

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

Cristóbal Santander¹

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

Resumen

Este trabajo tiene por finalidad estudiar el contrato de maternidad subrogada, es decir, aquel acuerdo de voluntades entre dos sujetos mediante el cual una mujer fértil acepta embarazarse y llevar en su vientre un niño para una persona, con la intención de entregárselo, pudiendo asumir carácter oneroso o gratuito². Dicho estudio, se verá apoyado por el análisis del *derecho a procrear* tomando como referente la experiencia regulada española, abordando su contenido, reconocimiento y límites determinando si su ejercicio admite al contrato de maternidad subrogada o si éste constituye el límite, a la luz de la *dignidad humana*.

Maternidad, Dignidad y Derecho a procrear

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 descendencia³, y donde la maternidad subrogada aparece como alternativa para concretar los anhelos de ser padres, mediante un proceso artificial de reproducción, no exento de críticas.

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

Dicho antecedente es vital a la hora de analizar el conflicto de derechos, pues permite conocer las razones invocadas para admitir el contrato de maternidad subrogada entre ellas la existencia de un derecho a la descendencia evaluando los límites que tendría éste, y que guardan coherencia con la naturaleza de los derechos fundamentales y los valores de dignidad e integridad física, que encuentran consagración positiva en normas de Derecho Nacional e Internacional⁴ y las cuales Chile ha suscrito.

¹ Egresado de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, correo electrónico de contacto cristóbal.santander@hotmail.com.

² Cfr. en Farnós Esther. Inscripción en España de la Filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California, Facultad de Derecho Universidad Pompeu Fabra, Enero de 2010, p. 4.

³ La infertilidad es un problema que afecta a más de 80 millones de personas en el mundo³, del cual Chile no es ajeno, considerando un incremento anual de 15.000 nuevos casos. Véase en línea http://www.chile.com/secciones/ver_seccion.php?id=60609 [consulta 15 de Julio de 2013]

⁴ Cfr. en Convención de los Derechos del niño que en su artículo 8 señala que: Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad. Véase también la Convención Europea de Bioética que acuerda entre todos los países europeos límites éticos a la investigación científica, y que en su artículo 21, señala: “*que el cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro*” y en Chile el Boletín N° 6306-07 sobre Sustitución de la maternidad.

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

Con todo, y sin desconocer que el análisis de la dignidad de la persona es clave a la hora de determinar la legitimidad del contrato de maternidad subrogada también otorga el piso para comprobar que el ejercicio de la reproducción, por medio de dicho procedimiento -considerando la esfera de libertad que detenta- igualmente es expresión de la dignidad humana, sobre todo cuando el contrato de gestación por encargo es de tipo altruista o gratuito. Se trataría de una nueva forma de expresar la dignidad humana que se desarrolla en el ámbito de la procreación, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad y el libre consentimiento de las partes.

Esta advertencia, que implica la asunción de un nuevo paradigma en el Sistema Filiativo Chileno, permite darle un real y operativo contenido del *derecho a procrear* pues 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 resulte interesante para esta investigación analizar los espacios involucrados en el *derecho a procrear*, y que exigen un tratamiento constitucional que pondere no sólo la dignidad humana sino que aquella esfera de libertad que pertenece a cada ser humano, considerando que la sexualidad corre en ámbitos privados pero también públicos.

Ámbitos que deben ser evaluados cuando se analiza 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 requieren contar necesariamente con una legislación que regule las técnicas de reproducción asistida, destinando recursos públicos que permitan paliar los problemas asociados a la infertilidad.

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

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

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

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

Autonomía y dignidad que corren inmersas en el ideal del progreso técnico contribuyendo a mejorar las condiciones de vida de todos los seres humanos, y en especial aquel estado de privilegio llamado maternidad.