

# VIII CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO

*Desafíos de Colombia y el Mundo.*

**4** de octubre  
2019

Teatro Zulima  
Cúcuta

Actualidad jurídica frente a:

**Maternidad Subrogada • Libertad de Expresión / Redes Sociales  
• Inteligencia Artificial**

**Organiza:** Programa académico de Derecho



**Fellows Colombia**  
VICETEX



**Acofade**  
Asociación Colombiana  
de Facultades de Derecho

Mayor información:  
[www.unisimon.edu.co/cucuta](http://www.unisimon.edu.co/cucuta)  
PBX: 582 7070 Ext. 145

---

**MATERNIDAD SUBROGADA: ENTRE LA VERDAD BIOLÓGICA Y LA  
VOLUNTAD PROCREACIONAL. <sup>1</sup>**

---

*Cristóbal Antonio Santander<sup>2</sup>*

**RESUMEN**

Este trabajo tiene por finalidad estudiar la maternidad subrogada, es decir aquel procedimiento basado en técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) entre dos sujetos mediante el cual una mujer fértil acepta embarazarse y llevar en su vientre un niño para una persona o pareja con la intención de entregárselo, pudiendo asumir carácter gratuito u oneroso. Dicho estudio, describirá y analizará los principales aspectos de esta TRHA que materializa el *derecho a procrear o a formar una familia* reconocido por tratados internacionales y numerosa jurisprudencia internacional.

Todo esto se verá apoyado por el estudio de algunos casos de maternidad subrogada en Chile y el análisis de los principales argumentos utilizados por la doctrina y por los Tribunales de Justicia, a fin de determinar la filiación de los niños y niñas nacidos de esta TRHA, entre los que destacan la *verdad biológica* y la *voluntad procreacional*. Por último, se abordarán los derechos que asisten a la *madre gestante* ante una eventual regulación normativa en aquellos países donde esta técnica es meramente tolerada.

**Palabras claves:** *Maternidad subrogada, Derecho a procrear, verdad biológica, voluntad procreacional.*

---

<sup>1</sup> Esta investigación forma parte de la ponencia realizada en el VIII Congreso Internacional de Derecho: Desafíos de Colombia y el Mundo, organizado por la Universidad Simón Bolívar en Cucuta, Colombia, 4 de octubre de 2019.

<sup>2</sup> Abogado de la Excelentísima Corte Suprema, Chile. Experto en derechos sexuales y reproductivos y maternidad subrogada. Diplomado en derechos sexuales y reproductivos (Fundación Internacional Henry Dunant) y en salud sexual y reproductiva con enfoque de género (Universidad de Chile), Correo electrónico de contacto [cristóbal.santander@hotmail.com](mailto:cristóbal.santander@hotmail.com).

### *¿Por qué abordar esta Técnica de Reproducción Asistida?*

La investigación biológica ha tenido un importante desarrollo en las últimas décadas<sup>3</sup>, ante lo cual la sociedad ha respondido con asombro. Las ciencias biológicas en materia reproductiva han permitido solucionar problemas de fertilidad<sup>4</sup> mediante técnicas artificiales<sup>5</sup> en un mundo cada vez más secularizado por la ciencia.

Se trata de un control expresado en una amplia gama de esferas que van desde la manipulación genética, interviniendo el patrimonio genético, hasta por medio de técnicas de reproducción asistida, lograr distanciar la reproducción de la sexualidad, pudiendo ejercer la primera sin ayuda de la segunda<sup>6</sup>.

Este distanciamiento configura un nuevo control en la esfera más íntima de todo ser humano, como lo es la reproducción, es decir aquella dimensión afectiva, procreativa y física del acto conyugal. Ámbitos que se separan cuando los deseos de ser padres y la fecundación artificial se conjugan, y que en la opinión de algunos rompe la unidad de amor y vida que involucra el acto conyugal<sup>7</sup>.

Dimensión tan íntima que cuando es intervenida tiene efectos no sólo jurídicos, sino que incluso políticos<sup>8</sup>, donde se hace necesaria una regulación normativa evitando con ello

---

<sup>3</sup> Recuérdese al respecto las nuevas disciplinas tales como la ingeniería genética, la procreación artificial y la posibilidad de conocer nuestro propio mapa genético. Véase en Universidad de Belgrano. Las tesinas de Belgrano: Protección jurídico-penal del embrión in Vitro. Buenos Aires, Julio de 2003, p. 5.

<sup>4</sup> Los principales usos de las *TRHA* se enfocan en **a) Mujeres sin Útero b) Imposibilidad biológica e infertilidad estructural) c) Médicos** (Infertilidad femenina menopausia precoz, endometriosis, obstrucciones o lesiones de las trompas de Falopio, anomalías uterinas y cervicales o problemas ovulatorios. Factor RH) e incluso **d) Estéticos** (Modelos y mujeres que trabajan con su imagen)

<sup>5</sup> En este sentido el grado de sofisticación de la técnica ha permitido la descomposición progresiva de los momentos de la reproducción, así como también la creación de momentos dentro de un proceso continuo dependen de la relativa sencillez de la inseminación artificial hasta las complejidades de las técnicas de micromanipulación, pasando por la fecundación in vitro “tradicional”. Se trata del modus operandi de la tecnociencia y que ha provocado esto, manifestando dicha aplicación técnica en la práctica social. El modo de proceder de la tecnociencia primero observa y descompone el proceso de reproducción, para después volverlos a recomponer paso por paso mediante procedimientos técnicos.

<sup>6</sup> Cfr. en Turner, Susan. Los Derechos Sexuales y Reproductivos y su incidencia en la Esterilización y procreación asistida, EN: Revista de Derecho (Valdivia) v.12 (2): 1, Diciembre, 2001, p. 215.

<sup>7</sup> Sgreccia, Elio. Manual de Bioética. Instituto de Humanismo de Ciencias de la Salud. Editorial Diana, México, 1996, p. 61.

<sup>8</sup> Cfr. en Gómez, Yolanda. El Derecho a la reproducción Humana, Bosch. 1995. Barcelona, España.

una de las críticas desde el feminismo el “fenómeno de cosificación de la persona”<sup>9</sup>.

En resumidas cuentas, en aquella *voluntad de procrear* no sólo participaría la pareja, sino que desde un primer momento intervendrían otras personas a saber, una serie de expertos, médicos, donantes de gametos y un importante número de instituciones médicas y administrativas, despojándose así de gran parte de lo en algún tiempo fue privado y hoy es público<sup>10</sup>.

En efecto, dicho cambio ha permitido concebir a estas técnicas artificiales de reproducción como generadoras de la tradicional relación *sexo-reproducción*. En este sentido se ha referido María Carcaba al señalar que:

Actualmente, una gran parte de la sociedad siente que sexualidad y procreación son conceptos independientes, y lo ponen de manifiesto a través del uso de anticonceptivos. Pero hoy día no sólo es posible disociar sexualidad y procreación considerando que el acto sexual no está dirigido a procrear, sino también considerando que no toda procreación tiene necesariamente que venir precedida de un acto sexual, es decir de una aproximación física entre un hombre y una mujer. Es suficiente pensar en la inseminación artificial<sup>11</sup>.

En la misma línea argumentativa, la etnóloga francesa Anne Cadoret afirma que:

El arte de fabricar un niño ya no se limita al encuentro sexual entre un hombre y una mujer. [agregando que] El dominio de los mecanismos biológicos de la procreación se desarrolla e influye sobre los modos de adquisición del parentesco. Así, una vez que la

---

<sup>9</sup> Roberto Andorno cuando se refiere al fenómeno de cosificación de la persona sostiene que: “*Los más amplios derechos que recaen sobre las cosas dan la facultad de disponer de ellas. Por esto, cuando se dice que se trata a algo como “cosa”, se quiere significar que se la puede poseer, usar, y en última instancia destruir. Esto último aplicado al hombre es sinónimo de: causarle la muerte*”. (...) Agrega además que: “*La concepción utilitarista del hombre lo considera a éste en la perspectiva de hombre- cosa, hombre –masa, hombre-medio, y como tal instrumentalizable para fines extrapersonales*”. Véase en Andorno, Roberto. Incidencia de la Fecundación In Vitro sobre la distinción entre personas y cosas. pp.14 y 26. (la cursiva es mía)

<sup>10</sup> En este sentido de algún modo se culmina, por lo menos conceptualmente, el paso del azar y de la casualidad a la voluntad, a la intencionalidad y a la planificación. Pero al mismo tiempo se trata de una voluntad intervenida.

<sup>11</sup> Carcaba, María. Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana. J.M Bosh, 1995, Barcelona, España, p.35.

ciencia permite distinguir dos “cuerpos” maternos, la donante de ovocito y la prestadora de útero, de la figura de madre, la madre de intención, ¿cómo se define el parentesco? ¿Quién es la madre? (...) ¿O bien el parentesco podría estar fundado, en última instancia, sobre la intencionalidad de convertirse en padre o madre?<sup>12</sup>.

Intencionalidad o voluntad que rompe el tradicional paradigma utilizado para determinar la filiación de un recién nacido, definida como aquella “*relación de parentesco que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o madre de la otra*”<sup>13</sup>. Esto explica que la discusión generada en torno a la maternidad subrogada se vuelva relevante de investigar, considerando que en los últimos años ha tomado un protagonismo importante por la calidad de los derechos en juego, y la manera en que se ha abordado esta técnica<sup>14</sup>.

Técnica que se produce en virtud de la posibilidad de practicar una *Inseminación artificial*<sup>15</sup> o una *Fecundación in Vitro*<sup>16</sup>, ello explica que para analizarla, sea necesario anunciar las variantes o maneras que puede adoptar ésta, a saber:

La tradicional, plena o total y la gestacional o parcial<sup>17</sup>. En la primera variante, la madre subrogada<sup>18</sup> también es la madre genética, ya que sus propios óvulos son fecundados con espermatozoides del padre comitente o de un donante. En este caso operaría la inseminación artificial, ya que es la propia gestante quien aporta sus gametos femeninos. En la segunda modalidad la concepción tendría lugar a partir del óvulo u óvulos de una

---

<sup>12</sup> Cadoret, Anne. Parentesco y figuras maternas. El recurso a una gestante subrogada por una pareja gay. *Revista de Antropología Social*, 2009, 18 67-82.

<sup>13</sup> Rosende Alvaréz, Hugo, 2000, Algunas consideraciones sobre el estatuto de la filiación, *EN: Revista de Actualidad Jurídica* N° 1, Universidad del Desarrollo, Chile, p.206

<sup>14</sup> Resulta interesante revisar la siguiente página Web cuyo objetivo es ofrecer servicios de maternidad subrogada en los Estados Unidos: <https://miraklos.com/>. [ consulta: 13 de septiembre de 2019]

<sup>15</sup> La inseminación artificial es un proceso que consiste en depositar los espermatozoides dentro del aparato genital femenino, sin que exista coito sexual.

<sup>16</sup> Proceso en el que el óvulo es fecundado por el espermatozoide fuera del cuerpo de la mujer. Consúltese en Carcaba María. Los problemas Jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana, Barcelona, José María Bosch, 1995, p. 20.

<sup>17</sup> Cfr. en Martínez –Pereda Rodríguez y J.M. Massigofé Benegiu, J.M. La maternidad Portadora, Subrogada o de encargo en el Derecho Español, Editorial Dyckinson, Madrid, 1994, p.66.

<sup>18</sup> La madre subrogada, madre de alquiler o madre portadora es la que da a luz y la madre comitente será la que aporte los óvulos, cuando se trate de la maternidad subrogada parcial o gestacional.

mujer diferente de la madre subrogada, que comúnmente es la madre comitente<sup>19</sup>. Ahora bien, desde la biotecnología tanto en la primera como en la segunda modalidad es posible advertir 3 etapas; la *producción y acopio de los gametos*, la *producción del embrión* in Vitro y la *implantación*, gestación y parto. En dichas etapas, se implantan más de un embrión para aumentar las probabilidades de concebir, circunstancia que explicaría los embarazos múltiples en este tipo de técnica.

Por otro lado, existen 2 modalidades que se suman a las anteriores, y que dicen relación con el carácter contractual que puede asumir la maternidad subrogada, a saber, la de tipo altruista<sup>20</sup> celebrado con un fin totalmente gratuito y el tipo oneroso donde se fija un precio a pagar<sup>21</sup>, es decir, un acuerdo de carácter mercantil o la denominada subrogación comercial.

Lo anterior, permite señalar que la subrogación comercial ha sido rechazada en casi todo el mundo<sup>22</sup>. Esto sin perjuicio que, en algunos países se exija que la mujer que se embaraza por cuenta de otra sea retribuida por los gastos razonables como médicos, psicólogos, hospitalización, e incluso aquellas rentas que se dejaron de percibir por la madre gestante durante el proceso gestacional.

Con todo, ante estas dos modalidades, se hace necesario distinguir una tercera la de tipo familiar que presenta características propias ya que la madre gestante pertenece a la

---

<sup>19</sup> Cfr. en Mallma, José Carlos. Alquiler de Vientre y sus problemas de Filiación, España, p. 1.

<sup>20</sup> Sin perjuicio de sus denominaciones cabe recordar que el primer acuerdo documentado de Maternidad Subrogada data del año 1976 cuando el abogado Noel Keane funda la “*Surrogate Family Service Inc*”, con el fin de representar judicialmente a las parejas que se habían sometido a esta práctica con fines netamente altruistas.

<sup>21</sup> En los países donde se admiten estos acuerdos el individuo o la pareja comitente paga un precio que generalmente supera con creces aquella compensación razonable por los gastos derivados de la gestación. Véase en Farnós Esther. Inscripción en España de la Filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California, Facultad de Derecho Universidad Pompeu Fabra, Enero de 2010, p. 10.

<sup>22</sup> Lo que se busca prohibir es el pago por esta práctica como medida de evitar que se haga de la gestación una nueva forma de explotación de la mujer afectando su dignidad al ser vista como un mero receptáculo, produciendo con ello una discriminación entre mujeres ricas y pobres con los riesgos que traería consigo para el recién nacido esta técnica de reproducción asistida.. Del mismo modo, algunos Estados de EE.UU. como Illinois que en su Gestacional Surrogacy Act del año 2004 permite compensar a la madre subrogada, siempre que la cantidad se deposite ante un agente independiente antes del inicio de las Técnicas de reproducción asistida. Véase en línea <http://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ActID=2613&ChapterID=59> [ consulta: 13 de septiembre de 2019]

familia de uno de los comitentes en una relación de parentesco, generalmente hasta el cuarto grado<sup>23</sup>.

Asimismo, diversas han sido las denominaciones desde las cuales se ha querido presentar esta técnica reproductiva iniciando con el famoso *ventre de alquiler*<sup>24</sup>, *maternidad portadora*, *gestación de sustitución*<sup>25</sup>, *gestación contratada* y terminando en la *maternidad subrogada*.

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

Sin perjuicio de los diversos nombres que esta técnica presenta, la maternidad subrogada constituye un procedimiento basado en técnicas de reproducción asistida, es decir sería algo más que dichas técnicas, pero que debe apoyarse en ellas necesariamente<sup>26</sup>.

Esto último exige definir la maternidad subrogada, que en mi opinión se entiende como: “*aquel procedimiento basado en técnicas de reproducción asistida entre dos sujetos mediante el cual una mujer fértil acepta embarazarse y llevar en su vientre un niño para una persona soltera o pareja con la intención de entregárselo y que la persona*

---

<sup>23</sup> Brasil no cuenta con una ley sobre Maternidad Subrogada, sin embargo el Consejo Federal de Medicina (CFM) emitió una resolución administrativa N° 1358/92, derogada por la resolución N° 1957/2010 y reformada por la resolución N° 2.013/13, que autoriza la maternidad subrogada altruista sin antes cumplir con una serie de requisitos. En este mismo sentido, es posible señalar un caso en el que una pareja gay formada por D.R. y S.H. recurrió a la hermana del primero para que gestase los embriones creados con esperma del último y óvulos de donante anónima. Ambas partes firmaron acuerdos donde la mujer que aportó los óvulos renunciaba a la maternidad resultante. Véase en Farnós Esther. Inscripción en España de la Filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California, Facultad de Derecho Universidad Pompeu Fabra, Enero de 2010, p. 9.

<sup>24</sup> La autora M. Pérez Ponce en su libro: “La Filiación derivada de técnicas de reproducción asistida” critica la denominación alquiler de útero por su incorrección y falta de precisión ya que la gestación es un concepto mucho más amplio, y supone la puesta a disposición de todo el ser de la gestante para atender su embarazo.

<sup>25</sup> Concepto utilizado por Yolanda Gómez Sánchez en su libro El derecho a la Reproducción humana, Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 136. También es utilizado por la académica argentina Eleonora Lamm quien define esta técnica de reproducción humana asistida como: “una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente”. Véase en Lamm, Eleonora. Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. Colección de Bioética. Observatorio de Bioética y Derecho, Barcelona, 2013, p. 24.

<sup>26</sup> Cfr. en Sánchez, Rafael. La Gestación por Sustitución: Dilemas Éticos y Jurídicos, Revista Humanitas, (49), abril de 2010.

*nacida detente vínculos jurídicos de filiación con la parte que lleva adelante este proyecto parental, pudiendo este proceso asumir carácter gratuito u oneroso*”<sup>27</sup>.

De ahí que tras la definición, este procedimiento represente en principio una alternativa, en orden a satisfacer necesidades reproductivas no sólo de parejas heterosexuales infértiles sino también de parejas homosexuales y personas solteras<sup>28</sup> dada su *voluntad procreacional* que ha sido definida como: “*La intención de ser padres, con total independencia de si estos aportan o no su material genético*”<sup>29</sup>.

Voluntad que ha obligado a discutir sobre el estatuto jurídico aplicable a esta técnica de reproducción humana asistida (en adelante TRHA), legitimada gracias al *derecho a procrear*<sup>30</sup> como uno de los fundamentos de su existencia, permitiendo determinar la *verdadera* filiación de los niños y niñas nacidos en los casos de maternidad subrogada generando con ello una tensión entre la *verdad biológica, la genética y la volitiva*.

Tensión que se produce cuando no existe aporte genético de parte de los comitentes que han iniciado el proceso artificial de reproducción, pudiendo provenir de la *madre gestante*

---

<sup>27</sup> Dicha definición en mi opinión agrupa las motivaciones de una pareja casada o conviviente así como de una persona soltera expresando así su voluntad procreacional de formar familia.

<sup>28</sup> Interesante lo que se plantea respecto de este grupo ya que actualmente junto a la infertilidad médica existe la infertilidad estructural la cual se produce cuando un individuo o una pareja desea reproducirse, pero para lograrlo debe hacerlo a través de medios distintos a las relaciones sexuales debido a la estructura social en la que se identifica. Véase en Cahn, N. R. *Test tube families (Why the fertility market needs legal regulation)*. New York University Press, Nueva York y Londres, pp.134-135.

<sup>29</sup> Herrera, Marisa. Manual de Derecho de las Familias. Buenos Aires. AbeledoPerrot, p. 481. Este concepto se vincula estrechamente con la noción de Socioafectividad proveniente del Derecho Brasileiro y definido como: “el elemento necesario de las relaciones familiares basadas en la voluntad y el deseo de las personas de mantener vínculos afectivos que trascienden lo normativo, convirtiéndose paulatinamente y conjuntamente con el criterio jurídico y biológico, en un nuevo criterio para establecer la existencia del vínculo parental”. Véase en Juzgado de Familia N° 4, Córdoba, 28/06/2010, “A.S.G y M.V.S. y otros s7 medidas urgentes”.

<sup>30</sup> El derecho a procrear integra el grupo de los llamados derechos humanos de segunda generación, fundados en el principio de autodeterminación, agrupando los llamados derechos sexuales y reproductivos, reconocidos por primera vez en la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo de 1994 y en la IV Conferencia Mundial de la Mujer en 1995. Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos, y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el *derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia*, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. Véase en NACIONES UNIDAS. Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Beijing, 4 y 5 de Septiembre, 1995, Capítulo IV, parte c) La mujer y la salud, número 95. [en línea] <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf> [ consulta: 26 de abril de 2019] ( la cursiva es mía)



o de un donante anónimo disociando la *verdad genética* de la *volitiva*, esta última determinante en las siguientes situaciones:

- a) En el caso de parejas formadas por dos hombres, incluso cuando uno de ellos aporta su material genético, la *voluntad procreacional* permite la copaternidad del niño nacido de esta TRHA.
- b) En el caso del hombre o mujer soltero dado que las directrices para determinar el vínculo filiativo es la *voluntad procreacional*, se atribuye la paternidad o maternidad respecto del que lleva adelante el proyecto parental, excluyendo según corresponda conforme al sexo del padre o madre.
- c) En casos de parejas casadas o convivientes que inician un procedimiento de reproducción asistida sin aportar su material genético, aquella *voluntad procreacional* permite determinar la filiación del niño respecto de los comitentes cuya intención coincide con la realidad del hijo nacido de esta TRHA, evitando con ello maternidades no deseadas que terminan afectando el interés superior de éste.

### ***Madre hay más de una: ¿Hacia un nuevo concepto de maternidad?***

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

Concepto que la medicina define como aquella relación que se establece por la procedencia del ovulo a partir de la madre, y el Código Civil Chileno en su artículo 183 señala que la maternidad queda determinada por el parto, siguiendo el principio romano “*pars viscerum matris*”<sup>31</sup> o parte de las entrañas de la madre.

---

<sup>31</sup> Esta teoría sostiene que en el derecho romano la existencia de las personas físicas principia con el nacimiento, muy similar a la existencia legal consagrada en el artículo 74 del código civil chileno. Esto porque el nasciturus se consideraba como una porción de la mujer o de sus vísceras. Pellicano, José Alejandro. La Protección al concebido en Roma y la situación actual del Nasciturus a partir de las técnicas de fecundación extracorpórea, XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano Buenos Aires, realizado los días 15, 16 y 17 de Septiembre de 2004, Véase [en línea] <https://www.studocu.com/en/document/universidad-abierta->

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

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

Realidad cuyos cambios introducidos en el Derecho de familia han permitido afirmar que estamos ante una desbiologización de la paternidad<sup>32</sup> y cuando se analiza la técnica que nos ocupa de la maternidad.

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

Contrastando lo anterior, y a pesar de imperar en nuestra legislación un criterio biológico de maternidad, la filiación o mejor dicho el padre o madre, del niño concebido mediante TRHA, *serán el hombre y la mujer que se sometieron a ellas*<sup>33</sup>.

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

---

interamericana/seminario-de-integracion/lecture-notes/casoravinovichdoc-copia/2974775/view [Consulta: 12 de septiembre de 2019]

<sup>32</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aida- Herrera, Marisa- Lamm, Eleonora, Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incomodo y actual, LL, 2010, p. 10.

<sup>33</sup> CHILE. Código Civil, Artículo 182, 2007, Editorial Jurídica de Chile, p. 41.

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

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

La eliminación de las clases sexuales requiere una revolución de la clase inferior, las mujeres, y el dominio sobre el control de la procreación; devolver a las mujeres la apropiación sobre el propio cuerpo, el control de su fertilidad mediante las nuevas tecnologías<sup>34</sup>.

Al respecto el liberalismo con el objeto de proteger la libertad de procrear apoya un ejercicio amplio del *derecho a procrear* que incluya la biotecnología y las TRHA; uno de los argumentos que apoyan esta teoría es la libertad que tendría la madre gestante para disponer de su propio cuerpo<sup>35</sup>.

Con todo, y siguiendo esta misma línea argumental, se sostiene que la manera en la que la especie se reproduce está determinada socialmente, puesto que si biológicamente, las personas fueran capaces de encontrar otros métodos, y la sociedad se organizara de manera que todas las formas de expresión estuvieran permitidas con idénticos derechos, la procreación no sería el fruto de relaciones heterosexuales solamente<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Cfr. en Firestone, S. *The Dialectic of sex*. Bantam Books, New York, 1970, p.12. (la traducción es mía).

<sup>35</sup> Hernández, Adriana y Santiago, José Luis. *Ley de maternidad Subrogada en el Distrito Federal*. EN: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva serie, año XLIV, N° 132, p. 1339.

<sup>36</sup> Cfr. en Hartman, Heidi. *The Unhappy Marriage of Marxism and Feminism*. p.13

En este contexto, es posible sostener que la *voluntad procreacional* derivada del ejercicio del derecho a procrear, es la que permite actualmente a la maternidad subrogada determinar la filiación de los niños nacidos de esta TRHA.

Por tanto, no es posible pretender que la filiación en los casos de maternidad subrogada esté regulada conforme al régimen general dado que su particular modo de proceder, exige una regla distinta como es el artículo 182 del Código Civil que determina la filiación derivada de estas técnicas.

De ahí que, no nazca un nuevo estatuto de filiación, una especie de *tertium genus*<sup>37</sup>, distinta tanto de la filiación por naturaleza como de la figura de la adopción pues la maternidad subrogada es al igual que la adopción, filiaciones formales o jurídicas.

Esto se ve confirmado en la sentencia chilena en causa sobre impugnación y reclamación de maternidad, RIT C-4907-2018, al sostener que:

Sin embargo, no hay tal antinomia, por cuanto los artículos 182 y 183 regulan casos distintos. Mientras el artículo 182 se refiere a la filiación por técnicas de reproducción humana asistidas, el artículo 183 se refiere a la filiación por naturaleza. El parto, en uno y otro caso, aparece asociado a la determinación de la maternidad pero de manera distinta; así, para el artículo 182 la madre es la mujer que se sometió a la técnica e indudablemente contiene el caso de que sea la misma mujer la que ha dado a luz, aunque queda dentro de una zona opaca el caso de que quien haya dado a luz sea la madre sustituta de aquella que se sometió a la técnica; pero, no obstante, falta el desarrollo normativo sobre la forma de determinación de esta maternidad<sup>38</sup>.

En esta misma línea argumental, en causa sobre impugnación y reclamación de maternidad, y analizando el único artículo referido a las TRHA señala la sentencia chilena RIT C-7246-2017, que

---

<sup>37</sup> Se trata de una locución latina que significa a mitad de camino entre dos cosas

<sup>38</sup> Sentencia del Segundo Juzgado de Familia de Santiago, causa sobre Impugnación y reclamación de maternidad, RIT C-4907-2018, 3 de diciembre de 2018, Chile. Considerando decimo.

En nuestro país no se ha legislado en forma integral sobre las Técnicas de Fertilización Humana Asistida. El único artículo que se refiere al tema es el artículo 182 del Código Civil que señala 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”, agregando en su inciso 2º “no podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta”.

Este artículo señala que los padres del niño serán el hombre y la mujer que se sometieron a estas técnicas, constituyendo una excepción al *principio de la primacía del criterio biológico* para determinar la filiación. En este caso se establece una filiación legal, que puede o no ser distinta de la biológica, pero que prima sobre ella<sup>39</sup>.

De este modo, ambas sentencias que resuelven casos de maternidad subrogada altruista y familiar respectivamente, aciertan en el centro de la discusión al distinguir un nuevo estatuto de filiación, sin embargo el elemento que lo determina es genético confirmado por aquella verdad derivada de las conclusiones del examen de ADN.

Conclusiones que si bien demuestran el aporte genético de los comitentes al proceso artificial de reproducción, facilitando con ello la determinación de la filiación del niño fruto de esta TRHA, no debe este elemento ser exclusivo y excluyente sino complementario en el juicio al momento de evaluar la *voluntad procreacional*.

Esta complementariedad permite afirmar que las TRHA pertenecen a un estatuto filiativo autónomo fundado en la *voluntad y libre consentimiento* de los sujetos intervinientes, aspecto que ya han considerado algunas regulaciones latinoamericanas como la Argentina que en su artículo 562, sobre *voluntad procreacional* señala:

Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro

---

<sup>39</sup> Sentencia del Segundo Juzgado de Familia de Santiago, causa sobre Impugnación y reclamación de maternidad, RIT C-7246-2017, 8 de enero de 2018, Chile. Considerando Sexto.

del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos<sup>40</sup>.

Es decir la norma Argentina permite dar respuesta no sólo a la filiación de los niños nacidos de TRHA heterólogas, donde el material genético proviene de un tercero distinto de los comitentes, sino también a los casos de TRHA homologas, donde el material genético es aportado por los comitentes.

Decisión plasmada en una regulación cuyos argumentos se relacionan dialécticamente entre *aspectos técnicos, culturales y de organización social*, que pone especialmente de manifiesto el papel que estos elementos juegan en las representaciones colectivas sobre la reproducción cuando se reflejan en las instituciones familiares, a través de la filiación, sea desde el punto de vista jurídico o más allá de éste.

De ahí que el aporte genético no determine la filiación de las personas nacidas por TRHA sino la *voluntad*. Por ello, una regulación o decisión judicial basada meramente en el aspecto genético afecta al niño y su interés superior generando situaciones desiguales y discriminatorias obligándolo a vivir en un entorno familiar que no le corresponde. En el mismo sentido, afecta la voluntad de los comitentes que recurren a este procedimiento en especial su *derecho a procrear* o formar familia.

Esta exigencia se ve confirmada en sentencia chilena sobre impugnación y reclamación de maternidad, RIT C-4907-2018, al evaluar el derecho a la identidad del hijo concebido a partir de esta TRHA, señalando que:

De este modo, una persona cuya identidad biológica no sea concordante con su identidad social y legal, por causa de que el Estado o la sociedad no le reconozcan tal concordancia, constituye una infracción al deber de respeto, garantía y promoción a que se ha aludido; de ahí que en materia de filiación no existan trabas en cuanto a poder indagar la verdadera

---

<sup>40</sup> ARGENTINA. Código Civil y Comercial de la Nación, Artículo 562, 2014, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Presidencia de la Nación p. 100.

filiación que se tiene, entendiendo por “verdadera” aquella que pueda ser concordante desde lo biológico con lo social y legal<sup>41</sup>.

Concordancia cuyo respeto se explica por el escenario en que nos sitúan las TRHA, cuyo estatuto autónomo se distingue de la filiación por naturaleza y la adoptiva porque:

(...) carecen de este elemento, la inmediatez de la relación sexual (...) ausente en [ellas] (...) permiten criopreservar embriones y/o material genético de las parejas o de las personas por tiempos prolongados, lo que nos lleva a una realidad: la posibilidad de que los deseos de paternidad/maternidad y las situaciones de las parejas cambien entre el inicio de un tratamiento y el fin. (...) [Por último] hacen posible la disociación entre el elemento biológico, el genético y el volitivo, cobrando éste último primacía<sup>42</sup>.

Primacía que vincula, como ya se apuntó, con el *derecho del recién nacido a conocer sus orígenes o derecho a la identidad* que desde la doctrina se ha intentado conceptualizar, y para la TRHA que nos ocupa la del autor Zannoni es la más adecuada al distinguir tres ámbitos del mismo: *identidad biológica* compuesta por la identidad genética o patrimonio genético que hereda, *identidad física*, que comprende rasgos externos y *la identidad existencial* compuesta de creencias y configuración interna de cada individuo<sup>43</sup>.

Ámbitos que permiten reflexionar acerca del tradicional paradigma de vincular la identidad con lo biológico, comprendiendo ésta en su sentido dinámico<sup>44</sup>, el cual debe ser considerado por una eventual regulación sobre la maternidad subrogada que concilie la voluntad de los comitentes junto al derecho del recién nacido a conocer sus orígenes, solución que bien plasma el artículo 563 del nuevo Código Civil y Comercial Argentino, al abordar el Derecho a la información de las personas nacidas por TRHA, indicando que:

---

<sup>41</sup> Sentencia del Segundo Juzgado de Familia de Santiago, causa sobre Impugnación y reclamación de maternidad, RIT C-4907-2018, 3 de diciembre de 2018, Chile. Considerando décimo tercero.

<sup>42</sup> De la Torre, Natalia, Las técnicas de reproducción humana asistida: una tercera causa fuente filial, Rubinzal Culzoni. **Citado en** Iturburu, Mariana- Salituri, María Martina y Vásquez, Mariana. La regulación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en la Argentina: voluntad procreacional y consentimiento informado., Artículo de Revista, p. 7.

<sup>43</sup> Concha, Paulina. Derecho a la identidad en la reproducción asistida. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Facultad de Derecho. 2013, p.7.

<sup>44</sup> Famá, María Victoria. Padres como los demás.. Filiación y homoparentalidad en la Ley 26.618 de matrimonio igualitario, AP/DOC/1948/2012, p.2.

*“La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento”<sup>45</sup>.*

Derecho a la información de las personas nacidas por TRHA referido a su identidad genética y cuyo uso determinará los requisitos para su entrega, consagrados en el artículo 564 del nuevo Código Civil y Comercial Argentino, al abordar el contenido de la información, los cuales son dos: (...) **a)** obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud; **b)** revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local<sup>46</sup>.

Otro aspecto interesante de abordar es la referida a la *voluntad de la madre gestante*, durante el proceso que comprende la maternidad subrogada, y que vincula con el carácter del consentimiento prestado por los intervinientes cuyos compromisos deben haber sido obtenidos de *forma previa, libre e informada*.

Carácter que bien contempla la normativa del nuevo Código Civil y Comercial Argentino, al regular el consentimiento en las TRHA, prescribiendo el artículo 560 que: *“El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones”*.

Agrega, el artículo 561 del referido Código, la forma y requisitos del mismo señalando que: *“La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El*

---

<sup>45</sup> ARGENTINA. Código Civil y Comercial de la Nación, Artículo 563, 2014, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Presidencia de la Nación p. 100.

<sup>46</sup> ARGENTINA. Código Civil y Comercial de la Nación, Artículo 564, 2014, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Presidencia de la Nación p. 100.



*consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión*”<sup>47</sup>.

Esta última norma comprueba la necesidad que la *voluntad procreacional* este registrada en un documento legal, muchas veces bajo a una figura contractual entre las partes, permitiendo con ello probar no sólo las motivaciones de los comitentes sino el respeto a los derechos que le asisten a la madre gestante, los cuales analizaremos más adelante.

Por otro lado, el estado civil de la madre gestante es indispensable de abordar y verificar considerando también el consentimiento de su cónyuge o conviviente, según corresponda a la realización de esta TRHA dada la normativa vigente, y que en palabras de María Cárcaba se plantea que:

El Derecho de Filiación no es el único afectado dentro del Derecho Privado, no faltan las implicaciones de carácter matrimonial ante la posibilidad de consentir unilateralmente que se realicen prácticas que, no consentidas por el otro cónyuge, pueden estimarse atentatorias contra el debido respeto mutuo consagrado en el Art. 67 del Código Civil; e incluso según algunos autores a la obligación de fidelidad, susceptibles de incluirse también dentro del concepto de conducta injuriosa o vejatoria, recogidas como causas de separación en el Art. 82 del Código Civil<sup>48</sup>.

En este contexto, tanto el ejercicio del *derecho a procrear* definido como: “*aquella facultad de tener un hijo cuando se quiera, como se quiera y en cualquier circunstancia*”<sup>49</sup>, como la *voluntad procreacional*, requieren de un examen exhaustivo en relación a las posibilidades de exigirlo a un tercero, esto es la madre gestante, de ahí que en el último tiempo se ha señalado a propósito de la discusión que:

---

<sup>47</sup> ARGENTINA. Código Civil y Comercial de la Nación, Artículo 561, 2014, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Presidencia de la Nación p. 100.

<sup>48</sup> Cárcaba María. Los problemas Jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana, Barcelona, José María Bosch, 1995, p. 36. Al respecto, el artículo 67 del Código civil español señala: “El marido y la mujer deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia”.

<sup>49</sup> Meulders-Klein, Marie- Thérèse. Le droit de L'enfant face au droit a l'enfant et les procréations medicalment assistées. EN: Revue Trimestrielle de Droit civil 87, Octubre de 1988, p. 645.

Aunque de forma coloquial se hable de un “derecho a la reproducción”, en puridad este no existe, al menos de momento. (...) Sólo cuando existe esa posibilidad de imposición coactiva de la prestación estamos en presencia de un derecho. En el caso de la autonomía reproductiva, se trata más bien de una libertad que permite a las personas planificar su propia vida reproductiva libre de interferencias externas<sup>50</sup>.

Sin perjuicio de lo anteriormente advertido, cuando se recurre a la maternidad subrogada ya sea de tipo altruista u onerosa se está ejerciendo el *derecho a procrear*, sin embargo cuando dicha técnica asume una modalidad contractual serán no sólo las condiciones y cláusulas del acuerdo sino un análisis que considere tanto la autonomía individual como el contexto social de la madre gestante, las que determinarán en el caso concreto si efectivamente la subrogación de la maternidad se practicó libre de coacciones externas y con un consentimiento debidamente informado.

Será entonces tarea del sentenciador ante casos no regulados por el derecho o del legislador cuando evalúe una posible regulación normativa, considerar no sólo el contexto social de la *madre gestante* sino que también el contenido de aquella autonomía reproductiva derivada del *derecho a procrear*.

Por ello, respecto a la autonomía reproductiva se ha planteado que: “(.) *el consentimiento por si mismo no legitima todas las conductas y que la autonomía no es el único principio que debe ser tomado en consideración, pues ambos resultan claramente insuficientes si median circunstancias de desigualdad entre las partes y en contextos de inequidad*”<sup>51</sup>.

Desigualdad que podría verse corregida con lo planteado por Marta Nussbaum (2000) quien sostiene que el ejercicio de la autonomía debe cumplir con un mínimo social que involucra la existencia de una serie de capacidades que debe poseer el individuo para elegir un bien.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> Casado, María y Navarro Michel, Mónica. Universidad de Barcelona. Observatorio de Bioética, Documento sobre Gestación por sustitución, Barcelona, 2019, p. 34.

<sup>51</sup> Casado, María y Navarro Michel, Mónica. Universidad de Barcelona. OBSERVATORIO DE BIOETICA, Documento sobre Gestación por Sustitución, Barcelona, 2019, p. 36.

<sup>52</sup> Nussbaum, M, 2000, (2012), Las Mujeres y el desarrollo humano: el enfoque de las capacidades. (versión electrónica) Barcelona, Herder Editorial.

Es decir, donde se verifique por la madre gestante la satisfacción de la autonomía local que deberá estar correlacionada por la existencia de condiciones mínimas externas propiciadas por una legislación que determine las consecuencias, pérdidas y ganancias de los sujetos involucrados con una previa y adecuada asesoría por parte de un órgano estatal o privado que informe sobre las alternativas disponibles frente a la opción que tendrá la mujer de convertirse en *madre gestante* considerando su contexto social y económico<sup>53</sup>.

Por ello, en la variante altruista de la maternidad subrogada cuando se analiza la *voluntad procreacional* se sostiene que: “Resultaría difícil que una mujer con voluntad de prestar su vientre se lo alquile a una pareja extraña, es más probable que esa mujer que actúa voluntariamente o individuo conocido o a un familiar de confianza”<sup>54</sup>.

Esto último, confirma el *aspecto solidario* de la maternidad subrogada que en el tipo altruista y familiar, las motivaciones no se centran en el lucro, sino que se fundan en el amor desinteresado<sup>55</sup>.

En efecto, cuando el contrato de maternidad subrogada de interés altruista entra en escena, donde los sujetos involucrados están motivados por la solidaridad libre de intenciones comerciales, el respecto a la libertad se torna central, sin perjuicio que el procedimiento sea el mismo que cuando se estipula un precio.

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

El control despótico y la capacidad de modificar la propia corporalidad sexual pasan a constituir la esencia de la dignidad humana. De manera que el ser humano es digno porque el propietario de sí mismo, y su propiedad es, además, absoluta; y

---

<sup>53</sup> Cfr. en Álvarez, Plaza, C. Sexo sin reproducción y reproducción sin sexo. Sexualidad y salud reproductiva de los donantes de semen y óvulos. Revista de Dialectología y Tradiciones Populares, vol LXX, N° 2, pp.55-58.

<sup>54</sup> Carbajal, Roció. Análisis de la Maternidad Subrogada en Argentina. Una mirada extensiva a países de América Latina, Trabajo de Graduación, Universidad de San Andrés, Departamento de Derecho, 2014, p.28.

<sup>55</sup> Se cita en este sentido un caso ocurrido en Italia, en que a una joven de veinte años se le implanta un embrión formado por fecundación in Vitro con el óvulo de su madre y con el espermatozoide del compañero de la madre. Una vez nacida la criatura, la hija portadora se lo entrega a su madre, quien lo había encargado.

precisamente porque “*tiene*” – y no “*es*”- un sexo, su carácter sexuado no pertenece a su identidad sexual<sup>56</sup>.

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

Sin embargo, este planteamiento no es del todo pacífico sobre todo cuando se señala que “*aunque exista una aceptación libre por parte de la persona, ello no desvirtúa la calificación del acto atentatorio de la dignidad. En cuanto valor informante del Ordenamiento se impone indudablemente cualquiera que fuera la actitud del sujeto*”<sup>57</sup>.

Argumento que no compartimos dado que la dignidad adquiere un carácter flexible y móvil, permitiendo integrar a las distintas fuerzas sociales y políticas hacia el futuro, lo que supone una permanente adecuación del concepto de dignidad con la realidad social, en virtud del cual el texto literal de la norma constitucional se mantiene, pero sus contenidos se van transformando de acuerdo con las necesidades y aspiraciones de la persona humana<sup>58</sup>.

Así las cosas, el problema de la determinación de la maternidad parece ser la clave en esta TRHA pues fruto de la maternidad es que nacen las obligaciones para con el hijo que verá ante sus ojos tres maternidades: la gestacional<sup>59</sup>, la biológica y la psicológica<sup>60</sup>, cuando ejerza su *derecho a la identidad*.

---

<sup>56</sup> Arregui, J. V. La Homologación al matrimonio las parejas de hecho. EN: Nuestro Tiempo I/II, 1995, p.p 115- 116

<sup>57</sup> González, Pérez, Jesús. La dignidad de la persona. Editorial Civitas, 2011, pp.113-114.

<sup>58</sup> Dau Lin, Hsu, Die Verfassungswandlung. Berlin and Leipzig, Walter de Gruyter & Co; 1932, p 32. Citado en Landa, Cesar. Dignidad de la Persona Humana. Cuestiones Constitucionales, Julio- Septiembre, Número 007, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, p. 125.

<sup>59</sup> Aquella que porta el embrión durante todo el tiempo que dura la gestación atravesando los trastornos del embarazo y dando a luz al concebido.

<sup>60</sup> Contempla a una tercera persona interesada que es totalmente ajena al concebido pero quien tiene el sentimiento y aspiración de ser madre por medio de otra mujer.

La referencia a estas tres maternidades; por un lado la gestacional que deriva de la madre subrogada y la psicológica, que vincula con la madre subrogante, expresa el conflicto que se originaría si la primera por ejemplo se negara a entregar al niño aduciendo ser ella la madre, so pretexto de haber firmado un contrato que señala lo contrario<sup>61</sup>.

### ***Voluntad procreacional y personas solteras***

El tema de la titularidad del *derecho a procrear* y su determinación repercute en el acceso a las TRHA, entre ellas la maternidad subrogada, no sólo a las parejas heterosexuales, homosexuales- casadas o conviviendo- sino que también a la mujer y hombre solteros, gracias a los principios de igualdad y trato no discriminatorio contenidos en instrumentos nacionales e internacionales de derechos humanos.

Es por ello, y en virtud de lo anterior, que resulta coherente que en la práctica los titulares de la técnica de la maternidad subrogada, sean parejas heterosexuales y homosexuales donde se evidencia: *“un fuerte deseo de descendencia y familia, en cierta medida marcada por la frustración de no haber cumplido con los roles de género o de institución familiar a causa de impedimentos físico- biológicos”*<sup>62</sup>.

De ahí que, resulte interesante abordar el caso de los hombres solteros o de orientación homosexual que recurren a la técnica de la maternidad subrogada gestando hijos a partir de su propio esperma. Se trata en definitiva del mismo *derecho a procrear* pero ejercido con mayores dificultades que si lo hiciera una mujer sola, por requerir de un útero gestador<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> Resulta interesante la manera en que se ha pronunciado la Supreme Court de California en el caso *Elisa B. v. Sup. Ct* afirmando en su sentencia que si la decisión de hacer nacer a los gemelos tuvo origen en la voluntad conjunta de Elisa y Emily de ser madres y si ambas se comportaron como tales durante dos años, Elisa no puede esgrimir que el final de su relación permite desatenderse de sus responsabilidades hacia los niños. El criterio para resolver se basa en el precedente *Johnson v. Calvert* (May 20,1993, 5Cal. 4th 84; 851 P.2d 776) que, en un caso de maternidad subrogada, resolvió que la maternidad genética y gestacional no coinciden en una misma mujer, madre es la que tuvo la voluntad de traer un hijo al mundo y criarlo como propio. Véase en Farnós, Esther y Garriga, Margarita. *¿Madres? Pueden ser más de una*. En: *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2005, p. 2-3.

<sup>62</sup> Amador, Mónica. *Biopolíticas y biotecnologías: Reflexiones sobre la maternidad subrogada en India*. EN: CS, Colombia, Número 6, julio-diciembre, 2010, p. 207.

<sup>63</sup> Cfr. en Gómez, Yolanda. *El derecho a la reproducción Humana*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 69.

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

En el caso de la mujer, ella tiene derecho a ser inseminada con espermatozoides de donador conocido o anónimo, pero en el caso del hombre ¿cómo se hará efectivo su derecho a la procreación? ¿tiene derecho a que se le proporcione un útero para que gesticione su carga genética cuando sea soltero o, si es casado, y su esposa esté incapacitada médicamente para llevar a cabo una gestación?<sup>64</sup> (...) [Esto último se explica porque en] el caso de los varones es un poco más complicado porque, por el momento, la concurrencia de una mujer gestante sigue siendo imprescindible para la existencia del hijo<sup>65</sup>.

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

Se sabe que, ocasionalmente, el embrión puede implantarse primaria o secundariamente en la cavidad peritoneal y desarrollarse el feto hasta ser viable; este tipo de gestación se denomina embarazo abdominal (...) Teóricamente existe la posibilidad de transferir un embrión dentro de la cavidad abdominal de un hombre; para ello, el soporte hormonal para proteger el desarrollo de la gestación durante las primeras semanas debería hacerse mediante terapia sustitutiva; una vez desarrollado el trofoblasto, el control endocrino de la gestación no requiere la función ovárica, ya que es asumido por la placenta<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Bresna, Ingrid. Algunas consideraciones en torno al derecho a la reproducción por medio de la inseminación artificial. EN: Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Biblioteca Virtual Mexicana. [en línea] <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/82/art/art2.htm> [consulta: 17 de septiembre de 2019]

<sup>65</sup> Pascucci, Enrico. Algunas consideraciones en torno a las técnicas de reproducción humana asistida. EN: Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales Saberes, Volumen I, Año 2003, Universidad Alfonso X El Sabio, España, p. 10.

<sup>66</sup> De la Fuente, P. Presente y futuro de la fertilización in Vitro y transferencia de embriones. EN: Ingeniería Genética, Marino Barbeo Santos, 1era Edición, Madrid, 1989, p. 101. Citado en Gómez, Yolanda. El derecho a la reproducción Humana. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 69.

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

La técnica se denomina ectogénesis, que mediante la implantación de células que integran la mucosa de la matriz femenina forma, junto a embriones humanos, el ambiente idóneo para el desarrollo gestacional externo. Para mayor entendimiento de lo que esto significa es menester conocer la entrevista de Helen Hung-Ching Liu, experto en ectogénesis y asistencia reproductiva, quien el año 2001 señaló que:

Mi meta final es lo que llamo un “útero artificial”. Yo quiero ver si puedo desarrollar un dispositivo externo con las células endometriales y entonces probablemente con un sistema computacional simular la alimentación en el medio y fuera del medio, simulando la corriente abrupta y también tener un chip controlando el nivel hormonal... Entonces quiero usar un computador que nos ayude a hacer esto, y de lograrse, posiblemente tengamos úteros artificiales y así poder gestar a un bebe a término<sup>67</sup>.

### **Panorama normativo en Chile sobre filiación y TRHA.**

Nuestro sistema de filiación reconoce tres fuentes de filiación, a saber, la filiación por naturaleza descrita en el artículo 179 del Código Civil, con su subclasificación en matrimonial y no matrimonial, y que tiene su causa en la existencia de relaciones sexuales entre los progenitores mediante las cuales se concibe al hijo o hija<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> Liu, H.H.C (2001). Engineering Endometrial Tissue: Interview with Helen Liu, URL (Consulted 17 de June 2005) Citado en Aristarkhova, Irina. Ectogenesis and Mother as Machine. EN: Body and Society, Volumen 11 (3), Londres, 2005, p. 46. (la traducción es mía)

<sup>68</sup> El artículo 179 del Código Civil Chileno señala que: La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial. La adopción, los derechos entre adoptante y adoptado y la filiación que pueda establecerse entre ellos, se rigen por la ley respectiva.

Luego, la filiación adoptiva que se genera a partir de la declaración de adopción de un niño, niña o adolescente, respecto del padre y madre adoptivos, creando filiación como vínculo jurídico en que se les reconoce como padres del hijo o hija.

Finalmente, encontramos la filiación derivada de las TRHA, que admite varias modalidades entre ellas la llamada fertilización in vitro (FIV), permitiendo incluir a la maternidad subrogada<sup>69</sup>.

Una vez distinguida una tercera clase de filiación en el ordenamiento jurídico chileno, fundada en el artículo 182 del Código Civil advirtiéndose 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”*, surge la interrogante con dicha norma ***¿es posible interpretar que dicho artículo reconoce la voluntad procreacional?***

La respuesta se construye considerando las particularidades de las TRHA, ya referidas, en especial la maternidad subrogada y por otro la falta de regulación legal que la prohíba o la permita. *Voluntad procreacional* que reconoce la sentencia chilena sobre impugnación y reclamación de maternidad, RIT C-4907-2018, evaluando la norma en cuestión al decidir sobre la filiación del hijo concebido a partir de esta TRHA, señalando que:

(...) el tipo de filiación descrito ocupa un lugar dentro de la clasificación general a que se ha aludido, pero carece de desarrollo normativo particular en cuanto a la forma en que se determina la maternidad o paternidad para dicho caso especial de filiación. La única referencia a eventuales acciones de filiación ligada a ella, son las que aparecen en el inciso segundo del mentado artículo 182, a modo de obstáculo a las acciones de reclamación e impugnación de quien pretenda accionar en contra del hombre y mujer que se sometieron a dichas técnicas. Esta parte de la disposición no significa que los padres que se sometieron a las técnicas carezcan de acción, al revés, la ley les protege de cualquier iniciativa de terceros que pretendan presentarse como los verdaderos padre o madre, por

---

<sup>69</sup> El artículo 182 del Código Civil Chileno señala: “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”. Luego en su inciso segundo se agrega que “No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta”.



ejemplo, por haber aportado el óvulo o espermios utilizados en el proceso de fecundación<sup>70</sup>.

Así las cosas, actualmente la falta de regulación legal en Chile respecto a la maternidad subrogada obliga a utilizar un procedimiento contencioso cuyo objeto nos permite determinar la filiación del niño o niña fruto de esta TRHA.

En mi opinión, desde el lenguaje que crea realidades considerando el aspecto psicológico del proceso, resulta ofensivo que en casos de maternidad subrogada altruista y familiar tenga la calidad de demandada la mujer que desinteresadamente y sin ánimo de lucro aporte su capacidad gestacional.

Sin embargo, ante la falta de una regulación normativa sobre TRHA en Chile, que incluya a la maternidad subrogada, dicho procedimiento contencioso que detenta sus particularidades permite *controlar, constatar y verificar* primero la existencia de dicha realidad y por otro el criterio jurídico del órgano jurisdiccional en cuanto la determinación de la filiación cuando se enfrenta especialmente ante casos donde no existe aporte genético de los comitentes.

Por tanto, contar con una legislación clara sobre TRHA permitirá abordar el tipo de procedimiento a seguir que pondere los derechos y deberes en juego de todos los intervinientes, brindando con ello seguridad jurídica no sólo respecto de la forma de determinación de la filiación del niño fruto de la maternidad subrogada, sino que también el tipo de procedimiento judicial, sea éste contencioso o voluntario el cual estará definido por el consentimiento o acuerdo al cual hayan arribado las partes.

Es decir, ante los casos de maternidad subrogada donde no exista controversia respecto del vínculo filial del niño o niña, o bien cuando las partes estén contestes de cumplir lo acordado en el contrato o documento donde se registraron los consentimientos de cada

---

<sup>70</sup> Sentencia del Segundo Juzgado de Familia de Santiago, causa sobre Impugnación y reclamación de maternidad, RIT C-4907-2018, 3 de diciembre de 2018, Chile. Considerando noveno.

uno, el procedimiento judicial tendrá carácter de voluntario cuyo objetivo será verificar el cumplimiento de los requisitos y condiciones señalados en la ley que eventualmente regule esta TRHA.

A contrario sensu, en las situaciones donde no exista acuerdo entre las partes intervinientes, por ejemplo respecto de la determinación de los gastos razonables de la madre gestante o cuando se produzcan situaciones que afecten el interés superior del niño, tales como que los comitentes o madre que gesto al niño/a mueren, el procedimiento será necesariamente el contencioso cuyo objeto principal será ponderar los derechos humanos involucrados, a saber el *derecho a procrear* y el *derecho del niño a contar con un entorno familiar que le beneficie*, circunstancias que el juez deberá considerar al momento de resolver.

### **Adopción y maternidad subrogada en Chile**

Desde otra perspectiva, y tomando en consideración la Ley 19.620 sobre adopción de menores que en su artículo 20 y 21 trata a los sujetos a quienes podrá otorgarse la adopción en Chile, señalando a los cónyuges chilenos y extranjeros y a la persona soltera, divorciada o viuda, *prefiriéndose en este último grupo al pariente consanguíneo del menor o quien tenga su cuidado personal*.

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

Puede existir una adopción prenatal desde el momento de la concepción, ello se podría utilizar en los casos en que se aceptaran las gestaciones de subrogación, lo que fue contestado por el Presidente haciendo notar que era algo distinto de la Adopción prenatal la gestación de sustitución, pues en esta lo que se pretende es

que una aportación genética de la pareja solicitante conduzca a un embarazo en la mujer sustituta<sup>71</sup>.

Sin embargo, no siempre la técnica de la maternidad subrogada se sirve del material genético de los comitentes configurando el tipo parcial y permitiendo perfectamente la práctica de dicha técnica al alero de la adopción del menor fruto de ella<sup>72</sup>.

La Adopción propiamente tal contempla dos procedimientos en Chile, el de susceptibilidad de adopción y la adopción definitiva del niño.

El primer procedimiento referido a la susceptibilidad de la adopción regulado en la ley 19.620 señala en su artículo 12 que: *“Procederá la declaración judicial de que el menor es susceptible de ser adoptado, sea que su filiación esté o no determinada, cuando el padre, la madre o las personas a quienes se haya confiado su cuidado se encuentren en una o más de las siguientes situaciones”*:

1. Se encuentren inhabilitados física o moralmente para ejercer el cuidado personal, de conformidad al artículo 226 del Código Civil.

2. No le proporcionen atención personal o económica durante el plazo de dos meses. Si el menor tuviera una edad inferior a un año, este plazo será de treinta días.

No constituye causal suficiente para la declaración judicial respectiva, la falta de recursos económicos para atender al menor.

3. Lo entreguen a una institución pública o privada de protección de menores **o a un tercero**, con ánimo manifiesto de liberarse de sus obligaciones legales. Los casos de abandono del menor en la vía pública, en lugar solitario o en un recinto hospitalario, se entenderán comprendidos dentro de la causal de este número. En dichos casos se

---

<sup>71</sup> Diario de Sesiones del Congreso, número 398, 6 de marzo de 1986, pp. 11859 -11860.

<sup>72</sup> En una línea argumental distinta se sostiene por Jaime Vidal Martínez que: “La Adopción responde a otros presupuestos y que la madre asiente a la misma como mal menor, y no como una verdadera renuncia a la maternidad que sería contraria al orden público” . Véase en Vidal, Jaime. Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida. Capítulo Segundo: La regulación de la reproducción humana asistida en el derecho español. Editorial Comares, Madrid, p. 121.

presumirá el ánimo de entregar al menor en adopción por la sola circunstancia de abandono<sup>73</sup>.

En este sentido, se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Puerto Montt señalando:

Que el hecho de que los menores se encuentren afectos a una medida de protección y bajo el cuidado de una Institución privada o persona distinta a sus padres, y que tal situación hay sido aceptada por éstos, no importa la configuración de la hipótesis legislativa contemplada en el numeral 3 del artículo 12 de la Ley N° 19.620, desde que, ésta exige el animo manifiesto de liberarse de sus obligaciones legales; componente subjetivo que estos sentenciadores no divisan en la conducta desplegada por los padres de los menores<sup>74</sup>.

Junto con el análisis de la norma precedente, el artículo 11 de la Ley 19.620 señala que: *“En el caso del menor a que se refiere la letra b) del artículo 8° [esto es el menor que sea descendiente consanguíneo de uno de los adoptantes, de conformidad al artículo 11] es su padre o madre, y sólo ha sido reconocido como hijo por él o ella, se aplicará directamente el procedimiento previsto en el Título III”*.

Señala además el mismo artículo que: *“Si el hijo ha sido reconocido por ambos padres o tiene filiación matrimonial, será necesario el consentimiento del otro padre o madre, aplicándose, en lo que corresponda, lo dispuesto en el artículo 9°”*.<sup>75</sup>

Lo anterior, permite aplicarlo para aquellos casos en que la adopción es solicitada por el cónyuge del comitente, esto es la madre intencional, que puede tener o no aporte genético respecto del hijo cuya filiación paterna se encuentra determinada y cuyo antecedente de haberse sometido a un procedimiento de maternidad subrogada en Perú será necesario probar en el juicio de susceptibilidad de adopción.

---

<sup>73</sup> CHILE, Ley 19.620, Dicta normas sobre Adopción de Menores. En Barrientos Grandon, Javier. Código de la Familia. Thomson Reuters, 2018, p. 678.

<sup>74</sup> CHILE, Ley 19.620, Dicta normas sobre Adopción de Menores. En Barrientos Grandon, Javier. Código de la Familia. Thomson Reuters, 2018, p. 677.

<sup>75</sup> CHILE, Sentencia Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 9 de julio de 2007, considerando 8°, LegalPublishing: CL/JUR/7267/2005, Rol N° 628-2005.

Sin perjuicio de las normas analizadas, la solución a estos casos y el procedimiento judicial aplicable, desde mi opinión no se enmarca en una adopción propiamente tal, dada la especialidad de esta TRHA, como es la maternidad subrogada donde la *voluntad procreacional* y el contexto que obliga a los comitentes a someterse a ella, permiten concluir que actualmente el camino legal a seguir será un procedimiento de impugnación y reclamación de maternidad, todo ello en virtud del desarrollo jurisprudencial del artículo 182 del Código Civil Chileno y el vacío legal existente sobre esta TRHA.

### **Autonomía, voluntad y derecho a procrear: Derechos de la madre gestante ante la regulación de la maternidad subrogada Altruista.**

Como ya se anunció el registro de la *voluntad procreacional* bajo la forma de un contrato exige que las cláusulas del mismo no vulneren los derechos de la madre gestante - en especial los que se refieren a esfera de la libertad<sup>76</sup>- dado que será la responsable de gestar al niño que nace de esta TRHA, por lo que soy partidario de la variante altruista ante una eventual regulación normativa<sup>77</sup>, dado que:

Ciertamente, no admite el mismo juicio ético el comportamiento de una mujer que decide llevar adelante de forma gratuita la gestación de un niño a partir de células reproductivas de su hermana, víctima de una enfermedad o deficiencia que le impide gestar el niño por

---

<sup>76</sup> Al respecto interesante es la sentencia Argentina de la provincia de Mendoza, que en causa caratulada OAV, GAC y FJJ sobre acción declarativa de filiación como medida autosatisfactiva el año 2015 al analizar las cláusulas del convenio de gestación por sustitución señala que: hay cláusulas en los que la mujer gestante se obliga a realizar o a asumir determinadas conductas (...) "*habitar siempre en un lugar determinado, o sujetar la elección del domicilio a la voluntad de un tercero, mudar o no mudar de religión, casarse con determinada persona, o con aprobación de un tercero, o en cierto tiempo, o en cierto lugar, o no casarse; vivir célibe perpetua o temporalmente; o no casarse con persona determinada o separarse personalmente o divorciarse vincularmente*" Es decir, se trata (...) de obligaciones de hacer o de no hacer que afectan la libertad de las personas, por lo que entiendo si deben ser declaradas nulas de nulidad absoluta. Véase en Sentencia del Primer Juzgado de Familia, Primera Circunscripción Judicial, Provincia de Mendoza, Argentina, Expediente N° 714/15/1F. 29 julio de 2019. Considerando sobre nulidad del convenio.

<sup>77</sup> Se ha señalado que ante una eventual regulación legal de la maternidad subrogada se debería considerar los requisitos de la adopción tales como: **1)** Un Certificado de idoneidad de los contratantes, **2)** Una Autorización Judicial para la formalizar sus efectos jurídicos relativos a la filiación y **3)** La intervención de un órgano público especializado a fin de asegurar el cumplimiento del contrato de maternidad subrogada. Al respecto es posible citar la Ley Chilena N° 19.620 -que dicta normas sobre adopción de menores- que establece condiciones para que opere en su artículo 12. Este criterio ha sido adoptado por algunos Estados de Estados Unidos, tales como Florida, Texas y California señalando por ejemplo que esta técnica está reservada exclusivamente a parejas heterosexuales, casadas o que la mujer gestante perciba una determinada compensación económica

si misma, que el de aquella otra mujer que se ofrece a llevar a cabo una gestación por encargo de una desconocida y a cambio de una suma de dinero<sup>78</sup>.

En este mismo orden de ideas, la sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-968 de 2009 resulta valiosa a la discusión dado que enumera los aspectos que debiera contener una eventual regulación de esta TRHA, estableciendo requisitos mínimos a considerar en este tipo de contratos señalando los derechos y deberes que le asisten a ambas partes<sup>79</sup>.

Lo anterior, implica necesariamente referirse a los derechos de la madre gestante, los que se detallan a continuación:

a) **Derecho exclusivo de la madre gestante a abortar** cumpliendo con los requisitos y causales establecidas por la legislación estatal donde se desarrolle el embarazo del niño fruto de esta TRHA<sup>80</sup>.

b) **Derecho a ser titular de los beneficios sociales derivados de la maternidad** que involucren netamente el proceso gestacional. Este derecho si bien es exclusivo de la madre gestante dado que será la encargada de llevar a término su embarazo, es perfectamente

---

<sup>78</sup> Sánchez, Rafael. La Gestación por Sustitución: Dilemas Éticos y Jurídicos, Revista Humanitas, (49), abril de 2010, p. 26.

<sup>79</sup> Entre los requisitos contenidos en la sentencia, ante una posible regulación de la maternidad subrogada se señalan: **1.-** Que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir. **2.-** Que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante. **3.-** Que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino altruista. **4.-** Que la mujer gestante cumpla con una serie de requisitos tales como la mayoría de edad, salud psicofísica y haber tenido hijos entre otros. **5.-** Que la mujer gestante cumpla tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo así como el acceso a evaluaciones psicológicas. **6.-** Que se preserve la identidad de las partes. **7.-** Que la mujer gestante una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material genético, no pueda retractarse de la entrega del niño o niña. **8.-** Que los padres biológicos no puedan rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia. **9.-** Que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al niño. **10.-** Que la mujer gestante sólo pueda interrumpir su embarazo por prescripción médica entre otros. Véase en ST Corte Constitucional Colombiana T-968-2009 [en línea] <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm> [consulta 16 de septiembre de 2019]

<sup>80</sup> En este sentido, es dable señalar un caso que tuvo lugar en Estados Unidos donde se acordó un contrato de maternidad subrogada entre una pareja estadounidense y una británica llamada Helen Beasley a la cual se le implantó un ovulo fecundado con el esperma del varón de la pareja, acordando pagarle a Helen 19.000 dólares (aproximadamente 10 millones de pesos chilenos). En el mismo contrato se contempló una cláusula donde se estipuló una reducción selectiva en caso de producirse un embarazo múltiple. Así las cosas, la madre subrogada quedó embarazada de gemelos, comunicándolo a la pareja comitente que ante esta situación solicitó que está se deshiciera de uno de los fetos al final de la decimotercera semana, amenazando con no pagar sus obligaciones comerciales, si ello se incumplía. Finalmente, Helen, la madre subrogada, decide dar a luz a ambos y no entregárselos a la pareja comitente. Véase en Souto, Beatriz. Dilemas Éticos sobre la Reproducción Humana. La Gestación de Sustitución. Proyecto de Investigación “Bioética y Derechos Humanos”, Universidad Complutense de Madrid, 8 de diciembre de 2006, p. 189.

posible extenderlo a la madre subrogante o intencional, considerando que la titularidad del *derecho a procrear* le corresponde a toda persona.

Titularidad que habilita a la madre subrogante a ser acreedora de beneficios sociales o licencias médicas, puesto que si bien ésta no lleva a término el proceso gestacional será la encargada de criar y cuidar al bebe fruto de este embarazo.

Dicho argumento ya fue utilizado por la Justicia Argentina que ante la solicitud de licencia por maternidad de una pareja lesbiana de policías resolvió que:

“la modificación normativa impactaría de modo esencial y mayoritariamente sobre aquellas parejas de mujeres lesbianas o en las que alguno de sus miembros es una persona trans y, por ende, cuenta con una madre no gestante” quien bajo la interpretación del órgano administrativo y dada la falta de regulación no tendría derecho de goce de la licencia por maternidad (sin perjuicio de señalar que tal consideración también afectaría a parejas heterosexuales que recurran a la denominada ‘maternidad subrogada’)<sup>81</sup>.

*Razonamiento que comparte la doctora en Derecho Aurelia Romero Coloma, al sostener que:* “en este tipo sui generis de filiación debe generar, necesariamente, derechos laborales a favor del sujeto comitente de dicha maternidad por encargo, traducido en el disfrute de la suspensión del contrato de trabajo y derecho a percibir, si se cumplen los requisitos exigidos, la consiguiente prestación por maternidad o paternidad a cargo de la Seguridad Social”<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> Sentencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 1, Poder Judicial de la ciudad de Buenos Aires, en causa E.B.A. y otros contra GCBA sobre Amparo – Impugnación – Inconstitucionalidad”, Exp. 481/2019-0, considerando IX.

<sup>82</sup> Romero Coloma, Aurelia. La maternidad Subrogada a la luz del Derecho Español. Editorial Dilex, 2016, p.119. En esta misma línea argumental se ha referido la sentencia española del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM) que reconoce a un progenitor homosexual el derecho a cobrar la prestación por maternidad correspondiente al cuidado su hija, nacida gracias a la técnica de maternidad subrogada El argumento central se funda al igualar esta situación con la de la adopción o al acogimiento, señalando que: “*Si en la adopción son sujetos directos del derecho a la prestación de maternidad los progenitores, cualquiera que sea su sexo, sin mayor vinculación que la relación jurídica que ha generado esa filiación por adopción o acogimiento, con igual o mayor razón sería extensible ese derecho a quienes, como el demandante, ostentan legalmente esa condición*”. Véase en línea <https://www.imferblog.com/la-justicia-reconoce-la-prestacion-por-maternidad-a-un-padre-gay-en-un-caso-de-gestacion-subrogada/> [ consulta 13 de septiembre de 2019].

Bajo este mismo orden de ideas el principio de interés superior del niño, concepto profundamente indeterminado definido como: *“aquel principio inspirador de toda la legislación relativa al menor y que no se concreta en una serie de derechos o garantías particulares, aunque lógicamente también los incluya. [ se trata en definitiva de] aspirar siempre a la consecución del bien superior del menor, por encima de otros intereses con los que pudiera entrar en conflicto*<sup>83</sup>.

Dicho concepto ha servido de argumento para conceder ciertos beneficios por parte de la Justicia Argentina, legitimando una situación de hecho con base a un determinado contexto familiar indicando que *“(…) una consideración especial del interés superior del niño, en tanto es claro que el goce de la licencia por maternidad se encuentra regulada también en beneficio de los niños y niñas (más allá de que constituya un derecho laboral) máxime si se tiene en cuenta que (…) una de las finalidades de la licencia solicitada es la de poder amamantar a su hijo e hija”*.

Finalmente, agrega que su decisión: *“propende a efectivizar la igualdad de los miembros de la familia (con independencia de su género) en el cuidado y asistencia de los hijos e hijas y su equidad en las funciones, coadyuvando a desarmar estereotipos sociales en cuanto a la preeminencia de cualquier progenitor/a frente a otro/a”*<sup>84</sup>.

Por ello, se sostiene que la maternidad subrogada aún más en su variante altruista y de la cual estamos contestes: *no viola el interés superior del niño debido a que nace en una familia que lo deseó y no hubiera existido de no haberse recurrido a [dicha técnica]. Por el contrario, el interés superior del niño exige la regularización (…) es decir, de un marco legal que lo proteja y le brinde seguridad jurídica (…)*<sup>85</sup>.

---

<sup>83</sup> Ostos, Martín, J. En torno al interés superior del menor. Anuario de Justicia de menores, 12. 2012, p.47.

<sup>84</sup> Sentencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 1, Poder Judicial de la ciudad de Buenos Aires, en causa E.B.A. y otros contra GCBA sobre Amparo – Impugnación – Inconstitucionalidad”, Exp. 481/2019-0, considerando XIII.

<sup>85</sup> Valdés, Caridad del Carmen, La maternidad subrogada y los derechos de los de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas. Anuario de la Facultad de Derecho, Volumen XXXI, 2014, p. 480.



La única manera de concretizar el derecho a la identidad del hijo nacido de esta técnica será establecer como regla el anonimato del donante de gametos cuando sea un tercero distinto a la pareja o persona que encarga este procedimiento. Dicha excepción rompe el principio que guía la mayor parte de la legislación que en materia de filiación referida al derecho a conocer los orígenes y verdad biológica, que en este caso pudiera afectar el *interés superior del niño*.

Por tanto, ante casos de maternidad subrogada *el interés superior del niño*, cuyo contenido es profundamente indeterminado, debe evaluarse desde los comportamientos y motivaciones de los sujetos involucrados cuyo uso como argumento no debería resguardar una particular visión moral de lo que entendemos como familia<sup>86</sup>.

Postura que comparte la Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia en causa N° C-577-2011 concluyendo que:

la noción de familia que contempla la Constitución es amplia, pues además de las formas que eran ya tradicionales en Colombia protege otras”, como las creadas por “ la voluntad responsable de conformarla, por una mujer cabeza de familia” Agrega que: “ la protección que en sentencias tales como C-075 de 2007 y la C-029 de 2009 se les reconoció a las parejas del mismo sexo, se planteó desde la perspectiva de sus derechos y a partir de lo que previamente se había reconocido a favor de los integrantes de las uniones maritales de hecho y que ese reconocimiento favorable a las parejas homosexuales ha llevado a que se proteja su unión de hecho<sup>87</sup>.

**c) Derecho de la madre gestante a renunciar a sus obligaciones con el niño ante la muerte de los padres intencionales o desistimiento de alguno de ellos** una vez iniciado el proceso gestacional. Este último derecho, dada su importancia lo abordaremos a continuación en un apartado anexo dedicado a la renunciabilidad.

---

<sup>86</sup> Esta idea fue parte del razonamiento de la sentencia que dictó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo y niñas vs Chile donde se señaló que la decisión de tener una familia forma parte de la autonomía y la identidad de una persona. Véase en línea <http://www.humanas.cl/wp-content/uploads/2014/11/Caso-Atala-Riffo-y-niñas-vs-Chile-2012.pdf>

<sup>87</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia en causa N° C-577-2011, (26/07/2011). Véase en línea <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-577-11.htm>

### **Autonomía reproductiva, renunciabilidad y posición de la madre gestante.**

Como bien lo anunciamos la cuestión asociada a la titularidad de los derechos fundamentales aplicables también a la autonomía reproductiva es la relativa a su renunciabilidad. En el caso de la mujer gestante se trataría de la renuncia a la maternidad y la mujer comitente o intencional estaría renunciando a llevar a cabo el proceso gestacional, ya sea por causas ajenas a su voluntad o imputables a ésta.

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

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

(...) En la maternidad subrogada falta esa voluntad [de procrear] por parte de la mujer gestante, la cual debe asumir el hecho de que la criatura nacerá porque su madre biológica, y no ella, lo desea. A esto hay que añadir que en la maternidad subrogada no ha habido relaciones sexuales: el embarazo es consecuencia de la intervención de un equipo médico, que también obra de acuerdo con la voluntad de la madre biológica<sup>88</sup>.

---

<sup>88</sup> Pascucci, Enrico. Algunas consideraciones en torno a las técnicas de reproducción humana asistida. EN: Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales Saberes. Volumen I, Año 2003, Universidad Alfonso X El Sabio, España, p. 10.

Así las cosas, y en esta misma línea argumental se ha sostenido que: “*la cuestión se debe centrar en el hecho de si la gestación es una etapa imprescindible de la procreación, o si, por el contrario, se puede procrear sin asumir la gestación (...)*”<sup>89</sup>. Vale decir, y desde nuestra interpretación, lo que se desprende de esta advertencia es si, efectivamente, es posible la autonomía reproductiva cuando no se asume la gestación.

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

En cuanto al derecho mismo, resulta evidente que no es posible su renuncia como acto abdicativo que separe al derecho de su titular (...) sin embargo, una cuestión radicalmente distinta es la relativa al ejercicio de un derecho. Forma parte del contenido mismo de los derechos, en sentido estricto, y de las libertades, el que su titular pueda no hacer ejercicio de ellas hasta el punto de desprenderse de su contenido<sup>90</sup>.

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

Ahora bien cuando nos toca abordar el tema de la renunciabilidad al hijo por parte de la *madre gestante* en este proceso la postura pese a las críticas es entenderla como un derecho la mujer que gesta puesto que se presenta como una posibilidad ante el derecho que debe reconocérsele de arrepentirse de hacerlo teniendo en cuenta la manera en que llevara a cabo su embarazo y el vínculo que pueda establecer con el niño que gesta por encargo de la persona o pareja que lo siente como su hijo.

---

<sup>89</sup> *Ibidem*, Pascucci, p.14.

<sup>90</sup> Aldunate Lizana, Eduardo. La Titularidad de los Derechos Fundamentales. EN: Revista de Estudios Constitucionales, Chile, p. 200.

Se trataría en definitiva de dos derechos que tiene toda madre gestante, el primero referido a la renunciabilidad de la filiación del hijo que gesta, que implica facilitar un eventual proceso de adopción por parte de la pareja heterosexual u homosexual, hombre o mujer soltero intencional o bien renunciando a la maternidad conforme a la legislación y requisitos exigidos por ésta según sea el país donde esto ocurra.

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

Supondría un paso hacia la contractualización de la filiación fragmentándola al reconocer un derecho al abandono de un niño al nacer y autorizando a la madre a deshacerse de sus deberes y responsabilidades hacia su progenitura (...) asimismo contradice la esencia de la maternidad que es indivisible e intransmisible borrando el vínculo con el embarazo, el alumbramiento y la maternidad, negando así la importancia de los intercambios intra-uterinos entre la mujer embarazada y el embrión<sup>91</sup>.

Con todo, pese a la renuncia que realiza la madre gestante del niño que gesta, a favor de quien lo encarga, tendrá el derecho más no la obligación de mantener una relación directa y regular con él, si se configura al menos una de las siguientes situaciones, tales como:

a) Que no exista pago que involucre lucro de parte de la madre gestante. Salvo los gastos propios del embarazo y las pérdidas de dinero referidas a las remuneraciones que dejó de percibir por el proceso gestacional<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup> Universidad de Navarra. Montero, Etienne. Legalizar los vientres de alquiler no es coherente con el derecho de filiación. 2010, [ en línea][https://www.unav.edu/en/web/facultad-de-medicina/detalle-noticia-futuros-alumnos-pestana?p1\\_id=498492&articleId=279218&tituloNoticia=legalizar-los-vientres-de-alquiler-no-es-coherente-con-el-derecho-de-filiacion?fechaNoticia=01-06-2010&articleId=279218&tituloNoticia=legalizar-los-vientres-de-alquiler-no-es-coherente-con-el-derecho-de-filiacion?fechaNoticia=01-06-2010?fechaNoticia=null](https://www.unav.edu/en/web/facultad-de-medicina/detalle-noticia-futuros-alumnos-pestana?p1_id=498492&articleId=279218&tituloNoticia=legalizar-los-vientres-de-alquiler-no-es-coherente-con-el-derecho-de-filiacion?fechaNoticia=01-06-2010&articleId=279218&tituloNoticia=legalizar-los-vientres-de-alquiler-no-es-coherente-con-el-derecho-de-filiacion?fechaNoticia=01-06-2010?fechaNoticia=null) [ Consulta: 12 de abril de 2019]

<sup>92</sup> En este sentido, es posible advertir el caso de Ángela una madre gestante que cobró por el arriendo de su útero correspondiente a una suma compensatoria producto de los meses de inactividad laboral durante su embarazo, ya que sus razones fueron estrictamente altruistas. Véase en EL PAIS DIGITAL, Tercera edición, 23 de octubre de 1997, “Una madre de alquiler da a luz a dos gemelos de dos parejas distintas”. Citado en Pascucci, Enrico. Algunas consideraciones en torno a las técnicas de reproducción humana asistida. EN: Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales Saberes, Volumen I, Año 2003, Universidad Alfonso X El Sabio, España, p. 16. En este

- b) Que se trate de una maternidad subrogada de tipo familiar.
- c) Que se haya acordado previamente al momento de celebrar el contrato dicha posibilidad, entendida como un derecho de la madre gestante y no del hijo nacido de dicha técnica.

El segundo derecho implica la posibilidad de **revocar el consentimiento inicial de entregar al niño que gesta**, que es coherente con lo que se ha planteado respecto al uso de su propio cuerpo y el contenido de su autonomía reproductiva derivada del *derecho a procrear*. Esta facultad se reafirma cuando existe aporte de material genético de la madre gestante al existir un vínculo adicional entre ésta y el niño que gesta<sup>93</sup>.

Con este planteamiento al menos se morigerara una de las críticas desde el feminismo al evaluar el contrato de maternidad subrogada sosteniendo que:

La maternidad para el feminismo es una experiencia y una institución fuertemente patriarcal que no podemos dejar de analizar críticamente (...) [que] nos lleva a pensar en los obvios riesgos psíquicos que minimizan el vínculo materno-fetal. ¿Puede la mujer libremente elegir si ese vínculo es importante o no para ella sin presiones y en cada fase del embarazo? Parece claro que el contrato lo prohíbe: la cesión del bebe es el objetivo. La invocada libertad reproductiva de las mujeres queda aniquilada y la retórica de la elección desenmascarada<sup>94</sup>.

---

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

<sup>93</sup> En el famoso caso llamado comúnmente “Baby M” un matrimonio a través del “Infertility Center for New York” contrataron con una mujer casada, un contrato de maternidad subrogada para la gestación en útero ajeno. Fruto de esta gestación nació una niña, la cual no quiso ser entregada por la madre subrogada, que había sido inseminada con esperma del marido de la pareja comitente. Véase en Carcaba, María. Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación asistida, J.M Bosch Editor S.A, 1995, p.167.

<sup>94</sup> Guerra, María José, Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La “gestación subrogada” como nuevo negocio transnacional”, EN: Rodríguez Delgado, Janet: Vulnerabilidad, justicia y salud global. Pp. 48. Véase también en el mismo sentido Rich, Adrienne, Nacemos de mujer: la maternidad como experiencia e institución. EN: Diablotexto 4-5, 1997-1998, p. 476.

Se trata en definitiva de rescatar la crítica feminista y transformarla en un aporte a una eventual regulación normativa - clara, disponible e informada- de la maternidad subrogada evaluándola desde *lo que se puede hacer* y no desde *lo que se debe hacer*, considerando la autonomía reproductiva e interpretando esta última bajo el esquema de un mínimo social, y que ante el conflicto entre lo éticamente aceptable y la autonomía de la voluntad, se opte por la última.

Esto porque la prohibición de la maternidad subrogada en cualquiera de sus dos modalidades, no impide que en los hechos se produzcan acuerdos de gestación subrogada cuya nulidad deja a la deriva al niño, vulnerando no sólo su dignidad como individuo sino que también los derechos de la madre gestante.

De ahí que, ante esta eventual realidad fáctica el derecho se anticipe regulando la maternidad subrogada estableciendo condiciones para su celebración en su variante contractual admitiendo el de tipo altruista a todo evento y el oneroso, sólo cuando el pago se relacione con los gastos asociados al embarazo o cuando éste se vincule con la indemnización de la madre gestante que dejó de percibir rentas laborales durante dicho periodo. Sin duda, las críticas hechas desde el feminismo servirán como criterio orientador ante una eventual regulación legal en los países donde esta TRHA es meramente tolerada.

## CONCLUSIONES, CRÍTICAS Y COMENTARIOS

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

Críticas que se explican dadas las características que presenta la maternidad subrogada y que obligaron a preguntarse si la libertad procreativa es disponible o si su ejercicio queda limitado por la dignidad del hijo de la mujer gestante y del estatuto filiativo aplicado a las TRHA.

Por otro lado, cuando se analizaron las normas referidas a la Adopción, maternidad y Filiación, fue posible advertir que si bien en Chile la legislación sigue el principio romano “*pars viscerum matris*” o parte de las entrañas de la madre, primando un *criterio biológico de maternidad*, a nuestro entender la relación de filiación no debe quedar determinada exclusivamente por un mero aspecto biológico-genético, sino que es necesario reconocer la *voluntad procreacional* de los comitentes.

Voluntad que ha obligado a discutir sobre el estatuto jurídico aplicable a esta TRHA, legitimada gracias al *derecho a procrear* como uno de los fundamentos de su existencia, permitiendo determinar la *verdadera* filiación de los niños y niñas nacidos en los casos de maternidad subrogada generando con ello una tensión entre la *verdad biológica*, la *genética* y la *volitiva*.

Del mismo modo, se hace imperativo evaluar al contexto social del menor, que guarde coherencia con los principios que informan nuestro Derecho de Familia, en especial el *interés superior del niño*.

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

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

Ámbitos que deben ser considerados cuando se evalúa el contenido del *derecho a procrear* en Chile, pues si bien la reproducción pertenece a la intimidad de cada sujeto y debe vivirse libre de interferencias externas sus efectos jurídicos exigen protección estatal que en el caso de la maternidad subrogada requiere contar necesariamente con una legislación que regule las TRHA, destinando recursos que permitan paliar los problemas asociados a la infertilidad no solo biológica sino también a la estructural.

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

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



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

El segundo aspecto, que corre independiente de la nulidad del contrato de maternidad subrogada dice relación con los efectos jurídicos que trae consigo el que un tercero geste un niño y lo ceda a otro, compartiendo la idea de determinar la maternidad en favor de la que encargó el hijo y no de la madre gestacional, dada su *voluntad procreacional*.

En consecuencia, que exista una legislación que declare nulo el contrato de maternidad subrogada o se sancione penalmente dicha práctica, no impide que en los hechos se produzcan acuerdos de gestación subrogada cuya nulidad deja a la deriva al niño, vulnerando no sólo su dignidad como individuo sino que también la de la mujer que lo gestó.

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

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

Finalmente, y a modo de colofón, cuando analizamos una posible regulación de la maternidad subrogada altruista -considerando las críticas realizadas desde el feminismo a la autonomía reproductiva de las mujeres- fue posible conocer ya no sólo las intenciones de los comitentes en este tipo de procedimientos sino el listado de derechos que la *madre gestante* detenta y que obliga a reconocer ya no solo una maternidad sino tres; por un lado la *gestacional* que deriva de la madre gestante, la *genética* y la *psicológica*, esta última vinculada con la madre comitente.

Aspectos que demandan soluciones razonadas que fragmentan inevitablemente no sólo la maternidad, sino que generando un cambio conceptual de lo que siempre entendimos por madre.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### LIBROS Y DOCUMENTOS.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Mill Stuart, John. Sobre la Libertad. Los Libros que cambiaron al mundo.

Editorial Aguilar, Uruguay, 2010.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## **REVISTAS**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De León Arce, A. La mujer sola, sin pareja ante las nuevas técnicas de procreación humana. EN: AA.VV; Congreso de Filiación. La Filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1988.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

*Journal of Family Law* de 1981-1982.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Souto, Beatriz. Dilemas Éticos sobre la Reproducción Humana. La Gestación de

Sustitución. Proyecto de Investigación “Bioética y Derechos Humanos”, Universidad Complutense de Madrid, 8 de diciembre de 2006.

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

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

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

## **NORMATIVA**

ARGENTINA. Código Civil y Comercial de la Nación, Artículo 564, 2014, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Presidencia de la Nación.

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

CHILE. Código Civil, Editorial Jurídica de Chile. CHILE.

Código Penal, Editorial Jurídica de Chile.

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

CHILE. Ley 19.947 sobre matrimonio civil.

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

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

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

Constitución Española.

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

Convención de los Derechos del niño.

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

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

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

ESPAÑA. Código Civil Español.

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

ESPAÑA. Ley 42/1988 sobre Donación y Utilización de embriones y fetos

humanos o de sus células, tejidos u órganos.

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

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

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

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

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

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

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

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

## WEB

Banda, Alfonso. Dignidad de la persona y reproducción humana asistida. EN: Revista de Derecho, Volumen IX, 1998. [en línea]  
[http://enj.org/portal/biblioteca/principios\\_fundamentales/convenios\\_internacionales/24.pdf](http://enj.org/portal/biblioteca/principios_fundamentales/convenios_internacionales/24.pdf)

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

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

CHILE.COM. Comunidad. Superando la Infecundidad [en línea]  
[http://www.chile.com/secciones/ver\\_seccion.php?id=60609](http://www.chile.com/secciones/ver_seccion.php?id=60609)

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

Diario El País. Se alquila vientre en India: Decenas de extranjeros con problemas de fertilidad recurren a mujeres del país asiático- Las autoridades se plantean regular esta industria en auge [en línea]  
[http://www.elpais.com/articulo/sociedad/alquila/ventre/India/elpepusoc/20080803elpepusoc\\_3/Tes](http://www.elpais.com/articulo/sociedad/alquila/ventre/India/elpepusoc/20080803elpepusoc_3/Tes)

Diario La Tercera 9 de septiembre de 2010. [en línea]

< <http://diario.latercera.com/2010/09/09/01/contenido/tendencias/16-38103-9-estudio-revela-fuertes-cambios-en-la-percepcion-de-la-familia-chilena.shtml>>

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

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

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

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

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

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



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

MERCABA. F. J. Elizari. Procreación Artificial. Teología Moral [en línea] [http://www.mercaba.org/DicTM/TM\\_procreacion\\_artificial.htm](http://www.mercaba.org/DicTM/TM_procreacion_artificial.htm)

Mir Candal, Leila. La Maternidad Intervenida: Reflexiones en torno a la Maternidad Subrogada. [http://www.unesco.org.uy/shs/fileadmin/shs/redbioetica/revista\\_1/Leila.pdf](http://www.unesco.org.uy/shs/fileadmin/shs/redbioetica/revista_1/Leila.pdf) [en línea]

NACIONES UNIDAS. Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Beijing, 4 y 5 de Septiembre, 1995, Capítulo IV, parte c) La mujer y la salud, N°95. <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf> [en línea]

Pellicano, José Alejandro. La Protección al concebido en Roma y la situación actual del Nasciturus a partir de las técnicas de fecundación extracorpórea, XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano Buenos Aires, realizado los días 15, 16 y 17 de Septiembre de 2004, [http://www.edictum.com.ar/miWeb4/ponencias\\_14.htm](http://www.edictum.com.ar/miWeb4/ponencias_14.htm)

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

Sáez, Carolina y Aravena, Fabián. El derecho a ejercer el comercio sexual en Chile. V Congreso Estudiantil de Teoría Constitucional de la Universidad de Chile, Santiago,

2008, <[http://www.congresoconstitucional.cl/?page\\_id=1419](http://www.congresoconstitucional.cl/?page_id=1419)> [en línea]

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

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

## **SENTENCIAS CONSULTADAS**

### **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL**

STC 11/81. STC

2/82. STC

110/84. STC

120/90.

STC Rol 89/87.

### **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO**

STC 226/1995.

STC 634/2006.

STC 433/2005.

STC 389/2003.

STC 519/2006.

STC 986/2008.

STC 519/2006.

STC 280/98.

**SENTENCIAS CORTE SUPREMA Y CORTE DE APELACIONES CHILENAS**

SCS 3202/2008.

SCAA de Santiago 983-93