

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN LEGAL EN CHILE DE LA GESTACIÓN POR
SUSTITUCIÓN

OLGA ROCIO BARRÍA DUARTE

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES

PROFESOR PATROCINANTE: FELIPE PAREDES PAREDES

VALDIVIA - CHILE

2016

Valdivia, 08 de marzo de 2017

Estimado Director del Instituto de Derecho Público

Dr. José Ángel Fernández Cruz

Cumplo con informar la tesis de la estudiante, Sra. Olga Barría Duarte, titulada "Análisis de la regulación legal en Chile de la gestación por sustitución". El cuerpo trabajo consta de tres capítulos. En el primero se aborda un marco conceptual y se revisa el *status questionis* en el Derecho nacional. En el segundo se estudian las tendencias existentes en el Derecho comparado. En el tercero se realiza un análisis crítico de las carencias y se formula una propuesta de *lege ferenda*.

En relación a los aspectos formales, se da pleno cumplimiento a las instrucciones impartidas por el Instituto respectivo. Por otra parte la redacción es clara y amena, lo que facilita su lectura, particularmente, cuando se tratan aspectos pertenecientes a la medicina reproductiva. Ello no es baladí, puesto que se trata de una exigencia ineludible para la adecuada comprensión de la tesis.

El estudio en comento se caracteriza por su rigurosidad y completitud. En su elaboración la tesista manifestó un compromiso constante y una sistematicidad dignas de encomio. Destaca el hecho de que el tema adolece de un escaso tratamiento en la doctrina nacional, lo que no fue óbice para la correcta realización del trabajo. Por el contrario, ello fue un incentivo para que la Sra. Barría asumiera el desafío de estudiar la doctrina comparada, parte importante de ella escrita en lengua inglesa.

En el capítulo segundo se revisa, correctamente a juicio de este evaluador, la jurisprudencia de diversos tribunales en Derecho comparado, que van poniendo en evidencia la complejidad de la materia y la diversidad de soluciones. Al respecto, por la utilidad que puede revestir para la discusión nacional, resulta ineludible la jurisprudencia de los tribunales estadounidenses y españoles, cuyas conclusiones se sintetizan de forma adecuada.

Con todos estos elementos sobre la mesa, la memoria decanta en una conclusión categórica: la desregulación existente en nuestro país es el peor escenario posible, puesto que conlleva una serie de problemas que afectan los derechos fundamentales de quienes intervienen en un contrato de gestación por sustitución. Evidentemente, en la regulación de esta institución existen distintas alternativas que van desde la prohibición hasta la completa permisión. Frente a este panorama la propuesta de la tesista se puede calificar de ecléctica, siendo partidaria de la tesis permisiva, pero sujeta a la concurrencia de ciertos requisitos.

A pesar de que el tema de las técnicas de reproducción asistida es un campo en el que es difícil llegar a consensos, lo que se agrava por la escasez de reflexión crítica, el trabajo de la Sra. Barría representa una generosa contribución. Desde luego, el trabajo corresponde a una tesis para

obtener el grado académico de licenciado en ciencias jurídicas, pero ello no obsta a que presenta una indiscutible vocación para ser convertirse en el germen de una futura tesis de magister.

En mérito de lo expuesto el presente informe propone que la tesis da la Sra. Olga Barría Duarte sea calificado con nota 7,0 (siete coma cero), salvo mejor parecer.

Felipe Ignacio Paredes Paredes
Profesor de Derecho constitucional

A Mónica y Patricio, mis amados padres.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO PRIMERO. REPRODUCCIÓN MEDICAMENTE ASISTIDA Y LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: DESDE LA MEDICINA REPRODUCTIVA Y SU REGULACIÓN JURÍDICA EN CHILE	7
1. Precisiones conceptuales	7
1.1. Reproducción medicamente asistida	7
1.1.1. De baja complejidad	7
1.1.1.2. Inseminación artificial (IA)	8
1.1.2. De alta complejidad: técnicas de reproducción asistida	9
1.1.2.1. Fecundación o fertilización in vitro (FIV) y transferencia embrionaria (TE)	9
2. La gestación por sustitución	10
2.1. Terminología y conceptualización	10
2.2. Partícipes del contrato	12
2.3. Modalidades de la gestación por sustitución	12
3. Regulación jurídica de las técnicas de reproducción asistida en Chile	14
3.1. Status quaestionis	14
3.2. Problemas derivados de la regulación en Chile	15
3.2.1. Lagunas en la regulación	15
3.2.1.1. Los criterios de determinación de la filiación en crisis	17
3.2.2. Regulación en fuentes poco ortodoxas y el problema de la obligatoriedad	20
CAPÍTULO SEGUNDO. TENDENCIAS EN EL DERECHO COMPARADO: HACIA LA REGLAMENTACIÓN JURÍDICA Y LA FLEXIBILIZACIÓN	24
1. Introducción: las tendencias legislativas en el Derecho comparado	24
2. La situación de la gestación por sustitución en Estados Unidos	25
2.1. Panorama general de los diversos Estados	25
2.2. Nueva Jersey	26
2.2.1. Caso In the Matter of Baby M	26
2.3. California:	28
2.3.1. Caso Johnson v. Calvert	28
2.3.2. Caso In re Marriage of Buzzanca	29
2.3.3. El destino preferido para la gestación por sustitución internacional	30

3.	La situación de la gestación por sustitución en España	31
3.1.	Legislación española: prohibición legal expresa	31
3.2.	Un caso de gestación por sustitución internacional	32
3.2.1.	Régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución	34
3.2.2.	Juzgado de Primera Instancia N°15 de Valencia, sentencia N° 193/2010 que resuelve sobre el recurso N°188/2010	34
3.2.3.	Sentencia 826-11 de la Audiencia Provincial de Valencia	35
3.2.4.	Decisión del Tribunal Supremo Español	36
3.3.	Decisión adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su impacto en España	37

CAPÍTULO TERCERO. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN CLAVE DE DERECHOS FUNDAMENTALES: LA NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN LEGAL EN CHILE

1.	La precariedad de la regulación: en busca de una solución	40
2.	La situación de los derechos fundamentales	41
2.1	Argumentos a favor de la prohibición legal de la gestación por sustitución	41
2.2	Argumentos a favor de la permisión y consagración normativa de la gestación por sustitución: directrices para una regulación legal.	43
2.2.1	La dignidad de la persona	44
2.2.2	El interés superior del niño o niña	45
2.2.3	La integridad psíquica de la madre gestante	47
2.2.4	El derecho a procrear de los comitentes	49
2.2.5	El principio de igualdad y no discriminación	50

CONCLUSIONES 53

BIBLIOGRAFÍA 56

INTRODUCCIÓN

La gestación por sustitución o el coloquialmente llamado vientre de alquiler, es una institución que con el tiempo ha ido incrementando su importancia, configurándose actualmente como una de las materias más discutidas en el mundo de la medicina, la bioética y el Derecho.

Lo anterior, se debe principalmente a que la ciencia avanza más rápido que el Derecho, exigiendo prontas respuestas por parte de los ordenamientos jurídicos, cuestión que en muchos casos no ha podido ser resuelto por los legisladores, no logrando adecuar la Ley a las nuevas exigencias que impone el mundo actual.

Así, los orígenes de la gestación por sustitución se remontan miles de años atrás, siendo frecuente que las mujeres estériles recurrieran a la maternidad por subrogación para no ser marginadas de la sociedad por el sólo hecho de no ser capaces de engendrar, por tanto, se les permitía ofrecer una sierva a su cónyuge y reconocer como propios los hijos nacidos de ella¹. Encontrándose sus primeros antecedentes en el antiguo testamento², cuando Sarah frustrada por su incapacidad de tener hijos, le propuso a su esposo Abraham tener relaciones sexuales con una esclava sirvienta de ellos³, siendo esta misma situación, la que se replica respecto a Jacob y Raquel⁴.

Llama fuertemente nuestra atención que esta práctica, que en los primeros tiempos era vista como algo necesario para que las personas tengan descendencia – tal como en la época de Jesús – sea cada vez más cuestionada por sus seguidores, que son los principales opositores a la implementación de esta figura.

Ante esto, el mundo ha reaccionado de diferentes formas, así, tal como veremos en el desarrollo de esta investigación, hay países que han optado por regular esta institución, ya sea prohibiéndola o declarando su licitud, con más o menos amplitud, configurándose como un tema de máxima actualidad que convive con el silencio legislativo y jurisprudencial chileno.

Teniendo en cuenta esto último, sostenemos que es perfectamente lícito que la gestación por sustitución se lleve a cabo en nuestro país, no obstante, esta situación necesariamente trae

¹ Cfr., VILAR GONZÁLEZ, Silvia: “Situación actual de la gestación por sustitución”, en *Revista de Derecho UNED*, N° 14, 2014, p. 903.

² “Sarai mujer de Abram no le daba hijos; y ella tenía una sierva egipcia, que se llamaba Agar. Dijo entonces Sarai a Abram: Ya ves que Jehová me ha hecho estéril; te ruego, pues, que te llegues a mi sierva; quizá tendré hijos de ella. Y atendió Abram al ruego de Sarai. Y Sarai mujer de Abram tomó a Agar su sierva egipcia (...) y la dio por mujer a Abram su marido. Y él se llegó a Agar, la cual concibió (...)”. La Biblia: Libro Génesis, Capítulo 16, versículos 1-4.

³ Cfr., LAMM GERO, Eleonora: *Gestación por sustitución, ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Observatori de Bioètica i Dret, Universitat de Barcelona, 2013, p. 19.

⁴ “Viendo Raquel que no daba hijos a Jacob, tuvo envidia de su hermana, y decía a Jacob: Dame hijos, o si no, me muero. Y Jacob se enojó contra Raquel, y dijo: ¿Soy yo acaso Dios, que te impidió el fruto de tu vientre? Y ella dijo: He aquí mi sierva Bilha; llégate a ella, y dará a luz sobre mis rodillas, y yo también tendré hijos de ella. Así le dio a Bilha su sierva por mujer; y Jacob se llegó a ella. Y concibió Bilha, y dio a luz un hijo a Jacob. Dijo entonces Raquel: Me juzgó Dios, y también oyó mi voz, y me dio un hijo. Por tanto, llamó su nombre Dan”. La Biblia: Libro Génesis, Capítulo 30, versículos 1-6.

aparejada problemas de Derechos Humanos en cuanto a sus efectos, principalmente derivados de la filiación y el interés superior del niño, sin perjuicio de una serie de Derechos Fundamentales que entran en juego.

Así las cosas, creemos que es posible la construcción de directrices para un modelo óptimo a ser aplicado en nuestro país, que sea coherente y respetuoso con el Estado Democrático de Derecho en que vivimos, con especial consideración a las limitaciones que nos impone la asunción de los Derechos Fundamentales.

Ahora, tal como lo anticipamos, este es un tema de investigación que tiene importantes lazos con la medicina, la bioética y el Derecho, no obstante, hemos de centrarnos de manera primordial en lo jurídico, a pesar de que se encuentre en constante comunicación con las otras ramas enunciadas. Siendo así, esta es una tesis que tiene un doble carácter, por un lado, es descriptiva, ya que exponemos la situación actual del avance científico en esta materia, además de indagar en la regulación y soluciones que nuestro derecho otorga respecto a esta institución, además de dar a conocer las posturas doctrinales y jurisprudenciales que se han dado al respecto, tanto en el derecho interno como en el comparado. Por otro, contiene un análisis de *lege ferenda*, ya que proponemos ciertas directrices - aunque en ciernes - que se debieran seguir a la hora de legislar sobre la gestación por sustitución, todo esto, con el ánimo de poder superar los obstáculos que se presentan actualmente en nuestra legislación.

Así, en el primer capítulo, nos referiremos a la reproducción medicamente asistida desde la ciencia y el Derecho, otorgando precisiones conceptuales y una sistematización de la reproducción asistida, para así lograr un correcto entendimiento acerca de su configuración. En segundo lugar, analizaremos en específico la gestación por sustitución, incluyendo la regulación de las técnicas de reproducción asistida en Chile desde un punto de vista neutro y objetivo, para finalmente enunciar y analizar los problemas que surgen de la regulación existente en nuestro país.

En el segundo capítulo, analizaremos las tendencias que se han dado en el Derecho comparado, otorgando, en primer término, un panorama general de las respuestas que los diferentes países han dado ante esta práctica. En segundo lugar, nos centraremos particularmente en la situación de Estados Unidos, dando a conocer casos jurisprudenciales icónicos al efecto y que han tenido una gran importancia en la discusión universal de esta institución. Por último, analizaremos la situación de España, que como veremos, ha tenido una configuración especial, al prohibir expresamente esta práctica, pero permitiendo, de hecho, la inscripción de los nacidos por esta técnica en el extranjero.

En el tercer capítulo, realizaremos un análisis de esta institución en clave de derechos fundamentales, dando a conocer algunos argumentos que la doctrina ha otorgado a favor y en contra de esta técnica, para luego, a partir de las posturas doctrinales y de la experiencia

comparada, ir construyendo directrices que sirvan de base para una futura regulación legal, que contemple todos los elementos relevantes a la hora de legislar, con una marcada tendencia en cuanto a las particularidades que se deben observar en función de la solución que creemos que nuestro sistema legislativo debe optar, es decir, una que sea respetuosa con el Estado democrático de Derecho y de los derechos fundamentales.

CAPÍTULO PRIMERO. REPRODUCCIÓN MEDICAMENTE ASISTIDA Y LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: DESDE LA MEDICINA REPRODUCTIVA Y SU REGULACIÓN JURÍDICA EN CHILE

1. Precisiones conceptuales

Al no haber un consenso entre los expertos al momento de definir y clasificar los métodos de reproducción asistida, a modo de sistematización, se expondrán variadas definiciones empleadas en medicina reproductiva. Para ello, utilizaremos como base estructural la clasificación seguida - en conjunto- por la *International Committee Assisted Reproductive Technologies* (en adelante ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS)⁵, en concordancia, con la línea acogida por el Ministerio de Salud de Chile (en adelante MINSAL)⁶ y el Laboratorio NASCENTIS⁷.

En este sentido, hay un concepto genérico que es la *reproducción medicamente asistida*, que a su vez se divide en *reproducción asistida de baja complejidad y de alta complejidad*⁸. Dentro de la primera de ellas se encuentra el *coito programado* y la *inseminación artificial*. En la segunda, se comprenden las *técnicas de reproducción asistida* (en adelante TRA).

En las TRA se incluyen variados procedimientos con diversos fines, razón por la cual, sólo nos limitaremos a desarrollar tres de ellos, por concernir directamente al objeto de investigación, a saber: la *fecundación o fertilización in vitro y transferencia embrionaria*, la *inyección intracitoplasmática de espermatozoides* y el *útero subrogado*.

1.1. Reproducción medicamente asistida

Es conceptualizada como la reproducción lograda a través de la inducción de la ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación, técnicas de reproducción asistida e inseminación, con semen del esposo, pareja o un donante⁹, pudiendo tener el carácter de baja o alta complejidad¹⁰.

1.1.1. De baja complejidad

Son aquellas en que la unión del óvulo y espermatozoide se realiza dentro de la trompa de Falopio¹¹. Estas son: El coito programado y la inseminación artificial (En adelante IA).

⁵ *Vid.*, International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y Organización Mundial de la Salud (OMS): *Glosario de Terminología en Técnicas de Reproducción Asistida*, Versión revisada y preparada por la versión traducida de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida de la OMS, 2010. Disponible en formato electrónico en: http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/es/

⁶ Ministerio de Salud: “Guía para el estudio y tratamiento de la infertilidad”, Primera edición, Contendida en Resolución Exenta N° 241, Santiago, 2015.

⁷ NASCENTIS: “Técnicas de Reproducción Asistida”, Disponible en formato PDF en: http://www.nascentis.com/uploads/File/tecnicas_reproduccion_asistida.pdf

⁸ Esta distinción se realiza con base a los programas de fertilización asistida, que se distinguen en baja complejidad y alta complejidad.

⁹ International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y Organización Mundial de la Salud (OMS): *Op. cit.*, p. 9.

¹⁰ NASCENTIS: *Op. cit.*, p. 1.

¹¹ *Ibidem*.

1.1.1.1. Coito programado

Consiste en una estimulación leve de la ovulación y controles ecográficos periódicos que tienen el objeto de conocer el número de folículos presentes en los ovarios y de programar el momento adecuado para tener relaciones sexuales¹².

La estimulación leve de ovulación se realiza mediante una estimulación ovárica controlada, es decir, mediante el uso de fármacos, así MICHALAKIS, DECHERNE y PENZIAS dan cuenta de la importancia que tiene la producción controlada de óvulos mediante fármacos, al sostener que “múltiples óvulos aumentan las posibilidades de producir múltiples embriones, lo que aumenta la probabilidad de concepción exitosa (...). Mediante el uso de medicación para la fertilidad, se estimulan los ovarios para producir varios huevos de alta calidad, y el momento de la aspiración se controla mejor”¹³.

1.1.1.2. Inseminación artificial (IA)

Es una técnica de baja complejidad, basada en la manipulación de los gametos masculinos, que tiene una finalidad inmediata y mediata: la primera de ellas es lograr la fecundación y la segunda, es lograr un embarazo y, consecuentemente el alumbramiento de un hijo¹⁴.

En concreto, “es la introducción de espermatozoides en la vagina o útero de una mujer por cualquier medio distinto de la relación sexual natural. En este sentido, comprende cualquier procedimiento para hacer llegar el semen al óvulo mediante cualquier artificio y, en definitiva, puede entenderse por dicha técnica, aquel proceso genético que prescinde de la unión sexual fecundadora y natural, reemplazándola por otro procedimiento”¹⁵.

Así mismo, el MINSAL contempla una definición en su “Guía para el estudio y tratamiento de la infertilidad”, que tiene el atributo de ser clara y que contempla de forma acabada y breve todos los elementos la caracterizan. Así, señala que consiste en el depósito instrumental de semen del esposo/pareja o de un donante, procesado en el laboratorio para mejorar su calidad, en el aparato genital femenino con el fin de conseguir una gestación. Esta IA puede ser vaginal, cervical o intrauterina, siendo esta última la más utilizada¹⁶.

¹²Cfr., *Ibidem*.

¹³ MICHALAKIS, Konstantinos; DECHERNEY, Alan y PENZIAS, Alan: *Current Diagnosis & Treatment: Obstetrics & Gynecology*, Onceava edición, Nueva York, 2013, Capítulo 57, p. 3. Disponible en formato electrónico en: <http://accessmedicine.mhmedical.com/content.aspx?bookid=498&Sectionid=41008661>, Revisado el 25 de Septiembre de 2016. En este mismo sentido, *Vid.*, RODRÍGUEZ LÓPEZ, Dina: “Nuevas técnicas de reproducción humana: El útero como objeto de contrato”, en *Revista de Derecho Privado Nueva Época*, Año IV, N° 11, 2005, p. 107.

¹⁴ Cfr., MENDOZA CUELLAR, Héctor: “La sexualidad reproductiva en el S. XXI, el divorcio entre sexualidad y reproducción”, en *Revista Perspectivas Sociales*, Vol. 14, N° 1, 2012, p. 38.

¹⁵ Cfr., MARTÍNEZ-PEREDA RODRIGUEZ, Juan y MASSIGOGUE BENEGUI, Juan: *Maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*, Editorial Dykinson, cuarta edición, 1994, p. 19.

¹⁶ Cfr., Ministerio de Salud: *Op. cit.*, p. 30.

1.1.2. De alta complejidad: técnicas de reproducción asistida

Es aquella en que la unión entre el óvulo y el espermatozoide tiene lugar en el laboratorio, lo que implica la necesidad de extraer los óvulos del organismo de la mujer¹⁷. En esta categoría, se encuentran las TRA.

Las TRA son aquellas que permiten procrear a un ser humano por medios distintos de la relación sexual entre un hombre y una mujer, es decir, sólo se necesita la unión de un óvulo y un espermatozoide en una placa de laboratorio¹⁸. Para ello, se recurre al empleo de tecnología altamente especializada, que sustituye o complementa el contacto sexual, para que la fertilización ocurra¹⁹.

Por su parte, el glosario del ICMART y la OMS define a las TRA como “todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos y de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones y el *útero subrogado*”²⁰.

1.1.2.1. Fecundación o fertilización in vitro (FIV) y transferencia embrionaria (TE)

Es conceptualizado como un “proceso por el cual, los óvulos son fertilizados in vitro, es decir, por un espermatozoide fuera del útero. La FIV es un tratamiento importante en la infertilidad cuando otros métodos de tecnología de reproducción asistida han fallado. Las técnicas de reproducción asistida (TRA) incluyen varias técnicas que permiten la manipulación de gametos fuera del cuerpo y han evolucionado mucho en las últimas dos décadas”²¹.

Así también, se ha definido como la fusión del óvulo y el espermatozoide, realizada en un instrumento de cultivo, constituyendo una técnica utilizada en las mujeres, consistente en la eliminación de la obturación existente en las trompas de Falopio, para introducir allí el óvulo fecundado previamente en el laboratorio para su posterior reimplantación en el útero²².

Es importante señalar que es la única TRA definida en una normativa nacional, específicamente, en la Directiva Ministerial contenida en la Resolución Exenta N°1072 de 1985, al establecer en su párrafo 1° que:

¹⁷ Cfr., NASCENTIS: *Op. cit.*, p. 1.

¹⁸ Cfr., GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz: *El sistema filiativo chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 109.

¹⁹ Cfr., RODRÍGUEZ LÓPEZ, Dina: *Op. cit.*, p. 105.

²⁰ International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y Organización Mundial de la Salud (OMS): *Op. cit.*, p. 10.

²¹ MICHALAKIS, Konstantinos; DECHERNEY, Alan y PENZIAS, Alan: *Op. cit.*, p. 1.

²² Cfr., MARTÍNEZ-PEREDA RODRIGUEZ, Juan y MASSIGOGUE BENEGIU, Juan: *Op. cit.*, p. 19.

“la Fertilización In Vitro (FIV) y la Transferencia Embrionaria (TE) constituyen un conjunto de procedimientos complejos, en constante desarrollo, que resumen sofisticados avances de la Gineco – Obstetricia y que posibilitan la fertilización del óvulo en un medio artificial, lo que permite el desarrollo del embrión durante 2 ó 3 días para posteriormente implantarlo en la cavidad del útero, para que el embarazo tenga la oportunidad de evolucionar hasta la consecución de un recién nacido vivo y sano”

Adicionalmente, cabe hacer referencia a la inyección intracitoplásmica de espermatozoides (ICSI, según siglas en inglés), que es una variedad de la FIV en la que se deposita el espermatozoide en el interior del ovocito mediante una microinyección²³, es decir, se inyecta un único espermatozoide en el interior del óvulo²⁴.

Por último, queda por analizar la gestación por sustitución que, si bien es un tipo de reproducción medicamente asistida de *alta complejidad*, se tratará separadamente, ya que al ser el objeto principal de investigación requiere de un análisis pormenorizado.

2. La gestación por sustitución

2.1. Terminología y conceptualización

Tal como se manifestó con anterioridad, la gestación por sustitución es una TRA²⁵. Pero antes de entrar a definir lo que se entiende por tal, es necesario hacer una aclaración respecto al término mismo. En este sentido, esta técnica es portadora de una variada nomenclatura, siendo los conceptos más utilizados por la medicina y la doctrina los siguientes: vientre de alquiler, gestación por cuenta ajena, gestación subrogada, maternidad por encargo, gestación por sustitución, vientre subrogado, entre otros, pero siendo la terminología más utilizada: maternidad subrogada.

Al respecto se ha dicho, que los términos acuñados - maternidad subrogada, alquiler de vientre, maternidad sustituta - presentan dificultades para desentrañar y definir lo que realmente es esta técnica y las consecuencias jurídicas que de su empleo se derivan, así, resulta problemático denominarla con alguna de esas formas, pues se presta para un gran número de interpretaciones sobre la definición y el rol mismo de la maternidad²⁶.

²³ Cfr., CALLEJO OLMOS, Justo; CORTÉS LAGUNA, L; y MURCIA CONTRERAS, Nuria: “Técnicas de Reproducción Asistida”, en GONZÁLEZ MERLO, Jesús: *Ginecología*, Novena edición, Editorial Elsevier Massón, Barcelona, 2014, p. 141.

²⁴ Cfr., NASCENTIS: *Op. cit.*, p. 2.

²⁵ Según la definición que realiza el Glosario de Terminología en Técnicas de Reproducción Asistida, al conceptualizar las TRA.

²⁶ Cfr., PINZÓN MARÍN, Inés; RUEDA BARRERA, Eduardo y MEJÍA PATIÑO, Omar: "La aceptabilidad jurídica de la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Cátedra Interuniversitaria Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, N° 43, 2015, p. 90.

Ante esto, creemos que referirse a esta técnica utilizando indistintamente los términos antes mencionados no es adecuado. Al efecto, compartimos el análisis acerca del término maternidad subrogada realizado por LAMM al sostener que no es correcto hablar de *subrogación*, ya que esta palabra sólo se identifica con algunos de estos procesos, en que la gestante aporta tanto la gestación como el material genético²⁷.

En este mismo sentido, se ha sostenido que la *subrogación* es una forma de transferencia de las obligaciones, como cuando se sustituye un acreedor por otro, cuestión que no puede aplicarse en la maternidad, ya que la mujer que contrata es *sustituida* por otra mujer contratante, en consecuencia, la idea que se debe aplicar es la de *sustitución o cambio de la ubicación de la gestación*²⁸.

Así también, no es adecuado hablar de *maternidad*, ya que madre implica mucho más que matriz y parto, es más bien, un proceso que consta de una etapa anterior de querer ser madre y que se extiende al proceso de ser madre, siendo la maternidad un concepto muy amplio como para poder encargarlo²⁹.

En consecuencia, es correcto hablar de *sustitución* para dar a entender que se está gestando para otro y por otro, que no puede hacerlo por sí mismo. De la misma forma, hay que utilizar el término *gestación*, ya que esta práctica sólo implica sustituir la matriz para gestar el embrión de otro.³⁰ Por ende, en adelante, sólo utilizaremos el término *gestación por sustitución* para referirnos a esta TRA.

Una vez dilucidada la terminología a utilizar, es momento de adentrarnos en el concepto de *gestación por sustitución*.

Una primera definición, que a nuestro parecer es digna de utilizar, es la acogida por FARNÓS, quien sostiene que es un contrato mediante el cual una madre “portadora”, acepta someterse a técnicas de reproducción asistida con el objeto de llevar a cabo la gestación a favor de una persona o una pareja “comitente”, comprometiéndose, además, a entregar al niño(a) o niños(as) una vez que nazcan³¹.

Así también, se le ha conceptualizado como una “forma de reproducción asistida, por medio del cual una persona, denominada *gestante*, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominada *comitente*, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente”³².

²⁷ Cfr., LAMM GERO, Eleonora: *Op. cit.*, p. 25.

²⁸ MIR CANDAL, Leila: “La “maternidad intervenida”: reflexiones en torno a la maternidad subrogada”, en *Revista Redbioética de la UNESCO*, Vol. 1.1, 2010, pp. 178-179.

²⁹ Cfr., LAMM GERO, Eleonora: *Op. cit.*, pp. 25-26

³⁰ Cfr., *Ibidem*, p. 26.

³¹ FARNÓS AMORÓS, Esther: “Inscripción en España de la Filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”, en *Revista para el análisis del derecho*, Universidad Pompeu Fabra, N° 1, 2010, p. 4.

³² *Ibidem*, p. 24.

2.2. Partícipes del contrato

Como se puede derivar de la definición de gestación por sustitución hay dos partes en este contrato: por un lado, hay una parte comitente deseosa de tener hijos, y por otra, una mujer que acepta adelantar un embarazo a cuenta y riesgo de la otra; esta mujer debe someterse a procesos biotecnológicos para lograr la gestación con la intervención de un equipo médico cualificado, con el fin de que al momento del parto o en un tiempo prudencial, entregue el niño resultado de la técnica y reciba la contraprestación acordada, si se hubiera pactado³³.

En primer término, se ha entendido a la madre gestante como una mujer fértil que se ofrece a gestar a un hijo, acordando mediante un contrato permitir el implante de un embrión humano en su útero o bien ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre, que no es su esposo, y procrear un hijo para que al momento que este nazca, renuncie a sus derechos maternos filiales sobre él, para que la esposa o pareja del padre pueda adoptarlo³⁴. En otras palabras, es la mujer que lleva adelante un embarazo habiendo acordado que ella entregará el bebé a los padres previstos³⁵.

Igualmente, se ha conceptualizado como “Mujeres fértiles que aceptan, mediante precio o no, llevar a término un embarazo que, normalmente, se ha generado mediante el espermatozoides del varón que aparecerá como padre y un óvulo de la mujer que aparecerá como madre, y que producido el parto entregará al hijo a las personas que lo encargaron, las cuales asumieron el pago de la cantidad fijada o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto”³⁶.

Por su parte, los padres comitentes son aquella pareja que realiza un acuerdo con la madre gestante, para que lleve a cabo un embarazo para luego entregar al bebé después del nacimiento³⁷.

Finalmente se ha entendido que madre comitente o de intención, es la que planifica traer un niño al mundo y asume el rol de madre³⁸.

2.3. Modalidades de la gestación por sustitución

El contrato de gestación por sustitución se clasifica atendiendo a dos criterios:

³³ Cfr., PINZÓN MARÍN, Inés; RUEDA BARRERA, Eduardo y MEJÍA PATIÑO, Omar: *Op. cit.*, p. 97.

³⁴ Cfr., VIDAL MARTÍNEZ, Jaime: *Las nuevas formas de reproducción humana: Estudio desde la perspectiva del derecho civil español*, Editorial Civitas, Madrid, 1998, p. 15.

³⁵ Cfr., International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y Organización Mundial de la Salud (OMS): *Op. cit.*, p. 7.

³⁶ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Dina: *Op. cit.*, p. 119.

³⁷ METÍN, Sevta: "Fooling nature: ethical, social, psychological and legal aspects of surrogate motherhood", en *Law & Justice Review*, Vol. 1, N° 3, 2011, p. 117.

³⁸ FARNÓS AMORÓS, Esther: "La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología", en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXVIII, Boletín oficial de Estado, España, 2015, p. 9.

1. Con atención a la aportación de gametos: gestación por sustitución tradicional y gestacional.
2. Con atención al carácter económico: gestación por sustitución altruista y comercial.

En la versión tradicional, la madre gestante es también la madre genética, ya que sus propios óvulos son fecundados con espermatozoides del padre comitente o de un donante. Así, es la propia gestante quien aporta los gametos femeninos. En este caso es suficiente la IA. Entonces, aquí nos encontramos con el caso en que la mujer gestante aporta su material genético, siendo inseminada con espermatozoides de terceros donantes o del hombre comitente.

En la versión gestacional, la concepción tiene lugar a partir del óvulo u óvulos de una mujer diferente a la madre gestante, que normalmente son de la madre comitente, no obstante, en los casos en que esta última no puede producir óvulos o no lo puede hacer en condiciones de viabilidad, los aporta otra mujer. Dado que la maternidad subrogada gestacional, disocia la maternidad genética de la gestacional, requiere que la fecundación del óvulo u óvulos con espermatozoides del padre comitente o de donante se lleve a cabo en el laboratorio, a partir de una técnica de alta complejidad, ya sea mediante FIV o una ICSI, seguido de una TE³⁹. Bajo esta modalidad podemos identificar 3 casos diferentes:

1. La pareja comitente aporta todo el material genético, tanto óvulo como espermatozoide, y a la mujer gestante sólo se le implanta en su útero el embrión ya formado.
2. Caso en que la pareja comitente aporta parte del material genético, y el óvulo o espermatozoide faltante lo aporta un tercero donante (nunca puede provenir de la mujer gestante, de lo contrario sería tradicional).
3. Todo el material genético es aportado por personas diferentes a la pareja comitente y a la mujer gestante, es decir, se realiza por medio de donantes de óvulos y espermatozoides.

En otro orden de ideas, este contrato puede tener el carácter de altruista y comercial o gratuito u oneroso⁴⁰. En la subrogación altruista, la madre gestante no recibe ninguna recompensa económica por el embarazo, mientras que, en la subrogación comercial, se le paga para llevar a cabo el embarazo de la pareja infértil⁴¹.

Una conceptualización más completa es la entregada por MCLACHLAN y SWALES, al sostener que maternidad subrogada altruista se refiere a un acuerdo en el que la madre sustituta no recibe ningún pago, ya sea de forma absoluta, o que sólo recibe un pago para cubrir los gastos. Así, los

³⁹ Cfr., FARNÓS AMORÓS, Esther: “Inscripción en España de la Filiación...”, *Op. cit.*, p. 6. En este mismo sentido, Vid. AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE: “Third-party Reproduction: Sperm, egg, and embryo donation and surrogacy”, American Society for Reproductive Medicine, Alabama, 2012, pp. 13-14. Disponible en formato electrónico en: https://www.asrm.org/uploadedFiles/ASRM_Content/Resources/Patient_Resources/Fact_Sheets_and_Info_Booklets/thirdparty.pdf; MORRISSEY, Joseph: “Surrogacy: the process, the law, and the contracts”, en *Willamette Law Review*, Vol. 51, N° 4, 2015, pp. 470-471; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Verónica: “Maternidad subrogada: Una mirada a su regulación en México”, en *Revista Dikaion*, Vol. 24, N° 2, 2015, p. 361; MICHALAKIS, Konstantinos; DECHERNEY, Alan y PENZIAS, Alan: *Op. cit.*, p. 8.

⁴⁰ FARNÓS AMORÓS, Esther, *Op. cit.*, p. 4.

⁴¹ MICHALAKIS, Konstantinos; DECHERNEY, Alan y PENZIAS, Alan: *Op. cit.*, p. 8.

arreglos altruistas de maternidad sustituta se hacen generalmente entre familiares o amigos. Por su parte, la maternidad sustituta comercial implica un pago, sin embargo, saber cuáles son los ítems que pueden ser apropiadamente considerados como gastos es un tema discutido⁴².

Una vez que hemos visto los aspectos más importantes o esenciales de esta TRA, proponemos la siguiente definición de gestación por sustitución: *es un tipo de reproducción medicamente asistida de alta complejidad, en específico, una técnica de reproducción asistida, que se materializa en un contrato que puede tener un carácter gratuito u oneroso, conformado por al menos dos partes, en el que una mujer llamada “gestante” acuerda con una pareja o una persona soltera, llamados “comitentes”, que se someterá a una TRA, ya sea con óvulos y espermatozoides de la parte comitente o con material genético de terceros donantes, con el fin de gestar un embrión durante el tiempo que dure el embarazo, para luego, una vez que el niño o niña nazca, proceda a su entrega, renunciando a todos los derechos y obligaciones sobre el recién nacido, con la finalidad que el menor tenga vínculos filiales con la parte comitente.*

3. Regulación jurídica de las técnicas de reproducción asistida en Chile

3.1. Status quaestionis

En Chile no existe una ley que regule la aplicación de las TRA, aunque si han existido diversos proyectos de ley que hoy están archivados en el Congreso Nacional. El primero de ellos data de julio de 1993 archivado en agosto del año 2008, el segundo de ellos de julio de 2006, fue archivado también en agosto de 2008, y el último fue presentado en octubre de 2006 siendo finalmente archivado en enero de 2009⁴³.

No obstante, sí hay dos normativas al efecto: la Resolución Exenta del Ministerio de Salud N°1.072 de 1985 que establece “normas aplicables a la fertilización in vitro y la transferencia embrionaria” (En adelante Resolución) y el artículo 182 del Código Civil (En adelante CC).

La Resolución⁴⁴ está dirigida a regular únicamente - tal como sugiere su título – la FIV y la TE, basándose en la garantía constitucional del derecho a la vida y la protección de la vida del que está por nacer, que prevé el artículo 19° N° 1 de la Constitución Política de la República (En adelante CPR), que incluye el derecho a procrear y, consecuentemente, el acceso a los medios médicos para superar las causas que impiden o dificultan la concepción (considerando 1°) y

⁴² MCLACHLAN, Hugh y SWALES, Kim: “Show Me the Money: Making Markets in Forbidden exchange: Commercial Surrogate Motherhood and the Alleged Commodification of Children: a defense of legally enforceable Contracts”, en *Law and Contemporary Problems*, Vol. 3, N° 72, 2009, p. 92.

⁴³ JARUFE CONTRERAS, Daniela: “Las filiaciones “no biológicas” derivadas de la aplicación de Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, en LEPIN MOLINA, Cristián (Coord.): *Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Desafíos del Siglo XXI: Una mirada transdisciplinaria*, Editorial Abeledo Perrot – Legal Publishing, Santiago, 2013, p. 72.

⁴⁴ Tiene como antecedente la Declaración de 1984 de la Sociedad Chilena de Obstetricia y Ginecología, que declaró la licitud de estas técnicas, como un medio de superación de infertilidad y a su vez condenó ciertas prácticas relacionadas, como la criopreservación de embriones, el desechamiento de embriones y la maternidad subrogada. Así lo establece, GUMUCIO SCHONTHALER, Juan: *Procreación asistida, un análisis a la luz de la legislación chilena*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1997, p. 30.

teniendo en especial consideración, el creciente desarrollo de modernos conocimientos en el campo de la Medicina de la Reproducción y las recientes tecnologías derivadas que hacen aplicables procedimientos diagnósticos y terapéuticos avanzados al estudio y manejo clínico de casos de infertilidad (considerando 2°).

En este sentido, la Resolución establece ciertos requisitos formales para aplicación de estas TRA, entre los que se encuentran: los requerimientos que deben cumplir las instituciones que las emplean, las exigencias para el manejo responsable de éstas, además de la información que estas instituciones deben proporcionar al Ministerio de Salud.

Así, prescribe que se debe informar a la pareja solicitante de los riesgos de estos procedimientos y la necesidad de sus consentimientos; además dispone que la institución sanitaria y su Comité de Ética son responsables de revisar y aprobar el protocolo del procedimiento, registrar la descripción exacta de lo efectuado y el informe del mismo destinado a la pareja, dejando en claro los posibles riesgos existentes (numerandos 7° letra c, 9° y 10°). También señala que la institución sanitaria y el equipo de salud son responsables de proporcionar a la autoridad sanitaria los protocolos de trabajo en los que se registrarán los detalles del proceso de fecundación in vitro y transferencia embrionaria, indicando el número de huevos obtenidos, fertilizados o implantados, y que todos los óvulos fertilizados y normales deben ser transferidos a la madre, prohibiendo la criopreservación embrionaria para transferencia diferida de embriones, ni menos con fines de investigación (numerando 8° letra c e inciso final).

Por su parte, el artículo 182 del CC⁴⁵ regula la filiación derivada de la aplicación de estas técnicas, estableciendo 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. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta”*.

A continuación, procederemos a comentar las normativas antes enunciadas, así también, pondremos de relieve los problemas que ambas conllevan.

3.2. Problemas derivados de la regulación en Chile

3.2.1. Lagunas en la regulación

En primer lugar, compartimos lo dicho por JARUFE, en orden a establecer que “nos encontramos frente a graves vacíos legales que se derivan, la gran mayoría de ellos, de la ausencia de una ley de técnicas de reproducción asistida que, no sólo regule los aspectos médicos

⁴⁵ “Es la única norma legal que regula los efectos filiativos que son producto de la aplicación de alguna técnica de reproducción humana asistida”, GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz: *Op. cit.*, p. 113.

de su aplicación, sino que también, y de manera exhaustiva, los efectos jurídicos que de ellas se derivan en relación a una institución básica del derecho civil, como es la filiación”⁴⁶.

Por su parte, respecto al artículo 182 CC, debemos tener en consideración que el legislador no se pronuncia acerca de la admisibilidad o no de estas técnicas, sino que sólo regula situaciones ya producidas. En este sentido, el artículo en comento se limita a reglamentar y consolidar situaciones ya consumadas, y no entrega criterios sobre la regulación sustantiva de estas técnicas. Esto, con el objeto de no anticipar pronunciamiento alguno sobre la regulación sustantiva de los distintos temas asociados a dichas técnicas, que corresponderá realizar en un proyecto de ley, en particular sobre la aceptación o prohibición del uso de gametos de donantes, y el eventual derecho de la persona así concebida para conocer su progenitura biológica⁴⁷.

Así, de la lectura de las normativas aplicables, se puede apreciar que permiten únicamente la realización de las TRA señaladas por la Resolución y que en virtud del artículo 182 CC exclusivamente se pueden someter a ellas una pareja heterosexual, ya sea matrimonial o no matrimonial, por tanto, deja fuera a las parejas homosexuales y mujeres solteras⁴⁸.

En esta misma línea, CORRAL sostiene que “los legisladores parecen contestes en estimar que el artículo 182 CC no es una norma legitimadora de las técnicas sino protectora de situaciones que de hecho se están dando o pueden darse en nuestra realidad social. No hubo pues un pronunciamiento sobre la licitud de los diversos procesos biomédicos, sino una atención a la situación del hijo que –contra la ley o de acuerdo con ella- ha sido concebido mediante este tipo de métodos”⁴⁹.

Respecto al inciso final del artículo en comento, cabe decir que se incorporó para evitar que los padres que han consentido en su utilización luego la impugnen, prohibiendo de plano su impugnación⁵⁰, no obstante, “no se refiere a los requisitos que debe reunir el consentimiento en la utilización de las TRA. La forma de realizarlo queda a la discrecionalidad de los médicos. Siendo así, en una futura ley se debería establecer la formalidad que debe reunir, puesto que constituye, de una parte, una forma de reconocimiento de paternidad o maternidad, y, de otra, un medio de prueba”⁵¹.

De lo anteriormente dicho, podemos constatar que hay importantes lagunas respecto a las TRA, no obstante, la situación respecto a la gestación por sustitución es aún más grave, existiendo total silencio por parte del legislador acerca de esta práctica, toda vez que se encuentra excluida de toda regulación, generándose así, un desfase entre el Derecho y la ciencia, que da

⁴⁶ JARUFE CONTRERAS, Daniela: *Op. cit.*, p. 73.

⁴⁷ CÁMARA DEL SENADO DE CHILE, Boletín N° 1060-07, Informe Complementario de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Cuenta en Sesión 16, Legislatura 338, p. 15.

⁴⁸ En este sentido, *Vid.*, GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz: *Op. cit.*, pp. 118-119.

⁴⁹ CORRAL TALCIANI, Hernán: “Determinación de la filiación y acciones de estado en la reforma de la Ley N° 19.585, 1998”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XX, 1999, p. 86.

⁵⁰ *Cfr.*, *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 118-119.

origen a un “vacío jurídico respecto de problemas concretos, dejando indefensos tanto al individuo como a toda la sociedad. Es un vacío que se muestra no sólo en Chile, sino en el mundo”⁵².

Hay que recordar que, a falta de regulación positiva, este contrato no se encuentra prohibido, en efecto, en la práctica perfectamente se puede llevar a cabo, partiendo de la premisa que en derecho privado se puede hacer todo lo que no se encuentre prohibido.

Así, una pareja o una persona soltera podría acceder a un centro en donde se practiquen técnicas de reproducción asistida sin decir que se está llevado a cabo una gestación por sustitución, no obstante, nos encontramos con un límite al accionar de los privados, que, como vimos, es el artículo 182 CC respecto a la filiación, generándose problemas de facto en cuanto a la inscripción del recién nacido, dejando desatendido el interés superior del niño y una serie de Derechos Fundamentales tanto de los padres comitentes como de la madre gestante.

En este sentido, una de las materias en que es más preocupante la inexistencia de una norma que regule los efectos de la aplicación de esta técnica, se presenta respecto a la determinación de la filiación derivada de la gestación por sustitución, que analizaremos a continuación.

3.2.1.1. Los criterios de determinación de la filiación en crisis

La filiación derivada de la gestación por sustitución es uno de los problemas jurídicos más relevantes a la hora de analizar esta institución, teniendo su causa en que esta práctica pone en entre dicho las reglas que nuestro CC nos entrega para determinar la filiación.

Al respecto, GÓMEZ DE LA TORRE establece que “la filiación es una relación jurídica que existe entre dos personas, una de las cuales se ha designado jurídicamente como padre o madre de la otra”⁵³, así también, señala que la filiación tiene 3 fuentes, a saber: biológica o por naturaleza; adoptiva; y por aplicación de las TRA⁵⁴.

La filiación biológica o por naturaleza es aquella que se produce cuando el niño que nace es producto de la relación sexual de sus padres, la cual puede ser determinada (matrimonial o no matrimonial) y no determinada⁵⁵. A este efecto, la regla primordial es aquella según la cual la filiación materna se determina por el parto, conocida como la máxima *mater semper certa est*, que en el CC se encuentra consagrada en el artículo 183, que en su inciso 1° establece que: “*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*”.

⁵² GANA WINTER, Claudia: “La maternidad gestacional ¿Cabe sustitución?”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25, N° 4, 1998, p. 864.

⁵³ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz: *Op. cit.*, p. 53.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ No entraremos en más detalle por escapar del objeto de estudio, no obstante, para una mejor comprensión de la filiación biológica, *Vid.*, GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz: *Op. cit.*, pp. 54-55.

Por su parte, la filiación por adopción, es la que se deriva de una adopción y se encuentra regida por la Ley N° 19.620, teniendo como base general el artículo 179 inciso 2 CC que realiza una remisión a la ley respectiva⁵⁶. Así, según CORRAL “La adopción ha dejado de ser en Chile un pacto de familia, es decir, una especie de contrato, controlado judicialmente. La adopción es hoy materia de intervención de los tribunales de justicia; son los órganos jurisdiccionales competentes los que están encargados tanto de declarar que un menor puede ser susceptible de adopción como de constituirla. La adopción debe ser decretada por sentencia judicial (art. 26 ley N° 19.620). Ello no quiere decir que el consentimiento de los interesados no tenga una función, incluso esencial. Así la voluntad de los adoptantes debe expresarse en la solicitud de adopción que se firmará en presencia del secretario del tribunal (art. 23.3 Ley N° 19.620)”⁵⁷.

No obstante, como es comúnmente conocido, la adopción es un trámite muy engorroso, donde las personas que desean ser padres pueden pasar muchos años esperando cumplir su sueño, lo que conlleva, a nuestro juicio, inevitables situaciones de frustración y desgaste emocional. En este sentido, UNDURRAGA señala que “En los Tribunales de Familia no existen salas especializadas que puedan traer una mayor celeridad en la tramitación de los procedimientos de adopción. El tiempo promedio que tarda un proceso de adopción es de un año y medio a dos años aproximadamente y los procedimientos iniciados por abandono y/o inhabilidad de los padres de un menor pueden tardar alrededor de 12 meses, a pesar de que la ley contempla términos muy inferiores”⁵⁸.

En otro orden de cosas, con la aparición de las TRA, todas las reglas antes enunciadas quedaron desactualizadas⁵⁹, ya que, en principio no nos permiten determinar la filiación por aplicación de estas técnicas, así, por ejemplo: si una mujer “A” contrata con un matrimonio conformado por una mujer “B” y un hombre “C”, la filiación biológica sería para la madre “A” que es la madre gestante, ya que según la filiación por naturaleza, ésta queda determinada por el parto, y no cabría la posibilidad de que se determine la filiación en favor de la madre comitente “B”, en cambio, en el caso del hombre, se haya utilizado su material genético o no para llevar a cabo la gestación, se entiende que puede operar la filiación a su favor, operando el reconocimiento.

Por su parte, la filiación adoptiva, por regla general, no puede ser aplicada a las TRA, ya que, se entiende que en éstas son los mismos usuarios los que se someten a ellas, y, por tanto, es la misma mujer soltera o casada la que gesta, ya sea con semen de su marido, pareja o de un donante. Y decimos que es la regla general, ya que como veremos en el tercer capítulo, existe una

⁵⁶ “La adopción, los derechos entre adoptante y adoptado y la filiación que pueda establecerse entre ellos, se rigen por la ley respectiva”.

⁵⁷ CORRAL TALCIANI, Hernán: *Adopción y filiación adoptiva*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 42.

⁵⁸ UNDURRAGA JARA, Macarena: *La adopción, procedencia y procedimiento*, Primera edición, Editorial Metropolitana, Santiago, 2010, p. 247.

⁵⁹ En este sentido la misma autora, ha sostenido que “Hasta la aplicación de las técnicas de reproducción asistida se entendió que la maternidad es un hecho material que se manifiesta por el embarazo y el parto”, CORRAL TALCIANI, Hernán: *Adopción y filiación...*, *Op. cit.*, p. 61.

excepción en que la adopción podría servir como fuente de filiación en la aplicación de las TRA, y precisamente, ésta recae en la gestación por sustitución.

Por todo lo anterior, es que nuestro legislador con la Ley 19.585 de 1989 -cuyo objeto fue reformar algunas instituciones del derecho de familia- trajo consigo un nuevo artículo que pretendía dar solución a la determinación de la filiación de los nacidos y nacidas mediante estas técnicas, teniendo como resultado el artículo 182 CC antes enunciado, a lo que CORRAL llama filiación tecnológica⁶⁰.

El elemento fundamental de la filiación derivada de las TRA es el consentimiento que otorgan los que se someten a ellas. Este consentimiento será el elemento decisivo de superación de la realidad biológica, para mantener de modo irrevocable, todos los efectos básicos en la atribución de la paternidad-maternidad⁶¹.

De este modo se puede apreciar que, estamos ante un reconocimiento adelantado de paternidad-maternidad, ya que el nexo biológico deja de ser el sustento presuntivo del vínculo jurídico paterno filial y aparece como un elemento más importante la voluntad procreacional del hombre, o de la mujer, o de ambos, incluso por sobre la intervención de un donante. Lo que nadie puede suplir, en definitiva, es el acto de voluntad de la pareja, o del hombre que quiere ser padre o de la mujer que quiere ser madre⁶².

No obstante, esta regulación, naturalmente sólo tenía en cuenta el avance científico que hasta ese entonces había sido desarrollado por los especialistas en medicina reproductiva, razón por la cual, en esta regulación no se consideró la gestación por sustitución⁶³. Ahora bien, aunque estuviese contemplada, esta TRA presenta ciertas particularidades que hacen imposible la determinación de la filiación mediante la regla que establece el artículo 182 CC, toda vez que establece 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*”, así siguiendo el mismo supuesto a modo de ejemplo, en la gestación por sustitución el número de personas que se someten a las TRA son 3, por un lado, la madre gestante “A” a quien se le implanta el gameto, mediante alguna TRA de alta complejidad y, por otro, el hombre comitente que aporta su material

⁶⁰ CORRAL TALCIANI, Hernán: “Determinación de la filiación...”, *Op. cit.*, p. 84.

⁶¹ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz: “El derecho a conocer los orígenes en la filiación adoptiva y por aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida”, en LEPIN MOLINA, Cristián (Coord.): *Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Desafíos del Siglo XXI: Una mirada transdisciplinaria*, Editorial Abeledo Perrot – Legal Publishing, Santiago, 2013, p. 225.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ En este sentido, GÓMEZ DE LA TORRE afirma que “las intervenciones de los senadores giraban en torno a un presupuesto básico y común, cual era que la temática de la reproducción humana asistida se encontraba circunscrita a un cierto tipo de técnicas: IA, FIV con TE, GIFT y el ICSI, sea con la utilización de gametos propios o de terceros, que son las técnicas que los médicos han declarado practicar en Chile. Por tanto, no se encuentran incluidas otras prácticas reproductivas, como son la inseminación artificial de la mujer sola o de parejas homosexuales, fecundación post mortem, ni la maternidad subrogada”, *Ibidem*, p. 239. En esta misma línea, *Vid.*, CORRAL TALCIANI, Hernán: “Determinación de la filiación...”, *Op. cit.*, p. 86.

genético, y la mujer comitente o una donante de óvulos, dependiendo de quién de ellas aporte el material genético. Siendo así, hay voluntad de 3 personas que entran en conflicto.

Además, el artículo en comento señala que “*No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta*”, por tanto, en principio deja sin opción a la mujer “B” comitente, ya que no puede reclamar la filiación a su favor, aunque haya sido efectuada con óvulos de ella, toda vez que es la mujer gestante es quien trae al mundo al bebé, cediendo la regla del artículo 182 CC por la del 183 CC, siendo el elemento determinante el parto.

De este modo, la determinación de la filiación “constituye un desafío para el derecho de la filiación, en el sentido que demanda de éste una regulación que se haga cargo de las diferencias que presenta la filiación asistida con intervención de terceros respecto de la filiación natural pero que, sin embargo, sea susceptible de incorporarse armónicamente en el sistema normativo respectivo”⁶⁴.

3.2.2. Regulación en fuentes poco ortodoxas y el problema de la obligatoriedad

Esto se funda en la precaria y poco sistemática regulación positiva que existe respecto a las TRA, ya que, tal como dijimos con anterioridad, únicamente hay dos normativas al respecto, la Resolución y el artículo 182 del CC.

La Resolución, en primer lugar y tal como sostuvimos con anterioridad, sólo se refiere a la regulación de ciertas materias, como son la FIV y la TE. Así, dentro del sistema de fuentes, se encuadra en una norma de carácter administrativo, en cuanto es emitida por un órgano administrativo, el MINSAL, así lo expresa el mismo reglamento. Además, la norma deriva de las funciones establecidas en los artículos 4 y 6 del Decreto Ley 2763, esto es, la definición de los objetivos sanitarios nacionales y la facultad de fijar las políticas, dictar las normas, aprobar los planes y programas generales y evaluar las acciones que deban ejecutar dichos organismos y demás integrantes del Sistema.

En segundo lugar, cabe decir que la Resolución se denomina “exenta”, debido a que es un precepto jurídico que se exime de la toma de razón efectuada por la Contraloría General de la Republica (En adelante CGR) de los actos de la Administración. La toma de razón se encuentra consagrada en el artículo 99 de la CPR y en la Ley 10.336, que, en sí, constituye la forma en que la CGR realiza su función de control de legalidad de los actos administrativos por mandato expreso del artículo 98 de la CPR. En el ejercicio de este control, el artículo 10 inciso 5 de la Ley 10.336 estatuye que: “el Contralor General podrá eximir a uno o más Ministerios o Servicios del trámite de la toma de razón de los decretos supremos o resoluciones que concedan licencias, feriados, y permisos con goce de sueldos, o que se refieran a otras materias que no considere

⁶⁴ TURNER SAELZER, Susan: “La maternidad disociada” en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXIV, 2003, p. 442.

esenciales. Tratándose de decretos supremos, la exención sólo podrá referirse a decretos firmados “por orden del Presidente de la República”.

En efecto, la CGR mediante diversas resoluciones ha establecido cuáles serán las normativas que estarán exentas de este trámite⁶⁵. El fundamento que subyace lo anterior, es la necesidad de agilizar la función administrativa, por lo que, sólo aquellos actos que sean de importancia deberán ser sometidos a revisión por parte de la CGR⁶⁶. En este sentido, y tal como se expresa en la Ley en comento, es necesario que el acto contenga materias que *no sean esenciales*, lo que conlleva, necesariamente a que debamos analizar la relevancia del contenido de la Resolución en cuestión, en otras palabras, si la regulación de las TRA debiera o no estar regulada en una disposición de este carácter.

A estos efectos, es de importancia realizar una breve revisión acerca de la configuración normativa de la píldora del día después (En adelante píldora), todo en cuanto es una problemática relativa a la fertilidad, teniendo diversas similitudes respecto a la sensibilidad e importancia de su regulación, constituyéndose así, como un caso análogo al de la Resolución en estudio, pudiendo aplicarse los argumentos de la píldora al caso que nos interesa.

La regulación de la píldora al igual que las TRA, tuvo como primera manifestación una resolución exenta, N°584 del MINSAL, la cual dispuso como distribución obligatoria en los sistemas públicos de salud este método de anticoncepción. Sin embargo, el año 2007 esta resolución fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional (en adelante TC) en la causa Rol N° 594, arguyendo que la norma tenía las características propias de un Decreto Supremo ya que tiene un “conjunto de normas; cuyo *alcance es nacional o de aplicación general a todos los destinatarios de ellas; y dotadas de carácter permanente, es decir, que no agotan o pierden vigencia por su aplicación en un caso determinado*”, sin embargo, no cumplía con 2 requisitos fundamentales de forma, la suscripción por parte del Presidente de la República y el trámite de toma de razón.

Como consecuencia directa, se dictó el Decreto Supremo N°48 de 2007 que estableció las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, que, igualmente, fue declarado inconstitucional por el TC en Sentencia Rol N°740 de 2008, resolución que fue arduamente criticada por la doctrina nacional, ya que sólo consideraba la situación del no nato, omitiendo

⁶⁵ Así, al revisar diferentes normativas podemos encontrar una serie de resoluciones que se encuentran exentas, a saber: Resolución 600 de 1977; Resolución 1050 de 1980; Resolución 55 de 1992, texto que fue coordinado sistematizado en 1998 mediante la Resolución 520; Resolución 1600 de 2008.

⁶⁶ VERGARA BLANCO, Alejandro: “El rol de la contraloría general de la república: desde el control de legalidad a los nuevos estándares de buena administración”, en CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (Ed.): *La Contraloría General de la República: 85 años de vida institucional (1927-2012)*, Unidad de Servicios Gráficos de la Contraloría General de la República, Santiago, 2012, p. 105.

dentro de la ponderación, aquellos Derechos Fundamentales cuya afectación concierne a la mujer⁶⁷.

Por todo lo anterior, se generó la necesidad de la creación de una ley que fije el marco normativo base que regule las materias relacionadas con la fertilidad, y en especial, con la distribución de la Píldora. Todo lo cual, culminó con la dictación de la Ley N° 20.418 publicada en el Diario Oficial con fecha 28 enero de 2010 que “fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad”, normativa que se encuentra complementada por el Decreto N° 49 de 2013.

Lo relevante de esta referencia a la píldora, recae en la discusión en su trámite legislativo, ya que es la disputa acerca de las razones que motivaron su regulación legal lo que nos interesa. Así, ZAPATA, un experto invitado, manifestó que valoraba que el Poder Legislativo intervenga en esta materia, indicando que, toda esta seguidilla de actos administrativos e impugnaciones judiciales no es la forma apropiada de regular una materia como esta, que requiere disposiciones generales y permanentes que son más propias de una ley que de un acto administrativo⁶⁸.

Asimismo, se estableció que el objetivo del proyecto es “reconocer legalmente los derechos que las personas tienen en materia de regulación de su fertilidad y, como contrapartida, los deberes que el Estado tiene en la materia. De esta manera, se entrega un nuevo fundamento, adicional a los actualmente existentes y basado en derechos, para las políticas públicas que en materia de regulación de la fertilidad se han desarrollado en nuestro país hace más 40 años. Se trata de otorgar un fundamento complementario; no de sustituir lo ya avanzado. Estos derechos reproductivos han sido consensuados por la comunidad internacional en distintos eventos realizados en los últimos 15 años, y han sido suscritos por nuestro país. En concreto el proyecto otorga una habilitación general, más allá de las actuales con fundamento legal o reglamentario, para que todos los órganos de la Administración del Estado realicen planes, programas y acciones relativos a la satisfacción de los derechos de la población a recibir información y orientación sobre regulación de la fertilidad, a recibir una educación para la vida afectiva y sexual, a elegir libremente y acceder a los métodos de regulación de la fertilidad”⁶⁹.

Entonces, en relación con lo expuesto, evidentemente la regulación de las TRA, aparte de ser incompleta, no debería estar regulada mediante una resolución de este carácter, toda vez que no sólo tiene relación con la fertilidad, en cuanto permite facilitar la concepción a aquellas parejas que tienen la voluntad para procrear pero que presentan dificultades fisiológicas para lograrlo, sino que, además, es una materia que no puede ser considerada como *no esencial*. Esto se

⁶⁷ Cfr., ZÚÑIGA AÑAZCO, Yanira: *Algunas consideraciones jurídicas en relación con los derechos sexuales y reproductivos*, comentario contenido en V.V.A.A.: “Sentencia sobre inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 48 del Ministerio de Salud en la parte que autoriza la distribución de la “Píldora del día después” en el Sistema público de salud (Tribunal Constitucional)”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XXI, N° 1, 2008, pp. 157-160.

⁶⁸ Cfr., Historia de Ley N° 20.418, Biblioteca Congreso Nacional, Cuenta en Sesión 69, Legislatura 357, 17 de noviembre 2009, p. 335.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 8.

justifica en que, en la Resolución se desarrolla parte del ejercicio de ciertos derechos fundamentales como lo son: los derechos sexuales y reproductivos, el derecho a la salud, ambos en tanto se involucran con la infertilidad y los medios para poder superarla, así también, el derecho a la vida y derecho a la vida privada. En este sentido, es claro, que sólo lo esencial debiera estar regulado en una Ley, pudiendo ser complementado en sus contornos por un Decreto Supremo.

Una vez dilucidado el problema de la regulación en fuentes poco ortodoxas, queda por realizar una breve referencia al problema de la obligatoriedad de la normativa.

Lo anterior, se debe a que la potestad en virtud de la cual ha sido dictada esta directiva, es el Decreto Ley N° 2763 de 1979, que en sus artículos 4° y 6° establece normas de carácter obligatorio para el *sector público*, pero que no alcanzan a las clínicas privadas, que son las principales realizadoras de estas técnicas en la *praxis*, de modo que, para ellas la obediencia a la Resolución es un problema único de voluntad⁷⁰. Así las cosas, en la práctica lo que ocurre es que finalmente los centros de fertilidad e inseminación artificial utilizan diferentes criterios a fin de determinar el acceso, por ende, queda en la voluntad de cada uno determinar si lo van a aplicar sólo a personas unidas por matrimonio, personas solteras e incluso a personas homosexuales. Es por esto, que se ha sostenido que la Resolución tiene un carácter más orientador que preceptivo⁷¹.

⁷⁰ Cfr., GUMUCIO SCHONTHALER, Juan: *Op. cit.*, p. 32.

⁷¹ Cfr., CORRAL TALCIANI, Hernán: “Admisibilidad Jurídica de las Técnicas de Reproducción Artificial”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 19, N° 3, 1992, p. 444.

CAPÍTULO SEGUNDO. TENDENCIAS EN EL DERECHO COMPARADO: HACIA LA REGLAMENTACIÓN JURÍDICA Y LA FLEXIBILIZACIÓN

1. Introducción: las tendencias legislativas en el Derecho comparado

El panorama en el plano internacional no es uniforme, dado que la respuesta que ha otorgado cada país a la gestación por sustitución no ha ido en una misma dirección.

Por una parte, hay países que omiten toda regulación respecto a ella, que es, precisamente el *status quaestionis* existente en Chile, quedando así de manifiesto en el análisis anteriormente realizado. En este sentido, nuestro país no ha seguido la línea que ha primado en el Derecho comparado, consistente en ir abandonando el silencio normativo respecto a esta técnica.

Por otro, hay países que con el fin de dar soluciones a los problemas jurídicos que conlleva el vacío legal en esta materia, se han inclinado por el reconocimiento de esta figura. En efecto, siguiendo la sistematización realizada por LAMM, se pueden dividir en tres grupos de casos:

1. *Aquellos en que se prohíbe de forma absoluta*, tal es el caso de: Francia, Alemania, México (Querétaro y Coahuila), Suiza, Italia, Austria y Portugal⁷².
2. *Aquellos en que se admite sólo en la modalidad altruista siempre que se cumpla con ciertos requisitos*, tal es el caso de: Reino Unido, Australia (en un territorio y cinco estados), Canadá, Grecia, Brasil, México (Tabasco), Israel y Sudáfrica⁷³.
3. *Aquellos en que se admite de forma amplia*, tal es el caso de: Rusia, Ucrania, India y México (Sinaloa)⁷⁴.

Ahora bien, fuera de los Estados antes mencionados, existen dos países que llaman nuestra atención, y que, en consecuencia, revisaremos de forma más detallada, a saber: Estados Unidos (en adelante E.E.U.U.) y España.

El primero de ellos, llama a su análisis por el hecho de que E.E.U.U. es conocido como un país pionero en la práctica de la gestación por sustitución, junto con ostentar casos jurisprudenciales icónicos y trascendentes, que alcanzaron gran fama mundial y que han servido de antecedente para el resto de los países.

El segundo de ellos, lo analizaremos dado a que España ha optado por una legislación prohibitiva pero que en los hechos no tiene el carácter de absoluta, ya que tal como veremos, se

⁷² Para un análisis particular de cada país enunciado, *Vid.*, LAMM GERO, Eleonora: *Op. cit.*, pp. 118-130.

⁷³ *Ibidem*, pp. 131-170.

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 170-185.

ha ido flexibilizando, admitiendo de facto la inscripción de los nacidos por gestación por sustitución en el extranjero.

2. La situación de la gestación por sustitución en Estados Unidos

2.1. Panorama general de los diversos Estados

En E.E.U.U. no existe una ley federal que regule la gestación por sustitución⁷⁵, en efecto, al no haber una ley de tal carácter, tiene plena aplicación la décima enmienda, que mandata “Los poderes que la Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los estados, quedan reservados a los estados respectivamente o al pueblo”. En consecuencia, como cada estado se regula a sí mismo, no existe uniformidad respecto al tratamiento que le dan a esta técnica.

El hecho de que E.E.U.U. esté compuesto por 50 estados, y que cada uno tenga un tratamiento diferenciado respecto a la gestación por sustitución, dificulta la realización de un análisis pormenorizado al respecto⁷⁶, razón por la cual, sólo enunciaremos aquellos estados que poseen regulación positiva al respecto, y que se enmarcan en la sistematización realizada por GUZMÁN⁷⁷:

- 1) *Aquellos en que se prohíbe y se sanciona su práctica*: Washington, el Distrito de Columbia, Arizona, Michigan, Dakota del Norte e Indiana.
- 2) *Aquellos en que se prohíbe y no se sanciona su práctica*: Luisiana, Nebraska, Nueva York.
- 3) *Aquellos en que se permite su práctica*: Texas, Florida, Illinois, California, Arkansas.
- 4) *Aquellos que tienen normativas poco claras o que simplemente no lo regulan*: todo el resto de los estados.

A continuación, examinaremos la situación de dos estados en particular. El primero de ellos es Nueva Jersey, que a pesar de estar dentro de los estados que tienen normativas poco claras al respecto, es aquel en donde tuvo lugar el primer caso mundialmente conocido de gestación por sustitución: *In the Matter of Baby M*. El segundo de ellos es California, que analizaremos debido a que, al tener un sistema con amplias garantías respecto a los padres comitentes y admitir la gestación por sustitución en su modalidad comercial, se ha convertido en el lugar de preferencia de aquellas personas que quieren llevar a cabo gestación por sustitución internacional, además, de poseer dos de los casos jurisprudenciales más importantes, que siguen en relevancia al caso *In the Matter of Baby M*, y que han sentado un importante precedente en esta materia, estos son: *Johnson v. Calvert* e *In re Marriage of Buzzanca*.

⁷⁵ GUZMÁN, Victoria: “A comparison of surrogacy laws of the U.S. to other countries: should there be a uniform federal law permitting commercial surrogacy?”, en *Houston Journal of International Law*, University of Houston Law Center, Vol. 38, N° 2, 2016, p. 626.

⁷⁶ Para una revisión de cada uno de los 50 estados que componen Estados Unidos, *Vid.*, MORRISSEY, Joseph: *Op. cit.*, *Passim*.

⁷⁷ GUZMÁN, Victoria: *Op. cit.*, pp. 626-627.

2.2. Nueva Jersey

2.2.1. Caso *In the Matter of Baby M*

El conocimiento público de la gestación por sustitución se alcanzó en el año 1988 con el caso *In the Matter of Baby M*, que fue el primero que se refirió a la problemática derivada de esta práctica⁷⁸, causando en aquel tiempo un gran revuelvo a nivel internacional, cuestión que, sin dudas, se ha mantenido en la actualidad⁷⁹.

El caso⁸⁰ surge de un contrato firmado en febrero de 1985 por William Stern y un matrimonio conformado por Mary Beth y Richard Whitehead, por el cual, Mary Beth acordó ser inseminada con espermatozoides de William, quedar embarazada, llevar el embarazo a término, renunciar a sus derechos parentales y entregar al bebé, a cambio de 10.000 dólares. Para que, con posterioridad, la esposa de William, Elizabeth Stern, proceda a adoptarlo. El contrato también establecía que William pagaría una suma de 7.500 dólares a la *Infertility Clinic of New York*, lugar donde se iba a llevar a cabo la Subrogación. Es necesario aclarar que Elizabeth Stern, no es parte en el contrato como madre gestante, ya que había sido diagnosticada con esclerosis múltiple, pudiendo tener un embarazo peligroso e incluso mortal.

La inseminación fue llevada a cabo con éxito, la señora Whitehead resultó embarazada, dando a luz a una niña el 27 de marzo de 1986 llevándose consigo a la recién nacida. Ella comenzó a tener dudas acerca de la entrega de la bebé, solicitando a los Stern autorización para quedarse con la niña una semana más de lo acordado. Pasó el tiempo, y luego de 4 meses los Stern recién lograron recuperar la custodia de la niña a la fuerza con la intervención de la policía, llevándosela a Nueva Jersey, e interponiendo una queja con el objeto que se dicte el cumplimiento forzado del contrato, obtener la custodia permanente de la niña, y que la señora Whitehead renuncie a sus derechos parentales para que la señora Stern puede adoptarla.

En este contexto, el juez de primera instancia de Nueva Jersey, sostuvo que el contrato de maternidad subrogada era válido, ordenando su cumplimiento, siendo su principal argumento que los Stern tenían mejores condiciones para satisfacer el interés superior de la niña.

Ante la decisión del juez de primera instancia, los Whitehead apelaron ante la división de apelación del Tribunal Supremo de Nueva Jersey, la que sentenció que el contrato de subrogación debía declararse inválido por ser conflictivo con las leyes y las políticas públicas del Estado, contradiciendo la ley de adopción, la cual declara que sólo se puede renunciar al niño una vez nacido, en cambio, aquí se renunció incluso antes de la concepción, además de contradecir las leyes que prohíben el uso de dinero con ocasión de la adopción. No obstante, lo que consideró

⁷⁸ Cfr. LAMM GERO, Eleonora: *Op. cit.*, p. 21.

⁷⁹ Así se puede apreciar en el video reportaje publicado el New York Times el año 2014, disponible para su revisión vía web en: http://www.nytimes.com/2014/03/24/us/baby-m-and-the-question-of-surrogate-motherhood.html?_r=0.

⁸⁰ La exposición del caso es una traducción propia a partir del trabajo realizado por Spivack. *Vid.*, SPIVACK, Carla: "National Report: The Law of Surrogate Motherhood in the United States", en *The American Journal of Comparative Law*, Oklahoma City University School of Law, Vol. 58, 2010, pp. 99-101.

más grave, fue el pago involucrado, ya que se relaciona con la maldad inherente en el comercio de bebés, toda vez que la presión financiera hace que el consentimiento de la madre gestante sea menos voluntario.

Luego de declarar inválido el contrato, señaló que en último término es el interés superior del niño lo que debe determinar la custodia, afirmando que los derechos de ambos matrimonios son iguales, para finalmente decidir que la custodia queda en favor de los Stern en virtud del interés superior del niño, confirmando la sentencia de primera instancia. Sin embargo, les concede a los Whitehead un derecho a visita, remitiendo los antecedentes al juez de primera instancia con el fin de que determine cómo y cuándo se llevarán a cabo.

Tal como se puede apreciar en la descripción del caso, la Corte Suprema de Nueva Jersey se opone a la validez del contrato de gestación por sustitución por ser contrario a las políticas públicas de este estado, y luego de dar contundentes argumentos acerca de la nulidad del contrato celebrado, extrañamente, decide otorgarle la custodia a los Stern por tener una mejor situación socioeconómica en vistas del interés superior del niño. Esta decisión, a nuestro juicio resulta muy cuestionable por utilizar un criterio meramente económico para determinar la filiación de un menor, factor que controvertiremos más adelante al analizar la situación de los Derechos Fundamentales.

2.2.2. El estado actual

El año 2012 la legislación de Nueva Jersey consideró dos proyectos de ley respecto a los contratos de gestación por sustitución. El primero de ellos, reconocía el cumplimiento de los contratos de gestación por sustitución, fundado en que sí cumplían y estaban acorde con las políticas públicas del Estado. En respuesta, los opositores a ese proyecto, presentaron otro, que buscaba la penalización tanto civil como criminal de este contrato⁸¹.

El primero de esos proyectos fue vetado por la Gobernadora Christie, explicando que permitir estos contratos plantea cuestiones graves significativas y que la legislación no ha examinado de manera exhaustiva el efecto que tendría en las familias tradicionales de Nueva Jersey⁸², teniendo como consecuencia que el proyecto quede abandonado, perpetuando así el estricto régimen que lo ha caracterizado.

Incluso con ocasión de un caso reciente del año 2009 llamado A.G.R v. D.R.H, en que una pareja de homosexuales en Nueva Jersey solicitó la inscripción de unos gemelos que habían nacido producto de un contrato de gestación por sustitución que ellos habían suscrito en su modalidad gestacional, donde la madre gestante era la hermana de uno de ellos, negándose la

⁸¹ Cfr., MACHALOW, Deborah: "Legislating Labors of Love: Revisiting Commercial Surrogacy in New York", en *Indiana Law Journal Supplement*, Indiana University Maurer School of Law, Vol. 90, N° 1, 2015, pp. 5-6.

⁸² Cfr., *Ibidem*, p. 6.

validez del contrato por ser contrario a las políticas públicas de nueva Jersey, estableciendo que, sólo la mujer gestante debía mantener sus derechos parentales, no permitiendo su renuncia⁸³.

2.3. California:

En California no existió reconocimiento alguno del contrato de gestación por sustitución hasta los años 90', en que por primera vez se encontró eficacia vinculante en virtud del precedente *Johnson v. Calvert* de 1993 y con posterioridad, con el caso *In re Marriage of Buzzanca* de 1998, los que pasaremos a revisar a continuación.

2.3.1. Caso *Johnson v. Calvert*

Este es el primer caso en que una Corte tuvo que decidir sobre la interrogante de si la madre legal es la que da luz al recién nacido o la que provee del material genético para la realización de la gestación por sustitución⁸⁴.

Con fecha 20 de mayo de 1993 el Tribunal Supremo de California conoció un caso en que el matrimonio conformado por Mark y Crispina Calvert suscribió un contrato de gestación por sustitución con Anna Johnson, donde ésta se comprometía a actuar como gestante y los Calvert a su vez se comprometían a pagar a Anna la suma de 10.000 dólares en 6 cuotas (la última iba a ser pagada luego de 6 meses del nacimiento del bebé) y un seguro de vida por la suma de 200.000 dólares. En este punto, cabe señalar que Crispina había sido sometida a una histerectomía, sin embargo, sus ovarios seguían teniendo la posibilidad de producir óvulos, optando por esta opción de gestación.

Así, Anna fue inseminada con un embrión formado con el espermatozoides de Mark y el óvulo de Crispina, quedando embarazada con éxito. Cuando todavía no daba a luz, Anna exigió el pago adelantado de la prestación al matrimonio, siendo que aún no era exigible porque no había nacido el bebé. Ante esta situación, los Calvert respondieron con una demanda en la que solicitaban que se les reconociera como los padres legales del niño, en cuya contestación, Anna solicitó que se declarara que ella era la madre legal del niño.

Con estos antecedentes, el juez de primera instancia resolvió que el contrato de gestación por sustitución era válido y exigible, así mismo, declaró que los Calvert eran los padres genéticos y naturales del niño. Por esta razón, Anna apeló ante la Cámara de Apelaciones del Cuarto Distrito, Tercera División de California, la cual confirmó la decisión de primera instancia.

Finalmente, el Tribunal Supremo de California, concluyó y sentenció, que la legislación aplicable al caso reconoce que tanto la genética como la gestación son importantes para establecer la filiación entre madre e hijo, pero cuando estos dos factores no coinciden en una

⁸³ Cfr., RUSSO, Makenzie: "The Crazy Quilt of Laws: Bringing Uniformity to Surrogacy Laws in the United States", *Senior thesis for the degree of Bachelor of Arts in Public Policy and Law*. Trinity College, Hartford, 2016, p. 44.

⁸⁴ Cfr., LAMM GERO, Eleonora: *Op. cit.*, p. 42.

mujer, la que tuvo la intención de procrear al niño y de criarlo como propio, es realmente la madre, atribuyéndole la maternidad a Crispina Calvert.

Tal como se puede apreciar, es un caso de gestación por sustitución en su modalidad gestacional, es decir, son los Calvert quienes aportan el material genético (espermatozoides y óvulo), para que luego el gameto sea inseminado a la madre gestante. En virtud de lo anterior, tanto Crispina como Anna tenían iguales derechos de maternidad, ya que ambas poseían la calidad de madre biológica y gestacional, respectivamente, de acuerdo a las leyes de California. Razón por la cual, el Tribunal tuvo que buscar una forma de atribución de maternidad fuera de la Ley, basándose en la intención de procrear o en la voluntad procreacional, a lo que FARNÓS llama “teoría de la causalidad”⁸⁵.

2.3.2. Caso *In re Marriage of Buzzanca*

Caso en el que un matrimonio conformado por John y Luanne Buzzanca suscribieron un contrato de gestación por sustitución con una mujer (en la sentencia de apelación se omite el nombre de la gestante), la cual se comprometió a implantarse un embrión donado (es decir, el matrimonio no aporta su material genético). Poco después de que naciera el menor llamado Jaycee, los *Buzzancas* se divorciaron, por lo que Luanne demanda a su ex cónyuge solicitando la filiación a favor de ella y que John se obligue a pagar una pensión de alimentos. Durante el procedimiento, tanto el señor Buzzanca como la madre gestante rechazaron cualquier tipo de responsabilidad respecto del menor, por ende, era necesario determinar la filiación.

En conocimiento de los antecedentes, el juez de primera instancia determinó que los padres comitentes no eran los padres legales, toda vez que no tenían vínculo genético alguno con el niño, y la madre gestante por su parte, dando cumplimiento al contrato, renunció a los derechos maternales, lo cual provocó que el juez decidiera que el menor no tenía padres legales. Ante esta situación, la sentencia fue apelada por Luanne ante la Corte de Apelaciones de California del Cuarto Distrito, División Tercera.

La Corte de Apelaciones, desestimó la sentencia recurrida, aduciendo que sólo se centró en los aspectos biológicos para determinar la relación entre los Buzzanca y el menor, olvidando completamente que el sustancial y bien establecido cuerpo de la Ley sostiene que hay casos que la paternidad puede ser establecida por conductas independientes del parto o relación genética con el menor, en concreto, el Tribunal estimó que las intenciones de los padres comitentes en cuestión, dan las bases para revestirlos con los derechos y obligaciones propios de la paternidad. En otras palabras, concluyó que, cuando se suscribe un contrato de gestación por sustitución, los padres comitentes reflejan su intención de ser padres, razón por la cual, los derechos y obligaciones de paternidad deben aplicárseles sin importar la ausencia de una conexión genética.

⁸⁵ *Vid.*, FARNÓS AMORÓS, Esther: “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”, en *Revista InDret*, N° 1, Barcelona, 2010, p. 8.

Finalmente, la Corte hace un llamado al legislador para que regule esta situación, ya que independiente de lo que se piense respecto de la gestación por sustitución en ambas modalidades, siempre el juez debe enfrentarse a la problemática que implica determinar quiénes son los padres del menor. Incluso en el supuesto en que se castigue esta conducta, un niño no puede ser obviado, teniendo el juez el deber de determinar tanto la filiación como los aspectos patrimoniales que derivan de esta.

Del caso expuesto, se puede apreciar, que, a diferencia del *Johnson v. Calvert*, los padres comitentes (el matrimonio Buzzanca) no aportó su material genético, siendo un embrión donado el que se implantó en la madre gestante. Por esta razón, no se podía aplicar el criterio de filiación genética a los padres comitentes y tampoco el criterio gestacional a la madre gestante ya que, en cumplimiento del contrato, ésta había renunciado a sus derechos maternales. Es por esto, que al igual que el caso anterior, la voluntad procreacional de los padres fue el elemento decisorio para que se les atribuyeran los derechos paternales a los padres comitentes, es decir, a los Buzzanca.

2.3.3. El destino preferido para la gestación por sustitución internacional

En respuesta al caso antes expuesto, se empezó a generar una política regulatoria que buscaba reglamentar el proceso de gestación por sustitución. Así, California adoptó una legislación suficiente y dio los pasos necesarios para regularla tanto en su modalidad tradicional como en la gestacional⁸⁶.

En línea con lo anterior, California ofrece una presunción de validez a todos los contratos de gestación por sustitución, a los que llama *gestational carrier agreements*, que se hayan realizado de acuerdo con el Código de Familia de California, lo que implica que este contrato no puede ser revocado o rescindido sino por una orden judicial⁸⁷.

Realizar una estadística acerca del número de contratos de gestación por sustitución ejecutados en este estado es difícil de precisar, sin embargo, no cabe duda que California es un Estado abiertamente popular para aquellos que buscan una mujer gestante, ya que la Ley no discrimina entre heterosexuales, homosexuales, casados, no casados o personas solteras, siendo un destino atractivo para todos aquellos que buscan expandir sus familias⁸⁸.

La regulación legal explícitamente permite este contrato y tiene un proceso claro, en el que los padres comitentes o intencionales pueden obtener una *prebirth judgment* que los nombra como padres legales previo al nacimiento del menor, permitiendo que el nombre de ellos quede

⁸⁶ Cfr., HERMAN, Amanda: "The Regulation of Gestation: A Call for More Complete State Statutory Regulation of Gestational Surrogacy Contracts", en *Chapman Law review*, Vol. 18, N° 2, 2015, p. 562.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 570.

⁸⁸ SCOTT SILLS, Eric: *Handbook of Gestational Surrogacy International Clinical Practice and Policy Issues*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, p. 296.

en el certificado original de nacimiento, adicionando así, una medida de seguridad a estos contratos⁸⁹.

3. La situación de la gestación por sustitución en España

3.1. Legislación española: prohibición legal expresa

En España existe una normativa que regula expresamente las TRA que es la Ley 14/2006 “Sobre técnicas de Reproducción Humana Asistida” (En adelante, Ley 14/2006). La cual, se encuentra dividida en ocho capítulos, los cuales se dedican a regular de forma pormenorizada todos los aspectos concernientes a las TRA, entre las que se encuentran: el objeto y ámbito de aplicación; definiciones; los partícipes y usuarios de ellas; la filiación; además de crear dos registros nacionales de reproducción humana asistida, entre otras materias.

El artículo 10 numeral 1º de la referida ley define la gestación por sustitución, entendiéndola como aquel “*contrato en que se conviene 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*”⁹⁰. Así mismo, prohíbe *ipso iure* la realización de esta técnica, estableciendo que *será nulo de pleno derecho* la celebración de este contrato. En sus numerales 2º y 3º se establece que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el *parto* y que queda a salvo la posibilidad de entablar reclamación de la paternidad respecto del *padre biológico*, conforme a las reglas generales.

Del artículo en comento, se desprende que se prohíbe absolutamente la gestación por sustitución tanto en su modalidad altruista como comercial⁹¹, no obstante, si ésta se llega a producir en la práctica, la ley prevé los aspectos filiativos, teniendo en consideración que el acto ya se encuentra consumado, no pudiendo retrotraerse al estado anterior. En este sentido, se establece que la filiación del recién nacido queda determinada por el parto, correspondiéndole la maternidad a la madre gestante y no a la comitente. Por su parte, queda a salvo la acción de filiación respecto al padre biológico, la cual se debe ejercer de acuerdo a las reglas generales de determinación legal de la filiación⁹².

Por otra parte, respecto al Derecho Penal, el legislador no tipifica expresamente esta figura como delito, sin embargo, se puede encuadrar dentro de otras figuras sancionadas por el Código

⁸⁹ Cfr., *Ibidem*.

⁹⁰ No obstante, según VILAR “Una definición más amplia y comúnmente aceptada por la doctrina es la que resulta de la sentencia N° 826 de la sección 10º de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011, que establece que la gestación por sustitución « consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consistente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos»”, VILAR GONZÁLEZ, Silvia: *Op. cit.*, pp. 200-201.

⁹¹ Cfr., LAMM GERO, Eleonora: *Op. cit.*, p. 71.

⁹² Cfr., *Ibidem*, p. 72.

Penal español, a saber: artículos 220⁹³ y 221⁹⁴, correspondientes al título II “de la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor”.

Por último, pese a la prohibición legal expresa y las posibles sanciones penales aplicables, los españoles decidieron emprender viaje hacia otros países en busca de una solución a su incapacidad para gestar un hijo biológico. Siendo así, hicieron uso de las agencias existentes en el extranjero donde es lícita la práctica de la gestación por sustitución, para con posterioridad inscribir a los recién nacidos en los Consulados españoles, como si fueran de origen biológico, siendo su principal destino E.E.U.U., en particular California, por ser el estado norteamericano que contiene más centros que anuncian este tipo de servicios y agencias que actúan como intermediarias⁹⁵.

El caso que puso de manifiesto la problemática que genera el hecho de que los españoles recurran a la gestación por sustitución en el extranjero, es el de un matrimonio homosexual español, que analizaremos en el siguiente apartado. En este sentido, se resalta que es un matrimonio homosexual, ya que éste fue el dato que permitió advertir que se estaba realizando una gestación por sustitución, haciéndose pública una práctica que se estaba llevando a cabo hace algún tiempo, toda vez que en el caso de las parejas heterosexuales esta figura pasaba desapercibida, no siendo de fácil advertencia el uso de esta técnica, porque al tratarse de un hombre y una mujer, era perfectamente posible obtener con éxito la inscripción de los recién nacidos haciéndolos pasar por filiación natural⁹⁶.

3.2. Un caso de gestación por sustitución internacional

El origen del caso, se encuentra en la pretensión de un matrimonio constituido por dos hombres españoles (Bienvenido y Genaro, que contrajeron matrimonio el año 2005⁹⁷) de inscribir en octubre de 2008 a dos menores como hijos suyos, nacidos a través de gestación por sustitución, en el Registro Civil Consular de España en los Ángeles-California⁹⁸, presentando al efecto certificados de nacimiento de los menores expedidos por los registros californianos,

⁹³ “1. La suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años. 2. La misma pena se impondrá al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación (...)”.

⁹⁴ “1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurre 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 (...)”

⁹⁵ *Cfr.*, FARNÓS AMORÓS, Esther: “Inscripción...”, en *Revista InDret*, *Op. cit.*, p. 7.

⁹⁶ *Cfr.*, LAMM GERO, Eleonora: *Op. cit.*, p. 78.

⁹⁷ Como antecedente, cabe decir que “en España la ley N°13/2005 (que admite el matrimonio civil entre personas del mismo sexo) ha marcado un hito en la revolución conceptual (...), pues permite que los cónyuges del mismo sexo puedan adoptar conjuntamente, creándose de este modo un “vínculo de filiación” entre dos padres, o dos madres, y el menor adoptado”, en JARUFE CONTRERAS, Daniela: *Op. cit.*, p. 71.

⁹⁸ *Cfr.*, GONZÁLEZ PÉREZ DE CASTRO, Maricela: *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, p. 315.

certificados de nacimiento de los promotores (el matrimonio de varones españoles) y su libro de familia⁹⁹.

Con la ocasión antes mencionada, el encargado del Registro Civil Consular, en su función calificadora relativa a la veracidad de los hechos y al control de la legalidad, deniega la inscripción de los recién nacidos, fundándose en el artículo 10 N°1 de la Ley 14/2006 que prohíbe la gestación por sustitución¹⁰⁰.

Con causa en el rechazo de la inscripción, el matrimonio recurre a la Dirección General de los Registros y del Notariado (En adelante DGRN) con el fin de obtener la ansiada inscripción. Así, con fecha 18 de febrero de 2009, se dicta una resolución que resuelve sobre el asunto, estimando el recurso interpuesto por los esposos en contra de la negativa del encargado del Registro Civil Consular español en los Ángeles¹⁰¹, ordenándose la inscripción de los menores.

Entre los argumentos esgrimidos por la DGRN para ordenar la inscripción de los menores, resaltan tres, que creemos son los esenciales:

1. En su considerando 3° se declaró inaplicable el artículo 10 de la Ley 14/2006, debido a que la filiación de los menores ya había sido determinada en el país donde se llevó a cabo la gestación por sustitución, en este sentido, se busca que acceda al Registro español una filiación que se encuentra ya determinada.
2. En su considerando 5°, se estimó que la inscripción de los menores no vulnera el orden público internacional español, ya que en Derecho español se permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres (artículo 7-3 ley 14/2006). Por esta razón, no permitir que la filiación de los nacidos conste en favor de dos varones resulta discriminatorio por una razón de sexo, lo que está prohibido por el artículo 14 de la Constitución española. Así mismo, se sostuvo, que si los hijos adoptados pueden tener dos padres varones y la ley no distingue entre hijos adoptados e hijos naturales, los hijos naturales pueden tener dos padres varones.
3. En el considerando 5°, además se sostuvo que el interés superior del niño hace prescindir de una norma prohibitiva como el vigente artículo 10 de la Ley 14/2006, ya que a partir de este principio se deriva el derecho a una identidad única que se traduce en el derecho a tener una única filiación válida en varios países, y no que sus padres sean distintos cada vez que cruzan una frontera.

Una vez dictada la resolución e inscritos los menores, el año 2010 se empezó a generar paralelamente un doble escenario: por una parte, la resolución fue recurrida por el Ministerio

⁹⁹ Cfr., ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, en FERNÁNDEZ ROZAS, José (Dir.): *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo X, Editorial IproLex, Madrid, 2010, p. 341.

¹⁰⁰ Cfr., QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana: “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, en *Revista InDret*, N° 3, Universitat Pompeu Fabra, 2009, pp. 4-5.

¹⁰¹ LAMM GERO, Eleonora: *Op cit.*, p. 79.

Fiscal vía judicial al Juzgado de Primera Instancia N°15 de Valencia, y por otro, se dictó una Instrucción de la DGRN con el fin de prevenir que se dé esta misma situación en los casos futuros sobre inscripción de menores nacidos por gestación por sustitución en el extranjero.

3.2.1. Régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución

Con fecha 5 de octubre de 2010 se dictó la Instrucción de la DGRN sobre “*régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*” (en adelante la Instrucción), que, tal como se señala en su mensaje inicial atiende a la finalidad de dotar de plena protección jurídica al interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución, por lo que resulta necesario establecer los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida, estableciendo dos directrices:

En la directriz primera N°1 se establece que la inscripción sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido. Por su parte, en la directriz primera N°2 y N°3 se decreta que, si el encargado del Registro Civil considera que la resolución extranjera fue dictada en el marco de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa, denegará la inscripción de la resolución, al requerirse previamente el exequátur de ésta de acuerdo a lo establecido en la LEC. Por el contrario, si estima que la resolución extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria controlará incidentalmente si la resolución puede ser reconocida en España, como presupuesto previo a su inscripción, en tal caso debe cumplir con ciertos requisitos¹⁰².

Por último, en la directriz segunda se establece que “en ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante”.

3.2.2. Juzgado de Primera Instancia N°15 de Valencia, sentencia N° 193/2010 que resuelve sobre el recurso N°188/2010

Por ser una resolución administrativa, el Ministerio Fiscal recurre a los Tribunales de Justicia con el objeto de que se revise judicialmente la resolución de la DGNR de 18 de febrero

¹⁰² “En dicho control incidental deberá constatar: a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado. b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española. c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante. d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente. e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado”.

de 2009, dando lugar a la sentencia N° 193/2010 que resuelve sobre el recurso N°188/2010 del Juzgado de Primera Instancia N°15 de Valencia, la cual ordenó dejar sin efecto la inscripción del nacimiento realizada en el Registro Civil Consular de los Ángeles.

Primero establece que la Resolución recurrida no hizo lo correcto, siendo que debió haber comprobado la realidad del hecho inscrito, es decir, realizar un control material de la inscripción, verificando que ambos solicitantes son los padres de los menores, lo que, si bien es formalmente cierto, no lo puede hacer a efectos materiales porque resulta biológicamente imposible (Considerando 3°).

En segundo lugar, establece que se debe analizar si la inscripción que se pretende es legal conforme con la ley española, por tanto, se debe justificar con base al artículo 10 de la Ley 14/2006 y no según el abstracto y genérico orden público internacional español. En este sentido desestimó uno a uno los argumentos de la DGRN:

1. Respecto a la analogía realizada entre los hijos adoptados e hijos naturales debe ser desestimada, porque los hijos naturales no pueden tener dos padres varones naturales, por la sencilla razón de que ellos en el estado actual de la ciencia no pueden concebir ni engendrar (Considerando 4°).
2. La improcedencia de la inscripción no es discriminatoria o contraria a la igualdad, ya que no se basa en el hecho de que los solicitantes sean varones, sino que es por la forma de alumbramiento, que es la gestación por sustitución. En este sentido, si una pareja heterosexual quiere realizar la inscripción, si bien será de difícil advertencia, en caso de que se conozca esta circunstancia, también se les denegaría (Considerando 4°).
3. Respecto al argumento que establece que el interés superior del menor aconseja la inscripción de la filiación, resulta indudable que esta afirmación es acertada, pero el fin no justifica los medios, en el sentido de que el resultado debe conseguirse a través de las vías que el Derecho español establece y no mediante actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico (Considerando 4°).

Una vez dictada esta sentencia, es apelada por los recurrentes ante la Audiencia Provincial de Valencia.

3.2.3. Sentencia 826-11 de la Audiencia Provincial de Valencia.

Son los requisitos de la instrucción del 5 de octubre de 2010, los que, según la Audiencia Provincial de Valencia no se presentan en este mediático caso¹⁰³, por tanto, confirma la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia N°15 de Valencia.

¹⁰³ Cfr., LAMM GERO, Eleonora: “Gestación por sustitución, Realidad y Derecho”, en *Revista InDret*, N° 3, 2012, p. 21.

En este sentido, argumentaron que, si bien los esposos presentaron certificación respecto a los menores y a ellos, no exhibieron la resolución judicial de California ni la identidad de la madre gestante, no cumpliendo con las exigencias de la Instrucción en comento¹⁰⁴. Exponiendo además, que “el respeto a la misma dignidad reconocido en el artículo 10 de la Constitución española y el derecho a la integridad moral recogido en el artículo 15 de la misma norma, impiden que la persona humana pueda ser objeto del comercio de los hombres; que el artículo 39.2 de la misma norma, proclama que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos y de las madres, cualquiera que sea su estado civil; y que el artículo 1275 del Código Civil impide la producción de efectos a los contratos con causa ilícita”¹⁰⁵.

Así mismo, en el considerando 4º de la referida sentencia, se establece que con esta decisión no se vulnera el principio de igualdad y de prohibición de discriminación por razón de sexo, en atención al tratamiento diferenciado que la Ley 14/2006 establece en relación a un matrimonio conformado por dos mujeres¹⁰⁶, ya que, en este caso, una de las mujeres es la madre gestante, lo que no puede ocurrir en el caso de un matrimonio homosexual compuesto por dos hombres. Siendo así, no existe discriminación, si no que la diferenciación es razonable, al fundamentarse en la modalidad utilizada en la procreación de los menores.

Ante esta sentencia, el matrimonio recurre de Casación ante el Tribunal Supremo Español, siendo la primera vez que resuelve sobre un caso gestación por sustitución internacional¹⁰⁷.

3.2.4. Decisión del Tribunal Supremo Español

Con fecha 6 de febrero de 2014, el Tribunal Supremo Español resolvió vía casación¹⁰⁸ la sentencia dictada en sede de apelación por la Audiencia provincial de Valencia, confirmando lo resuelto por esta e instando al Ministerio Fiscal a que ejercite las acciones pertinentes para la correcta filiación de los menores, tomando en consideración para la debida protección de estos, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar de facto.

Lo interesante de esta sentencia, a diferencia de las otras instancias administrativas y judiciales, es que en sus argumentos de derecho tiene especial consideración la afectación o no de Derechos Fundamentales, que pasaremos a exponer a continuación:

En primer lugar, en su fundamento tercero considerando 5º, establece que el reconocimiento de las decisiones extranjeras, se deben sujetar al orden público internacional español.

¹⁰⁴ Cfr., Audiencia Provincial, Provincia de Valencia, Sentencia 826-11, ROLLO N°941/2011, Sección 10, Considerando N° 3.

¹⁰⁵ OLAYA GODOY, María: *Régimen jurídico de la tecnología reproductiva y la investigación biomédica con material humano embrionario*, Editorial Dykinson, Madrid, 2014, p. 312

¹⁰⁶ La misma ley señala en el Artículo 7-3: “Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta último podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”.

¹⁰⁷ Cfr., LAMM GERO, Eleonora: “Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto”, en *Ars Iuris Salmanticensis*, Universidad de Salamanca, Vol. 2, 2014, p. 44.

¹⁰⁸ Vid., Tribunal Supremo Español, Sentencia 247/2014, Número 835/2013, Número de recurso 245/2012, Número de Resolución 835/2013, dictada el 6 de febrero de 2012.

Entendiendo que se comprenden dentro de este orden, los aspectos fundamentales de la familia que tiene anclaje en diversos preceptos constitucionales del Título I dedicado a los derechos y deberes fundamentales: derecho al libre desarrollo de la personalidad (Art. 10.1); derecho a contraer matrimonio (art. 32); derecho a la intimidad familiar (art. 18.1); protección de la familia (art. 39); la protección de la infancia (art. 39.4); derecho a la integridad física y moral (art. 15), y el respeto a su dignidad (art., 10.1).

Además en su considerando 6º, si bien reconoce que la determinación legal de la filiación tiene incidencia no sólo en factores biológicos, sino que en otros de naturaleza sociales y culturales, en ningún caso se puede aceptar que los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, "cosificando" a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de "ciudadanía censitaria" en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población.

En segundo lugar, respecto al principio de igualdad y de no discriminación, en su fundamento cuarto establece que no se vulnera, dando por reproducidos los argumentos esgrimidos por la sentencia recurrida.

En tercer lugar, respecto al principio de dignidad del menor, en su en su fundamento quinto, establece que la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por el hecho de suscribir un contrato para su gestación, atenta contra su dignidad al convertirlo en objeto del tráfico mercantil.

Por último, consideramos relevante el argumento esgrimido respecto al interés superior del niño, en el sentido que si bien es una consideración primordial a la cual deben atenerse los tribunales, no es el único principio que se debe tomar en consideración ya que pueden concurrir otros bienes jurídicos, debiendo realizarse una ponderación, no pudiendo tener un carácter absoluto (Argumento tercero, Considerando 7º).

3.3. Decisión adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su impacto en España

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (En adelante TEDH) “Puso fin a un conflicto sociojurídico y pendiente como lo es la gestación por sustitución, resolviendo en fecha 26/06/2014 dos casos similares: «Mennesson» (demanda n.º 65192/11) y «Labassee» (demanda n.º 65941/11) ante el mismo país, Francia”¹⁰⁹.

En ambos casos, “el alto Tribunal ha considerado que el interés superior del menor es un concepto que debe plasmarse de forma indubitada en el establecimiento de la filiación, haciendo

¹⁰⁹ LAMM GERO, Eleonora: “Gestación por sustitución. La importancia...”, *Op. cit.*, p. 43.

posible desde el nacimiento del niño que su filiación quede acreditada, sin que ello pueda verse afectado por el diferente tratamiento normativo sobre la gestación por sustitución que pueda haber en el país en que residen los padres intencionales y donde residirá el propio menor”¹¹⁰. En definitiva, el TEDH indica que la aceptación en un Estado parte de la filiación de los menores nacidos en virtud de gestación por sustitución y que consta en una certificación registral dictada en otro Estado, no vulnera, en principio, el orden público internacional del Estado de destino¹¹¹.

Esta sentencia tuvo un gran impacto en España, ya que dio origen la Resolución de la DGRN del 11 de julio de 2014 que remite a los criterios establecidos por la Instrucción de 5 de octubre de 2010 para efectos de realizar la inscripción registral de los niños nacidos de gestación por sustitución¹¹². Así las cosas, la administración española se vio influenciada por la decisión del TEDH procediendo a realizar la correspondiente inscripción, determinándose la filiación a favor del matrimonio compuesto por Bienvenido y Genaro.

Según FLORES, la doctrina sentada por la sentencia del TEDH ha obligado a corregir la postura del derecho español regresando a sus anteriores postulados, en este sentido una resolución de la DGRN del 11 de julio de 2014, remite a los criterios establecidos por la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de este modo, los registros civiles españoles, especialmente los consulares, deben continuar aplicando la Instrucción de 2010 a fin de determinar la inscripción del nacimiento y filiación en los casos que entran en su ámbito de aplicación, sin que la sentencia del Tribunal Supremo Español de 6 de febrero de 2014 constituya un obstáculo legal para ello, optando por atenuar el orden público en determinados casos, con todos los problemas que este sistema es susceptible de desencadenar¹¹³.

En el mismo orden de ideas, DURÁN sostiene que “para que el alcance de las sentencias del TEDH sea indubitado es necesario realizar modificaciones legislativas, (...) ofreciendo una regulación específica sobre el alcance y contenido de esta técnica y su influencia en el establecimiento de la filiación. Se trataría, en definitiva, de añadir la filiación intencional a la filiación natural y a la filiación adoptiva que son las únicas que hasta el momento se contemplan en España”¹¹⁴.

Para finalizar, compartimos las palabras de ELEONORA LAMM que denotan su preocupación y pensamiento crítico respecto a la situación actual existente en España: “Es hipocresía y un

¹¹⁰ DURÁN AYANGO, Antonia: “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Mennesson c. France* (n.º 65192/11) y caso *Labassee c. France* (n.º 65941/11), de 26 de junio de 2014: Interés superior del menor y gestación por sustitución”, en *Ars Iuris Salmanticensis*, Universidad de Salamanca, Vol. 2, 2014, p. 280.

¹¹¹ *Cfr.*, CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: “Gestación por Sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Universidad Carlos III de Madrid, Vol. 7, N.º 2, 2015, p. 54.

¹¹² *Vid.*, Tribunal Supremo Español, Auto N.º 335/2015, dictado el 2 de febrero de 2015, Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datamatch=TS&reference=7288332&links=%22245/2012%22&optimize=20150213&publicinterface=true>

¹¹³ FLORES RODRÍGUEZ, Jesús: “Gestación por sustitución: más cerca de un estatuto jurídico común europeo”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, N.º 27, 2014, p. 80.

¹¹⁴ DURÁN AYANGO, Antonia: *Op. cit.*, p. 282.

disparate jurídico que se permita la gestación por sustitución en el extranjero pero no en España, aunque se lo plantee como el primer paso para una regulación integral que zanjaría cualquier otra vulneración de derechos (...) El legislador español tiene que adoptar una posición justa, uniforme, coherente e igualitaria, en el sentido en que necesariamente debe tomar en cuenta que la prohibición de la gestación por sustitución no evitó que ésta se llevara a cabo, especialmente en el extranjero, no pudiendo obviar esta realidad ni conferir respuestas diferentes para casos locales”¹¹⁵.

CAPÍTULO TERCERO. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN CLAVE DE DERECHOS FUNDAMENTALES: LA NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN LEGAL EN CHILE

Nuestro país no ha quedado ajeno a esta realidad. Sólo basta con escribir en un buscador de internet las palabras *vientres de alquiler*, *arriendo de útero*, entre otras, para percatarnos de la gran cantidad de ofertas que existen por parte de mujeres chilenas que ofrecen ser madres gestantes a cambio de una suma de dinero. Así también, hemos encontrado casos en que la oferta se realiza de forma desinteresada, es decir, con el único fin de ayudar a una pareja a superar la infertilidad que les aqueja¹¹⁶.

Pero no sólo nos hemos visto alcanzados por esta TRA en nuestro país, sino que también tenemos casos de gestación por sustitución internacional, es decir, chilenos que han ido al extranjero para llevar a cabo esta práctica. Lo cual se ha dado a conocer en una entrevista publicada por el diario nacional La Tercera, en que dos parejas heterosexuales cuentan la historia completa de su proceso gestacional por cuenta ajena¹¹⁷, publicación que tiene una bajada o subtítulo muy significativo, que da cuenta de la necesidad de recurrir a esta práctica “Dos parejas dejaron atrás los impedimentos biológicos y legales para tener sus propios hijos. El camino implicó viajes a EE.UU., un contrato por muchos dólares y una mujer que se convierte en madre sustituta. Todo, a cambio de volver a Chile con un hijo en brazos”.

¹¹⁵ LAMM GERO, Eleonora: “Gestación por sustitución. La importancia...”, *Op. cit.*, p. 50.

¹¹⁶ Así lo demuestran las siguientes publicaciones obtenidas de la página <http://sinpega.cl/?a=29095>: “Hola soy maya tengo 30 años quisiera ser madre subrogada en chile, me gustaría ayudar a alguna pareja quien no pueda lograr el nacimiento de su hijo, por favor personas serias y responsables mi mail vientredealquiler2016@hotmail.com”; “hola me llamo michelde 30 años y tengo un niño sano de 7 años y no tengo vicios estoy arrendando mi vientre para parejas que desean tener hijos y concretar su felicidad ..”; “Hola me llamo michelle y arriendo mi útero, tengo un hijo y no tuve complicaciones durante mi embarazo, soy sana y sin ninguna enfermedad”

¹¹⁷ *Vid.*, Diario La Tercera: “Dos historias chilenas de vientre de alquiler”, disponible en formato electrónico en: <http://diario.latercera.com/2011/05/28/01/contenido/tendencias/26-70560-9-dos-historias-chilenas-de-vientre-de-alquiler.shtml>

1. La precariedad de la regulación: en busca de una solución

En primer lugar, y tal como se manifestó en apartados anteriores, la falta de una regulación legal de las TRA en Chile y en específico de la gestación por sustitución, trae aparejada una serie de problemáticas: la obligatoriedad de la normativa existente en la Resolución Exenta del MINSAL; el límite planteado por el artículo 182 CC respecto a la filiación de la madre comitente; problemas de lagunas, así como de diversas dificultades de interpretación.

Es por lo anterior, que sostenemos que la solución que debería dar nuestro sistema jurídico ante esta institución es la regulación legal expresa. Ante esta afirmación, cabe decir que abogamos por la declaración de su licitud y no así de su prohibición legal, toda vez que, como quedó de manifiesto en la experiencia comparada de España, aunque en la norma se prohíba su práctica no logró impedir que los nacionales de ese país recurran a otros países para llevar a cabo la gestación por sustitución, para luego solicitar que se practique la inscripción de los nacidos mediante esta técnica, dejando en una encrucijada a la administración y los tribunales de justicia que deben tomar la decisión acerca de la determinación de la filiación de los recién nacidos.

Además, se debe evitar la multiplicidad de criterios que han de seguir los tribunales la hora de determinar la filiación de los menores nacidos por esta TRA, toda vez que debemos aprender la experiencia comparada de E.E.U.U., donde pudimos apreciar que, en los estados que analizamos se dio lugar a sentencias contradictorias, variando de gran forma en su *ratio decidendi*. Así, en algunos casos, ésta procuró proteger el interés superior del niño basado en la situación socioeconómica de los involucrados, en otros, se abogó por un criterio en atención a los gametos que se habían aportado para llevar a cabo esta técnica, y en los casos que no existía un criterio decisorio, los tribunales sentenciaron con base a la invención de una voluntad intencional o procreacional.

En este punto, es decir, en cuanto a la no conveniencia de la prohibición legal, es ilustrativa la comparación utilizada por LAMM, al decir que se podría comparar con otras prohibiciones, por ejemplo, la de vender de alcohol a menores de edad, ya que “puede presumirse que se generará un mercado negro, rentable y atractivo para organizaciones que se aprovechan de situaciones de vulnerabilidad”¹¹⁸.

Frente a lo anterior, creemos que la regulación implica otorgar control, en otras palabras, que se contará con instrumentos para que se eviten transgresiones a las personas usuarias de esta técnica, por ende, el silencio legislativo y la prohibición sólo cumple con la función de otorgar un medio en el cual se aumenten los abusos y vulneraciones de derechos respecto a las personas que son parte de este contrato, y porque no decirlo, del menor que va a nacer en un ambiente hostil, de incertidumbre y vulnerabilidad.

¹¹⁸ Cfr., LAMM GERO, Eleonora: *Gestación por sustitución, ni maternidad...*, *Op cit*, p. 221.

En segundo lugar, cabe mencionar, que somos conscientes de los diversos problemas ético-jurídicos que plantea regular la gestación por sustitución, principalmente por el radical cambio que supone, como lo son la transformación de ciertos paradigmas respecto a la maternidad y paternidad, así como de las normas vigentes que regulan la filiación.

Es por esto, que tenemos que hacernos cargo de los planteamientos doctrinales en contra de la licitud de esta institución, teniendo en consideración que debemos proponer directrices de regulación acordes y armónicas con las exigencias que nos imponen los derechos fundamentales en su conjunto, toda vez que es una materia que afecta a diversos titulares de estos derechos.

2. La situación de los derechos fundamentales

Ante tal escenario, la discusión se traslada al campo de los derechos fundamentales y es la doctrina nacional y comparada, la que principalmente ha desarrollado la discusión acerca de este contrato.

Lo anterior, se debe a la estructura misma del contrato de gestación por sustitución, principalmente, por la presencia de elementos intrínsecos que lo subyacen y que han causado gran revuelo en la doctrina civil y constitucional. En este sentido, hay buenos argumentos que sirven para negar la licitud de esta institución con base a la vulneración de ciertos derechos fundamentales y de instituciones propias del Derecho civil, así como también, existen buenas razones sostenidas por una parte de la doctrina moderna, de corte liberal, que aboga por la inclusión de este contrato en las legislaciones, basándose en el ejercicio de ciertos derechos fundamentales, y en la modificación de instituciones básicas del Derecho civil. Todo lo cual será expuesto en los siguientes apartados.

2.1 Argumentos a favor de la prohibición legal de la gestación por sustitución

Hay posturas en contra de la licitud de la gestación por sustitución, las cuales tienen un núcleo en común que bien expresa EVANS DE LA CUADRA al sostener que “se debe prohibir absolutamente las experiencias de bebés totalmente de probeta y la práctica de fecundaciones heterólogas, esto es, aquellas en que participe un hombre dador de esperma o una mujer que proporciona su vientre, sea a título gratuito o mediante retribución, o en que participen parejas no unidas en matrimonio legalmente celebrado”¹¹⁹.

¹¹⁹ EVANS DE LA CUADRA, Enrique: *Los derechos constitucionales*, Tomo I, Segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 121.

En primer lugar, es necesario considerar la *dignidad inherente a todo ser humano*, ya que según CELIS “los preceptos jurídicos de fuente nacional en sus relaciones con las disposiciones de fuente convencional internacional deben ser interpretados considerando su fin último, cual es la protección de la dignidad humana”¹²⁰. Siendo así, se ha sostenido que se debe rechazar el ejercicio de cualquier derecho que suponga un atentado a ella¹²¹.

Un argumento importante dentro de la afectación de la dignidad, es aquel que sostiene que con este contrato el embrión se cosifica, en este sentido CORRAL argumenta que “las técnicas de procreación artificial permiten que se valore al hijo como un producto. Con esa visión resulta admisible toda manipulación del embrión que pueda servir para satisfacer el anhelo de contar con un "producto de calidad". El embrión pasa a ser considerado como un "algo en proceso de fabricación", no un "alguien"; como un objeto, no como un sujeto de derechos; como una cosa, no como una persona”¹²².

Incluso se han otorgado argumentos mucho más radicales, en este sentido, BANDA ha dicho que el pre embrión sería merecedor de respeto por parte del ordenamiento jurídico para no vulnerar su intangible dignidad, y, en consecuencia, todas las TRA serían atentatorias a dicha dignidad como ser humano, no pudiendo ser jurídicamente consideradas aceptables¹²³.

Este autor, al referirse al contrato de maternidad subrogada señala que, en éste, el hijo recibe el trato de ser el "objeto" de una transacción comercial y quien lo gesta no será una verdadera madre para él, constituyendo en realidad una forma inhumana de gestar un hijo, pues se altera el proceso de la maternidad que es un valor esencial propio de la naturaleza humana¹²⁴.

Siguiendo la misma línea, se ha sostenido que con este contrato casi siempre oneroso de arriendo de útero se está produciendo un atentado en contra de la dignidad del ser humano, pues se incluye en el contrato algo que esta fuera del comercio, el cuerpo humano, por ello "es inaceptable, pues ni la mujer es una incubadora humana ni el niño es una mercancía”¹²⁵. En este sentido, el objeto del contrato lo constituiría el cuerpo de la madre sustituta en general, y en particular el útero de esta mujer, y por tanto hay imposibilidad de objeto, toda vez que se está alquilando algo que no está en el comercio, tal como lo es nuestro propio cuerpo¹²⁶.

En segundo lugar, se ha dicho que este contrato *es perjudicial para el menor ateniendo al interés superior del niño*, estableciendo que, al convertir al hijo en objeto de comercio se está

¹²⁰ CELIS DANZINGER, Gabriel: *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo I, Puntotex, Santiago, 2011, p. 162.

¹²¹ Cfr., NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, Tomo I, Primera edición, Librotecnia, Santiago, 2007, p. 15.

¹²² CORRAL TALCIANI, Hernán: "Biotecnología y procreación artificial: hacia una regulación jurídica respetuosa del ser humano", en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 196, Año LXII, 1994, p. 48.

¹²³ Cfr., BANDA VERGARA, Alfonso: "Dignidad de la persona y reproducción humana asistida", en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. 9, N° 1, 1998, p. 9.

¹²⁴ Cfr., *Ibidem*, p. 18.

¹²⁵ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz: *La fecundación in vitro y la filiación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, p. 81.

¹²⁶ Cfr., RODRÍGUEZ LÓPEZ, Dina: *Op. cit.*, p. 21.

atendiendo más a los intereses de los futuros padres que a los del niño y pretende convertir al niño en objeto de propiedad¹²⁷.

Además, se ha entendido que lo mejor en virtud de este principio es que el niño no hubiese sido traído al mundo de esta manera, y que esta situación se ve agravada por el daño inferido y la incertidumbre de la paternidad y maternidad, por el hecho que el niño haya sido gestado de esta forma para dar descendencia a parejas de personas del mismo sexo, toda vez, que éstas son incapaces de asumir los roles diferenciados de padre y madre¹²⁸.

En tercer lugar, se ha sostenido que este contrato *afecta la integridad psíquica de la gestante*. En este sentido, el argumento de mayor peso que se ha dado, es que constituye un procedimiento controversial debido a los efectos negativos que produce para las madres subrogadas, ya que, la renuncia que hace respecto al recién nacido constituye un acto muy doloroso para ella, pudiendo dar lugar a la aparición de problemas psicológicos, es más, luego de producida la separación con el recién nacido puede desarrollar sentimientos de depresión post parto, rabia o culpa¹²⁹.

Por último, parte de la doctrina entiende que *no existe el derecho a procrear*, negando su inclusión como fundamento a la licitud de la gestación por sustitución. Esto, al abogar que no cabe dentro de la categoría de Derechos Humanos, sino que, por el contrario, lo que se encuentra comprendida dentro de esta categoría, es el ejercicio responsabilizado de la función procreativa, es decir, el derecho a fundar una familia¹³⁰.

No obstante, hay autores como CORRAL, que sostienen que sí podría existir este derecho, pero con limitaciones, negando que se pueda ejercer mediante las TRA, al sostener que “el derecho a procrear podría considerarse incluido en el derecho a la vida y el desarrollo de la personalidad, pero circunscrito a un proceso reproductivo natural tradicional, excluyendo así a las técnicas de reproducción asistida, y con ello a la maternidad subrogada”¹³¹.

2.2 Argumentos a favor de la permisón y consagración normativa de la gestación por sustitución: directrices para una regulación legal.

Frente los postulados anteriores, existen argumentos a partir de los cuales se puede sostener la licitud de este contrato, lo que, nos otorgará las directrices que una futura regulación de la gestación por sustitución debiera contemplar en nuestro país. Ahora, sabemos que en una

¹²⁷ Cfr., LAMM GERO, Eleonora: “Gestación por sustitución. Realidad...”, *Op. cit.*, p. 7.

¹²⁸ Cfr., CORRAL TALCIANI, Hernán: “Maternidad subrogada: sobre la pretensión de formalizar la filiación perseguida mediante la adopción o la recepción de su práctica en el extranjero”, en LEPIN MOLINA, Cristián (Coord.): *Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Desafíos del Siglo XXI: Una mirada transdisciplinaria*, Editorial Abeledo Perrot – Legal Publishing, Santiago, 2013. p. 175

¹²⁹ Cfr., RODRÍGUEZ YONG, Camilo y MARTÍNEZ MUÑOZ, Karol: “El contrato de maternidad subrogada: la experiencia estadounidense”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XXV, N° 2, 2012, pp. 70-71.

¹³⁰ Cfr., GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz: *La fecundación in vitro*, *Op. cit.*, p. 41.

¹³¹ CORRAL TALCIANI, Hernán: “Admisibilidad jurídica...”, *Op. cit.*, p. 459.

investigación tan acotada es difícil, sino imposible, analizar todos los aspectos que debiera considerar el legislador, es por esto que nos centramos en aquellos que consideramos esenciales.

2.2.1 La dignidad de la persona

En primer lugar, negamos que este contrato sea contrario a la dignidad inherente al ser humano. No obstante, debemos reducir esta afirmación, diciendo que la gestación por sustitución onerosa sí lo es, en este sentido concordamos con la parte de la doctrina que sostiene, que, por el hecho de existir un precio como contraprestación al servicio se está objetivando un ser humano, es decir, convirtiéndose en objeto de una transacción comercial.

Por el contrario, sostenemos que no es atentatorio contra la dignidad el contrato de gestación por sustitución en su versión gratuita o altruista, toda vez que no existe contraprestación por el servicio otorgado, más allá que si se puedan generar gastos, por ejemplo, los provenientes de las atenciones médicas y en general, todos los afines para llevar a cabo un embarazo exitoso, cuestión que no hace que tenga un carácter oneroso.

Al respecto, nos parece ilustrativo el cuestionamiento presentado por LAMM, al sostener que: ¿por qué es más digno y aceptable que una mujer tenga hijos con óvulos donados a que lo haga recurriendo a la donación de la «capacidad de gestación»? Si la sociedad acepta que los donantes de esperma y óvulo no son padres ¿por qué la gestación se presenta como «sagrada»?¹³²

Así las cosas, postulamos que en nuestro país este contrato debe tener un *carácter gratuito incluyendo los gastos de manutención*, esto último, ya que no es coherente, que, alguien que posee un ánimo altruista de ayudar a una pareja a superar su infertilidad deba cubrir, además, los gastos que se originan a causa de un embarazo.

Un ítem importante a considerar, que tiene directa relación con la dignidad de la persona es el *asegurar un control efectivo* al momento que se quiera llevar a cabo esta práctica. En este sentido, al haber optado por una modalidad gratuita con los gastos de manutención, es preciso que sea una institución pública la que lleve a cabo estos contratos.

Asimismo, creemos que, para que se protejan de forma adecuada los derechos de todos los partícipes del contrato, en especial los del recién nacido y los de la gestante, es necesario que se cree un *organismo encargado de llevar a cabo estos contratos*, y que sea dependiente del MINSAL; Ministerio de la mujer y equidad de género; y del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Todo lo anterior, por el riesgo que puede implicar que se generen agencias privadas, o intermediarios entre los padres comitentes y madres gestantes, ya que pueden ver en éste contrato un negocio rentable, tal como ha ocurrido en Estados Unidos. Siendo así, ésta no es la orientación

¹³² LAMM GERO, Eleonora: *Gestación por sustitución: ni maternidad...*, Op. cit., p. 247.

que nosotros queremos dar a este contrato, no deseamos que exista la más mínima posibilidad de que esto devenga en tráfico de mujeres y niños. Por el contrario, somos partidarios de una muy estricta evaluación en todo el *iter contractum*: en la fase precontractual, durante el proceso, es decir, durante la ejecución del contrato y posterior a este, manteniendo un seguimiento constante de los usuarios de esta técnica. Con lo cual, evitamos que se mercantilice el nacimiento de personas y se genere el llamado *turismo reproductivo*.

2.2.2 El interés superior del niño o niña

La gestación por sustitución no vulnera el interés superior del niño, sino por el contrario, tal como lo establece LAMM, lo satisface. Así, hay investigaciones empíricas que han arrojado resultados positivos en la interacción entre los padres y niños nacidos mediante esta técnica, siendo una de las causas que los niños nacidos por esta TRA son extremadamente queridos y criados por padres muy comprometidos¹³³.

Por otra parte, cabe decir que no puede violar el interés superior del niño, ya que éste no hubiese existido de no haberse recurrido a esta técnica, no siendo objetable el hecho de que un niño se gestó sabiendo que las personas que se harán cargo de él cuidarán de su bienestar, toda vez que el menor nace en una familia que lo deseó tanto que recurrió a la gestación por sustitución, no siendo sencillo ni legal, económica ni fácticamente¹³⁴. Por oposición, sí sería contrario al interés superior de niño el daño que le puede causar el haber nacido y no se le permita estar con las personas que lo desearon y quisieron asumir el rol de padres incluso antes de que el existiera¹³⁵.

A estos efectos, nos parece ilustrativo exponer un estudio, utilizado por la misma autora¹³⁶, que fue llevado a cabo por el *Centre for Family Research* del Departamento de Psicología de la Universidad de Cambridge, en que se realiza un análisis comparativo de familias que han recurrido a la gestación por sustitución y las que han tenido un hijo naturalmente.

El mencionado estudio se dividió en tres fases, con atención a si los niños tenían 1 año, 2 años y 3 años, respectivamente. De este modo, en la primera fase se constató un mayor bienestar psicológico y adaptación a la paternidad respecto a los padres que utilizaron gestación por sustitución, así también, demostraron un mayor apego en el comportamiento de sus hijos, estando también más satisfechos con el papel de padres. En la segunda fase, mostraron tener relación parental más positiva (felicidad) que las madres que tuvieron un hijo naturalmente, así los padres demostraron niveles más bajos de estrés. Por último, en la tercera fase, las diferencias encontradas nuevamente reflejan un nivel más alto de interacción entre las madres y los niños que recurrieron a la gestación por sustitución.

¹³³ En ese sentido, *Vid.*, LAMM GERO, Eleonora: *Gestación por sustitución, ni maternidad...*, *Op. cit.*, p. 227.

¹³⁴ *Cfr.*, *Ibidem*.

¹³⁵ *Cfr.*, *Ibidem*, p. 228.

¹³⁶ *Vid.*, *Ibidem*, pp. 224-226.

De lo anterior, podemos confirmar que es necesario contar con una regulación legal que le otorgue seguridad jurídica al menor y que de este modo lo proteja, configurándose como la piedra angular a la hora de establecer un marco normativo a esta técnica.

Siguiendo lo anterior, cuando hablamos de proteger el interés superior del niño y que se debe contar con un marco legal adecuado, una de las cuestiones más relevantes a integrar, sino la más importante, es la *determinación de la filiación derivada de la gestación por sustitución*.

Al respecto, podemos encontrar dos caminos posibles para llegar a determinar la filiación derivada de esta técnica. Por un lado, podemos recurrir una de las fuentes de determinación de la filiación que contempla nuestro CC: la adopción. Por otro, sólo nos resta abogar por una reforma en las fuentes de filiación, proponiendo una que se base únicamente en la voluntad procreacional, con independencia de las personas que aportaron el material genético. Veremos una a una.

En este sentido, la a adopción se plantea como una alternativa que contempla nuestro ordenamiento jurídico para determinar la filiación derivada de la gestación por sustitución.

Por un lado, en el caso de un matrimonio o de una pareja heterosexual, la filiación respecto al hombre puede operar mediante reconocimiento, para luego tramitar una adopción conjunta con su cónyuge o pareja, de manera tal que los padres comitentes queden legalmente como los padres del niño concebido, teniendo plena aplicación el artículo 11 de la Ley 19.620¹³⁷.

Por otro, en caso de parejas homosexuales hay que distinguir si es una conformada por hombres o por mujeres. Tratándose de hombres, sólo puede operar el reconocimiento u adopción por parte de uno de ellos y en caso de que sean convivientes civiles de acuerdo con la normativa actual, solo puede operar el reconocimiento por parte de uno de ellos, no permitiéndose la adopción. En cambio, en el caso de mujeres, la filiación quedaría determinada a favor de la madre gestante por aplicación del artículo 183 CC, por tanto, malamente se podrá determinar la filiación a favor de una de las mujeres de la pareja comitente.

Así, como podemos apreciar, la adopción es una opción lícita de dar solución a este caso en concreto y en la actualidad constituye una opción de escapar de los problemas que conlleva la no regulación de esta técnica, no obstante, tal como se desprende de lo anterior, tiene una aplicación muy restringida.

A esto, deben sumarse los diversos problemas que conlleva la utilización de la adopción como fuente para otorgar efectos filiativos a esta técnica, en este sentido, compartimos el análisis

¹³⁷ “En el caso del menor a que se refiere la letra b) del artículo 8º, cuando uno de los cónyuges que lo quisieran adoptar es su padre o madre, y sólo ha sido reconocido como hijo por él o ella, se aplicará directamente el procedimiento previsto en el Título III. Si el hijo ha sido reconocido por ambos padres o tiene filiación matrimonial, será necesario el consentimiento del otro padre o madre, aplicándose, en lo que corresponda, lo dispuesto en el artículo 9º. A falta del otro padre o madre, o si éste se opusiere a la adopción, el juez resolverá si el menor es susceptible de ser adoptado de conformidad a los artículos siguientes.”

realizado por CORRAL, al entender que con esta pretensión se vulneran los principios que sustentan la adopción¹³⁸.

Al efecto, sabiendo que la adopción no es el mejor camino a seguir, proponemos que nuestra legislación debiera optar por un sistema de atribución de la filiación regida por la voluntad procreacional, con independencia del aporte genético.

Así, siguiendo a LAMM “la maternidad y/o paternidad debe corresponder a la persona (o personas) sin cuya acción, al margen de su participación genética o biológica, no se habría dado inicio al proceso biológico que originó el nuevo ser humano, y que además desea el hijo para sí”¹³⁹.

Lo cual, a nuestro juicio tiene una serie de ventajas: En primer lugar, no se presentan los problemas derivados del artículo 182 ya enunciados, ya que, en tal caso, no entrarían en conflicto la persona que aporta el material genético, la madre gestante, y los padres comitentes. En segundo lugar, es la mejor opción en atención al interés superior del niño, ya que el menor no va a quedar en la situación de vulnerabilidad que se genera a partir de la incertidumbre de no saber el destino que le depara. Por último, es beneficioso para los padres comitentes, toda vez que no tendrán que pasar por un proceso judicial extenso y engorroso a fin de que se determine la filiación.

2.2.3 La integridad psíquica de la madre gestante

Hacemos frente a los argumentos según los cuales, este contrato afectaría la integridad psíquica de la madre gestante. Así, se ha sostenido que los estudios no han encontrado ningún tipo de trastorno en las mujeres que han actuado como gestantes, lo cual se suma, a que es muy difícil construir una teoría sólida sobre la influencia y la naturaleza del intercambio prenatal y las consecuencias psicológicas que esta podría generar, ya que depende de cada mujer, y aparenta ser totalmente singular¹⁴⁰.

Un estudio que sirve como base a lo anterior, es uno realizado el año 2003 en Estados Unidos, que como vimos, es un país pionero en la celebración de este contrato. En aquel estudio, se realizó una encuesta a 39 mujeres que habían sido madres gestantes, en el cual se pedía a éstas que identificaran las razones que las motivaron a ser madres gestantes, obteniéndose los siguientes resultados: 31 de ellas manifestó que había decidido participar en la subrogación porque quería ayudar a la pareja que no tenía hijos; 5 mujeres porque disfrutaban del embarazo; 2 mujeres por autorrealización; y sólo 1 por la contraprestación en dinero¹⁴¹. Demostrándose que el

¹³⁸ Para una profundización del tema, *Vid.* CORRAL TALCIANI, Hernán: “Maternidad subrogada: sobre la pretensión de formalizar...”, *Op. cit.*, pp. 177-182.

¹³⁹ LAMM GERO, Eleonora: *Gestación por sustitución, ni maternidad...*, *Op. cit.*, p.286.

¹⁴⁰ *Cfr.*, LAMM GERO, Eleonora: “Gestación por sustitución. Realidad...”, *Op. cit.*, p. 9.

¹⁴¹ Para profundizar, *Vid.*, A.A.V.V: “Surrogacy: the experiences of Surrogate Mothers”, en *Human Reproduction*, Oxford University Press, Vol. 10, N° 18, 2003, p. 2199.

móvil que las lleva a ser madres gestantes son muy variados, y en general, tienen un aporte positivo a sus vidas, no siendo perjudicial a su salud psíquica.

En efecto, consideramos que es adecuado dotar de requisitos a la gestante a fin de que no se presenten abusos y no se cause, efectivamente, un daño psíquico a la mujer que ha decidido ser gestante, es así que es apropiado referirnos en el siguiente apartado a los requisitos que debe cumplir la mujer para poder llevar a cabo gestación por sustitución.

En primer lugar, es necesario que la mujer sea capaz, en este sentido que tenga la aptitud para adquirir derechos y obligaciones, por tanto, nos estamos refiriendo a la capacidad de ejercicio. No obstante, a nuestro parecer, no resulta suficiente cumplir con ser mayor de edad, sino que, por la especial naturaleza de la obligación implicada – gestar y llevar a cabo un embarazo- es menester cumplir con requisitos adicionales.

En segundo lugar, debe concurrir su consentimiento libre, previo, informado y pleno. Al efecto, tiene aplicación las reglas generales del CC, es decir, debe concurrir sin fuerza, error o dolo. Así también, éste se debe otorgar antes que se inicie la ejecución del contrato, en específico, la aplicación de una TRA de alta complejidad. A esto, se debe sumar que la mujer debe estar informada acerca de todo lo concerniente a la ejecución del contrato, principalmente lo referido a los aspectos médicos. En tanto, al carácter pleno nos remitimos a la regla antes vista de capacidad.

En tercer lugar, la institución encargada debe cerciorarse de que la mujer goza de buena salud mental y física, es decir, que tiene plena capacidad para obligarse y que puede llevar a cabo un embarazo exitoso. En consecuencia, es menester que la mujer sea fértil y no tenga una enfermedad que ponga en peligro su vida o que pueda producir un perjuicio a la salud del menor, constituyéndose con esto, otra directa protección del interés superior del niño.

Por último, debe ser requisito que la mujer gestante no aporte su material genético, es decir, nos decantamos por este contrato en su versión gestacional, negando la procedencia de la versión tradicional en el Derecho chileno. Así en el caso que la madre comitente sea infértil será necesario recurrir a un tercero donante de óvulos para llevar a cabo la gestación por sustitución.

A este efecto, consideramos contundentes los argumentos esgrimidos por LAMM, destacándose dos de ellos: por un lado, los problemas más frecuentes respecto a la gestación por sustitución se dan cuando la mujer gestante aporta su material genético, tal como se evidencia en la experiencia comparada, y por otro, de esta forma se delimita de mejor forma el rol asumido por la gestante que consiste en gestar un hijo para otro¹⁴²

¹⁴² LAMM GERO, Eleonora: *Gestación por sustitución, ni maternidad...*, *Op. cit.*, pp. 256 - 257.

2.2.4 El derecho a procrear de los comitentes

Se ha sostenido que, los derechos sexuales y reproductivos consolidados actualmente en Tratados Internacionales, no se agotan en la libertad de decidir si procrear o no, cuando y con qué frecuencia, sino que también alcanza los métodos y técnicas que contribuyen a la salud reproductiva, incluyendo las tecnologías para tratar la infertilidad y para permitir a las parejas tener hijos. Así, está constituido por el dominio que tendría una pareja o una persona sobre la procreación, y que en virtud de las técnicas de reproducción asistida se permita ejercitar este derecho¹⁴³.

Este derecho ha sido recientemente confirmado el año 2012 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en virtud del caso Artavia Murillo con Costa Rica, en el cual se sostuvo la existencia del derecho a procrear y la posibilidad de ejercerlo mediante las TRA, vinculándolo al derecho a la vida privada, que contempla la decisión de ser madre o padre¹⁴⁴.

Por tanto, en virtud de este derecho, sería legítimo que se realice cualquier práctica que permita tener un hijo, ya sea en el propio cuerpo o incluso a través de otra persona, siempre que se consienta. El derecho a procrear, considerado de esta manera, sería un derecho individual y absoluto de la persona¹⁴⁵.

No obstante, el encontrar su fundamento constitucional no ha sido fácil, toda vez que la doctrina difiere en torno a en cuál Derecho Fundamental se encuentra implícito.

Por un lado, se ha sostenido que el fundamento constitucional del derecho a procrear está en el valor libertad, en la dignidad de la persona, en el reconocimiento de sus derechos inherentes y en el libre desarrollo de la personalidad, pero, sobre todo, una manifestación de la libertad, ya que implica una elección que se vincula con la libertad física de asumir derechos y obligaciones derivados de la procreación¹⁴⁶.

En esta misma línea, se ha sostenido que se encuentra fundado en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico y en la dignidad de la persona, del comitente, como expresión del reconocimiento de sus derechos y del libre desarrollo de la personalidad. Por tanto, el derecho

¹⁴³ Cfr., SILVA MAC IVER, Jaime: “El derecho a procrear en el ordenamiento constitucional chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 21, N° 2, 1994, p. 304.

¹⁴⁴ Así, en su considerando 146 sostuvo que “el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho “a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”. Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos”.

¹⁴⁵ Cfr., TURNER SAEZ, Susan; MOLINA PEZOA, Marcia y MOMBERG URIBE, Rodrigo: “Técnicas de reproducción asistida: una perspectiva desde los intereses del hijo”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. 9, 2000, p. 23.

¹⁴⁶ Cfr., GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda: *El derecho a la reproducción Humana*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 48.

a la reproducción como derecho fundamental es un derecho que posee la persona por el hecho mismo de ser persona, por su propia naturaleza y dignidad: derecho que le es inherente¹⁴⁷.

Por otra parte, se ha sostenido que el derecho a procrear podría considerarse incluido en el derecho a la vida, ya que en el artículo 19 N°1 CPR se contiene dos de las fundamentales características de la personalidad y que siguen en jerarquía al derecho a la vida: el imperativo natural de búsqueda y consolidación de la pareja humana y la consecuente procreación de los hijos¹⁴⁸. Es en esta línea, como ya vimos en capítulo primero de esta investigación, la forma en que lo ha tendido la Resolución, al señalar en su primer considerando que la garantía del Derecho a la vida y la protección del que está por nacer del artículo 19 N° 1 de la CPR sí incluye el derecho a procrear.

En todo caso, al margen de cuál sea el derecho de que se derive o en el cual encuentre su fundamento, Evans sostiene que el Estado debe asegurar los derechos humanos y promoverlos, *independiente de si están considerados en el texto formal de la Constitución* ya que ello deriva del valor de la dignidad y los derechos de la persona como valor supremo de nuestro ordenamiento¹⁴⁹.

2.2.5 El principio de igualdad y no discriminación

Por último, se presenta otro argumento por el cual se plantea la necesidad de que se regule la licitud de la gestación por sustitución en nuestra legislación, nos referimos al principio de igualdad y no discriminación, que en nuestra regulación constitucional se encuentra consagrado en el artículo 19 N°2 que mandata “*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*”

Así, “La igualdad en cuanto derecho fundamental reconoce la titularidad de toda persona sobre el bien jurídico igualdad, que es oponible a todo destinatario, que implica el derecho a no ser discriminado por razones de carácter subjetivo y otras que resulten jurídicamente relevantes, con el consiguiente mandato correlativo respecto de los órganos o autoridades estatales y los particulares de prohibición de discriminación”¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Cfr., LAMM GERO, Eleonora: *Gestación por sustitución: ni maternidad...*, Op. cit., p. 66.

¹⁴⁸ Cfr., EVANS DE LA CUADRA, Enrique: *Los derechos constitucionales*, Tomo I, Segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 117.

¹⁴⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: “Los Tratados Internacionales en el ordenamiento Jurídico Chileno”, en *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Año 2, N° 2, 1997, p. 27.

¹⁵⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: *Derechos Fundamentales...*, Op. cit., p. 221.

Por ende, se exige eliminar las discriminaciones arbitrarias¹⁵¹, debiéndose excluir toda distinción sin justificación basada en ciertos aspectos de las personas, tal como lo son el sexo y la situación económica.

En virtud de lo anterior, la gestación por sustitución se plantea como la única opción o alternativa posible que tiene una pareja homosexual compuesta por dos varones para tener un hijo genéticamente propio, aunque sea de sólo uno de ellos¹⁵².

En segundo lugar, hay limitaciones económicas que surgen de la falta de regulación legal, que pueden calificarse de discriminatorias, toda vez que una pareja que tenga los recursos económicos va poder celebrar un contrato gestación por sustitución onerosa en un país donde dicha práctica si se encuentra permitida, dejando imposibilitados a los que no pueden asumir un gasto como tal.

En tercer lugar, en virtud de este principio, es necesario explicitar que somos partidarios de una regulación inclusiva, donde puedan ser usuarios de esta TRA tanto personas unidas por matrimonio, acuerdo de unión civil, parejas de hecho, e incluso personas solteras, ya sean heterosexuales u homosexuales. No obstante, al margen de asegurar un acceso igualitario es menester que se exijan requisitos para poder ser usuarios de esta técnica como comitentes.

Así, deben ser personas capaces de asumir derechos y obligaciones, toda vez que estos deben prestar su consentimiento con la intención de ser padre o madre, constituyendo éste el elemento esencial para la determinación de la filiación, ya que tal como establecimos, encuentra su núcleo esencial en la voluntad procreacional.

Además, es menester que se presente una causal de infertilidad, ya que, la razón que subyace a la necesidad de recurrir a la gestación por sustitución es el deseo de tener hijos *biológicos*, es así, que siempre uno de los comitentes debe aportar el material genético, de lo contrario, nada se diferencia en considerar la posibilidad de adoptar. Con lo anterior, confirmamos la necesidad de optar por gestación por sustitución en su modalidad gestacional.

Al efecto, sostenemos que se debe realizar una importante distinción en cuanto a la infertilidad, con relación si los comitentes se encuentran unidos por matrimonio, unión civil, parejas de hecho o si son personas solteras, así también, es relevante su orientación sexual, es decir, si son heterosexuales u homosexuales.

En cuanto a las parejas, ya sea un matrimonio, convivientes civiles o parejas de hecho, que sean heterosexuales, es menester que se presente una imposibilidad real para gestar, es decir que exista infertilidad total por parte de una de las personas que la componen. En otras palabras, se requiere que hayan fallado las demás TRA que les permiten gestar utilizando sus propios gametos. Así también, creemos que se debe admitir su utilización en el caso que la mujer siendo

¹⁵¹ Así se reconoce también en Tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, *Vid.*, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 24 y 26; Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 24.

¹⁵² *Cfr.*, LAMM GERO, Eleonora: *Gestación por sustitución: ni maternidad...*, *Op. cit.*, p. 61.

fértil tenga alguna enfermedad que ponga en peligro su vida por el sólo el hecho de quedar embarazada o que importe un grave perjuicio para el no nato.

En cuanto a las parejas homosexuales compuestas por dos hombres, es decir, aquellos que están unidos por un acuerdo de unión civil y las parejas de hecho, no se puede exigir que se presente una causal de infertilidad, ya que perfectamente ambos pueden ser fértiles, no obstante, existe una imposibilidad física – biológica, en tanto ellos no tienen los órganos necesarios para gestar y lograr un embarazo exitoso por sí mismos. Lo anterior se ve reproducido, además, en el caso que quiera recurrir a esta TRA un hombre soltero.

En caso de una pareja homosexual compuesta por dos mujeres, sostenemos que no es admisible que se sometan a esta TRA, toda vez que ambas tienen los órganos necesarios para poder gestar y llevar a cabo un embarazo exitoso, siendo suficiente que se sometan a cualquier otra TRA con el objeto de que una de ellas sea inseminada artificialmente, en cualquiera de sus modalidades. Todo lo anterior, siempre que ambas mujeres no presenten infertilidad absoluta o tengan una enfermedad que implique poner en peligro su propia vida o la del no nato. Los mismos argumentos son aplicables en el caso de una mujer soltera.

No obstante, cabe decir que, en los casos de parejas homosexuales, ya sea conformados por dos hombres o dos mujeres, hay una imposibilidad jurídica mayor para poder acceder a esta técnica, toda vez que la regulación actual existente en Chile, no permite la adopción homoparental, sin perjuicio, que como ya dijimos, exista algún centro de medicina reproductiva que acepte aplicar estas técnicas a personas homosexuales, lo que se deriva del problema de la obligatoriedad de la normativa aplicable.

Para finalizar, queremos exponer las palabras de ROUDINESCO, quien sostiene: “A los pesimistas que suponen que la civilización corre el riesgo de ser devorada por clones, bárbaros bisexuales, o delincuentes de los suburbios, concebidos por padres extraviados y madres vagabundas, haremos notar que esos desórdenes no son nuevos –aunque se manifiesten de manera inédita- y, sobre todo, que *no impiden la reivindicación actual de la familia como el único valor seguro al cual nadie puede ni quiere renunciar. Los hombres, las mujeres y los niños de todas las edades, todas las orientaciones sexuales y todas las condiciones la aman, la sueñan y la desean*”¹⁵³.

¹⁵³ ROUDINESCO, Elizabeth: *La familia en desorden*, traducido por Horacio Pons, Editorial Fondo de Cultura Económica, primera edición, Buenos Aires, 2003, p.214.

CONCLUSIONES

Del primer capítulo, pudimos concluir que la gestación por sustitución se encuentra dentro del concepto genérico *reproducción medicamente asistida*, y en específico, es una técnica de reproducción asistida de alta complejidad. Así, vimos que ha sido conceptualizada de diferentes maneras, en atención a la evolución que ha tenido en relación a la ciencia, variando en diversos elementos, pero manteniendo un núcleo común: es un contrato por el cual una mujer acepta embarazarse por cuenta y para otra persona para luego entregar al niño o niña producto de la gestación.

De la regulación enunciada respecto a las TRA constatamos diversos problemas, dentro de los cuales se encuentran los graves vacíos legales que ostenta nuestro Ordenamiento Jurídico, en cuanto no regula aspectos médicos de éstas y los efectos jurídicos que derivan de ella. A pesar de constatar la presencia de importantes lagunas en la regulación de las TRA, la situación respecto a la gestación por sustitución es aún más grave: el legislador la omite de toda normativa, existiendo un silencio absoluto al respecto.

Pudimos apreciar que al no estar regulada la gestación por sustitución, sí se puede llevar a cabo en la práctica, pero trayendo consigo graves consecuencias. Una de las materias en que es más preocupante la inexistencia de una norma que regule los efectos de la aplicación de esta técnica, es la determinación de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Lo anterior, encuentra su causa en que esta práctica pone en entre dicho las reglas que nuestro CC nos entrega para determinar la filiación.

En el mismo orden de ideas, descartamos la fuente biológica para su determinación, toda vez que la maternidad queda fijada por el parto, no siendo posible que se le atribuya a la madre comitente. Por su parte, la adopción en principio no sirve para determinar la filiación derivada de las TRA. Esto, ya que entendemos que sí se puede configurar como como fuente de filiación en el caso de la gestación por sustitución, no obstante, tiene una aplicación a casos muy restringidos, a lo que se suma, que la naturaleza de este contrato es opuesta a los principios que sustentan la adopción. Por último, la filiación derivada de las TRA, tampoco sirve para determinar la filiación, toda vez que, de acuerdo a la regla del artículo 182 CC la madre del recién nacido es la mujer que se somete a la aplicación de una TRA, siendo que en la práctica son dos mujeres las que se someten a ella: la gestante y la comitente.

El segundo problema derivado de la regulación, recayó en el hecho de que se encuentra contenida en fuentes poco ortodoxas, tal como lo es una Resolución Exenta. En tanto, sostuvimos que ésta institución debería estar regulada por una Ley. Al efecto, creemos que los mismos argumentos que asistieron al caso de la píldora son aplicables al caso que nos interesa, de este modo, ambas son materias relativas a la fertilidad y que regulan el ejercicio de los mismos derechos fundamentales.

En tercer lugar, se hizo presente el problema de la obligatoriedad de la normativa, el cual se funda en que la Resolución fue dictada en virtud de un Decreto ley, que en su contenido establece que tiene un carácter obligatorio para el sector público, dejando fuera a las clínicas privadas que son las principales realizadoras de estas técnicas, convirtiendo a la normativa en una decisión, es decir, dependiente únicamente de la voluntad de quienes la realizan en la práctica.

El capítulo segundo fue importante para nutrirnos de la experiencia que han tenido otros países a la hora de afrontar los dilemas planteados. Es así, que pudimos apreciar que las tendencias legislativas comparadas son muy disímiles, unas han decidido legislar, prohibiendo o declarando la licitud del contrato, en tanto, otros, al igual que nuestro país, mantienen un silencio legal al respecto.

Así, de la experiencia estadounidense, pudimos apreciar que los tribunales no utilizaron los mismos criterios a la hora de determinar la validez o nulidad del contrato y de establecer la filiación. En este punto, queremos destacar a efectos de conclusión, la solución llevada a cabo en el caso *Johnson v. Calvert*, en que, ante igualdad de derechos entre la madre gestante y la comitente, el Tribunal tuvo que buscar una forma de atribución de maternidad fuera de la Ley, basándose en la intención de procrear o en la voluntad procreacional, decisión que inspiró nuestra propuesta en cuanto a la filiación derivada de la gestación por sustitución.

Por su parte, de la experiencia española, pudimos apreciar que la LTRHAE es portadora de una serie de aciertos en la forma de regular esta institución, y que son dignos de imitar por parte de nuestro país, no obstante, presenta precariedades y diversas contradicciones, que, al momento de legislar se deben tomar en consideración para no cometer los mismos errores legislativos. En tanto, la opción legislativa española nos demostró que la prohibición legal no es un buen camino a seguir, toda vez que esta norma fue ignorada por sus nacionales, quienes decidieron ir al extranjero para practicar gestación por sustitución internacional, dejando a los tribunales y a la administración española en una encrucijada.

En el capítulo tercero, concluimos que el silencio legislativo es el peor escenario posible, ya que regular implica controlar, es decir, que se contará con instrumentos que eviten transgresiones a las personas usuarias de estas prácticas, así, el silencio legislativo y la prohibición, sólo cumplen con la función de otorgar un medio en el cual se aumenten los abusos y vulneraciones de derechos las personas que son parte de este contrato.

Al efecto, propusimos directrices de regulación, que nuestro legislador debiera tener en consideración a la hora de crear un marco normativo al respecto. Propuestas que tienen como punto de partida las posturas a favor de la prohibición legislativa de este contrato, las cuales controvertimos, pudiendo construir directrices armónicas con el Estado de Derecho y con la asunción de los Derechos Fundamentales en su conjunto. En cuanto a lo anterior, realizaremos una referencia sucinta respecto a las directrices propuestas.

En primer lugar, negamos que este contrato en todas sus modalidades sea contrario a la dignidad inherente al ser humano, toda vez que, sólo la modalidad onerosa cumple con esta característica, con causa en la contraprestación en dinero. Por lo cual, creemos que la versión altruista si es respetuosa de un sistema que propugna la dignidad, proponiendo que en nuestro país este contrato debe tener un carácter altruista con gastos de manutención. Así también, para asegurar la dignidad, se debe contar con un control efectivo y un constante seguimiento del contrato, siendo necesario que se cree un organismo público encargado de llevar a cabo estos contratos.

En segundo lugar, negamos que sea contrario al interés superior del niño, ya que, en vez de vulnerarlo, lo satisface. Así las investigaciones que hay al efecto, respaldan que en muchos casos el menor nacido por gestación por sustitución ostenta un mayor bienestar general que los nacidos de forma natural. Fue precisamente con atención a este principio que propusimos que nuestra legislación debiera optar por un sistema de atribución de la filiación regida por la voluntad procreacional con independencia del aporte genético. En este sentido, la maternidad o paternidad debe corresponder a la persona sin cuya acción, al margen de su participación genética o biológica, no se habría dado inicio al proceso biológico que originó el nuevo ser humano.

En tercer lugar, negamos que con este contrato se afecte la integridad psíquica de la gestante, así los estudios expuestos nos avalan. Es por esto, que creemos que para que no se presenten abusos respecto a la mujer es menester que existan requisitos para poder desempeñar el papel de gestante, a saber: que la mujer sea capaz; que concurra su consentimiento libre, previo, informado y pleno; salud física y mental; debe ser fértil; y no debe aportar su material genético.

En cuarto lugar, creemos que es importante el derecho a procrear que asiste a los comitentes, en tanto que los individuos en virtud de este derecho, son libres para alcanzar los métodos y tecnologías que sirvan para superar su infertilidad, incluyendo, por cierto: la gestación por sustitución.

En quinto lugar, sostuvimos que el principio de igualdad y no discriminación nos proporciona los fundamentos que nos hace partidarios de una regulación inclusiva, donde puedan ser usuarios de esta TRA tanto personas unidas por matrimonio, acuerdo de unión civil, parejas de hecho, e incluso personas solteras, ya sean heterosexuales u homosexuales. Junto con lo anterior, es necesario, que los comitentes cumplan con ciertos requisitos, a saber: deben ser capaces y deben presentar una causal de infertilidad, de lo contrario, no se cumple con el fin perseguido con esta institución, cual es el materializar su deseo de tener hijos *biológicos*.

Para finalizar, insistimos en la idea de que la legislación chilena en relación con el tema en estudio no se adecua a las nuevas realidades, por lo que se requiere la pronta intervención de las autoridades legislativas, con el fin, de que este vacío jurídico no deje al individuo y a la sociedad en un estado de indefensión.

BIBLIOGRAFÍA

- A.A.V.V.: “Surrogacy: the experiences of Surrogate Mothers”, en *Human Reproduction*, Oxford University Press, Vol. 10, N°18, 2003.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, en FERNÁNDEZ ROZAS, José (dir.): *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, editorial IproLex, tomo X, Madrid, 2010.
- AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE: “Third-party Reproduction: Sperm, egg, and embryo donation and surrogacy”, 2012. Disponible en formato digital en https://www.asrm.org/uploadedFiles/ASRM_Content/Resources/Patient_Resources/Fact_Sheets_and_Info_Booklets/thirdparty.pdf.
- Auto del Tribunal Supremo Español 335/2015, del 2 de febrero de 2015.
- BANDA VERGARA, Alfonso: “Dignidad de la persona y reproducción humana asistida” en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. 9, N° 1, 1998.
- Boletín N° 1060-07, Informe Complementario de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Senado de Chile, 22 de julio 1998, Cuenta en Sesión 16, Legislatura 338.
- CALLEJO OLMOS, Justo; CORTÉS LAGUNA, L; y MURCIA CONTRERAS, Nuria: “Técnicas de Reproducción Asistida”, p. 141, en GONZÁLEZ MERLO, Jesús: *Ginecología*, editorial Elsevier Massón, novena edición, Barcelona, 2014.
- CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: “Gestación por Sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Universidad Carlos III de Madrid, vol. 7, N°2, 2015.
- CELIS DANZINGER, Gabriel: *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo I, Puntotex, 2011.
- CORRAL TALCIANI Hernán: “Maternidad subrogada: sobre la pretensión de formalizar la filiación perseguida mediante la adopción o la recepción de su práctica en el extranjero”, p. 175, en LEPIN MOLINA, Cristián (coord.): *Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Desafíos del Siglo XXI: Una mirada transdisciplinaria*, Editorial Abeledo Perrot – Legal Publishing, Santiago, 2013.

- CORRAL TALCIANI, Hernán: "Biotecnología y procreación artificial: hacia una regulación jurídica respetuosa del ser humano", en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 196, Año LXII, 1994.
- CORRAL TALCIANI, Hernán: "Admisibilidad Jurídica de las Técnicas de Reproducción Artificial" en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 19, N° 3, Santiago, 1992.
- CORRAL TALCIANI, Hernán: "Determinación de la filiación y acciones de estado en la reforma de la Ley n° 19.585, 1998", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XX, 1999.
- CORRAL TALCIANI, Hernán: *Adopción y filiación adoptiva*, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, Santiago, 2002.
- DURÁN AYANGO, Antonia: "Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mennesson c. France (n.º 65192/11) y caso Labassee c. France (n.º 65941/11), de 26 de junio de 2014: Interés superior del menor y gestación por sustitución", en *Ars Iuris Salmanticensis*, Universidad de Salamanca, vol. 2, 2014.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique: *Los derechos constitucionales*, Tomo I, Segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.
- FARNÓS AMORÓS, Esther: "Inscripción en España de la Filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California", en *Revista para el análisis del derecho*, Universidad Pompeu Fabra, N°1, 2010.
- FARNÓS AMORÓS, Esther: "Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California", en *InDret*, N°1, Barcelona, 2010.
- FARNÓS AMORÓS, Esther: "La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología", en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVIII, Boletín oficial de Estado, España, 2015.
- FLORES RODRÍGUEZ, Jesús: "Gestación por sustitución: más cerca de un estatuto jurídico común europeo" en *Revista de derecho privado*, Universidad Externado de Colombia, N°27, 2014.
- GANA WINTER, Claudia: "La maternidad gestacional ¿Cabe sustitución?", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25, N° 4, 1998.
- Glosario de Terminología en Técnicas de Reproducción Asistida, Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), versión traducida

por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida de la OMS, 2010. Disponible en http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/es/

- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz: “El derecho a conocer los orígenes en la filiación adoptiva y por aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida”, p. 239, en LEPIN MOLINA, Cristián (coord.): *Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Desafíos del Siglo XXI: Una mirada transdisciplinaria*, Editorial Abeledo Perrot – Legal Publishing, Santiago, 2013.
- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz: *El sistema filiativo chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.
- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz: *La fecundación in vitro y la filiación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda: *El derecho a la reproducción Humana*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994.
- GONZÁLEZ PÉREZ DE CASTRO, Maricela: *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013.
- GUMUCIO SCHONTHALER, Juan: *Procreación asistida, un análisis a la luz de la legislación chilena*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1997.
- GUZMÁN, Victoria: “A comparison of surrogacy laws of the U.S. to other countries: should there be a uniform federal law permitting commercial surrogacy?”, en *Houston Journal of International Law*, University of Houston Law Center. vol. 38, N°2, 2016.
- HERMAN, Amanda: “The Regulation of Gestation: A Call for More Complete State Statutory Regulation of Gestational Surrogacy Contracts” en *Chapman Law review*, vol. 18, N°2, 2015.
- Historia de la Ley N° 20.418, Informe Comisión Constitución, Cuenta en Sesión 69, Legislatura 357, 17 de noviembre 2009.
- In re Marriage of Buzzanca, California Court of Appeal, 61 Cal.App.4th 1410, 72 Cal.Rptr.2d 280 (Ct. App. 1998).
- In the Matter of Baby M, Supreme Court of New Jersey, 109 N.J. 396 (1988), 537 A. 2d 1227, 1988.
- JARUFE CONTRERAS, Daniela: “Las filiaciones “no biológicas” derivadas de la aplicación de Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, en LEPIN MOLINA, Cristián (coord.):

Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Desafíos del Siglo XXI: Una mirada transdisciplinaria, Editorial Abeledo Perrot – Legal Publishing, Santiago, 2013.

- Johnson v. Calvert, Supreme Court of California, 5 Cal.4th 84 (1993), 851 P.2d 776, 19 Cal. Rptr.2d 494, Docket No. S023721, 1993.
- LAMM GERO, Eleonora: “Gestación por sustitución, Realidad y Derecho”, en *Revista InDret*, N° 3, Barcelona, 2012.
- LAMM GERO, Eleonora: “Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto”, en *Ars Iuris Salmanticensis*, Universidad de Salamanca, Vol. 2, 2014.
- LAMM GERO, Eleonora: *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Observatori de Bioètica i Dret, Universitat de Barcelona, 2013.
- Ley 14/2006 de 25 de mayo del año 2006 “Sobre técnicas de Reproducción Humana Asistida”, España.
- MACHALOW, Deborah: “Legislating Labors of Love: Revisiting Commercial Surrogacy in New York”, en *Indiana Law Journal Supplement*, Indiana University Maurer School of Law, vol. 90, N°1, 2015.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Verónica: “Maternidad subrogada: Una mirada a su regulación en México”, en *Revista Dikaion*, Vol. 24, N° 2, 2015.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRIGUEZ, Juan y MASSIGOGE BENEGIU, Juan: *Maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*, Editorial Dykinson, cuarta edición, 1994.
- MCLACHLAN, Hugh V y SWALES, Kim J, “Show Me the Money: Making Markets in Forbidden exchange: Commercial Surrogate Motherhood and the Alleged Commodification of Children: a defense of legally enforceable Contracts”, en *Law and Contemporary Problems*, Vol. 3, N° 72, 2009.
- MENDOZA CUELLAR, Héctor: “La sexualidad reproductiva en el S. XXI, el divorcio entre sexualidad y reproducción”, en *Revista Perspectivas Sociales*, vol. 14, N° 1, 2012.
- METÍN, Sevtap: "Fooling nature: ethical, social, psychological and legal aspects of surrogate motherhood" en *Law & Justice Review*, Vol. 1, N°3, 2011.
- MICHALAKIS, Konstantinos; DECHERNEY, Alan y PENZIAS, Alan: *Current Diagnosis & Treatment: Obstetrics & Gynecology*, onceava edición, Nueva York, 2013, capítulo 57.

Disponible en:

<http://accessmedicine.mhmedical.com/content.aspx?bookid=498&Sectionid=41008661>.

- MINISTERIO DE SALUD, “Guía para el estudio y tratamiento de la infertilidad”, primera edición y publicación, Contenida en Resolución exenta N° 241, Santiago, 2015.
- MIR CANDAL, Leila: “La maternidad intervenida: reflexiones en torno a la maternidad subrogada”, Revista Redbioética de la UNESCO, vol. 1.1, Montevideo, 2010.
- MORRISSEY, Joseph F: “Surrogacy: the process, the law, and the contracts”, en *Willamette Law Review*, Vol. 51, N°4, 2015.
- NASCENTIS: “Técnicas de Reproducción Asistida”, Laboratorio especialista en fertilidad, Reconocido por la Red Latinoamericana de Reproducción asistida y la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva, Disponible en formato PDF en http://www.nascentis.com/uploads/File/tecnicas_reproduccion_asistida.pdf
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: “Los Tratados Internacionales en el ordenamiento Jurídico Chileno”, en *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Año 2, N° 2, 1997.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, Tomo I, Primera edición, Librotecnia, Santiago, 2007.
- OLAYA GODOY, María: *Régimen jurídico de la tecnología reproductiva y la investigación biomédica con material humano embrionario*, Editorial Dykinson, Madrid, 2014.
- PINZÓN MARÍN, Inés; RUEDA BARRERA, Eduardo; MEJÍA PATIÑO, Omar: "La aceptabilidad jurídica de la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre" en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Cátedra Interuniversitaria Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, N °43, 2015.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana: “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, en *InDret*, N°3, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2009.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, España.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, Dina: “Nuevas técnicas de reproducción humana: El útero como objeto de contrato”, en *Revista de Derecho Privado Nueva Época*, Año IV, N° 11, 2005.

- RODRÍGUEZ YONG, Camilo y MARTÍNEZ MUÑOZ, Karol: “El contrato de maternidad subrogada: la experiencia estadounidense” en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XXV, N° 2, 2012.
- ROUDINESCO, Elizabeth: *La familia en desorden*, traducido por Horacio Pons, Editorial Fondo de Cultura Económica, primera edición, Buenos Aires, 2003.
- RUSSO, Makenzie: “The Crazy Quilt of Laws: Bringing Uniformity to Surrogacy Laws in the United States”, Senior Theses, Trinity College, Hartford, 2016.
- SCOTT SILLS, Eric: *Handbook of Gestational Surrogacy International Clinical Practice and Policy Issues*, Cambridge University Press, primera edición, 2016.
- Sentencia 826-11, ROLLO N°941/2011, Audiencia Provincial, Provincia de Valencia, sección 10.
- Sentencia del Tribunal Supremo Español 247/2014 número 835/2013, número de recurso 245/2012, número de resolución 835/2013, con fecha 6 de febrero de 2012.
- SILVA MAC IVER, Jaime: “El derecho a procrear en el ordenamiento constitucional chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 21, N° 2, 1994.
- SPIVACK, Carla: “National Report: The Law of Surrogate Motherhood in the United States”, en *The American Journal of Comparative Law*, Oklahoma City University School of Law, Vol. 58, 2010.
- TURNER SAELZER, Susan: “La maternidad disociada” en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXIV, 2003.
- TURNER SAELZER, Susan; MOLINA PEZOA, Marcia y MOMBERG URIBE, Rodrigo: “Técnicas de reproducción asistida: una perspectiva desde los intereses del hijo”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. 9, 2000
- UNDURRAGA JARA, Macarena: *La adopción, procedencia y procedimiento*, Editorial Metropolitana, primera edición, Santiago, 2010.
- VERGARA BLANCO, Alejandro: “El rol de la Contraloría General de la República: desde el control de legalidad a los nuevos estándares de buena administración”, en Contraloría General de La república (ed.): “La Contraloría General de la República: 85 años de vida institucional (1927-2012)”, Unidad de Servicios Gráficos de la Contraloría General de la República, Santiago, 2012 p. 105.

- VIDAL MARTÍNEZ, Jaime: *Las nuevas formas de reproducción humana: Estudio desde la perspectiva del derecho civil español*, Editorial Civitas, 1998.
- VILAR GONZÁLEZ, Silvia: “Situación actual de la gestación por sustitución”, en *Revista de Derecho UNED*, N° 14, 2014.
- ZÚÑIGA AÑAZCO, Yanira: *Algunas consideraciones jurídicas en relación con los derechos sexuales y reproductivos*, comentario contenido en V.V.A.A: “Sentencia sobre inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 48 del Ministerio de Salud en la parte que autoriza la distribución de la “Píldora del día después” en el Sistema público de salud (Tribunal Constitucional)”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XXI, N° 1, 2008.