



**UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE**  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
ESCUELA DE DERECHO

**PROCEDENCIA DE LA MATERNIDAD GESTACIONAL  
SUBROGADA EN EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL  
CHILENO**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y  
SOCIALES

CAROL ANDREA RAIL PACHECO

PROFESORA PATROCINANTE: YANIRA ZÚÑIGA AÑAZCO

VALDIVIA - CHILE

2010

## INFORME MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Por este acto informo la memoria de grado presentada por la estudiante Srta. CAROL RAIL PACHECO y que se titula *Procedencia de la maternidad gestacional subrogada en el régimen constitucional chileno*.

La referida investigación -como lo insinúa su título- trata la legitimidad de la institución de la maternidad gestacional subrogada desde una perspectiva dogmática constitucional. Lo anterior constituye en sí mismo un aporte al conocimiento jurídico nacional debido a que el acercamiento a esta cuestión ha sido, en el contexto chileno, relativamente monopolizado por la doctrina civil. Por lo mismo, la memoria que informo cumple también con la característica de ser relativamente original tanto en el enfoque como en la propuesta sostenida por su autora.

En términos sustantivos, esta informante considera que la memoria antes referida es un buen primer trabajo de introducción a un tema cuya complejidad jurídico-valórica y escasa cobertura normativa, genera aproximaciones y soluciones no sólo diversas sino, de ordinario, contrapuestas.

En este sentido, el objetivo básico de la investigación emprendida, esto es, hacerse cargo del estado de la problemática antes planteada en la dogmática nacional y proponer fundadamente una interpretación o solución para la misma con asiento en los principios de interpretación constitucional, está plenamente logrado. En efecto, la autora analiza tanto los aspectos fácticos como teórico-normativos de este nuevo fenómeno jurídico, repasa el derecho nacional (civil y constitucional), el derecho comparado y el internacional, para construir una interpretación coherente y razonada que permite postular la procedencia de esta técnica en el Derecho chileno. Particularmente interesante es el tratamiento de la cuestión en clave de derechos fundamentales emergentes o no tradicionales como el *derecho a procrear* y la resignificación del contenido de otros derechos tradicionales como la vida, la intimidad, la salud o la igualdad como bases de protección de las decisiones reproductivas de los sujetos.

En cuanto a las fuentes, éstas son pertinentes y suficientes en relación con los objetivos y fines de la investigación. De la misma manera las conclusiones son coherentes con lo argumentado en el cuerpo del trabajo.

Sin embargo, cabe mencionar que hay algunos defectos de forma que le quitan fluidez a la argumentación del texto y que podrían mejorarse. Por otro lado, la propuesta interpretativa podría reforzarse con un análisis dogmático más profundo en torno a la noción de la categoría de los *derechos sexuales y reproductivos* como en lo relativo a su justificación.

Con todo, esta profesora informante valora especialmente el esfuerzo y el rigor que la autora de la memoria ha demostrado a lo largo de todo el período de investigación.

Por las razones antes expuestas, se califica la memoria de doña CAROL RAIL PACHECO con nota **6.5 (seis coma cinco)**



**Prof. Yanira Zúñiga Añazco**  
**Instituto de Derecho Público**

## **Índice**

|                    |   |
|--------------------|---|
| Introducción ..... | 4 |
|--------------------|---|

### **Capítulo I: Maternidad gestacional subrogada**

|   |    |
|---|----|
| 1.- Técnicas de reproducción asistida: conceptos y elementos.....   | 5  |
| 2.- Supuestos de hecho de la maternidad gestacional subrogada .....   | 7  |
| 3.- La maternidad subrogada en el derecho comparado .....   | 8  |
| 4.- Tratamiento normativo de las técnicas de reproducción asistida y maternidad gestacional subrogada en Chile..... | 11 |

### **Capítulo II: Determinación de la maternidad: aspectos civiles relevantes**

|  |    |
|--|----|
| 1.- La filiación en la subrogación de la maternidad..... | 15 |
| 2.- Contrato de arrendamiento útero .....                | 18 |

### **Capítulo III: Análisis de la constitucionalidad de la maternidad gestacional subrogada**

|  |    |
|--|----|
| 1.- La dignidad de la persona  |    |
| 1.1.- Concepto de dignidad de la persona humana .....                | 21 |
| 1.2.- Dignidad de la persona y maternidad gestacional subrogada..... | 22 |
| 2.- El bloque constitucional de derechos fundamentales.....          | 24 |

### **Capítulo IV: Catálogo de derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de la República: derechos involucrados en discusión en torno a la maternidad subrogada**

|   |    |
|---|----|
| 1.- Derecho a la vida y derecho a procrear                                      |    |
| 1.1 Derecho a procrear como manifestación del derecho a la vida .....           | 29 |
| 1.2 Derecho a procrear como manifestación del derecho a fundar una familia..... | 30 |
| 2.- Derecho a la igualdad y la no discriminación arbitraria.....                | 33 |

3.- Derecho al respeto de la vida privada de la persona y su familia.....37

4.- Infertilidad y derecho a la salud.....42

Conclusión.....44

Bibliografía.....47

## Introducción

El presente trabajo tiene por objetivo el análisis acerca de la procedencia de la maternidad gestacional subrogada, en el régimen constitucional chileno.

La hipótesis que se plantea en esta memoria consiste en que, según las normas y principios que informan nuestro sistema constitucional, es posible sostener la concordancia de la maternidad gestacional subrogada con el ordenamiento constitucional chileno.

Como punto de partida, intentaremos establecer un concepto de maternidad gestacional subrogada así como sus elementos, a partir de la doctrina más especializada en el tema de las técnicas de reproducción asistida, estableciendo los supuestos de hecho en que resulta procedente dicha figura.

Posteriormente, se estudiará la normativa vigente, además de los proyectos de ley que se encuentran aún en tramitación en el Congreso Nacional, que dicen relación con la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, y la maternidad gestacional subrogada. Igualmente, se analizará el derecho internacional y derechos fundamentales relevantes en materia de maternidad subrogada, como parte del bloque constitucional de derechos fundamentales. Se describirá además, el tratamiento que se le ha dado a la maternidad subrogada en el derecho comparado, con el objetivo dar al lector una panorámica general del tratamiento de la maternidad subrogada en distintos ordenamientos jurídicos.

Describiremos, asimismo, aspectos civiles relevantes tales como, la filiación en la subrogación de la maternidad y naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento de útero, los cuales resultarán relevantes para la posterior discusión en el ámbito constitucional, atendiendo a la doctrina nacional que ha tratado el tema.

Analizaremos también, la dignidad de la persona como principio amenazado por la utilización de las técnicas de reproducción asistida, específicamente por la maternidad subrogada, teniendo en consideración los conceptos de dignidad que la doctrina ha elaborado.

Estudiaremos los derechos establecidos en el artículo 19 de la Constitución Política de la República, que resultan relevantes en la discusión acerca de la procedencia de la maternidad subrogada en nuestro país. De este modo se analizarán el derecho a la vida y el derecho a procrear, el derecho a la igualdad y la no discriminación arbitraria, el derecho al respeto de la vida privada de la persona y su familia, y el derecho a la salud en relación con los problemas de infertilidad y esterilidad, con el objetivo de comprender sus alcances y límites. Para ello, apoyaremos nuestro estudio en la revisión de la doctrina nacional más destacada en el ámbito constitucional.

Finalmente, se dará respuesta al problema planteado en este trabajo, que consiste en la constitucionalidad de la maternidad subrogada, a partir del estudio y sistematización de las normas y la doctrina relevante en la materia, que ya se mencionaron.

## Capítulo I: Maternidad gestacional subrogada

En el primer capítulo de este trabajo se intentará establecer un concepto y determinar los elementos de la figura denominada maternidad gestacional subrogada, asimismo, se determinarán los supuestos de hechos en los que resulta procedente.

Se describirá además, el tratamiento que se le ha dado a la maternidad gestacional subrogada en derecho comparado.

Por último, se describirá el tratamiento normativo de las técnicas de reproducción asistida y la maternidad gestacional subrogada en nuestro país.

### 1.- Técnicas de reproducción asistida: conceptos y elementos

Las técnicas de reproducción asistida, suscitan un conjunto de problemas tanto éticos como jurídicos, donde se ven involucrados diversos derechos humanos y donde muchas veces la ética privada se ve aplastada por la ética pública.

Para poder determinar los problemas que plantean las técnicas de reproducción asistida, y en particular la maternidad gestacional subrogada, se deben establecer ciertos conceptos que permitan una mejor comprensión sobre el tema.

Como concepto general, “se entiende como técnica de reproducción asistida toda intervención artificial de carácter médico que tenga por objeto producir directamente la fecundación de un óvulo por un espermio, teniendo como finalidad el nacimiento de un hijo<sup>1</sup>”

Según el doctor Fernando Zegers Hochschild, director científico de la unidad de medicina reproductiva de la clínica Las Condes, las técnicas de reproducción asistida pueden clasificarse en dos grandes grupos: la fecundación in vitro con transferencia de los embriones al útero (FIV/TE) y la transferencia de gametos a la trompa (GIFT)<sup>2</sup>.

La fecundación in vitro (FIV) puede definirse como aquella técnica de fecundación extracorpórea desarrollada en un laboratorio, donde se produce la unión del óvulo y el espermia, cuando éstos no pueden encontrarse de modo natural. Es posible además, la fecundación in vitro con transferencia de embriones (FIVTE), donde se trasladan al útero los embriones obtenidos por la FIV<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Artículo 1º Proyecto de ley que regula los principios jurídicos y éticos de las técnicas de reproducción asistida y establece sanciones para los infractores de sus normas.

<sup>2</sup> Cfr. Zegers, F., *Consideraciones Médicas e Implicancias Ético Legales de la Reproducción Asistida en Chile* disponible en <http://www.bioetica.uchile.cl/doc/repasis.htm> (17/08/09).

<sup>3</sup> Monté, V., “El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana”, en *II Congreso Mundial Vasco “La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción asistida”*, Editorial Trivium, Madrid, 1988, p. 173.

La transferencia de gametos a las trompas consiste en el depósito del óvulo y el semen, ambos recientemente extraídos (frescos o descongelados), en las trompas de Falopio<sup>4</sup>.

La maternidad subrogada se ha entendido como una variante de la fecundación in vitro, sin embargo, hay quienes sostienen que esta afirmación no es correcta, ya que la figura de la maternidad subrogada necesitaría de varias técnicas de reproducción asistida para su realización, entre ellas la inseminación artificial, la fecundación in vitro, la implantación del embrión en el útero, dependiendo de la modalidad de que se trate<sup>5</sup>.

De lo que no hay duda, es que la maternidad subrogada se encuadra dentro de las técnicas de reproducción asistida, ya sea como variante de la fecundación in vitro o como una figura autónoma que deriva de una donación de óvulo o embrión, dentro de la cual es posible distinguir al menos dos modalidades: la primera se produce cuando una mujer aporta su óvulo para ser fecundado con el semen de un hombre miembro de la pareja que encarga la criatura, mientras que la segunda, surgiría de la implantación de un embrión en el útero de una mujer la cual, se compromete a entregar la criatura concebida al término del embarazo a la pareja que encarga la gestación. A esta última modalidad se le ha denominado maternidad gestacional subrogada, y es ésta figura la que será abordada por el presente trabajo.

La maternidad gestacional subrogada puede definirse como “una variante dentro de las técnicas de reproducción asistida, que consiste en la implantación a una mujer de un embrión cuyo gameto femenino no fue aportado por ella. La mujer se compromete a realizar el proceso de gestación del embrión implantado en su vientre, al término del cual entregará el producto del parto a quien le ha solicitado el servicio”<sup>6</sup>.

En esta figura, la maternidad se encuentra disociada en dos mujeres distintas: La que aporta su óvulo o madre genética que además será madre comitente y la mujer que llevará a cabo el embarazo o madre gestante.

El término maternidad subrogada viene de la traducción de la expresión inglesa “surrogated motherhood”. Dicha terminología no ha estado exenta de críticas, se sostiene que se trataría de un término con carácter funcional, ya que la maternidad implicaría algo más que llevar a cabo un embarazo<sup>7</sup>.

La maternidad gestacional subrogada, podría ser considerada uno de los supuestos más simples o sencillos dentro del marco de posibilidades que pueden darse en la maternidad

---

<sup>4</sup> Cfr. Montés, V., “El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana”..., *cit.*, p 173.

<sup>5</sup> Cfr. Rodríguez, D., “Nuevas técnicas de reproducción humana: el útero como objeto del contrato”, en *Revista de derecho privado*, nueva época, año IV, nº 11, mayo- agosto de 2005, p.97 disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/11/dtr/dtr5.pdf> (22/04/2009).

<sup>6</sup> Silva, P., *Arrendamiento de útero*, Editorial jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1996. p. 18.

<sup>7</sup> Cfr. Souto, B., “Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación de sustitución”, en *Feminismo/s*, nº 8, diciembre, 2006, p. 2.



portadora<sup>8</sup>, sin embargo, por la finalidad y extensión de éste trabajo se analizará la procedencia maternidad gestacional subrogada en nuestro sistema constitucional, teniendo presente que es esta figura, uno de los tantos supuestos que hoy en día son posibles gracias a los avances científicos en el área de la medicina.

## **2.- Supuestos de hecho de la maternidad gestacional subrogada**

La gran mayoría de los textos que tratan el tema de la maternidad subrogada, utilizan citas bíblicas<sup>9</sup> como un modo de demostrar que desde tiempos inmemorables la mujer ha buscado la manera de ser madre a través de otra mujer, cuando la naturaleza la ha privado de esta posibilidad. El pasaje más utilizado es el que relata el nacimiento de Ismael hijo de Jacob: “Sarai, esposa de Abraham, no le había dado hijos, pero tenía una esclava egipcia que se llamaba Agar. Y dijo Sarai a Abraham: Ya que Yavé me ha hecho estéril, toma a mi esclava y únete a ella, a ver si yo tendré algún hijo por medio de ella”. Abraham hizo caso a las palabras de su esposa<sup>10</sup>.”

Hoy en día, existen diversas circunstancias que podrían llevar a una mujer a recurrir a la maternidad gestacional subrogada, una de ellas y la más frecuente dice relación con problemas de infertilidad o esterilidad, los cuales han aumentado significativamente, entre las causas podemos mencionar a modo de ejemplo: el empleo abusivo de técnicas anticonceptivas, la automedicación, la postergación de la maternidad derivada de la inserción de la mujer al campo laboral, el estrés, el cual genera un serie de trastornos al sistema reproductivo de la mujer, entre otras<sup>11</sup>.

Pero la maternidad gestacional subrogada puede aplicarse también a casos en que no existen problemas de esterilidad o infertilidad, sino que la mujer mediante su voluntad decide someterse a esta técnica, ya sea porque quiere evitar los problemas y riesgos que implica un embarazo, o bien, desea prescindir del acto sexual. Este último caso, en que la mujer simplemente por un acto voluntario opta por la subrogación de la maternidad, es sin duda el que más críticas ha recibido por parte de la doctrina, ya que se sostiene que la libertad de la mujer en este ámbito tiene límites. Sin embargo, se debe analizar si se trata de límites o en realidad la mujer simplemente no tiene la libertad de decidir autónomamente de que forma desea traer un hijo al mundo.

---

<sup>8</sup> Cfr. Leonseguí, R., “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”, en *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 7, 1994, pp. 319-320.

<sup>9</sup> Cfr. Génesis 16: 1-2 y 30: 1-3.

<sup>10</sup> Génesis 16: 1-2.

<sup>11</sup> Cfr. Rodríguez, D., *op. cit.*, pp.101-103.

### 3.- La maternidad subrogada en el derecho comparado

En este punto se describirá el tratamiento que se le ha dado a la maternidad subrogada en el derecho comparado, dicha descripción tiene como objetivo dar al lector una panorámica general del tratamiento de la maternidad subrogada en distintos ordenamientos jurídicos.

El derecho comparado muestra que existen distintas posturas para abordar la problemática que trae consigo la maternidad subrogada:

a) **Alemania.** Optó por la vía penal, es decir, es punible la fecundación de un óvulo para traspasar el embrión a otra mujer y, por lo tanto, el pacto de maternidad subrogada sería nulo por aplicación del principio de ineficacia de los pactos que contraviene una prohibición legal (artículo 134 y 138 BGB). Se argumenta además, que la subrogación de la maternidad sería contraria a las buenas costumbres y al orden público<sup>12</sup>.

Hoy en día, con los avances científicos en el área de la medicina, existe la posibilidad, que la maternidad se presente dissociada en tres mujeres distintas: “La aportante del óvulo o madre genética, la que lleva a cabo el embarazo o madre gestante y la que desea tener el hijo o madre comitente”<sup>13</sup>. La legislación alemana penaliza la utilización de las técnicas de reproducción asistida que generan la disociación de la maternidad, ya que el legislador quiso evitar que el vínculo del niño y la madre, el cual es considerado el lazo familiar más estable, (*mater semper certa est*) se vea afectado<sup>14</sup>.

b) **España.** Este país, en cambio, optó por la vía civil, declarándose nulo de pleno derecho todo contrato que verse sobre la subrogación de la maternidad, según lo dispone el artículo 10 de la ley 14/2006 de 26 de Mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. A pesar de la prohibición legal, Fábregas sostiene que la prohibición no debiera ser absoluta, entre otros motivos porque si bien los gametos son cosas que están fuera del comercio, les puede ser aplicable la regulación establecida para la donación de órganos, estableciendo ciertos criterios para la procedencia de la maternidad subrogada, “acordes a la realidad social y al espíritu de la ley”<sup>15</sup>. Junquera de Etéfani, por su parte, sostiene que la maternidad subrogada no debe ser permitida debido a que “los riesgos, peligros y problemas que ocasiona, son demasiado elevados, pero que, sin embargo, se podría autorizar por el juez, previo asesoramiento de la Comisión Nacional de Reproducción

---

<sup>12</sup> Cfr. Turner, S., “Maternidad dissociada”, en *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n° 24, 2003, pp. 442-453.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> Cfr. Lupșan, G., “Certains aspects juridiques concernantla “mère porteuse””, p. 5, disponible en <http://www.juridica-danubius.ro/continut/arhiva/A29.pdf> (03/10/2009).

<sup>15</sup> Fábregas, C., *Biología y Filiación: Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*, Editorial Comares, Granada, 1999, p. 117.

Asistida, en un caso concreto cuando se llevase a cabo en el entorno familiar por motivos altruistas o de solidaridad con un miembro de la familia”<sup>16</sup>.

En el año 1997 se creó la Comisión Nacional de Reproducción Humana asistida. Se trata de “un órgano colegiado definido como de carácter permanente y consultivo en su propio decreto de constitución, fue prevista en el artículo 21 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre por la que se regulan las técnicas de reproducción humana asistida, para orientar acerca de la utilización de esas técnicas y colaborar con las Administraciones Públicas Sanitarias en lo relativo a dichas técnicas y sus derivaciones científicas”<sup>17</sup>. La creación de este organismo ha significado un aporte importante en la discusión de las materias relacionadas con las técnicas reproducción asistida en España, debido a la especialización de dicho organismo, que además de establecer criterios jurídicos y éticos para la procedencia de las técnicas de reproducción asistida, cuenta con una Comisión Técnica Permanente de cinco miembros, los cuales aportan los conocimientos científicos necesarios para la mejor comprensión y toma de decisiones en los temas de su competencia.

c) **Inglaterra.** En este país no se prohíbe el pacto de maternidad subrogada. El Acta de Acuerdos o Disposiciones de Subrogación de 1985, sanciona el lucro que de estos pactos pudiera derivar, por lo tanto, en Inglaterra es perfectamente posible celebrar un contrato de maternidad subrogada siempre y cuando éste, sea gratuito<sup>18</sup>.

Se imponen además, requisitos adicionales para la procedencia del pacto<sup>19</sup>, dentro de los cuales podemos señalar lo siguientes:

- Sólo pueden acceder al pacto de maternidad subrogada la pareja matrimonial entre un hombre y una mujer se excluye, por lo tanto, a las parejas de hecho y las uniones homosexuales.
- Se exige como condición *sine qua non* el vínculo genético entre al menos uno de los padres comitentes y el hijo nacido mediante el pacto de maternidad subrogada.
- Se prohíbe cualquier acto sexual entre la pareja de la madre comitente y la madre gestacional.
- Sólo se permite como última solución, cuando la madre comitente, por razones médicas, no puede llevar adelante un embarazo.

---

<sup>16</sup> Junquera de Etéfani, R., *Reproducción asistida, filosofía ética y filosofía jurídica*, Editorial Tecnos SA., Madrid, 1998, p 139.

<sup>17</sup> España, *Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida: I Informe anual*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1998 p.5.

<sup>18</sup>Cfr. Peña Nina, Domingo, “Aspectos legales de la reproducción asistida en República Dominicana”, disponible en <http://www.monografias.com/trabajos46/reproduccion-asistida-dominicana/reproduccion-asistida-dominicana3.shtml> (11/05/09).

<sup>19</sup> Cfr. Lupşan, G., *op. cit.*, pp. 5 - 7.

- El consentimiento de todos quienes se someterán al procedimiento de reproducción humana asistida.
- El niño debe ser entregado voluntariamente por la madre gestacional a la pareja comitente.

El proceso de filiación del hijo nacido mediante un pacto de maternidad subrogada, es idéntico al que se aplica para los casos de adopción, por lo tanto, se requerirá la intervención del tribunal competente, con el objeto de que éste verifique el cumplimiento de los requisitos anteriormente señalados.

d) **Estados Unidos.** Éste es uno de los países más permisivos en cuanto a la procedencia de la maternidad subrogada, sin embargo, no todos sus Estados lo permiten, prohibiéndose expresamente en Washington, Michigan, Utah, Arizona, Nuevo México y Nueva York.

California es considerado el Estado más liberal en esta materia, donde las parejas pueden recurrir a la maternidad subrogada a través de una agencia o de forma particular. La agencia más importante en este campo es Center for Surrogating Parenting<sup>20</sup>, la cual ofrece los servicios médicos y jurídicos necesarios.

De acuerdo con la legislación californiana, el dinero que recibiría la madre gestante no correspondería a un “pago” contractual, sino a una “compensación” por todos los gastos que implica un embarazo. Se permite, además, la inscripción del nacimiento y de la filiación de los padres que han acudido a la figura de la maternidad subrogada en la Dirección Registral Californiana sin que sea impedimento para ello que los padres sean heterosexuales u homosexuales.<sup>21</sup>

Muchas parejas de diversas partes del mundo, viajan hasta California para celebrar un pacto de subrogación de maternidad, cuando la legislación de su propio país se los prohíbe o bien no lo regulan. Esta situación se ha denominado “el turismo procreativo”, ya que en este Estado se brinda la seguridad jurídica necesaria para la celebración de un contrato de maternidad subrogada, al regularse los efectos del mismo, ya sea, respecto a la determinación de la filiación del hijo nacido mediante esta técnica de reproducción asistida o bien frente al incumplimiento del contrato, mas allá de los efectos que el pacto tendrá en el país de origen de las partes que lo celebran.

La disparidad en el tratamiento que se le ha dado a la maternidad subrogada en los distintos ordenamientos jurídicos, ha generado una serie de dificultades respecto del derecho aplicable al caso concreto. Conocido es el caso español de los gemelos nacidos mediante un contrato de maternidad subrogada en California, celebrado por una pareja de hombres casados de

---

<sup>20</sup>Cfr. Vientres de alquiler: una opción al alza, disponible en [http://www.masola.org/masola\\_014.php?reportaje=002](http://www.masola.org/masola_014.php?reportaje=002). (04/05/09).

<sup>21</sup>Cfr. Entrevista sobre la Gestación por Sustitución, disponible en <http://www.am-abogados.com/blog/entrevista-sobre-la-gestacion-por-sustitucion/2028/> (10/09/09).

nacionalidad española, donde el encargado del Registro Consular Español en California, al cual debía recurrir la pareja para obtener la documentación que les permitiera volver a su país, se niega a realizar la inscripción correspondiente, fundado en el artículo 10 de la ley 14/2006 de 26 de Mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, el cual prohíbe expresamente la maternidad subrogada en España<sup>22</sup>.

Como el caso anteriormente descrito, hay muchos más en distintos países del mundo, los cuales se caracterizan por su mediatización por parte de la prensa, y que no dejan de dividir a la opinión pública debido a la gran carga valórica que contienen.

A pesar de que la maternidad subrogada es regulada en algunos países del mundo ya sea permitiendo o no su procedencia, ésta no es la tendencia mayoritaria, en efecto, la regla general es el vacío normativo frente a esta materia, como ocurre precisamente en nuestro país.

#### **4.- Tratamiento normativo de las técnicas de reproducción asistida y maternidad gestacional subrogada en Chile.**

En Chile el primer nacimiento producto de la fecundación in vitro se produjo en el año 1985, siete años más tarde al primer caso ocurrido en el mundo en 1978 en Inglaterra, desatando la discusión en torno a la procedencia y límites de las técnicas de reproducción asistida, evidenciándose el vacío normativo existente en nuestro país respecto de estas materias.

En Chile no existe normativa legal sistemática que regule expresamente la procedencia, límites y efectos de las técnicas de reproducción asistida, no por ello éstas han dejado de tener aplicación en nuestro país, sólo entre los años 1989 y 1995 nacieron aproximadamente 662 niños como resultado de procedimientos de reproducción humana asistida<sup>23</sup>. Sin embargo, podemos encontrar disposiciones legales que hacen referencia a las técnicas de reproducción asistida como ocurre con el artículo 182 del Código Civil, incorporado por la ley 19.585 de 1998, el cual dispone que:

“El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas.

No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta.”

Como se puede observar, la norma sólo se limita a establecer los efectos filiativos derivados de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, pero nada señala acerca de los alcances y límites de éstas.

---

<sup>22</sup> Sin embargo, la Dirección General de los Registros y del Notario en España mediante una resolución de 18 de febrero de 2009<sup>22</sup>, estima el recurso interpuesto contra el auto del encargado del Registro Consular, y ordena que se proceda a la inscripción en el Registro Civil Consular Español de los gemelos nacidos en California mediante un contrato de maternidad subrogada, señalando entre otros argumentos que, al ser los menores hijos de progenitores españoles la ley permite su acceso al Registro Civil de éste país.

<sup>23</sup> Cfr. Zegers, F., *op. cit.*

No obstante, de la lectura de la norma antes transcrita, se pueden desprender las siguientes conclusiones:

- Se excluye cualquier efecto filiativo respecto del hijo nacido mediante las técnicas de reproducción asistida a parejas homosexuales, al señalar la norma: "...el hombre y la mujer que se sometieron a ellas."

- No se realiza distinción alguna respecto a las parejas matrimoniales y no matrimoniales, permitiendo el acceso a las técnicas de reproducción asistida a las uniones de hecho entre un hombre y una mujer.

- El inciso 2º del artículo 182 CC, al señalar "ni reclamarse una distinta" reconoce la intervención de un tercero en la fecundación, es decir, a un donante, dando cabida a la fecundación heteróloga<sup>24</sup>.

Otro cuerpo normativo que hace una somera referencia a las técnicas de reproducción asistida es el Código Sanitario, específicamente en sus artículos 145 y 154 contenidos en el Título IX, además del artículo 17 de su reglamento.

El art. 145 señala que: "*el aprovechamiento de tejidos o, partes del cuerpo de un donante vivo, para su injerto en otra persona, sólo se permitirá cuando fuere a título gratuito y con fines terapéuticos*", mientras que el art. 154 señala que las disposiciones del Libro IX "*no se aplicarán a las donaciones de sangre ni a las de otros tejidos que señale el reglamento*". Por su parte el artículo 17 del Reglamento del Libro Noveno del Código Sanitario señala que: "*Las disposiciones de este reglamento no se aplicarán a las donaciones de espermios, óvulos, sangre, médula ósea, huesos, piel, fanereos, así como a todo producto de la concepción que no llegue a nacer vivo, todas las cuales se perfeccionarán por la sola voluntad del donante manifestada sin formalidad alguna*".

De la lectura de las normas anteriormente citadas queda claro que la donación de gametos con fines reproductivos es perfectamente procedente en nuestro ordenamiento jurídico, bastando para ello la "sola voluntad del donante". En este sentido, es interesante el análisis que realiza Hernán Corral Talciani respecto de la donación de óvulos y la maternidad subrogada señalando que resulta curioso que algunas las legislaciones que prohíben la maternidad subrogada, sí permitan la donación de óvulos, "es decir, vedan la sustitución personal cuando se trata de la gestación, pero no cuando tiene por objeto la misma aportación genética que permite la concepción. Se excluye el "préstamo maternal", pero se posibilita la "enajenación de la maternidad", se legaliza lo más y se prohíbe lo menos<sup>25</sup>". Según, este razonamiento, la maternidad subrogada debiera ser procedente en nuestro país, ya que en éste se permite la donación de gametos, es decir, se permite lo más, por lo tanto debiera permitirse lo menos que consistiría en la subrogación de la maternidad.

---

<sup>24</sup>Cfr. Gómez de la torre, M., "La determinación de la filiación y las técnicas de reproducción humana asistida", disponible en <http://postgrado.derecho.uchile.cl/>.

<sup>25</sup> Corral, H., "Fertilización asistida y legislación comparada" en *Revista del Abogado*, Número 9, Noviembre, 1997, p. 35.

El 28 de Julio del 2009 ingreso al parlamento el proyecto de ley que pretende modificar el Código Sanitario “en orden a ampliar la protección a la maternidad, incorporando un nuevo sentido y alcance al concepto de salud reproductiva, reconociendo la existencia de los trastornos de fertilidad de cualquier integrante de la pareja y su incidencia en la salud”, el cual dentro de las modificaciones, incorpora dos nuevos artículo en los cuales se reconoce que la existencia de trastornos de fertilidad femeninos y masculinos, inciden en la calidad de vida y en el estado de salud de las personas y parejas que los padecen y, por lo tanto, el pleno goce de la salud humana comprende la libertad y el derecho de procrear<sup>26</sup>.

Por su parte, el 28 de junio de 1985, el Ministerio de Salud dictó la resolución exenta n° 1072, que fija las normas aplicables a la fecundación in vitro y la transferencia embrionaria, el cual en su artículo primero define estas técnicas de reproducción asistida como “*un conjunto de procedimientos complejos en constante desarrollo, que resumen sofisticados avances de la Gineco- Obstetricia y posibilitan la fertilización del óvulo en un medio artificial, lo que permite el desarrollo del embrión durante 2 o 3 días para posteriormente implantarlo en la cavidad del útero para que el embarazo tenga la oportunidad de evolucionar hasta la consecución de un recién nacido vivo y sano*”<sup>27</sup>. Estableciendo que las técnicas de reproducción asistida son un tratamiento terapéutico para enfrentar la esterilidad. Se regula también, los casos en que resulta procedente la aplicación de dichas técnicas, además de los requisitos que deben cumplir las entidades que llevan a cabo los procedimientos de reproducción humana asistida, como asimismo los requerimientos mínimos exigibles para su manejo responsable, por parte de la pareja infértil de los gametos, del embrión y del feto.

Dicha resolución establece la necesidad de que en nuestro país se informe acerca de los costos, riesgos y beneficios que la fecundación in vitro y la transferencia embrionaria implican, en atención a las críticas y falsas expectativas generadas en otras naciones que han desarrollado estas tecnologías.

Es interesante lo que establece el considerando primero de la resolución la cual señala “*Que la garantía constitucional del derecho a la vida y la protección de la vida del que está por nacer, que prevé el artículo 19°, N° 1 de la Constitución Política de la República, incluye el derecho a procrear y, consecuentemente, el acceso a los medios médicos para superar las causas que impiden o dificultan la concepción*”. Es evidente que tal norma contiene una interpretación amplia del derecho a la vida, incluyendo el derecho a procrear, lo que resulta relevante en cuanto al ejercicio del derecho, ya que como sabemos el n°1 del artículo 19 CPR permite recurrir de protección. Este tema será analizado con mayor detención en capítulo IV de este trabajo.

---

<sup>26</sup> Boletín N° 6624-11 Modifica Código Sanitario en orden a ampliar la protección a la maternidad, incorporando un nuevo sentido y alcance al concepto de salud reproductiva, reconociendo la existencia de los trastornos de fertilidad de cualquier integrante de la pareja y su incidencia en la salud.

<sup>27</sup> Resolución exenta del ministerio de salud N° 1072 de 1985.

Desde 1993 descansa en el Congreso Nacional, el proyecto de ley que regula los “principios jurídicos y éticos de las técnicas de reproducción asistida y establece sanciones para los infractores de sus normas”<sup>28</sup>, el cual se encuentra actualmente archivado desde el 22 de abril del 2002<sup>29</sup>.

Existe además otro proyecto que pretende regular de manera más tangencial la problemática que trae consigo la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, el cual establece la “protección de los embriones humanos, estableciendo sanciones penales para quienes practiquen la clonación, elección artificial del sexo, transformación artificial de células reproductoras humanas, la hibridación o mutación, la ectogénesis y la fecundación post mortem<sup>30</sup>”, el cual también se encuentra archivado. Sin embargo, gran parte de las materias que pretende regular este proyecto fueron abarcadas por la ley 20.120 sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y que prohíbe la clonación humana, publicada el 22 de septiembre del 2006 en el diario oficial.

En síntesis, en nuestro país aún no existe normativa legal sistemática que regule expresamente las técnicas de reproducción asistida, por lo que no es de extrañar que la figura de la maternidad gestacional subrogada, carezca de toda regulación en nuestro ordenamiento jurídico. Es por ello que debemos recurrir a la interpretación de las normas que hoy en día se encuentran vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, es evidente que dicha normativa resulta insuficiente frente a los avances científicos en el área de la medicina.

---

<sup>28</sup> Boletín N° 1026-07. Regula los principios jurídicos y éticos de las técnicas de reproducción asistida y establece sanciones para los infractores de sus normas.

<sup>29</sup> Información acerca del estado de tramitación del proyecto disponible en <http://sil.congreso.cl/pags/index.html>.

<sup>30</sup> Boletín: N° 1997-11 Protección de los embriones humanos, estableciendo sanciones penales para quienes practiquen la clonación, elección artificial del sexo, transformación artificial de células reproductoras humanas, la hibridación o mutación, la ectogénesis y la fecundación post mortem.



## Capítulo II: Determinación de la maternidad: aspectos civiles relevantes

En este capítulo se analizarán dos aspectos civiles relevantes tales como el contrato de arrendamiento de útero y la filiación en la maternidad subrogada. Estos temas son los que mayor tratamiento han tenido por parte de nuestra doctrina, es por ello que se hará una breve exposición de los problemas más importantes, se describirán las posiciones doctrinales más relevantes en relación con los aspectos de la maternidad subrogada que son analizados en esta memoria.

### 1.- La filiación en la subrogación de la maternidad

Con los avances tecnológicos en el campo de la medicina y la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, se abrieron nuevas posibilidades frente a la determinación de la maternidad. Éstas resultaban impensadas hace algunos años atrás donde la regla contenida en el artículo 183 del Código Civil, según la cual la maternidad queda legalmente determinada por el parto, tenía plena aplicación. Ya que, esta regla se ajustaba a la realidad, efectivamente no había duda que, quien daba a luz era la madre genética, comitente y obviamente la gestante.

Hoy en día es posible que la maternidad se encuentre disociada en tres mujeres distintas: “La aportante del óvulo o madre genética, la que lleva a cabo el embarazo o madre gestante y la que desea tener el hijo o madre comitente”<sup>31</sup>, en el caso de la maternidad gestacional subrogada es posible que la maternidad se presente disociada en dos mujeres diferentes: la madre comitente, que además será la madre genética y la madre gestante, pero actualmente es evidente que resulta anacrónica.

La disociación de la maternidad presenta problemas para el derecho de filiación, el cual se ve superado por los avances científicos de nuestra época. Es por ello que el legislador pretendió solucionar el problema de la filiación de los hijos nacidos como consecuencia de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, incorporando el artículo 182 a través de la ley 19.585, estableciendo que:

El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas.

No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta.

Sin embargo, la norma citada resulta insuficiente para solucionar el problema que presenta la disociación de la maternidad.

La discusión acerca de la filiación consiste básicamente en dos posibilidades. La primera radica en situar la maternidad subrogada dentro de las clases de filiación tradicional, la segunda, consiste en la necesidad de crear nuevas categorías acordes a la realidad social que hoy vivimos, de este modo las opciones que se abren son tres: entenderla incorporada dentro de la filiación con base biológica, regida fundamentalmente por la regla del parto, considerarla una manifestación de la filiación de origen voluntario<sup>32</sup>, como ocurre por el ejemplo en la filiación adoptiva, o bien

---

<sup>31</sup> Turner, S., “Maternidad disociada”.... *cit.*, p. 442.

<sup>32</sup> *Ídem*, p. 445.

establecer el criterio genético. Según la primera opción, en las hipótesis de maternidad disociada siempre sería la madre quien gesta a la criatura, de acuerdo con la segunda opción, quien manifiesta la voluntad de ser madre y por último de acuerdo al criterio genético será madre quien aporte sus óvulos para la concepción.

Hay quienes señalan que frente a un contrato de maternidad gestacional subrogada, se debe considerar madre a quien ha gestado y parido al hijo y, por lo tanto, se aplican las reglas generales del Código Civil. Y que a pesar de que la maternidad se encuentre disociada, no procede la impugnación de la maternidad, ya que la ley establece causales taxativas para su impugnación, dentro de las cuales no se establece alguna que permita alegar que el óvulo pertenece a otra mujer o bien, que la voluntad procreacional reside en una mujer distinta a la madre gestante<sup>33</sup>.

Hay quienes, en cambio, se inclinan por el criterio volitivo, señalando que la intención de engendrar nace de los padres comitentes y que sin esta voluntad no se hubiera celebrado el contrato, ni se hubiera llevado a cabo la aplicación de la maternidad gestacional subrogada como técnica de reproducción asistida<sup>34</sup>, es decir, la voluntad de la madre comitente es la que determinará el surgimiento de una serie de hechos que finalmente terminarán con el nacimiento de un niño. Teniendo en cuenta además, que la voluntad y aporte que presta la madre sustituta sólo tiene relevancia una vez que la madre comitente ha manifestado la voluntad de procrear. En este sentido, Moreno- Luque señala que "...en el caso del alquiler del útero sin aportación de óvulo parece más oportuno primar a los padres que desearon tener al hijo sobre la que únicamente lo gestó, y ello sin distinguir si el embrión es fruto de éstos o ha habido un donante de óvulo"<sup>35</sup>.

Un tercer criterio es el genético, el cual constituye una alternativa para de determinar la maternidad del hijo nacido mediante un contrato de maternidad gestacional subrogada, los autores que defienden esta tesis sostienen que el artículo 182 del Código Civil constituye una aplicación del sistema general de determinación basado en la descendencia genética, ya que, la expresión legal "someterse" que utiliza dicho artículo, estaría haciendo referencia a la persona que aporta el material genético, en este caso sus óvulos<sup>36</sup>.

Existen además, argumentos basados en el principio de igualdad, frente al tratamiento que se le da a la disociación de la paternidad, sin embargo, este tema será abordado con mayor profundidad en el capítulo IV de este trabajo, en cual se estudiará el derecho a la igualdad como uno de los derechos involucrados en torno a la discusión sobre la maternidad gestacional subrogada.

---

<sup>33</sup>Cfr. Gumucio, J., *Procreación asistida: un análisis a la luz de la legislación chilena*, Editorial jurídica Conosur, Santiago, 1997 p. 196.

<sup>34</sup> Cfr. Silva, P., *op. cit.*, p. 156.

<sup>35</sup> Moreno- Luque, C., "Reflexiones en torno a la gestación por cuenta ajena" ", en *II Congreso Mundial Vasco "La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción asistida"*, Editorial Trivium, Madrid, 1988, p. 441.

<sup>36</sup> Cfr. Turner, S., "Maternidad disociada"... *cit.* p.451.

En el caso de la maternidad gestacional subrogada la madre comitente y genética coincidirán, es por ello que tanto el criterio genético como el criterio volitivo, establecerán como madre a la parte arrendataria del contrato de maternidad gestacional subrogada.

Hay autores que ven en la adopción una forma para determinar la maternidad respecto de madre comitente o genética<sup>37</sup> en el caso que el hombre que aportó el semen para la fecundación del óvulo de la madre comitente (y genética), sea el marido de ésta y ambos decidieran ser padres del hijo concebido mediante la maternidad gestacional subrogada. En este caso, efectivamente, se facilita la determinación de la maternidad a favor de la madre comitente, al existir la posibilidad de que el donante reconozca al hijo por cualquiera de los medios que establece el artículo 120 del Código Civil, y posteriormente ambos adopten al niño en virtud del artículo 11 de la ley 19.620 sobre adopción de menores. Sin embargo, esta solución no resuelve el problema central de la disociación de la maternidad con independencia de quien resulte ser el padre sino que, más bien, resulta ser un mecanismo legal que permite establecer como madre a la comitente, sólo si ésta se encuentra casada y su cónyuge ha participado en el procedimiento de la maternidad gestacional subrogada aportando sus espermios, dependiendo de la voluntad de éste, si reconoce al hijo y posteriormente inicia los trámites de adopción junto con su mujer, para que ésta pueda ser reconocida legalmente como madre del hijo, respecto del cual ambos son padres genéticos y comitentes.

Es evidente que el hecho del parto es normalmente acreditable y brinda la certeza y seguridad necesaria en el derecho de filiación. Es por ello que se establece como una presunción para la determinación de la maternidad, pero una presunción simplemente legal que en principio admitiría prueba en contrario pues, la regla del parto tiene sentido cuando se condice con la realidad, lo que no ocurre en la maternidad disociada donde resulta insuficiente.

Resulta ilógico atribuir la maternidad a una mujer que jamás tuvo el deseo de engendrar un hijo para sí, ni asumir las responsabilidades que de ello derivan<sup>38</sup>, teniendo en especial consideración al bienestar del menor, éste no puede sacrificarse en virtud de la certeza y seguridad que brinda la regla del parto. Es por ello, que resulta más coherente establecer el criterio volitivo para la determinación de la maternidad, estableciéndose un sistema de determinación diferente, basado en la “voluntad procreacional”, mediante el cual el hijo quedará bajo los cuidados de quien, desde un primer momento quiso asumir esta responsabilidad, dando origen a su nacimiento a través de su voluntad.

---

<sup>37</sup> Cfr. Gómez de la Torre, M., *La fecundación in vitro y la filiación*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1993, p.229.

<sup>38</sup> Cfr. Silva, P., *op. cit.*, p. 156.

## 2.- Contrato de arrendamiento útero

Se ha denominado como contrato de arrendamiento de útero “al acuerdo por el que una mujer se compromete a gestar un embrión que le ha sido transferido, para que una vez nacido lo entregue a sus padres biológicos. A cambio, generalmente recibirá una remuneración<sup>39,</sup>”

Paulina Silva, establece una serie de características jurídicas civiles del contrato de arrendamiento de útero<sup>40</sup>, atendiendo a la regulación que establece nuestro Código Civil. Éstas podrían resumirse en las siguientes:

- Se trataría de un **arrendamiento de servicios**, al obligarse la madre gestante a desplegar una actividad, la cual consiste en llevar a cabo el embarazo.
- Se trata de un contrato **bilateral**, ya que, la parte arrendataria se obliga al pago de una renta o canon, mientras que la parte arrendadora se obliga a llevar a cabo el embarazo
- Es **oneroso**, porque el contrato de arrendamiento necesariamente implica el pago de una renta o canon, pues, si el contrato es gratuito estaríamos frente a un contrato de comodato o prestación gratuita de servicios.
- Es **conmutativo**, al establecer las partes obligaciones más o menos equivalentes, lo que, como señala la autora, puede ser cuestionable teniendo en cuenta los riesgos que implica un embarazo los cuales deben ser soportados por la madre gestante, sin embargo, el riesgo que asume la parte arrendadora hoy en día con los avances científicos en el campo de la medicina son previsibles.
- Es un contrato **principal**, al subsistir por sí mismo sin necesidad de otra convención.
- Es **consensual**, al perfeccionarse por la sola voluntad de las partes, no obstante, la autora sostiene que frente a una eventual regulación de este pacto, debería establecerse como un contrato solemne.
- Y por último, se trataría de un contrato **innominado**, ya que según la autora no se encuentra reglamentado por la ley. Sin embargo, a nuestro entender se trataría más bien de un contrato atípico, puesto que el contrato tiene una denominación.

Según lo expuesto, se puede señalar que la denominación “arrendamiento de útero” que se le da este contrato es poco acertada, entre otros motivos, porque -como bien señala Paulina Silva<sup>41</sup>- la madre gestante no sólo compromete su útero para llevar a cabo el embarazo, sino que todo su organismo. Además, al calificar el contrato como un arrendamiento se excluye de inmediato los contratos gratuitos. Resulta difícil establecer una denominación para este contrato

---

<sup>39</sup> Gumucio J., *op. cit.*, p. 22.

<sup>40</sup> Cfr. Silva, P., *op. cit.*, pp. 215 - 234.

<sup>41</sup> *Ídem*, p. 218.

que reúne una serie de características que lo hacen *sui generis*, sin embargo, para efectos del presente trabajo que no tiene por objeto establecer un concepto doctrinal de este tipo de pactos, un término más amplio como el de contrato o pacto de maternidad gestacional subrogada parece más acertado.

Diversos autores han sostenido que el pacto de maternidad gestacional subrogada sería nulo<sup>42</sup>, entre los argumentos que se esgrimen para determinar la nulidad del contrato, el más recurrente es el de la ilicitud del objeto, al versar el pacto sobre el cuerpo humano, transformándolo en un objeto de comercio. En este mismo sentido, el autor argentino Eduardo Zannoni argumenta que el pacto de maternidad subrogada implica un acuerdo de contenido inmoral y contrario a las buenas costumbres<sup>43</sup>.

Entre los argumentos a favor de la licitud se sitúan fundamentalmente los basados en perspectivas utilitaristas y contractualistas. Las primeras mantienen que este acuerdo “maximiza la utilidad (la felicidad o placer) de las partes implicadas”<sup>44</sup>; mientras que, desde una perspectiva contractualista, se sostiene que no hay nada que objetar a un contrato en que las partes se obligan a contraer derechos y obligaciones libremente desde un primer momento<sup>45</sup>.

En Chile no se ha discutido la validez de este tipo de pactos a nivel jurisprudencial, la discusión sólo se ha planteado en sede doctrinal.

Nuestra doctrina es, más o menos, uniforme en sostener que este tipo de pactos son nulos, ya que transforman en objeto de comercio a la persona humana<sup>46</sup>, considerando a las personas objetos del derecho y no sujetos del mismo<sup>47</sup>. Gómez de la Torre, por ejemplo, señala que el contrato es nulo o inexistente al tener como objeto el cuerpo humano el cual está fuera del comercio, además de ser su causa ilícita al atentar contra la moral y las buenas costumbres<sup>48</sup>. Sin embargo, estos argumentos tienen asidero en el caso de los pactos onerosos, puesto que, en el caso de los contratos de maternidad gestacional subrogada gratuitos, ya no se estaría transformando en “objetos de comercio” el cuerpo de la mujer que gesta a la criatura, ni al hijo producto de la maternidad gestacional subrogada.

---

<sup>42</sup>Entre otros, Lledó, F., “El alquiler de útero y el problema de las madres sustitutas o por encargo”, en *II Congreso Mundial Vasco “La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción asistida”*, Editorial Trivium, Madrid, 1988. Leonseguí, R., “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”, en *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 7, 1994. Vidal, J. (Coord.), *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Editorial Comares, Granada, 1998.

<sup>43</sup> Cfr. Zannoni, E., *Inseminación artificial y fecundación intrauterina*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L., Buenos Aires, 1978, p. 111.

<sup>44</sup> Lema, C., *Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 139.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> Cfr. Corral, H., “Admisibilidad jurídica de las técnicas de procreación Artificial”, en *Revista Chilena de derecho*, vol. 19, nº 3, 1992, p.455.

<sup>47</sup> Cfr. Gumucio J., *op. cit.*, p. 52.

<sup>48</sup> Cfr. Gómez de la Torre, M., *La fecundación in vitro y la filiación...cit.*, pp. 212- 213.

Según Claudia Gana, las normas sobre el objeto del acto jurídico que establece el Código Civil no son del todo aplicables al contrato de maternidad gestacional subrogada, ya que no se puede identificar a la prestación del servicio de gestación con una enajenación, es decir, serían aplicables las normas sobre objeto ilícito en el caso que se tratara de una obligación de dar<sup>49</sup>, y como se señaló a propósito de las características del contrato de maternidad gestacional subrogada, la naturaleza de éste se adecua más a un arrendamiento de un servicio.

No se debe olvidar, además, que la autonomía de la voluntad es un principio rector del Derecho Civil, el cual implica la libertad de contratar o de no hacerlo, la libertad de elegir a la contraparte, la de acordar las cláusulas del contrato y la de crear nuevas estructuras contractuales. Otro axioma que prima en el Derecho Civil es el de permisión general o permisión por defecto, es decir, que todo aquello que no está expresamente prohibido, está permitido. Por lo tanto, el contrato de maternidad gestacional subrogada sería una manifestación del principio de autonomía de la voluntad, la cual no está expresamente prohibida en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que su celebración sería perfectamente posible.

De lo expuesto, se puede observar que las distintas posturas que se tienen frente al contrato de maternidad gestacional subrogada, en base a las cuales se determinará en definitiva la validez del pacto en nuestro ordenamiento jurídico, se encuentran ideologizadas de antemano, perdiendo muchas veces la fuerza disuasiva que se pretende con la exposición de los argumentos elaborados. Es así como resulta determinante el estudio de la normativa constitucional, para determinar si efectivamente existe un atentado a la dignidad del ser humano en la procedencia de la maternidad gestacional subrogada.

---

<sup>49</sup> Gana, C., “La maternidad gestacional: ¿cabe sustitución?”, en *Revista Chilena de derecho*, vol. 25, n° 4, 1998, p. 859.

### Capítulo III: Análisis de la constitucionalidad de la maternidad gestacional subrogada

En esta sección analizarán los distintos conceptos de dignidad y su incidencia en torno a la problemática de la procedencia de la maternidad gestacional subrogada en nuestro ordenamiento jurídico.

Se realizará además una exposición del derecho internacional relevante en materia de derechos fundamentales respecto a la maternidad gestacional subrogada, teniendo en especial consideración aquellos instrumentos internacionales que incorporan derechos que no se expresamente consagrados en nuestra constitución, sino que se encuentran incorporados a nuestro ordenamiento jurídico como parte del bloque constitucional de derechos fundamentales.

#### 1.- La dignidad de la persona

##### A) Concepto de dignidad de la persona humana

La idea de dignidad humana tiene su origen más claro en la Stoa, la escuela del pensamiento estoico desarrollado en la Grecia Clásica post- aristotélica<sup>50</sup>, el concepto de *dignidad*, así como los de “derechos humanos” y “derechos del hombre”, encuentran su fuente precisamente en el antiguo concepto aristotélico-tomista de naturaleza humana<sup>51</sup>, es así como se sostiene que la dignidad es inherente al ser humano.

Nuestra Constitución en su capítulo I correspondiente a las Bases de la Institucionalidad en el cual se establece una declaración de los principios y valores fundamentales que definen las características de nuestro Estado<sup>52</sup>, dispone en su artículo primero que *las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*. Sin establecer un concepto de dignidad de la persona.

El término *dignidad* tiene su origen en el ámbito de lo moral y desde allí ingresa al campo jurídico, dicho concepto ha servido desde sus orígenes como una barrera o límite al ejercicio abusivo de los derechos fundamentales por parte de los individuos y la potestad estatal, sin embargo, hoy en día la noción de dignidad se ha usado para justificar las más diversas posiciones sobre derechos del hombre y su interpretación admite muchas lecturas, dependiendo del contenido moral e ideológico con que se le mire.

Al intentar establecer un concepto de dignidad, nos encontramos con diversos autores que intentan dar una definición, de lo que a su juicio comprende la idea de dignidad. A modo de ejemplo podemos citar a González Pérez quien señala que la dignidad de la persona “es el rango de la persona como tal. Ser persona es un rango, una categoría que no tienen los seres

---

<sup>50</sup> Aldunate, E., *Derechos Fundamentales*, Editorial Legal Publishing Chile, Santiago, 2008, p.97.

<sup>51</sup> Cfr. Cofré, J., “Las reglas óntico-constitutivas, fundamento de la persona y la dignidad humana”, en *Revista de Derecho*.(Valdivia),Vol. XV-diciembre, 2003. p. 38.

<sup>52</sup>Documento de apoyo: bases de la institucionalidad en la constitución de 1980 disponible en <http://enlaces.ucv.cl/educacioncivica/apoyoalu/document/docud1-1/docu1-11.rtf>.

irracionales. Esta prestancia o superioridad del ser humanos sobre los que carecen de razón es lo que se llama dignidad de la persona humana<sup>53</sup>”.

En el ámbito nacional, Humberto Nogueira establece que la dignidad de la persona “es el rasgo distintivo de los seres humanos respecto de los demás seres vivos, la que constituye a la persona como un fin en sí mismo, impidiendo que sea considerada un instrumento o medio para otro fin, además de dotarlo de capacidad de autodeterminación y de realización del libre desarrollo de la personalidad. La dignidad es así un valor inherente a la persona humana que se manifiesta a través de la autodeterminación consciente y responsable de su vida y que exige el respeto de ella por lo demás<sup>54</sup>”. Por su parte, José Luis Cea señala que la dignidad “es la cualidad del ser humano predicable única o exclusivamente como atributo suyo, coherente con su inteligencia, libertad e igualdad, en fin, con su capacidad de decidir y de asumir la consiguiente responsabilidad, atributos de racionalidad que lo erigen en un depósito, máximo o supremo, de valores que integran su espíritu y entidad corporal. Es sobre tal base que después, son proclamados los derechos y deberes del hombre, pues resultan ser inherentes a ella. Quebrantar la dignidad es, por ende, lesionar aquellos derechos<sup>55</sup>”.

Eduardo Aldunate, luego de analizar ciertas nociones de dignidad establece algunos elementos mínimos, que existirían en todo concepto de dignidad, a saber:

- La noción de individuo como ser único e irrepetible;
- Las facultades inherentes al ser humano vinculadas al desarrollo individual, especialmente la racionalidad y libertad;
- Y por último, la idea de que la dignidad considerada como un status o condición frente a los demás seres humanos de su misma especie.

En conclusión, se puede entender la dignidad “como el valor de la potencia de desarrollo humano individual hacia la realización de la autodeterminación racional y libre de cada persona, presente en las relaciones humanas<sup>56</sup>”.

De este modo, podemos observar de las definiciones anteriormente citadas, que si bien existen diversos conceptos de dignidad humana todos ellos comparten ciertos elementos básicos sobre los cuales se estructura la idea de dignidad. No obstante, el concepto es lo suficientemente ambiguo para permitir las más diversas interpretaciones sobre el contenido y alcance de la noción de dignidad, lo que permite su utilización como fundamento de diversas posturas, opuestas entre sí, frente a temas controvertidos como la maternidad gestacional subrogada.

---

<sup>53</sup> González, J., *La dignidad de la persona*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1986, p. 24.

<sup>54</sup> Nogueira, H., *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Editorial Librotecnia, Santiago, 2007, p. 14.

<sup>55</sup> Cea, J., *El sistema constitucional de Chile: síntesis crítica*, Publicación de la Universidad Austral de Chile, Santiago, 1999, p. 91.

<sup>56</sup> Aldunate, E., *op. cit.* pp. 98-99.



## **B) Dignidad de la persona y maternidad gestacional subrogada**

Si bien se establecen diversas nociones de dignidad del ser humano, como señalábamos anteriormente, todos ellos comparten ciertos elementos básicos, sin embargo, se pondrá énfasis en ciertos componentes dependiendo del criterio ideológico con que se analice, así por ejemplo desde una perspectiva liberal los ejes centrales del concepto de dignidad serán la libertad y la autodeterminación, mientras que desde mirada conservadora se pondrá énfasis en la dignidad como condición frente a los demás individuos, consecuencia de la creación divina.

Es así, como en la discusión en torno a la maternidad gestacional subrogada se produce un fenómeno similar, de acuerdo a la noción de dignidad con la cual se aborde el problema, o más bien de acuerdo a los elementos del concepto de dignidad que se consideren más relevantes, se entenderá afectada o no la dignidad del ser humano.

La mayoría de la doctrina chilena sostiene que la maternidad gestacional subrogada atenta contra la dignidad de la persona<sup>57</sup>, ya que transforman al hijo nacido mediante esta técnica de reproducción humana asistida, como a la madre sustituta, en objetos o instrumentos del derecho.

Sin embargo, de la lectura de las definiciones de dignidad antes examinadas, es posible encontrar presente en todas ellas, la autodeterminación, la racionalidad y la libertad como elementos del concepto, los cuales no pueden ser vulnerados sin atentar necesariamente contra la dignidad del ser humano.

Desde un enfoque liberal del concepto de dignidad, la maternidad gestacional subrogada no puede convertir a la madre sustituta en objeto del derecho, y por ende atentar contra su dignidad, mientras ésta, mediante su consentimiento y en uso de racionalidad y libertad de autodeterminación, decida someterse a esta técnica de reproducción asistida.

Paulina Silva sostiene que no se atentaría tampoco contra la dignidad del hijo concebido mediante la maternidad gestacional subrogada, ya que no se trataría de una obligación de dar un hijo, en el sentido de transferir la propiedad de una persona, sino más bien de una obligación de entregar un hijo (a sus padres genéticos) el cual es un fin en sí mismo, dicha obligación es similar a la que se contiene en un contrato de internado, sala cuna o jardín infantil, cuando el pupilo abandona el hogar familiar y donde nace la obligación de entregar al niño al término del contrato, según la autora, el desarrollo que experimenta el embrión no altera de manera alguna la obligación de la arrendadora<sup>58</sup>, ya que, se trata del mismo ser humano desde la concepción hasta el nacimiento.

Se debe tener en cuenta además, como se señaló en este trabajo en el punto relativo a la filiación en la subrogación de la maternidad, donde se estableció que el criterio volitivo era el más adecuado para determinar la maternidad en el caso de maternidad gestacional subrogada, teniendo en cuenta el bienestar del menor, en atención a este mismo principio no se puede atentar contra la dignidad de un ser humano el cual se ha engendrado mediante la voluntad procreacional

---

<sup>57</sup>Entre otros Gana, C., "La maternidad gestacional: ¿cabe sustitución?", en *Revista Chilena de derecho*, 1998, vol. 25, n° 4, p.851-866; Corral, H., "Admisibilidad jurídica de las técnicas de procreación Artificial", en *Revista Chilena de derecho*, 1992, vol. 19, n° 3, pp. 439- 460; Gómez de la Torre, M., *La fecundación in vitro y la filiación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993.

<sup>58</sup>Cfr. Silva, P., *op. cit.*, pp. 103-104.

para entregarle el amor y los cuidados propios de una madre a su hijo, a la cual la naturaleza la ha privado de concebir naturalmente. No se trata de derechos o intereses opuestos entre el hijo y la madre comitente, ésta se somete a las técnicas de reproducción asistida aportando sus óvulos, para dar vida a un nuevo ser humano con dignidad y derechos.

Nadie puede asegurar al hijo nacido mediante las técnicas de reproducción humana asistida, la felicidad y el desarrollo pleno de la libertad, su autodeterminación e igualdad como elementos básicos de la noción de dignidad, como tampoco se pueden asegurar en el caso del niño nacido mediante la concepción natural a través del acto sexual.

Se ha sostenido además, que las técnicas de reproducción asistida hacen desaparecer el contenido humano de la procreación<sup>59</sup>, ya que hoy en día es posible plantearnos la idea de tener hijos al margen de la relación sexual, sin embargo, la voluntad es una de las características del ser humano que nos diferencian del resto de los seres vivos, es por ello que la voluntad de la madre comitente, indispensable para la realización de la maternidad gestacional subrogada, es un hecho mucho más humano que el simple acto sexual necesario para la procreación natural.

De acuerdo a los argumentos expuestos, es posible sostener que la maternidad gestacional subrogada no atenta contra la dignidad de la madre sustituta ni del hijo nacido a través de esta técnica, ya que, como señala Jesús González “la dignidad de la persona no excluye la posibilidad, dentro de ciertos límites y para determinados fines, de disposición<sup>60</sup> sobre ciertos productos corporales (sangre, leche, espermatozoides)<sup>61</sup>...”, desde una perspectiva liberal, la cual compartimos, dichos límites y fines, son los fijados por el propio ser humano en ejercicio de su racionalidad, libre determinación y libertad.

## **2.- El bloque constitucional de derechos fundamentales**

El catálogo de derechos fundamentales que establece la Constitución Política de la República en su artículo 19, no es taxativo puesto que, son además parte del contenido material de la Constitución los derechos establecidos en los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, según lo establece el artículo 5 inciso 2 CPR.

Humberto Nogueira señala que “tanto los derechos fundamentales (atributos) contenidos en la normas constitucionales formales como los tratados internacionales constituyen un bloque en materia de derechos fundamentales de acuerdo con el cual deben ser interpretadas las leyes y demás normas infraconstitucionales<sup>62</sup>”. En este sentido, cuando hablamos de bloque constitucional de derechos fundamentales nos estamos refiriendo al “*conjunto de derechos de la persona (atributos) asegurados por fuente constitucional o por fuentes del derecho internacional*”

---

<sup>59</sup> Cfr. Banda, A., “Dignidad de la persona y reproducción humana asistida”, en *Revista de derecho (Valdivia)*, vol. 9 n°1, 1998, p. 15.

<sup>60</sup> Como ya señalamos, en la entrega del hijo que realiza la madre sustituta a la madre comitente no hay acto de disposición, en el sentido de transferir la propiedad de un ser humano.

<sup>61</sup> González, J., *op. cit.*, p. 123.

<sup>62</sup> Nogueira, H., *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Editorial Librotecnia, Chile, 2006, p. 245.

*de los derechos humanos (tanto del derecho convencional como del derecho consuetudinario y los principios de ius cogens) y los derechos implícitos, expresamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por vía del artículo 29 literal c) de la CADH<sup>63</sup>, todos los cuales, en el ordenamiento constitucional chileno, constituyen límites a la soberanía, como lo especifica categóricamente el artículo 5 inciso segundo de la Constitución chilena vigente<sup>64</sup>”.*

Es por ello, que resulta importante el estudio del derecho internacional como parte del bloque constitucional de derechos fundamentales, realizando una interpretación integradora de la Constitución, con el fin de dar un mayor resguardo y efectividad a los derechos fundamentales inherentes al ser humano.

Resulta una tarea compleja establecer todas las convenciones, declaraciones, pactos o conferencias que resultan relevantes en torno a la discusión sobre la subrogación de la maternidad, es por ello que se realizará una selección, teniendo como criterio de discriminación la incorporación de derechos que no se encuentran expresamente consagrados en nuestra constitución, y que resultan relevantes al momento de determinar la procedencia de la maternidad gestacional subrogada en nuestro ordenamiento jurídico, sin perjuicio, de que se hará referencia a normas internacionales que complementen o interpreten derechos que ya se encuentran regulados en nuestra Constitución, en el análisis en concreto que se hará de cada derecho que resulta pertinente en la discusión sobre la maternidad subrogada, en el capítulo IV de este trabajo.

Chile, se ha hecho parte de una serie de declaraciones, convenciones y pactos internacionales sobre protección de la familia y los niños, destacándose los siguientes:

- **Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)** el cual, en su artículo 16.1 establece que “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”.

-**Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)**, el que se encuentra ratificado por nuestro país y que en su artículo 23. 2 reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

El comité de derechos humanos establece en la observación General n° 19 que “el derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos<sup>65</sup>”.

---

<sup>63</sup> Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>64</sup> Nogueira, H., *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos.... cit.*, p.244. El destacado es de la autora de este trabajo.

<sup>65</sup> Observación General No. 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 23 - La familia, 39° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171 (1990).

**-Convención Americana de Derechos Humanos (1969)**, en el numeral 2 de su artículo 17 reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten el principio de no discriminación establecido en esta Convención la cual se encuentra ratificada por nuestro país.

Respecto al derecho a fundar una familia consagrado en los tratados anteriormente citados, Paulina Silva sostiene que tal derecho presupone indispensablemente el derecho a procrear, “pues si bien pareciera que no puede afirmarse la existencia de una estructura familiar de carácter universal, sí resulta posible sostener que la presencia de descendencia constituye un elemento de la esencia de cualquier forma familiar<sup>66</sup>”.

**-Convención sobre los Derechos del Niño (1989)**, La cual se encuentra ratificada por nuestro país estableciéndose una serie de derechos para los menores de 18 años salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable según su nacionalidad, hayan alcanzado antes la mayoría de edad, el interés superior del menor se establece como principio inspirador de todas las normas contenidas en la convención<sup>67</sup>, con el fin de cautelar la integridad física y síquica de los menores como sujetos de derecho, que se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad.

Asimismo nuestro país ha suscrito diversos instrumentos y acuerdos internacionales en materia de salud sexual y reproductiva, dentro de los cuales podemos mencionar los siguientes:

**-Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)** en su artículo 12 dispone que los Estados Partes del pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, mientras que el artículo 15 establece el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, se comprometen además los Estados Partes, entre ellos Chile, a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

Mientras que la observación n° 14 del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que “Para suprimir la discriminación contra la mujer es preciso elaborar y aplicar una amplia estrategia nacional con miras a la promoción del derecho a la salud de la mujer a lo largo de toda su vida. Esa estrategia debe prever en particular las intervenciones con miras a la prevención y el tratamiento de las enfermedades que afectan a la mujer, así como políticas encaminadas a proporcionar a la mujer acceso a

---

<sup>66</sup> Silva, P., *op. cit.*, p. 30.

<sup>67</sup>Cfr. Baeza, G., “El interés superior del niño: derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28 n° 2, 2001, p.356.

una gama completa de atenciones de la salud de alta calidad y al alcance de ella, incluidos los servicios en materia sexual y reproductiva<sup>68</sup>”.

**-Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, 1979)**, la que se encuentra ratificada por nuestro país, disponiendo en su artículo 16 el compromiso que asumen los estados partes de la convención a adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

Por su parte, Recomendación general n° 24, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, establece que “La negativa de un Estado Parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria<sup>69</sup>”.

Como se ha sostenido en el presente trabajo, la maternidad gestacional subrogada no está expresamente regulada en Chile, como ocurre en el caso de Alemania donde se prohíbe expresamente, por lo tanto, en nuestro país no resulta ilegal acceder a las técnicas de reproducción asistida dentro de las cuales encontramos la maternidad gestacional subrogada.

**-Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (CIPD, El Cairo 1994)**, en la cual el concepto de Salud Sexual y Reproductiva (SSR) reemplazó el concepto de control demográfico del crecimiento de la población<sup>70</sup>. Definiéndola como “un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con que frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos. En consonancia con esta definición de salud reproductiva, la atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivo, al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud

---

<sup>68</sup>Observación general 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22° período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000).

<sup>69</sup> Recomendación general 24, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 20° período de sesiones, 1999, U.N. Doc. A/54/38/Rev.1.

<sup>70</sup>Cfr. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales- Chile, Programa género y equidad, Boletín informativo n° 2 2009, disponible en <http://www.flacso.cl/index.php>.

reproductiva. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual”.

**-Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer (Beijing, 1995)**, la cual ratifica el concepto de Salud Sexual y reproductiva aprobado en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, configurando de manera sólida dicho concepto que sólo había alcanzado su consenso a nivel doctrinal.

Los derechos sexuales y reproductivos son el resultado de la evolución de los derechos humanos, como consecuencia de la preocupación de la comunidad internacional por el crecimiento poblacional de los países subdesarrollados, es así como en la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos celebrada en Teherán en 1968, se reconoce que *“los padres tienen el derecho humano fundamental de determinar libremente el número de sus hijos y los intervalos entre los nacimientos”*. Fijándose las bases para un posterior desarrollo y reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos. Posteriormente, en 1974, en la Conferencia Mundial de Población de Bucarest, se reafirmó la noción de derechos fundamentales en torno a las decisiones reproductivas<sup>71</sup>. Hasta que en 1994 en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo se establece el concepto de salud sexual y reproductiva y se establecen por primera vez los derechos sexuales y reproductivos como derecho subjetivo.

Hoy en día, es posible sostener a partir del concepto de salud sexual y reproductiva que se establece en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, el derecho de la mujer a acceder a las técnicas de reproducción asistida y en particular a la maternidad gestacional subrogada, sirviéndose de los beneficios que hoy en día son posibles gracias a los avances científicos en el área de la medicina reproductiva, para superar los problemas infertilidad o esterilidad que no le permiten gozar del bienestar físico, mental y social indispensable para todo ser humano.

---

<sup>71</sup> Cfr. Rodríguez, L., “Derechos sexuales y reproductivos en el marco de los derechos humanos” disponible en <http://www.puntos.org.ni/sidoc/descargas/basevirtual/Salud/SALUD%20Y%20DERECHOS%20SEXUALES%20Y%20REPRODUCTIVOS.doc>.

## **Capítulo IV: Catálogo de derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de la República: derechos involucrados en la discusión en torno a la maternidad subrogada**

En este último capítulo se analizarán distintos derechos consagrados en el artículo 19 de la Constitución Política de la República, cuyo análisis resulta relevante al momento de determinar la procedencia de la maternidad gestacional subrogada en nuestro país, es así como se analizará el derecho a la vida y el derecho a procrear, el derecho a la igualdad y la no discriminación arbitraria, el derecho a la intimidad de la persona y su familia y por último, el derecho a la salud en los casos de infertilidad.

### **1.- Derecho a la vida y derecho a procrear**

#### **1.1 Derecho a procrear como manifestación del derecho a fundar una familia**

En Chile no existe norma de rango legal, que reconozca expresamente el derecho a procrear, sin embargo, diversos autores sostienen la existencia de este derecho en nuestro ordenamiento jurídico como manifestación o consecuencia necesaria de derechos que sí encuentran consagración en la Constitución Política de la República.

Hay quienes postulan la existencia del derecho a procrear como una manifestación del derecho a formar una familia pues, la descendencia constituiría un elemento de la esencia de *cualquier forma familiar*<sup>72</sup>. Nuestra constitución no reconoce expresamente este último derecho, sin embargo, como señalamos a propósito del punto relativo al derecho internacional, diversos documentos internacionales sí lo hacen, entre otros la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos. Dichos convenios se encuentran incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por mandato del artículo 5 inciso 2 CPR, en todos ellos se establece el derecho a fundar una familia e implícitamente el derecho a procrear.

Es así como parte de la doctrina, si bien reconoce la existencia de un derecho a procrear, le otorga al mismo una dimensión limitada, ligándolo a la familia, señalando que la procreación no puede ser ejercida en forma individual<sup>73</sup>. Como consecuencia de ello una mujer sola no podría someterse a las técnicas de reproducción asistida. Cabe tener presente que esta interpretación hace equivalente familia a familia matrimonial, sin embargo, en el derecho internacional se distingue claramente el derecho al matrimonio y derecho a fundar familia, lo que pone de manifiesto, que el argumento de fondo dice relación con el concepto de familia, aceptando como única forma familiar, la matrimonial.

Hay quienes sostienen que el derecho a procrear, sería más bien un “derecho al hijo”, el cual sería contrario a nuestro ordenamiento jurídico, ya que convierten al hijo en un objeto de consumo para satisfacer carencias de los padres, se trataría de “un hijo- remedio producto del

---

<sup>72</sup> Cfr. Silva, P., *op. cit.*, p. 30.

<sup>73</sup> En este sentido Corral, H., “Admisibilidad jurídica de las técnicas de procreación Artificial”, en *Revista Chilena de derecho*, 1992, vol. 19, nº 3, p. 439-460; Banda, A., “Dignidad de la persona y reproducción humana asistida”, en *Revista de derecho (Valdivia)* 1998, vol. 9 nº1 pp.7- 42.

deseo y de la tecnología<sup>74</sup>”, atentando contra su dignidad. Con lo que volvemos al tema del atentado a la dignidad, ya sea como un límite al ejercicio de determinados derechos o bien como prohibición de ejercerlos.

Gómez de la Torre, mantiene que no existe un derecho a la procreación, sino “un derecho al libre ejercicio de la sexualidad y, en este ejercicio concreto cabe o no la posibilidad de procrear. El derecho al libre ejercicio de la sexualidad se encuentra comprendido dentro del derecho que tiene toda persona al libre desarrollo de su personalidad, que a su vez, deriva del derecho fundamental a la vida privada, que se encuentra amparado por nuestra Constitución en el artículo 19 n° 4”<sup>75</sup>. Por lo tanto, el derecho a procrear resultaría ser una consecuencia del derecho a la vida privada, el cual se encuentra expresamente consagrado en nuestra constitución, sin embargo, esta tesis restringe el derecho a procrear puesto que si del ejercicio de la sexualidad no se sigue naturalmente la procreación por infertilidad o esterilidad, no podría invocarse dicho derecho al momento de someterse a las técnicas de reproducción asistida.

## 1.2 Derecho a procrear como manifestación del derecho a la vida

Por otra parte, hay quienes sostienen que existe el derecho a procrear en nuestro ordenamiento jurídico, aún cuando éste no se encuentre expresamente establecido en la legislación, y que dicho derecho emanaría del derecho a la vida el cual incluiría el derecho a dar vida<sup>76</sup>. Y que por lo tanto, constituiría una garantía consustancial a la naturaleza humana.

Esta tesis encuentra apoyo expreso en una norma de carácter administrativo, ya que, en defecto de una norma legal que establezca expresamente el derecho a procrear, el Ministerio de Salud dictó la resolución exenta n° 1072, que fija las normas aplicables a la fecundación in vitro y la transferencia embrionaria, dicha resolución establece en su considerando primero: “*Que la garantía constitucional del derecho a la vida y la protección de la vida del que está por nacer, que prevé el artículo 19°, N° 1 de la Constitución Política de la República, incluye el derecho a procrear*”<sup>77</sup>y, consecuentemente, el acceso a los medios médicos para superar las causas que impiden o dificultan la concepción”. Con lo que se deja claro que el derecho a procrear no se ve limitado por las formas de concepción natural.

Dicha resolución, establece que la Fertilización In Vitro y la Transferencia Embrionaria “constituyen una modalidad terapéutica más cuyo fin superior es el de resolver la ausencia de hijos en parejas humanas en las cuales diversas afecciones y situaciones contrarias al natural desarrollo de la vida impiden la concepción”, no se establece distinción respecto del tipo de unión, de las parejas que acceden a dichas técnicas de reproducción asistida, por lo tanto, no es

---

<sup>74</sup> Silva, J., “El derecho a procrear en el ordenamiento constitucional chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, 1994, vol. 21, n° 2, p. 305.

<sup>75</sup> Gómez De la Torre, M., *El sistema filiativo chileno*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 112.

<sup>76</sup> Cfr. Turner, S., “Técnicas de reproducción asistida: Una perspectiva desde los intereses del hijo”, en *Revista de derecho (Valdivia)*, 2000, vol. 11, p. 23.

<sup>77</sup> El destacado es de la autora de este trabajo.



necesario el vínculo matrimonial. Sin embargo, resulta curioso el hecho de que se exija que el ejercicio del derecho a procrear se ejerza en pareja y no pueda hacerlo una persona sola, teniendo en cuenta que la misma resolución del Ministerio de Salud, establece que el derecho a procrear emanaría del derecho a la vida. Nuevamente el concepto de familia resulta relevante al momento de determinar quienes pueden acceder a las técnicas de reproducción asistida.

Según Evans de la Cuadra, el derecho a la vida contiene dos características fundamentales de la personalidad y que siguen en jerarquía ética a este derecho como lo son “el imperativo natural de búsqueda y consolidación de la pareja humana y la consecuente procreación de los hijos<sup>78</sup>”.

Nuestra constitución en su artículo 19 n° 1 “asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”, cualquiera sea su edad, estirpe o condición, en su inciso segundo se añade: “La ley protege la vida del que está por nacer”, por lo que el legislador queda obligado a respetar la vida del nasciturus, ampliando el campo de protección a la época antes del nacimiento.

El comienzo de la vida humana ha sido un tema discutido en nuestra doctrina, sin que hasta el momento se haya llegado a un consenso respecto al momento en que comienza la vida humana, el tema ha adquirido mayor interés a propósito de la discusión sobre el aborto y el fallo del Tribunal Constitucional de abril de 2008<sup>79</sup>, que prohíbe la distribución de la píldora del día después en el sector público.

Se han elaborado diversas teorías respecto al comienzo de la vida humana, entre las que podemos mencionar la *teoría de la concepción* que postula la existencia del ser humano desde la unión de los gametos femenino y masculino, la *teoría de la anidación o implantación*, que reconoce la existencia del ser humano desde que el óvulo fecundado se implanta en el útero, y la *teoría de la implementación* del sistema nervioso, la cual exige para reconocer un ser humano el desarrollo primitivo del sistema nervioso central, lo cual ocurre desde el décimo quinto al cuadragésimo día a contar de la concepción<sup>80</sup>.

Es así como la mayoría de autores sostiene que la vida comienza con la penetración del espermatozoide en el ovocito, es decir la teoría de la concepción o fecundación, argumentando como lo hace José Ugarte que “en el cigoto está todo lo que es determinante para el desarrollo cualitativo y cuantitativo que experimenta ese embrión unicelular desde el estado de tal, hasta el de individuo adulto con órganos definitivos y perfectamente constituidos<sup>81</sup>”.

---

<sup>78</sup> Evans, E., *Los derechos constitucionales Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 117.

<sup>79</sup> Fallo del tribunal constitucional rol 740 de fecha 18 de abril de 2008.

<sup>80</sup> Cfr. Nogueira, H., *El derecho a la vida*, Editorial Librotecnia, Santiago, 2007, pp.25-26.

<sup>81</sup> Ugarte, J., *El derecho de la vida: el derecho a la vida bioética y derecho*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 235.

Quienes postulan la teoría de la implantación establecen que desde la anidación, la cual ocurre dos semanas después de la concepción, se tiene la potencialidad de llegar a ser persona<sup>82</sup> y, por lo tanto, desde ese momento el embrión sería susceptible de protección jurídica.

Los defensores de la teoría de la implementación argumentan, que “no puede hablarse de ser humano hasta que se consigue la individuación, y ésta necesita de un substrato material como es el cortex (la corteza cerebral) admitida como el órgano central de todas las manifestaciones y actividades personales [...] Entre el 15 al 40 día comienza a desarrollarse la corteza cerebral aunque no esté todavía desplegada. La madre de manera espontánea rechaza un embrión cuando es anencéfalo, únicamente lo acepta en uno de cada mil casos que se produce este evento<sup>83</sup>”, por lo que antes de los 14 días el nuevo ser no tiene definida su individualidad y por lo tanto, no es susceptible de protección jurídica.

El tema adquiere relevancia respecto de la maternidad gestacional subrogada, ya que si nuestra Constitución protege la vida del que está por nacer, se debe determinar desde qué momento nace una nueva vida, a la cual el legislador debe proteger en su dignidad y derechos. Diversos autores sostienen que las técnicas de reproducción asistida, entre ella la maternidad gestacional subrogada, supondrían un atentado contra la vida, puesto que en el proceso de aplicación de la maternidad gestacional subrogada muchos embriones son sacrificados, ya que no se transfiere uno solo por cada mujer que se somete a dicha técnica, sino que son implantados en el útero mínimo tres, para asegurar el éxito del procedimiento, de los cuales no todos sobrevivirán teniendo en cuenta además los embriones que son congelados y que nunca llegan a ser implantados. En estos casos resultan relevantes las teorías acerca del comienzo de la vida humana, puesto que dependiendo de la postura que se adopte, se atentará o no contra la vida del nuevo ser.

Suponiendo la existencia del derecho a procrear en nuestro sistema jurídico, éste correspondería tanto a la mujer con capacidad de gestación como aquella que no tiene capacidad, asimismo correspondería al hombre que tiene capacidad para fecundar, como al que no la tiene, en virtud de los derechos de igualdad y libertad<sup>84</sup> que consagra nuestra Carta Fundamental. Por lo tanto, su ejercicio no se vería limitado por las formas de concepción natural, sino que también supondrían su ejercicio respecto de las técnicas de reproducción asistida, y la maternidad gestacional subrogada en particular.

---

<sup>82</sup> Cfr. Gómez de la Torre, M., “La biomedicina y biotecnología ante el vacío normativo”, (en) Martinic Galetovic, María Dora (Coord.), *Nuevas tendencias del derecho*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2004, p. 167.

<sup>83</sup> Ebrí, B., “El comienzo de la vida humana. La anticoncepción” disponible en <http://www.arbil.org/94ebri.htm> (08/12/2009).

<sup>84</sup> Cfr. Benítez, I., *Aspectos jurídico penales de la reproducción humana asistida y la manipulación genética humana*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1997, p. 198.

## 2.- Derecho a la igualdad y la no discriminación arbitraria

Nuestra carta fundamental en su artículo 19 n° 2 establece que:

“La Constitución asegura a todas las personas: La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias;”.

Como se puede observar, el constituyente no estableció un concepto de igualdad lo que podría suponer una debilidad del sistema, por el contrario, es más bien una fortaleza puesto que, no rigidiza su significado y, por ende, su campo de aplicación.

El citado artículo establece claramente la igualdad *ante la ley*, por lo que toda persona, sin distinción, debe ser tratada de la misma manera por los órganos del Estado<sup>85</sup>, en otras palabras se garantiza una igualdad formal.

Pero además, comprende la *igualdad en la ley*, que apunta al contenido de las normas, quedando todas las personas sometidas al mismo ordenamiento jurídico, desde la constitución y las leyes, hasta los actos administrativos y judiciales, además de los actos jurídicos particulares<sup>86</sup>, garantizándose de esta manera la igualdad material.

La igualdad supone un juicio de valor o comparación entre dos personas, objetos o situaciones, de ahí su carácter relacional. Al realizar un ejercicio de comparación, y aplicación del principio de igualdad paradójicamente, como señala Miguel Ángel Fernández, lo que resulta relevante son las diferencias.

Consecuentemente, en atención al principio de igualdad, la ley debe aplicarse a todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias, por lo tanto, no se trata de una igualdad absoluta, sino que debe aplicarse la ley atendiendo a las diferencias particulares, diferencias que resulten esenciales, puesto que todas las entidades presentan rasgos diferenciadores<sup>87</sup>.

El legislador se sirve de técnicas para conseguir la igualdad en la ley, entre ellas podemos señalar la equiparación y la diferenciación. La *igualdad por equiparación* consiste en tratar igual lo desigual, la ley da un trato igual a situaciones, persona o grupos que no lo son, puesto que las diferencias existentes entre ellos resultan irrelevantes para el fin perseguido por la ley y su aplicación. Mientras la *igualdad por diferenciación* consiste en tratar de modo igual lo desigual. Se realiza una diferenciación en el trato basado en circunstancias diversas consideradas relevantes en un caso específico, respecto a los efectos o fines perseguidos por las normas.

De la lectura del artículo 19 n° 2 CPR, se puede concluir que no toda discriminación supone la vulneración del principio de igualdad, debe tratarse de una discriminación arbitraria, José Luis Cea señala que arbitrario “es el acto o proceder contrario a la justicia o a la razón,

---

<sup>85</sup> Cfr. Cea, J., *Derecho Constitucional Chileno Tomo II Derechos, deberes y garantías*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2003, pp. 126-127.

<sup>86</sup>Cfr. Fernández, M., *Principio constitucional de igualdad ante la ley*, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 2001, p. 119.

<sup>87</sup> *Ídem*, p. 51.

infundado o desproporcionado en relación con los fines perseguidos para la consecución de un objetivo lícito y determinado”<sup>88</sup>.

Según Evans de la Cuadra, la discriminación arbitraria consistiría en “toda diferenciación o distinción, realizada por el legislador o por cualquier autoridad pública, que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable”<sup>89</sup>.

En conclusión, como señala Miguel Ángel Fernández, en la aplicación del principio de igualdad “no se trata tanto de dar a cada uno lo suyo, sino el según y como se le dé, es decir, apreciar las diferencias y despreciar las discriminaciones”<sup>90</sup>.

Los principales problemas ocasionados con el derecho a la igualdad y la no discriminación arbitraria y la maternidad gestacional subrogada, se presentan en el ámbito de la filiación, puesto que a los supuestos de paternidad disociada en el caso de donación de semen, no se le aplicarían los mismos criterios utilizados para la determinación de la maternidad. Es así como en una inseminación heteróloga se privilegia el elemento volitivo, estableciéndose la paternidad respecto del hombre que mediante su voluntad determinó el nacimiento del hijo por sobre aquél que aportó su semen, mientras que en el caso de la disociación de la maternidad la sola voluntad de la mujer no es suficiente para la determinación de la filiación, primando un hecho biológico como lo es la regla del parto. Esto resulta curioso, ya que, tanto en el caso de la paternidad como en el de la maternidad en los supuestos de reproducción humana asistida, existe dicotomía entre voluntad y nexo biológico, éste último se da en el caso de la paternidad con la donación de semen de un tercero y, en el caso de la maternidad con el hecho del parto.

Generalmente, se argumenta que la diferenciación tiene fundamento en la relación madre-hijo durante el embarazo, la cual sería más fuerte que la que se da entre el hombre que aporta sus gametos y su hijo. Sin embargo, la regla del parto -como ya se manifestó en el punto relativo a la filiación en la subrogación de la maternidad- tiene como principal objetivo la seguridad jurídica, además de adjudicar los primeros cuidados del hijo a la madre gestante, ésta es la responsable del recién nacido desde el momento del parto<sup>91</sup>, más allá del vínculo afectivo que pudiera surgir entre la madre gestante y el hijo.

---

<sup>88</sup> Cea, J., *Derecho Constitucional Chileno Tomo II Derechos, deberes y garantías*, cit., p. 130.

<sup>89</sup> Evans de la Cuadra, Enrique, *Los derechos fundamentales Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 125.

<sup>90</sup> Fernández, M., *op. cit.*, p. 55.

<sup>91</sup> Cfr. Turner, S., “Maternidad disociada”... *cit.*, pp. 448-450.

Por otro lado, se debe tener presente además los que dispone la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la cual se encuentra incorporada a nuestro ordenamiento jurídico como parte del bloque constitucional de derechos fundamentales. Dicha convención en su artículo 16 n° 1 dispone lo siguiente:

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos;

f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;

Se establece así el principio de igualdad en las relaciones familiares e implícitamente en materia de filiación, dicha norma como ya señalamos se encuentra incorporada a nuestro ordenamiento jurídico, por lo tanto, no cabe la discriminación arbitraria en esta materia.

Por su parte el artículo 19 n° 2 CPR señala además que “*hombre y mujeres son iguales ante la ley*”. Esta frase fue introducida por la Ley de Reforma Constitucional n° 19.611 el 16 de Junio de 1999, sin embargo, antes de dicha reforma cuando la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución concluía el estudio de la igualdad ante la ley, en la sesión 95 de 16 de diciembre de 1974, se dejaba ya expresa constancia que no podrían hacerse distinciones fundadas sólo en la *diferente naturaleza del hombre y la mujer*<sup>92</sup>. Es así como el Señor Ovalle, miembro de la Comisión, consideró que la especificación de la igualdad entre hombres y mujeres era innecesaria puesto que, ella ya se encontraba protegida por la disposición genérica de la igualdad ante la ley.

Pese a que, teóricamente, la igualdad se encontraba implícita en la disposición genérica del artículo 10 n° 2, resultaba necesario hacerla explícita en consideración a la discriminación sufrida por la mujer en nuestra sociedad, obedeciendo además a un paulatino cambio cultural y sociológico respecto de la posición de la mujer en nuestra sociedad, teniendo en cuenta además la supremacía y el carácter vinculante de nuestra Constitución, con lo que dicha reforma produjo efectos en todo nuestro ordenamiento jurídico<sup>93</sup>, reforzando la igualdad de género.

Retomando la cuestión de la maternidad gestacional subrogada, es evidente que el deseo procreativo se encuentra presente tanto en el hombre como en la mujer que recurren a las técnicas de reproducción asistida, para cumplir el sueño de ser padres, sin embargo, en el caso del hombre se privilegia su voluntad para determinar la filiación, mientras que en el caso de la mujer se privilegia el nexo biológico.

---

<sup>92</sup>Cfr. Evans de la Cuadra, Enrique, *Los derechos fundamentales Tomo II..cit.*, p. 137.

<sup>93</sup> Cfr. Fernández, M., *op. cit.*, pp. 174-184.

Según lo expuesto, resulta relevante establecer si el fundamento de la diferenciación entre la gestación y el aporte de gametos, es un fundamento razonable para que en el caso de la maternidad prime el nexo biológico, mientras que en el caso de la paternidad prevalezca, en cambio, la voluntad del padre.

Conviene tener presente que la maternidad es un hecho valorizado por la sociedad de manera positiva y muchas veces idealizada, lo que de alguna manera influye al momento de comparar el vínculo materno, frente al vínculo que se da entre padre e hijo. Sin embargo, es discutible que el nexo biológico existente entre madre e hijo, sea suficiente para establecer diferencias que en el caso de la maternidad hagan primar el parto como regla para determinar la maternidad, mientras que en el caso de donación de semen en la fecundación heteróloga, se prime el criterio volitivo, ya que las diferencias establecidas en virtud del nexo biológico respecto del hijo en el caso de la mujer y el hombre son intrínsecas a la naturaleza de uno y otro.

La misma Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, al finalizar el estudio del derecho de la igualdad estableció que no podrían hacerse distinciones fundadas sólo en la *diferente naturaleza del hombre y la mujer*, puesto que ello constituiría una discriminación arbitraria<sup>94</sup>. Por ende, es claro que las diferencias derivadas de la naturaleza del hombre y la mujer, no configuran un criterio razonable para establecer distinciones que afecten el derecho de igualdad.

Como bien concluye Ferrajoli al establecer los distintos modelos de configuración jurídica de las diferencias: “las diferentes identidades pueden ser reconocidas y valorizadas en la misma medida en que, partiendo no de la proclamación de su abstracta igualdad, sino del hecho de que pesan en las relaciones sociales como factores de desigualdad en violación de la norma sobre la igualdad, se piensen y elaboren no solo las formulaciones normativas de los derechos sino también sus garantías de efectividad<sup>95</sup>”.

Es por ello, que resulta importante valorar las diferentes identidades del hombre y la mujer, y sus consecuencias en materia sexual y reproductiva, para que ellas no se transformen en criterios para establecer una aparente igualdad, o una igualdad formal. El constituyente consiente de esta situación estableció que no podrían hacerse distinciones fundadas sólo en la diferente naturaleza del hombre y la mujer, sin caer en una discriminación arbitraria, lo que es aplicable en materia de filiación de acuerdo a lo dispuesto en las normas contenidas en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que fueron anteriormente citadas.

---

<sup>94</sup> Cfr. Evans de la Cuadra, Enrique, *Los derechos fundamentales Tomo II...cit.*, p. 137. El destacado es de la autora de este trabajo.

<sup>95</sup> Ferrajoli, L., *Derechos y garantías: la ley del mas débil*, Editorial Trotta, Madrid, 2001, p. 76.

### 3.- Derecho al respeto de la vida privada de la persona y su familia

Nuestra constitución en su artículo 19 nº 4 asegura el respeto a la vida privada de la persona y su familia, configurando un derecho de la personalidad que no puede ser vulnerado por persona o autoridad alguna.

Asimismo, diversos instrumentos internacionales establecen el derecho al respeto a la vida privada, dentro de los cuales que podemos mencionar el Pacto de derechos civiles y políticos el cual en su artículo 17 establece que:

“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 11 establece que:

“...Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

El concepto de vida privada es variable en el tiempo, es decir, se trata de un valor relativo, puesto que contiene componentes sociales, culturales y psicológicos, que hacen variar su significado en el tiempo y en el espacio<sup>96</sup>. Es por ello, que resulta difícil establecer un concepto que se mantenga vigente, y comprenda las distintas realidades sociales a través del tiempo. Consciente de ello, el constituyente no estableció en la norma antes referida, un concepto de vida privada, así, para poder determinar lo que debemos entender por vida privada, y consecuentemente establecer el ámbito de protección de la norma, es necesario recurrir a la doctrina.

El concepto de vida privada resulta relevante respecto a la problemática que surge en torno a la maternidad gestacional subrogada, ya que, si entendemos que la decisión de una persona de someterse a las técnicas de reproducción asistida y el posterior proceso que dicha decisión implica comprenden la esfera de la vida privada, estaríamos frente a un ámbito de la vida que no puede ser vulnerado por ninguna persona o autoridad, se trataría de un ámbito de inviolabilidad protegido constitucionalmente.

Evans de la Cuadra señala que el concepto de vida privada está directamente vinculado a la intimidad, que comprendería *“ese ámbito en que el ser humano y la gente de sus afectos conviven, conversan, se aman, planifican el presente y el futuro, comparten alegrías y tristezas, gozan del esparcimiento, incrementan sus virtudes y soportan o superan sus defectos, y fomentan*

---

<sup>96</sup> Cfr. Fariñas, L., *El derecho a la intimidad*, Editorial Trivium, Madrid, 1983, p. 346.

*sus potencialidades humanas para su progreso integral, todo ello sin la intervención o presencia de terceros*<sup>97</sup>”.

Por su parte, Luis Fariñas sostiene que el derecho subjetivo a la intimidad “*es la facultad del hombre, esgrimible erga omnes, consistente en poder graduar el “eje mismidad- alteridad” que la intimidad es, y que radica en la misma naturaleza esencial del hombre, anterior a la sociedad y al Estado, y que comporta la posibilidad de solicitar el pertinente amparo del ordenamiento jurídico cuando dicha facultad sea transgredida o vulnerada*<sup>98</sup>”.

Las definiciones anteriormente citadas tienen una característica en común, ambas establecen límites difusos respecto del ámbito que abarca la vida privada.

Como ya señalamos en este trabajo en el punto relativo al derecho internacional, en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo se establecen por primera vez los derechos sexuales y reproductivos como derecho subjetivo. El ejercicio de dichos derechos, comprende el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual<sup>99</sup>, la cual es definida por la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo como el “conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivo, al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual”. Por lo tanto, implícitamente se establece el derecho de las personas a someterse a las técnicas de reproducción asistida, entre ella y la maternidad gestacional subrogada, como una forma de resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva.

Uno de los casos más relevantes que se han planteado respecto al derecho a la intimidad en relación con los derechos sexuales y reproductivos, es el que se presentó frente al Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Roe v. Wade*, donde el derecho a la intimidad fue formulado como consecuencia del derecho a la libertad, el cual, a diferencia del primer derecho si se encuentra consagrado en la Carta Magna. Si bien, el caso tuvo la importancia de declarar inconstitucionales las leyes que penalizaban el aborto, marco un hito importante respecto al ámbito de protección del derecho a la intimidad de la persona, estableciendo que el derecho a la intimidad incluye ámbitos relacionados con el matrimonio, la procreación, las relaciones familiares y la educación de niños y adolescentes. Se establece además que el derecho a la intimidad no es absoluto, puesto que este debe ser ponderado con otros derechos y valores<sup>100</sup>.

Por lo tanto, es posible sostener que el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos se encuentra comprendido dentro del ámbito de la vida privada de una persona y, por lo tanto, se configura la prohibición a toda persona, incluyendo el Estado, a interferir en su ejercicio.

---

<sup>97</sup> Evans, E., *Los derechos fundamentales Tomo I.... cit.*, p. 212.

<sup>98</sup> Fariñas, L., *op. cit.*, p. 352.

<sup>99</sup> Cfr. VVAA, *Chile situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos*, SERNAM, Santiago, 2003, p. 74.

<sup>100</sup> *Roe v. Wade* (1973) disponible en [http://portal.uclm.es/descargas/idp\\_docs/doctrinas/roe%20v%20wade%20\(1973\)beltran.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/roe%20v%20wade%20(1973)beltran.pdf).



Humberto Nogueira señala que dentro del ámbito de la intimidad se sitúan “las creencias religiosas, filosóficas y políticas que la persona no desea que sean conocidas por los demás; *aspectos de la vida y relaciones sexuales; relaciones familiares; aspectos de la salud o anomalías físicas o psíquicas no evidentes*<sup>101</sup> ...”.

Por su parte el legislador ha precisado los ámbitos que abarca la vida privada, es así como la ley 19628 sobre protección a la vida privada establece en su artículo 2 letra g que se entenderá por datos sensibles:

“aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual”.

Asimismo el artículo 10 de la misma ley establece que:

“No pueden ser objeto de tratamiento los datos sensibles, salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares”.

En el proceso de aplicación de las técnicas de reproducción asistida, es indispensable la intervención de personal médico, ello en ningún caso constituiría un atentado contra la intimidad de la persona que decide voluntariamente someterse a dichas técnicas, distinto es el caso que los datos relativos al estado de la salud sexual o el hecho que determinada persona se someta a las técnicas de reproducción asistida, se conviertan en datos de conocimiento público accesibles a toda persona, afectando la esfera de intimidad de la persona que recurre a las herramientas que la medicina moderna le ofrece.

Por su parte, la ley 19.733 sobre las libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, señala expresamente en su artículo 30 inciso final que:

“Se considerarán como pertinentes a la esfera privada de las personas los hechos relativos a su vida sexual, conyugal, familiar o doméstica, salvo que ellos fueren constitutivos de delito”.

Como ya hemos señalado, la maternidad gestacional subrogada no se encuentra regulada en nuestro país, consiguientemente no constituye un delito en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que no constituiría una excepción a la esfera de protección de la vida privada de las personas.

El derecho a la intimidad, como la mayoría de los derechos, no es absoluto, es por ello que el Estado puede intervenir cuando el interés público se encuentre afectado, en este caso, por el atentado que la maternidad gestacional subrogada supone a la dignidad de la persona, sin embargo, a lo largo de este trabajo se ha expuesto la importancia del enfoque ideológico con que se aborde el problema, es por ello, que si el Estado interviniera en el ámbito de la vida privada de una persona específicamente en el ámbito reproductivo, prohibiendo determinadas técnicas de reproducción asistida, necesariamente impondría una concepción ideológica a todos los habitantes de la República que no necesariamente compartirán y por lo tanto, sentirían la invasión

---

<sup>101</sup> Nogueira, H., *El derecho a la libertad de opinión e información y sus límites*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2002, p.149. El destacado es de la autora de este trabajo.

del Estado en una esfera que hasta el momento creían resguardada, como lo es la privacidad e intimidad, donde el ser humano puede ejercer los derechos sexuales y reproductivo y *la posibilidad de optar o el derecho de elegir* las herramientas que permitan el disfrute efectivo de dichos derechos, como lo son las técnicas de reproducción asistida.

Según lo expuesto, es posible sostener que la decisión de someterse a las técnicas de reproducción asistida y en particular a la maternidad gestacional subrogada, además del proceso que ello implica, como una manifestación el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, constituye un ámbito comprendido dentro de la esfera de la vida privada de la persona y su familia, por lo tanto, existiría la prohibición *erga omnes*, de interferencia o vulneración en el ejercicio de dichos derechos que se encuentran comprendidos dentro del bloque constitucional de derechos fundamentales.

#### **4.- Infertilidad y derecho a la salud**

Como mencionamos antes, una mujer puede recurrir a la maternidad gestacional subrogada por diversos motivos, entre ellos, para evitar los riesgos y consecuencias de un embarazo, para prescindir del acto sexual, o bien para superar problemas infertilidad o esterilidad. En este último supuesto, el derecho a la salud juega un papel importante, puesto que, si consideramos la infertilidad o esterilidad una enfermedad o patología que afecta la salud de una persona, se configura la acción de protección de la salud, como consecuencia de la consagración del derecho a la salud en nuestra Constitución.

Los términos *infertilidad* y *esterilidad* son utilizados indistintamente para referirse a la persona o pareja que no logra reproducirse mediante el acto sexual, sin embargo, dichos términos en estricto rigor no significan lo mismo. En la literatura hispana, la esterilidad es entendida como la dificultad de lograr un embarazo, se presentan problemas para la concepción. Mientras que el término infertilidad es utilizado en los casos en que es posible la concepción y, por lo tanto, se desarrolla el embarazo pero éste es interrumpido antes de llegar a su término natural. A su vez, en la literatura inglesa el término infértil se refiere “a la pareja que no logra alcanzar un embarazo, ya sea por la imposibilidad de que la mujer quede embarazada mediante los medios naturales (esterilidad), o cuando existen las posibilidades, pero el embarazo no ocurre (subfertilidad), o si el embarazo efectivamente se desarrolla pero no culmina con el nacimiento de un recién nacido vivo<sup>102</sup>”.

Resulta relevante determinar si el hecho de que una persona infértil o estéril que no tenga acceso a las técnicas de reproducción asistida, constituye un atentado contra el derecho a la salud de una persona, teniendo en consideración el concepto de salud sexual y reproductiva que a nivel internacional se ha elaborado.

---

<sup>102</sup> VVAA: “Definición y causas de la infertilidad” disponible en [http://www.scielo.org.co /pdf/rcog/v54n4/v54n4a03.pdf](http://www.scielo.org.co/pdf/rcog/v54n4/v54n4a03.pdf).

La Organización Mundial de la Salud (OMS) define la salud sexual como "un estado de bienestar físico, emocional, mental y social relacionado con la sexualidad; no es solamente la ausencia de enfermedad, disfunción o incapacidad [...] Para que la salud sexual se logre y se mantenga, los derechos sexuales de todas las personas deben ser respetados, protegidos y ejercidos a plenitud<sup>103</sup>". Por su parte la Conferencia la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo define la salud sexual y reproductiva como el "conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivo, al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual".

De la lectura de las definiciones es posible sostener que el concepto de salud sexual y reproductiva abarca un ámbito más amplio que la salud biológica en sentido estricto, se trataría más bien de un estado de bienestar general, que permita el pleno desarrollo del individuo.

Es claro que las técnicas de reproducción humana asistida constituyen una herramienta que ofrece la medicina moderna para superar los problemas de infertilidad o esterilidad. En este sentido, Hernán Corral sostiene que las técnicas de reproducción asistida no pueden considerarse remedios para subsanar la esterilidad, ya que ésta no desaparecería al emplearse dichas técnicas<sup>104</sup>. Si bien el autor tiene razón, en el sentido de que efectivamente la infertilidad o esterilidad no encuentran su cura en las técnicas de reproducción asistida, no debemos olvidar que existen diversas enfermedades que no desaparecen al emplearse un procedimiento médico, como ocurre en el caso del SIDA y, pese a ello, las personas afectadas por este síndrome tienen el derecho a un tratamiento médico que les permita vivir de modo digno.

Se debe tener en cuenta además que cuando nos referimos a las técnicas de reproducción asistida como una herramienta para superar los problemas de infertilidad o esterilidad, no estamos frente a la panacea, sino más bien, a una alternativa para cumplir con uno de los fines asociados a la sexualidad como lo es la procreación.

En este sentido la resolución exenta n° 1072 del Ministerio de Salud de 1985, la cual establece las normas aplicables a la fertilización in vitro y la transferencia embrionaria establece en su artículo 4° que estos procedimientos *constituyen una modalidad terapéutica más cuyo fin superior es el de resolver la ausencia de hijos en parejas humanas en las cuales diversas afecciones y situaciones contrarias al natural desarrollo de la vida, impiden la concepción.*

De este modo, hay un reconocimiento por parte de la autoridad en el sentido de reconocer que las técnicas de reproducción humana asistida constituyen una modalidad terapéutica para superar lo problemas de infertilidad o esterilidad, lo que tiene plena coherencia con el concepto de salud sexual y reproductiva antes señalado, donde el fin principal es el bienestar general del individuo, teniendo en cuenta que la infertilidad o esterilidad es más que un problema físico que

---

<sup>103</sup> Disponible en [http://www2.hu-berlin.de/sexology/ECS5/definicion\\_4.html](http://www2.hu-berlin.de/sexology/ECS5/definicion_4.html).

<sup>104</sup> Corral Talciani, Hernán, "Admisibilidad jurídica de las técnicas de procreación Artificial"...*cit*, p. 455.

hoy en día afecta de manera creciente a nuestra sociedad, sino que su principal afección es psicológica y emocional. La frustración y angustia de no poder ser padres que provienen de un instinto de supervivencia natural en cada ser humano que se materializa en la descendencia, sólo es posible dimensionar si se vive dicha experiencia.

Es así, como en nuestro país se puede acceder a las técnicas de reproducción asistida no sólo a través del sistema privado de salud, sino que también es posible acceder a estos procedimientos a través de FONASA (fondo nacional de salud), los beneficiarios de todo el país tienen la oportunidad de acceder a un programa de fertilización asistida que se realiza en el Instituto de Investigación Materno Infantil del Hospital Clínico San Borja Arriarán<sup>105</sup>. Con ello el Estado cumple con su deber de promoción y protección de la salud, en observancia de lo dispuesto en el artículo 19 n° 9 de la Constitución Política de la República<sup>106</sup>.

Si entendemos que la maternidad gestacional subrogada constituye una modalidad dentro de las técnicas de reproducción asistida, la cual dentro de otras causas, permite superar los problemas de infertilidad<sup>107</sup> a mujeres que por diversos motivos no son capaces de llevar adelante un embarazo, como ocurre, por ejemplo, en el caso de la extirpación del útero. Resultaría, por lo tanto, discriminatorio atendido el concepto de salud sexual y reproductiva, además de la historia fidedigna de la norma constitucional, donde se estableció claramente que *el Estado reconoce el derecho a la salud de todas las personas sin limitación ni restricción alguna*, permitir el acceso a ciertas técnicas de reproducción humana asistida, como la fecundación in vitro o la transferencia embrionaria. De modo que sólo puedan acceder ellas determinadas mujeres dependiendo de las causas de infertilidad que les afecte, puesto que para una mujer a la cual se le ha extirpado el útero, o con malformación del mismo, la única alternativa de ser madre es la sustitución de la maternidad a través de la maternidad subrogada.

Teniendo en consideración además, que ni la autoridad administrativa, ni el legislador, ni mucho menos el constituyente, han distinguido respecto de las técnicas de reproducción humana asistida que son permitidas en nuestro país y las que no son procedentes, distinto es, que por vía administrativa se haya regulado el procedimiento de ciertas técnicas de reproducción asistida, como ocurre con la fecundación in vitro y la transferencia embrionaria, por lo tanto, no se ha restringido expresamente el acceso a ciertas mujeres que pretendan acceder a la maternidad gestacional subrogada. Dichas restricciones sólo podrían efectuarse mediante norma de rango legal, lo que no ha ocurrido en nuestro ordenamiento jurídico.

---

<sup>105</sup> Ministerio de Salud, Ordinario n° 972 Informa cupos del convenio de fertilización asistida 2009.

<sup>106</sup> Puesto como señaló el señor Pizzi en la sesión 190 donde se discutió acerca del derecho a la salud: *“El Estado reconoce el derecho a la salud de todas las personas sin limitación ni restricción alguna. Este derecho abarca todas las etapas y circunstancias de la vida. En consecuencia, el Estado adquiere el deber prioritario de coordinar las acciones encaminadas a promover, proteger y restituir la salud de los habitantes, y velar porque dichas acciones se ejecuten de acuerdo con el nivel de eficiencia que los avances científicos y tecnológicos indiquen y que las particularidades del país señalen”*.

<sup>107</sup> Infertilidad entendida según el uso que se le ha dado en la literatura inglesa.

## Conclusiones

- La maternidad gestacional subrogada se encuadra dentro de las técnicas de reproducción asistida, ya sea, como variante de la fecundación in vitro o como una figura autónoma. Existen otras modalidades dentro de la figura genérica de la maternidad subrogada: la maternidad subrogada propiamente tal y la maternidad gestacional subrogada. Ésta última se define como “una variante dentro de las técnicas de reproducción asistida, que consiste en la implantación a una mujer de un embrión cuyo gameto femenino no fue aportado por ella, sino por la mujer que desea tener un hijo. La mujer se compromete a realizar el proceso de gestación del embrión implantado en su vientre, al término del cual entregará el producto del parto a quien le ha solicitado el servicio”.
- En el derecho comparado, la maternidad subrogada no ha recibido un tratamiento uniforme, lo que ha planteado dificultades a la hora de aplicar el derecho al caso concreto. Si bien, existen ciertos países donde la maternidad subrogada ha sido regulada por el derecho, ésta no es la regla general, ya que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos existe un vacío normativo respecto de la procedencia y regulación de esta figura. Lo propio ocurre en Chile donde no existe normativa legal sistemática que regule expresamente la procedencia, límites y efectos de las técnicas de reproducción asistida, es por ello, que para determinar la procedencia de la maternidad gestacional subrogada en nuestro país debemos recurrir a la interpretación de la normativa legal vigente.
- Uno de los problemas relevantes que se plantea acerca de la procedencia de la maternidad gestacional subrogada, se presenta en el área civil respecto de la filiación, puesto que la maternidad se encuentra disociada en dos mujeres distintas, por lo tanto, no resulta posible situar la maternidad gestacional subrogada dentro de las clases de filiación tradicional, ya que la filiación con base biológica que establece el Código Civil resulta insuficiente frente a los adelantos científicos en el área de la medicina moderna. Es por ello, que compartimos la tesis de la filiación de origen voluntario basado en la voluntad procreacional.
- Otro problema que presenta la procedencia de la maternidad gestacional subrogada en el área civil dice relación con el denominado contrato de arrendamiento de útero. Esta denominación nos parece poco precisa atendidas las características particulares de este tipo de pactos y las modalidades que puede presentar la maternidad subrogada, es por ello que optamos por una denominación genérica que sea coherente con su característica de contrato atípico. Nuestra doctrina es más o menos uniforme en sostener que el contrato de maternidad gestacional subrogada es nulo, al transformar a la persona en objeto y no sujetos de derecho, atentando contra la dignidad del ser humano, por lo tanto, habría objeto ilícito, según las normas del Código Civil. Sin embargo, dicha afirmación es discutible desde una perspectiva constitucional.

- De acuerdo a los conceptos de dignidad analizados en este trabajo y los elementos básicos de dichos conceptos, es posible sostener, desde una perspectiva liberal que, la maternidad gestacional subrogada no atenta contra la dignidad de la persona, puesto que ella se llevaría a cabo, en uso de la racionalidad y libertad de autodeterminación, los cuales son elementos básicos de toda definición de dignidad.
- De acuerdo al análisis del derecho internacional y los derechos fundamentales que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico como parte del bloque constitucional de derechos fundamentales, dentro de los cuales podemos mencionar, el derecho a formar una familia como fundamento para determinar la existencia de un derecho a procrear que establecen diversos instrumentos internacionales, o la garantía que establece la CEDAW al acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia o, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico que establece Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es posible observar que se configuran una serie de garantías que permiten una visión más amplia a la hora de interpretar las normas vigentes y determinar la procedencia de la maternidad gestacional subrogada en nuestro país.
- Es posible sostener la existencia del derecho a procrear en nuestro ordenamiento jurídico, el cual no se ve limitado por las formas de concepción natural, existiendo el derecho al acceso a las técnicas de reproducción humana asistida, lo que si bien no ha sido establecido por el legislador, lo que responde a la regla general en materia de derechos sexuales y reproductivos, ha sido suplido por la autoridad administrativa estableciendo expresamente que el derecho a la vida “incluye el derecho a procrear y, consecuentemente, el acceso a los medios médicos para superar las causas que impiden o dificultan la concepción”. Sin embargo, dichas resoluciones administrativas no podrían limitar los derechos que la constitución establece, quedando dicha misión encomendada al legislador.
- No podemos dejar de mencionar, como el concepto de familia influye al momento de determinar quienes pueden acceder a las técnicas de reproducción asistida, lo que resulta discutible, ya que, el propio constituyente no estableció un concepto de familia que excluyera a la familia monoparental, lo que se vio reforzado por la ley n° 19.947 sobre matrimonio civil, la cual establece en su artículo primero que “el matrimonio es la base principal de la familia”, y por ende, no la única. Por lo tanto, nuestro ordenamiento jurídico reconoce la existencia de otras formas familiares, las cuales tienen los mismos derechos y garantías que la familia matrimonial.
- Uno de los problemas que se presentan respecto al derecho a la igualdad y la maternidad gestacional subrogada dicen relación con el derecho de filiación, ya que, no se aplicarían los mismos criterios a la disociación de la paternidad y la disociación de la maternidad. Para que no se produzca esta discriminación arbitraria, basada en las diferencias que radican en la naturaleza del hombre y la mujer, postulamos a la

determinación de la filiación respecto de la madre basada en el criterio volitivo, donde la voluntad procreacional sea suficiente, tanto en el caso del hombre, como en el de la mujer, para establecer la paternidad y la maternidad respectivamente.

- El Estado chileno en cumplimiento de su deber de promoción y protección del derecho a la salud, permite el acceso a las técnicas de reproducción asistida. Es por ello, que resulta coherente en virtud del principio de igualdad, que todas las personas que presentan problemas de infertilidad o esterilidad, puedan acceder a la técnica de reproducción asistida, entre ellas la maternidad gestacional subrogada, que de acuerdo al problema específico de infertilidad que les afecte, permitiendo de esta manera la protección de la salud sexual y reproductiva de forma efectiva.
- La protección de la intimidad en el derecho chileno permite sostener que la decisión de someterse a las técnicas de reproducción asistida y en particular a la maternidad gestacional subrogada, incluido el proceso que ello implica, como una manifestación del ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, constituye un ámbito comprendido dentro de la esfera de la vida privada de la persona y su familia, por lo que se impediría la interferencia de terceros en el ejercicio y disfrute de dichos derechos, los cuales forman parte del bloque constitucional de derechos fundamentales. Como consecuencia de ello, el Estado debe respetar la privacidad e intimidad del ser humano, permitiendo a cada individuo optar por la maternidad gestacional subrogada, según la apreciación personal de cada persona acerca del atentado a la dignidad del ser humano que la maternidad gestacional subrogada supone y no imponer un determinado enfoque ideológico invadiendo, perturbando y limitando, un ámbito tan íntimo como lo es el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos y consecuentemente la posibilidad de ser padres.
- En general, de acuerdo al análisis de las normas que forman parte del bloque constitucional de derechos, esto es, las normas iusfundamentales y el derecho internacional relativo a derechos fundamentales, puede concluirse que éstas ofrecen razones jurídicas más poderosas para postular a la procedencia de la maternidad gestacional subrogada en nuestro ordenamiento jurídico, que las que ofrece la dogmática civil que sustenta la improcedencia, fundada en una concepción ideologizada del concepto de dignidad podemos sostener que la maternidad gestacional subrogada es perfectamente procedente en nuestro ordenamiento jurídico.

## **Bibliografía**

### Libros y revistas

- Aldunate, E., *Derechos Fundamentales*, Editorial Legal Publishing Chile, Santiago, 2008.
- Baeza, G., “El interés superior del niño: derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28 n° 2, 2001, pp.355-362.
- Banda, A., “Dignidad de la persona y reproducción humana asistida”, en *Revista de derecho (Valdivia)* 1998, vol. 9 n°1, pp. 7-42.
- Benítez, I., *Aspectos jurídico penales de la reproducción humana asistida y la manipulación genética humana*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1997.
- Cea, J., *El sistema constitucional de Chile: síntesis crítica*, Publicación de la Universidad Austral de Chile, Santiago, 1999.
- Cea, J., *Derecho Constitucional Chileno Tomo II Derechos, deberes y garantías*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2003.
- Cofré, J., “Las reglas óntico-constitutivas, fundamento de la persona y la dignidad humana”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XV, diciembre, 2003, pp.37-58.
- Corral, H., “Admisibilidad jurídica de las técnicas de procreación Artificial”, en *Revista Chilena de derecho*, vol. 19, n° 3, 1992, pp. 439- 460.
- Corral, H., “Fertilización asistida y legislación comparada” en *Revista del Abogado*, Número 9, Noviembre, 1997.
- Ebrí, B., “El comienzo de la vida humana. La anticoncepción” disponible en <http://www.arbil.org/94ebri.htm> (08/12/2009).
- Entrevista sobre la Gestación por Sustitución, disponible en <http://www.am-abogados.com/blog/entrevista-sobre-la-gestacion-por-sustitucion/2028/> (10/09/09).
- España, *Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida: I Informe anual*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1998.
- Evans, E., *Los derechos constitucionales Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
- Evans, E., *Los derechos fundamentales Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
- Fábregas, C., *Biología y Filiación: Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*, Editorial Comares, Granada, 1999.



- Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales- Chile, Programa género y equidad, Boletín informativo n° 2, 2009 disponible en <http://www.flacso.cl/index.php>.
- Fariñas, L., *El derecho a la intimidad*, Editorial Trivium, Madrid, 1983.
- Fernández, M., *Principio constitucional de igualdad ante la ley*, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 2001.
- Ferrajoli, L., *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, 2001.
- Gana, C., “La maternidad gestacional: ¿cabe sustitución?”, en *Revista Chilena de derecho*, vol. 25, n° 4, 1998, p. 851-866.
- Gómez de la torre, M., “La determinación de la filiación y las técnicas de reproducción humana asistida”, disponible en <http://postgrado.derecho.uchile.cl/>.
- Gómez de la Torre, M., *La fecundación in vitro y la filiación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993.
- Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, “La biomedicina y biotecnología ante el vacío normativo”, (en) Martinic Galetovic, María Dora (Coord.), *Nuevas tendencias del derecho*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2004.
- Gómez de la Torre, M., *El sistema filiativo chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.
- González, J., *La dignidad de la persona*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1986.
- Gumucio, J., *Procreación Asistida: Un análisis a la luz de la legislación chilena*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1997.
- Junquera, R., *Reproducción asistida, filosofía ética y filosofía jurídica*, Editorial Tecnos SA., Madrid, 1998.
- Lema, C., *Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico- jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*, Editorial Trotta, Madrid, 1999.
- Leonsegui, R., “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”, en *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 7, 1994, pp. 317-338.
- Lupșan, G., “Certains aspects juridiques concernant la “mère porteuse”, disponible en <http://www.juridica-danubius.ro/continut/arhiva/A29.pdf> (03/10/2009)
- Lledó, F., “El alquiler de útero y el problema de las madres sustitutas o por encargo”, en *II Congreso Mundial Vasco “La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción asistida”*, Editorial Trivium, Madrid, 1988.

- Montés, V., “El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana”, en *II Congreso Mundial Vasco “La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción asistida”*, Editorial Trivium, Madrid, 1988.
- Moreno- Luque, C., “Reflexiones en torno a la gestación por cuenta ajena””, en *II Congreso Mundial Vasco “La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción asistida”*, Editorial Trivium, Madrid, 1988.
- Nogueira, H., *El derecho a la libertad de opinión e información y sus límites*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2002.
- Nogueira, H., *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Editorial Librotecnia, Santiago, 2006.
- Nogueira, H., *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Editorial Librotecnia, Santiago, 2007.
- Nogueira, H., *El derecho a la vida*, Editorial Librotecnia, Santiago, 2007.
- Peña, D., “Aspectos legales de la reproducción asistida en República Dominicana” disponible en <http://www.monografias.com/trabajos46/reproduccion-asistida-dominicana/reproduccion-asistida-dominicana3.shtml> (11/05/09).
- Rodríguez, L., “Derechos sexuales y reproductivos en el marco de los derechos humanos” disponible en <http://www.puntos.org.ni/sidoc/descargas/basevirtual/Salud/SALUD%20Y%20DERECHOS%20SEXUALES%20Y%20REPRODUCTIVOS.doc>.
- Rodríguez, D., “Nuevas técnicas de reproducción humana: el útero como objeto del contrato”, en *Revista de derecho privado*, nueva época, año IV, n° 11, mayo- agosto de 2005, pp.97-127 disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/11/dtr/dtr5.pdf> (22/04/2009).
- Silva, J., “El derecho a procrear en el ordenamiento constitucional chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, 1994, vol. 21, n° 2, pp.283-306.
- Silva, P., *Arrendamiento de útero*, Editorial jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1996.
- Souto, B., “Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación de sustitución”, en *Feminismo/s*, n° 8 (dic. 2006).
- Turner, S., “Técnicas de reproducción asistida: Una perspectiva desde los intereses del hijo”, en *Revista de derecho (Valdivia)*, 2000, vol. 11, pp. 13-26.
- Turner, S., “Maternidad disociada”, en *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n° 24, 2003, pp. 442-453.
- Ugarte, J., *El derecho de la vida: el derecho a la vida bioética y derecho*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2006.

-Vidal Martínez, Jaime (Coord.), *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Editorial Comares, Granada, 1998.

-Vientres de alquiler: una opción al alza, disponible en [http://www.masola.org/masola\\_014.php?reportaje=002](http://www.masola.org/masola_014.php?reportaje=002) (04/05/09).

-VVAA: “Definición y causas de la infertilidad” disponible en <http://www.scielo.org.co/pdf/rcog/v54n4/v54n4a03.pdf>.

- VVAA, *Chile: situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos*, SERNAM, Santiago, 2003.

-Zannoni, E., *Inseminación artificial y fecundación intrauterina*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L., Buenos Aires, 1978.

-Zegers, F., *Consideraciones Médicas e Implicancias Ético Legales de la Reproducción Asistida en Chile* disponible en <http://www.bioetica.uchile.cl/doc/repasis.htm> (17/08/09).

#### Normas y otros

- Boletín N° 1026-07. Regula los principios jurídicos y éticos de las técnicas de reproducción asistida y establece sanciones para los infractores de sus normas.

-Boletín: N° 1997-11 Protección de los embriones humanos, estableciendo sanciones penales para quienes practiquen la clonación, elección artificial del sexo, transformación artificial de células reproductoras humanas, la hibridación o mutación, la ectogénesis y la fecundación post mortem.

-Boletín N° 6624-11 Modifica Código Sanitario en orden a ampliar la protección a la maternidad, incorporando un nuevo sentido y alcance al concepto de salud reproductiva, reconociendo la existencia de los trastornos de fertilidad de cualquier integrante de la pareja y su incidencia en la salud.

-Declaración Universal de Derechos Humanos.

-Conferencia Internacional sobre Población y desarrollo.

-Convención Americana de Derechos Humanos.

- Convención sobre los Derechos del Niño.

- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

- Código Civil.

-Código Sanitario.

-Constitución Política de la Republica.

- Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer.

- Ministerio de Salud, Ordinario n° 972 Informa cupos del convenio de fertilización asistida 2009.
- Observación General No. 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 23 - La familia, 39º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171 (1990).
- Observación general 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22º período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Proyecto de ley que regula los principios jurídicos y éticos de las técnicas de reproducción asistida y establece sanciones para los infractores de sus normas.
- Resolución exenta del ministerio de salud N° 1072 de 1985.
- Recomendación general 24, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 20º período de sesiones, 1999, U.N. Doc. A/54/38/Rev.1.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notario de 18 de febrero de 2009 disponible en [http://www.elpais.com/elpaismedia/ultimahora/media/200903/10/sociedad/20090310elpepusoc\\_1\\_Pes\\_PDF.pdf](http://www.elpais.com/elpaismedia/ultimahora/media/200903/10/sociedad/20090310elpepusoc_1_Pes_PDF.pdf) (21/09/2009).
- Roe v. Wade (1973) disponible en [http://portal.uclm.es/descargas/idp\\_docs/doctrinas/roe%20v%20wade%20\(1973\)beltran.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/roe%20v%20wade%20(1973)beltran.pdf).