica ha sido defendida en virtud del *derecho a procrear* como: “*aquella facultad de tener un hijo cuando se quiera, como se quiera y en cualquier circunstancia*”⁸⁶.

⁸³ Cfr. en Firestone, S. *The Dialectic of sex*. Bantam Books, New York, 1970, p.12. (la traducción es mía)

⁸⁴ Hernández, Adriana y Santiago, José Luis. *Ley de maternidad Subrogada en el Distrito Federal*. EN: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva serie, año XLIV, N° 132, p. 1339.

⁸⁵ Cfr. en Hartman, Heidi. *The Unhappy Marriage of Marxism and Feminism*. p.13

⁸⁶ Meulders-Klein, Marie- Thérèse. *Le droit de L'enfant face au droit a' l'enfant et les procréations medicalment assistées*. EN: Revue Trimestrielle de Droit civil 87, Octubre de 1988, p. 645.

En efecto, al revisar el contenido del *derecho a procrear* comprobamos que éste está constituido por el dominio que tendría una pareja o una persona sobre la procreación, y que en virtud de las técnicas de reproducción asistida permiten ejercitar este derecho⁸⁷.

Argumento que cobra relevancia cuando en la mayoría de la doctrina americana se entiende que el *derecho a procrear* comprende tanto los medios naturales como los artificiales de reproducción⁸⁸ y que permite, al menos *prima facie*, aceptar la técnica de la maternidad subrogada dentro del ejercicio de este derecho.

Esta misma línea argumental ha sido utilizada desde el derecho norteamericano. En efecto, J.A Robertson afirma que el hecho de carecer de la capacidad natural de tener hijos, no habilita para suponer la negación de este derecho; agrega que es perfectamente posible incluir dentro del *derecho a procrear* cualquier medio necesario para obtener la procreación, entre ellos la maternidad subrogada⁸⁹.

Así las cosas, y considerando que la procreación es inherente al ser humano puesto que su ejercicio permite la perpetuación de la especie, y donde su reconocimiento como derecho fundamental implícito deriva de este mismo carácter personalísimo.

De ahí, que el constituyente sólo se limite a reconocerlo como derecho y que habilita a ejercerlo carente de injerencias externas, promoviendo con ello el libre desarrollo de la personalidad. En efecto, el profesor Humberto Nogueira Alcalá comparte esta posición iusfundamental de los derechos humanos, al señalar que:

⁸⁷ Cfr. en Hottois, Gilbert et Parizeau, Marie-Hélène. Les mots de la bioéthique. Editorial De Boeck Université, Bruselas, 1993, p.14, citado en Silva, Jaime. El derecho a procrear en la Constitución Chilena. EN: Revista Chilena de Derecho, Volumen 21, N°2, 1994, p. 304.

⁸⁸ Gómez de la Torre, Maricruz. La Fecundación in Vitro y La Filiación. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, p.38.

⁸⁹ Para explicar esta defensa el autor asemeja la situación de las personas estériles con la de los ciegos, señalando que una persona ciega tiene el mismo derecho a adquirir información de los libros que una persona sin dicha discapacidad. Esto porque la incapacidad de leer visualmente no puede impedir a la persona a utilizar el método braille, grabaciones o bien recurrir a una persona capacitada para adquirir la información contenida en un libro. Véase en Robertson, J.A. Procreative, Liberty, embryo and collaborative, ponencia presentada a Coloquium de Derecho Comparado en Cambridge, 1987, p.1; citado en Banda, Alfonso. Dignidad de la persona y reproducción humana asistida. EN: Revista de Derecho, Volumen IX, 1998. [en línea] http://enj.org/porta/biblioteca/principios_fundamentales/convenios_internacionales/24.pdf [consulta: 3 de noviembre de 2011] p. 23.

Puede sostenerse [que] los derechos que emanan de la naturaleza humana pueden ser enumerados taxativamente *de una vez y para siempre*, por cuanto los seres humanos en el desarrollo histórico y de su conciencia, podrán ir perfeccionando los existentes y *desarrollando otros nuevos*. (...) El Estado debe asegurar tales derechos y promover tales derechos, independiente de si están considerados en el texto formal de la Constitución ya que ello deriva del valor de la dignidad y los derechos de la persona como valor supremo de nuestro ordenamiento⁹⁰.

Por otro lado, la Comisión de Estudio de nuestra Constitución Política en su Informe señaló en este mismo sentido que:

Hemos incluido una norma que asegura el respeto de todo derecho inherente a la persona humana, aunque no esté expresamente considerado en su texto. El fundamento de este precepto reside en que hay recursos que emanan de la naturaleza humana que no están comprendidos expresamente en la enumeración que hace la Constitución y que no por ello dejan de ser tales y de merecer la protección del ordenamiento jurídico fundamental⁹¹.

Con todo, el voto disidente del ministro del Tribunal Constitucional Chileno don Hernán Vodanovic Schnake en Sentencia Rol 226 resulta ejemplar ante lo expuesto más arriba, afirmando en su considerando 25 que:

Tanto la doctrina como nuestra Constitución Política reconocen la existencia de derechos aunque no estén consagrados en el texto Constitucional, a menos que esta consagración implique una vulneración a las normas fundamentales. Nuestra Carta Política en el artículo 5, inciso segundo, establece que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Esta última expresión significa que los hombres son titulares de derechos por ser tales, sin que sea

⁹⁰ Nogueira, Humberto. Los Tratados Internacionales en el ordenamiento Jurídico Chileno. EN: Revista Ius et Praxis, Facultad de Derecho de la Universidad de Talca, Año 2, N°2, 1997, pp. 23 y 27. (la cursiva es mía)

⁹¹ Comisión de Estudio de la Nueva Constitución: Informe con proposiciones e Ideas Precisas. 16 de Agosto de 1978, reproducido en VIII Revista Chilena de Derecho, N°1-6, 1981, p. 239.

menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional⁹².

De ahí, que se sostenga que el fundamento constitucional del *derecho a procrear* esté en el valor libertad, en la dignidad de la persona, en el reconocimiento de sus derechos inherentes y en el libre desarrollo de la personalidad, pero sobre todo, una manifestación de la libertad⁹³.

Sin embargo, y a pesar que la Constitución Española reconozca tanto el valor de la libertad como superior dentro de su ordenamiento así como: “*el derecho a la libertad como un derecho público subjetivo, cuya titularidad pertenece a toda persona, y que es exigible frente a los poderes públicos*”⁹⁴, la jurisprudencia constitucional no ha vinculado la libertad personal con la reproducción humana; esto último sin perjuicio que algunos autores vinculen ambos conceptos⁹⁵.

En efecto, dicha relación no es del todo clara ya que en lo personal y siguiendo lo señalado por Yolanda Gómez: “*hay diferencias notables entre la facultad de mantener relaciones sexuales y la facultad de procrear, ya que esta última representa una opción más radical y de mayores consecuencias para el sujeto en cuanto a su libertad individual*”⁹⁶.

Al respecto, nuestro ordenamiento a través del Tribunal Constitucional ha señalado que el libre desarrollo de la personalidad encuentra sustento normativo en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política que protege la esfera privada de las relaciones que cuando se proyectan en el ámbito público son dignas de protección⁹⁷. Incluso se ha señalado por el Tribunal

⁹² Sentencia Tribunal Constitucional Chileno. Rol N° 226- 1995, 30 de octubre de 1995, Considerando 25. Esta misma postura es posible advertir en la Doctrina Española que en palabras de Juan José Solozábal ha sostenido que: “*Los derechos [fundamentales] no agotan los derechos efectivamente constitucionalizados, de modo que hay más derechos constitucionales que los reconocidos como fundamentales por la Constitución*”. Véase en Solozábal, Juan José. Los Derechos Fundamentales en la Constitución Española. EN: Revista de Estudios Públicos (Nueva Época), Número 105, Julio-Septiembre, 1999, p.10.

⁹³ En este sentido la autora Yolanda Gómez Sánchez afirma que el derecho a la reproducción como derecho de autodeterminación física es un problema de libertad por dos razones; la primera porque implica una elección que vincula con la libertad física de asumir derechos y obligaciones derivados de la procreación y una segunda razón porque las restricciones no provienen del cumplimiento de una pena sino que de un acto de libertad, cuyo ejercicio debe ser compatible con la libertad de los demás y con el respeto a la legalidad. Véase en Gómez, Yolanda. El derecho a la reproducción Humana. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 48.

⁹⁴ De Estevan, J, y González Trevijano, P, J. Curso de Derecho Constitucional español, p. 67.

⁹⁵ Gómez, Yolanda. El derecho a la reproducción Humana. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 48.

⁹⁶ *Ibidem*, Gómez, Yolanda, p. 55.

⁹⁷ Sentencia Tribunal Constitucional Chileno. Rol N° 634- 2006, 9 de agosto de 2007, Considerando 21. En este sentido, interesante es lo que señalado por Eduardo Novoa Monreal cuando aborda el contenido

Constitucional Español que la sexualidad pertenece al ámbito de la intimidad⁹⁸, dando paso a una vinculación entre el *derecho a procrear* y el libre desarrollo de la persona.

Se agrega también que si bien existen opiniones contrarias respecto del reconocimiento de este derecho en nuestra jurisprudencia, no es posible desconocer que:

Tal derecho se desprende del artículo 19 N° 7 y de otras disposiciones de la Constitución, [tales como] el artículo 1 inciso primero, al reconocer la dignidad de la persona; el artículo 1 inciso cuarto, al señalar que es deber del Estado crear las condiciones que permitan a las personas alcanzar el mayor desarrollo y realización espiritual y material posible⁹⁹. Señala también que el respeto de la dignidad y de los derechos a la privacidad de la vida (...) son base esencial del desarrollo libre de la personalidad de cada sujeto¹⁰⁰.

Sin embargo, y que en lo personal parece legítimamente atendible, se ha señalado que la procreación, es decir el acto de producir vida, no es algo que dependa exclusivamente de la libertad humana, sino que está determinada por múltiples factores naturales¹⁰¹.

Se trata en definitiva de un derecho fundamental por conexidad, es decir aquel que no siendo calificado como fundamental por el texto constitucional,

del término vida privada señalando que no existe un único concepto, el cual varía según ciertas circunstancias, agregando que el componente cultural y social es de suma relevancia. Cfr. en Novoa, Eduardo. *Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos*, Siglo XXI Editores, Madrid, 1979, pp. 42 y 43.

⁹⁸ El apartado 1 del artículo 10 de la Constitución Española señala que: "*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*" [Asimismo"] "*La sexualidad constituye una dimensión fundamental de la personalidad, y parte del contenido de la intimidad que constituye objeto de uno de los derechos consagrados en el artículo 18.1 de la C.E. En este mismo sentido lo confirma la Sentencia 53/1985, de 11 de abril, del Pleno del Tribunal Constitucional. En cuanto a la protección de los derechos de la infancia, la Constitución Española vincula [a la sexualidad] conforme a los acuerdos internacionales*". Véase en GOBIERNO DE ESPAÑA. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. **Garantías jurídicas de los menores respecto a la sexualidad y la contracepción.** [en línea] <http://www.msps.es/ciudadanos/proteccionSalud/adolescencia/ganarSalud/analisis.htm> [consulta: 28 de marzo de 2012] (la cursiva es mía)

⁹⁹ Sentencia Tribunal Constitucional Chileno. Rol N° 634- 2006, 9 de agosto de 2007, Considerando 21.

¹⁰⁰ Sentencia Tribunal Constitucional Chileno. Rol N° 433-2005, 23 de enero de 2005, Considerando 27 y Rol N° 389- 2003, 28 de octubre de 2003, considerando 21.

¹⁰¹ Cfr. en Silva, Jaime. *El derecho a procrear en la Constitución Chilena*. EN: Revista Chilena de Derecho, Volumen 21, N°2, 1994, p. 303.

dicha fundamentalidad le es comunicada por la íntima relación con otros derechos fundamentales¹⁰².

Sin duda, este razonamiento no resulta pacífico, cuando postulamos la existencia de un *derecho fundamental a procrear o tener hijos*, donde los límites y jerarquía dentro del ordenamiento nacional dependerán de la concepción imperante en la sociedad, y cuyos fundamentos son patrimonio de una determinada concepción filosófica, moral y política¹⁰³.

En efecto, esta determinada concepción definirá el control estatal de estos procedimientos, y considerando la existencia del *derecho a procrear* es que:

La procreación es una decisión autónoma, de derecho privado, que pertenece a la familia, a la persona individual; y el Estado debe reconocer el máximo de autonomía posible; sin embargo, el Estado no puede quedar al margen cuando existen intereses que deben protegerse como los del ser concebido mediante técnicas de reproducción asistida que esté por nacer y, sobre todo, cuando para la concepción se utilizan técnicas que requieren un control sanitario¹⁰⁴.

Así las cosas, la protección del *derecho a procrear* no se limita a la garantía del libre ejercicio de la capacidad reproductiva, sino que su eficacia dependerá de una prestación positiva del Estado. Claramente, este hacer o dar se vincula con la distribución de los recursos e infraestructura necesaria de la sanidad pública¹⁰⁵.

De ahí que sostengamos que cualquier intervención estatal en la esfera de la salud sólo podrá efectuarse luego de la aceptación expresa e informada tanto

¹⁰² Cfr. en Herrera Chinchilla. *¿Qué son y Cuáles son los derechos Fundamentales?* Editorial Temis, 1999, Bogotá, Colombia, p.104. En este sentido resulta interesante lo señalado por el Tribunal Supremo de Estados Unidos quien en el año 1942 en el caso *Skinner versus Oklahoma* al juzgar un statute que autorizaba la esterilización de ciertos delincuentes sexuales declaró que la procreación debía considerarse un derecho fundamental de la persona, es decir como un derecho de autonomía. Véase en Pretovich Hurtado, A. *La Biotecnología reproductiva humana y el derecho a procrear como derecho fundamental: alcance bioético*. Tesina Universidad Carlos III de Madrid, 1993.

¹⁰³ Nino, Carlos. *Introducción al análisis del Derecho*. Editorial Ariel, S.A, Barcelona, 1997, p. 418. En un sentido similar Stuart Mill señaló en su artículo titulado *Sobre la Libertad* que: *“Las preferencias y aversiones de una determinada sociedad, o de una parte influyente de la misma, son las que, de manera principal y en la práctica, han determinado aquellas normas que, bajo amenaza de sanción por la ley y la opinión, han de ser observadas por todos”*. Véase en *Los Libros que cambiaron al mundo*: Mill Stuart, John. *Sobre la Libertad*. Editorial Aguilar, Uruguay, 2010, p. 46.

¹⁰⁴ Cfr. en Arámbula, Alma. *Maternidad Subrogada: Centro de Documentación, Información y Análisis Dirección de Servicios de Investigación y Análisis Subdirección de Política Exterior*, México, 2008, p. 108-109.

¹⁰⁵ Cfr. en Bobbio, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Madrid, 1991, p.18

de la mujer gestante como la subrogada, pues de ésta manera se configura el deber del Estado junto con la libertad de la mujer.

Esto último vincula con el sentido positivo del *derecho a procrear* que implica la ordenación de la actividad sexual según las pautas naturales o utilizando las técnicas de reproducción asistida; dicha libertad incluye que el Estado no intervenga con alguna normativa que limite ésta, reglamentando sólo aquellas situaciones en la que surjan derechos y deberes respecto de terceros¹⁰⁶.

Sin embargo, el sentido positivo del *derecho a procrear* se ve mermado cuando en ciertos países latinoamericanos la discusión sobre el carácter privado o público de determinadas conductas humanas ligadas a la sexualidad, la reproducción y la familia se reconducen a una batalla moral, donde se califica de público situaciones que ocurren en lo íntimo, y cuyo fundamento se liga a la protección de la integridad corporal¹⁰⁷.

Protección que no excluye del reconocimiento de la *procreación como derecho*, a pesar que nuestra Constitución no la contemple expresamente como tal, puesto que tras una interpretación basada en el sistema de valores que subyacen al texto constitucional tales como la dignidad, la libertad y la igualdad es posible su consagración como derecho fundamental dada su conexión con otros derechos si contemplados en el artículo 19 del texto constitucional, cuando asegura a todas las personas.

Esto último, cobra fuerza cuando el académico Eduardo Aldunate señala que:

Nuestra jurisprudencia apoyada por ciertos sectores de la doctrina ha ido expandiendo cada vez más el sentido de los derechos constitucionales, al punto que su catálogo no constituye ya el núcleo fundamental e inviolable de la dignidad humana (...) sino que se ha transformado en un espacio abierto, una suerte de sitio erizado en el cual es posible encontrar casi cualquier cosa, desde la protección a animales hasta la defensa del prestigio profesional y el trazado específico de un recorrido de taxis colectivo¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Cfr. en Gómez, Yolanda. El derecho a la reproducción Humana. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 43. Véase también en Libertad de Procreación en México. p.105.

¹⁰⁷ Cfr. en Lamas, Marta. Algunas reflexiones relativas al derecho a decidir sobre el propio cuerpo. p. 12.

¹⁰⁸ Aldunate, Eduardo. La Desconstitucionalización de la Constitución. EN: Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, Volumen XXII, 2001, p. 32.

De hecho, la fundamentación del *derecho a procrear* como derecho fundamental por conexión cobra fuerza cuando Rodrigo Domínguez señala que: “*El derecho a fundar una familia comprende el ejercicio del derecho a la procreación, puesto que las relaciones de la vida familiar precisamente surgen y se ponen de manifiesto, en tanto que subyace una generación*”¹⁰⁹.

Lo anterior, si bien es correcto, merece un matiz, ya que en lo personal, el *derecho a crear una familia* comprende tanto aquellas uniones con descendencia como también las sin posibilidad de procrear. Es decir, bajo esta premisa, el derecho a fundar una familia debe evaluarse con independencia de la existencia de hijos o de la capacidad reproductiva.

Esto porque nuestra Constitución Política al definir la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, no señala la causa generadora de ésta ni tampoco distingue entre las diversas estructuras familiares¹¹⁰, surgiendo razones para incluir dentro de la definición, a la familia sin hijos.

También, se ha señalado que la unión entre dos individuos del mismo sexo no constituiría una familia pues no cumpliría la función procreadora, sin embargo desde el ámbito nacional se ha sostenido que la función de la familia contemplaría la promoción, preservación y transmisión de valores, y no exclusivamente la generación de seres humanos¹¹¹.

En consecuencia, se plantea que la familia está integrada por personas y que en virtud de los derechos a la libertad, intimidad e inviolabilidad del hogar (artículo 19 N° 4,5, y 7), el derecho a la igualdad (artículo 19 N°2) y el principio de bien común y servicialidad estatal, es que se concluye que

¹⁰⁹ Domínguez, Rodrigo. L. M. Los derechos procreativos como expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad en el seno de las uniones familiares no matrimoniales. p. 361. Citado en Gómez, Yolanda. El derecho a la reproducción Humana. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 43. Véase también en Libertad de Procreación en México. p.58. En otro orden de ideas, la autora María Casado ha sostenido que: “*El derecho a crear una familia, ¿se altera por las nuevas posibilidades que surgen: alquiler de úteros, inseminación de mujeres solas, donaciones de óvulos?, ¿la paternidad? Los derechos de la mujer, ¿no sufrirán retrocesos al perder el control de su propio cuerpo como resultado de la absoluta medicalización de las decisiones?, se crean nuevas necesidades y nuevas desilusiones?, ¿la información es suficiente?, ¿el consentimiento es verdaderamente informado?*” Casado, María. Reproducción humana asistida: los problemas que suscita desde la bioética y el derecho. Número 53,1997, p. 39. (la cursiva es mía).

¹¹⁰ Tratamiento distinto lo encontramos en la ley 19.947 sobre matrimonio civil, que en su artículo 1 señala que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia. Esto último significa que el matrimonio es causa principal de la familia pero no exclusiva pudiendo existir familias cuya causa generadora es otra como la convivencia e igualmente destinatarias de protección estatal. Véase en Quezada, Flavio. Concepto Constitucional de Familia. Universidad de Concepción, 1(1): 38-39, 2008.

¹¹¹ Cfr. en Tribunal Constitucional. Gaceta del Tribunal Constitucional, N° 10, Abril- Junio, 2008, p. 7.

nuestra constitución protege a todas las familias, ya que protege a todas las personas¹¹².

Ahora bien, desde la vereda opuesta, el reconocimiento del *derecho a procrear* bajo la formula de conexión con otros consagrados expresamente por el texto constitucional podría calificarse como *antidemocrática*, por suponer una voluntad presunta de aquel poder constituyente originario derivado de las actas constitucionales¹¹³.

Sin embargo, cuando entendemos que la procreación es una decisión autónoma, de derecho privado, que pertenece a la familia, a la persona individual posibilitando el *libre desarrollo de la personalidad*, es que es perfectamente viable configurarlo como derecho inalienable y esencial que emana de la naturaleza humana, y por ende independiente de un reconocimiento constitucional expreso.

En definitiva, esta conclusión no sólo resulta coherente con una interpretación *pro homine*, propia del derecho internacional de los Derechos Humanos, sino que este mismo razonamiento ha sido adoptado por nuestro Tribunal Constitucional en sentencia Rol 519, permitiendo concluir que:

Todo órgano del Estado debe respetar los derechos esenciales emanados de la naturaleza humana, independiente de si se encuentran

¹¹² Quezada, *ibidem*. p. 40-41. Asimismo, la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia ha tendido, en los últimos años, a reconocer expresamente que las diversas especies de familia, antropológicamente consideradas, caben dentro de la noción constitucional de ella. Véase en Barrientos Grandon, Javier. Nuevo Derecho Matrimonial Chileno, Chile, Lexis Nexis, 2004, p. 14. El autor en este manual incorpora la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que declara en el considerando 7 de su sentencia de 28 de octubre de 1999, confirmado por la Corte Suprema en fallo del 8 de noviembre de 2000 que: “un hombre, una mujer y un hijo que viven juntos en un hogar, constituyen, sin ninguna duda, una familia” Igualmente la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en el considerando 29 de su sentencia del 17 de abril de 2003, señalaba que la disposición del artículo 1 de la Constitución cubre también a la familia nuclear con independencia de la existencia de hijos.

¹¹³ En un sentido similar pero desde el plano de los principios se han referido los profesores Raúl Letelier y Flavia Carbonell postulando que: “*Los problemas de legitimación referidos a la discrecionalidad judicial ya no se dan exclusivamente en aquellos casos en que existe un vacío o una fisura que pretenda resolverse mediante un principio, sino que también en aquellos casos en que existen normas implícitas vigentes en el sistema jurídico, pero que son desplazadas o inaplicadas por pugnar con un principio.* Agregan también que: “*el empleo de los principios es normativo (...) es un presupuesto necesario de todo sistema social el que las formas de producción de respuestas públicas coercibles estén debidamente legitimadas y no representen meras usurpaciones de poder (...) [Asimismo] no parece fácil justificar la concesión de un poder de adoptar decisiones públicas a una persona ni cuyo proceso de adopción no tenga un soporte en una decisión democrática previa*”. Véase en Carbonell, Flavia y Letelier, Raúl. Principios Jurídicos e Interpretación democrática del derecho. EN: Principios jurídicos análisis y crítica. 1era edición, Santiago, 2011, pp. 170 y 172.

garantizados por normas constitucionales o del Derecho Internacional convencional¹¹⁴.

En consecuencia, y a modo de conclusión de lo apuntado hasta aquí, el *derecho a procrear* constituye una *norma fundamental adscripta* pues su fundamento deriva de normas iusfundamentales expresamente estatuidas y sólo a través de una serie de interpretaciones invocadas más arriba¹¹⁵.

Con todo, y considerando la existencia del *derecho a procrear* en virtud del cual se intenta legitimar la técnica de la maternidad subrogada, surgen necesariamente las siguientes preguntas ¿Cuáles son los límites de este derecho, cuando implica decidir sobre el propio cuerpo? o bien ¿Por que si el cuerpo me pertenece no puedo disponer libremente de el?

Para responder a estas preguntas se hace necesario evaluar los límites, tanto del *derecho a procrear* como de dicha libertad que permitiría ejercer la maternidad subrogada, definiendo su contenido esencial, a efectos de comprobar eventuales vulneraciones y atentados.

2.1 Contenido esencial del *derecho a procrear*

Todo Derecho Fundamental presenta no sólo características que le son propias sino que también un contenido esencial, elemento de suma relevancia y digno de respeto. En efecto, para advertir eventuales vulneraciones del *derecho a procrear* es necesario determinar este contenido esencial, cuya consagración en el artículo 19 N° 26 de nuestra Constitución Política, representa en palabras de José Luis Cea:

Una supragarantía de la seguridad jurídica (...) [además constituye] el núcleo, médula o garantía esencial inafectable e insuprimible por el legislador y los demás órganos estatales. [En efecto], los atributos fundamentales de los derechos tienen un núcleo o médula asegurada,

¹¹⁴ Peña, Marisol. La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por el Tribunal Constitucional Chileno. EN: Estudios Constitucionales, Año 6, N° 1, 2008, p. 219. Véase también en Sentencia Tribunal Constitucional Chileno. Rol N° 519- 2006, 5 de junio de 2007.

¹¹⁵ En este mismo sentido Gonzalo García y Pablo Contreras han sostenido que el derecho de acceso a la información pública en Chile es posible construirlo como adscripción de normas iusfundamentales, que importa básicamente una actividad eminentemente normativa, argumentativa, doctrinaria y jurisprudencial. Véase en García, Gonzalo y Contreras, Pablo. Derecho de acceso a la información en Chile: Nueva regulación e implicancias para el sector de la defensa nacional. EN: Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Año 7, Número 1, 2009, p. 141.

sustraída de cualquier regulación normativa (...) que caracteriza objetivamente, a un derecho y lo distingue de otros¹¹⁶.

Con todo, se ha señalado que el contenido esencial del *derecho a procrear* será la libertad de disposición de las potencialidades propias ordenadas a la procreación, con independencia del resultado final. Esta definición resulta sensata pues la procreación, como ya se señaló, es un acto que está determinado por múltiples factores naturales que no es exclusivo de la libertad humana.

Por otro lado, desde la doctrina se ha sostenido que el ejercicio del *derecho a procrear* posee dos dimensiones a saber; la positiva y la negativa. La primera, supone la ordenación de la actividad sexual tanto por medios naturales expresado en el coito sexual o bien recurriendo a las técnicas de reproducción asistida. En tanto la segunda, comprenderá la limitación reproductiva, el uso de procedimientos preventivos de natalidad y la abstinencia sexual¹¹⁷.

Sin duda, estas dos dimensiones hacen concluir que el ejercicio de este derecho comprende no sólo el medio natural, sino que también los métodos artificiales de reproducción, entre los cuales podría integrarse a la maternidad subrogada. A *contrario sensu*, el contenido esencial del *derecho a procrear*, en su dimensión positiva, debería condicionarse a ciertos métodos de reproducción asistida.

Esto explica que, la determinación del contenido del *derecho a procrear* represente la clave para admitir o para rechazar la técnica de la maternidad subrogada, ya que si bien se contempla, dentro de su dimensión positiva, a las técnicas de reproducción asistida en sentido amplio, es la ley la encargada de desarrollar dicho contenido, arriesgándose con ello a desnaturalizar este derecho fundamental.

En efecto, al legislador se le imponen dos prohibiciones cuando le toca regular el ejercicio de los derechos fundamentales. Estos límites dicen relación con la

¹¹⁶ Cea, José Luis. Derecho Constitucional Chileno, Ediciones Universidad Católica de Chile, Tomo II, 2004, p. 609-610.

¹¹⁷ Cfr. en Souto, Beatriz. Dilemas Éticos sobre la Reproducción Humana. La Gestación de Sustitución. Proyecto de Investigación "Bioética y Derechos Humanos", Universidad Complutense de Madrid, 8 de diciembre de 2006, p. 192.

no afectación del núcleo esencial de los derechos y con la no imposición de condiciones que puedan impedir su libre ejercicio¹¹⁸.

Ahora bien, dichos *límites de los límites*¹¹⁹ de los derechos fundamentales en Chile, están vinculados con la exigencia de respeto al principio de proporcionalidad¹²⁰, el cual ha servido como criterio de solución en jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, al señalar que:

Una limitación a un derecho fundamental es justificable, cuando dicho mecanismo es el estrictamente necesario o conveniente para lograr un objetivo constitucionalmente válido, debiendo consecuentemente el legislador elegir aquellas limitaciones que impliquen gravar en menor forma los derechos fundamentales¹²¹.

En efecto el principio de proporcionalidad aplicado a una eventual regulación legal que concilie el derecho a procrear y los derechos de terceros a la luz del contrato de maternidad subrogada, deberá optar por la solución menos gravosa y más beneficiosa de todos aquellos medios disponibles.

Así las cosas, estas últimas consideraciones resultan fundamentales cuando nos toque decidir si la maternidad subrogada forma parte de aquella esfera procreacional, o bien si queda relegada de ésta.

3. Límites del *derecho a procrear*

Una vez reconocido el *derecho a procrear* ya sea por conexión con otros derechos fundamentales o bien por emanar de la propia naturaleza humana,

¹¹⁸ Véase en Cea, José Luis. Derecho Constitucional Chileno, Ediciones Universidad Católica de Chile, Tomo II, 2004, p. 610.

¹¹⁹ La expresión “límites a los límites”, proviene de la doctrina Alemana referida a las limitaciones que ha de respetar la ley limitativa de un derecho fundamental a saber, concreción del derecho limitado, respeto al contenido esencial y principio de proporcionalidad. Véase en Aguiar, Luis. Los Límites de los Derechos Fundamentales. EN: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Número 14, Enero-Abril, 1993, p.25.

¹²⁰ Se ha definido el principio constitucional de proporcionalidad como aquel: *"principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser 'susceptible' de alcanzar la finalidad perseguida, 'necesaria' o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles -ley del mínimo intervencionismo-) y 'proporcional' en sentido estricto, es decir, 'ponderada' o equilibrada por derivarse de aquélla más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades"* Véase en García, José Francisco. El Tribunal Constitucional y el uso de los “Test”: una metodología necesaria para fortalecer la revisión judicial económica. EN: Revista Chilena de Derecho, Vol.38 N° 1, 2011, p. 105.

¹²¹ Sentencia Tribunal Constitucional Chileno. Rol N° 519- 2006, 5 de junio de 2007, Considerando Noveno. Esta misma línea argumental es posible apreciarla en Sentencia Rol N° 226, Considerando 47 y Sentencia Rol N° 280, Considerando 29.

en virtud de la libertad procreacional, se hace necesario evaluar los posibles límites que tendría su ejercicio, confirmando así la no existencia de derechos absolutos e ilimitados¹²².

En efecto, el carácter delimitativo de los derechos humanos es posible apreciarlo en nuestra Corte de Apelaciones de Santiago que con fecha 31 de mayo de 1993 sostuvo que:

(...) Los derechos referidos no son absolutos, éstos llevan implícitos un deber, correspondiendo al ser humano usarlos para su propio desarrollo personal y para el progreso social, pero en caso alguno para atropellar los derechos y libertades de otras personas, lo que importa que el titular de cada derecho debe ejercer el suyo de una manera legítima, aceptando que su vigencia está limitada por la de otro u otros derechos¹²³.

Así lo ha entendido también tanto la doctrina constitucional Española como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al señalar que:

El concepto de límites es inherente al concepto de derecho y que, en el conjunto del sistema jurídico, las diferentes situaciones de derechos deben necesariamente limitarse recíprocamente, a fin de que puedan coexistir en una comunidad civil bien ordenada¹²⁴ (...) Todo derecho tiene sus límites que, en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por si misma, en algunas ocasiones¹²⁵ (...)

Esto último, es imperativo de subrayar cuando se analizan los límites del *derecho a procrear*, identificando como tal a la dignidad humana, como expresión de la integridad física de la mujer, tanto comitente como gestante, y que se convierte en barrera infranqueable, sobre todo cuando la capacidad reproductiva se reduce a un contrato, el de maternidad subrogada.

¹²² Con un afán esencialmente aclaratorio se ha postulado por Feinberg que: “*Un derecho absoluto es un derecho que permanecería en nuestra posesión totalmente vigente como fundamento de los deberes de los demás hacia uno, en todas las circunstancias posibles (...) [es decir] si soy titular de un derecho absoluto, los restantes están, obligados hacia mí en toda circunstancia sin excepción*”. En otro sentido Norberto Bobbio sostiene que: “*Los derechos no son en su mayor parte absolutos ni constituyen en absoluto una categoría homogénea* “. Véase en Mendoca, Daniel. Los Derechos en Juego: Conflicto y Balance de Derechos. Editorial Tecnos, p.52.

¹²³ Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 983-93, 31 de mayo de 1993, confirmada por la Corte Suprema en sentencia pronunciada el 15 de junio de 1993.

¹²⁴ Aguiar, Luis. Los Límites de los Derechos Fundamentales. EN: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Número 14, Enero-Abril, 1993, p.14

¹²⁵ Tribunal Constitucional Español. SSTC 11/81, 2/82, 110/84 y 120/90.

Al respecto, se ha sostenido desde la literatura nacional que la capacidad reproductiva debería ser indisponible, intransmisible e indelegable derivado del carácter *intuito personae* de dicho acto. Se sostiene que el deseo de obtener un fin, el de ser madre o padre, mediante la maternidad subrogada no es éticamente aceptable, puesto que la maternidad no es un servicio ni un producto, sino una relación de nueve meses con una vida que hay que proteger¹²⁶.

Por ello, cuando se plantea por la doctrina española que el *derecho a procrear* tiene fundamento constitucional en el desarrollo de la personalidad, será necesario distinguir que mientras la dignidad de la persona es una cualidad esencial de todo ser humano, el libre desarrollo de la personalidad, es una tarea o conquista, y que en palabras de Robles:

No es un cheque en blanco para suscribir y dar por buenas cualesquiera acciones que el individuo realice, sino más bien un cheque condicionado a que se invierta bien el capital ofrecido¹²⁷.

Por otro lado, la integridad corporal y psíquica de la persona también se constituye como límite al *derecho a procrear* dada la estrecha vinculación entre este derecho y la dignidad, entendida esta última como aquel sustrato sobre el que descansa nuestro estatuto constitucional de la persona.

En efecto, el reconocimiento expreso de la integridad corporal y psíquica está presente en nuestra doctrina, principalmente en la Constitución y en tratados internacionales suscritos por Chile, los que han reconocido que:

Se asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona¹²⁸ (...) toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral¹²⁹ (...) La protección de la integridad corporal y psíquica de las personas es un asunto que

¹²⁶ Cfr en Gana, Claudia. La Maternidad Gestacional: ¿Cabe Sustitución?, Revista Chilena de Derecho, (25), 1998, p.865.

¹²⁷ Cfr. en Robles, G. El libre desarrollo de la Personalidad. EN: AA:VV; El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución, Madrid, 1995, p.47 y 50.

¹²⁸ CHILE. Constitución Política de la República de Chile. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Artículo 19 N° 1.

¹²⁹ Pacto de Derechos Civiles y Políticos de San José de Costa Rica. Derecho a la Integridad Personal. Artículo 5.

compromete el interés de la comunidad porque lleva implícito el respeto a la persona humana¹³⁰.

Apoyando esta postura desde el moralismo aparece la posición de Sylviane Agacinski quien señala que:

La visión puramente liberal implica dejar que la gente viva como quiera, libremente. Sostiene también que es necesario distinguir entre los derechos de y los derechos a, es decir, entre las libertades individuales que significan estar autorizado para y los derechos a que implican una exigencia y crean un deber frente a los otros¹³¹.

En consecuencia, se sostiene que el hecho de tener un derecho implica como contrapartida un deber, y que en el caso del *derecho a procrear* importa el deber de respetar la dignidad humana, y el libre desarrollo de la personalidad, cuyo fin no puede ser instrumentalizado bajo ningún concepto¹³².

De hecho, se afirma que la práctica de la maternidad subrogada es indeseable puesto que se instrumentaliza a la mujer y se torna incompatible con el edificio de los derechos humanos de la infancia¹³³. Se agrega también, que en el derecho español no existe un derecho al hijo, sin perjuicio de contemplar un *derecho a la protección de la salud*¹³⁴.

Esta distinción nos parece adecuada puesto que si consideramos la infertilidad como una enfermedad, la maternidad subrogada constituiría un tratamiento médico destinado, no a sanar ésta obviamente, sino a paliar sus efectos.

¹³⁰ Lyon, Alberto. *Personas Naturales*. Ediciones Universidad Católica de Chile. Tercera Edición, Santiago, 2007, p. 99.

¹³¹ Cfr. en Ramiro, Francisco José. Dos filósofos debaten sobre los vientres de alquiler. *EN: Bioética de la Red*. 01 de Julio de 2009, Artículo original en *Le Monde Diplomatique*. [en línea] http://www.bioeticaweb.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=4713 [consulta: 21 de noviembre de 2011]

¹³² Cfr. en Robles, G. *El libre desarrollo de la Personalidad*. EN: AA:VV; *El libre desarrollo de la personalidad*. Artículo 10 de la Constitución, Madrid, 1995, p.55.

¹³³ Cfr. en Vidal, Jaime. *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*. Capítulo Segundo: La regulación de la reproducción humana asistida en el derecho español. Editorial Comares, Madrid, p. 123.

¹³⁴ En este sentido se ha entendido que el derecho a la salud no apunta únicamente a ausencia de enfermedad, sino que apunta a la promoción del bienestar de las personas y al derecho a una mejor calidad de vida. Véase en Hooft, Pedro. *Bioética, Derecho y Ciudadanía*. Casos Bioéticos en la Jurisprudencia, Bogota, Editorial Temis, 2005, pp. 56-57.

Sin embargo, desde una línea argumental distinta y tomando como referente la práctica de la maternidad subrogada en la India, se ha sostenido que:

La gestación subrogada se suele definir como un tratamiento. [Incluso] en varias paginas web donde se oferta gestación subrogada se encontró la misma tendencia. (...) [Ante esto] valdría preguntarse: ¿la imposibilidad de concebir un hijo constituye una enfermedad que deba ser tratada? Con base en la interpretación de la OMS la gestación subrogada no es un tratamiento para curar una enfermedad, primero porque la madre subrogante no está enferma (...) y segundo, porque no se logra curar o recomponer una parte del cuerpo que está afectada. Por lo que la *gestación subrogada* debe limitarse a la definición de intervención biotecnológica¹³⁵.

Esto último, en lo personal me parece correcto ya que si bien una parte importante de sujetos que acuden a esta técnica son infértiles, dicha condición no se solucionará subrogando la gestación en un tercero. Por tanto, el ámbito en el que se desarrolla esta técnica vincula más con el *derecho a procrear* que con un derecho a la salud.

Por otro lado, este deber del *derecho a procrear* es lógico considerando los bienes que hay en juego, sin embargo esa misma dignidad exige un respeto a esa esfera de libertad, y como bien postula la IV Conferencia Mundial de la Mujer de Beijing -encaminada a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin discriminación- en dicha esfera podría incluirse el contrato de maternidad subrogada, al menos en su variante filantrópica o gratuita.

También debería incluirse en este deber de respeto de la dignidad de los padres la dignidad del hijo, como criterio de ponderación ante el legítimo *derecho a procrear* y el derecho del que está por nacer¹³⁶. Esto explica que en gran parte de las legislaciones y tratados internacionales suscritos por Chile y que se encuentran vigentes, se consagre el principio de *interés superior del niño*¹³⁷.

¹³⁵ Amador, Mónica. Biopolíticas y biotecnologías: Reflexiones sobre la maternidad subrogada en India. *EN: CS*, Colombia, Número 6, julio-diciembre, 2010, p. 202.

¹³⁶ En este sentido se ha señalado que entre los intereses de las personas que se someten a las técnicas de reproducción asistida, existiría un nuevo interés en juego, que puede ser complementario u opuesto al de los padres o al tercero ajeno a ésta, el del hijo fruto de estos procesos. Véase en Turner, Susan, Molina, Marcia, Momberg, Rodrigo. Técnicas de reproducción asistida. Una perspectiva desde los intereses del hijo. *EN: Revista de Derecho*, Volumen XI, 2000, p. 13.

¹³⁷ La convención sobre los derechos del niño señala en su artículo 3: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los

Esta consideración se ha entendido como una manera de humanizar la procreación¹³⁸, sobre todo cuando ésta se sirve de las técnicas de reproducción asistida, y en especial la maternidad subrogada, en su variante contractual.

Sin embargo, el interés del hijo como criterio a ponderar nunca puede ocuparse para rechazar el *derecho a procrear* cuando éste se ejerce mediante técnicas artificiales, ya que si bien contempla límites, sus condiciones deben caracterizarse por la información, más que por la prohibición¹³⁹.

Al respecto, Ruwen Ogien estima que el Estado no debe imponer por la fuerza ninguna concepción moral particular. Como protege y defiende el pluralismo religioso, debe proteger y defender también, con todos los medios de los que dispone el pluralismo moral, esto es el derecho de cada uno a vivir según sus profundas convicciones morales, en la medida en que éstas no perjudiquen a los demás¹⁴⁰.

Esto nos parece sensato y coherente con la función del derecho en el sentido de no aceptar la imposición de moralidades a través de la norma, sino enfrentar la realidad desde la autonomía y el respeto a los derechos de terceros.

En este sentido, la posición de Quiroz Cuarón resulta interesante al señalar que:

Las normas de los valores plasmados en las leyes son más estables que los progresos de la ciencia aplicada; ésta progresa más de prisa, y periódicamente surgen las diferencias y el desconcierto por el progreso de la técnica. Las normas del derecho no pueden estar sometidas a cambio cotidiano y a la hipertrofia de los descubrimientos científicos, sino que estos deben probar su eficacia para que trasciendan al

tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". Desde la jurisprudencia se ha estimado que: "*El interés superior de la menor, concepto no definido por la Ley, pero que ciertamente se vincula con el normal y adecuado desarrollo integral de dicho menor*". Véase en Corte Suprema. 15 de Julio de 2008, N° Legalpublishing: 39470.

¹³⁸ Cfr. en Vega, Ana María. Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida. Capítulo Primero: Los Derechos reproductivos en la sociedad postmoderna: ¿Una defensa o una amenaza contra el derecho a la vida?. Editorial Comares, Madrid, p. 51.

¹³⁹ Cfr. en Gómez, Yolanda. El derecho a la reproducción Humana. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 63-64.

¹⁴⁰ Cfr. en Ramiro, Francisco José. Dos filósofos debaten sobre los vientres de alquiler. EN: Bioética de la Red. 01 de Julio de 2009, Artículo original en Le Monde Diplomatique. [en línea] http://www.bioeticaweb.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=4713 [consulta: 21 de noviembre de 2011]

derecho. El derecho nace de las realidades humanas. Primero existen las realidades, y después se plasman en el derecho¹⁴¹.

De ahí, que cuando se rechaza la maternidad subrogada el argumento no esté dado por la figura *per se*, sino más bien por la protección de valores que la sociedad chilena atesora en sus raíces, y de los cuales es muy difícil desligarse. Valores como, la fidelidad, la dignidad o la noción de familia que la maternidad subrogada vulneraría, al transportar el deseo de ser padres a una esfera individual, alejándola de un determinado modelo familiar¹⁴².

En efecto, esta moralidad social impregnada en nuestro ordenamiento jurídico no es una realidad inmutable o única, y que parece contesté con el pensamiento tanto del profesor Miguel Ángel Ramiro como de Gerard Postema, al señalar que ésta:

Busca la permanencia de la sociedad en el tiempo protegiendo una determinada moralidad social que se identifica con la procreación sexual y con una determinada forma de criar a los niños. La sociedad se identifica, de este modo, con unas ideas morales que tienen la forma de una tela de una sola pieza, lo cual es altamente cuestionable ya que ni todas las normas morales tienen la misma trascendencia para la sociedad¹⁴³. La moral social no sería una tela de una sola pieza sino más bien un patchwork¹⁴⁴.

Finalmente, y como corolario de lo apuntado hasta aquí, el contexto social-ético en que se desarrolle y evolucione el concepto de maternidad generará que: *“con el paso del tiempo las objeciones morales ante la maternidad subrogada vayan disipándose y nos adentremos en una etapa de legalización o regularización jurídica de esta práctica”*¹⁴⁵.

¹⁴¹ Muncigo Aguado, Ángel Martín. *Biología progreso y Ley*, EN Ingeniería Genética y reproducción asistida, Citado en Rodríguez Manzanera, Luís. “Ingeniería genética, reproducción asistida...”, p. 67.

¹⁴² Cfr. en Kass, León quien señala que la mayoría de las personas que repelen la clonación humana no lo hacen por la extrañeza o novedad de la tarea, sino porque intuyen la violación de cosas a las cuales se les tiene mucha estima.

¹⁴³ Postema, Gerard, J. *Public faces-private places: liberamism and the enforcement of morality. Morality, Harm and the Law*, ed. G. Dorwkin, Westview Press, Boulder.

¹⁴⁴ Ramiro, Miguel Ángel. *Moralismo Legal y Bioética: El caso de la Clonación humana*. EN: Anuario de Filosofía del Derecho, N° 24, 2007.

¹⁴⁵ Villarroya, Sergio. “Comentario a la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida 35/1988, de 22 de noviembre”. EN: AA.VV. Técnicas de Reproducción Asistida y derechos del menor. Facultad de Derecho de Valencia, Valencia, 1992, Citado en Pascucci, Enrico. *Algunas consideraciones en torno a las técnicas de reproducción humana asistida*. EN: Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales Saberes, Volumen I, Año 2003, Universidad Alfonso X El Sabio, España, p. 10.

4. Titulares del *derecho a procrear*

El tema de la titularidad de los derechos fundamentales y en lo particular del *derecho a procrear*, resulta vital cuando nos toca analizar la legitimación activa de los sujetos que lo ejercen e invocan su respeto.

Podría plantearse que, dadas las características que presenta la procreación como hecho natural, todos los individuos de la especie humana sin distinción detentan un *derecho a procrear*, como calidad que es inherente a su condición humana.

En efecto, y con toda razón se sostiene que: *“el ejercicio de un derecho está vinculado al principio de igualdad. Todos los sujetos, en igualdad de circunstancias, deben tener los mismos derechos. La discriminación por razón de sexos está prohibida por la Constitución [Mexicana] en tal caso podemos afirmar que tanto el hombre como la mujer tiene derecho a la reproducción por medios de la inseminación artificial”*¹⁴⁶.

Esto último, en lo personal es la perspectiva correcta con la cual se debe abordar la titularidad del *derecho a procrear* ya que guarda coherencia con lo sostenido por nuestro Tribunal Constitucional cuando se ha referido a la igualdad ante la ley señalando que:

La garantía jurídica de la igualdad supone, entonces la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas (...)¹⁴⁷.

Claramente, no es posible excluir a algún grupo o persona en razón de orientación sexual para ejercer el *derecho a procrear* puesto que: *“los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la*

¹⁴⁶ Bresna, Ingrid. Algunas consideraciones en torno al derecho a la reproducción por medio de la inseminación artificial. EN: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Biblioteca Virtual Mexicana. [en línea] <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/82/art/art2.htm> [consulta: 21 de enero de 2012]

¹⁴⁷ Tribunal Constitucional Chileno. Rol N° 986-2008. considerando 15°.

*persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional (...)*¹⁴⁸.

Asimismo, y en este mismo orden de ideas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sostiene en su artículo 2.1:

Que se deben respetar los derechos reconocidos en dicho pacto sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social¹⁴⁹.

Así las cosas, y tomando en consideración la exigencia de igualdad y trato no discriminatorio de nuestra Carta Fundamental, es perfectamente viable incluir dentro de los titulares del *derecho a procrear* no sólo a las parejas heterosexuales, homosexuales- casadas o conviviendo- sino que también a la mujer y hombre solteros.

Es por ello, y en virtud de lo anterior, la titularidad del *derecho a procrear* resulta coherente con las parejas que en la práctica acuden a la técnica de la maternidad subrogada, las cuales son de tipo heterosexual y homosexual y donde se evidencia: “*un fuerte deseo de descendencia y familia, en cierta medida marcada por la frustración de no haber cumplido con los roles de género o de institución familiar a causa de impedimentos físico-biológicos*”¹⁵⁰.

De ahí que, resulte interesante el caso de los hombres solteros o de orientación homosexual que recurren a la técnica de la maternidad subrogada gestando hijos a partir de su propio esperma. Se trata en definitiva del mismo *derecho a procrear* pero ejercido con mayores dificultades que si lo hiciera una mujer sola, por requerir de un útero gestador¹⁵¹.

En efecto, el ejercicio del *derecho a procrear* por parte de los hombres presenta diferencias respecto de la forma y condiciones, sobre todo cuando la maternidad subrogada aparece como una alternativa real, y que ha dado paso a las siguientes interrogantes que en palabras de Ingrid Bresna sostiene que:

¹⁴⁸ Convención Americana de derechos humanos o Pacto San José de Costa Rica. Preámbulo.

¹⁴⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 2.1.

¹⁵⁰ Amador, Mónica. Biopolíticas y biotecnologías: Reflexiones sobre la maternidad subrogada en India. EN: *CS*, Colombia, Número 6, julio-diciembre, 2010, p. 207.

¹⁵¹ Cfr. en Gómez, Yolanda. El derecho a la reproducción Humana. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 69.

En el caso de la mujer, ella tiene derecho a ser inseminada con espermatozoides ya sea de donador conocido o anónimo, pero en el caso del hombre ¿cómo se hará efectivo su derecho a la procreación? ¿tiene derecho a que se le proporcione un útero para que gaste su carga genética cuando sea soltero o, si es casado, y su esposa esté incapacitada médicamente para llevar a cabo una gestación?¹⁵² (...) [Esto último se explica porque en] el caso de los varones es un poco más complicado porque, por el momento, la concurrencia de una mujer gestante sigue siendo imprescindible para la existencia del hijo¹⁵³.

Al respecto, interesante para el debate de la maternidad subrogada y de la titularidad del *derecho a procrear* es la posibilidad del embarazo masculino y el arribo del útero artificial. El primero cobra importancia cuando:

Se sabe que, ocasionalmente, el embrión puede implantarse primaria o secundariamente en la cavidad peritoneal y desarrollarse el feto hasta ser viable; este tipo de gestación se denomina embarazo abdominal (...) Teóricamente existe la posibilidad de transferir un embrión dentro de la cavidad abdominal de un hombre; para ello, el soporte hormonal para proteger el desarrollo de la gestación durante las primeras semanas debería hacerse mediante terapia sustitutiva; una vez desarrollado el trofoblasto, el control endocrino de la gestación no requiere la función ovárica, ya que es asumido por la placenta¹⁵⁴.

Así las cosas, si el embarazo masculino resulta posible, más transgresor aún será la creación del útero artificial. Se trata de un aparato mecánico desarrollado por científicos del Centro de Medicina Reproductiva e Infertilidad de la Universidad de Cornell, en Nueva York, y que permite la gestación externa, es decir gestar hijos sin pasar por los 9 meses de embarazo.

La técnica se denomina ectogénesis, que mediante la implantación de células que integran la mucosa de la matriz femenina forma, junto a embriones

¹⁵² Bresna, Ingrid. Algunas consideraciones en torno al derecho a la reproducción por medio de la inseminación artificial. EN: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Biblioteca Virtual Mexicana. [en línea] <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/82/art/art2.htm> [consulta: 21 de enero de 2012]

¹⁵³ Pascucci, Enrico. Algunas consideraciones en torno a las técnicas de reproducción humana asistida. EN: *Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales Saberes*, Volumen I, Año 2003, Universidad Alfonso X El Sabio, España, p. 10.

¹⁵⁴ De la Fuente, P. Presente y futuro de la fertilización in Vitro y transferencia de embriones. EN: *Ingeniería Genética*, Marino Barbeo Santos, 1era Edición, Madrid, 1989, p. 101. Citado en Gómez, Yolanda. *El derecho a la reproducción Humana*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 69.

humanos, el ambiente idóneo para el desarrollo gestacional externo. Para mayor entendimiento de lo que esto significa es menester conocer la entrevista de Helen Hung-Ching Liu, experto en ectogénesis y asistencia reproductiva, quien el año 2001 señaló que:

Mi meta final es lo que llamo un “útero artificial”. Yo quiero ver si puedo desarrollar un dispositivo externo con las células endometriales y entonces probablemente con un sistema computacional simular la alimentación en el medio y fuera del medio, simulando la corriente abrupta y también tener un chip controlando el nivel hormonal... Entonces quiero usar un computador que nos ayude a hacer esto, y de lograrse, posiblemente tengamos úteros artificiales y así poder gestar a un bebe a término¹⁵⁵.

En consecuencia, ambos casos resultan paradigmáticos cuando se evalúa el ejercicio del *derecho a procrear* por el hombre solo u homosexual, puesto que tanto el útero artificial como el embarazo masculino otorgan autonomía e independencia a su titular, facilitando con ello la posibilidad de ser padres.

Con todo, y una vez analizado los titulares del *derecho a procrear* se hace patente explicar el porque éstos preferirían la maternidad subrogada antes que la adopción. Al respecto, Mónica Amador ha intentado identificar el motivo señalando que:

La adopción, una posibilidad real para constituir una familia, pareciera que no es suficiente para estas parejas, incluso para las parejas del mismo sexo provenientes de países en donde la adopción homoparental es legal y posible, como el caso de Noruega. Estas parejas quieren conseguir “lo más cercano” a un hijo concebido “naturalmente”, por lo que la adopción no satisface sus deseos de descendencia. Por eso la biotecnología en la maternidad subrogada les ofrece lo que buscan: la herencia genética¹⁵⁶.

Desde otra perspectiva, y tomando en consideración la Ley 19.620 sobre adopción de menores que en su artículo 20 y 21 trata a los sujetos a quienes podrá otorgarse la adopción en Chile, señalando a los cónyuges chilenos y

¹⁵⁵ Liu, H.H.C (2001). Engineering Endometrial Tissue: Interview with Helen Liu, URL (Consulted 17 de June 2005) Citado en Aristarkhova, Irina. Ectogenesis and Mother as Machine. *EN: Body and Society*, Volumen 11 (3), Londres, 2005, p. 46. (la traducción es mía)

¹⁵⁶ *Op cit*, Amador, Mónica. p. 207.

extranjeros y a la persona soltera, divorciada o viuda, prefiriéndose en este último grupo al pariente consanguíneo del menor o quien tenga su cuidado personal.

Esto último, permite afirmar que el Derecho Chileno si bien no admite expresamente la maternidad subrogada es perfectamente posible que en los hechos se produzcan, como bien ya se señaló, maternidades subrogadas encubiertas con la institución de la adopción, sumado a que durante la discusión en España sobre técnicas de reproducción asistida se afirmó que:

Puede existir una adopción prenatal desde el momento de la concepción, ello se podría utilizar en los casos en que se aceptaran las gestaciones de subrogación, lo que fue contestado por el Presidente haciendo notar que era algo distinto de la Adopción prenatal la gestación de sustitución, pues en esta lo que se pretende es que una aportación genética de la pareja solicitante conduzca a un embarazo en la mujer sustituta¹⁵⁷.

Sin embargo, no siempre la técnica de la maternidad subrogada se sirve del material genético de la pareja solicitante configurando el tipo parcial y permitiendo perfectamente la práctica de dicha técnica al alero de la adopción del menor fruto de ella¹⁵⁸.

Con todo, y considerando que la titularidad del *derecho a procrear* le corresponde a toda persona, es menester evaluar los beneficios que derivan del ejercicio de la maternidad, y que generan dudas respecto al permiso postnatal parental, consagrado en la Ley 20.545 que modifica las normas sobre protección de la maternidad.

En efecto, los artículos 195, 197 bis, 200 y 201, cuando abordan a los beneficiarios del post natal mencionan a la madre, al que adopta, al padre o madre viudo y al tutor o a quien corresponda, no refiriéndose de manera expresa a la técnica que nos ocupa, sin embargo, dada su redacción, es perfectamente posible concluir, en virtud de una interpretación judicial, que

¹⁵⁷ Diario de Sesiones del Congreso, número 398, 6 de marzo de 1986, pp. 11859 -11860.

¹⁵⁸ En una línea argumental distinta se sostiene por Jaime Vidal Martínez que: "*La Adopción responde a otros presupuestos y que la madre asiente a la misma como mal menor, y no como una verdadera renuncia a la maternidad que sería contraria al orden público*". Véase en Vidal, Jaime. Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida. Capítulo Segundo: La regulación de la reproducción humana asistida en el derecho español. Editorial Comares, Madrid, p. 121.

la *madre subrogante* e incluso la *madre gestante* son acreedoras del beneficio, puesto que si bien la primera no lleva a término el proceso gestacional es la que se encargará de criar y cuidar al bebé fruto de este embarazo, y que conforme al artículo 182 del Código Civil Chileno será la madre legal y con ello titular de todos los derechos derivados de la filiación.

Así las cosas, y una vez que dicha argumentación sea adoptada por nuestra jurisprudencia, es probable que se genere un problema en cuanto a la determinación de los meses que le corresponderían a cada madre, el que podría resolverse estableciendo meses conforme a la etapa que vive cada sujeto, es decir, la madre o padre subrogante con su proceso post natal y a la madre gestante con su etapa gestacional.

4.1 Renunciabilidad del *derecho a procrear* y maternidad subrogada

Otra cuestión asociada a la titularidad de los derechos fundamentales y aplicables también al *derecho a procrear*, es la relativa a su renunciabilidad. En efecto, como ya se analizó en el capítulo primero, la maternidad subrogada importa una renuncia a. En el caso de la mujer gestante se trataría de la renuncia a la maternidad y la mujer subrogada estaría renunciando a llevar a cabo el proceso gestacional, ya sea por causas ajenas a su voluntad o imputables a ésta.

Esto permite concluir que el ejercicio del *derecho a procrear* bajo la técnica de la maternidad subrogada se ejecuta por *inmediación*, advirtiendo que tanto la mujer gestante como el sujeto subrogante -llámese éste parejas de igual o distinto sexo, mujer o hombre soltero, casado, homosexual o heterosexual - estarían ejerciendo dicho derecho, sin perjuicio de hacerlo con finalidades distintas y, que en mi parecer no despojan la titularidad que detentan y que está vinculada estrechamente al ámbito de lo privado y de la libertad humana.

En definitiva, lo que se intenta advertir, es que independiente de las diferentes renunciaciones que cada uno de los titulares ejecuta tanto antes como después de dicho proceso gestacional ninguno renuncia a su *derecho a procrear*, sino que ambos lo ejercen bajo modalidades y presupuestos distintos, complementarios unos con otros. De ahí que sea interesante lo planteado por Enrico Pascucci, cuando evalúa esta técnica, señalando que:

(...) En la maternidad subrogada falta esa voluntad [de procrear] por parte de la mujer gestante, la cual debe asumir el hecho de que la criatura nacerá porque su madre biológica, y no ella, lo desea. A esto hay que añadir que en la maternidad subrogada no ha habido relaciones sexuales: el embarazo es consecuencia de la intervención de un equipo médico, que también obra de acuerdo con la voluntad de la madre biológica¹⁵⁹.

Así las cosas, y en esta misma línea argumental se ha sostenido que: “*la cuestión se debe centrar en el hecho de si la gestación es una etapa imprescindible de la procreación, o si, por el contrario, se puede procrear sin asumir la gestación (...)*”¹⁶⁰. Vale decir, y desde nuestra interpretación, lo que se desprende de esta advertencia es si, efectivamente, se ejerce el *derecho a procrear* cuando no se asume la gestación.

Esto último, se resuelve apelando al contenido del *derecho a procrear* que, a mi modo de ver las cosas, integra dentro de su ejercicio a la reproducción asistida y por tanto a los protagonistas de dichas técnicas, incluyendo dentro de éstas a la maternidad subrogada. Es por ello que:

En cuanto al derecho mismo, resulta evidente que no es posible su renuncia como acto abdicativo que separe al derecho de su titular (...) sin embargo, una cuestión radicalmente distinta es la relativa al ejercicio de un derecho. Forma parte del contenido mismo de los derechos, en sentido estricto, y de las libertades, el que su titular pueda no hacer ejercicio de ellas hasta el punto de desprenderse de su contenido¹⁶¹.

De ahí que resulte claro, y tomando esta base aclaratoria, que es perfectamente posible la renuncia del *derecho a procrear* por parte de sus titulares, ya que lo que se protege en definitiva es su ejercicio sin una determinada modalidad.

¹⁵⁹ *Op cit*, Pascucci, Enrico. p.15.

¹⁶⁰ *Ibidem*, Pascucci, p.14

¹⁶¹ Aldunate Lizana, Eduardo. La Titularidad de los Derechos Fundamentales. EN: Revista de Estudios Constitucionales, Chile, p. 200.

5. Sujeto Pasivo y Eficacia del *derecho a procrear*

Cuando un sujeto detenta un derecho, configura una cualidad *sine qua non* el tener la facultad de exigir a un tercero su prestación y respeto. Antecedente conocido por la doctrina como el sujeto pasivo de un derecho, y que liga indefectiblemente con la eficacia horizontal y vertical del mismo.

Por ejemplo, supongamos que Juan tiene un *derecho a procrear* respecto de María su polola, por tanto le exige tener relaciones sexuales apelando a su derecho. Interrogante que exige preguntarse si desde una perspectiva jurídica-procesal es realmente factible dicha pretensión¹⁶², y que demuestra la importancia de determinar con precisión el sujeto pasivo de un determinado derecho, que a fin de cuentas aparecerá como el obligado a garantizar el ejercicio del mismo.

Garantía que vincula estrechamente con el tipo de eficacia que se aplica al *derecho a procrear*, circunstancia que resulta vital al momento en que un particular alega su ejercicio. Al respecto, en Chile y en palabras de José Martínez Estay se sostiene que:

Los preceptos constitucionales sobre derechos y libertades parecen conducir a la conclusión de que éstos no sólo obligan al Estado, sino que también a los particulares (artículos 19, 20, 21 y además del 6 inciso 2 de la Constitución (...)) Así sucede [también] en las Cartas Fundamentales portuguesa [y] española¹⁶³.

Con todo y sin perjuicio de lo anterior, considerando no sólo la naturaleza y contenido del *derecho a procrear* sino que la entidad del proceso reproductivo, es dable colegir que la eficacia de éste es de tipo vertical, configurándose el Estado como sujeto obligado a su protección y prestación.

¹⁶² En un sentido aclaratorio la autora Claudia Moran sostiene que el derecho a procrear no se puede asimilar con el derecho a tener relaciones sexuales. Asimismo, la Sentencia de Tribunal Constitucional Español Rol 89/87, de fecha 3 de junio, estableció que la actividad sexual no integra el contenido de un derecho fundamental, sino que importa una mera libertad cuyo desarrollo exige salvaguardar la dignidad de los involucrados. Véase en Morán de Vicenzi, Claudia. El concepto de Filiación en la fecundación artificial. Universidad de Piura y Ara Editores, Colección Jurídica, Perú, 2005, p. 169.

¹⁶³ Martínez, José. Los Particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: La Doctrina del Efecto Horizontal de los derechos. EN: Revista Chilena de Derecho, Número Especial, 1998, pp. 56 y 62.

Capítulo III

1. Colisión de derechos: Entre la dignidad e integridad humana y el derecho a procrear

*Toda reforma fue en un tiempo simple opinión particular.
Ralph W. Emerson*

La dignidad humana y la condición de persona es un aspecto fundamental a evaluar, cuando se aborda la naturaleza del contrato de maternidad subrogada, y en especial cuando se evalúan los límites del *derecho a procrear*. Dicho atributo inalienable del individuo sustenta el argumento de los que en la actualidad han rechazado el contrato de maternidad subrogada.

Esto lleva a precisar el concepto dignidad humana, y que la doctrina española define como: *“el rango o la categoría que corresponde al hombre como ser dotado de inteligencia y libertad, distinto y superior a todo lo creado. Entonces, la dignidad exige, pues, dar a todo ser humano lo que es adecuado a su naturaleza misma de hombre, distinto de los demás seres vivos debido a que posee razón y libertad”*¹⁶⁴.

Con todo, dicha definición, me parece ambigua y poco clara ya que sólo confunde con términos como naturaleza o categoría del hombre, los cuales no pueden ser definidos por el sentido común menos por la cultura, cuando esta última se presenta hoy por hoy como diversa y plural.

La crítica ha ido dirigida, como ya se apuntó en capítulos previos, a señalar que la subrogación de útero en su variante onerosa atenta contra la dignidad humana, ya que se incluye como objeto del contrato a una parte del cuerpo que está fuera del comercio, pues la mujer no es un receptáculo ni el bebe una mercancía.

En mi opinión, y siguiendo la línea argumental del profesor Pantaleón lo que se comercializa no es el bebe, sino que la capacidad gestacional de la mujer, como ya se apuntó en el capítulo primero, y que ejercería tanto su *derecho a*

¹⁶⁴ Fernández Secado, E. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico, EN: A. López Moreno (dir): Teoría y práctica en la aplicación e interpretación del Derecho, Madrid, 1999, p.48.

procrear como aquella libertad que la autoriza a disponer de su propio cuerpo¹⁶⁵.

Esto explica que el objeto de este contrato, el cuerpo de la mujer, y en particular su útero, se rechace dada la imposibilidad de vender o alquilar partes que están fuera del comercio, como el Sol o la Luna¹⁶⁶. Además, puede dar lugar a casos de explotación de mujeres vulnerables, tomando en cuenta que, y a pesar del precio que se pague, el cuerpo humano no es una incubadora¹⁶⁷.

Por otro lado, y en este mismo orden de ideas, se plantea desde la doctrina Española que:

El alquiler de útero vulnera la dignidad de la mujer y del hijo nacido. [Señala además] que la dignidad de ambos constituye el argumento principal para rechazar la práctica de la gestación por sustitución. (...) la dignidad representa el *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar¹⁶⁸.

Claramente, lo anterior se contrapone con la *voluntad procreacional*¹⁶⁹ que todo individuo detentaría, y que conforme a lo señalado previamente genera un conflicto entre el respeto a la dignidad e integridad humana y el *derecho a procrear*. En este sentido, es menester entender, desde el plano teórico, que estaremos ante un *conflicto de derechos* cuando:

Dos derechos entran en conflicto, el resultado es que uno de esos derechos se cumple a expensas de otro. Es decir, un derecho es infringido por el ejercicio legítimamente permitido del otro. [También podría sostener que] un “conflicto de derechos” es una situación en la cual los derechos de dos personas no pueden ser ambos respetados;

¹⁶⁵ Cfr. en Pantaleón, E. Técnicas de reproducción asistida y Constitución, RCEC, 15 (mayo-agosto, 1993), p. 133.

¹⁶⁶ Cfr. en Rodríguez, Dina. Nuevas Técnicas de Reproducción Humana: El útero como objeto de contrato. EN: *Revista de Derecho Privado Nueva Época*, año IV, N° 11, 2005, p. 117.

¹⁶⁷ *Op cit*, Pascucci, Enrico. p.16.

¹⁶⁸ Cfr. en García, C. El derecho a la intimidad y la dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional. Murcia, Universidad de Murcia, 2003, p.30. En este mismo sentido González, Pérez. La dignidad de la persona. Madrid, Editorial Civitas, 1986, p.82. También en Gómez, Yolanda. El derecho a la reproducción Humana. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 102.

¹⁶⁹ Se entiende como voluntad procreacional al deseo de asumir a un hijo como propio aunque no lo sea. Véase en Bresna, Ingrid. Algunas consideraciones en torno al derecho a la reproducción por medio de la inseminación artificial. EN: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Biblioteca Virtual Mexicana. [en línea] <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/82/art/art2.htm> [consulta: 21 de enero de 2012]

haciendo respetar cualquiera de ellos, impediremos honrar (*honoring*) el otro¹⁷⁰.

De ahí que, sea entendible, y tomando en consideración la Ley 19.451 sobre Transplantes y Donación de Órganos, que el artículo 3 señale que *“la donación de órganos sólo podrá realizarse a título gratuito y será nulo y sin ningún valor el acto o contrato que, a título oneroso contenga la promesa o entrega de un órgano para efectuar un transplante”*

En efecto, si bien la maternidad subrogada no involucra una donación sino que un arriendo, *“porque en ella la mujer gestante no hace entrega de una parte separable de su cuerpo, sino que pone a disposición de otras personas algo tan intransferible y ligado a su propia integridad física como es un útero”*¹⁷¹, la norma en comento resulta importante en términos orientadores, sobre todo cuando se postula por Enrico Pascucci que la maternidad subrogada con interés lucrativo:

Plantea serias objeciones éticas, al señalar que, cuyo fundamento coincide con el de otras prácticas en la que interviene el aprovechamiento comercial del organismo humano, o alguna de sus partes. En suma, el interrogante que podemos plantear aquí sería el siguiente: ¿es éticamente admisible que una o varias personas se lucren mediante un supuesto de maternidad subrogada? Parece que la respuesta más razonable y coherente con la concepción occidental de la dignidad de la persona humana es la negativa¹⁷².

Así las cosas, y dando cuenta del contexto antes expuesto, es posible advertir que el contrato de maternidad subrogada en su variante comercial es el que atenta la dignidad e integridad humana, excluyendo de dicha vulneración al acuerdo de carácter altruista. De ahí que, no sea extraño que Rafael Sánchez comparando ambos tipos, señale que:

¹⁷⁰ Véase en Mendoca, Daniel. Los Derechos en Juego: Conflicto y Balance de Derechos. Editorial Tecnos, p.54.

¹⁷¹ Sánchez, Rafael. La Gestación por Sustitución: Dilemas Éticos y Jurídicos, Revista Humanitas, (49), abril de 2010, p. 25.

¹⁷² Véase en Martínez –Pereda Rodríguez y J.M. Massigofe Benegiu, J.M. La maternidad Portadora, Subrogada o de encargo en el Derecho Español, Editorial Dyckinson, Madrid, 1994, p. 157. Citado en Pascucci, Enrico. Algunas consideraciones en torno a las técnicas de reproducción humana asistida. EN: Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales Saberes, Volumen I, Año 2003, Universidad Alfonso X El Sabio, España, p. 16.

Ciertamente, no admite el mismo juicio ético el comportamiento de una mujer que decide llevar adelante de forma gratuita la gestación de un niño a partir de células reproductivas de su hermana, víctima de una enfermedad o deficiencia que le impide gestar el niño por sí misma, que el de aquella otra mujer que se ofrece a llevar a cabo una gestación por encargo de una desconocida y a cambio de una suma de dinero¹⁷³.

En efecto, cuando el contrato de maternidad subrogada de interés altruista entra en escena, éste asume un carácter solidario y libre de intenciones comerciales, sin perjuicio que el procedimiento sea el mismo. Sin embargo, y en lo personal, este planteamiento se torna incompleto puesto que si bien no se arrienda el útero bajo condición de pago, en los hechos podrían generarse pagos encubiertos o clandestinos, bajo la forma de regalos o dadas.

De ahí que, deba preguntarse si lo anterior también importa un atentado a la dignidad o bien si por el sólo hecho de no mediar contraprestación económica el atentado ya no es tal¹⁷⁴.

En consecuencia, me parece que el debate, acerca de si existe o no una vulneración a la dignidad tras la maternidad subrogada, debe centrarse en lo que hoy por hoy entendemos por dignidad y en la manera en que ejercemos nuestro *derecho a procrear*.

La primera advertencia liga con lo sostenido por el Tribunal Constitucional Alemán, en orden a considerar el contexto social cuando se evalúe algún atentado a la dignidad, sosteniendo que:

El Derecho Constitucional positivo reside básicamente en la Constitución, integrada en su gran parte por preceptos impregnados de dimensiones que exceden el significado estricto del término legal y que no pueden ser activadas en la actividad jurídica, especialmente en la jurisdiccional, sin esos elementos que el Juez constitucional federal

¹⁷³ Sánchez, Rafael. La Gestación por Sustitución: Dilemas Éticos y Jurídicos, *Revista Humanitas*, (49), abril de 2010, p. 26.

¹⁷⁴ En este sentido, es posible advertir el caso de Ángela una madre gestante que cobró por el arriendo de su útero correspondiente a una suma compensatoria producto de los meses de inactividad laboral durante su embarazo, ya que sus razones fueron estrictamente altruistas. Véase en EL PAIS DIGITAL, Tercera edición, 23 de octubre de 1997, “Una madre de alquiler da a luz a dos gemelos de dos parejas distintas”. Citado en Pascucci, Enrico. Algunas consideraciones en torno a las técnicas de reproducción humana asistida. *EN: Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales Saberes*, Volumen I, Año 2003, Universidad Alfonso X El Sabio, España, p. 16.

alemán Udo Di Favio *contextuales* al referirse a la dignidad humana, cuyo respeto “exige siempre un pensamiento contextual” y siendo la valoración de tal contexto imposible “sin una imagen del ser humano y de la sociedad impregnados de cultura”¹⁷⁵.

En efecto, al ser la dignidad humana un concepto indeterminado cuyo contenido debe ser construido por el juez, y considerando, en lo personal que el carácter de la dignidad es propio de cada individuo y que debe evaluarse conforme al contexto social, es posible concluir que será patrimonio de cada sujeto la determinación de si efectivamente se ha vulnerado o no su propia dignidad e integridad corporal.

Dicho argumento liga con lo que se ha llamado las diversas funciones de la dignidad que no siempre corren en el mismo sentido, y que permiten comprender la importancia de ésta cuando se evalúan los derechos fundamentales. Al respecto, y siguiendo el esquema de Cesar Landa, es posible identificar 7 funciones de entre las cuales la legitimadora, temporal, limitadora, integradora y libertaria aparecen como básicas al evaluar el posible conflicto que se generaría al celebrar un contrato de maternidad subrogada¹⁷⁶.

Esto porque la dignidad en su función temporal constituye una expresión de la voluntad política de la comunidad respecto de sus principios y valores, generando estabilidad a la Constitución. Este aspecto permite vincular el contexto social con el contenido de aquella dignidad que se dice vulnerada, cuando se aborda la maternidad subrogada¹⁷⁷.

En consecuencia, la dignidad adquiere un carácter flexible y móvil, permitiendo *integrar a las distintas fuerzas sociales y políticas hacia el futuro, lo que supone una permanente adecuación del concepto de dignidad con la realidad social, en virtud del cual el texto literal de la norma*

¹⁷⁵ Di Favio, Udo. Die Kultur der Freiheit (La cultura de la libertad, Editorial Beck, Munchen, 2005, p.70.

¹⁷⁶ Cfr. en Landa, Cesar. Dignidad de la Persona Humana. Cuestiones Constitucionales, Julio-Septiembre, Número 007, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, p. 123-129.

¹⁷⁷ En este sentido pertinente es lo sostenido por Ferrando Mantovani al señalar que: “Los eventuales conflictos entre el desarrollo de la ciencia y la dignidad de la persona humana se resuelven en uno u otro sentido según cual sea la concepción de fondo que el orden jurídico tenga respecto de la esencia del hombre”. Véase en Mantovani, Ferrando. *Diritto penale e tecniche biomediche moderne*, EN: L. “Indice Penale”, 1988-1, p.14. Citado en Andorno, Roberto. Incidencia de la Fecundación In Vitro sobre la distinción entre personas y cosas. p.14.

*constitucional se mantiene, pero sus contenidos se van transformando de acuerdo con las necesidades y aspiraciones de la persona humana*¹⁷⁸.

Por otro lado, la función libertaria e integradora de la dignidad permite incluir dentro de su contenido no sólo la autodeterminación del individuo sino que también su libertad; aspectos que se vinculan directamente con los argumentos a favor del contrato de maternidad subrogada el cual, como ya se señaló, encuentra fundamento en el *derecho a procrear* relacionado con aquella esfera de libertad y autonomía del individuo.

Libertad vinculada de manera estrecha con la manera en que el individuo vive su sexualidad, asumiendo un significado que la autora J. M Arregui explica señalando que:

El control despótico y la capacidad de modificar la propia corporalidad sexual pasan a constituir la esencia de la dignidad humana. De manera que el ser humano es digno porque el propietario de si mismo, y su propiedad es, además, absoluta; y precisamente porque “*tiene*” – y no “*es*”- un sexo, su carácter sexuado no pertenece a su identidad sexual¹⁷⁹.

En definitiva, es posible sostener que la maternidad subrogada en especial su variante comercial, constituye una expresión clara del concepto dignidad; dado el carácter libertario y temporal, y cuyo ejercicio también podría catalogarse como digno. Se trataría de una nueva forma de la dignidad humana, sobre todo cuando se desarrolla en el ámbito de la procreación y con el libre consentimiento de las partes.

Sin embargo, este planteamiento no es del todo pacífico sobre todo cuando se señala que “*aunque exista una aceptación libre por parte de la persona, ello no desvirtúa la calificación del acto atentatorio de la dignidad. En cuanto valor informante del Ordenamiento se impone indudablemente cualquiera que fuera la actitud del sujeto*”¹⁸⁰.

Con todo, y sin perjuicio de los anteriores planteamientos, es necesario preguntarse acerca del contenido de aquella dignidad humana y cuales son los

¹⁷⁸ Dau Lin, Hsu, Die Verfassungswandlung. Berlin and Leipzig, Walter de Gruyter & Co; 1932, p 32. Citado en Landa, Cesar. Dignidad de la Persona Humana. Cuestiones Constitucionales, Julio-Septiembre, Número 007, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, p. 125.

¹⁷⁹ Arregui, J. V. La Homologación al matrimonio las parejas de hecho. EN: Nuestro Tiempo I/II, 1995, p.p 115- 116.

¹⁸⁰ González, Pérez, Jesús. La dignidad de la persona. Editorial Civitas, 2011, pp.113-114.

elementos que la singularizan. Esta determinación permitirá no sólo solucionar una eventual colisión de derechos sino que también evaluar si el ejercicio de la maternidad subrogada transgrede con aquella dignidad que se dice vulnerada, sin perjuicio, que en lo personal, constituya otra expresión más de aquella.

La segunda advertencia tiene que ver con la manera en que se ejerce el *derecho a procrear*, íntimamente relacionada con los límites de éste y cuyo respeto se transforma en el *minimum* infranqueable que la dignidad y respeto a los derechos de terceros exige.

Es decir, lo que se intenta señalar es que cuando se recurre a la maternidad subrogada de tipo altruista y onerosa se está ejerciendo el *derecho a procrear*, sin embargo cuando dicha técnica asume una modalidad contractual serán no sólo las condiciones y cláusulas del acuerdo sino un análisis que considere tanto la autonomía individual como el contexto social de la dignidad, las que determinarán en el caso concreto si efectivamente la subrogación de la maternidad vulnera aquel límite llamado dignidad humana.

Esto último, sin perjuicio que la maternidad subrogada y el ejercicio del *derecho a procrear* operan en ámbitos privados pero también públicos, involucrando así intermediarios bajo la figura de agencias y clínicas especializadas en arriendo de útero dificultando cualquier solución que se proponga en el ámbito de la dignidad humana, sobre todo cuando se apela al “fenómeno de cosificación de la persona”¹⁸¹.

Creo que un posible criterio de solución a esta colisión de derechos está dado según el modo en que se presente la maternidad subrogada, no existiendo una solución única y definitiva al respecto. Será entonces tarea del sentenciador determinar en el caso concreto, considerando no sólo la concepción y el contexto del concepto dignidad sino que también el contenido del *derecho a procrear*, si el contrato de maternidad vulneró o no la dignidad tanto del nacido como de las partes.

¹⁸¹ Roberto Andorno cuando se refiere al fenómeno de cosificación de la persona sostiene que: “*Los más amplios derechos que recaen sobre las cosas dan la facultad de disponer de ellas. Por esto, cuando se dice que se trata a algo como “cosa”, se quiere significar que se la puede poseer, usar, y en última instancia destruir. Esto último aplicado al hombre es sinónimo de: causarle la muerte*”. (...) Agrega además que: “*La concepción utilitarista del hombre lo considera a éste en la perspectiva de hombre-cosa, hombre –masa, hombre-medio, y como tal instrumentalizable para fines extrapersonales*”. Véase en Andorno, Roberto. Incidencia de la Fecundación In Vitro sobre la distinción entre personas y cosas. pp.14 y 26. (la cursiva es mía)

Se trataría de dos elementos fundamentales a la hora de ponderar y resolver dicha tensión de derechos, íntimamente vinculada con una elección de entre las diversas concepciones de dignidad existentes y con los límites del *derecho a procrear*.

En suma, la dignidad y su contenido no deben quedar petrificados por los siglos de los siglos, sino que exigen ser reinterpretados por el contexto social actual, los avances de la ciencia y la cultura de las comunidades. Sólo así, podremos dar una respuesta sensata y honesta a la admisión, regulación o condena del contrato de maternidad subrogada el cual también es otra forma de expresar la dignidad humana, no exento de críticas, y sin duda coherente con el contenido del *derecho a procrear*.

Si se siguiera una solución basada en valores tratando de imponer una determinada moralidad se cometería un grave error generando así y como bien lo señala un autor, una tiranía de valores¹⁸² vulnerando, en lo personal, el imperativo constitucional de la mayor realización espiritual posible del individuo.

Y es por esta razón que las opiniones de la iglesia y el derecho no logran llegar a buen puerto puesto que la distinción entre ética y derecho también se aplica a la creación jurídica influida de exigencias éticas y preceptos jurídicos, y que evidenciamos al analizar los dos proyectos de ley que abordan en general las técnicas de reproducción asistida, y en especial el que sanciona la maternidad subrogada tipificándola como delito por sustituir la maternidad.

Ahora bien, la intromisión del Derecho Penal con el tipo penal de la sustitución de la maternidad prohibiendo y sancionando dicha técnica, se explica por el argumento de J.L. González, quien a propósito del debate en torno a la nueva legislación española sobre técnicas de reproducción asistida, sostiene que:

¹⁸² El surgimiento del concepto “Tiranía de los valores” fue introducido por Nicolai Hartmann señalando que: *“Todo valor tiene la tendencia de erigirse en único tirano del ethos humano en su totalidad y, de hecho, a costa de otros valores, incluso aquellos que no se le oponen diametralmente. (...) Tal tiranía de los valores ya es claramente visible en los tipos unilaterales de moral vigente y en la consabida impaciencia frente a una moral extraña (incluso cuando es deferente)”* (...). También, se ha señalado a modo ejemplar que cuando la dignidad aún no era un valor sino algo esencialmente distinto, el fin no podía justificar los medios. Que el fin pudiera justificar los medios se tenía por una máxima abominable. Véase en Schmitt, Carl. La tiranía de los Valores. Editorial Hydra, Buenos Aires, 2009, p. 140. (la cursiva es mía)

El Progreso de Ciencias tales como la Biomedicina o la Biotecnología obliga al sistema jurídico a resolver un innegable conflicto entre diversos y múltiples intereses en juego, ofreciendo cobertura al derecho fundamental a la producción, creación y desarrollo científicos, a la protección a la familia e, indirectamente, a la mejora de la salud, que el uso de estas nuevas técnicas puede comportar, pero, a la vez, obliga a acotar su uso, fijándole límites ciertos e infranqueables, pues de otro modo pueden resultar gravemente lesionados bienes jurídicos personales como la vida, la salud, la intimidad o la libertad¹⁸³.

La explicación anterior refleja una particular visión de la ética y la moralidad social permitiendo evaluar tres aspectos que se constituyeron como importantes para el debate legislativo español, al evaluar la técnica la maternidad subrogada.

2. Dignidad de la persona humana y Derecho a procrear. Análisis de la Maternidad Subrogada desde la experiencia regulada española.

En el debate jurídico español, tanto en los fundamentos a favor como en contra de la maternidad subrogada, la *dignidad humana* y el *derecho a procrear* configuraron el eje de la discusión.

Sin perjuicio de ello, y a modo introductorio, es preciso señalar que la normativa que regula las técnicas de reproducción asistida en España está contenida en la Ley 35/1988 reformada por la actual Ley 14 /2006 y la Ley 42/1988 sobre Donación y Utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos¹⁸⁴.

Así las cosas, el artículo 10 de la Ley 35/1988 y mantenido por la Ley 14/2006 establecen la nulidad de pleno derecho del contrato de maternidad subrogada, oneroso o gratuito, mediante una mujer que renuncia a la filiación materna a

¹⁸³ González, Cussac, J.L. Título V: Delitos relativos a la manipulación genética. EN: Vives Anton, T.S. Comentarios al Código Penal de 1995, Volumen I (Arts 1 a 233), Valencia, 1996, pp. 815-816.

¹⁸⁴ Collado, Miguel. La nueva ley de reproducción asistida humana. Aspectos civiles. EN: Consejo General del Poder Judicial: Escuela Judicial. Legislación sobre reproducción asistida: novedades. Cuadernos de Derecho Judicial, Numero XI, 2006, p. 143. La ley española sobre técnicas de reproducción humana asistida en su artículo 5, señala que: “La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado” (...) agregando que “La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta” (la cursiva es mía)

favor del contratante o de un tercero, quedando determinada la maternidad por el parto, siguiendo el principio romano “*pars viscerum matris*” o parte de las entrañas de la madre y permitiendo además la acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, según las reglas generales¹⁸⁵.

Dicho artículo, una vez revisada la historia legislativa de la normativa sobre técnicas de reproducción asistida, es coherente con las argumentaciones y recomendaciones de la “*Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación artificial Humana*” conocida como la Comisión Palacios; constituida el 29 de mayo de 1985 e integrada por biólogos, abogados, teólogos, filósofos y moralistas cuyas recomendaciones y conclusiones, luego de un intenso debate, derivaron en una propuesta legislativa sobre la materia discutida y que se reflejó posteriormente en las leyes más arriba mencionadas.

El primer aspecto a evaluar dice relación con el conflicto entre la libertad de la mujer y dignidad de la persona humana, sosteniendo que estos derechos en contraposición deben hallar la ubicación más deseable para el bien común que el Estado debe proteger, y donde los derechos subjetivos que nacen de las relaciones familiares quedan excluidos de la libre disponibilidad de las partes señalando que: “*los hijos tienen fines propios y no deben ser instrumentalizados para la satisfacción de los sentimentalismos de una mujer solitaria*”¹⁸⁶.

En el mismo sentido, desde la teología el profesor Gafo Fernández sostuvo en una de las sesiones de la Comisión que existe una tendencia a reprobar éticamente la maternidad subrogada, principalmente porque deriva en la comercialización de la vida humana dada la experiencia del embarazo¹⁸⁷.

Esto parece atendible desde una concepción valorativa de lo humano y que en palabras del Catedrático de Teología Moral, Vidal García, rompe con aquella unidad de valor en la maternidad que no se respeta generando una distorsión humanizadora en las técnicas de maternidad por alquiler o maternidad subrogada¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Collado, *ibídem*, p. 155.

¹⁸⁶ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. III Legislatura, 9 de mayo de 1987, Número 74.1, p. 10.

¹⁸⁷ Cfr. en Diario de Sesiones del Congreso. Número 376, 27 de noviembre del 1985, p. 11470.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 11480.

Sin embargo, y considerando lo anterior, durante el debate surgieron ideas referidas a establecer una *autorización limitada de la maternidad subrogada* sólo cuando ésta sea del tipo altruista o gratuita, restringiéndola a parejas estériles y aconsejando que la mujer portadora provenga del entorno de la pareja solicitante¹⁸⁹.

Efectivamente, lo anterior, si bien abrió la posibilidad a su admisión, desde una perspectiva constitucional y considerando el estatus de los derechos involucrados, se afirmó que:

En la fecundación artificial pueden estar afectados derechos fundamentales y de la personalidad, como la integridad física, la intimidad personal y familiar, el derecho a la salud y a la procreación. En general resalta siempre el respeto a la dignidad de la persona y la sujeción a la Constitución de los ciudadanos y de los poderes públicos (...)¹⁹⁰.

Un segundo aspecto que en el debate español aparece como relevante vincula con el deseo de una pareja infértil por tener descendencia y la existencia de un *derecho a procrear*, evaluando si aquel es absoluto o si presenta límites, concluyendo al respecto que:

La Comisión Especial cree objetivamente que no [debería autorizarse la maternidad subrogada], que las implicaciones son, individual, ética, social y legalmente demasiado graves y complejas, máxime si los riesgos a correr se producen para satisfacer no un hecho de urgencia vital, sino un deseo maternal muy loable, pero que no puede considerarse un derecho absoluto a satisfacer desde perspectivas unilaterales¹⁹¹.

En efecto, y siguiendo el planteamiento de la Comisión Carlos Lema Añon ha señalado que el deseo de paternidad no constituye un argumento válido para

¹⁸⁹ Cfr. en Martínez –Pereda Rodríguez y J.M. Massigofe Benegiu, J.M. La maternidad Portadora, Subrogada o de encargo en el Derecho Español, Editorial Dyckinson, Madrid, 1994, p 97.

¹⁹⁰ Moro, María Jesús. Aspectos civiles de la Inseminación Artificial y la fecundación “in Vitro”. Editorial Bosch, Barcelona, 1988, p. 341.

¹⁹¹ Martínez –Pereda Rodríguez y J.M. Massigofe Benegiu, J.M. *ibidem*, p. 101.

reconocer el *derecho a procrear*, pues las motivaciones y deseos no equivalen al reconocimiento de un derecho¹⁹².

Por último, un tercer aspecto a destacar dice relación con los titulares de la técnica de maternidad subrogada señalando la Comisión que:

Lo deseable para el legislador es que el hijo nazca en el seno de una familia, y engendrado dentro del matrimonio. Estas condiciones son las que mejor facultan el desarrollo de la personalidad del hijo. Las prácticas artificiales, en cuanto implican desviación de estos principios, sólo pueden ser admitidas excepcionalmente por razones muy cualificadas¹⁹³.

Lo anterior implica excluir a la mujer y hombre solteros, sin embargo permite incluir a aquellas parejas del mismo sexo, que en España pueden contraer matrimonio y formar familia.

Finalmente, y a modo de colofón de lo apuntado hasta aquí, es posible apreciar que del debate seguido en España en torno a la maternidad subrogada, la dignidad humana representa la piedra angular que decide prohibir y sancionar el contrato por medio del cual se renuncia a la filiación.

Esto por diversos imperativos éticos, sociales, legales y considerando el eventual conflicto entre dignidad y libertad fundamento esta última del *derecho a procrear*, señalándose al respecto que: *“En cuanto a la libertad para decidir, siendo respetuosos con los derechos que la Constitución protege, estimamos que no puede negarse, pero que está sometida normalmente a condicionantes y jerarquías sociales y legales,(...) de tal manera que las renunciadas, transacciones etc.; quedan como regla general prohibidas en las relaciones de estado familiar(...)”*¹⁹⁴.

En consecuencia, en el debate legislativo español el carácter de las relaciones familiares, el derecho del hijo a una familia y una determinada interpretación

¹⁹² Cfr. en Lema Añón, Carlos. Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida. Editorial Trotta, Colección Estructuras y Proceso, Serie Derecho, Madrid, España, 1999, pp. 295-307.

¹⁹³ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. III Legislatura, 9 de mayo de 1987, Número 74.1, p. 10.

¹⁹⁴ Congreso de los Diputados. Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación “in vitro” y la Inseminación Artificial Humanas, capítulo V: Gestación de sustitución. pp. 116-123. Citado en Martínez –Pereda Rodríguez y J.M. Massigofe Benegiu, J.M. La maternidad Portadora, Subrogada o de encargo en el Derecho Español, Editorial Dyckinson, Madrid, 1994, p 99.

de la *dignidad humana*, constituyeron el principal argumento para prohibir en cualquier circunstancia el contrato de maternidad subrogada, y que a fin de cuentas implicó una elección de lo que significa ser madre y de los límites que tendría el *derecho a procrear*.

Capítulo IV

¿Es posible que en Chile se admita la maternidad Subrogada?

1. Hacia un nuevo concepto de maternidad

Antes de cualquier respuesta al respecto es dable señalar que uno de los aspectos fundamentales dentro del análisis de la maternidad subrogada, es lo que efectivamente se busca y cuyas consecuencias derivarían del ejercicio del *derecho a procrear* a saber, la maternidad, y cuya regulación determina la admisión o rechazo de esta técnica artificial.

Concepto que la medicina define como aquella relación que se establece por la procedencia del ovulo a partir de la madre, y el código civil chileno en su artículo 183 señala que la maternidad queda determinada por el parto, siguiendo el principio romano "*pars viscerum matris*"¹⁹⁵ o parte de las entrañas de la madre.

Esto último, explica que el concepto tradicional de maternidad consagrado en nuestro ordenamiento esté integrado por dos hechos; el hecho material del parto y que la mujer que da a luz sea efectivamente la madre de la criatura; estaría primando en nuestra legislación un criterio biológico de maternidad.

Sin embargo, con la aparición de esta técnica artificial de reproducción, el concepto legal de maternidad se fragmenta dificultando su determinación y afectando con ello la identidad personal del nacido, dada la certificación de su realidad biológica.

Se trata, en buena medida, de una redefinición de la dicotomía entre naturaleza y cultura, en el ámbito de la reproducción humana a partir de estas nuevas posibilidades técnicas, más que un cambio en esta relación operado por la técnica misma.

¹⁹⁵ Esta teoría sostiene que en el derecho romano la existencia de las personas físicas principia con el nacimiento, muy similar a la existencia legal consagrada en el artículo 74 del código civil chileno. Esto porque el nascitus se consideraba como una porción de la mujer o de sus vísceras. Pellicano, José Alejandro. La Protección al concebido en Roma y la situación actual del Nasciturus a partir de las técnicas de fecundación extracorpórea, XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano Buenos Aires, realizado los días 15, 16 y 17 de Septiembre de 2004, Véase [en línea] http://www.edictum.com.ar/miWeb4/ponencias_14.htm [Consulta: 12 de Octubre de 2011]

Contrastando lo anterior, y a pesar de imperar en nuestra legislación un criterio biológico de maternidad, la filiación o mejor dicho el padre o madre, del niño concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida, serán el hombre y la mujer que se sometieron a ellas.¹⁹⁶

Esta norma, permite examinar el alcance y efectos jurídicos de la técnica de maternidad subrogada, en las relaciones de filiación, esfera afectada en virtud del fin perseguido: sustituir la maternidad. En ellas, como bien se ha mencionado, la relación sexual se ve desplazada de la reproducción que se descompone y transparenta de la aportación biológica de cada uno de los progenitores.

Esta excepción a la regla general de determinación de la maternidad en parte se explica por la naturaleza de estos procedimientos reproductivos, entre ellos la maternidad subrogada, que contempla la participación de la figura del tercero donante, quedando patente que la filiación tiene un momento atributivo a través de una serie de ficciones, de una serie de instituciones sociales y jurídicas, que median y hasta modifican la mera relación biológica.

Sobre todo, y teniendo en cuenta que no es posible pretender que la filiación en los casos de maternidad subrogada esté regulada conforme al régimen general, dado que su particular modo de proceder, exige una regla distinta como es el artículo 182 del código civil que determina la filiación derivada de estas técnicas.

De ahí que, no nazca un nuevo estatuto de filiación, una especie de *tertium genus*¹⁹⁷, distinta tanto de la filiación por naturaleza como de la figura de la adopción pues la maternidad subrogada es al igual que la adopción, filiaciones formales o jurídicas.

En realidad, se establece una relación dialéctica entre los aspectos técnicos, culturales y de organización social, que pone especialmente de manifiesto el papel que estos elementos juegan en las representaciones colectivas sobre la reproducción, y en especial cuando se reflejan en las instituciones familiares, a través de la filiación, sea desde el punto de vista jurídico o más allá de éste.

¹⁹⁶ Código Civil, Artículo 182, 2007, Editorial Jurídica de Chile, p. 41.

¹⁹⁷ Se trata de una locución latina que significa a mitad de camino entre dos cosas.

Lo anterior, si bien es cierto no ha sido del todo pacífico generando críticas, llegándose a sostener que legalizar el contrato de maternidad subrogada no sería coherente con el derecho de filiación, ya que:

Supondría un paso hacia la contractualización de la filiación fragmentándola al reconocer un derecho al abandono de un niño al nacer y autorizando a la madre a deshacerse de sus deberes y responsabilidades hacia su progenitura (...) asimismo contradice la esencia de la maternidad que es indivisible e intransmisible borrando el vínculo con el embarazo, el alumbramiento y la maternidad, negando así la importancia de los intercambios intra-uterinos entre la mujer embarazada y el embrión¹⁹⁸.

En efecto, el problema de la determinación de la maternidad parece ser básico en el contrato de maternidad subrogada pues fruto de la maternidad es que nacen las obligaciones para con el hijo que verá ante sus ojos tres maternidades: la gestacional¹⁹⁹, la biológica y la psicológica²⁰⁰.

La referencia a estas tres maternidades; por un lado la gestacional que deriva de la madre subrogada y la psicológica, que vincula con la madre subrogante, expresa el conflicto que se originaría si la primera se negara a entregar al niño aduciendo ser ella la madre, so pretexto de haber firmado un contrato que señala lo contrario²⁰¹.

En un sentido similar, y tomando en consideración los ámbitos implicados en la celebración del contrato de maternidad subrogada se ha referido María Cárcaba señalando que en España:

¹⁹⁸ Universidad de Navarra. Montero, Etienne. Legalizar los vientres de alquiler no es coherente con el derecho de filiación. 2010, [en línea] <http://www.actualidaduniversitaria.com/2010/06/legalizar-los-vientres-de-alquiler-no-es-coherente-con-el-derecho-de-filiacion/> [Consulta: 12 de octubre de 2011]

¹⁹⁹ Aquella que porta el embrión durante todo el tiempo que dura la gestación atravesando los trastornos del embarazo y dando a luz al concebido.

²⁰⁰ Contempla a una tercera persona interesada que es totalmente ajena al concebido pero quien tiene el sentimiento y aspiración de ser madre por medio de otra mujer.

²⁰¹ Resulta interesante la manera en que se ha pronunciado la *Supreme Court* de California en el caso *Elisa B. v. Sup. Ct* afirmando en su sentencia que si la decisión de hacer nacer a los gemelos tuvo origen en la voluntad conjunta de Elisa y Emily de ser madres y si ambas se comportaron como tales durante dos años, Elisa no puede esgrimir que el final de su relación permite desatenderse de sus responsabilidades hacia los niños. El criterio para resolver se basa en el precedente *Johnson v. Calvert* (May 20,1993, 5Cal. 4th 84; 851 P.2d 776) que, en un caso de maternidad subrogada, resolvió que la maternidad genética y gestacional no coinciden en una misma mujer, madre es la que tuvo la voluntad de traer un hijo al mundo y criarlo como propio. Véase en Farnós, Esther y Garriga, Margarita. ¿Madres? Pueden ser más de una. *En: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2005, p. 2-3.

El Derecho de Filiación no es el único afectado dentro del Derecho Privado, no faltan las implicaciones de carácter matrimonial ante la posibilidad de consentir unilateralmente que se realicen prácticas que, no consentidas por el otro cónyuge, pueden estimarse atentatorias contra el debido respeto mutuo consagrado en el Art. 67 del Código Civil; e incluso según algunos autores a la obligación de fidelidad, susceptibles de incluirse también dentro del concepto de conducta injuriosa o vejatoria, recogidas como causas de separación en el Art. 82 del Código Civil²⁰².

Con todo, el análisis del contrato de maternidad subrogada permite otorgar el piso constitucional desde donde se presenta y evalúa uno de los fundamentos de su existencia a saber, *el derecho a procrear*.

2. El delito de Sustitución de la Maternidad

El derecho es un orden jurídico normativo que regula conductas de diversa naturaleza, entre ellas aquella realidad donde se celebra un contrato y la maternidad se sustituye. Así, que en los hechos exista un posible mercado anónimo de mujeres oferentes de úteros, no implica necesariamente que el derecho reconozca y legalice dichas prácticas.

Todo lo contrario, y siguiendo la tendencia mundial, muchos han sido los países que han rechazado semejante convención²⁰³, y entre ellos Chile que con su Boletín 6306-07 sanciona la utilización del vientre materno para el embarazo por encargo de terceros, señalando en su artículo Único que²⁰⁴:

Todo aquél que, disponiendo de su cuerpo a través de un procedimiento de fertilización asistida geste un hijo por encargo de

²⁰² Carcaba María. Los problemas Jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana, Barcelona, José María Bosch, 1995, p. 36. Al respecto, el artículo 67 del Código civil español señala: “*El marido y la mujer deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia*”.

²⁰³ Austria, Alemania, Noruega, Suecia, Francia y algunos Estados norteamericanos como Arizona, Michigan, Nueva Jersey, han rechazado cualquier modalidad de la maternidad subrogada. En cambio, sólo se permite la modalidad altruista de la maternidad subrogada; en Australia, Gran Bretaña donde se permite cubrir los gastos corrientes de la madre de alquiler, Dinamarca donde se admite con serias limitaciones, Israel, España, Canadá, Países Bajos donde quedan prohibidas la publicidad de maternidad subrogada, las ofertas de los servicios de madres de alquiler y la selección de estas últimas, algunos Estados norteamericanos como New Hampshire y Virginia. Véase en Martínez –Pereda Rodríguez y J.M. Massigofe Benegiu, J.M. La maternidad Portadora, Subrogada o de encargo en el Derecho Español, Editorial Dyckinson, Madrid, 1994, pp. 26-63.

²⁰⁴ Proyecto de Ley N° 6306-07, que sanciona la utilización del vientre materno para el embarazo por encargo de terceros incorporando un nuevo tipo penal denominada “De la sustitución de la Maternidad” en el Código Penal, ingreso el 18 de diciembre de 2008.

terceros, será sancionado con presidio mayor en su grado medio. Además, tendrá como pena accesoria el sometimiento a un procedimiento psicológico relativo a terapias consistente en maternidad responsable.

Asimismo, se sancionará con presidio mayor en su grado mínimo a quien tenga calidad de terceros comitentes, sea que proporcionen el todo o parte del material genético a la madre sustituta y faciliten su conducta.

Lo anterior, sólo se presenta para preguntarnos brevemente ¿Que bien jurídico se estaría protegiendo con el tipo penal de la sustitución de la maternidad?

Del análisis de los artículos 353, 354 y 355 del Código Penal²⁰⁵, es posible advertir que el bien jurídico protegido con el tipo penal de la *sustitución de la maternidad*, es efectivamente el estado civil, pues se sustituye la filiación afectando el *derecho a la identidad* consagrado en la Convención de los Derechos del Niño y en el artículo 183 del código civil.

Esto resulta fundamental para el análisis que nos ocupa, dado que da pistas de posibles límites que tendría el ejercicio del *derecho a procrear*, y que estaría dado por la identidad, la dignidad de las personas, así como de aquellas cualidades referidas a su estado civil.

Así las cosas, es necesario recordar que el estado civil nace con el parto, de ahí que su vulneración sea coetánea a éste. Esto vincula con lo consagrado por el Boletín 6306-07, y que resulta coherente con la postura de la doctrina española, al señalar que:

El contrato de maternidad subrogada es nulo y realmente inexistente porque su objeto – en cuanto disponibilidad de la persona, de la maternidad y del estado civil del hijo- está fuera del comercio de los hombres, va contra las buenas costumbres y supone un fraude contra la normativa de la adopción, y por ende una transacción no permitida.

²⁰⁵ Todos ellos contenidos en el Libro II Título VII, relativo a Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual. El artículo 353 se refiere a la suposición de parto y la substitución de un niño por otro, el cual será castigado con las penas de presidio menor en cualquiera de sus grados y multa de 21 a 25 unidades tributarias mensuales. Asimismo, el artículo 354 señala que: “el que *usurparé el estado civil de otro*, sufrirá la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de 11 a 20 unidades tributarias mensuales. Agrega que iguales penas se aplicarán al que *sustrajere, ocultare o expusiere* a un hijo legítimo o ilegítimo con *animo verdadero o presunto* de hacerle perder su estado civil” (la cursiva y negrita es mía).

En este mismo sentido, el legislador español en la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción asistida, ha prohibido en su artículo 10 la *gestación por sustitución*, integrando dos aspectos fundamentales, y que se han discutido a lo largo de este capítulo, a saber:

1. Establece la nulidad del contrato de maternidad subrogada, sea de tipo altruista o comercial.
2. El parto determina la filiación de los nacidos por gestación por sustitución.

En definitiva, del análisis de las normas precitadas, se sigue que tanto la legislación Española como el criterio del Boletín 6306-07, están contestes en rechazar y sancionar la celebración del contrato de maternidad subrogada²⁰⁶.

Sin embargo, en otro nivel el filósofo Ruwen Odien ha afirmado que la maternidad subrogada podría clasificarse perfectamente en la categoría de crímenes sin víctimas. Señala que resulta injusto penalizar un acuerdo entre personas que, en principio, consienten en él, y que no tiene visos de causar ningún daño a otros y, en especial al niño que está por nacer²⁰⁷.

Nacimiento que exige el respeto por parte de nuestro ordenamiento jurídico, de otros derechos fundamentales como es la dignidad e integridad del ser humano. Respeto que de manera clara expresa el Tribunal Constitucional Español, al señalar que:

No existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que (..) en relación a los derechos fundamentales, establece la constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras que en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos²⁰⁸.

²⁰⁶ Contrastando lo anterior, algunos países han sido más permisivos a la hora de regular el contrato de maternidad subrogada, estableciendo condiciones para su celebración. Resulta interesante citar tres casos emblemáticos: **1º** Israel quien legalizó la maternidad subrogada con la aprobación el año 1996 de la *Embryo Carrying agreements Law*, **2º** la India quien gracias a la falta de una regulación normativa explícita declaró legal la maternidad subrogada gracias a una sentencia de la Corte Suprema denominada *Baby Manji Yamada versus Unión of India & Anr* el año 29 de septiembre del 2008 y **3º** Estados Unidos donde los tribunales del Estado Federal de California han interpretado la *Uniform Parentage Act* validando los contratos de Maternidad Subrogada.

²⁰⁷ Véase [en línea] Dos filósofos debaten sobre los vientres de alquiler Aceprensa - Le Monde, 26 de junio, 2009 <http://www.thefamilywatch.org/cos/cos-0201-es.php> [consulta: 13 de Octubre de 2011]

²⁰⁸ Sentencia 2/1982 del Tribunal Constitucional Español.

8. Conclusiones, críticas y comentarios

La maternidad es un estado de privilegio de la mayor parte de la población, sin embargo un porcentaje importante de la misma no lo posee generando un estado de insatisfacción al no dejar descendencia, y donde la maternidad subrogada aparece como alternativa para concretar sus anhelos de ser padres, mediante un proceso artificial de reproducción, no exento de críticas.

Críticas que se explican dadas las características que presenta la maternidad subrogada en su variante contractual, y que obligaron a preguntarse si la libertad procreativa es disponible o si su ejercicio queda limitado por la dignidad del hijo y de la mujer gestante. Dignidad humana que se reflejó en el rechazo de la maternidad subrogada en España y en el proyecto de ley chileno sobre sustitución de la maternidad, evidenciando su primacía respecto al *derecho a procrear*.

Dicho antecedente fue vital a la hora de analizar el conflicto de derechos pues permitió conocer las razones invocadas para admitir el contrato de maternidad subrogada entre ellas la existencia de un derecho a la descendencia evaluando los límites que tendría éste, y que guardan coherencia con la naturaleza de los derechos fundamentales y los valores de dignidad e integridad física ,que encuentran consagración positiva en normas de Derecho Nacional e Internacional²⁰⁹ y las cuales Chile ha suscrito.

Asimismo, la existencia de un *derecho a procrear* en Chile fundamentado bajo la teoría del derecho fundamental adscrito y su conexión con otros derechos fundamentales reconocidos expresamente por nuestra Constitución cuando asegura a todas las personas, permitió no sólo definir las cualidades que definen la persona humana, entre ellas el ejercicio de la reproducción, sino que además proponer el ejercicio por intermediación del *derecho a procrear*, cuando este se sirve de la maternidad subrogada.

²⁰⁹ Cfr. en Convención de los Derechos del niño que en su artículo 8 señala que: 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. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad. Véase también la Convención Europea de Bioética que acuerda entre todos los países europeos límites éticos a la investigación científica, y que en su artículo 21, señala: “*que el cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro*” y en Chile el Boletín N° 6306-07 sobre Sustitución de la maternidad.

Con todo, y sin desconocer que el análisis de la dignidad de la persona fue clave a la hora de determinar la legitimidad del contrato de maternidad subrogada también otorgo el piso para comprobar que el ejercicio de la reproducción, por medio de dicho procedimiento -considerando la esfera de libertad que detenta- igualmente es expresión de la dignidad humana, sobre todo cuando el contrato de gestación por encargo es de tipo altruista o gratuito.

Se trataría de una nueva forma de expresar la dignidad humana que se desarrolla en el ámbito de la procreación, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad y el libre consentimiento de las partes.

Por otro lado, cuando se analizaron las normas referidas a la Adopción, maternidad y Filiación, fue posible advertir que si bien nuestra legislación sigue el principio romano "*pars viscerum matris*" o parte de las entrañas de la madre, a nuestro entender la relación de filiación no debe quedar determinada exclusivamente por un mero aspecto biológico-genético, sino que es necesario reconocer el contexto social del menor, que guarde coherencia con los principios que informan nuestro Derecho de Familia, en especial el *interés superior del niño*.

Esta advertencia, que implica la asunción de un nuevo paradigma en el Sistema Filiativo Chileno, permite darle un real y operativo contenido del *derecho a procrear* puesto que permite redefinirlo conforme a los avances de la técnica, que dan cuenta no sólo de los cambios culturales en materia de reproducción y maternidad, sino que también de los titulares involucrados.

De ahí que resultará interesante para esta investigación analizar los casos de embarazo masculino o de útero artificial, a propósito de la titularidad del *derecho a procrear*, y que exigen un tratamiento constitucional que considere no sólo la dignidad humana sino que aquel ámbito de libertad que pertenece a cada ser humano, considerando que la sexualidad corre en ámbitos públicos pero también privados.

Ámbitos que deben ser considerados cuando se evalúa el contenido del *derecho a procrear* en Chile, pues si bien la reproducción pertenece a la intimidad de cada sujeto y debe vivirse libre de interferencias externas sus efectos jurídicos exigen protección estatal que en el caso de la maternidad subrogada requiere contar necesariamente con una legislación que regule las

técnicas de reproducción asistida destinando recursos que permitan paliar los problemas asociados a la infertilidad.

En consecuencia, el *derecho a procrear* en su sentido positivo y negativo implica no sólo una protección a la salud, integridad y dignidad de los individuos, libre de discriminación, en su esfera de libertad procreativa, sino que también un respeto por parte del Estado a la garantía del libre desarrollo de la personalidad, ligada estrechamente a la dignidad humana que posee una función libertaria y un contenido histórico.

Libertad y dignidad, que en lo personal, permiten admitir el contrato de maternidad subrogada en cualquiera de sus variantes ya que lo que se contrata no es el útero propiamente tal sino la capacidad generativa de una mujer, considerando también que dicha esfera reproductiva le pertenece exclusivamente a la mujer en virtud de su *derecho a procrear*.

Vale decir, el efecto Filiativo del contrato de maternidad subrogada no es sustituir la maternidad sino, como bien se apuntó por uno de los académicos de la “Comisión Palacios”, constituirse en una Adopción Prenatal que guarda coherencia con los principios que informan la Ley 19.620 sobre Adopción en Chile, sobre todo con el de *interés superior del niño*.

En efecto, al evaluar el contrato de maternidad subrogada se hace necesario distinguir dos aspectos; por un lado la nulidad del acuerdo conforme los artículos del Código Civil que abordan dicha materia y por otro los efectos jurídicos vinculados al Derecho de Familia como la determinación de la filiación del nacido fruto de esta técnica o los derechos, deberes y beneficios de los padres vinculados a la maternidad.

El primer aspecto, se resuelve analizando la normativa sobre contratos y que conforme a ella la capacidad gestacional no está disponible para el comercio humano, sin perjuicio que en lo personal dicha esfera de libertad le pertenece a la mujer al estar ejerciendo su *derecho a procrear*. Este argumento igualmente aplica cuando en el contrato de maternidad subrogada media contraprestación económica sólo cuando ésta cubra los gastos médicos asociados o las eventuales rentas que la madre gestante dejase de percibir.

El segundo aspecto, que corre independiente de la nulidad del contrato de maternidad subrogada dice relación con los efectos jurídicos que trae consigo

el que un tercero gestó un niño y lo ceda a otro, compartiendo la idea de determinar la maternidad en favor de la que encargó el hijo y no de la madre gestacional.

En consecuencia, que la normativa española sobre técnicas de reproducción asistida declare nulo el contrato de maternidad subrogada o el proyecto de ley sobre sustitución de la maternidad sancione dicha práctica, no impide que en los hechos se produzcan acuerdos de gestación subrogada cuya nulidad deja a la deriva al niño, vulnerando no sólo su dignidad como individuo sino que también la de la mujer que lo gestó.

De ahí que, ante esta eventual realidad fáctica el derecho se anticipe regulando la maternidad subrogada estableciendo condiciones para su celebración en su variante contractual admitiendo el de tipo altruista a todo evento y el oneroso, sólo cuando el pago se relacione con los gastos asociados al embarazo o cuando éste se vincule con la indemnización de la mujer que gestó y dejó de percibir rentas laborales durante dicho periodo.

Lo anterior, exige que la legislación que regule dicha técnica considere los diversos ámbitos involucrados tales como el derecho civil, el derecho penal que condiciona o sanciona su uso y el derecho administrativo en materia sanitaria, señalando los centros médicos y profesionales competentes.

Sobre todo cuando se exige del orden legal coherencia y razonabilidad, cuando le toca enfrentarse a estas nuevas realidades sociales, intentando integrar no sólo la *dignidad del individuo* sino que también el *derecho a procrear*.

Lo hasta aquí razonado, lleva a concluir que la maternidad subrogada debe evaluarse desde *lo que se puede hacer* y no desde *lo que se debe hacer*, considerando el *derecho a procrear* y la *dignidad humana*, interpretando esta última bajo una mirada amplia que agrupe tanto su función temporal y libertaria, y que ante el conflicto entre lo éticamente aceptable y la autonomía de la voluntad, se opte por la última.

De esta manera, frente al conflicto entre el *derecho a procrear* y la dignidad humana luego de estudiar el contrato de maternidad subrogada, estoy convencido que son los hombres y mujeres, a través de sus actos, deseos y por medio de sus semillas, los artesanos del Ciclo de la Vida donde la ciencia hoy

por hoy, asume un rol determinante mejorando no sólo las condiciones de vida de los sujetos que intervienen sino que también contribuyendo a dignificar aquel estado de privilegio llamado maternidad.

Bibliografía

Libros y documentos.

Andorno, Arias, Chiesa y Martínez. El Derecho frente a la Procreación Artificial. Universidad Austral, 1997, Aspectos médicos.

Arámbula, Alma. Maternidad Subrogada: Centro de Documentación, Información y Análisis Dirección de Servicios de Investigación y Análisis Subdirección de Política Exterior, México, 2008.

Barrientos Grandon, Javier. Nuevo Derecho Matrimonial Chileno, Chile, Lexis Nexis, 2004.

Benedetta Faraoni, Alicia. La Maternitá Surrogata: La natura del fenomeno, gliuridici, le prospetive di disciplina. Giuffré Editore, 2002.

Bobbio, Norberto. El tiempo de los derechos. Madrid, 1991.

Carbonell, Flavia y Letelier, Raúl. Principios Jurídicos e Interpretación democrática del derecho. EN: Principios jurídicos análisis y critica. 1era edición, Santiago, 2011.

Carcaba, María. Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana. J.M Bosh, 1995, Barcelona, España.

Cea, José Luis. Derecho Constitucional Chileno, Ediciones Universidad Católica de Chile, Tomo II, 2004.

Dau Lin, Hsu, Die Verfassungswandlung. Berlin and Leipzig, Walter de Gruyter & Co; 1932.

De Estevan, J, y González Trevijano, P, J. Curso de Derecho Constitucional español.

Domínguez, Rodrigo. L. M. Los derechos procreativos como expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad en el seno de las uniones familiares no matrimoniales.

García, C. El derecho a la intimidad y la dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional. Murcia, Universidad de Murcia, 2003.

Gómez de la Torre, Maricruz. La Fecundación in Vitro y la Filiación, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 1993.

González, Pérez. La dignidad de la persona. Madrid, Editorial Civitas, 1986.

González, Pérez, Jesús. La dignidad de la persona. Editorial Civitas, 2011.

Herrera Chinchilla. ¿Qué son y Cuáles son los derechos Fundamentales? Editorial Temis, 1999, Bogota, Colombia.

Hooft, Pedro. Bioética, Derecho y Ciudadanía. Casos Bioéticos en la Jurisprudencia, Bogota, Editorial Temis, 2005.

Hottois, Gilbert et Parizeau, Marie-Helène. Les mots de la bioéthique. Editorial De Boeck Université, Bruselas, 1993.

Gumucio, J. Procreación asistida: un análisis a la luz de la legislación chilena, Editorial Conosur, Santiago, 1997.

Mendoca, Daniel. Los Derechos en Juego: Conflicto y Balance de Derechos. Editorial Tecnos.

Mill Stuart, John. Sobre la Libertad. Los Libros que cambiaron al mundo. Editorial Aguilar, Uruguay, 2010.

Montes Penadés, Vicente. El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana. Ponencia al Congreso de Filiación en el 11 Congreso Mundial Vasco, Vitoria Gateiz, España, Octubre de 1987.

Morán de Vicenzi, Claudia. El concepto de Filiación en la fecundación artificial. Universidad de Piura y Ara Editores, Colección Jurídica, Perú, 2005.

Moro, María Jesús. Aspectos civiles de la Inseminación Artificial y la fecundación “in Vitro”. Editorial Bosch, Barcelona, 1988.

Novoa, Eduardo. Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos, Siglo XXI Editores, Madrid, 1979.

Lema Añon, Carlos. Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida. Editorial Trotta, Colección Estructuras y Proceso, Serie Derecho, Madrid, España, 1999.

Lyon, Alberto. Personas Naturales. Ediciones Universidad Católica de Chile. Tercera Edición, Santiago, 2007.

Pretovich Hurtado, A. La Biotecnología reproductiva humana y el derecho a procrear como derecho fundamental: alcance bioético. Tesina Universidad Carlos III de Madrid, 1993.

Schmitt, Carl. La tiranía de los Valores. Editorial Hydra, Buenos Aires, 2009.

Tribunal Constitucional. Gaceta del Tribunal Constitucional, N° 10, Abril-Junio, 2008.

Universidad de Belgrano. Las tesinas de Belgrano: Protección jurídico-penal del embrión in Vitro. Buenos Aires, Julio de 2003.

Vega, Ana María. Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida. Capítulo Primero: Los Derechos reproductivos en la sociedad postmoderna: ¿Una defensa o una amenaza contra el derecho a la vida?. Editorial Comares, Madrid.

Vidal, Jaime. Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida. Capítulo Segundo: La regulación de la reproducción humana asistida en el derecho español. Editorial Comares, Madrid.

Zarraluqui, L. Procreación asistida y derechos fundamentales. Madrid, 1988.

Revistas

Aguiar, Luis. Los Límites de los Derechos Fundamentales. EN: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Número 14, Enero-Abril, 1993.

Aldunate, Eduardo. La Desconstitucionalización de la Constitución. EN: Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, Volumen XXII, 2001.

Aldunate Lizana, Eduardo. La Titularidad de los Derechos Fundamentales. EN: Revista de Estudios Constitucionales, Chile.

Amador, Mónica. Biopolíticas y biotecnologías: Reflexiones sobre la maternidad subrogada en India. EN: CS, Colombia, Número 6, julio-diciembre, 2010.

Andorno, Roberto. Incidencia de la Fecundación In Vitro sobre la distinción entre personas y cosas.

Arregui, J. V. La Homologación al matrimonio las parejas de hecho. EN: Nuestro Tiempo I/II, 1995.

Casado, María. Reproducción humana asistida: los problemas que suscita desde la bioética y el derecho. Número 53,1997.

Collado, Miguel. La nueva ley de reproducción asistida humana. Aspectos civiles. EN: Consejo General del Poder Judicial: Escuela Judicial. Legislación sobre reproducción asistida: novedades. Cuadernos de Derecho Judicial, Numero XI, 2006.

Comisión de Estudio de la Nueva Constitución: Informe con proposiciones e Ideas Precisas. 16 de Agosto de 1978, reproducido en VIII Revista Chilena de Derecho, N°1-6, 1981.

Corral, Hernán. Admisibilidad Jurídica de las técnicas de procreación artificial. EN: Revista Chilena de Derecho, Volumen 19, N° 3, Santiago, 1992.

De la Fuente, P. Presente y futuro de la fertilización in Vitro y transferencia de embriones. EN: Ingeniería Genética, Marino Barbeo Santos, 1era Edición, Madrid, 1989.

De León Arce, A. La mujer sola, sin pareja ante las nuevas técnicas de procreación humana. EN: AA.VV; Congreso de Filiación. La Filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de

reproducción humana, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1988.

Di Favio, Udo. Die Kultur der Freiheit (La cultura de la libertad, Editorial Beck, Munchen, 2005.

Farnós, Esther y Garriga, Margarita. ¿Madres? Pueden ser más de una. En: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, 2005.

Farnós Esther. Inscripción en España de la Filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California, Facultad de Derecho Universidad Pompeu Fabra, Enero de 2010.

Fernández Secado, E. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico, EN: A. López Moreno (dir): Teoría y práctica en la aplicación e interpretación del Derecho, Madrid, 1999.

Firestone, S. The Dialectic of sex. Bantam Books, New York, 1970.

Gana, Claudia. La Maternidad Gestacional: ¿Cabe Sustitución?, Revista Chilena de Derecho, (25), 1998.

García, Gonzalo y Contreras, Pablo. Derecho de acceso a la información en Chile: Nueva regulación e implicancias para el sector de la defensa nacional. EN: Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Año 7, Número 1, 2009.

García, José Francisco. El Tribunal Constitucional y el uso de los “Test”: una metodología necesaria para fortalecer la revisión judicial económica. EN: Revista Chilena de Derecho, Vol.38 N° 1, 2011.

González, Cussac, J.L. Título V: Delitos relativos a la manipulación genética. EN: Vives Anton, T.S. Comentarios al Código Penal de 1995, Volumen I (Arts 1 a 233), Valencia, 1996.

Hartman, Heidi. The Unhappy Marriage of Marxism and Feminism.

Hernández, Adriana y Santiago, José Luis. Ley de maternidad Subrogada en el Distrito Federal. EN: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva serie, año XLIV, N° 132.

Hurtado Oliver, Xavier. El derecho a la vida ¿Y la muerte?, 2da edición, Porrúa, México, 2000, ISBN 970-07-1908-1.

Journal of Family Law de 1981-1982.

Lacruz Berdejo. “Informe sobre la Fecundación Artificial y otros extremos semejantes”. 1985.

Lamas, Marta. Algunas reflexiones relativas al derecho a decidir sobre el propio cuerpo.

Landa, Cesar. Dignidad de la Persona Humana. Cuestiones Constitucionales, Julio- Septiembre, Número 007, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.

Liu, H.H.C (2001). Engineering Endometrial Tissue: Interview with Helen Liu, URL (Consulted 17 de June 2005) Citado en Aristarkhova, Irina. Ectogenesis and Mother as Machine. EN: Body and Society, Volumen 11 (3), Londres, 2005.

Mallma, José Carlos. Alquiler de Vientre y sus problemas de Filiación, España.

Mantovani, Ferrando. *Diritto penale e tecniche biomediche moderne*, EN: L “Indice Penale”, 1988-1.

Martínez –Pereda Rodríguez y J.M. Massigofe Benegiu, J.M. La maternidad Portadora, Subrogada o de encargo en el Derecho Español, Editorial Dyckinson, Madrid, 1994.

Martínez, José. Los Particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: La Doctrina del Efecto Horizontal de los derechos. EN: Revista Chilena de Derecho, Número Especial, 1998.

Meulders-Klein, Marie- Thérèse. Le droit de L'enfant face au droit a' l'enfant et les procréations medicalment assistées. EN: Revue Trimestielle de Droit civil 87, Octubre de 1988.

Muncigo Aguado, Ángel Martín. Biología progreso y Ley, EN Ingeniería Genética y reproducción asistida, Citado en Rodríguez Manzanera, Luís. "Ingeniería genética, reproducción asistida...".

Nino, Carlos. Introducción al análisis del Derecho. Editorial Ariel, S.A, Barcelona, 1997.

Nogueira, Humberto. Los Tratados Internacionales en el ordenamiento Jurídico Chileno. EN: Revista Ius et Praxis, Facultad de Derecho de la Universidad de Talca, Año 2, N°2, 1997.

Pantaleón, E. Técnicas de reproducción asistida y Constitución, RCEC, 15 (mayo-agosto, 1993).

Pascucci, Enrico. Algunas consideraciones en torno a las técnicas de reproducción humana asistida. EN: Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales Saberes, Volumen I, Año 2003, Universidad Alfonso X El Sabio, España.

Peña, Marisol. La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por el Tribunal Constitucional Chileno. EN: Estudios Constitucionales, Año 6, N° 1, 2008.

Postema, Gerard, J. Public faces-private places: liberamism and the enforcement of morality. Morality, Harm and the Law, ed. G. Dorwkin, Westview Press, Boulder.

Quezada, Flavio. Concepto Constitucional de Familia. Universidad de Concepción, 1(1), 2008.

Ramiro, Miguel Ángel. Moralismo Legal y Bioética: El caso de la Clonación humana. EN: Anuario de Filosofía del Derecho, N° 24, 2007.

Robertson, J.A. Procreative, Liberty, embryon and collabirative, ponencia presentada a Coloquium de Derecho Comparado en Cambridge, 1987.

Robles, G. El libre desarrollo de la Personalidad. EN: AA:VV; El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución, Madrid, 1995.

Rodríguez, Dina. Nuevas Técnicas de Reproducción Humana: El útero como objeto de contrato. Revista de Derecho Privado Nueva Época, año IV, N° 11, 2005.

Sánchez, Rafael. La Gestación por Sustitución: Dilemas Éticos y Jurídicos, Revista Humanitas, (49), abril de 2010.

Serrano, Alberca, J.M. Artículo 18, EN: Comentarios a la Constitución. Editorial Civitas, Madrid, 1985.

Sgreccia, Elio. Manual de Bioética. Instituto de Humanismo de Ciencias de la Salud. Editorial Diana, México, 1996.

Silva, Jaime. El derecho a procrear en la Constitución Chilena. EN: Revista Chilena de Derecho, Volumen 21, N°2, 1994.

Solozábal, Juan José. Los Derechos Fundamentales en la Constitución Española. EN: Revista de Estudios Públicos (Nueva Época), Número 105, Julio-Septiembre, 1999.

Souto, Beatriz. Dilemas Éticos sobre la Reproducción Humana. La Gestación de Sustitución. Proyecto de Investigación “Bioética y Derechos Humanos”, Universidad Complutense de Madrid, 8 de diciembre de 2006.

Turner, Susan. Los Derechos Sexuales y Reproductivos y su incidencia en la Esterilización y procreación asistida, Revista de Derecho (Valdivia) v.12 (2): 1, Diciembre, 2001.

Turner, Susan, Molina, Marcia, Momberg, Rodrigo. Técnicas de reproducción asistida. Una perspectiva desde los intereses del hijo. EN: Revista de Derecho, Volumen XI, 2000.

Villarroya, Sergio. “Comentario a la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida 35/1988, de 22 de noviembre”. EN: AA.VV. Técnicas de Reproducción Asistida y derechos del menor. Facultad de Derecho de Valencia, Valencia, 1992.

Normativa

Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. III Legislatura, 9 de mayo de 1987, Número 74.1.

CHILE. Código Civil, Editorial Jurídica de Chile.

CHILE. Código Penal, Editorial Jurídica de Chile.

CHILE. Ley N° 19.620 -que dicta normas sobre adopción de menores.

CHILE. Ley 19.947 sobre matrimonio civil.

CHILE. Ley 20.545 que modifica las normas sobre protección de la maternidad.

CHILE. Constitución Política de la República de Chile. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Congreso de los Diputados. Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación “in Vitro” y la Inseminación Artificial Humanas, capítulo V sobre la Gestación de sustitución.

Constitución Española.

Convención Europea de Bioética que acuerda entre todos los países europeos límites éticos a la investigación científica.

Convención de los Derechos del niño.

Diario de Sesiones del Congreso. Número 376, 27 de noviembre del 1985.

ESPAÑA. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, 1985, Número 357.6, Noviembre.

ESPAÑA. Diario de Sesiones del Congreso, número 398, 6 de marzo de 1986.

ESPAÑA. Código Civil Español.

ESPAÑA. Ley 35/1988 y 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida.

ESPAÑA. Ley 42/1988 sobre Donación y Utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos.

INE. Estudio sobre la Fecundidad en Chile: Situación creciente. 2006.

Organización Mundial de la Salud. (2010). Derechos Sexuales y reproductivos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pacto de Derechos Civiles y Políticos de San José de Costa Rica.

Proyecto de Ley que regula los principios jurídicos y éticos de las Técnicas de reproducción humana asistida y establece sanciones para los infractores de sus normas” CHILE. Boletín N° 1026-07

Proyecto que regula las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. CHILE. Boletín N°4573-11.

Proyecto de Ley N° 6306-07, que sanciona la utilización del vientre materno para el embarazo por encargo de terceros incorporando un nuevo tipo penal denominada “De la sustitución de la Maternidad” en el Código Penal, ingreso el 18 de diciembre de 2008.

Resolución Exenta N° 1072 de 28 de Junio de 1985 sobre directiva ministerial referido a la Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria.

Web

Banda, Alfonso. Dignidad de la persona y reproducción humana asistida. EN: Revista de Derecho, Volumen IX, 1998. [en línea] http://enj.org/portal/biblioteca/principios_fundamentales/convenios_internacionales/24.pdf [consulta: 3 de noviembre de 2011]

Banda, Alfonso. Dignidad de la persona humana y reproducción humana asistida. EN: Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile, Volumen 9, N° 1, 1998. Véase [en línea] http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=SO718-09501998000200001&lng=en&nrm=iso&tlng=es [consulta: 5 de Octubre de 2011]

Bresna, Ingrid. Algunas consideraciones en torno al derecho a la reproducción por medio de la inseminación artificial. EN: Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Biblioteca Virtual Mexicana. [en línea] <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/82/art/art2.htm> [consulta: 21 de enero de 2012]

CHILE.COM. Comunidad. Superando la Infecundidad [en línea] http://www.chile.com/secciones/ver_seccion.php?id=60609 [consulta 15 de octubre de 2011]

CONCEPTUAL OPTIONS. En el camino hacia la paternidad: Conceptual Options, LLC, Centro de Alquiler de vientres en California. [en línea] <http://www.madresubrogada.com/>

Diario El País. Se alquila vientre en India: Decenas de extranjeros con problemas de fertilidad recurren a mujeres del país asiático- Las autoridades se plantean regular esta industria en auge [en línea] http://www.elpais.com/articulo/sociedad/alquila/vientre/India/elpepusoc/20080803elpepusoc_3/Tes [consulta: 12 de Octubre de 2011]

Diario La Tercera 9 de septiembre de 2010. [en línea] <http://diario.latercera.com/2010/09/09/01/contenido/tendencias/16-38103-9-estudio-revela-fuertes-cambios-en-la-percepcion-de-la-familia-chilena.shtml> [consulta 23 de mayo de 2011]

Dos filósofos debaten sobre los vientres de alquiler Acepresa - Le Monde, 26 de junio, 2009 [en línea] <http://www.thefamilywatch.org/cos/cos-0201-es.php> [consulta: 13 de Octubre de 2011]

EL PAIS DIGITAL, Tercera edición, 23 de octubre de 1997, “Una madre de alquiler da a luz a dos gemelos de dos parejas distintas”.

GOBIERNO DE ESPAÑA. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Garantías jurídicas de los menores respecto a la sexualidad y la contracepción. [en línea]
<http://www.msps.es/ciudadanos/proteccionSalud/adolescencia/ganarSalud/analisis.htm> [consulta: 28 de marzo de 2012]

ILLINOIS GENERAL ASSEMBLY. Illinois Compiled Statutes: Families (750 ILCS 47/) Gestational Surrogacy Act [en línea]
<http://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ActID=2613&ChapterID=59>
[consulta: 16 de octubre de 2011]

Informe del Ministerio de Salud. Gobierno de Chile. Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad. Véase [en línea]
<http://www.minsal.gob.cl/portal/url/item/795c63caff4ede9fe04001011f014bf2.pdf> [consulta: 15 de diciembre de 2011]

La Nación. Combaten Infertilidad: 10 % de parejas chilenas no pueden tener hijos. Según Luigi Devoto, director de la división de Reproducción Humana del Instituto de investigaciones Materno Infantil de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile (IDIMI). Véase [en línea]
<http://www.lanacion.cl/noticias/site/artic/20110405/pags/20110405172557.html> [consulta: 13 de octubre de 2011]

La Nación. Pacientes Infértiles conforman Agrupación “Queremos ser padres”. [en línea] La Nación en Internet. 4 de marzo de 2011. [en línea]
<<http://www.lanaciondomingo.cl/pacientes-infertiles-conforman-agrupacion-queremos-ser-padres-/noticias/2011-03-04/194505.html>>
[consulta: 21 de julio de 2011]

MERCABA. F. J. Elizari. Procreación Artificial. Teología Moral [en línea]
http://www.mercaba.org/DicTM/TM_procreacion_artificial.htm
Mir Candal, Leila. La Maternidad Intervenida: Reflexiones en torno a la Maternidad Subrogada. [en línea]
http://www.unesco.org.uy/shs/fileadmin/shs/redbioetica/revista_1/Leila.pdf
f [consulta: 15 de Octubre de 2011]

NACIONES UNIDAS. Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Beijing, 4 y 5 de Septiembre, 1995, Capitulo IV, parte c) La mujer y la

salud, número 95. [en línea]
<http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf> [consulta: 7 de noviembre de 2011]

Pellicano, José Alejandro. La Protección al concebido en Roma y la situación actual del Nasciturus a partir de las técnicas de fecundación extracorpórea, XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano Buenos Aires, realizado los días 15, 16 y 17 de Septiembre de 2004, Véase [en línea]
http://www.edictum.com.ar/miWeb4/ponencias_14.htm [Consulta: 12 de Octubre de 2011]

Ramiro, Francisco José. Dos filósofos debaten sobre los vientres de alquiler. EN: Bioética de la Red. 01 de Julio de 2009, Artículo original en Le Monde Diplomatique. [en línea]
http://www.bioeticaweb.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=4713 [consulta: 21 de noviembre de 2011]

Sáez, Carolina y Aravena, Fabián. El derecho a ejercer el comercio sexual en Chile. V Congreso Estudiantil de Teoría Constitucional de la Universidad de Chile, Santiago, 2008, [en línea]
<http://www.congresoconstitucional.cl/?page_id=1419> [Consulta: 30 de abril de 2011]

Universidad de Navarra. Montero, Etienne. Legalizar los vientres de alquiler no es coherente con el derecho de filiación. 2010, [en línea]
<http://www.actualidaduniversitaria.com/2010/06/legalizar-los-vientres-de-alquiler-no-es-coherente-con-el-derecho-de-filiacion/> [Consulta: 12 de octubre de 2011]

UNIVERSOMEDICO. Infertilidad [en línea]
<http://universomedico.com.mx/articulos-y-reportajes/infertilidad/>
[consulta 15 de octubre de 2011]

Sentencias consultadas

Tribunal Constitucional Español

STC 53/1985.

STC 11/81.

STC 2/82.

STC 110/84.

STC 120/90.

STC Rol 89/87.

Tribunal Constitucional Chileno

STC 226/1995.

STC 634/2006.

STC 433/2005.

STC 389/2003.

STC 519/2006.

STC 986/2008.

STC 519/2006.

STC 280/98.

Sentencias Corte Suprema y Corte de Apelaciones Chilenas

SCS 3202/2008.

SCAA de Santiago 983-93.

