

Algunos apuntes acerca de los efectos sistémicos de la Ley N° 21.400, en lo que se refiere a las técnicas de reproducción humana asistida aplicadas a parejas del mismo sexo

Some Notes About the Systemic Effects of Law No. 21.400, in Relation to Assisted Human Reproduction Techniques Applied to Same-Sex Couples

José Maximiliano Rivera Restrepo
Universidad San Sebastián, Chile

RESUMEN: En este trabajo se pretende, a partir de una interpretación sistemática de las normas del Código Civil, sus leyes complementarias y los principios del derecho de familia, establecer que no existe una plena igualdad en el tratamiento jurídico de las parejas heterosexuales y las parejas del mismo sexo, toda vez que, al parecer, existe una regulación jurídica disímil entre ellas a propósito de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida. Esta cuestión resulta contraria al principio o garantía constitucional de igualdad consagrado en la Constitución Política de la República de Chile y en diversos tratados internacionales sobre la materia.

PALABRAS CLAVE: Técnicas de reproducción humana asistidas, matrimonio igualitario, FIV, maternidad subrogada, filiación.

ABSTRACT: This work claims, based on a systematic interpretation of the rules of the Civil Code, its complementary laws and the principles related to family law, that there is no full equality in the legal treatment of heterosexual couples and same-sex couples, since, apparently, there is a dissimilar legal regulation between them regarding the application of assisted human reproduction techniques. This situation is contrary to the principle or constitutional guarantee of equality enshrined in the Political Constitution of the Republic of Chile and in various international treaties on the subject.

KEYWORDS: Assisted human reproduction techniques, same-sex marriage, IVF, surrogacy, filiation.

Introducción

En 1976 nació, en USA, la primera criatura concebida a través de la maternidad subrogada, mediante inseminación artificial, creándose la *Surrogate Family Service Ins.*, institución que pretende ayudar a las parejas que no pueden concebir hijos, proporcionándoles una madre sustituta. Luego, en 1986, se presentó, también en USA, el caso “*Baby M.*”, en el cual el niño nació mediante el procedimiento de maternidad subrogada, pero cuya madre gestante (sustituta) presentó reclamación en contra del contrato por medio del cual cedería la maternidad del varón. La justicia mantuvo al bebé en el cuidado personal de la madre subrogada y decidió otorgarles derecho a visitas a la madre sustituta (Cruz, 2012-2013: 643).

La Biblia, en Génesis 16, contempla uno de los primeros casos de maternidad subrogada:

Ahora bien, Sarai, esposa de Abrán, no le había dado hijos;¹ pero ella tenía una sierva egipcia, y el nombre de esta era Agar.² Por lo tanto Sarai dijo a Abrán: «¡Ah, por favor! Jehová me ha excluido de dar a luz hijos.³ Por favor, ten relaciones con mi sierva. Quizás yo consiga hijos de ella». ⁴ De modo que Abrán escuchó la voz de Sarai.⁵ Entonces Sarai, esposa de Abrán, tomó a Agar, su sierva egipcia, al cabo de diez años de haber morado Abrán en la tierra de Canaán, y se la dio por esposa a Abrán su marido.⁶ Por consiguiente, él tuvo relaciones con Agar, y ella quedó encinta. Cuando ella se dio cuenta de que estaba encinta, entonces su ama empezó a ser despreciada a los ojos de ella (La Biblia, 2019: s/n).

1 Hay nota al pie de página en el original citado.

2 Hay nota al pie de página en el original citado.

3 Hay nota al pie de página en el original citado.

4 Hay nota al pie de página en el original citado.

5 Hay nota al pie de página en el original citado.

6 Hay nota al pie de página en el original citado.

La dictación de la Ley N° 21.400, que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, en igualdad de condiciones, publicada en el *Diario Oficial* el 10 de diciembre de 2021 y que entró en vigencia el 10 de marzo de 2022, supuso la inclusión en nuestro derecho del matrimonio igualitario, esto es, incorporó la posibilidad de que personas del mismo sexo celebren este contrato. La discusión acerca de esta posibilidad fue objeto de un acalorado debate en nuestro país (Arancibia y Cornejo, 2014: 279-317; Ariza y Saldivia, 2015: 181-209; Azócar y Lathrop, 2018: 485-499; Barcia, 2020, I: 659 ss.; Barcia y Rivera, 2022: 107-131; Barcia, Rivera y Gómez de la Torre, 2023: 248-264; Becker, 2015: 13-35; Buendía y Douglas, 2012: 35 y ss.; Corral, 2002: 25-34; Gómez de la Torre, 2013: 311 ss.; Del Picó, 2011: 31-56; Espejo y Lathrop, 2016: 9-15; Marshall, 2018: 202; Farías, 2016: 34 ss.; Rodríguez, 2020: 61 ss.; Tapia, 2005: 109 ss.; Villarroel y Vásquez, 2016: 26 ss.; Weidenslaufer y Bermúdez, 2014: 48-61) y se sigue planteando en aquellos países en que todavía no se incorpora (Cornejo, 2014: 215; Daza, 2015: 235 ss.; González, 2017: 55-78; Gutiérrez y Seminario, 2020: 126 ss.; Matsumoto y Namiko, 2013: 21 ss.).

La Ley N° 21.400 introdujo una serie de profundas modificaciones en el derecho de familia, tanto en los principios y orientaciones del mismo, como en la nueva nomenclatura, en el concepto de familia (la definición natural del mismo ha derivado en un concepto establecido por la norma positiva, sobre la base de la autonomía de los sujetos de derecho), como en cuestiones de fondo, por ejemplo, en cuanto a la posibilidad de las parejas del mismo sexo de someterse a las técnicas de reproducción humana asistidas (en adelante TRHA) (Escobar, 2017: 114 ss.). En este marco, se les permitió a las personas del mismo sexo someterse a técnicas de reproducción humana asistida, con el objeto de alcanzar la categoría de progenitores. Se debe agregar que, esta materia implica importantes implicancias de carácter ético, social, jurídica, entre otras (Corral, 2010: 57-87; Chávez: 2023, 218; Muñoz: 2013, 7-33; Pennings, 2022: 389-392). En efecto, el nuevo artículo 182 del Código Civil dispone que “La filiación del hijo que nazca por la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, quedará determinada respecto de las dos personas que se hayan sometido a ellas. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta” (Novales, 2017: 57).

En este sentido, la jurisprudencia ha sido rigurosa en aplicar esta norma. Así, la Sentencia del Cuarto Juzgado de Familia de Santiago, de 30 de septiembre, rol N° C-3-980-2022, dispone que

[...] Finalmente, está la filiación originada en la aplicación de las llamadas técnicas de reproducción humana asistida, que admite varias modalidades dentro de las posibilidades de la ciencia, como la llamada fertilización in vitro (FIV), de uso bastante generalizado, versando el caso de autos, en esta último tipo de filiación [sic]. DECIMO: Que, en consecuencia, el problema que se plantea se centra en decidir si puede ser acogida la demanda, en cuanto a declarar como padre al demandado bajo estos términos señalado en el considerando anterior, respecto del niño de autos, quien detenta solo la filiación materna legalmente determinad y [sic], por ello, la cuestión debe ser resuelta aplicando las normas existentes de nuestro sistema normativo en materia de filiación, considerando en este sentido, lo que prescribe, el artículo 182 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» [se refiere al artículo 182, primera parte antes de la modificación de la Ley 21.400]. Luego en su inciso segundo se agrega que «No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta». UNDECIMO: Que, así las cosas, en el caso sublite, el conflicto jurídico ha versado acerca de la demanda de reclamación de la filiación paterna, entablada por quien es la madre del niño, representando a su hijo, con el objeto de determinar la paternidad por el hecho de haberse sometido ambas partes del juicio, a saber, el demandado, a la técnica de fertilización in vitro (FIV) y el óvulo fecundado por el embrión del demandado, el que fue implantado en el útero de la demandante, y considerando las normas ya citadas y, con el del mérito de la prueba documental rendida, apreciada de conformidad las reglas de la sana critica, se ha logrado convicción por esta sentenciadora, que las partes se sometieron efectivamente a

un proceso de fertilización asistida, en el año 2020, que dicho proceso se llevó adelante de forma positiva, el proceso de gestación y parto, llegando a buen término, naciendo el niño el día NUM008 de 2021, quedando en consecuencia determinada tanto la filiación materna como paterna del niño, respecto tanto de la demandante como del demandado, más aún el legislador, establece que esta filiación no puede impugnarse, ni reclamarse una distinta, por lo que se procederá a acoger la demanda como se dirá en lo resolutivo del fallo” [sic]. En consecuencia, el artículo 182 del Código Civil constituye una limitación al derecho a la identidad, pues, prohíbe impugnar “la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta [sic] (Lathrop, 2017: 91-126).

Asimismo, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 27 de octubre, rol N° 11.389-2021, establece que

[...] Entre los tratamientos de infertilidad de alta complejidad se encuentran la fecundación in vitro y transferencia embrionaria (FIV/TE), método de reproducción asistida indicado para algunas parejas infértiles. Su finalidad es extraer los ovocitos u óvulos maduros del ovario de la mujer, para que sean fecundados por los espermatozoides de su pareja fuera del cuerpo de la mujer. El proceso ocurre en un laboratorio. Si ocurre la fecundación y se desarrollan embriones, éstos son transferidos al útero. En algunos casos en que la transferencia al útero es muy dificultosa se transferirán a la trompa de Falopio con el objetivo que continúen su multiplicación y desarrollo, hasta adquirir la capacidad de implantarse en el endometrio o capa interna del útero de la mujer. Las etapas de la fecundación in vitro y transferencia embrionaria son la estimulación de la ovulación, la aspiración folicular (punción ovárica), la fecundación in vitro y desarrollo embrionario en el laboratorio de medicina reproductiva y la transferencia embrionaria.

Con anterioridad a la dictación de la Ley N° 21.400, constituía uno de los requisitos de existencia del matrimonio, que éste se celebrara

entre un hombre y una mujer [diversidad de sexo] (Ramos, 2007: 32). Actualmente, el matrimonio es un contrato que puede ser celebrado entre dos personas naturales, sean estas de igual o de distinto sexo. En efecto, el matrimonio, dice el artículo 102 del Código Civil que “(...) es un contrato solemne por el cual dos personas se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente”. El matrimonio no solo constituye una institución jurídica, sino que también, cultural y moral en la que dos personas se unen para el sustento de la familia (Hernández y Lathrop, 2022: 41).

En suma, el objetivo general de este trabajo de investigación consiste en articular una interpretación sistemática y armónica de las normas del Código Civil y leyes complementarias a éste que permita determinar los efectos sistémicos del arrendamiento de alquiler, como solución al deseo de parejas de igual sexo, particularmente la compuesta por dos varones, para acceder al estado civil y cumplir su deseo de ser progenitores. Constituyen objetivos específicos: (i) explicar, someramente, las diversas etapas acerca de la evolución de los derechos reproductivos y sexuales y determinar si en ellos cabe o no, la inclusión de las técnicas de reproducción humana asistidas, (ii) valorar la utilidad teórica y práctica de la modificación del artículo 182 del Código Civil acerca de la posibilidad de que personas del mismo sexo puedan acceder a las técnicas de reproducción humana asistidas, (iii) evaluar la validez del contrato de arrendamiento de alquiler (maternidad subrogada) como una de las pocas soluciones para que personas del mismo sexo, particularmente la compuesta por dos varones, puedan alcanzar su anhelo de ser progenitores (la otra sería la adopción) y (iv) determinar -en caso de que se concluya que la celebración de este contrato se encuentra prohibida por la ley-, si dicha negativa constituye una violación de la garantía constitucional de la igualdad.

El matrimonio y sus efectos jurídicos

El matrimonio genera ciertos efectos en el derecho de familia, considerado como un todo integrado o sistema. Algunos de los más relevantes,

debido a su importante significado en la definición de los roles sociales desempeñados por los integrantes de la familia, son los siguientes: (i) efectos personales entre los cónyuges, como por ejemplo el deber de socorro y ayuda mutua (artículo 131 del Código Civil), (ii) efectos económicos del matrimonio (régimenes patrimoniales), (iii) efectos respecto de los hijos (filiación), incluyendo la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida y la adopción, y (iv) derechos sucesorios entre los cónyuges (artículo 1182 del Código Civil). Con todo, una vez incorporado en nuestro derecho el matrimonio igualitario –y, por tanto, obviado el debate acerca de la conveniencia de su inclusión o no–, surge la siguiente pregunta acerca de ¿cuáles son los efectos sistémicos que puede generar la Ley N.º 21.400, que incluyó en nuestro derecho la posibilidad para que personas del mismo sexo pudieran someterse a las técnicas de reproducción asistidas? ¿estas personas pueden someterse a las TRHA? La respuesta pareciera ser afirmativa, a la luz del tenor literal del artículo 182 del Código Civil antes referido (y solo a partir de la reforma de la Ley N.º 21.400). Aquí surge una nueva pregunta: ¿dos hombres, casados o no, pueden alquilar el vientre de una tercera (mujer) para que ella acoja la vida formada en una placa de laboratorio, con la ovodonación de otra mujer? Lo anterior, toda vez que la única posibilidad de alcanzar el carácter de progenitores es mediante la maternidad subrogada (una tercera anida el embrión o embriones obtenidos en el laboratorio), aceptando la ovodonación de una tercera, el cual será fecundado con los espermios de uno de ellos o con los espermios donados por un tercero (Turner, 2003: 444).

El punto preciso para revisar aquí es el tema de la posible aplicación de técnicas de reproducción humanas asistidas (Kemelmajer de Carlucci, 2013: 127-163; Gómez y Navarro, 2017: 75-96; Miño, 2020: 27 y ss.; Rodríguez, 2020: 61-82; Santamaría, 2000: 37 y ss.; Suárez y Pérez, 2019: 57-62; Trevizo, 2014: 181-187), para que una pareja compuesta por dos varones pueda alcanzar su deseo de ser progenitores, obteniendo la donación de óvulos y el alquiler del vientre (maternidad subrogada) de otra mujer, para que pueda gestarse la criatura.

Planteamiento del problema

En primer lugar, se pretende analizar la extensión del concepto de derechos reproductivos y sexuales, estableciendo si dentro de ellos cabe incluir el derecho de celebrar el contrato de arrendamiento de alquiler entre personas del mismo sexo y una tercera (Gómez de la Torre y Rivera, 2021: 97 y ss.). La noción de “derechos reproductivos” -concepto dentro del cual se encuadra la posibilidad de celebrar el contrato de arrendamiento de alquiler-, constituye “una definición en constante construcción” (Gómez de la Torre y Rivera, 2021: 86), siendo reconocido en el Párrafo 16 de la “Proclamación de Teherán” y en el artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (Gómez de la Torre y Rivera, 2021: 87-88).

Este tema se presenta tanto respecto de los matrimonios heterosexuales que no pueden tener hijos (cuando ambos cónyuges no pueden), cuanto respecto de los matrimonios entre personas del mismo sexo (particularmente parejas compuestas por dos varones), como, asimismo, en parejas heterosexuales o del mismo sexo que no estén casadas.

En el caso de las parejas del mismo sexo compuestas por dos hombres, éstos únicamente podrían someterse a las técnicas de reproducción humana asistidas, alquilando el vientre de una tercera (Verda y Beamonte, 2018: 282 ss.). En este último punto, se debe revisar, por tanto, la validez del contrato en cuya virtud una mujer presta (o alquila) su vientre para que en él se anide el feto fecundado en una placa de laboratorio. ¿Este contrato puede ser oneroso? ¿Una mujer podría “arrendar” su vientre para que en él se implante la criatura de una pareja compuesta por dos hombres? (Gómez de la Torre y Rivera, 2021: 87-88).

En caso de negarles la posibilidad de alquilar el vientre de una mujer, surge una nueva hipótesis de trabajo: se podría afirmar, a partir de una interpretación sistemática de las normas del Código Civil y leyes complementarias y de los principios del derecho de familia, que, actualmente no existe una plena igualdad en el tratamiento jurídico de las parejas heterosexuales y las parejas compuestas por personas del mismo sexo, toda vez que, al parecer, existe una regulación jurídica disímil entre ellas, en materia de técnicas de reproducción humana asistida, cuestión que podría ser contraria al principio de igualdad. Precisamente la idea

anterior, si la única manera de cumplimentar lo dispuesto por el artículo 182 del Código Civil, en una pareja compuesta por dos varones, es que ellos pueden celebrar el contrato de maternidad subrogada, entonces, de negárseles dicha posibilidad, el mandato de la norma en comento no produciría efectos respecto de ellos, suponiendo una violación a la garantía constitucional de igualdad.

En efecto, si entendemos que el principio de la igualdad obsta al establecimiento de diferencias arbitrarias, entonces podríamos suponer que, en este caso, se habría lesionado dicha garantía constitucional. Esta garantía constitucional justifica la regla según la cual se prohíbe toda “diferencia [discriminación] arbitraria”, esto es, aquella distinción que se sujete a la mera “voluntad o al capricho” (RAE, 2022: s/n). La discriminación, que consiste en “seleccionar excluyendo” (Díaz, 2012: 33-75; Lobatón, 2020: 185-220; Valenzuela y Villavicencio, 2015: 271-314; RAE, 2022: s/n), en caso de ser “arbitraria”, se encuentra prohibida (artículo 19, N° 2 de la Constitución Política de la República) (Gauché y Lathrop, 2020: s/n). En este sentido, Gauché y Lathrop agregan lo siguiente:

Desde un punto de vista de la forma, se puede distinguir la discriminación directa de la indirecta. El punto de distinción entre una y otra es la intencionalidad: el deseo de generar o no la discriminación que se produce cuando la persona discriminada se compara con otra en similares circunstancias. Es así un trato excluyente o inequitativo que recibe un individuo o grupo por su presunta o real identidad o diferencia respecto de otros individuos o grupos. Así entendida, la discriminación directa entonces es una clase de tratamiento. Entendiendo que no todas las distinciones son una discriminación, la pregunta sería ¿dónde está la frontera entre ambas diferenciaciones? ¿cuándo estamos frente a una diferenciación que sea discriminación y no mera distinción? ¿cuándo la diferenciación se transforma en odiosa, irrazonable, desproporcionada y en un trato de inferioridad para uno (a) o algunos (as)? (Gauché y Lathrop, 2020: s/n; Pérez, 2016: 52-61).

En suma, el objetivo general de este proyecto de investigación consiste en articular una interpretación sistemática y armónica de las

normas del Código Civil y leyes complementarias a éste que permita determinar la validez y efectos del contrato de arrendamiento de útero (maternidad subrogada), respecto de parejas del mismo sexo, particularmente dos hombres, que desean anidar un embrión en el vientre de una tercera, con el fin de que ella lo geste.

Complementando lo anterior, el artículo 3, inciso 1 de la Ley N° 19.451 de 1996, sobre trasplante y donación de órganos, dispone que “La donación de órganos sólo podrá realizarse a título gratuito. Se prohíbe, será nulo y sin ningún valor el acto o contrato que, a título oneroso, contenga la promesa o entrega de un órgano para efectuar un trasplante”. Asimismo, el artículo 145 del Código Sanitario dispone que “El aprovechamiento de tejidos o partes del cuerpo de un donante vivo, para su injerto en otra persona, sólo se permitirá cuando fuere a título gratuito y con fines terapéuticos”. Por su parte, el artículo 154 de este Código establece que “Las disposiciones de este Libro no se aplicarán a las donaciones de sangre ni a las de otros tejidos que señale el reglamento”. En el Reglamento del Libro IX, del Código Sanitario, aprobado por el Decreto N° 240, de 03 de diciembre de 1983, en su artículo 17 dispone lo siguiente:

Las disposiciones de este reglamento no se aplicarán a las donaciones de espermios, óvulos, sangre, médula ósea, huesos, piel, fanereos, así como a todo producto de la concepción que no llegue a nacer vivo, todas las cuales se perfeccionarán por la sola voluntad del donante manifestada sin formalidad alguna.

Por lo tanto, en principio, de aceptarse la maternidad subrogada, esta únicamente podría efectuarse en virtud de un contrato a título gratuito. Es decir, la maternidad subrogada se encontraría prohibida por nuestra legislación, cuando ella es el resultado de un contrato a título oneroso (arrendamiento de alquiler). De la lectura de estas normas, la conclusión preliminar es que no se permitiría la maternidad subrogada en caso de celebrar un contrato a título oneroso.

A nivel de derecho comparado, algunos estados han aceptado la maternidad subrogada, como algunos estados de USA (Arkansas, California), Rusia, Reino Unido, Canadá, Grecia, Australia y el Estado de Tabasco en México (Pepe, 2020: 8 y 10; Espejo; Fenton-Glynn; Lathrop y

Scherpe, 2023: xxvii ss.). En otros países se encuentra prohibida, como en España, Suiza, Italia, Alemania, China y Francia (Pepe, 2020: 10-11; Cervino, Calderón, Berdoy y Ortega, 2019-2020: 6). En Chile, como en la mayoría de los países, la maternidad subrogada no se encuentra reglamentada, entonces, surge la pregunta: ¿es posible integrar el ordenamiento jurídico nacional? Lo anterior con la finalidad de lograr que el mandato del artículo 182 del Código Civil logre cumplimentarse en la práctica, respecto de parejas compuestas por dos varones.

Con la finalidad de lograr los objetivos propuestos, la presente investigación propone abordar los efectos del contrato de alquiler de vientre (maternidad subrogada), especialmente entre personas del mismo sexo y una tercera, a través de diversas metodologías aplicables al derecho.

En principio, se pretende revisar analíticamente los efectos de este contrato, aplicando el método cualitativo de investigación, (Hernández, 2014: 10 y ss.; Quecedo y Castaño, 2002: 5- 39; Tamayo, 2004: 83) mediante una solución armónica y articuladora al problema planteado. Con relación al enfoque cualitativo, y

[aunque este enfoque] es inductivo, pisándose requiere averiguar con mayor detención el terreno a explorar. Imaginemos que estamos interesados en realizar una investigación sobre una cultura indígena, sus valores, ritos y costumbres. En este caso debemos saber a fondo dónde radica tal cultura, su historia, sus características esenciales (actividades económicas, religión, nivel tecnológico, total aproximado de su población, etc.) y qué hostil es con los extraños. De igual forma, si vamos a estudiar la depresión posparto en ciertas mujeres, es necesario que tengamos conocimientos respecto a qué la distingue de otros tipos de depresión y cómo se manifiesta (Hernández, 2014: 358; Guerrero, 2016: 3).

Se plantea revisar concienzudamente la literatura que existe sobre el tema, esto es, tanto la doctrina y como la legislación nacional. En este contexto, se procederá a la lectura y estudio de las fuentes, tanto las primarias, esto es, la jurisprudencia, y ordenamientos tanto legales como reglamentarios (chilenos y extranjeros); pero también las fuentes materiales, es decir la doctrina nacional y comparada. Se efectuará,

entonces, un análisis de la normativa civil además de la jurisprudencia sobre el tema. Se utilizará, asimismo, y de forma relevante, el método de sistematización de la jurisprudencia.

Se procederá, asimismo, a revisar el derecho comparado, en que se ha tratado del tema, con la finalidad de precisar y adoptar aquellas soluciones que se encuentren en armonía con la tesis planteada. Por ello, se utilizará el método comparado a fin de estudiar, examinar y confrontar, a nivel legislativo, doctrinario y jurisprudencial nuestra legislación con algunos ordenamientos extranjeros como el español, entre otros. El método comparado servirá para definir, interpretar y sistematizar las analogías y diferencias más significativas entre el derecho chileno y otros países del ámbito comparado, cuyo objetivo preciso es constatar que la actual normativa viola los derechos reproductivos de las personas del mismo sexo. De este modo, el recurso a las fuentes comparadas se ceñirá a los ordenamientos equiparables con la estructura jurídica nacional.

En síntesis, una vez revisada la literatura que existe sobre el tema en Chile, se ingresará al campo o ambiente propicio para recolectar datos que nos sirvan para gestar y/o precisar el planteamiento del problema, que dará lugar a los objetivos y a la hipótesis de trabajo o preguntas de investigación (Hernández, 2014: 367-368 y 378-379).

Asimismo, el diseño que se pretende seguir -dentro del enfoque cualitativo de investigación-, es el llamado “diseño de teoría fundamentada” en el análisis de documentos, conforme al cual “[l]a nueva teoría se contrasta con la literatura previa [...]” (Hernández, 2014: 472; Páramo, 2015: vii-xiii). También se utilizará el diseño emergente, según el cual

[...] se (debe efectuar) la codificación abierta y de ésta emergen las categorías (también por comparación constante), que se conectan entre sí para producir teoría. Al final, el investigador explica la teoría y las relaciones entre categorías. La teoría proviene de los datos en sí, no está ubicada en clases de categorías [...]” (Hernández, 2014: 476).

Principales efectos de la Ley N° 21.400

El matrimonio entre personas del mismo sexo, debido a la fecha de publicación y entrada en vigencia de la Ley N° 21.400 que lo estableció (10 de diciembre de 2021 y 10 de marzo de 2022, respectivamente), constituye un novedoso e importante tema de estudio, ya que esta misma Ley autorizó a las parejas del mismo sexo a que pudieran acceder a las técnicas de reproducción humana asistidas.

La filiación constituye un vínculo jurídico entre progenitores e hijos y es, sin duda, una de las relaciones más relevantes que puede tener un sujeto de derecho. De ahí la importancia de establecer si existe o no una discriminación arbitraria hacia las parejas del mismo sexo (y también las parejas heterosexuales en las que ambos no pueden procrear), en lo que se refiere a la posibilidad de celebrar el contrato de arrendamiento de alquiler, cuestión que supondría una transgresión grave de la garantía de la igualdad establecida en la Constitución Política de la República (artículo 19, N° 2) y en diversos tratados internacionales (artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Son escasos los trabajos que se refieren a los efectos que produjo la dictación de la Ley N° 21.400, debido a que constituye tema novedosísimo. En esta línea, cabe citar un interesante artículo de 2022, titulado “Técnicas de reproducción asistida en personas del mismo sexo y solas por opción: realidad en Chile 2021”, cuyos autores son Cristián Jesam, Francisca Jeria, Daniela Núñez, Lorena Pardo, Sergio Varela, Mauricio Mondion y Juan E. Pi.

En definitiva, el trabajo de investigación estudiará los efectos del contrato de arrendamiento de útero (maternidad subrogada) de manera integral, determinando la validez y efectos del mismo. En caso de negarle validez a dicha convención, se revisaría si la imposibilidad de acceder a dicho contrato por parte de parejas del mismo sexo constituye o no una infracción a los textos internacionales y a la Constitución Política de la República en lo que se refiere a la garantía constitucional de igualdad ante la ley.

Los derechos reproductivos y las técnicas de reproducción humana asistidas

La noción de “derechos sexuales” comenzó a discutirse a partir de 1994, particularmente con la Declaración y Programa de Acción de El Cairo, en que se estableció a modo de garantía el concepto de “derechos reproductivos”. Esta última noción se prefirió por sobre el concepto de derechos sexuales, ya que esta frase generaba mayor dosis de polémica (López y Pérez, 2020: 12; Suárez y Pérez, 2019: 59-60; Arencibia, 2020: 67-157). En efecto, el punto 7.3 de la Declaración dispone que

[...] 7.3 Teniendo en cuenta la definición que antecede, los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso [sic]. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decir 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 su 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. En ejercicio de este derecho, las parejas y los individuos deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad. La promoción del ejercicio responsable de esos derechos de todos deben ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva, incluida la planificación de la familia. Como parte de este compromiso, se debe prestar plena atención, a la promoción de relaciones de respeto mutuo e igualdad entre hombres y mujeres, y particularmente a las necesidades de los adolescentes en materia de enseñanza y de servicios con

objeto de que puedan asumir su sexualidad de modo positivo y responsable. La salud reproductiva está fuera del alcance de muchas personas de todo el mundo a causa de factores como: los conocimientos insuficientes sobre la sexualidad humana y la información y los servicios insuficientes o de mala calidad en materia de salud reproductiva; la prevalencia de comportamientos sexuales de alto riesgo; las prácticas sociales discriminatorias; las actitudes negativas hacia las mujeres y las niñas; y el limitado poder de decisión que tienen muchas mujeres respecto de su vida sexual y reproductiva. En la mayoría de los países, los adolescentes son particularmente vulnerables a causa de su falta de información y de acceso a los servicios pertinentes. Las mujeres y los hombres de más edad tienen problemas especiales en materia de salud reproductiva, que no suelen encararse de manera adecuada (Naciones Unidas, 1994: 37-38; Facio, 2008: 23-24).

Posteriormente, la discusión fue retomada en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, de 1995, que se celebró en Beijing. En efecto, el punto 17 de la Declaración de Beijing expresa que “[...] 17. El reconocimiento explícito y la reafirmación del derecho de todas las mujeres a controlar todos los aspectos de su salud, en particular su propia fecundidad, es básico para la potenciación de su papel” (Naciones Unidas, 1995a: 3).

Más adelante, la Declaración de Beijing, en su punto 90, señala que

[...] 90. La salud reproductiva es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no simplemente la ausencia de dolencias o enfermedades, en todo lo relacionado con el sistema reproductivo y con sus funciones y procesos. Por lo tanto, la salud reproductiva implica que las personas puedan tener una vida sexual satisfactoria y segura y que tengan la capacidad de reproducirse y la libertad de decidir si hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. En esta última condición está implícito el derecho de hombres y mujeres a estar informados y a tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección así como otros

métodos de su elección para regular la fertilidad que no sean contrarios a la ley y el derecho de acceso a servicios de atención de salud apropiados que permitan a las mujeres pasar con seguridad el embarazo y el parto y brindar a las parejas las mayores posibilidades de tener un bebé sano. De acuerdo con la definición anterior de salud reproductiva, la atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y el bienestar reproductivos mediante la prevención y la solución de problemas de salud reproductiva. Incluye también la salud sexual, cuya finalidad es el mejoramiento de la vida y las relaciones personales, y no simplemente el asesoramiento y atención relacionados con la reproducción y las enfermedades de transmisión sexual cuya finalidad es el mejoramiento de la vida y las relaciones personales, y no simplemente el asesoramiento y atención relacionados con la reproducción y las enfermedades de transmisión sexual cuya finalidad es el mejoramiento de la vida y las relaciones personales, y no simplemente el asesoramiento y atención relacionados con la reproducción y las enfermedades de transmisión sexual y no simplemente asesoramiento y atención relacionados con la reproducción y las enfermedades de transmisión sexual y no simplemente asesoramiento y atención relacionados con la reproducción y las enfermedades de transmisión sexual (Naciones Unidas, 1995b: 3; López y Pérez, 2020: 13).

En síntesis, el reconocimiento de los derechos de las mujeres (de reciente data) (Pérez, 2014: 73), particularmente en temas de salud, se tradujo en la mayor cantidad de información de que dispusieron las pacientes, así como el derecho a ser informadas de los tratamientos aplicables a su enfermedad (Montaño, s/f: 9). Como indican Casas y Vivaldi

Los derechos sexuales y reproductivos tienen el objeto o finalidad de asegurar a todas las personas el poder de decidir de manera libre e informada en cuanto a su vida sexual y reproductiva, lo que involucra aspectos tales como determinar si

tener o no relaciones sexuales, el número de hijos y el uso de métodos anticonceptivos. Todas las personas deberían poder ejercer su sexualidad y reproducción sin ningún tipo de coacción, violencia o discriminación. Esto supone para el Estado la obligación de proveer y asegurar las condiciones para que todas las personas puedan contar con la información, la educación y el acceso a los servicios, medios y mecanismos que se requieren para tomar dichas decisiones de manera autónoma e informada (Casas y Vivaldi, s/f: 1; Zúñiga, 2018: 215; Saenger, 2011: 201-228).

Es en este marco, que la garantía constitucional de la igualdad ante la ley es requisito fundamental para cumplimentar los derechos sexuales y reproductivos. En este sentido, Pérez expresa lo siguiente:

Por último, el derecho a la intimidad, en conjunto con el derecho a la igualdad, han permitido sedimentar un incipiente proceso de reconocimiento jurídico de la autodeterminación en materia sexual y procreativa, cuya manifestación paradigmática son los llamados derechos sexuales y reproductivos (Pérez, 2014: 73).

Desde las organizaciones feministas y especialmente desde la Red de Salud de las Mujeres Latinoamericanas y del Caribe (RSMLAC), se ha planteado que los derechos reproductivos y sexuales, fue un logro tremendamente relevante para la equidad de género, a partir de la Conferencia de El Cairo (Red de Salud de las Mujeres Latinoamericanas y el Caribe, 2009: 1).

Validez y eficacia del contrato de maternidad subrogada o vientre de alquiler

El Diccionario de la Real Academia Española, define “gestación subrogada” como aquel “[...] embarazo en que una mujer gesta un embrión ajeno” (Real Academia Española, 2023: s/n). En este mismo sentido, para Valero:

[...] El término subrogación uterina se utiliza cuando la gestación se lleva a cabo por otra mujer, la llamada madre portadora o subrogada; la mujer que presenta los problemas reproductivos y que no va a llevar a término el embarazo recibe el nombre de madre subrogante (Valero, 2019: 421).⁷

Asimismo, para Pérez, Cantoral y Rodríguez

[...] La maternidad subrogada o gestación por sustitución, comúnmente conocida como «vientre de alquiler», consiste en la implantación por fecundación in vitro o inseminación artificial de un embrión en una madre gestante, con la que los padres de intención han firmado un contrato previo, con o sin remuneración económica. Subrogarse implica en Derecho sustituir a otro en una situación jurídica, por lo que, en el contexto de la maternidad, subrogarse implica «sustituir en la gestación» (Pérez, Cantoral y Rodríguez, 2017: 84).

Más adelante, estos autores expresan que

La gestación por sustitución, maternidad subrogada o alquiler de vientre es un supuesto especial de reproducción asistida -en pleno proceso de expansión- por el cual una mujer mediante prestación o sin ella, se compromete a gestar un niño -concebido artificial, que no naturalmente- que otra u otras personas puedan ser padres biológicos o no. Esta situación puede deberse a muchas circunstancias, como la infertilidad o incapacidad de gestar de la mujer sola o en pareja -ocasionada por causas genéticas, enfermedad o edad-, o el deseo de paternidad de hombres solos o de parejas homosexuales [...]⁸. (Pérez, Cantoral y Rodríguez, 2017: 85; Jiménez, 2012: 105-106).

Para Rojas y Cienfuegos

Este procedimiento consiste en que una mujer «presta» su vientre para gestar a un bebé y al término del estado de gravidez,

7 Hay cita al pie de página en el original citado.

8 Hay cita en el original citado.

cede los derechos filiales del niño a los padres de intención. En la realidad, encontramos que el préstamo se convierte en una práctica comercial, que no en todos los países está regulada o que presenta lagunas jurídicas, imprecisiones técnicas, que no permitirán certeza jurídica (Rojas y Cienfuegos, 2021: 68).

Al parecer es preferido emplear el vocablo “gestación” en vez de la palabra “maternidad” subrogada, ya que

[...] Por tanto, la gestación se confunde con la maternidad; pero para ser precisos la gestación es el proceso de formación del producto dentro del vientre femenino. Es decir, el estado de gravidez que se inicia con la fecundación y culmina con el nacimiento del producto. La gestación es el fundamento metafísico de la postura concepcional que indica el origen a un ser humano. Este proceso se inicia con la unión de los gametos, que revelan, están dadas las condiciones esenciales para la formación de un nuevo ser (Rojas y Cienfuegos, 2021: 62-63).⁹

Todavía más, en el dilema de utilizar el adjetivo “subrogada” o “sustituta”. El verbo “subrogar”, conforme al Diccionario de la Lengua Española significa “Sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa” (Real Academia Española, 2023: s/n). Por su parte, “sustituta” está definida como “Persona que hace las veces de otra” (Real Academia Española, 2023, s/n).

Si entendemos que la verdadera madre es la mujer (o el hombre) que encargó la gestación a una tercera, entonces debiésemos emplear el vocablo “sustituta”, en cambio, la expresión “subrogada” iguala a la madre subrogante con la madre subrogada, toda vez que esta ocupa el mismo lugar jurídico que aquélla (Abeliuk, 2008, II: 677; Simental, 2020: 141-142).

Al parecer es más conveniente emplear el vocablo “gestación” en vez de la palabra “maternidad” subrogada, ya que

[...] Por tanto, la gestación se confunde con la maternidad; pero para ser precisos la gestación es el proceso de formación

9 Hay nota al pie de página en el original citado.

del producto dentro del vientre femenino. Es decir, el estado de gravidez que se inicia con la fecundación y culmina con el nacimiento del producto. La gestación es el fundamento metafísico de la postura concepcional que indica el origen a un ser humano. Este proceso se inicia con la unión de los gametos, que revelan, están dadas las condiciones esenciales para la formación de un nuevo ser (Rojas y Cienfuegos, 2021: 62-63).¹⁰

Atendiendo a su completitud, la maternidad subrogada puede ser total o parcial, según la madre sustituta (Rojas y Cienfuegos, 2021: 69) sea inseminada con su propio material genético y de un donante o la pareja de la madre subrogante, o bien con los óvulos aportados por la madre subrogante (Pérez, Cantoral y Rodríguez, 2017: 87). En este sentido, Rojas y Cienfuegos señalan que

Se conciben dos tipos de gestación por sustitución: la tradicional y la estacional.¹¹ En el primer tipo, que es la tradicional o genética, se aporta el vientre y los gametos femeninos, porque los gametos masculinos provienen del comitente. Aquí hay una relación genética entre la «gestante» y el producto. En la sustitución estacional (gestación total), la «gestante» aporta solo el nodo estacional¹² (Rojas y Cienfuegos, 2021: 67).

Asimismo, atendiendo a si existe o no una contraprestación económica para la madre sustituta, la maternidad subrogada puede ser a título oneroso (comercial) o a título gratuito (altruista) (Pérez, Cantoral y Rodríguez, 2017: 87).

En España, la Ley 14/2006, de 26 de mayo dispone en su artículo -que precisamente se refiere a la gestación por sustitución- que

Artículo 10. Gestación por sustitución. 1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filia-

10 Hay nota al pie de página en el original citado.

11 Hay nota al pie de página en el original citado.

12 Hay nota al pie de página en el original citado.

ción de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

La anterior norma proviene del derogado en el artículo 10 de la Ley 12/1988, de 26 de mayo que, salvo el epígrafe “gestación por sustitución” decía lo mismo. Esta Ley había sido modificada por el artículo 4, N° 2 de la Ley 12/1988, de 26 de mayo (actualmente también derogada), que disponía lo siguiente:

[...] Sólo se autoriza la transferencia de un máximo de tres preembriones en una mujer en cada ciclo.

Siguiendo con la referencia legislativa española, la Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, en el Párrafo I de la Exposición de Motivos expresa lo siguiente:

La gestación por sustitución constituye un fenómeno en el que se produce una grave vulneración de los derechos de los menores y de las madres gestantes. El interés preferente de los primeros debe quedar en todo caso salvaguardado, y a la vez la actuación de los poderes públicos debe garantizar a la mujer una adecuada protección contra el peligro de abusos de situaciones de vulnerabilidad que es de todo punto inaceptable. Resulta además claro que la lucrativa actividad de las agencias mediadoras que operan en este terreno no puede considerarse ajustada a derecho. Por lo demás, este problema no se limita a España, sino que se desenvuelve en un ámbito exterior, por lo que sería necesaria una actuación internacional coordinada para hacerle frente de forma eficaz. En tanto no se disponga de ese claro marco internacional, y sin perjuicio de la adopción de las medidas oportunas y más contundentes para atajar esta práctica en España, se debe tratar el fenómeno con el necesario rigor.

Asimismo, el artículo 221 del Código Penal español dispone que

1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años. 2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero. 3. Si los hechos se cometieren utilizando guarderías, colegios u otros locales o establecimientos donde se recojan niños, se impondrá a los culpables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las referidas actividades por tiempo de dos a seis años y se podrá acordar la clausura temporal o definitiva de los establecimientos. En la clausura temporal, el plazo no podrá exceder de cinco años.

En igual sentido, el Auto del Tribunal Supremo español de 2 de febrero de 2015, en que, conociendo de un recurso de nulidad, rechaza la presentación en contra de la negativa del Registro Civil de proceder a inscribir a dos criaturas gemelas nacidas en USA, a través de la maternidad por sustitución, alegando, entre otras cosas, lo siguiente:

[...] 9. En cuanto a la alegación de vulneración del derecho a la igualdad sin sufrir discriminación, apunta el Tribunal Supremo que la interdicción de discriminación por razón de filiación no exige que el ordenamiento jurídico español deba reconocer como filiación la relación que deriva de haber concertado con la “madre” gestante un contrato de gestación por sustitución. Siendo el legislador español soberano a la hora de atribuir el carácter de relación paterno filial a determinadas relaciones distintas de la paternidad o maternidad biológicas, no ha considerado oportuno otorgar este carácter el contrato

de gestación por sustitución sin que esto implique, a su juicio, discriminación alguna, ni respecto del origen de la filiación ni respecto a las relaciones entre parejas del mismo sexo, puesto que la respuesta habría sido idéntica, apunta, si se hubiera tratado de una pareja heterosexual [...] (Durán, 2015: 10).

Con todo, Durán expresa – a modo de conclusión-, lo siguiente:

[...] La tranquilidad de conciencia que parece traslucirse en el auto del Tribunal Supremo, destacando la posibilidad que en España existe de volver a determinar la filiación conforme a otros parámetros distintos de los que originaron la filiación, pone de manifiesto la imperiosa necesidad de que el legislador actúe. Porque exigir una doble determinación de la filiación del menor no debiera tranquilizar ni contentar a nadie (Durán, 2015: 16).

Por otra parte, se debe indicar que, generalmente existe un fuerte lazo entre la madre gestante y la criatura, el que se rompe al momento de entregar la criatura a la madre que encargó la gestación (comitente). En este sentido, para Cervino, Calderón, Berdoy y Ortega:

En la maternidad se establece un fuerte vínculo entre la madre y el bebé que gesta, denominado vínculo o relación de apego. En el cerebro humano, se encuentra el núcleo estriado (dorsal y ventral). En el interior de este último, se encuentra el núcleo accumbens, que se encarga de la memoria emocional, del placer y de las adicciones (Cervino, Calderón, Berdoy y Ortega, 2019-2020: 8).

Existen argumentos a favor y en contra de la maternidad subrogada. En este sentido, Valero expresa lo siguiente:

Entre los derechos invocados por quienes defienden la legalización de esta práctica se encuentran principalmente: el derecho a la reproducción de los padres de intención, siendo la maternidad subrogada un vehículo para hacer efectiva la igualdad reproductiva entre parejas fértiles e infértiles, heterosexuales

y homosexuales; y la autonomía de la mujer gestante que se plasma en su libertad contractual. En contra, sin embargo, se plantean numerosas objeciones éticas y jurídicas, que van desde la cosificación del cuerpo de la mujer, que es objeto de un contrato de alquiler para satisfacer un deseo de otros; la vulneración de la dignidad y de la integridad física y moral de las gestantes; la comercialización de los niños o la explotación de las mujeres que se encuentran en un estado de necesidad económica (Valero, 2019: 422).

Se podría producir, de este modo, un verdadero “turismo reproductivo” (Cruz, 2012-2013: 647). Por su parte, Cruz señala que

La maternidad subrogada plantea una gran diversidad de cuestiones tanto éticas como jurídicas, por lo que tiene detractores, gran parte de la doctrina civilista y muchos defensores, especialistas en fertilidad, agrupados en la Sociedad de Reproducción Humana y Embriología (E.S.H.R.E.) y muchos juristas especialistas en Derecho Internacional Privado. Contrarios a esta figura argumentan que se trata de contratos inmorales y que de celebrarse un convenio de esa naturaleza, sería nulo, por estar las personas fuera del comercio, no pudiendo ser las mismas objeto de relaciones jurídicas, ya que a ello se opone su dignidad y el respecto al ser humano. Para otros supone una explotación de la mujer, debido a que conlleva a la utilización de las mujeres pobres por las ricas o la utilización de las mujeres de países del tercer mundo, por las mujeres del primer mundo (Cruz, 2012-2013: 644).

El contrato en cuya virtud se conviene la maternidad subrogada, además, adolecería de objeto y causa ilícitas, por la disposición de órganos y componentes del cuerpo humano (Pérez, Cantoral y Rodríguez, 2017: 88; Jiménez, 2012: 105-106).

En este mismo sentido, Regalado expresa lo siguiente:

Para muchos, la maternidad subrogada es un ejemplo más de la autonomía que ostenta la persona que se fundamenta en un

dualismo en donde el ser humano como tal es libre de disponer de su cuerpo convirtiéndolo en susceptible de cualquier transacción, ya que ello no afecta al propio concepto de persona (Regalado, 2017: 12).

Asimismo, se ataca el carácter oneroso del contrato de vientre de alquiler. En este sentido, Rojas y Cienfuegos señalan que

Una de las principales preocupaciones a nivel internacional relacionadas con la subrogación, es la relación económica que puede llegar a establecerse entre los padres solicitantes y la mujer que presta su útero, acción que debe ser cuidadosamente revisada para no incurrir en una conducta típica. Máxime, si estimamos que, en la dinámica actual los cambios tecnológicos y científicos ponen de relieve a los derechos fundamentales y exponen los posibles beneficios del progreso biotecnológico (Rojas y Cienfuegos, 2021: 70).

Por último, desde la mirada feminista, se cuestiona la validez del contrato de “arrendamiento de vientre de una mujer”. Ello supone disponer de parte del cuerpo humano, y que afectará sobre todo a personas en situación de pobreza (Pérez-Madrid, 2019: 197). En igual sentido opina Lucas:

La cosificación de la mujer, la instrumentalización de las personas más débiles y vulnerables en favor de los más ricos, la posibilidad de comerciar con seres humanos y de disponer del cuerpo humano, son razones más que suficientes para rechazar esta práctica (Lucas, 2019: 24).

En Italia, un caso interesante fue el caso “*Paradiso y Campanelli con Italia*”. El asunto es que la Sra. Campanelli con el Sr. Paradiso viajaron a Rusia [país en que se permite el vientre de alquiler] y llegaron a acuerdo con una ciudadana rusa para que gestara a su hijo. Las autoridades rusas expidieron el certificado de nacimiento respecto, en el cual aparecían como progenitores Paradiso y Campanelli, pero al momento de requerir la inscripción en su país, las autoridades italianas, alertadas por el Consulado italiano en Rusia- deniega la inscripción y denuncia a los

padres por falsificación de instrumento y otros supuestos ilícitos. El argumento de los progenitores era que el Estado Italiano con su decisión infringía el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Farnós, 2017: 233). Esta norma reza lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.¹³

Asimismo, opinan Pérez, Cantoral y Rodríguez:

En definitiva la maternidad subrogada no puede darse a través de un contrato, porque como técnica de reproducción asistida, su finalidad es ofrecer alternativas a casos de infertilidad y/o esterilidad a parejas o personas que no pueden tener hijos, por lo que en un contrato podrían establecerse cláusulas que se dejan a la voluntad de las partes, pero que pueden atentar contra el interés superior del menor así como contra los derechos reproductivos de la mujer, de ahí que su protección jurídica debe ser mediante un instrumento normativo que garantice la finalidad por la cual surgieron estas técnicas (Pérez, Cantoral y Rodríguez, 2017: 88).

En este sentido, Rodríguez y Fernández-Arrojo señalan que:

El interés superior del niño debería exigir que toda filiación no biológica se determine en función de la idoneidad de los comitentes o padres intencionales, antes o después de nacido

13 Corte Europea de Derechos Humanos. “Convenio Europeo de Derechos Humanos”. Disponible en https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_spa.

el niño, incluida la de quienes intentan ser padres por TRA con gametos de tercero (Rodríguez y Fernández-Arrojo, 2022: 29).

Asimismo, Cid señala que, desde el punto de vista psicológico:

Los estudios empíricos, psicológicos y sociológicos indican que la identidad personal del hijo hace referencia, ciertamente, a las aportaciones biológicas y afectivas de los individuos que lo han querido, pero su sentido más profundo (¿quién soy yo?) se halla en la relación entre las personas que lo han engendrado (Cid, 2023: 34; Tudale, 2023: 81).

Maternidad subrogada e igualdad ante la ley en las parejas del mismo sexo

La cuestión por precisar es si la aplicación e implementación del contenido del artículo 182 del Código Civil, podría erigirse como un caso de violación a la garantía de la igualdad, toda vez que la única forma de acceder a la gestación, por parte de una pareja de dos varones (aparte de la adopción) es a través de la ovodonación seguida de un contrato de maternidad por sustitución. En caso de negársele validez a dicha convención, entonces no se podría implementar en la práctica la reforma al artículo 182 del Código Civil hecha por la Ley N° 21.400, en que se incluyó la posibilidad de que dos personas fueran las que se sometieran a las técnicas de reproducción humana asistidas (antes se refería solo a las parejas heterosexuales). Lo anterior contraría lo establecido en el artículo 19, N° 2 de la Constitución Política de la República: “La Constitución asegura a todas las personas: [...] 2°.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias [...]”.

Como dice Chappuis:

Una aproximación inicial al tema de la igualdad nos puede llevar a especular que se trata de un principio fundamental reconocido por la Constitución, por el cual todos los individuos que formamos parte de una colectividad participamos de los mismos derechos y de las mismas obligaciones, y por lo tanto no podemos ser tratados desigualmente (Chappuis, 1994: 15).

Por su parte, Bayefsky expresa lo siguiente:

Una disposición de igualdad o no discriminación que es abierta o indeterminada en cuanto a los posibles motivos de la discriminación que afectará el derecho conlleva un resultado interpretativo particularmente significativo. Determinar si una distinción dada viola el principio de no discriminación jamás implicará determinar si dicha distinción está cubierta o no por la disposición no discriminatoria (Bayefsky, 1990: 15).

Asimismo, Nogueira expresa lo siguiente:

Una disposición de igualdad o no discriminación que es abierta o indeterminada en cuanto a los posibles motivos de la discriminación que afectará el derecho conlleva un resultado interpretativo particularmente significativo. Determinar si una distinción dada viola el principio de no discriminación jamás implicará determinar si dicha distinción está cubierta o no por la disposición no discriminatoria (Nogueira, 2006: 802; Díaz de Valdés, 2006: 153-187; Estrada, 2019: 322-339; Íñiguez, 2014: 495-516; Opazo, 2015: 1-2; Pérez, 2007: 217-264).

Por su parte, expresa Díaz lo siguiente: “[l]a noción de igualdad es un concepto relacional. Eso significa que vincula dos personas, objetos o situaciones” (Díaz, 2012: 38).

En definitiva, la igualdad supone que

[...] los individuos deben ser respetados independientemente de cualquier condición, tales como la raza, el color, el sexo, el género, la edad, el idioma, la creencia y la opinión política,

entre otras. La igualdad constituye presupuesto para lograr un efectivo reconocimiento, goce y disfrute de los derechos humanos (González, 2023: 413).

En materia de derecho de familia, Esparza expresa que:

La discriminación, hasta este punto, está constituida por la acción u omisión que se basa en un prejuicio y que pesa sobre personas pertenecientes a un grupo social sólo debido a este último hecho (Esparza, 2019: 8).

Conclusiones

Sin duda que el tema analizado presenta variadas aristas desde el punto de vista ético, sociológico, psicológico y jurídico, entre otras. Depende, además, de las opiniones, a modo personal, que se tengan acerca del matrimonio y de la familia.

Las técnicas de reproducción humana asistidas vinieron a sortear un obstáculo insalvable para las parejas que no pueden concebir, sea por problemas fisiológicos o simplemente porque no desean concebir y dar a luz.

Pareciera ser que la dispersión legislativa comparada, que se alinea ante dos focos de gravedad: aquellos ordenamientos que la prohíben y aquellos que permiten la maternidad subrogada, se mantiene en las opiniones doctrinarias, existiendo buenos argumentos para cada tesis. De estas dos alternativas, en el derecho chileno, también resulta claro que no es posible recurrir al contrato de arrendamiento de alquiler, ya que no es posible “alquilar” parte o partes del cuerpo humano. Con respecto a la posibilidad de acceder a la maternidad subrogada, por medio de la celebración de un contrato lucrativo (gratuito), esta hipótesis si pudiese ser posible, en principio, toda vez que estaríamos frente a un vacío normativo o laguna legal, que el juez civil (el tribunal con competencia natural para conocer de esta clase de asuntos), deberá integrar mediante los principios de equidad natural (art. 170, N° 5 del Código de Procedimiento Civil). Se debe sopesar, si el radio del derecho

que tienen las personas a acceder a la genitura alcanza a erigirse como excepción a la disposición de parte del cuerpo humano.

De negarse lo anterior, podría existir una lesión a la garantía de la igualdad, contemplada como garantía en la Constitución Política de la República y en diversos tratados internacionales sobre Derechos Humanos.

Referencias

- ABELIUK, René (2008). *Las obligaciones*. Tomo II. Quinta edición actualizada. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- ARANCIBIA, María José y Pablo Cornejo (2014). “El Derecho de familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos”. *Revista Ius et praxis*, 20 (1): 279-317. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122014000100011>.
- ARANCIBIA, Yairis (2020). *Premisas teórico-jurídicas para el ejercicio autónomo, responsable, de los derechos sexuales y reproductivos por personas menores de edad*. Santiago: Ediciones Olejnik.
- ARIZA, Sonia y Laura Saldivia (2015). “Matrimonio igualitario e identidad de género sí, aborto no”. *Derecho y Crítica Social. Revista Académica Internacional y Multidisciplinaria*, 1(1): 181-209. Disponible en <https://derechocriticasocial.com/wp-content/uploads/2015/08/6-ariza-saldivia-20151.pdf>.
- AZÓCAR, María José y Fabiola Lathrop (2018). “A propósito de la unión civil en Chile: Por una jurisprudencia feminista y queer”. *Latin American Research Review*, 53(3): 485-499. DOI: <https://doi.org/10.25222/larr.393>.
- BARCIA, Rodrigo (2020). *Estructura del derecho de familia y de la infancia*. Tomo I. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- BARCIA, Rodrigo y José Rivera (2022). “La negativa a recibir una transfusión de sangre por motivos religiosos en los menores de edad, en España”. *Jurídicas*, 19(1): 107-131. DOI: <https://doi.org/10.17151/jurid.2022.19.1.7>.

- BARCIA, Rodrigo, José Rivera y Maricruz Gómez de la Torre (2023). “Los contornos del derecho a la educación religiosa como un derecho fundamental de la infancia”. *Revista Ius et Praxis*, 29(2): 248-264. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122023000200248>.
- BAYEFSKY, Anne (1990). *El principio de igualdad o no discriminación en el Derecho Internacional*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (traductor):1-33. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31086spa.pdf>.
- BECKER, Sebastián (2015). “Análisis crítico a las objeciones iusnaturalistas en contra del matrimonio entre personas del mismo sexo”. *Revista de Derechos Fundamentales*, 13: 13-35. Disponible en: <https://hdl.handle.net/20.500.12536/709>.
- BUENDÍA, Ricardo y Oscar Douglas (2012). *Matrimonio entre personas del mismo sexo en Chile: Hacia una construcción jurisprudencial nacional a partir de los derechos humanos*. Memoria de Prueba. Santiago de Chile: Universidad de Chile. Disponible en <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/113870>.
- CASAS, Sonia y Lieta Vivaldi (s/f). *Los derechos sexuales y reproductivos en la nueva Constitución*. Disponible en https://derechoshumanos.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2021/07/Contexto_CDH-minuta_derechossexualesreproductivos.pdf
- CELIS, Rubén y Eric Chávez (2023). *Derecho de familia. Incluye modificaciones de la ley 21.400*. Sexta edición. Santiago de Chile: Editorial vLex.
- CERVINO, Ana, Lucía Calderón, María Berdoy y Marta Ortega (2019-2020). *Maternidad subrogada*. Trabajo de Investigación. Centro Educativo Fuenllana, Universidad de Navarra. Disponible en https://www.unav.edu/documents/4889803/23506220/45_Fuenllana_Maternidad+subrogada.pdf.
- CHAPPUIS, Jacqueline (1994). “Igualdad ante la ley”. *Thémis*, 29:15-21.

- CID, María Teresa (2023). “Capítulo 1. Maternidad subrogada y genealogía de la persona”. En P. M^a. Estellés Peralta (directora) y M^a. J. Salar Sotillos (coordinadora), *Maternidad subrogada: la nueva esclavitud del siglo XXI. Un análisis ético y jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 23-54.
- CORNEJO, Pablo (2014). “¿Una apertura hacia el matrimonio igualitario en Colombia?”. *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, IV: 215-226.
- CORRAL, Hernán (2010). “Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos”. *Revista Ius et Praxis*, 16(2): 57-87. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122010000200003>.
- CORRAL, Hernán (2002). “¿Subsisten discriminaciones en el actual régimen legal chileno de filiación?”. *Revista de Derecho y Humanidades*. Disponible en <https://derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/17035>
- CRUZ, Marta (2012-2013). “La maternidad subrogada”. *Anuario de la Facultad de Derecho*, XXX: 641-653.
- DAZA, Milena (2015). *Derecho de familia. Apuntes sobre la estructura básica de las relaciones jurídico-familiares en Colombia*. Bogotá: Xpress.
- DEL PICÓ, Jorge (2011). “Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno”. *Revista Ius et Praxis*, 17(1): 31-56. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122011000100003>.
- DE MORAES, María Valentina y Mônia Henning (2015). “Nova constituição chilena, paridade de gênero e regulamentação de direitos sexuais e reprodutivos: uma mirada para os standards interamericanos”. *Estudios Constitucionales*, Número especial: 264-290. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002022000300264>.
- DE VERDA y Beamonte, José Ramón (2018). *Persona y familia. Escritos selectos*. Santiago de Chile: Editorial Hammurabi.

- DÍAZ de Valdés, José Manuel (2006). “La igualdad constitucional: múltiple y compleja”. *Revista Chilena de Derecho*, 42(1): 153-187. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000100007>.
- DÍAZ, Iván (2000). “Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias”. *Revista Ius et Praxis*, 18(2): 33-76. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122012000200003>.
- DURÁN, Antonia (2015). “Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación por sustitución en España. A propósito del auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015”. *Bitácora Millennium DIPr*, 2: 1-16.
- ESCOBAR, Ricardo (2017). “El reconocimiento de las nuevas formas de familia en Colombia y su construcción jurídico-social”. *Diálogos de Saberes*, 46: 143-159. DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.46.2017.2579>.
- ESPARZA, Estefanía (2019). “Algunas reflexiones críticas sobre el derecho a la igualdad como no discriminación en Chile”. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 40: 3-37. DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2019.40.13226>.
- ESPEJO, Nicolás y Fabiola Lathrop (2016). “Salir del clóset: La necesidad del matrimonio homosexual y los límites del Acuerdo de Unión Civil”. En G. Hernández Paulsen y M. Tapia Rodríguez (coordinadores), *Estudios sobre la nueva Ley de Acuerdo de Unión Civil*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 9-15.
- ESPEJO, Nicolás, Claire Fenton-Glynn, Fabiola Lathrop y Jens M. Scherpe (2023). “Introducción”. En N. Espejo y otros (editores), *La gestación por subrogación en América Latina*. 2ª ed. (1ª en Tirant). Ciudad de México: Tirant lo Blanch.
- ESTRADA, Dorothy (2019). “El principio de igualdad ante la ley en el derecho internacional”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11(1): pp. 322-339. DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4622>.
- FACIO, Alda (2008). *Los derechos reproductivos son derechos humanos*. San José de Costa Rica: Editorama S. A.

- FARÍAS, Alberto (2016). “Matrimonio igualitario en Chile: incidencia de la identificación política en la opinión pública”. *Aposta. Revista de Ciencias Sociales*, 71: 34-61. Disponible en <https://www.redalyc.org/pdf/4959/495952433002.pdf>.
- FARNÓS, Esther (2017). “Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho”. *Revista Bioética y Derecho*, 40: 231-242.
- GAUCHÉ, Ximena y Fabiola Lathrop (2020). “Derecho a la protección de la familia y derecho al matrimonio”. En P. Contreras y C. Salgado, *Curso de derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 741-771.
- GONZÁLEZ, Geraldine (2017). “Matrimonio igualitario en México. Un análisis a partir de las reformas constitucionales de 2011”. En R. Márquez y W. Rocha (coordinadores), *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 55-78.
- GONZÁLEZ, Yamila (2023). “Discriminación por estereotipos de género, una vulneración al principio de igualdad”. En *Estudios de Filosofía del Derecho*. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, 409-470.
- GÓMEZ de la Torre, Maricruz (2013). “Discurso presentación libro: «Parejas homosexuales: ¿unión civil o matrimonial?»”. *Revista de Derecho de la Escuela de Postgrado*, 3: 311-314. Disponible en <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/126719/Discurso-presentacion-libro-parejas-homosexuales.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- GÓMEZ de la Torre, Maricruz y José Rivera (2020). “Los derechos reproductivos”. En G. Serrano Heredia (coordinadora), *Bioética y derechos humanos. Relaciones transdisciplinarias*, Morelia: Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 85-118.
- GÓMEZ, Ana y José Ángel Navarro (2017). “Las técnicas de reproducción humana asistida y su regulación legislativa española”. *Terapeia. Relaciones transdisciplinarias*, 9: 75-96. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6250660.pdf>.

- GUTIÉRREZ, Flavio y Nuccia Seminario (2020). “El matrimonio homosexual: una visión interdisciplinar”. *Phainomenon*, 19(1): 125-139. DOI: <https://doi.org/10.33539/phai.v19i1.2175>.
- GUERRERO, María Auxiliadora (2016). “La investigación cualitativa”. *Innova Research Journal*, 1(2): 1-9. DOI: <https://doi.org/10.33890/innova.v1.n2.2016.7>.
- HERNÁNDEZ, Gabriel y Fabiola Lathrop (2022). *Derecho de familias*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- HERNÁNDEZ, Roberto (2014). *Metodología de la Investigación*. Sexta edición. Bogotá: McGraw-Hill.
- ICART, María Teresa; Montserrat Díaz y María Carmen Icart (2018). “La maternidad subrogada a través de tres películas”. *Revista de Medicina y Cine*, 16(2): 79- 89. DOI: <https://dx.doi.org/10.14201/rmc20201627785>.
- ÍÑIGUEZ, Andrea (2014). “La noción de «categoría sospechosa» y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLIII: 495-516. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512014000200013>.
- JESAM, Cristián, Francisca Jeria, Daniela Núñez, Lorena Pardo, Sergio Varela, Mauricio Mondion y Juan Pi (2021). “Técnicas de reproducción asistida en personas del mismo sexo y solas por opción: realidad en Chile 2021”. *Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología*, 87(1): 62-67. DOI: <http://dx.doi.org/10.24875/rechog.21000028>.
- JIMÉNEZ, Francisco Javier (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid: Editorial Reus.
- KEMELMAJER, Aída, Marisa Herrera y Eleonora Lamm (2013). “Los criterios tradicionales de determinación de la filiación en crisis”. En M. Gómez de la Torre (directora), *Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Desafíos del siglo XXI: una mirada transdisciplinaria*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 127-163.

- LA BIBLIA (2019). Traducción del Nuevo Mundo (edición de 1987). Disponible en <https://www.jw.org/es/biblioteca/biblia/bi12/libros/G%C3%A9nesis/16/>
- LATHROP, Fabiola (2017). “Conflicto de derechos por exhumación de cadáver en juicios de filiación”. *Ius et Praxis*, 23(1): 91-126. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122017000100004>.
- LOBATÓN, David (2020). “Evaluación de la igualdad y no discriminación de pueblos indígenas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”. *Estudios Constitucionales*, 18(2): 185-220. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002020000200185>.
- LÓPEZ, Hernán y Alejandra Pérez (2020). *Derechos sexuales y reproductivos*. Santiago: Academia Judicial de Chile.
- LUCAS, Adolfo (2019). “Capítulo 7. Maternidad subrogada y derechos de la mujer desde una perspectiva feminista”. En A. Lucas Esteve (editor), *La gestación por sustitución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 23-55.
- MARSHALL, Pablo (2018). “Matrimonio entre personas del mismo sexo: una aproximación desde la política del reconocimiento”. *Polis, Revista Latinoamericana*, 49: 201-230. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-65682018000100201>.
- MATZUMOTO, Namiko y Luis Coronel (2013). “El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿derecho humano o concesión graciosa de los tolerantes?”. *Revista Conflicto y Sociedad*, 1(2): 21-31. Disponible en <https://cdigital.uv.mx/server/api/core/bitstreams/025d4049-4a13-4a3d-9c6f-f0b5f8f5c3b0/content>.
- MIÑO, Luz (2020). *Las técnicas de reproducción humana asistida, una problemática que busca el consenso internacional: dialogo interjurisdiccional de la CIDH y el TEDH*. Trabajo Fin de Máster en Formación Jurídica Especializada, Universidad de Valladolid.
- MONTAÑO, Sonia (s/f). *Los derechos reproductivos de la mujer*. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a11999.pdf>

- MUÑOZ, Fernando (2013). “El núcleo fundamental de la sociedad: Los argumentos contra la crianza homoparental en los casos Atala y Peralta”. *Ius et praxis*, 19(1): 7-33. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122013000100002>.
- NACIONES Unidas (1995a). *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer Beijing*. Disponible en <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>
- NACIONES Unidas (1995b). *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer Beijing*. Disponible en <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/platform/health.htm>
- NACIONES Unidas (1994). *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo El Cairo*. Disponible en https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_spa.pdf
- NOGUEIRA, Humberto (2006). “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas”. *AFDUDC*, 10: 799-831. Disponible en <http://hdl.handle.net/2183/2449>.
- NOVALES, Aránzazu (2017). “Las técnicas de reproducción asistida y el derecho del niño a conocer su propio origen biológico en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Journal of Humanities and Social Science*, 22(1)2: 56-65.
- OPAZO, Roberto (2015). “Igualdad en la ley: la necesaria segmentación en condiciones”. *Revista Nuevo Derecho*, 1: 1-2.
- PÁRAMO, Dagoberto (2015). “La teoría fundamentada (Grounded Theory), metodología cualitativa de investigación”. *Pensamiento & Gestión*, 39: vii-xiii. Disponible en <https://www.redalyc.org/pdf/646/64644480001.pdf>.
- PENNINGS, Guido (2022). “Balancing embryo donation and double gamete donation”. *Human Reproduction*, 37(3), pp. 389-392. DOI: <https://doi.org/10.1093/humrep/deab273>.
- PEPE, María (2020). *La maternidad a través de fronteras: un estudio de la gestación subrogada y su regulación internacional*. Trabajo Fin de Grado. Montevideo: Universidad de La República.

- PÉREZ, María (2007). “El principio de igualdad en el empleo público”. En J. R. Mercador Uguina (coordinador). *Comentarios laborales de la ley de igualdad entre mujeres y hombres*. Valencia: Tirant lo Blanch, 217-264.
- PÉREZ, Rogelio (2014): “Derechos sexuales y reproductivos”. *Revista de Obstetricia y Ginecología de Venezuela*, 74(2):73-77. Disponible en <https://ve.scielo.org/pdf/og/v74n2/art01.pdf>.
- PÉREZ, Gisela; Karla Cantoral y Margarita Rodríguez (2017). *La maternidad subrogada*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch.
- PÉREZ, Araceli (2016). “Homoparentalidad”. *Un nuevo tipo de familia*, Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile.
- PÉREZ-MADRID, Francisca (2019). “Capítulo 7. Maternidad subrogada y derechos de la mujer desde una perspectiva feminista”. En A. Lucas Esteve (editor), *La gestación por sustitución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 193-216.
- QUECEDO, Rosario y Carlos Castaño (2002): “Introducción a la metodología de investigación cualitativa”. *Revista de Psicodidáctica*, 14: 5-39. Disponible en <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=17501402>.
- RAMOS Pazos, René (2007). *Derecho de familia*. Tomo I. Sexta edición actualizada. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- REAL Academia Española (2023). *Diccionario de la Lengua Española*. Disponible en <https://dle.rae.es/gestaci%C3%B3n#TWI6ExV>
- RED DE SALUD de las Mujeres Latinoamericanas y el Caribe (2009). Disponible en https://www.cepal.org/sites/default/files/presentations/avancesyacciones_ngonzalez.pdf
- REGALADO, María Desirée (2017). “Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada”. *Femeris*, 2(2): 10-34, DOI: <https://doi.org/10.20318/femeris.2017.3756>
- RODRÍGUEZ, Juan (2020). “La reproducción humana asistida en el ordenamiento jurídico español: análisis de cuestiones de especial relevancia”. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 11(2): 61-82. Disponible en <https://doi.org/10.7770/rchdcp-V11N2-art2272>.

- RODRÍGUEZ, María Sara y María Fernández-Arrojo (2022). “La intención de procrear y el interés superior del niño en el contexto de la reproducción asistida”. *Revista Chilena de Derecho*, 49(1): 27-53. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372022000100027&lng=es&nrm=iso.
- ROJAS, Beatriz y David Cienfuegos (2021). *El dilema de la concepción humana asistida. Breve análisis de la gestación por sustitución o maternidad subrogada*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch.
- RUIZ, Rocío (2013). *Maternidad subrogada. «Revisión bibliográfica»*. Trabajo Fin de Grado. Santander: Universidad de Cantabria.
- SAENGER, Fernando (2011). “La igualdad en especial ante la ley en el Tribunal Constitucional chileno”. *Revista de Derecho UCSC*, 23: 201-228.
- SANTAMARÍA, Luis (2000). “Técnicas de reproducción asistida. Aspectos bioéticos”. *Cuadernos de Bioética*, 1: 37-47. Disponible en <https://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf>.
- SIMENTAL, Víctor (2020). *Derecho de Obligaciones*, Ciudad de México: Tirant lo Blanch.
- SUÁREZ, Lisandra y Luis Pérez (2019). “Debates en torno a los efectos de la fertilización in vitro heteróloga en la filiación”. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 10(1): 57-62. DOI: <https://doi.org/10.7770/rchdcp-V10N1-art1702>.
- SZYGENDOWSKA, Marta (2021). “La gestación por sustitución como una forma de mercantilización del cuerpo femenino”. *Revista de Derecho*, XXXIV(1): 89-109. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502021000100089>.
- TAMAYO y Tamayo, Mario (2004). *Diccionario de la investigación científica*. Segunda edición. México: Limusa.
- TAPIA, Mauricio (2005). *Código civil 1855-2005: Evolución y perspectivas*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

- TREVIZO, Ana Violeta (2014). “Dilemas bioéticos en torno a la fertilización in vitro (FIV) y la mujer gestante: hacia la figura de un consejero reproductivo”. *Acta Bioethica*, 20(2): 181-187. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2014000200005>.
- TUDELA, Julio (2023). “Capítulo 3. Maternidad subrogada. Aspectos biomédicos y bioéticos”. En P. M^a. Estellés Peralta (directora) y M^a. J. Salar Sotillos (coordinadora), *Maternidad subrogada: la nueva esclavitud del siglo XXI. Un análisis ético y jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 81-101.
- TURNER, Susan (2003). “La maternidad disociada”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXIV: 441-455.
- VALENZUELA, Cecilia y Luis Villavicencio (2015). “La constitucionalización de los derechos sexuales y reproductivos. Hacia una igual ciudadanía para las mujeres”. *Revista Ius et Praxis*, 21(1): 271-314. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122015000100008>.
- VALERO, Ana (2019). “La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales”. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, 43: 421-440. DOI: <https://doi.org/10.5944/trc.43.2019.24433>.
- VILLARROEL, José y Nicolás Vásquez (2016). *Del matrimonio igualitario en Chile. Discusión, evolución y regulación en Chile y en el extranjero*. Memoria de Prueba. Santiago de Chile: Universidad Finis Terrae.
- WEIDENSLAUFER, Christine y Rodrigo Bermúdez (2014). “La interpretación constitucional en el (no) reconocimiento del matrimonio homosexual en Brasil y Chile”. *Revista 50 + UNO*, 3: 48-61.
- ZÚÑIGA, Yanira (2020). “Derechos reproductivos”. En P. Contreras y C. Salgado, *Curso de derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 168-198.
- ZÚÑIGA, Yanira (2020). “Cuerpo, Género y Derecho. Apuntes para una teoría crítica de las relaciones entre cuerpo, poder y subjetividad”. *Revista Ius et Praxis*, 24(3): 209-254. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v24n3/0718-0012-iusetp-24-03-00209.pdf>.

Sobre el autor

JOSÉ MAXIMILIANO RIVERA RESTREPO es abogado y licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Además, es Doctor en Derecho Civil por la Universidad Complutense de Madrid. Es profesor de Derecho Civil en la Universidad San Sebastián. Su correo electrónico es jose.rivera@uss.cl.

 <https://orcid.org/0000-0003-0422-8494>