

LA MATERNIDAD GESTACIONAL: ¿CABE SUSTITUCION?

Claudia Gana Winter

Licenciada en Derecho
Pontificia Universidad Católica de Chile

INTRODUCCIÓN

Hoy las divisiones del Derecho no son tan tajantes ni tan aparentes como antes. A esto se agrega que al estudiar jurídicamente un tema, no es posible prescindir de la ética ni de la moral, dos elementos que impregnan nuestra sociedad y por ende guían a nuestros legisladores en la toma de decisiones.

Asimismo, hoy en día la ciencia biológica y la tecnología influyen sobre lo humano en muchos aspectos, afectando no sólo nuestros actos, sino también nuestra moral. De lo dicho se aprecia la importancia actual que tiene la Bioética en relación al Derecho. Se produce entre ambos un necesario acercamiento que se nota a través del desarrollo legislativo en materias de bioética, publicaciones y nuevas tesis sobre los temas. La nueva gama de posibilidades que ofrecen la genética y la técnica a la humanidad plantea problemas que sin duda habrá que resolver tarde o temprano. Uno de estos problemas es el llamado arrendamiento de útero, o "maternidad subrogada." Aunque la institución ya se encuentra arraigada en varios países, sea como una solución ante la esterilidad o como un mero contrato de conveniencia, en Chile aún no se ha manifestado a la luz pública ningún caso. Sin embargo, debido a que los avances tecnológicos ya hacen posible pensar en situaciones así, no es irrisorio imaginar a la sociedad chilena enfrentando el mismo problema más adelante. Esto lo corrobora el hecho de que Chile es uno de los países más avanzados de América Latina respecto del tratamiento de infertilidad y cuenta además con varios centros especializados.

Ante esta situación, el país está en proceso de tomar un punto de vista decisivo. Se encuentra en trámite un proyecto de ley sobre Bioética en que se prohíbe expresamente la práctica de la prestación de útero, lo cual es un precedente que tendrá efectos de inmensa proporción.

En esta investigación tocaré aspectos históricos, sociológicos y antropológicos de la institución, analizaré el contrato mismo a la luz del Derecho positivo nacional e internacional y sus efectos sobre la filiación, para poder finalmente concluir que no es irreal imaginar a legisladores chilenos teniendo que enfrentar la situación en la realidad y reglamentarla.

CAPÍTULO I

ASPECTOS HISTÓRICOS Y ANTROPOLÓGICOS

Hablando en términos sociológicos, es fácil constatar el desfase que en todo momento histórico existe entre la ética de una determinada sociedad, y un hecho científico que inesperadamente impone su realidad, dejando sin

sentido convicciones arraigadas y consideradas inmutables.

Es que la historia a través de sus diversas experiencias, ha ido sensibilizando al hombre ante ciertos comportamientos. De este modo puede llegar a instaurarse una institución en la cultura del hombre. Por ejemplo, se ha ido descubriendo de a poco el contenido inmoral de la esclavitud, el racismo, etc., sin duda con cierto

desfase en el tiempo. Es así como hoy vemos a lo largo del mundo la apariencia, con más o menos aceptación, de esta institución de la maternidad subrogada que merece especial cuidado.

Algunos pretenden defender esta institución proclamando su validez histórica; ponen el clásico ejemplo de la Biblia, cuando Sara, la esposa de Abraham, ante la imposibilidad de darle descendencia a éste, le "presta" su sirvienta Agar, quien sí concibe para él un hijo. Sin embargo, un más cuidadoso análisis revela que tal argumento no es válido, desde que Agar concibió a Ismael sólo una vez que Sara se la diera a Abraham como su "segunda mujer": en realidad no se trató de un caso de maternidad subrogada sino de una extensión familiar de acuerdo a las costumbres de la época. Es más, según esa tradición la mujer jamás delegaba responsabilidad por sus hijos a otra¹.

CAPÍTULO II

LA MATERNIDAD DISOCIADA

1. INCIDENCIA DE MATERNIDAD SUBROGADA SOBRE LA FILIACION

1.1. Fragmentación de la maternidad

Según se desprende del artículo 293 del Código Civil chileno, el concepto tradicional de maternidad se forma de dos hechos; el hecho material del parto, y la identificación del mismo; o sea, que la mujer efectivamente dé a luz un niño que pase por lo suyo.

Hoy, la gama de posibilidades de intervención de terceros en el acto de la procreación ha hecho evolucionar este concepto de maternidad, que en un principio fue unívoco. La maternidad, que es un acto único, se ha fraccionado, llevando a una nueva clasificación que analizaremos a continuación, siempre a la luz del contrato de arrendamiento de útero.

Así, madre biológica o gestacional es la mujer que durante nueve meses gesta al embrión en su vientre, para luego dar a luz al niño, sin importar qué origen genético tiene el embrión. El óvulo puede ser aportado por esta

mujer, por la mujer que forma parte de la pareja contratante, o bien por un donante ajeno. Este tipo de maternidad será plena en el caso de que se reúnan en la misma mujer el aspecto genético y gestacional, y parcial en el caso contrario. Vale decir que puede existir una disociación entre la maternidad genética y la gestacional, la que sin duda remece al humano y que en Chile ya ha movido a la legislación a tomar ante él un punto de vista decidido.

Madre educacional o afectiva apunta a la persona que se encarga de criar al niño. Respecto del contrato en cuestión, generalmente esta función le va a corresponder a la arrendataria, quien impulsó todo el procedimiento y aparece como la más interesada en tener un hijo. Por otro lado, muchos de los conflictos que se suscitan en torno a la maternidad subrogada dicen relación precisamente con el lazo afectivo que nace entre una mujer gestante y la criatura, lazo que hace difícil y hasta imposible la entrega del niño a otra mujer contratante.

Con el nombre de madre legal se indica a aquella mujer que ante los ojos del derecho se encuentra en calidad de serlo.

De acuerdo a lo dicho, se puede concluir que la arrendadora de útero será siempre la madre gestacional del niño, posiblemente llegando a ser la madre afectiva, y será la madre legal sólo si la legislación aplicable así lo determina.

Sin embargo esta conceptualización tajante no soluciona el dilema ya que, como dijimos, esta maternidad se encontraría disociada. Por un lado, puede tratarse de una mera madre portadora, ofreciendo su útero para la gestación y recibiendo la implantación de un embrión ajeno. Este sería el caso de una pareja que aportan ellos mismos los gametos necesarios. La madre portadora, en este caso, bien podría considerarse que cumple la misma función que una incubadora nutritiva. Muchas legislaciones han aceptado esta reducción de la mujer a un órgano (su útero) y la validan. De hecho, el proyecto-ley en trámite en Chile pareciera adoptar este mismo criterio, al aceptar la fecundación heteróloga. Pero es importante señalar que en Chile los donantes deben primero renunciar a todo derecho sobre el niño. La diferencia está en la intención de la mujer de ser mera portadora para otros, o de seguir adelante y criar al niño. Una manera de solucionar el problema de la paternidad en esta situación es considerar a esta pareja que aportó

¹ KRIMMEL, H.T. "The Case Against Surrogate Parenting", *Classic Works in Medical Ethics*, p. 130, McGraw-Hill, 1998.

los gametos como los padres legítimos, ya que ella cede el óvulo y la concepción se produce por la fecundación de este con el espermio de su pareja, por lo que la herencia genética del hijo es la de ellos.

Por otro lado, y llegando al tema que interesa analizar, podría darse el caso de que esta mujer además de ofrecer su útero para la gestación, sea donante del óvulo, por cuenta de la madre comitente, pasando en ese caso a llamarse madre subrogada propiamente tal.

"Las madres por encargo o sustitutas son mujeres que a título gratuito o mediante el pago correspondiente, proporcionan el óvulo y llevan a término, por cuenta de terceros, la gestación de un embrión fecundado *in vitro*"². Aquí es donde se hace más difícil la determinación de la maternidad, pudiendo una estipulación de un contrato llegar incluso a contrariar los preceptos de Derecho Natural.

1.2. Fundamentos o supuestos de la filiación en Chile

Respecto de este tema se pueden utilizar varios criterios. Para empezar, repitamos que el artículo 293 del Código Civil conceptualiza la maternidad como el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por lo suyo.

De acuerdo a las normas civiles vigentes en el país, el hijo concebido a partir de gametos aportados por sus padres, será legítimo siempre y cuando la referida concepción tuviera lugar dentro del matrimonio verdadero o nulo de acuerdo al artículo 122 del Código Civil, todo esto sin importar si la fecundación tuvo lugar en el aparato reproductor femenino, o bien dentro de un laboratorio, como bien señala la tesis de Alejandra Moya. Entonces, podemos concluir que en Chile actualmente la filiación se basa en el criterio del hecho de la procreación, o sea, un criterio biológico absoluto.

Según algunos, este criterio biológico es un supuesto insuficiente para la filiación y sería en cambio sólo una premisa de ella. Sería por tanto necesario utilizar el criterio de la voluntad procreacional para determinar la filiación. Sostienen que los actos humanos intrín-

secamente son actos de voluntad, y por lo mismo no pueden ser categorizados tajantemente según sangre o forma como pretenden otros. La ventaja de este criterio es que permite reducir la fuente de la maternidad / paternidad a una sola: la voluntad de procrear.

Sin embargo, existe un gran argumento en su contra, y es el interés del niño. Debemos ponernos en los casos en que nace el niño y no es querido por nadie. No existiría respecto de ellos una voluntad procreacional. El criterio expuesto no logra llenar este vacío.

Otros sostienen una doctrina intermedia de vínculo tanto natural como jurídica, la que deriva de una responsabilidad social. Este criterio apareció por primera vez con la institución de la adopción, en la que el supuesto de la filiación es la acogida del menor por una pareja o persona, sin importar el vínculo biológico.

1.3. Situación de la paternidad

Ya se puede apreciar que con la práctica de la maternidad subrogada, tanto la maternidad como la paternidad dejan de considerarse como una relación de filiación basada en un hecho biológico, sino que por el contrario, el fundamento pasa a ser socioafectivo. Esto supuesto, no todo padre sería progenitor y viceversa. Sin el contrapeso de la paternidad, la maternidad varía de sentido. La maternidad subrogada erosiona el papel del padre, que sin duda es consecuencia de un fenómeno moral más hondo que la institución en discusión. En el caso de que aporte su espermio a la madre portadora, será progenitor del hijo. En el caso de que sea un donante, el niño nunca sabrá quién es su padre biológico, la distorsión se agrava y la trascendencia de la paternidad se anula y es sustituida por una relación de fraternidad. Esta concepción moderna busca, en vez de una vinculación vertical de jerarquía, los valores horizontales de cooperación e igualdad.

Ahora, no toda evolución de un sistema tradicional, como el derecho de familia, es negativo. Pero hay que reconocer que este sentido ambiguo de origen cambia el sentido de la familia, que como bien dice el autor Juan Cruz, pasaría a ser una organización creada por el hombre, y ya no generadora de él³.

² CORPORALE, María. "Aspectos civiles y penales de la maternidad por encargo", *Revista Medicina y Ética*, vol. VI, N° III, p. 308.

³ CRUZ CRUZ, Juan. "La anulación de la paternidad", *Revista Persona y Bioética*, p. 53, Año 2, N° 2, oct.-ene., 1998.

2. ASPECTOS ETICOS Y MORALES

Además de las razones en contra de cualquier proceso de fertilización asistida, como por ejemplo la despersonalización de la sexualidad y la intervención de terceros en la vida de pareja, la institución de maternidad subrogada cuenta con sus propios argumentos en contra, a saber:

- *La intervención de un tercero.* En la maternidad subrogada, la intromisión de la gestante es íntegra, participando todo su ser físico y espiritual durante nueve meses. En este sentido, la intervención del tercero es sin duda mucho mayor que en otros casos de fertilización asistida o donación de gametos.
- *La despersonalización de la maternidad.* En muchas sociedades se ve la tendencia a negar el origen y trascendencia del ser humano, basándose en la autosuficiencia e independencia. Sin embargo, esta filosofía lleva a una separación de la maternidad y la responsabilidad, las cuales debieran estar íntimamente ligadas. Lo ideal sería que fuera imposible conceptualizar el uno sin el otro, sin embargo en la maternidad subrogada ocurre esto mismo: la madre por sustitución acepta la responsabilidad de la "fabricación" del niño (como si fuera un paso más dentro del proceso), pero no la de su educación y crianza, que sin duda debieran ser gran parte de la maternidad. Resulta interesante destacar la falta de valor que le otorga la sociedad al hecho de criar un hijo.
- *Por otro lado, se pretende dar una solución que presupone la fabricación de un lazo familiar fragmentado, o sea, la relación madre-hijo se rompe deliberadamente a favor de la conveniencia personal.* He aquí la gran diferencia con la adopción, institución que pretende remediar una fragmentación ya existente.
- *Surge con esta institución la necesidad de averiguar la extensión de la autonomía de la gestante durante el embarazo versus el derecho de la pareja arrendataria de controlarla.*
- *Además, existe una gran razón de peso en contra de la institución; el desinterés por el niño, que es tratado como un objeto desde el momento en que las partes estipulan en un contrato cuál será su porvenir. Una vez*

nacido, se hace susceptible de correr riesgos indebidos e inaceptables desde el punto de vista moral, jurídico, psicológico y social. Dada su importancia, se volverá a tocar este punto en el capítulo cuarto.

En todo caso, aunque la intencionalidad de un acto pueda ser calificada como moral o loable, esto no basta para definir a ese acto como éticamente positivo. Así, aun la buena intención de remediar una esterilidad no justifica el empleo de cualquier proceso para obtener una concepción⁴. Es en este punto donde nuestra legislación debiera diferir de otras, como la de los Estados Unidos, que protege la intimidad y el derecho a procrear de cualquier forma y por cualquier medio.

CAPÍTULO III

UNA REALIDAD SOCIOLÓGICA YA EXISTENTE

El tratamiento jurídico de este problema y la casuística a la vista son sólo la punta del iceberg: lo más inquietante es la realidad social existente de hecho y sus consecuencias. No nos olvidemos que los famosos casos públicos lo fueron porque se hicieron públicos, el que no haya cobertura periodística sensacionalista y el que no se conozcan casos a la luz, no quiere decir que el problema no esté latente. Las estadísticas accesibles en cualquier momento dado nunca recogen en su real magnitud al problema y sus secuelas. No importa de qué sociedad estemos hablando, siempre se van a encontrar mujeres que estén dispuestas a ofrecer sus úteros o gametos, ya sea previo pago o por "generosidad", a otra mujer.

1. CASO PRACTICO

La realidad demuestra que en Chile no se conocen públicamente casos de arrendamiento de útero, por lo que recurrimos al análisis de jurisprudencia extranjera dictada respecto de ciertos casos que usaremos como ejemplo.

El caso más controvertido y conocido es el de "baby M" resuelto en 1988 en el estado de Nueva Jersey. Ante la imposibilidad de la pareja de los Stern de concebir su propio hijo, el

⁴ CORPORALE, María. *Op. cit.*, p. 307.

señor Stern convino con los Whitehead un acuerdo de maternidad subrogada, por el cual a la madre suplente Whitehead se la pagarían 10.000 dólares más gastos médicos por procrear y entregar el niño a los Stern para su posterior adopción, después de ser inseminada artificialmente con el semen del señor Stern. A su vez, los Whitehead renunciaron a todo derecho como padres.

El conflicto surgió cuando, al nacer la niña, la madre biológica se negó a entregarla, provocando la demanda judicial de los Stern. Hasta entonces no había en Nueva Jersey legislación específica que regulara la situación, y tampoco se pudo aplicar por analogía normativa existente sobre adopción. El tribunal resolvió a favor de la validez del contrato suscrito, pero distinguió dos etapas. Antes de la concepción, la madre subrogada puede arrepentirse e incluso abortar, indemnizando. El hombre contratante no puede exigir el cumplimiento. No obstante, después de la concepción, los efectos del contrato quedan irrevocablemente fijados y son exigibles.

El tribunal fundamenta su resolución diciendo que la protección constitucional a la reproducción es amplia y abarca no sólo la reproducción sexual, sino también la obtenida a través de otros medios.

La resolución fue apelada y en 1988 el Tribunal Supremo se pronunció en favor de la nulidad del contrato, sus disposiciones y la posterior adopción. Restituye a la madre biológica sus derechos como tal, y devuelve el expediente al tribunal de primera instancia para que resuelva los derechos de custodia y visita. La custodia se le concedió al padre biológico.

El caso no sólo tiene importancia por el precedente que asienta (es un país del sistema del Common Law), sino que sus cláusulas demuestran una obligación de dar y no de hacer. De morir antes de los cinco meses de vida, los Stern no pagarían nada. De morir después de los cinco meses, pagarían 1.000 dólares. El pago total de 10.000 sólo se efectuaría contra entrega del nacido⁵. Claramente, se estaba pagando por un niño y no un servicio de gestación.

⁵ ARRAS, John y STEINBECK, Bonnie. *Ethical Issues in Modern Medicine*. Mayfield Publishing Co., 1995. pp. 460-478.

2. MOTIVACIONES

Como veremos después al analizar la causa del contrato de arrendamiento de útero, las motivaciones de tipo subjetivo no son relevantes al análisis legal, por encontrar que tienen un trasfondo ilícito. Sin embargo es del caso exponerlos para poder entender qué determinó a las partes optar por esta técnica.

En relación a la pareja comitente, primordialmente es el deseo de tener un hijo lo que los impulsa a celebrar el contrato. Aunque este deseo genuino puede no contrariar las buenas costumbres ni el orden público, ni estar prohibida (el proyecto-ley que lo prohíbe aún está en trámite), no llegaría a ser lícita jamás ya que por muy noble que sea la intención, no se puede inducir a otro a cometer un acto ilícito como el en cuestión.

En lo relativo a la madre subrogada, pueden haber varios motivos existentes al contratar que no necesariamente sean determinantes:

- El fin altruísta de poder dar vida a otra persona y de ayudar a quienes no puedan hacerlo.
- El motivo económico de preferir ganar dinero de esta forma que en otras profesiones, razón ciertamente opuesto al recién visto.
- Intento reparatorio y de liberación de culpa a raíz de algún aborto realizado o bien por la entrega o abandono de un niño.
- La estima y respeto otorgada por la sociedad, ya sea religiosa u otra, a la mujer embarazada.

3. ANALISIS COMPARATIVO DE DISTINTAS SOCIEDADES

Un estudio comparado demostrará el vínculo estrecho existente entre la maternidad subrogada y ciertos contextos sociales.

Las historias de dos sociedades son distintas, por lo que también lo serán sus futuros. Al analizar la historia social de Estados Unidos, por ejemplo, vemos que fue mucho más fuerte el movimiento feminista que en Chile, lo que podría explicar la mayor difusión de la institución en aquella sociedad hoy. Sin embargo, el sector que promueve la maternidad subrogada como una forma de emancipación de la mujer está, a mi juicio, enfocando de manera selectiva la cuestión. Sostiene que la mujer no es dueña de la criatura, esta forma parte de su

cuerpo, sobre el cual las mujeres tienen pleno derecho. A ellas les corresponde el tenerlos o no, el darlos en adopción o no.

Sin embargo, al aplicar esta doctrina a la maternidad subrogada y al optar por lo más conveniente, ser "dueña de su propio cuerpo", se priva a la maternidad de su esencia, que implica la gestación durante nueve meses del feto, además de otras cosas. En primer lugar, confunden la libre disposición del cuerpo, con el derecho de procrear, que se encuentra protegido en nuestra Constitución. Por ser la persona tanto cuerpo como alma, ni la mujer ni nadie tiene un derecho de propiedad sobre su cuerpo, sí un derecho a que los demás lo respeten⁶. Desde la fecundación se crea una persona con vida y derechos propios, de los cuales la madre no puede disponer. De no ser así, se caería en un subjetivismo moral extremo, en que todas las decisiones son individuales, pasando a llevar incluso los valores absolutos e intrínsecos de la persona.

Para poder liberar a la mujer, primero hay que reexaminar lo que las incita a recurrir a la maternidad subrogada. Se nota que en la mayoría de los casos mundiales conocidos, la madre suplente suele ser de inferior nivel socioeconómico que la pareja que la contrata. Sin duda se requiere de un análisis sociopolítico más profundo para apreciar la incidencia en la maternidad subrogada de la historia de la mujer como género humano, su posición frente al capitalismo en épocas en que se permite la comercialización de casi todo, su reacción en ciertas sociedades patriarcales en que no se valoriza la labor del embarazo, etc. Cada sociedad crea un ambiente en que ciertas cosas son valorizadas y reconocidas más que otras. La paternidad, o la crianza de hijos, tiene más apoyo social que el hecho de ser padre biológico. Por otro lado, en muchos países latinos pesa mucho el hecho de tener hijos. ¿Hasta dónde podría llegar la presión por tenerlos?

Una sociedad debería facilitar el uso de otros métodos como la adopción y así atacar las causas de desesperación que inducen a considerar a esta institución como una solución factible. Las mismas mujeres, en buenas cuentas, se están desmaternizando, quitándole a la mujer precisamente lo que la distingue del

hombre por su rol insustituible en la sociedad (en eso consiste su dignidad). La madre gestacional se reduce a uno de sus órganos, el útero. Ha perdido la dignidad del cuerpo femenino, el cual debe ser el soporte del intercambio psicológico y afectivo entre madre e hijo durante los nueve meses.

A modo de ejemplo de las distintas respuestas otorgadas por diversas sociedades y grupos humanos, la Iglesia Anglicana de Inglaterra se ha pronunciado en contra de esta técnica, entre otras razones, por el fuerte lazo interpersonal que supone el embarazo, el peligro de la negativa de entrega del niño, la presencia de condiciones de tipo comercial que conlleva, y la instrumentalización de la mujer.

La Iglesia Evangélica de Alemania Federal, por otro lado, tiene una postura un poco más abierta y, aunque no lo aprueba, ante la existencia de hecho de ella le daría prioridad legal y ética a la madre subrogada por sobre la madre genética, tratando siempre de que haya la menor disociación posible de las distintas dimensiones de la maternidad (genética, gestacional, afectiva, legal).

En los Estados Unidos corresponde a cada Estado regular el derecho de familia y la variada jurisprudencia encontrada corrobora este hecho. A nivel federal, sí existe el derecho constitucional de protección al derecho de procrear y criar hijos, fundado en el derecho a la intimidad.

Chile en tanto es una sociedad en que históricamente ha influido mucho la Iglesia Católica, tanto en las decisiones tomadas a nivel personal como a nivel legislativo. Aunque hoy existe separación de Iglesia y Estado, sin duda ambos siguen compenetrados y aquella influye en los principios y valores considerados aceptables por la sociedad. La Iglesia Católica se ha pronunciado en varias ocasiones en contra de la maternidad subrogada (*Encíclicas Humane Vitae y Donum Vitae*).

CAPÍTULO IV

EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE UTERO

I. MODELO DE CONTRATO USADO EN OTROS PAISES

Encontramos en el *Journal of Family Law* de 1981-1982 un ejemplo de un contrato de

⁶ VIVANCO, Angela. "Implicancias jurídicas y éticas de la fecundación asistida", *Documento Oficial de Seminario Interno de Cátedra*, 11 abril 1997.

este tipo (*A Surrogate Mother Contract to Bear A Child*). En él se estipulan una serie de obligaciones que debe cumplir la madre por encargo, entre otros:

1. No tener relaciones sexuales sin usar preservativos con su pareja a la época de la inseminación. (Tiene por objeto evitar la confusión de parentesco).
2. Someterse a las evaluaciones psicológicas necesarias.
3. Someterse a sucesivas inseminaciones hasta que se logre la fecundación.
4. Seguir ciertas normas de higiene y controles del médico, el que será elegido por la pareja demandante o por asociaciones intermediarias.
5. Someterse a amniocentesis.
6. Obligación de abortar al niño si aparecen anomalías.
7. *A contrario sensu*, obligación de no abortar salvo grave riesgo de su vida, so pena de devolución del precio ya entregado.
8. Renuncia a todo derecho al niño desde su nacimiento (implica no verlo ni tocarlo).
9. Dar a luz en anonimato.
10. Renuncia por anticipado al derecho de impugnar la maternidad de la mujer que la contrató.
11. Consentir en la adopción del niño.

Llaman la atención en especial los números seis y ocho. Se pone en seria tela de juicio la licitud de un contrato que contenga dentro de sus estipulaciones una cláusula que obligue a una madre a terminar con la vida que está gestando, por existir alguna irregularidad que pueda no satisfacer a la arrendataria. No hay que olvidar que en Chile existe un deber de orden público de llevar el embarazo a buen término. Por su parte, obligar a una madre que ha gestado el niño durante nueve meses a renunciar a todo derecho sobre él, merece una especial atención. Estas cláusulas son una muestra más de la negación de origen y trascendencia del hombre, llevando a la cosificación de la vida y reduciendo la dignidad del hombre.

2. ANALISIS LEGAL

2.1. En relación a la forma

¿Qué validez tienen los contratos de maternidad subrogada? ¿Hay responsabilidad por las estipulaciones contenidas en ellas? ¿Hasta

dónde puede llegar la autonomía de la voluntad en este tema? Para poder responder a estas inquietudes debemos desmenuzar las características y los elementos o requisitos de validez del contrato en cuestión.

2.1.1. Características

- *Bilateral*. El contrato en cuestión es bilateral ya que ambas partes se obligan recíprocamente. la arrendadora a la gestación y posterior entrega de la criatura, y la arrendataria al pago del servicio.
- *Oneroso*. Tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes (aunque sea un beneficio pecuniario solamente).
- *No conmutativo*. Estimamos que el contrato no es conmutativo, ya que jamás se podrán mirar como equivalentes las prestaciones en cuestión, por mucho que las partes acuerden un precio.
- *Principal*. El contrato subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención.
- *Innominado*. Como la mayoría de los contratos que se celebran hoy, este no está tipificado en la ley chilena. Las partes lo celebran ejerciendo su autonomía privada. No obstante, debido a la trascendencia de la materia, creemos que es necesario limitar esta autonomía a futuro si se llegara a legislar sobre el tema.
- *Consensual*. Atendiendo al modo de perfeccionamiento, el contrato de arrendamiento de útero es consensual debido a que basta el consentimiento de las partes para celebrarlo, para que nazca a la vida del Derecho. Además, por el hecho de ser un contrato innominado, en principio sería consensual, aunque las partes eventualmente pueden acordar sujetarlo a ciertas solemnidades. Podría el contrato llegar a ser solemne si al regularlo se exigiesen ciertos requisitos especiales, de manera que sin ellos no produzca ningún efecto civil el contrato. Pareciera ser la opción más acertada a futuro, considerando la importancia de los valores involucrados. No podría ser real, porque aunque hay una entrega involucrada, el acto ya se había perfeccionado desde antes. Además, los contratos reales son todos unilaterales.
- *Contrato de familia*. En oposición a los de patrimonio, en que el objeto es un derecho pecuniario apreciable en dinero. El arrendamiento de útero en cambio se refiere a la

situación de un individuo en relación a su familia, filiación, etc.

- *Entre vivos*. No requiere la muerte de una de las partes para producir sus efectos propios.
- *Puro y simple*. El contrato empieza a producir efectos de inmediato, implicando la implantación del embrión en el útero arrendado.
- *De ejecución diferida*. No todas las obligaciones se producen de inmediato; algunos se van produciendo con el tiempo, como la gestación y observancia de ciertas reglas durante el embarazo, etc.

2.1.2. Calificación análoga

El calificar jurídicamente un contrato implica encasillarlo dentro de algún negocio jurídico ya reconocido por el Derecho. Ahora, no se trata en el caso de la maternidad subrogada de buscar una institución análoga para así poder justificar su licitud; pero a modo de mejor comprensión, podemos relacionarlo con tres tipos de contratos afines; el arrendamiento de servicios, el arrendamiento de obra, y la venta de cosa futura, por razones que explicaré a continuación.

En el arrendamiento de servicios, el que presta el servicio se compromete al mismo sin consideración al resultado que se obtenga. La prestación de servicio no sería sólo la obligación de hacer, en este caso gestar, sino que además debe entregar al niño en cuestión una vez realizada aquella actividad. Si el contrato de arrendamiento de útero fuese un arrendamiento de servicios, el objeto del contrato sería la persona misma y naturalmente dicho servicio sería nulo.

Ahora, el recurso alternativo consiste en mirar como objeto no a la persona misma que realiza el servicio, sino al resultado de estos, o sea la obra (el hijo), el contrato seguiría siendo ilícito por la misma razón. Sin embargo, el autor Llado Yagüe nos recuerda que el contrato de arrendamiento de obra admite dos supuestos, uno cuando el que ejecuta la obra pone sólo su trabajo, y otro cuando suministra el material. Creemos que la analogía en este caso es demasiado forzada y en realidad las dos figuras no tienen tanta relación entre sí⁷.

⁷ LLEDO YAGÜE, F. "El Alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo", *Segundo Congreso Mundial Vasco: Congreso de Filiación*, 1988, p. 360.

Otra institución que habría que descartar es la venta de cosa futura, ya que es sabido que no estamos tratando con una cosa sino una persona.

En consecuencia, la institución que más se asimila al contrato de alquiler de útero sería el arrendamiento de servicio, pero tratándose de la gestación en útero ajeno, hay muchas razones para pensar que constituye un servicio que contraviene las leyes, moral, y buenas costumbres, y por tanto sería nulo el contrato.

2.1.3. Naturaleza y efectos de la obligación

Partiendo de la base de que el contrato es nulo, no se generaría obligación alguna para las partes. Esto supuesto, sin embargo, lo que sí ocurrirá de hecho es que se den una serie de efectos indirectos como consecuencia de los actos efectivamente realizados, y que son los efectos típicos de contratos con causa u objeto ilícitos. (arts. 1468, 1687). No habría ninguna acción para exigir el cumplimiento, debido a la falta de coercibilidad del vínculo obligacional. Tampoco caben aquí las prestaciones mutuas. Regirían las reglas de las obligaciones morales.

2.1.4. Consentimiento

Los vicios del consentimiento que acarrear nulidad son tres; error, fuerza y dolo. Respecto de estos dos últimos, no hay nada que agregar a las reglas generales, que se aplican íntegramente.

En relación al error, hay dos posibles situaciones que podrían llevar a un vicio en la voluntad de la parte arrendadora:

- a) Error esencial que recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta, como si una parte estuviera convencida que celebra un acto gratuito, mientras que la otra piensa que se trata de uno oneroso.
- b) Error esencial que recae sobre la identidad específica de la cosa sobre que versa el contrato. Por ejemplo, un error en cuanto al origen de los gametos a implantarse.

En ambas eventualidades descritas se trataría de un error obstáculo, que obsta a que el consentimiento se forme. Se aplicarían las reglas generales del artículo 1453 sin perjuicio de las cuestiones de filiación.

e) Error en persona. De conformidad al artículo 1455, el error acerca de la persona con quien se quiere contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato. Esto ocurre siempre en los actos o contratos *intuitu personae*, como lo es el contrato de arrendamiento de útero respecto de la madre subrogada y como podría llegar a serlo respecto de la arrendataria.

Debe tenerse presente que, hablando de la vida del que está por nacer, correspondería que el consentimiento fuera dado por sus padres. Pero pensamos que debido a que nadie puede disponer de su vida ni de su libertad, ya que es persona distinta, este consentimiento requerido no tendría valor.

2.1.5. Objeto

El Código Civil chileno nos enseña que el objeto de todo acto jurídico es crear, modificar, extinguir, o transferir derechos y obligaciones, y que el objeto de una obligación es dar, hacer, o no hacer una cosa.

En cuanto a las obligaciones que se generan, el compromiso de la arrendataria sería el de pagar una suma de dinero a cambio de la entrega del hijo, siempre que hablemos de un contrato remunerado. La obligación principal del contrato y que es asumida por la arrendadora, sería la prestación del servicio de gestación. Otra obligación secundaria que le corresponde sería la de entregar el hijo al término.

El artículo 1464 señala casos en que el objeto es considerado ilícito y por lo tanto acarrea la nulidad del acto; entre ellos, la enajenación de cosas que no están en el comercio humano y la enajenación de derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona. Sin embargo, los artículos sobre el objeto que encontramos en el Código Civil no son de todo aplicables en este caso, ya que no podemos identificar a la prestación del servicio de gestación con una enajenación (sí serían aplicables para los que la consideran una obligación de dar).

Por otro lado, la disposición señala que hay objeto ilícito "generalmente en todo contrato prohibido por las leyes". Acordémonos que el contrato de arrendamiento de útero actualmente no se encuentra regulado en Chile, por lo que tampoco podemos decir que está prohibido.

Otros han sostenido que la obligación de la arrendadora de entregar el niño una vez nacido se trataría jurídicamente la compraventa de una persona. A mi entender, esta obligación es una de hacer (prestar un servicio) y no de dar, por lo que no correspondería tomar la mencionada postura.

Según F. Lledo Yagüe, el objeto del contrato (ya no de las obligaciones generadas en él) que analizamos sería la persona misma, por lo que repugna a los principios de orden público aplicables a relaciones personales. De partida, la capacidad de procrear de una persona es indisponible, intransmisible e indelegable ya que constituye un acto *intuitu personae*. Estaría entonces fuera de todo ámbito de autonomía de la voluntad, la cual siempre ha sido muy restringida en las relaciones jurídicas familiares, en función de los intereses en juego⁸.

No debemos olvidar que el concepto de orden público no es constante en el tiempo; una institución que es considerada contra el orden público se tendría que mirar como algo mutable, en función de los principios morales imperantes en la sociedad en ese momento. En resumen, el concepto es evolutivo y va a depender de la mentalidad que rijan la vida social en cada momento a través de la historia.

2.1.6. Causa

El artículo 1467 incisos 2º y 3º del Código Civil chileno dispone que se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así... la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita. De acuerdo al artículo 1682, si un acto tiene una causa ilícita, será absolutamente nulo.

En vistas de lo dicho, resultarían irrelevantes el criterio subjetivo de los deseos o expectativas de buena fe que puedan impulsar a una de las partes a celebrar el contrato. Sin embargo, para mejor entender la existencia de la institución, hemos expuesto estas motivaciones psicológicas en el capítulo tercero.

2.1.7. Solemnidades

De conformidad con lo dicho anteriormente, el contrato es innominado y por consi-

⁸ LLEDO YAGÜE, *op. cit.*, p. 359.

guiente no es solemne, a no ser que las partes lo eleven a esa calidad expresamente. Ahora, sería interesante para aquellas legislaciones en que se permite la maternidad subrogada, ver la posibilidad de otorgarle al contrato el carácter de solemne, obligando a los involucrados a cumplir con formalidades establecidas en consideración a la trascendencia del tema.

2.2. En relación al fondo

El principal argumento de fondo en contra de la validez de la institución es el derecho del niño. El niño por nacer tiene derecho a tener una madre y a desarrollarse como persona en un ambiente de natural afecto, ambiente propio, intangible e intransferible. Es esta su primera libertad⁹. De no existir, se llega a una manipulación que reduce la persona a una cosa, el fin en sí a un medio.

Claramente hay en juego un conflicto de intereses; pero la maternidad subrogada no puede considerarse un mal menor. El derecho del niño es primordial, antes que el derecho de la madre, porque es más indefenso.

Después de una reflexión ética llegamos a la conclusión de que el hijo no es un bien útil que está al servicio de los intereses del progenitor, por el contrario, es un fin en sí mismo y la maternidad y paternidad están en función suya. Este carácter de "fin en sí" es el límite de la libertad de acciones del hombre. La corriente subjetivista argumenta que al restringir la libertad de la mujer, se está reduciendo su dignidad. Pero claramente no estamos en presencia de una restricción, sino una mera subordinación de la libertad al fin último del hombre¹⁰. Uno no puede pretender ser libre de sus actos sin reconocer la trascendencia y espiritualidad de la persona.

Tampoco hay que olvidarse de los estragos psicológicos que implicaría el proceso. Ciertamente el hijo sufrirá al conocer que su raíz genética fue una gestación por dinero. Además se podrían producir serios conflictos psicoafectivos a todos los participantes.

Se advierte entonces una inadecuada protección dispuesta por el derecho respecto de los bienes fundamentales de la persona, insuficiencia que exige un replanteamiento no sólo chileno, sino global.

Otro tema de fondo es la autonomía de la voluntad. Como mencioné anteriormente, en las relaciones jurídicas familiares, en función de los intereses en juego, siempre ha sido muy restringida la autonomía negocial. Por otra parte, si bien es cierto que este principio predica que todo lo que no está prohibido está permitido y que lo que digan las partes es ley para los contratantes, al ser el objeto del contrato una persona humana, estaría fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad. No les corresponde a los padres prestar el consentimiento informado que se requiere, ya que no pueden disponer de la integridad ni de la vida del que está por nacer.

2.3. Ineficacia del contrato

Se podría pensar que debido a que la mayoría de los autores consideran nulo o inexistente al contrato de arrendamiento de útero, no sería necesario seguir abordando el tema. Pero la práctica nos presenta una realidad distinta. En la vida real se han dado y siguen dando este tipo de casos; entonces sí hay que plantearse el problema haciendo hincapié en el punto de vista del niño nacido en virtud de esta técnica de hecho. Puede ser que el contrato sea nulo, pero ha nacido de él una persona que tiene derecho a tener madre.

Algunas particularidades de los efectos de la sanción de nulidad son las siguientes:

- 1) Los efectos de la nulidad del contrato dicen relación con prestaciones de carácter patrimoniales entre las partes, sin afectar jamás a la filiación del niño nacido. En Chile la fuente de la filiación se basa en la procreación.
- 2) En Chile el deber de llevar el embarazo a un buen término es de orden público, por lo que ni la declaración de nulidad habilitaría para interrumpirlo.
- 3) Si el contrato es declarado nulo por objeto o causa ilícita, según el artículo 1468 del Código Civil, no se podrá repetir lo dado y pagado por ella y habrá mala fe.

3. CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

En este capítulo quisiera puntualizar ciertos problemas relacionados con el incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato de arrendamiento de útero que aún no han sido abordados debidamente.

⁹ LIRA, Osvaldo. *Verdad y Libertad*, p. 45.

¹⁰ LIRA, Osvaldo. *Op. cit.*, p. 123.

Analizaremos cuatro puntos atinentes al tema: la posibilidad de resolución del contrato en el caso de su incumplimiento, o bien la de su ejecución forzada, la indemnización correspondiente y la responsabilidad que la cabría a la parte infractora.

3.1. Clases de incumplimiento

3.1.1. Incumplimiento de obligaciones de la arrendataria

Hay que distinguir tres épocas en cuestión:

Estimamos que una vez celebrado el contrato, pero antes de que los embriones hayan sido implantados, la arrendadora, ante el incumplimiento de la parte contraria, siempre tendría el derecho de pedir la resolución del contrato con la indemnización de perjuicios correspondiente; mas no su cumplimiento forzado, ya que de esta institución *sui generis* nacerá una criatura que deberá ser protegida y deseada.

Una vez implantado el embrión y durante todo el embarazo, la arrendadora (mujer gestante) sí podrá pedir cumplimiento forzado más indemnización, pero nunca la resolución del contrato; ya que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1489 del Código Civil, la resolución una vez declarada judicialmente, hace desaparecer al contrato con efectos retroactivos, como si nunca se hubiera celebrado. Esto significaría que la mujer gestante tendría que interrumpir su embarazo, cayendo en la tipificación del delito de aborto sancionado en nuestro país.

Una vez nacida la criatura, respecto del pago del precio, la arrendadora de útero podrá pedir cumplimiento forzado del contrato o su resolución, ambas con indemnización de perjuicios. Sin embargo, aun resuelto el contrato, jamás implicaría ningún derecho de la arrendadora a retener el menor en cuestión, lo cual también se encuentra penado por nuestro ordenamiento jurídico.

3.1.2. Incumplimiento de las obligaciones de la arrendadora (madre gestante)

Recordando que las dos obligaciones que recaen sobre la mujer arrendadora de útero son prestar el servicio de gestación y entregar al niño después del parto, debemos hacer la misma distinción que en el caso anterior, respecto de la época de que se trata.

Antes de la implantación, si la arrendadora se niega a recibir al embrión, se podrá pedir resolución del contrato más indemnización por infracción de lo estipulado y por mora, pero no el cumplimiento forzado, por tratarse de la vida de un niño.

Implantado el embrión, si la mujer gestante llegara a interrumpir el embarazo por razones no naturales, incurriría en Chile en responsabilidad penal, además de deber indemnizaciones civiles por los perjuicios causados a la arrendataria.

Después del parto, el incumplimiento de la obligación de entregar el niño hace incurrir tanto en responsabilidad civil (aplicando el artículo 1553 N° 3) como penal por el delito de sustracción de menores (Código Penal artículo 142).

CAPÍTULO V

TRATAMIENTO LEGAL EN DERECHO COMPARADO

I. TRATADOS INTERNACIONALES RELEVANTES

En abril de este año, por primera vez en la historia, veintiuno de los cuarenta países miembros del Consejo de Europa alcanzaron un trascendental pacto que tiene como eje fundamental poner un límite ético a la aplicación e investigación científica, para asegurar que prevalezca en todo momento el interés del ser humano por sobre el de la sociedad o la ciencia.

La Convención Europea de Bioética, el primero en la materia, consta de 38 artículos que pretenden abarcar temas que hasta ahora eran mencionados vagamente en códigos de conducta o simplemente no eran regulados. Algunos temas se han dejado para un debate posterior, y en cinco años todo será reexaminado para poder responder al desafío ético de los avances científicos¹¹. Se desprenden de ella una serie de principios y restricciones que tienen un efecto vinculante para los países signatarios; así, cada Estado deberá establecer castigos e indemnizaciones para el caso de contravención.

¹¹ "Acuerdan límites éticos a investigación científica", Grupo de Diarios América, *El Mercurio*, 6 de abril 1997.

Esta iniciativa internacional demuestra que no basta con que los países promulguen leyes en sus propios ámbitos territoriales, sino que se necesita contar con un acuerdo lo más amplio posible sobre temas tan sensibles.

2. INFORMES

Se ha ido gestando, desde hace algunos años, un movimiento de preocupación internacional en lo relativo a la calificación ética de los métodos de procreación asistida. Muchas veces la ciencia avanza más rápido que la legislación. Varios países han encontrado en la confección de informes de destacados peritos, una arma para combatir este conflicto o más bien desconocimiento. El análisis de estos informes resulta muy útil para comprender el fenómeno y para guiar nuestra propia legislación.

Una de las recomendaciones más significativas es la que llevó a cabo la Comisión Warnock, del Reino Unido (Informe de la Comisión de investigación sobre fecundación y embriología humana, julio de 1984). Este informe habla de posibles modificaciones legales a ser implementadas, entre ellas que en estos casos se considere madre legal a quien ha dado luz, que se convierta en conducta delictiva el reclutamiento de mujeres por parte de agencias para embarazos subrogados, y el hacer penalmente responsables a quienes dolosamente ayuden a establecerlos.

Luego en 1985, el Surrogacy Agreement Act traduce varias de estas recomendaciones en ley, considerando nulos a los contratos de arrendamiento de útero y estableciendo sanciones civiles y penales. Si bien no castiga directamente a las partes privadas que lo celebren, en la práctica muchas agencias intermediarias han debido clausurarse desde la entrada en vigor de esta ley.

Por su parte, el Consejo de Europa comienza en 1979 a dedicarse a los complejos problemas derivados de la procreación artificial, dictando numerosos informes.

El Congreso español, en tanto, aprobó en 1986 el Informe Palacios, un estudio de fecundación *in vitro* e inseminación artificial. En ella se recomienda la prohibición de la maternidad subrogada y que se sancionen penalmente tanto a las partes directas, agencias que la propicien, equipos médicos que la realicen, y centros de salud involucrados.

Canadá elaboró en 1985 un informe sobre reproducción artificial humana y materias conexas, proponiendo una intervención legislativa y específicamente un control judicial *a priori* y chequeos en todas las etapas de ejecución del contrato de parte de algunos de sus Estados.

La Comisión Benda, integrada por juristas alemanes, entregó en 1985 su polémico informe, el cual fue discutido en 1986. Se pronunció en contra de la maternidad subrogada y propuso una necesaria intervención de la ley, sin embargo la votación no mostró acuerdo respecto de la nulidad o validez del contrato.

El comité francés ad hoc d'Experts sur les Progrès des Sciences Biomédicales (CAHBI) en 1987 elaboró un proyecto de recomendación acerca de la procreación humana y al año siguiente informó sobre el mismo.

En 1995 se realizó en Beijing, China, la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer (CMM). Esta convención fue la más vanguardista y liberal respecto de temas como derechos sexuales y procreativos de la mujer y su libertad.

Como ya mencionamos, en 1996 es firmada la trascendental Convención Europea de Bioética.

3. LEYES

Cada país subrayará a discreción, en sus leyes al respecto, lo que más valoriza para determinar la maternidad subrogada. Aunque los principios morales son inmutables, cada legislación acoge y ampara ciertos bienes más que otros. Sin embargo, hasta el momento no son muchas las leyes promulgadas que tocan el tema, y si lo hacen, destacan su parcialidad y criterio conservador. Más común es ver la aparición de recomendaciones, propuestas legislativas, proyectos de ley, etc., que analizaremos en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO VI

CHILE: PROPUESTAS LEGISLATIVAS A FUTURO: PROYECTO-LEY

Aunque a veces se pueda pensar erróneamente que estos temas son un poco de "ciencia ficción" o muy lejanos al país, hoy mismo se discute en el Senado de Chile un proyecto de

ley que tiene por objeto regular los procedimientos de reproducción asistida que han permitido el nacimiento en el país de unos 750 niños, entre 1989 y 1996¹². De este proyecto hay dos versiones, una de la Comisión de Constitución (primer informe) y otra de la Comisión de Salud (segundo informe). Aunque coinciden en los principios básicos de protección al embrión y a los padres, discrepan en tres aspectos trascendentales:

- 1) en qué momento se constituye un ser humano susceptible de ser protegido,
- 2) la utilización de gametos de donantes con fines procreativos, y
- 3) sobre la obligatoriedad del vínculo matrimonial para acceder a estas prácticas terapéuticas.

Es el primer punto que nos preocupa, y a su respecto, el artículo 3 del Proyecto dice "La ley protege al que está por nacer". La pregunta que deben hacerse nuestros legisladores es desde cuándo se está frente a un individuo nuevo merecedor de protección. La respuesta, según el ginecólogo Fernando Zegers, es desde la singamia, momento en que las membranas del espermio y el óvulo se han disuelto permitiendo interacción de la información genética para formar un ser nuevo distinto. Sin embargo, la Comisión Mixta del Senado sostiene que la vida comienza desde la mera fusión de los gametos, antes de la dicha disolución. Por su parte, la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica ha declarado que en realidad esta singamia o fusión no es otra cosa que la penetración de la cabeza del espermatozoide en el ovocito¹³.

Como se puede apreciar, en la elaboración de proyectos tanto internacionales como nacionales, hay un problema de lenguaje. Es muy difícil que las comisiones se pongan de acuerdo sobre nociones fundamentales como "embrión", por ejemplo. Es por esto que el doctor Jorge Allende propone la invitación de expertos científicos al Senado para informar la toma de decisiones.

En cuanto a la filiación, la Comisión de la Constitución declara que es madre la mujer que dio a luz, y padre quien aportó sus gametos. Agrega que el marido de la madre que haya consentido en la utilización de alguna técnica, podrá impugnar su paternidad. Es decir, se podrá quebrantar el compromiso establecido entre marido y mujer, alegando que nunca aportó sus gametos. En otras palabras, el sistema basa la paternidad en la verdad genética, mientras que la maternidad se basa en una verdad biológica, no necesariamente genética. En cambio, la Comisión de Salud prohíbe al padre impugnar la paternidad del niño nacido, de acuerdo al art. 180 del Código Civil, siempre que haya consentido en la aplicación de alguna técnica de reproducción asistida.

En cuanto a posibles sanciones aplicables, el segundo informe establece como pena la multa de 6 a 20 Unidades Tributarias Mensuales a la utilización, a título oneroso, del cuerpo de la mujer para la gestación o posterior desarrollo en él de un embrión para ser entregado a otra persona, y la multa de 6 a 15 U.T.M. si fuera a título gratuito¹⁴. Con respecto a los médicos o enfermeras que colaboren, se aplica una pena aún mayor y pueden incluso llegar a ser suspendidos. En el caso de los centros médicos o instituciones donde se apliquen estas técnicas, la multa llega a las 100 U.T.M.

Se crea asimismo la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, organismo asesor del Ministerio de Salud.

El tercer informe sobre el proyecto de ley, que sigue en discusión hoy, contempla la expresa prohibición de prestar el útero de cualquier forma. Lo que sí se permite es la fecundación heteróloga, es decir, la donación de óvulo y espermio a una mujer para la gestación, previa renuncia de todo derecho de los donantes.

CAPÍTULO VII

CONCLUSIONES

Quisiera, para finalizar este estudio, volver a tocar una idea que mencioné al comienzo en relación a la adecuación del derecho a las nuevas realidades que presentan los avances cien-

¹² ZEGERS, Fernando. "Reproducción asistida en Chile: consideraciones médicas e implicancias ético-legales". *El Mercurio*. 16 de marzo, 1997.

¹³ LECAROS, Raúl; NAVAJAS, M. Cristina y MADRID, Raúl. "Declaración sobre fecundación asistida". *El Mercurio*, 1998.

¹⁴ VIVANCO, Angela. *Op. cit.*, p. 7.

tíficos. Este desfase entre el derecho y la ciencia da origen a un vacío jurídico respecto de problemas concretos, dejando indefensos tanto al individuo como a toda la sociedad. Es un vacío que se muestra no sólo en Chile, sino en el mundo.

Se van descubriendo necesidades puntuales que requieren de una regulación específica, tales como la limitación del ámbito de aplicación de las nuevas técnicas, problemas de filiación creados por la intervención de terceros, nula o insuficiente protección de bienes jurídicos, etc.

Ahora, muchos pueden manifestar que, dada la realidad que vivimos, la dictación de una adecuada regulación sobre la materia puede no tener carácter de suma urgencia para Chile ni los países hispanoamericanos en general. Sin embargo, la experiencia internacional sirve para tomar conciencia y no caer en los mismos errores que otros; en EE.UU. esta misma falta de regulación de la materia de a poco permitió la multiplicación de los acuerdos de maternidad subrogada, llegando incluso a convertirlos en una realidad relevante. La conducta despenalizada se hace más frecuente y se comienza a creer erróneamente que todo lo legal es moral. Si el hecho social no se frena al comienzo, las regulaciones posteriores serán insuficientes y se verá la creación de operaciones clandestinas. La ley no tiene como única función la de reprimir factores de disolución de la sociedad, sino también la de intervenir preventivamente, o *a priori*, en forma educativa, ayudando a formar la conciencia social.

Por otro lado, en vez de apresurarse en el afán de adecuarse cuanto antes a una realidad en constante evolución, el legislador deberá analizar cuidadosamente los problemas y situaciones límites planteados por estas nuevas técnicas. A veces es mejor que las nuevas realidades se asienten, para así conocer sus verdaderas consecuencias y sólo ahí entrar a estudiar la factibilidad de una regulación. Al hablar de una regulación a posteriori, se busca, quizás en forma retrasada, un margen de tiempo y de amplitud para que se clarifiquen los hechos y se asimilen en la conciencia social.

En la elaboración de un proyecto de ley que regule las técnicas de reproducción asistida, nuestros legisladores se verán enfrentados a una difícil tarea. Tendrán que establecer límites a la intervención del derecho e identificar las respuestas más apropiadas para un problema que concierne, al mismo tiempo, al

individuo y a la sociedad. Pienso que decisiones tan cruciales a veces tendrán que volverse colectivas y dejar de ser individuales. Es que la maternidad subrogada tiene muchos enfoques y no puede reducirse a una cuestión de conciencia personal; sin duda incumbe al individuo, pero va más allá y toca a la comunidad entera. Será esta la que tendrá que tomar una posición responsable al respecto. Los derechos de la persona por nacer deberían ser reconocidos –y no decididos– por la comunidad. El documento del Magisterio de la Iglesia sobre el respeto de la vida humana naciente y de la procreación señala que “las nuevas posibilidades de la técnica en el campo de la biomedicina requieren la intervención de las autoridades políticas y legislativas, porque el recurso incontrolado a estas técnicas podría tener consecuencias imprevisibles y nocivas para la sociedad civil. El llamamiento a la conciencia individual y a la autodisciplina de los investigadores no basta para asegurar el respeto de los derechos personales y del orden público”¹⁵.

Por otro lado, además de regular o prohibir la institución, tendrán que establecer sanciones civiles y penales para el caso de contravención. En lo que concierne al Derecho Penal, no nos olvidemos que este tiene la capacidad de crear conceptos distintos a los del Derecho Civil, teniendo como función la de regular realidades existentes y no simplemente adecuarse a las ficciones civiles. En el caso en cuestión, cabe destacar la trascendencia de los bienes afectados, tales como el derecho a la vida y dignidad humana, por una parte, y el derecho a la procreación y libertad de investigación científica, por otra. El Derecho Penal no debe servir para disminuir ni frenar los avances e investigaciones científicas, sino para la protección de los bienes jurídicos en colisión mencionados, que son su fundamento.

Además los legisladores, sensibles al problema, deben interrogarse sobre las consecuencias de leyes aprobadas sobre bases erradas. Para que un hecho social se transforme en institución requiere ser apoyado e inscrito en la estructura social. La ley deberá entonces reglamentar detalladamente y en forma íntegra no

¹⁵ DONOSO, Crescente. “El derecho positivo frente a las nuevas posibilidades de reproducción humana”. *Problemas Contemporáneos de Bioética*, p. 232-233.

sólo la operación de maternidad por sustitución misma, sino también la filiación, derechos hereditarios, y otros elementos relacionados.

Por cierto, el peso no recae únicamente sobre los legisladores. La responsabilidad con el tema no termina con la simple aplicación de normas a una decisión. Los científicos que introducen tecnologías nuevas deben después investigar sus posteriores efectos a lo largo del tiempo, para así poder tomar decisiones informadas a futuro.

Por otro lado, la educación, como en todos los ámbitos de la vida, aquí debiera influir decisivamente. El desarrollo de estudios de género en Chile es incipiente. Faltan profundización y masificación de información acerca de la mujer, sus derechos e importancia en el mundo de hoy. Sería recomendable una integración educacional a través de cursos interdisciplinarios de Bioética, Derecho de familia, formación de criterios y estudios de género.

En fin, en medio de tan compleja contradicción de bienes hay que reconocer y defender los principios básicos esenciales. En algunas relaciones humanas no podemos aceptar sustitutos. La maternidad biológica no es un servicio ni un producto; es una relación de nueve meses con una vida que hay que valorizar y resguardar, vida que ingresa al mundo ya relacionada con su madre. Pero esta dependencia requerida para subsistir no implica que no es una persona distinta a la mujer. La disociación de la maternidad que produce esta institución merece especial cuidado. Esta cosificación tanto del hijo como de la mujer es un claro atentado contra la dignidad de la persona, valor absoluto e intrínseco que les pertenece desde el momento que la persona existe como tal. El error básico de los padres es no reconocer su función de custodia del que está por nacer y sentirse creadores de ese sujeto y de su ámbito de libertad. Al privar a la maternidad de su esencia, cambia su papel insustituible en la sociedad y cambia el sentido de la paternidad y en general de la familia, que pasa a ser una organización creada por el hombre y ya no generadora de él.

Hoy nos vemos enfrentados a una peligrosa hipocresía que no es nada nueva: el querer obtener el fin, pero no responder con los medios aceptables desde un punto de vista ético. (La cualidad de los medios debe ser concordante con la bondad del fin). Nuestra legislación tiene el deber de diferir en este punto de otras legislaciones que han tomado una postu-

ra más liberal. Es que el liberalismo extremo tiende a racionalizar y atomizar la vida. Pero no todo se puede desmenuzar y reducir a disposiciones contractuales.

La capacidad de procrear debiera ser indisponible, intransmisible e indelegable, constituyendo uno de los actos más *intuitu personae*. El hijo concebido, por lo mismo, es un valor en sí mismo y la maternidad y paternidad están en función suya, no al revés.

Cada sociedad crea un ambiente en que ciertos bienes y principios morales son más reconocidos y amparados que otros. Ese momento ha llegado en nuestro país y es preciso tomar un punto de vista decidido.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALESSANDRI, ARTURO; SOMARRIVA, MANUEL. *Curso de Derecho Civil*. Ed. Nascimento, Santiago, Chile, 1945.
2. ARRAS, JOHN. y STEINBECK, BONNIE. *Ethical Issues in Modern Medicine*. Mayfield Publishing Co. 1995.
3. CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA. *El Aborto: 100 Cuestiones y Respuestas*. Ed. Palabra, 1991.
4. CONGREGACION PARA LA DOCTRINA DE LA FE. *Donum Vitae, Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación*. Ciudad del Vaticano, 1987.
5. COPORALE, MARIA. "Aspectos civiles y penales de la maternidad por encargo". *Revista Medicina y Ética*. Volumen VII, Número III, julio-septiembre de 1996, pp. 305-326.
6. CRIGGER, BETTE-JANE. *Cases in Bioethics: Selections From the Hasting Center Report*. New York, 1993.
7. CRUZ CRUZ, JUAN. "La Anulación de la Paternidad". *Persona y Bioética*. Año 2, Nº 2, oct.-ene, 1998.
8. CUADERNOS DE BIOÉTICA. *Bioética y Procreación Humana*, volumen VII, número 25. Enero-febrero 1996. Ed. Grupo de Investigación en Bioética de Galicia.
9. FIELD, MARTHA A. *Surrogate Motherhood. The Legal and Human Issues*. Harvard University Press. 1988.
10. GAFO, JAVIER. *Nuevas Técnicas de Reproducción Humanas*. Publicaciones Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1986.
11. GOMEZ PEREZ, RAFAEL. *Ética: Problemas Morales de la Existencia Humana*. Ed. Magisterio Casals, 1993.
12. GOMEZ VILLA, MARCELA. *Biojurídica. La Nueva Genética ante el Derecho*. Lerner Ediciones, Madrid, 1989.

13. HONNEFELDER, LUDGER. "Naturaleza y status del embrión". *Cuadernos de Bioética*, 1997/3º, pp. 1034-1046.
14. KATZ ROTHMAN, BARBARA. *Recreating Motherhood: Ideology and Technology in a Patriarchal Society*. WW. Norton and Co. 1989.
15. KRIMMEL, H.T. *Classic Works in Medical Ethics. The Case Against Surrogate Parenting*. McGraw-Hill, 1998.
16. LAVADOS, M. y SERANI A., A. *Ética Clínica y Aplicaciones*. Ed. Universidad Católica de Chile, 1ª edición, 1993.
17. LAVADOS, M.; SERANI, A.; MONGE, J.I. y QUINTANA, C. *Problemas contemporáneos de Bioética*. Ed. Univ. Católica de Chile, 1990.
18. LIRA, OSVALDO. *Verdad y Libertad*. Ed. Nueva Universidad, 1977.