Sanciona la utilización del vientre materno para el embarazo por encargo de terceros Incorporando un nuevo tipo penal denominado "De la Sustitución de la Maternidad" en el Código Penal.
Boletín N° 6306-07

Considerando.

Que, en 1975 en Estados Unidos se detectó el primer caso en que una mujer disponiendo de su cuerpo con el objeto de servir de madre sustituta a un pareja del país imposibilitada de concebir hijos de manera natural.

En nuestro país, desde hace un tiempo a la fecha se han detectado una serie de casos que dicen relación con el contacto de matrimonios, fundamentalmente europeos, a mujeres chilenas de determinadas características con el objeto de realizar un procedimiento de fertilización artificial, utilizando el vientre éstas.

La situación descrita anteriormente reviste un carácter muy especial y, en virtud de aquello peligroso, tomando en consideración situaciones fácticas ocurridas tanto en países vecinos como de Europa y Estados Unidos. La discusión relativa a la legalidad de disponer el cuerpo para gestar vida de terceros se ha instalado en los parlamentos de la mayoría de los países, algunos para aceptar dicha práctica y otros, derechamente, para penalizarla y sancionarla. El acto de disponer del cuerpo a través de una fertilización asistida con el objeto de gestar un hijo por encargo de terceros se denomina por la doctrina *maternidad subrogada*, la que a su vez ha sido definida de acuerdo a los siguientes parámetros:

a) Práctica por la cual una mujer gesta un hijo
b) Existencia de otra mujer, distinta a la anterior, quien será madre del que está por nacer.
c) Que exista acuerdo entre ésta y aquélla para la entrega del hijo una vez nacido.
d) Pago o contribución monetaria a quien "gesta" previa entrega del hijo nacido.

Existen legislaciones en derecho comparado en que se permite esta actividad, salvo cuando se encuentra presente el último de los requisitos mencionados, es decir, es perfectamente lícita y en consecuencia realizable siempre y cuando no exista una contribución en dinero.

Otras definiciones ponen énfasis en la entrega de material genético, como la señalada por José Carlos Mallma Soto quien plantea que estamos en presencia de una *"… Práctica por la cual se sustituye a la madre genética, a efecto de que es otra mujer distinta quien gesta y pare al concebido."*
"Situación jurídica por la cual una mujer dota del material genético para la fecundación, y otra por intermedio de su vientre gesta y pare al nuevo ser. Con la intención de entregarlo".

En nuestra legislación, no existe regulación relativa al tema objeto de la presente moción, por lo que resulta indispensable tratarlo. No hacerlo, significaría seguir dejando a un terreno de nadie una práctica que a todas luces reviste, según los parlamentarios que suscriben la presente moción, un atentado no sólo contra el bien jurídico más preciado de las personas, cual es la vida, sino que se permitiría seguir poniendo en riesgo y manipulación la naturaleza humana desde la concepción hasta la muerte.

Sin lugar a dudas, el denominado "vientre de alquiler" o "arriendo de úteros" constituye un delito que debe ser penalizado por las siguientes razones:

a) Constituye una conducta que, en la mayoría de los casos busca lucro, obtener ganancias a través de procedimiento que implican crear vida.
b) No existe en la actualidad sanción para quien gesta en su cuerpo vida ajena con óvulos y espermatozoides de terceros.

c) Tampoco existe sanción ni penalización para terceros que por diversas causas no pueden engendrar un hijo de manera natural, y recurren a extraños para “satisfacer” necesidades que dicen llamarse familiares.
d) No existe ninguna protección para el que está por nacer, lo anterior debido a que en ocasiones es perfectamente posible, que la situación jurídica de las personas que realiza esta petición cambie, es decir, se produzca una separación de hecho o un divorcio con separación de vínculo. El menor queda a la deriva y los eventuales padres sin responsabilidad sobre los derechos del menor.
e) No es posible disponer de la vida en forma arbitraria, cualquier sea el móvil que lleve al sujeto activo de esta conducta (padres que encargan la creación de un menor) a realizarla. Como asimismo a aquella persona que presta, sea a través de un intercambio de dinero o cualquier otra recompensa su vientre materno para la gestación de un ser humano que posteriormente será entregado a quienes han solicitado este “servicio”.

En materia de legislación comparada tenemos diferente mecanismos que buscan principalmente proteger de la vida del que está por nacer, sin embargo presentan una serie de vacíos que en caso de conflictos pueden desencadenar en situaciones complejas relativas a la relación directa y regular con el menor como asimismo el relativo al cuidado personal.
Así por ejemplo la legislación estadounidense ha tipificado como delito la figura de la sustitución materna cuando esta relación esté motivada fundamentalmente por le lucro, o exista una contraprestación en dinero. Por su parte en Inglaterra, la ley insular castiga penalmente a toda organización que reclute mujeres cuya motivación principal sea el ofrecimiento de su útero para la gestación de hijos de terceros. Francia a su vez, ha creído ver en la legalización de esta práctica una indefensión de los derechos del menor, como también para los padres, la portadora y todos aquellos que tomen parte o tengan interés en la relación. En Holanda, cuya característica es una legislación más liberal también condena dicha práctica prescribiendo como ilegal y contrario al orden público y a la moral, además de constituir un contrato nulo el que dispone del cuerpo de la mujer para estos fines. En España si bien no sanciona la maternidad asistida se limita a prohibir dicha práctica sin sanción alguna, lo que ha llevado a no se cumpla la prohibición prevista en la legislación. Por su parte en Sudamérica no encontramos legislación al respecto, salvo en Brasil en donde todavía es muy incipiente.

Las implicancias de la maternidad con sustitución lleva por lo menos a analizar tres hipótesis de casos, los cuales se pasa a exponer:

a) Caso en que la los terceros encargan con material genético propio un hijo a madre quien facilita su útero para la gestación de una nueva vida.
b) Caso por el cual la mujer que ofrece su útero aporta material genético para la concepción de la nueva vida, la que es inseminada con la esperma del padre que encarga al hijo. En este segundo caso la madre del matrimonio no interviene genéticamente en la procreación del menor.
c) El material genético es aportado, esta vez, por personas absolutamente ajenas a la relación. Es decir, tenemos una triangulación de intereses en donde quienes encargan la gestación de un hijo, buscan a una mujer que realice la labor de incubación, y a otros que aporten el material genético, luego una vez que nazca el menor, sean ellos quienes han encargado y contactado al resto de los intervinientes en padres del menor. Lo anterior supone un incentivo, el que podrá ser monetario o no en la relación de las partes involucradas.

Algunos han creído ver sólo maternidad subrogada en los casos antes descritos en las letras a) y c) ya que en el caso b) al existir material genético de la madre sustituta la criatura tendría el carácter de hijo de filiación legítima. A nuestro entender esta última situación no haría más que incorporar un elemento de gravedad en este pseudo contrato, toda vez que, se estaría disponiendo de un descendiente directo.

Las implicancias jurídicas del caso nos llevan a pensar que debería, necesariamente, existir una regulación en esta materia, sobre todo si en la actualidad nuestro país ha sido campo fértil para la proliferación de contactos con madres sustitutas.
Naturalmente surgen interrogantes relativas a la sanción que deberían tener los intervinientes en esta triangulación que generará una vida humana, lo que hace necesario distinguir el ánimo y la intención que mueve a las partes a realizar un acto reñido con la naturaleza humana. No obstante lo anterior, para los efectos de regular la conducta que la presente moción pretende sancionar no considerarán bajo ningún respecto, los móviles directos o indirectos que lleven a las partes a celebrar cualquier acto tendiente a la gestación de una ser humano, de tal manera que para todos los efectos de esta ley la intermediación económica como asimismo, cualquier otro aspecto relativo a la solidaridad en aspectos de filiación, o simplemente, por motivos que no impliquen una contraprestación en dinero.
Interés para todos los efectos de la ley implica cualquier provecho, utilidad o ganancia que tenga alguna persona por concepto de gestar un hijo y que en virtud de esta relación se encargue la gestación.

Dentro de las consecuencias jurídicas que complican situaciones relativas a la gestación de hijos a través de madres sustitutas, se encuentran las implicancias civiles. Así las cosas, la relaciones de familia se ven seriamente afectadas y desprotegidas, sobre todo cuando el futuro hijo se gesta a través de material genético aportado por la propia madre sustituta. Qué ocurre con los derechos que como madre establece el código del ramo; qué ocurre con las obligaciones que como madre le asiste según la legislación civil, qué pasa con la renuncia anticipada a la patria potestad. Hay autores que van más allá y creen ver que con este acto de disposición del cuerpo para que otros gesten vida se estarían lesionando el respeto a la dignidad y el valor de la persona humana, de la cual deriva en principio su indisponibilidad. Son interrogantes que, obviamente, trasgreden el orden público de nuestra legislación sobre la materia, y no se condicen con nuestra realidad constitucional sobre la materia que protege la vida en diversos pasajes de la Carta Fundamental.
Por otro lado, se nos presenta claramente un problema no menor, cuál es el determinar fehacientemente la maternidad de la criatura. Así la expresión romana rezaba “Mater semper certa est” sin embargo desde el descubrimiento de la ciencia de la inseminación artificial y la utilización de óvulos y espermios con manipulación quirúrgica aquel aforismo no permite explicar, o al menos acreditar la verdadera maternidad de un recién nacido. Así las cosas, nuestro Código Civil en el artículo 183 prescribe: *“La maternidad queda determinada legalmente por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil.”* En una situación de sustitución evidentemente esta regla no podría ser aplicada en su integridad toda vez que cuando la información genética no es aportada por la madre sustituta no existiría certeza acerca de quién es la verdadera madre del hijo, es decir, la que dio a luz o la que aportó el material genético con el que se fecunda el futuro hijo.

Hay quienes aceptan este pacto, encontrando su fundamento más próximo en la gratuidad del mismo, han visto en este tipo de relación situaciones de índole familiar, o simplemente cuando una madre sustituta actuando por mera liberalidad “facilita” su útero para la generación de una nueva vida. Para nosotros esta opinión nos merece críticas, también estaría sancionada

Proyecto de Ley:

Artículo Único: Incorpórase en el capítulo derogado y que regulaba al rapto el denominado el siguiente intitulado “De la Sustitución de Maternidad” con el siguiente texto:

> *“Todo aquél que,* disponiendo de su cuerpo a través de un procedimiento de fertilización asistida geste un hijo por encargo de terceros*, será sancionado con presidio mayor en su grado medio. Además, tendrá como pena accesoria el sometiendo a un procedimiento psicológico relativo a terapias consistente en maternidad responsable.*
>
> *Asimismo, se sancionará con presidio mayor en su grado mínimo a quien tenga calidad terceros comitentes, sea que proporcionen el todo o parte del material genético a la madre sustituta y faciliten su conducta.*
>
> *Por su parte, aquel que con conocimiento de causa facilite los medios, o siendo facultativo realice la práctica quirúrgica necesaria para producir la gestación será sancionado con presidio mayor en su grado máximo.”*