



Universidad de Artes, Ciencias y Comunicación

Facultad Humanidades y Ciencias Sociales

Magister en Derecho de Familia e Intervención Familiar

“ESTADO ACTUAL DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN CHILE”

Para optar al Grado Académico de Magister

Profesor guía, Sr. Jorge Jofré Rojas.

Estudiante : Marcelo Alejandro Vásquez Reyes

Índice

Resumen	3
Introducción	4-5
CAPÍTULO 1: GESTACIÓN SUBROGADA Y MATERNIDAD	
I. GESTACIÓN SUBROGADA	6-8
I.I. Técnicas de Reproducción Asistida	8-10
I.II. Marco legal de técnicas de reproducción asistida en Chile	10-14
II. MATERNIDAD	14
II.I. Marco legal de la maternidad en Chile	15-16
CAPÍTULO 2: REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA	
I. ESTADO DEL ARTE	16
I.I. Proyectos de Ley	16-17
I.I.I. Proyecto de Ley Boletín N° 11.576-11 Comisión de Salud	17-19
I.I.II. Proyecto de Ley Boletín N° 12.706-07 Comisión de Constitución	19-21
II. TIPOS DE GESTACIÓN SUBROGADA QUE DEBIERAN LEGISLARSE	22
III. REGULACIÓN DE GESTACIÓN SUBROGADA	22-23
III.I. Contrato de Gestación Subrogada	23-27
IV. JURISPRUDENCIA	27-29
IV.I. Derecho comparado	29-33
CAPÍTULO 3: DERECHOS FUNDAMENTALES	
I. EL DERECHO	33
I.I. Derechos Fundamentales	33-34
I.I.I. Derechos Constitucionales	34-35
I.II. Derechos Humanos	35-37
I.II.I. Derecho a la vida	37
I.II.II. Derecho a la Familia	38-39
I.II.III. Derecho a Procrear	39-40
I.III. Convención sobre los Derechos del Niño	40-41
I.III.I. Derecho a la Identidad	41-42
Conclusiones	42-45
Referencias	46-51

RESUMEN.

El propósito principal de este estudio, tiene por objeto conocer el estado actual de la Gestación Subrogada en Chile, que permita determinar cuáles son las implicancias jurídicas de su regulación.

Metodológicamente, este estudio posee un diseño no experimental transversal, de tipo exploratorio, pretendiendo identificar aspectos éticos, legales y sociales que cursen con dicho fenómeno.

El resultado de este estudio pretende dar a conocer el impacto en el ordenamiento jurídico que tendría la regulación vía ley, de la Gestación Subrogada, ya que esta materia cursa con aspectos relacionados con los Derechos Humanos, Convención de los Derechos del Niño, familia, maternidad y filiación.

INTRODUCCIÓN.

Con fecha 08 de enero de 2018, Segundo Juzgado de Familia de Santiago, en causa RIT C-7246-2017 acoge “*impugnación y reclamación de maternidad*” dictando fallo inédito en Chile, reconociendo la maternidad biológica en un caso de “vientre subrogado”, señalando;

“Frente a este vacío legal, resulta importante para resolver esta acción, el estudio del derecho internacional como parte del bloque constitucional de derechos fundamentales, realizando una interpretación integradora de la Constitución, con el fin de dar un mayor resguardo y efectividad a los derechos fundamentales inherentes al ser humano, y que afectan a los intervinientes y afectados por esta causa, especialmente el derecho a procrear y el derecho a la identidad”.¹

Este fallo evidencia la falta de legislación en la materia, toda vez que la “Gestación Subrogada” en Chile no está incorporada en el ordenamiento jurídico, existiendo sólo el artículo 182 del Código Civil que se refiere a filiación en casos de “*técnicas de reproducción humana asistida*”, quedando fuera los casos de vientre subrogado y sus implicancias en la filiación toda vez que el artículo 183 del Código Civil indica “*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*”.

Sobre la materia, existen en Chile dos proyectos de ley, ingresando el primero con fecha 10 de enero de 2018 al primer trámite constitucional de acuerdo a Boletín N° 11576-11², revisado en Proyectos de Ley, Cámara de Diputados, que indica “*Regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida*”, presentados por los Senadores Alvarado, Carvajal, Ceroni, Cicardini, Farcas, Hernando, Mirosevic, Monsalve y Núñez, pasando con fecha 18 de enero de 2018 a Comisión de Salud, mientras que el segundo proyecto de ley ingresa con fecha 12 de septiembre de 2018 al primer trámite constitucional de acuerdo a Boletín N° 12.106-07³, revisado en Proyectos de Ley, Cámara de Diputados, que señala “*Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señoras Rincón y Provoste, y señores Harboe y Pizarro, que modifica el Código Civil para determinar la identidad de niños y niñas nacidos en gestación subrogada*”, posterior a esto con fecha 25 de Septiembre de 2018 pasa a Comisión de

¹ Véase fallo dictado por Macarena Rebolledo Rojas, Jueza Titular Segundo Juzgado De Familia De Santiago. Rit C-7246-2017, de fecha 08/01/2018.-

² Cámara de Diputados (2019). *Regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida* (Boletín N°11576-11). Recuperado de https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=12092&prmBoletin=11576-11

³ Cámara de Diputados (2019). *Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señoras Rincón y Provoste, y señores Harboe y Pizarro, que modifica el Código Civil para determinar la identidad de niños y niñas nacidos en gestación subrogada* (Boletín N° 12.106-07). Recuperado de https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=12624&prmBoletin=12106-07

Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, estando en este momento ambos proyectos en tramitación.

Uno de los temas más controversiales de la “*Gestación Subrogada*” dice relación con la forma en que se deben establecer los parámetros de la misma, el primer proyecto enuncia un “*contrato de gestación por subrogación*”, mientras el segundo proyectos señala que “*La gestora subrogante podrá ejercer y reclamar los derechos de tipo pecuniario que le correspondan de acuerdo a la legislación vigente...*”, no obstante lo anterior Correa (2017) en artículo “*Madre de sus propios nietos*”¹ indica “*no puede considerarse el acuerdo de gestación, sea o no con contraprestación, un contrato como una venta, un arrendamiento o un comodato*” agregando que por estar incluido el cuerpo de la gestante “*el contrato es nulo por objeto ilícito, al recaer sobre un objeto intransferible*”, situación similar en el derecho comparado, Emaldi (2017)² señala que en la normativa Española “*declara nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero*”, por otra parte Martínez (2015)³ indica que “*México ha regulado el comúnmente denominado alquiler de vientre y los problemas jurídicos que enfrenta ante la disimilitud y deficiencia de sus ordenamientos jurídicos.*”

Si bien Chile ha tenido importantes avances en materia de filiación, la sociedad humana sigue evolucionando, existiendo importantes avances de la ciencia y la tecnología, que ha permitido modificar muchos aspectos de la vida del ser humano, siendo uno de estos la gestación, encontrándonos con la necesidad de adecuar nuestro ordenamiento jurídico y en particular el Derecho de Familia para responder a estos cambios, por esto reviste importancia preguntarse ¿Está la gestación subrogada incorporada en el ordenamiento legal de Chile, y cuáles son las implicancias jurídicas de su regulación?, siendo el objetivo de este estudio dar a conocer el estado actual de la materia junto a las implicancias jurídicas de su regulación, de acuerdo con el ordenamiento jurídico Chileno y los tratados internacionales ratificados.

Este estudio es de tipo exploratorio en lo que a recopilación de datos se refiere y de tipo cualitativo con un diseño no experimental transversal, estructurándose en capítulos que abordan; la gestación subrogada (marco normativo de técnicas de reproducción asistida) y maternidad (marco legal), regulación de la gestación subrogada (marco constitucional) y derechos fundamentales (ordenamiento jurídico chileno y derecho comparado).

¹ Corral, Hernán. (2017). Derecho y Academia. Madre de sus propios nietos. Recuperado de <https://corraltalciani.wordpress.com/tag/maternidad-subrogada/>

² Emaldi Cirión, Aitziber. (2017). Implicaciones éticas y jurídicas de la maternidad subrogada. Aproximación a una visión europea. *Acta bioethica*, 23(2), 227-235. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2017000200227&lng=es&nrm=iso&tlng=es

³ Martínez Martínez, Verónica Lidia. (2015). Maternidad Subrogada: Una mirada a su regulación en México. *Dikaion Revista de Fundamentación Jurídica*, 24(2), 353-382. Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-89422015000200007&lng=en&nrm=iso&tlng=es

CAPÍTULO 1: GESTACIÓN SUBROGADA Y MATERNIDAD

I. GESTACIÓN SUBROGADA

Desde los inicios de la vida, los seres vivos han evolucionado y junto con ello las formas por las cuales reproducirse, presentándose variadas formas de reproducción, en particular en el reino animal, al cual pertenece la especie humana, la reproducción se ha producido a través del coito, definido por la Real Academia Española como “*1. m. Cópula sexual.*”¹, acción por la cual el macho deposita en la hembra un espermatozoide que fecundará un óvulo, produciéndose la gestación, como señala Cabrera (2016); “*En la época actual sabemos que este proceso se deriva de una compleja y bien engranada sucesión de eventos biológicos, donde la unión del espermatozoide y el óvulo, juegan el papel fundamental, pero están regulados por diferentes factores.*”²

De acuerdo con la definición de la Real Academia Española, la palabra “*gestación*”³ indica “*1. f. Acción y efecto de gestar o gestarse.*” y “*2. f. Embarazo, preñez.*”, denominándose embarazo, gestación, preñez o gravidez al periodo que transcurre desde la implantación del óvulo fecundado en el útero hasta el momento del parto, de acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (OMS), citado por Menéndez, Navas, Hidalgo y Espert (2012);

*“el embarazo comienza cuando termina la implantación, que es el proceso que comienza cuando se adhiere el blastocito a la pared del útero (unos 5 ó 6 días después de la fecundación, entonces este, atraviesa el endometrio e invade el estroma. El proceso de implantación finaliza cuando el defecto en la superficie del epitelio se cierra y se completa el proceso de nidación, comenzando entonces el embarazo. Esto ocurre entre los días 12 a 16 tras la fecundación”*⁴.

No obstante lo anterior, en el último siglo el desarrollo y avance de la ciencia y la tecnología ha permitido modificar muchos aspectos de la vida del ser humano, permitiendo mejorar y en algunos casos cambiar aspectos del desarrollo de la vida, incorporando las técnicas de reproducción asistida, donde Valdés (2017)⁵ señala que “*la inseminación artificial*” mantiene la “*primacía*” dentro de éstas técnicas por “*la extensión de su uso*”, mientras que “*la fertilización in*

¹ Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española*. 23.ª ed. Madrid, España. Recuperado de <https://dle.rae.es/?id=9i4WdJv>

² Cabrera Gámez, Maite. (2016). Endocrinología y reproducción. *Revista Cubana de Endocrinología*, 27(1) Recuperado de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1561-29532016000100001&lng=es&tlng=es

³ Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española*. 23.ª ed. Madrid, España. Recuperado de <https://dle.rae.es/?id=J9v9ovs>

⁴ Menéndez Guerrero, Gilberto Enrique, Navas Cabrera, Inocencia, Hidalgo Rodríguez, Yusleidy, & Espert Castellanos, José. (2012). El embarazo y sus complicaciones en la madre adolescente. *Revista Cubana de Obstetricia y Ginecología*, 38(3), 333-342. Recuperado de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0138-600X2012000300006

⁵ Valdés Díaz, Caridad del Carmen. (2017). El acceso a algunas técnicas de reproducción humana asistida: "Crónica de una vida anunciada". *Revista IUS*, 11(39) Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100003&lng=es&tlng=es

vitro” es “la base de otras modalidades más específicas”, sin embargo la “maternidad subrogada” resulta “de las más polémicas”, dado que “genera más reparos en cuanto a su utilización”.

Considerada la “gestación subrogada” como una técnica de reproducción asistida, Rodríguez y Martínez (2012) indica;

“la figura de la subrogación, la cual puede dividirse en tradicional y gestacional. La primera se presenta cuando una mujer acepta quedar embarazada con la esperma de un hombre casado, y luego, una vez que se produzca el nacimiento del bebé fruto de ese procedimiento, se entiende que los padres del recién nacido son el hombre y su esposa. Por su parte, la subrogación gestacional existe cuando la esperma de un hombre casado se integra con el ovocito o huevo de su esposa, y el embrión que resulta de dicho procedimiento se implanta posteriormente en el útero de otra mujer. Estas modalidades también se conocen con el nombre de subrogación parcial y subrogación total”¹.

Si bien autores como Valdés (2017)² antes mencionado y Emaldi (2017)³ señalan a la “gestación subrogada” y la “maternidad subrogada” como la misma figura, se debe indicar que son conceptualizaciones diferentes, como indica Notrica, Cotado y Curti (2017)⁴ “No se debe llamar “maternidad subrogada” por cuanto la maternidad engloba una realidad mucho más extensa que la gestación. En estos casos, la maternidad no se subroga, sino la gestación, es decir, se gesta para otros”, por tanto lo indicado sería referirse a este procedimiento como gestación subrogada.

También se debe realizar la distinción al hablar de gestación subrogada y vientre de alquiler, donde el presidente de la Sociedad Chilena de Obstetricia y Ginecología de Chile, Ricardo Pommer⁵, señala “*Quienes hacemos medicina reproductiva hacemos una diferencia bastante importante*”, agregando “*Cuando se trata de personas que quieren tener un hijo, pero no llevar un embarazo, (...), en ese caso se opta “por arrendar un útero”, a lo que se le llama “vientre del alquiler”, mientras que “Distinto es quien quiere (hijos), pero no puede (concebir)”, (...), a eso “le llamamos útero subrogado”*”.

¹ Rodríguez-Yong, Camilo A., & Martínez-Muñoz, Karol Ximena. (2012). El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense. *Revista de derecho (Valdivia)*, 25(2), 59-81. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000200003>

² Valdés Díaz, Caridad del Carmen. (2017). El acceso a algunas técnicas de reproducción humana asistida: “Crónica de una vida anunciada”. *Revista IUS*, 11(39) Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100003&lng=es&tlng=es

³ Emaldi Cirión, Aitziber. (2017). Implicaciones éticas y jurídicas de la maternidad subrogada. Aproximación a una visión europea. *Acta bioethica*, 23(2), 227-235. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2017000200227

⁴ Notrica, Federico, Cotado, Francisco, & Curti, Patricio Jesús. (2017). La figura de la gestación por sustitución. *Revista IUS*, 11(39) Recuperado en 11 de mayo de 2019, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100008&lng=es&tlng=es

⁵ Cooperativa. (2018). Vientres de alquiler y maternidad subrogada: La situación en Chile. Recuperado de <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/salud/vientres-de-alquiler-y-maternidad-subrogada-la-situacion-en-chile/2018-09-10/193813.html>

El procedimiento de gestación subrogada se produce al practicar una inseminación artificial o fecundación in vitro donde su principal característica es *“el empleo de otro vientre y no el de la que desea la reproducción debido a la práctica de una histerectomía, a la carencia congénita de ovarios o de útero (síndrome de Rokitanski), a anomalías en la matriz e incluso la presencia de una enfermedad grave que desaconseje el embarazo”*, como también cuando se trata de *“personas solteras y parejas homosexuales”*, según señala Martínez Martínez (2015)¹, que dependiendo de la aportación de gametos puede ser de dos modalidades, la primera se puede llamar *“Subrogación total, plena o tradicional”*, donde la mujer que realiza la gestación subrogada *“es inseminada y aporta sus propios óvulos, pero después de la gestación y el parto entrega al producto de la concepción. Normalmente se insemina con el esperma del padre comitente, pero también puede ser el esperma de un donante”*, la segunda es llamada *“Subrogación parcial o gestacional”*, método que consiste en implantar los gametos la mujer que realiza la gestación subrogada *“mediante fertilización in vitro. Da lugar a que el óvulo pueda pertenecer a la madre comitente o a una donante, pero no a la gestante, mientras que el esperma puede ser aportado por el padre comitente o un donante”*.

En el proceso de *“gestación subrogada”* intervienen; los padres de intención, quienes independiente de su estado civil, manifiestan su clara intención de ser padres, quienes por diferentes motivos no pueden serlo a través de un embarazo natural, también interviene la mujer gestante, quien facilita su vientre para gestar, pudiendo ser subrogación tradicional, aportando material genético (óvulos) y subrogación gestacional, donde un óvulo fecundado es implantado en su vientre.

II. Técnicas de Reproducción Asistida

Con el nacimiento de Louise Brown el año 1978, la primer bebé de probeta en Gran Bretaña, comienza una revolución en la biología, donde los doctores Patrick Steptoe (ginecólogo) y Robert Eduardo (fisiólogo) logran éxito, luego de fecundar in vitro de óvulos de su madre, Leslie Brown y el esperma de su padre, John Brown, seguido de la transferencia embrionaria, indicando con esto que ya no es necesario el acto sexual para la reproducción humana, sino procedimientos técnicos que la permiten.

¹ Martínez Martínez (2015). Maternidad Subrogada: Una mirada a su regulación en México. *Dikaion Revista de Fundamentación Jurídica*, 24(2), 353-382. Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-89422015000200007&lng=en&nrm=iso&tlng=es.

En Chile, el primer caso producto de técnicas de reproducción asistida se registra en el año 1985, con el nacimiento de Aliro, primer niño nacido bajo éstas técnicas, logro efectuado por un equipo médico bajo el mando Dr. Alberto Costoya Arrigoni.

La reproducción asistida han logrado un gran avance en las últimas décadas, desarrollando nuevas técnicas en reproducción, como señala Valdés (2017)¹ “*Dado el desarrollo científico alcanzado en este campo, se utilizan diferentes variantes de esas técnicas en la actualidad.*”, mencionando entre ellas;

*“la inseminación artificial homóloga (IAH), la heteróloga (IAD) e intraperitoneal (IAI); fecundación in vitro, con transplantes de embriones (FIVTE); transferencia intrauterina de gametos (TIG), transferencia de cigotos (preembriones en los primeros estadios de la fecundación) a las trompas de Falopio (ZIFT, por sus siglas en inglés), transferencia de embriones a las trompas de Falopio en estadios más avanzados de desarrollo (TET); inyección intracitoplasmática (ICSI), la transferencia de pronúcleos a las trompas de Falopio (Prost), la colocación de ovocitos y espermatozoides en el útero (Toast) y la maternidad subrogada.”*²

Entre los primeros casos de “*gestación subrogada*” documentados, encontramos “*El primer acuerdo de maternidad subrogada en donde se involucró la inseminación artificial que fue documentado, ocurrió en 1976*”³, en Dearborn, Michigan, Estados Unidos, donde el abogado Noel Keane “*creo la Surrogate Family Service Inc. para ayudar a parejas con dificultades para concebir facilitándole el acceso a madres sustitutas y realizando los arreglos necesarios para la subrogación*”.

Posterior a esto en el Reino Unido el 04 de enero de 1985 la ciudadana británica Kim Cotton pare una niña concebida con sus óvulos y el esperma de un hombre anónimo, cuya esposa era infértil, recibiendo £ 6500 (6500 libras esterlinas) por actuar como sustituta, en lo que fue condenado como un “*trato de bebé por dinero en efectivo*” según indica Alghrani y Griffiths

¹ Valdés Díaz, Caridad del Carmen. (2017). El acceso a algunas técnicas de reproducción humana asistida: “Crónica de una vida anunciada”. *Revista IUS*, 11(39) Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100003

² FIV: La fecundación in vitro (FIV) es una técnica por la cual la fecundación de los ovocitos por los espermatozoides se realiza fuera del cuerpo de la madre. ICSI. Estas siglas significan inyección intracitoplasmática de espermatozoides. En algunos casos de infertilidad masculina, cuando los espermatozoides ha perdido su capacidad de fecundar, es posible en el laboratorio microinyectar el espermatozoide en el ovocito. Inseminación Artificial: consiste en el depósito de espermatozoides en la mujer mediante instrumental especializado y utilizando técnicas que reemplazan a la copulación con el fin de lograr la gestación. Inseminación Intrauterina: es una técnica médicamente asistida que consiste en depositar espermatozoides capacitados (es decir, seleccionados y mejorados) dentro de la cavidad uterina (matriz). Es una variedad de la Inseminación artificial. Transferencia embrionaria: procedimiento mediante el cual uno o varios embriones son introducidos en la cavidad uterina mediante un catéter atraumático a través del cuello del útero. Cigoto: (o Zigoto) es la célula resultante de la unión del gameto masculino (espermatozoide) con el gameto femenino (óvulo) en la reproducción sexual de los organismos. Gametos: son las células germinales implicadas en la reproducción (espermatozoides y ovocitos). El ovocito maduro (llamado huevo) es fertilizado por el espermatozoide formando un cigoto, que se dividirá para formar el embrión. Embrycenter (2018). Glosario de términos sobre Reproducción Asistida. Recuperado de <https://embryocenter.es/glosario-terminos-reproduccion-asistida/>

³ Camacho, J. M. (2009). Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. *Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*. Recuperado de <https://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>

(2017)¹, situación que desencadena una causa legal, siendo “*en realidad el segundo caso de subrogación ante los tribunales británicos; el primero habiendo ocurrido unos nueve años antes, en 1976*”, indicando en la sentencia “*problemas difíciles y delicados de la ética, la moral y la conveniencia social planteados por subrogación*”, generando este caso una normativa pionera en la materia en el Reino Unido, la llamada “*Ley de Acuerdos de Subrogación de 1985*” en inglés “*Surrogacy Arrangements Act (SAA) 1985*”², donde las disposiciones se basaron en “*las recomendaciones de la Comisión de Encuesta sobre Derechos Humanos, Fertilización y embriología en 1984*”, del Comité Warnock que “*se preocupó por los riesgos de la explotación comercial de la subrogación*”, recomendando introducir tipificado como delito en la legislación “*la creación y la operación en el Reino Unido de agencias cuyos fines fueran incluir el reclutamiento de mujeres para el embarazo de sustitución o hacer arreglos para individuos o parejas que deseen utilizar los servicios de una madre portadora*”, originando con esto que la práctica de la gestación subrogada sea legal en el Reino Unido, no obstante esté prohibida su explotación comercial.

I.II. Marco legal de técnicas de reproducción asistida en Chile.

En Chile, sobre las técnica de reproducción asistida, el Código Civil hace referencia a estos procedimientos, pero solo en lo referente a la filiación, señalando en el artículo 182³ “*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*”, agregando “*No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta*”.

No obstante lo anterior, la primera norma en la materia, está contenida en la Resolución Exenta 1.072⁴ del Ministerio de Salud de 1985, que dicta “*Normas Aplicables a la Fertilización in Vitro y la Transferencia Embrionaria*”, siendo la única referencia normativa para estos procedimientos, donde en su artículo 4 se indica “*Estos procedimientos constituyen una modalidad terapéutica más cuyo fin superior es el de resolver la ausencia de hijos en parejas humanas en las cuales diversas afecciones y situaciones contrarias al natural desarrollo de la vida, impiden la concepción*”. Esta resolución nace considerando tres elementos, el primero dice relación con “*la garantía constitucional del derecho a la vida y la protección de la vida del que*

¹ Alghrani, A., & Griffiths, D. (2017). The regulation of surrogacy in the United Kingdom: the case for reform. *Child and Family Law Quarterly*, 29(2), 165-86. Recuperado de http://sro.sussex.ac.uk/id/eprint/68402/4/2017_02_CFLQ_165_Griffiths.pdf

² Alghrani, A., & Griffiths, D. (2017). The regulation of surrogacy in the United Kingdom: the case for reform. *Child and Family Law Quarterly*, 29(2), 165-86. Recuperado de http://sro.sussex.ac.uk/id/eprint/68402/4/2017_02_CFLQ_165_Griffiths.pdf

³ Código Civil. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, última actualización 22 de septiembre de 2005. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986>

⁴ Ministerio de Salud. (1985). Normas Aplicables a la Fertilización in Vitro y la Transferencia Embrionaria. Departamento de Asesoría Jurídica. Resolución Exenta 1.072. Recuperado de http://juridico1.minsal.cl/RESOLUCION_1072_85.doc

está por nacer, que prevé el artículo 19°, N° 1 de la Constitución Política de la República”, donde se indica que “incluye el derecho a procrear y, consecuentemente, el acceso a los medios médicos para superar las causas que impiden o dificultan la concepción”, el segundo se centra en el desarrollo creciente de 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, que despiertan variadas expectativas en las potenciales parejas beneficiarias”, y el tercero en la “conveniencia de orientar apropiadamente a los organismos afectos a la función normativa de este Ministerio y, por su intermedio, a la opinión pública y la comunidad, esta Secretaría de Estado estima oportuno emitir la siguiente”.

Durante el año 2006 se promulga la ley N° 20.120¹, “*Sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana*”, donde se considera para su formulación que “*la investigación científica biomédica es una actividad indispensable para el progreso de las ciencias de la salud y, por ende, para el bienestar de la sociedad*”, sin embargo “*la libertad para llevar a cabo actividades de investigación científica biomédica con seres humanos tiene como límite el respeto de los derechos humanos y libertades esenciales que emanan de la naturaleza humana*”, los que están consagrados y “*reconocidos tanto por la Constitución Política de la República, como por los tratados internacionales vigentes ratificados por Chile*”.

La Ley N° 20.120 pudiera obstaculizar algunos procesos propios de la técnicas de reproducción asistida, de acuerdo con lo señalado en el Primer Informe Salud Sexual Salud Reproductiva y Derechos Humanos En Chile², que señala “*Debido a la ley, parejas con embriones sobrantes no tienen la posibilidad de desechar o donarlos a la investigación en el caso que no quieran usarlos ellos mismos, o en caso de divorcio o separación*”, señalando el mismo informe que “*el código civil protege la vida desde concepción*”, por lo cual la ley prohíbe la “*destrucción de embriones para la obtención de células troncales*”, obligando a las parejas a “*donar sus embriones a otra pareja o mantenerlos congelados indefinidamente*”, implicando un alto costo, resultando que “*la realidad actual de Chile es que el acceso a estos tratamientos depende casi exclusivamente de la capacidad económica de las parejas*”.

¹ Ley N° 20.120. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 22 de septiembre de 2006. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=253478&r=1>

² Dides Castillo, C., D'Angelo, A., Canales, J., & Fernández, C. (2016). Primer Informe Salud Sexual, Salud Reproductiva y Derechos Humanos en Chile. Estado de la situación 2016. Recuperado de http://www.mileschile.cl/documentos/Informe_DDSSRR_2016_Miles.pdf

Por otra parte el año 2015 el Ministerio de Salud a través de la Subsecretaría de Salud Pública División Prevención y Control de Enfermedades Departamento de Ciclo Vital, en su Programa Nacional Salud de la Mujer – 2015, realiza una Guía para el Estudio y Tratamiento de la Infertilidad¹, que “*pretende establecer recomendaciones de acciones preventivas, diagnósticas, terapéuticas y definir un modelo de atención de la Red Asistencial, para enfrentar la Infertilidad y otras formas de discapacidad reproductiva, con el objetivo de lograr una implementación gradual de este modelo*”, considerando que la infertilidad en Chile “*afecta a 12-15% de la población chilena en edad reproductiva, estimándose que su incidencia aumente al postergar la maternidad persiguiendo mejores estándares personales y/o profesionales*” según indica Furman y Ventura. (2017)², en su artículo “*Calidad de vida de parejas infértiles en el sector público de Chile*”.

En dicho documento se indica que el Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida de El Comité Internacional de Vigilancia de Tecnologías Reproductivas Asistidas (ICMART por sus siglas en inglés) y la Organización Mundial de la Salud define la Reproducción Médicamente Asistida como “*La Reproducción lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada (EOC), desencadenamiento de la ovulación, técnicas de reproducción asistida (TRA), inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen del esposo/pareja o un donante*”³.

En el caso de Chile las técnicas en medicina reproductiva, están clasificadas en Terapias de Reproducción Médicamente Asistida de Baja Complejidad, a decir Estimulación Ovárica Controlada (EOC) e Inseminación Artificial (IA) y Terapias de Reproducción Médicamente Asistida de Alta Complejidad Terapéutica.

Sobre las técnicas de baja complejidad, la Guía para el Estudio y Tratamiento de la Infertilidad⁴ indica que la inseminación artificial “*consiste en el depósito instrumental de semen del esposo/pareja (IAH: inseminación artificial homóloga) o de un donante (IAD), procesado en el laboratorio para mejorar su calidad, en el aparato genital femenino con el fin de conseguir*

¹ Ministerio de Salud. (2015). Guía para el Estudio y Tratamiento de la Infertilidad Programa Nacional Salud de la Mujer – 2015. Subsecretaría de Salud Pública. División Prevención y Control de Enfermedades. Departamento de Ciclo Vital. Recuperado de [https://www.minsal.cl/sites/default/files/files/GUIA%20PARA%20EL%20ESTUDIO%20Y%20TRATAMIENTO%20DE%20LA%20INFERTILIDAD_2015%20FF\(1\).pdf](https://www.minsal.cl/sites/default/files/files/GUIA%20PARA%20EL%20ESTUDIO%20Y%20TRATAMIENTO%20DE%20LA%20INFERTILIDAD_2015%20FF(1).pdf)

² Furman, Irene, & Charlin, Ventura. (2017). Calidad de vida de parejas infértiles en el sector público de Chile. *Revista médica de Chile*, 145(11), 1378-1386. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872017001101378

³ Ministerio de Salud. (2015). Guía para el Estudio y Tratamiento de la Infertilidad Programa Nacional Salud de la Mujer – 2015. Subsecretaría de Salud Pública. División Prevención y Control de Enfermedades. Departamento de Ciclo Vital. Recuperado de [https://www.minsal.cl/sites/default/files/files/GUIA%20PARA%20EL%20ESTUDIO%20Y%20TRATAMIENTO%20DE%20LA%20INFERTILIDAD_2015%20FF\(1\).pdf](https://www.minsal.cl/sites/default/files/files/GUIA%20PARA%20EL%20ESTUDIO%20Y%20TRATAMIENTO%20DE%20LA%20INFERTILIDAD_2015%20FF(1).pdf)

⁴ Ministerio de Salud. (2015). Guía para el Estudio y Tratamiento de la Infertilidad Programa Nacional Salud de la Mujer – 2015. Subsecretaría de Salud Pública. División Prevención y Control de Enfermedades. Departamento de Ciclo Vital. Recuperado de [https://www.minsal.cl/sites/default/files/files/GUIA%20PARA%20EL%20ESTUDIO%20Y%20TRATAMIENTO%20DE%20LA%20INFERTILIDAD_2015%20FF\(1\).pdf](https://www.minsal.cl/sites/default/files/files/GUIA%20PARA%20EL%20ESTUDIO%20Y%20TRATAMIENTO%20DE%20LA%20INFERTILIDAD_2015%20FF(1).pdf)

una gestación”, agregando que la inseminación artificial “puede ser vaginal, cervical o intrauterina, siendo esta última la más utilizada”, conjuntamente a lo anterior para mejorar su efectividad “se puede asociar a un protocolo de estimulación ovárica controlada (EOC), si bien se debe tener presente e informar a la pareja del mayor riesgo de embarazo múltiple asociado a esta intervención”. Cabe mencionar que la Guía para el Estudio y Tratamiento de la Infertilidad señala que “La mayoría de los embarazos se consigue en los tres primeros ciclos de tratamiento, después de lo cual la efectividad disminuye drásticamente hasta hacerse mínima después de 6 ciclos. Si después de tres ciclos realizados en óptimas condiciones no se logra gestación, las TRA representan una alternativa diagnóstico-terapéutica”.

En cuanto a las técnicas de alta complejidad la Guía para el Estudio y Tratamiento de la Infertilidad¹, se indica que las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) son *“Todos los tratamientos o procedimientos que incluyen manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo”* agregando que *“incluye, pero no está limitado sólo a la fecundación in vitro (FIV) y la transferencia embrionaria (TE), la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos o embriones, y el útero subrogado”,* dejando claramente expreso que las técnicas de reproducción asistida *“no incluyen la inseminación artificial”*. Se indica igualmente que las técnicas de reproducción asistida *“constituyen tratamientos de alta complejidad que requieren personal especializado, infraestructura y equipamientos apropiados con capacidad de funcionar siete días a la semana en los periodos en que se realizan ciclos terapéuticos”*.

Sobre las personas que pueden acceder a las técnicas de reproducción asistida la Guía para el Estudio y Tratamiento de la Infertilidad² indica que *“Las personas que requieran de esta tecnología, idealmente debieran ser evaluadas en diferentes instancias de la red asistencial y luego derivadas a centros de alta complejidad certificados para realizar TRA”,* agregando que la certificación será *“otorgada por un equipo conformado por representantes del Ministerio de Salud (MINSAL) y la Sociedad Chilena de Medicina Reproductiva (SOCMER) siguiendo los procedimientos desarrollados por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida en adelante (REDLARA).”*

¹ Ministerio de Salud. (2015). Guía para el Estudio y Tratamiento de la Infertilidad Programa Nacional Salud de la Mujer – 2015. Subsecretaría de Salud Pública. División Prevención y Control de Enfermedades. Departamento de Ciclo Vital. Recuperado de [https://www.minsal.cl/sites/default/files/files/GUIA%20PARA%20EL%20ESTUDIO%20Y%20TRATAMIENTO%20DE%20LA%20INFERTILIDAD_2015%20FF\(1\).pdf](https://www.minsal.cl/sites/default/files/files/GUIA%20PARA%20EL%20ESTUDIO%20Y%20TRATAMIENTO%20DE%20LA%20INFERTILIDAD_2015%20FF(1).pdf)

² Ministerio de Salud. (2015). Guía para el Estudio y Tratamiento de la Infertilidad Programa Nacional Salud de la Mujer – 2015. Subsecretaría de Salud Pública. División Prevención y Control de Enfermedades. Departamento de Ciclo Vital. Recuperado de [https://www.minsal.cl/sites/default/files/files/GUIA%20PARA%20EL%20ESTUDIO%20Y%20TRATAMIENTO%20DE%20LA%20INFERTILIDAD_2015%20FF\(1\).pdf](https://www.minsal.cl/sites/default/files/files/GUIA%20PARA%20EL%20ESTUDIO%20Y%20TRATAMIENTO%20DE%20LA%20INFERTILIDAD_2015%20FF(1).pdf)

En cuanto a las Técnicas de Reproducción Asistida, se indica que los procedimientos a realizar en estos centros de alta complejidad son; “*fertilización in vitro (FIV), inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), criopreservación de gametos, vitrificación de embriones en desarrollo y blastocistos, Transferencia intra tubaria de gametos (GIFT), de óvulos micro-inyectados (SOFT) y de cigotos y embriones.*”, incluyendo además “*la transferencia intrauterina de embriones en desarrollo y de blastocistos.*”. Se deja establecido que “*Estos procedimientos pueden realizarse con gametos que pertenecen a ambos miembros de la pareja (autólogos) o con gametos donados (heterólogos).*”

II. MATERNIDAD.

La maternidad durante la historia de la especie humana, ha estado ligada a un conjunto de creencias y constructos culturales ligados a la mujer y la crianza, no obstante la procreación y el acto de concebir está íntimamente ligado a su conceptualización, no obstante lo anterior la Real Academia Española define la maternidad como “*f. Estado o cualidad de madre.*”¹, ya que si bien el término “*madre*”² se señala como “*f. Mujer o animal hembra que ha parido a otro ser de su misma especie.*” y “*f. Mujer o animal hembra que ha concebido.*”, también lo indica como “*f. Mujer que ejerce las funciones de madre.*”, separándolo del acto propio de la concepción, en algunos casos.

Junto con la evolución de la sociedad humana, ha ido evolucionado la maternidad, donde en las primeras instancias de la civilización esta se ejercía tempranamente, hoy “*existe cierta controversia en la precisión de la edad óptima para ser madre*” señala Martínez-Galiano (2016)³, agregando que “*Desde un punto de vista fisiológico, hay expertos que la sitúan en un rango que va desde los 18 hasta los 30 años, aunque otros autores (...) desde los 20 hasta los 35 años, e incluso (...) los 35 o los 40 años*”, situación que podría estar cambiando, ya que también indica que “*Tal vez por la actual situación económica y el aumento de la utilización de las técnicas de reproducción asistida, los embarazos en mujeres mayores de 40 años han aumentado en los últimos años*”, dando cuenta que las técnicas de reproducción asistida están presentando un cambio en el ejercicio de la maternidad.

¹ Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española*. 23.ª ed. Madrid, España. Recuperado de <https://dle.rae.es/?id=ObhmSF0>

² Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española*. 23.ª ed. Madrid, España. Recuperado de <https://dle.rae.es/?id=NpxaH7S>

³ Martínez-Galiano, Juan Miguel. (2016). La maternidad en madres de 40 años. *Revista Cubana de Salud Pública*, 42(3), 451-458. Recuperado de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-34662016000300012&lng=es

II.I. Marco legal de la maternidad en Chile.

En Chile la maternidad está contenida en el artículo 183¹ del Código Civil, que indica “*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*”, agregando “*En los demás casos la maternidad se determina por reconocimiento o sentencia firme en juicio de filiación, según lo disponen los artículos siguientes*”. Junto a lo anterior se indica en el artículo 185 “*La filiación matrimonial queda determinada por el nacimiento del hijo durante el matrimonio de sus padres, con tal que la maternidad y la paternidad estén establecidas legalmente en conformidad con los artículos 183 y 184, respectivamente*”, toda vez que el artículo 102 del Código Civil indica “*El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente.*”

También es importante señalar que la ley en Chile posibilita determinar la maternidad en algunos casos, ya que el artículo 195² del Código Civil señala “*La ley posibilita la investigación de la paternidad o maternidad, en la forma y con los medios previstos en los artículos que siguen.*”, donde el juez podrá acoger una demanda de determinación de maternidad, ordenando una prueba pericial, de acuerdo con el artículo 199³ del Código Civil que señala “*Las pruebas periciales de carácter biológico se practicarán por el Servicio Médico Legal o por laboratorios idóneos para ello, designados por el juez.*”

De acuerdo con lo indicado anteriormente, nuestra legislación contempla investigar la maternidad y para ello se puede ordenar una prueba pericial de carácter biológico, de acuerdo a determinación judicial, esto se puede ver en el fallo del 08 de Enero de 2018 en Causa C-7246-2017⁴ “*Demanda de Impugnación y Reclamación de maternidad*” la Jueza Macarena Rebolledo Rojas, del Segundo Juzgado de Familia de Santiago, que acoge “*las demandas de impugnación y reclamación de paternidad incoadas por la demandante, de tal manera de hacer efectivo el ejercicio de su derecho a procrear y el derecho a la identidad de las niñas*”, el caso versa sobre la demanda de impugnación de maternidad y reclamación de paternidad de los aportantes del embrión fecundados in vitro que fueron gestados por subrogación, en este caso, quien facilita el vientre para la gestación es la madre de quién demanda la impugnación de maternidad, resultado

¹ Código Civil. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, última actualización 22 de septiembre de 2005. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986>

² Código Civil. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, última actualización 22 de septiembre de 2005. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986>

³ Código Civil. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, última actualización 22 de septiembre de 2005. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986>

⁴ Véase fallo dictado por Macarena Rebolledo Rojas, Jueza Titular Segundo Juzgado De Familia De Santiago. Rit C-7246-2017, de fecha 08/01/2018.-

que las niñas nacidas producto de la gestación por subrogación, al momento del parto figuran como hijas de quien facilita el vientre de acuerdo con el artículo 183 del Código Civil, figurando como hermanas legales de quien aporta el óvulo para su concepción, posterior a la resolución que impugna la maternidad, quedan como nietas de quien facilita el vientre e hijas legales de la madre y padre biológicos, este fallo es inédito en la materia en Chile. En dicho caso la prueba pericial ofrecida señala *“Pericia biológica de ADN realizada a las partes, por el laboratorio Biogenetics, de fecha 30 de noviembre de 2017, realizado a la demandante, a la demandada, al padre de las niñas y a las niñas, en que se establece una probabilidad de maternidad de 99,999999%, entre las niñas y (...), que corresponde a maternidad biológica acreditada. Con respecto a los resultados entre las niñas y la demandada (...), el resultado es exclusión de maternidad biológica”*.

CAPÍTULO 2: REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA

I. ESTADO DEL ARTE

De acuerdo con los antecedentes incorporados en el capítulo anterior, la gestación subrogada constituye una de las técnicas de reproducción asistida, que de acuerdo con lo señalado en el Primer Informe Salud Sexual Salud Reproductiva y Derechos Humanos En Chile¹ no estaría regulado, dado que indica *“El Estado de Chile no regula la fertilización asistida ni las técnicas de reproducción asistida”*.

En la actualidad existen dos proyectos de Ley sobre la materia en Chile, el primero *“Regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida”* y el segundo *“modifica el Código Civil para determinar la identidad de niños y niñas nacidos en gestación subrogada”*.

II. PROYECTOS DE LEY

Sobre la materia, existen en Chile dos proyectos de ley, ingresando el primero con fecha 10 de enero de 2018 al primer trámite constitucional de acuerdo a Boletín N° 11576-11², revisado en Proyectos de Ley, Cámara de Diputados, que indica *“Regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida”*, presentados por los Senadores

¹ Dides Castillo, C., D'Angelo, A., Canales, J., & Fernández, C. (2016). Primer Informe Salud Sexual, Salud Reproductiva y Derechos Humanos en Chile. Estado de la situación 2016. Recuperado de http://www.mileschile.cl/documentos/Informe_DDSSRR_2016_Miles.pdf

² Cámara de Diputados (2019). *Regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida* (Boletín N°11576-11). Recuperado de https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=12092&prmBoletin=11576-11

Alvarado, Carvajal, Ceroni, Cicardini, Farcas, Hernando, Mirosevic, Monsalve y Núñez, pasando con fecha 18 de enero de 2018 a Comisión de Salud, mientras que el segundo proyecto de ley ingresa con fecha 12 de septiembre de 2018 al primer trámite constitucional de acuerdo a Boletín N° 12.106-07¹, revisado en Proyectos de Ley, Cámara de Diputados, que señala “*Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señoras Rincón y Provoste, y señores Harboe y Pizarro, que modifica el Código Civil para determinar la identidad de niños y niñas nacidos en gestación subrogada*”, posterior a esto con fecha 25 de Septiembre de 2018 pasa a Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, estando en este momento ambos proyectos en tramitación.

I.I.I. Proyecto de Ley Boletín N° 11.576-11 Comisión de Salud

Con fecha 10 de enero de 2018 ingresa al primer trámite constitucional un Proyecto de Ley cuyo título señala “*Regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida*”², presentado por los Senadores Alvarado, Carvajal, Ceroni, Cicardini, Farcas, Hernando, Mirosevic, Monsalve y Núñez, en el cual se indica que “*la gestación subrogada es una forma alternativa de acceder a la paternidad o maternidad de aquellas personas que no tienen otra vía para lograrlo*”, señalando además que se busca “*tener en cuenta los derechos de la mujer gestante, de los padres de intención, quienes aportan material genético y de los bebés nacidos por esta técnica*”, agregando que se deben considerar el “*interés superior del niño o niña nacidos*” incorporando a la moción “*derechos y obligaciones implicados, regulación de casos excepcionales, forma de contrato, filiación de las partes, personas que pueden acogerse a la técnica o los modelos de familia posibles, elección de la gestante y compensación a la gestante*”. En este proyecto de ley se esboza una definición de “*Gestación Subrogada o por Subrogación*” indicando expresamente;

“*Es la gestación que se lleva a cabo cuando una mujer acepta ser la gestante mediante cualquiera de la técnicas de reproducción asistida contempladas por la ley y dar a luz al hijo, hija o hijos de otra persona o personas, llamados los progenitores subrogantes*”.

También en dicho proyecto de ley se incorporan las definiciones de “*Mujer gestante por subrogación o subrogada*”, señalando que debe ser una “*mujer mayor de 25 años de edad que, pudiendo aportar material genético propio o no, acepta mediante un contrato de gestación*

¹ Cámara de Diputados (2019). *Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señoras Rincón y Provoste, y señores Harboe y Pizarro, que modifica el Código Civil para determinar la identidad de niños y niñas nacidos en gestación subrogada* (Boletín N° 12.106-07). Recuperado de https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=12624&prmBoletin=12106-07

² Cámara de Diputados (2019). *Regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida* (Boletín N°11576-11). Recuperado de https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=12092&prmBoletin=11576-11

subrogada, someterse a técnicas de reproducción asistida”, agregando expresamente que “en ningún momento, se establezca vínculo de filiación entre la mujer gestante y el niño, niña o niños que pudieran nacer”, junto a lo anterior se incorpora la definición de “Progenitor o progenitores subrogantes” indicando que es “la persona o personas mayores de 25 años de edad que acceden a la paternidad o a la maternidad mediante la gestación por subrogación, pudiendo aportar su propio material genético o aceptar una donación”.

Dicho proyecto de ley también contiene en el capítulo II indicaciones para las *“Partes intervinientes y Contrato de Gestación por Subrogación”*, finalmente señala que se podrá implementar un *“Registro de Gestación por Subrogación”* donde *“se inscribirán voluntariamente las mujeres que deseen ser gestantes por subrogación y quienes deseen ser progenitores subrogados, para ello deben cumplir los requisitos establecidos en esta Ley”*. Este proyecto pasa con fecha 18 de enero de 2018 a Comisión de Salud, encontrándose actualmente en tramitación.

Este proyecto nace en la necesidad de que *“es un tema importante para esta legislatura, ya que más temprano que tarde debemos afrontar la regulación de esta nueva realidad social y establecer un marco regulatorio mínimo para evitar que haya un mercado”*, agregando que existe la necesidad de regularlo para que *“se convierta en un negocio el encargo de una gestación y se vulneren los derechos de las mujeres, sobre todo considerando las recientes polémicas que se han generado en el mundo respecto de casos de personas que han recurrido al útero subrogado”*.

Este proyecto¹ también indica la necesidad de prever el riesgo en el proceso, toda vez que señala *“se corre el riesgo de que durante el embarazo la mujer altruista cambie de opinión y quiera conservar el bebé como su hijo una vez que nazca”*, como también *“Otra posibilidad de riesgo, es que el bebé desarrolle alguna enfermedad durante la gestación o tenga alguna enfermedad congénita y que los padres biológicos decidan no tenerlo y lo entreguen en adopción”* o también puede ocurrir que *“una vez nacido y entregado el bebé a sus padres genéticos, tiempo después la madre que prestara su útero acuda a tribunales para pedir se le devuelva a su hijo o hija, estando arrepentida de haberlo entregado”*, es por esto que el proyecto de ley indica que de acuerdo a lo descrito es necesario *“contar con una legislación de fondo sobre filiación y contratos que prevean y regulen aquellos casos como los descritos”*, agregando que dichos

¹ Cámara de Diputados (2019). *Regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida* (Boletín N°11576-11). Recuperado de https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=12092&prmBoletin=11576-11

contratos “*resguardan legalmente a cada una de las partes y al bebé, por ello queremos regular esta materia y ofrecer garantías a las personas*”.

En cuanto a la filiación, este proyecto de ley considera que “*Los efectos de la filiación son fundamentales en la vida de las personas, se trata del conjunto de derechos y obligaciones que derivan de la filiación*”, considerando los siguientes aspectos; “*La autoridad paterna, La patria potestad, El derecho de alimentos y Los derechos hereditarios*”.

Entre los aspectos a considerar en la regulación de la gestación subrogada, este proyecto señala los siguientes;

“Derechos y obligaciones de los implicados; Regulación de casos excepcionales, como: malformaciones o enfermedades graves en el recién nacido, fallecimiento de alguno de los futuros padres o la gestante en el transcurso del embarazo, etc.; Forma del contrato; Filiación de las partes; Personas que pueden acogerse a la técnica o los modelos de familia posibles; Elección de la gestante y Compensación a la gestante”¹.

I.I.II. Proyecto de Ley Boletín N° 12.706-07 Comisión de Constitución

Con fecha 12 de septiembre de 2018 se presenta un nuevo proyecto en la materia, el que expresa en su título “*Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señoras Rincón y Provoste, y señores Harboe y Pizarro, que modifica el Código Civil para determinar la identidad de niños y niñas nacidos en gestación subrogada*”², el que se funda en la necesidad de;

“modificar el código civil para determinar la identidad y, por ende la filiación, de los niños y niñas nacidos en gestación subrogada, ya sea solidaria o por encargo, entendiéndose que es solidaria cuando existe vínculo familiar entre las partes, con entera independencia del, juicio que a cada legislador merezca la práctica de la técnica de fertilización asistida, de fertilización in vitro, con transferencia embrionaria en una tercera persona”.

Entre las ideas matrices de este proyecto se encuentran; “*Que la identidad del niño o niña, ha de determinarse mediante una regla diferente a la de la gestación y el parto*”, que “*la asistencia prestada por una gestante subrogante, es un instrumento terapéutico que ayuda a lograr el objetivo final de procreación (...)*”, que el origen de la gestación subrogada se “*origina en una decisión procreacional de una pareja que, no obstante padecer una inviabilidad uterina o*

¹ Cámara de Diputados (2019). *Regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida* (Boletín N°11576-11). Recuperado de https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=12092&prmBoletin=11576-11

² Cámara de Diputados (2019). *Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señoras Rincón y Provoste, y señores Harboe y Pizarro, que modifica el Código Civil para determinar la identidad de niños y niñas nacidos en gestación subrogada* (Boletín N° 12.106-07). Recuperado de https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=12624&prmBoletin=12106-07

biológica para gestar a un hijo, decide tener un hijo (...)”, agregando que exista *“Voluntad inicial de pareja que se une a la voluntad de una tercera persona, mujer apta para gestar, que libre y voluntariamente decide colaborar con esta pareja para dar viabilidad a su voluntad procreacional.”*, que el acuerdo es *“título altruista o gratuito, sin pactar una contraprestación económica alguna entre las partes a cambio de la subrogación del útero”*, no obstante lo anterior *“no impide que la pareja que ha decidido tener un hijo por medio de un útero subrogado costee los gastos propios de un embarazo y un parto.”*, señalando expresamente que este proyecto;

*“tiene como objeto regular la identidad de los niños nacidos, sólo, como producto de los acuerdos de gestación subrogada, ya sea solidaria o por encargo, pues no está dentro de la filosofía de base del mismo, potenciar ni promover en modo alguno la gestación subrogada como una práctica lucrativa, ni convertir la capacidad gestante de la mujer ni el nacimiento de hijos en objetos de comercio.”*¹

Entre las definiciones encontradas en este proyecto de ley tenemos *“Gestora subrogante”* es aquella *“persona que libre, voluntaria y solidariamente, consiente en asistir a una pareja en su procreación mediante la fertilización in vitro con transferencia embrionaria en su útero, a título gratuito, (...)”*, indicando en cuanto a la filiación que *“La gestora subrogante no adquiere por la gestación subrogada derecho alguno de filiación con el niño o niña gestado”* y en cuanto al contrato que *“podrá ejercer y reclamar los derechos de tipo pecuniario que le correspondan de acuerdo a la legislación vigente a fin de obtener el resarcimiento de los gastos en que incurra producto del embarazo y el parto”*, señalando expresamente *“si los mismos no fueren cubiertos por los padres del hijo gestado”*. Este proyecto de ley con fecha 25 de Septiembre de 2018 pasa a Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, estando en este momento en tramitación

Este proyecto² considera entre las necesidades para legislar en la materia, el hecho que las resoluciones de los tribunales de familia *“están conociendo de un creciente número de demandas de reclamación e impugnación de maternidad, originadas en la falta de regulación de la identidad de los niños nacidos en virtud de esta técnica de reproducción humana asistida”*, señalando igualmente que éstas *“presentan una disimilitud tal de criterios que en Chile está ocurriendo una tercera vulneración de derechos fundamentales de los niños, esta vez, por un*

¹ Cámara de Diputados (2019). Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señoras Rincón y Provoste, y señores Harboe y Pizarro, que modifica el Código Civil para determinar la identidad de niños y niñas nacidos en gestación subrogada (Boletín N° 12.106-07). Recuperado de https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=12624&prmBoletin=12106-07

² Cámara de Diputados (2019). Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señoras Rincón y Provoste, y señores Harboe y Pizarro, que modifica el Código Civil para determinar la identidad de niños y niñas nacidos en gestación subrogada (Boletín N° 12.106-07). Recuperado de https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=12624&prmBoletin=12106-07

tratamiento judicial discriminatorio, al que hay que poner fin”, esto último genera “una grave falta de certeza jurídica para padres y madres; pero, sobre todo, expone a la vulneración de sus derechos a los niños y niñas nacidos gracias a este procedimiento”.

Es necesario precisar que este proyecto¹ de Ley considera tres cuestiones de *“relevancia jurídica e incidentes en una posible vulneración de los derechos a la identidad y a la consideración primordial del interés superior de niños y niñas”, que se encuentran presentes “a raíz del uso de la técnica de fertilización in vitro con transferencia embrionaria en una tercera persona”.*

La primera consideración dice relación con *“La cuestión que el derecho comparado denomina "pacto de maternidad gestacional subrogada" que importa la polémica cuestión de la nulidad por ilicitud del objeto, y que sólo tiene asidero en los casos de pactos de gestación subrogada de tipo oneroso”,* indicando que este proyecto pretende legislar *“única y exclusivamente tratándose de gestación subrogada gratuita o altruista, en la que no se está transformando en "objetos de comercio" ni el cuerpo de la mujer que gesta a la criatura, ni a los hijos nacidos de esa gestación”.*

La segunda consideración es *“La presunción que determina la maternidad por medio del parto, que la moción busca modificar”,* indicando que *“no es propio, coherente, ni adecuado al bienestar del niño o niña, atribuir la filiación a una mujer que jamás tuvo el deseo de engendrar un hijo para sí, ni asumir las responsabilidades que de ello derivan”,* considerando que el interés superior del niño, no *“puede sacrificarse en virtud de la certeza y seguridad que, en otros momento histórico, entregaba la sola regla del parto”.*

En tercera consideración encontramos *“La cuestión del criterio que se erigirá como determinante para construir la presunción de maternidad y/o paternidad del hijo gestado producto de técnicas de fertilización in vitro con transferencia embrionaria en una tercera persona”,* por lo tanto se hace necesario *“definir el elemento esencial para la construcción de la presunción de paternidad y/o maternidad del hijo concebido mediante la aplicación de esta técnica en particular”,* siendo *“el instrumento jurídico adecuado para la determinación legal de la identidad de los niños gestados por medio de esta técnica de gestación asistida”.*

¹ Cámara de Diputados (2019). *Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señoras Rincón y Provoste, y señores Harboe y Pizarro, que modifica el Código Civil para determinar la identidad de niños y niñas nacidos en gestación subrogada* (Boletín N° 12.106-07). Recuperado de https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=12624&prmBoletin=12106-07

II. TIPOS DE GESTACIÓN SUBROGADA QUE DEBIERAN REGULARSE

Como bien señalamos anteriormente la figura de la subrogación, puede dividirse en tradicional y gestacional, siendo la gestación por subrogación tradicional cuando *“una mujer acepta quedar embarazada con la esperma de un hombre casado, y luego, una vez que se produzca el nacimiento del bebé fruto de ese procedimiento, se entiende que los padres del recién nacido son el hombre y su esposa”*, mientras que la gestación por subrogación gestacional *“existe cuando la esperma de un hombre casado se integra con el ovocito o huevo de su esposa, y el embrión que resulta de dicho procedimiento se implanta posteriormente en el útero de otra mujer.”*

No obstante lo anterior los escenarios pueden ser múltiples en cuanto a la gestación subrogada, Valdés (2017)¹ señala que *“la llamada maternidad subrogada puede adoptar diferentes supuestos”*, entre los que encontramos;

“1. Pareja heterosexual que, aportando su material genético (óvulos femeninos y esperma masculino), necesita un vientre de otra mujer que geste el producto de la concepción lograda a través de la fecundación in vitro.

2. Pareja heterosexual u homosexual en la que sólo uno de ellos aporta su material reproductor. La procreación es parcialmente heterónoma. La gestación se produce en el vientre de una mujer ajena a la pareja, que puede a su vez aportar o no sus propios óvulos.

3. Pareja heterosexual u homosexual en la cual ninguno de los miembros aporta material genético. Los gametos con los que se realiza la fecundación son ajenos a la pareja, pudiendo aportar los óvulos la mujer que realiza la gestación u otra distinta.

4. Persona sola, hombre o mujer, que, aportando o no su material genético, necesita la gestación de sustitución para el nacimiento del niño. Puede aportar los óvulos la mujer que realiza la gestación u otra distinta.”

III. REGULACIÓN DE GESTACIÓN SUBROGADA

En Chile, el Código Civil señala en el artículo 1437² que *“Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como los contratos o convenciones;”*, desarrollando en el artículo 1.438 el concepto de Contrato donde se indica *“Contrato o*

¹ Valdés Díaz, Caridad del Carmen. (2017). El acceso a algunas técnicas de reproducción humana asistida: "Crónica de una vida anunciada". *Revista IUS*, 11(39) Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100003&lng=es&tlng=es.

² Código Civil. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, última actualización 22 de septiembre de 2005. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986>

convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.”, por tanto de acuerdo con los proyectos de Ley presentados y desarrollados anteriormente se indica la presencia de esta figura legal para regular la gestación subrogada.

No obstante lo anterior, Corral (2017)¹ señala que *“no puede considerarse el acuerdo de gestación, sea o no con contraprestación, un contrato como una venta, un arrendamiento o un comodato: estamos hablando de un contrato en el que también inevitablemente el cuerpo de la mujer es incluido como objeto del negocio jurídico”*, lo que resultaría que el *“contrato es nulo por objeto ilícito, al recaer sobre un objeto intransferible”* toda vez que dicho *“acuerdo necesariamente y más allá de las intenciones de los contratantes, envuelve una cosificación de la mujer.”*, esto respondiendo a la norma legal que establece que existen bienes intransferibles, como el cuerpo humano y sus partes, que no pueden ser objeto de relaciones jurídico-privadas, no pudiendo recaer sobre ellas derechos reales ni personales, contenido en el artículo 1464² del Código Civil que indica *“Hay un objeto ilícito en la enajenación: 1º. De las cosas que no están en el comercio; 2º. De los derechos o privilegios que no pueden.”*

Si bien la Ley es taxativa en cuanto lo intransferible del cuerpo humano, en el fallo del 08 de Enero de 2018 en Causa C-7246-2017³ *“Demanda de Impugnación y Reclamación de maternidad”* de la Jueza Macarena Rebolledo Rojas, del Segundo Juzgado de Familia de Santiago, deduce que lo ilícito del contrato solo *“tienen asidero en el caso de los pactos onerosos, puesto que, en el caso de los contratos de maternidad gestacional subrogada gratuitos- como este caso- ya no se estaría transformando en “objetos de comercio” el cuerpo de la mujer que gesta a la criatura, ni a las hijas”*.

III.I. Contrato de Gestación Subrogada

De acuerdo con el ordenamiento jurídico actual, en Chile no se puede establecer un contrato que regule la relación entre los padres de intención y la gestora subrogante, toda vez que como se señala anteriormente el cuerpo humano es intransferible, siendo necesario establecer legislativamente la forma en que pudiera ser regulada esta materia. No obstante lo anterior, los proyectos de Ley presentados establecen mecanismos contractuales para regular su ejercicio, a decir el primer proyecto de ley indica *“acepta mediante un contrato de gestación subrogada”*,

¹ Corral, Hernán. (2017). Derecho y Academia. Madre de sus propios nietos. Recuperado de <https://corraltalciani.wordpress.com/tag/maternidad-subrogada/>

² Código Civil. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, última actualización 22 de septiembre de 2005. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986>

³ Véase fallo dictado por Macarena Rebolledo Rojas, Jueza Titular Segundo Juzgado De Familia De Santiago. Rit C-7246-2017, de fecha 08/01/2018.-

mientras el segundo proyecto establece “*podrá ejercer y reclamar los derechos de tipo pecuniario que le correspondan de acuerdo a la legislación vigente a fin de obtener el resarcimiento de los gastos en que incurra producto del embarazo y el parto*”.

Esto obliga a buscar mecanismos para regular la gestación subrogada, donde existen actualmente tres formas que pudieran generarse, la primera es la prohibición total de la gestación subrogada, que según señala Silva (2017)¹ “*Esta solución es la que han dado países como por ejemplo España o Italia*”, llevando a la “*imposibilidad de realizar a través de instrumentos privados, cualquier tipo de acto contractual que regule la “Maternidad Subrogada”*”, con las siguientes consecuencias;

“Estaría en contraposición con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo 7, ya que impediría a muchas personas desarrollar o alterar su proyecto de vida, no poder decidir ni controlar sobre su capacidad reproductiva, etc.;

Se originaría una gran desigualdad entre aquellas parejas que tienen los medios para costear los costos que significa ir al exterior para poder acceder a esa técnica y las que no los tienen;

Las parejas con este tipo de problemática estarían impedidas de acceder a los avances de la ciencia y en consecuencia no van a poder superar esa situación de desventaja;

La mujer perdería libertad para decidir sobre su propio cuerpo, etc.”.

El segundo escenario posible sería la “*admisión parcial o de Manera Altruista*”, en este caso señala Silva (2017)² “*la mujer presta su útero sin que haya ningún tipo de contraprestación de por medio*”, donde una vez realizado el parto la mujer gestante renuncia a “*los derechos que tenga como madre y ceder los mismos a las personas o persona que tengan la voluntad de ser padres*”, siendo el escenario presente actualmente en el Reino Unido, según señala Guerra (2017)³, donde la gestación subrogada está permitida de forma altruista “*Garantiza los derechos de filiación de la madre. Tiene seis meses para decidir si renuncia a ella, con lo que se asemeja a los procedimientos de adopción*”, donde se indica que “*la confianza es el sustento de la relación entre la madre y los padres de intención*”.

¹ Silva, Elizabeth Cecilia. (2017). Maternidad subrogada. Una luz al final del túnel. *Revista Jurídica de Daños, 18*. Editores Argentinos. Recuperado de http://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=190f7030698f70eb84940b068856b8e4&hash_t=5f09e86ba78761d21e8ed1c08ef2d871

² Silva, Elizabeth Cecilia. (2017). Maternidad subrogada. Una luz al final del túnel. *Revista Jurídica de Daños, 18*. Editores Argentinos. Recuperado de http://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=190f7030698f70eb84940b068856b8e4&hash_t=5f09e86ba78761d21e8ed1c08ef2d871

³ Guerra-Palmero, María José. (2017). Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal. *Gaceta Sanitaria, 31*(6), 535-538. http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112017000600535

El tercer escenario es la “admisión amplia” según señala Silva (2017)¹, quien realiza apreciaciones a esta característica, señalando que por un lado *“Es imperioso dar seguridad jurídica a aquellas parejas o personas que decidan a usar este tipo de tratamiento y también es importantísimo que la mujer pueda hacer absolutamente lo que quiera con su cuerpo”* y por el otro *“es fundamental que la autonomía de la voluntad sea respetada a rajatabla, como también que es imprescindible que sea regulada y legislada para evitar que las mujeres sean explotadas o que esta práctica sea realizada en forma clandestina”*. En este escenario tenemos el “contrato de gestación subrogada”, donde la experiencia estadounidense referida por Rodríguez y Martínez (2012)² indican que *“por medio de normas y decisiones judiciales, se ha ido regulando su ejercicio, aunque no de manera uniforme”*, presentando diferentes escenarios, con los siguientes rasgos distintivos;

“a) existe una regulación del contrato a partir de la ley y la jurisprudencia, b) no hay una posición uniforme entre los estados frente a la validez jurídica del contrato, c) se acude a la noción de orden público y a las normas del derecho de familia para determinar su validez, y d) la regulación del contrato está encaminada a contrarrestar los efectos negativos que se derivan de este.”

Teniendo como ejemplo la experiencia de Estado Unidos en la materia Rodríguez y Martínez (2012)³, señalan una definición del “Contrato de Madre Subrogada”;

“definido como un acuerdo por medio del cual una mujer acepta quedar embarazada mediante un procedimiento de inseminación artificial, para que luego, una vez que se produzca el nacimiento del bebé, lo entregue al donante de la esperma y su esposa, renunciando para ello a los derechos que la ley le confiere sobre el recién nacido, y en contraprestación, por regla general, al pago de una compensación, generalmente consistente en una suma de dinero”

Se identifican dos tipos de contratos de maternidad subrogada, uno altruista y uno comercial, siendo el primero *“cuando la madre no recibe pago alguno por el alquiler de su vientre, o si recibe alguna contraprestación, esta se limita al pago de los gastos derivados del embarazo”*, mientras que el contrato comercial *“existe cuando la madre sí recibe un pago como contraprestación de las obligaciones derivadas del contrato, pago que puede consistir, no*

¹ Silva, Elizabeth Cecilia. (2017). Maternidad subrogada. Una luz al final del túnel. *Revista Jurídica de Daños*, 18. Editores Argentinos. Recuperado de http://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=190f7030698f70eb84940b068856b8e4&hash_t=5f09e86ba78761d21e8ed1c08ef2d871

² Rodríguez-Yong, Camilo A, & Martínez-Muñoz, Karol Ximena. (2012). El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense. *Revista de derecho (Valdivia)*, 25(2), 59-81. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000200003>

³ Rodríguez-Yong, Camilo A, & Martínez-Muñoz, Karol Ximena. (2012). El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense. *Revista de derecho (Valdivia)*, 25(2), 59-81. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000200003>

solamente en una suma de dinero, sino también en la entrega de objetos, servicios o cualquier otra cosa de valor pecuniario”.

Entre las obligaciones que se establecen en un contrato de maternidad subrogado para la gestante podemos enunciar las siguientes: *“permitir ser inseminada artificialmente con la esperma del padre biológico”, “llevar el feto en su vientre hasta el nacimiento del bebé” y “renunciar a los derechos de custodia sobre el recién nacido en favor del padre biológico y su esposa”, en cuanto a los padres de intención podemos encontrar que deben “pagar todos los gastos médicos y legales generados como consecuencia del embarazo”, “asumir la responsabilidad de custodia sobre el recién nacido” y “como regla general, pagar a la madre subrogada una compensación”.*

En el escenario estadounidense, las leyes que regulan la celebración de los contratos de maternidad subrogada, buscan contrarrestar los efectos negativos derivados del contrato, señalan Rodríguez y Martínez (2012)¹, que si bien no existe uniformidad, existen elementos comunes presentes en ellos, como *“Debe existir una aprobación judicial del contrato”, “Las partes del contrato, necesariamente mayores de edad”, “Solamente podrán tener la calidad de madres subrogadas aquellas mujeres que puedan demostrar documentalmente que ya han dado a luz anteriormente en al menos una oportunidad”, “Es obligatoria la realización de una evaluación médica a la madre subrogada”, “todas las partes del contrato deben someterse a una evaluación psicológica realizada por un psiquiatra, psicólogo, consejero pastoral, o trabajador social”, “La agencia gubernamental competente o una agencia de adopción autorizada debe realizar una visita al hogar de los contratantes”, “El contrato no puede establecer el pago de una compensación a favor de la madre subrogada”, “debe incluir además una manifestación de cada una de las partes, indicando que ellas han leído y entendido el contrato, que conocen y entienden sus derechos y responsabilidades (...)”, “debe también contener una cláusula que exprese el consentimiento de la madre subrogada de renunciar a la custodia del recién nacido o que acepta la obligación de custodia si ella decide mantener sus derechos sobre este” y finalmente se “reconoce la posibilidad a la madre subrogada de manifestar su intención de mantener al recién nacido dentro de las 72 horas siguientes al nacimiento”.*

Sobre dicha regulación legal, se puede indicar lo establecido en el Estado de California, donde el Código de California establece en el Código de Familia las Secciones 7960, 7961 y 7962 dicen relación con los acuerdos de reproducción asistida, dejando expresamente en la letra

¹ Rodríguez-Yong, Camilo A., & Martínez-Muñoz, Karol Ximena. (2012). El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense. *Revista de derecho (Valdivia)*, 25(2), 59-81. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000200003>

a de la Sección 7960¹ “(a) *“Acuerdo de reproducción asistida”* tiene el mismo significado que se define en la subdivisión (b) de la Sección 7606.”, donde se señala revisada la Sección 7606² se indica;

“Como se usa en esta parte, se aplicarán las siguientes definiciones: (a) “Reproducción asistida” significa la concepción por cualquier medio que no sea la relación sexual. (b) “Acuerdo de reproducción asistida” significa un contrato escrito que incluye a una persona que pretende ser el padre legal de un niño o hijos nacidos a través de la reproducción asistida y que define los términos de la relación entre las partes del contrato.”

IV. JURISPRUDENCIA

En Chile, el fallo del 08 de Enero de 2018 en Causa C-7246-2017³ *“Demanda de Impugnación y Reclamación de maternidad”* de la Jueza Macarena Rebolledo Rojas, del Segundo Juzgado de Familia de Santiago, señala que existiría en la materia un *“vacío legal”*, agregando *“En nuestro país no se ha legislado en forma integral sobre las Técnicas de Fertilización Humana Asistida”*, lo que indica que no existiría norma positiva que la contenga incorporada, siendo este fallo un hito en la materia, que generaría jurisprudencia, toda vez que ha debido remitirse a los tratados internacionales, dado que de acuerdo al artículo 5 de la Constitución Política de Chile, señala que *“Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”*, los que tendrían carácter de Ley en Chile, por esto la jueza Macarena Rebolledo señala;

“resulta importante para resolver esta acción, el estudio del derecho internacional como parte del bloque constitucional de derechos fundamentales, realizando una interpretación integradora de la Constitución, con el fin de dar un mayor resguardo y efectividad a los derechos fundamentales inherentes al ser humano, y que afectan a los intervinientes y afectados por esta causa, especialmente el derecho a procrear y el derecho a la identidad”.

Dentro de los tratados internacionales incorporados en el fallo por la Jueza Rebolledo, en lo referente al derecho de procrear encontramos la *“Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de San José de Costa Rica”*, en

¹ Código de California. Código de Familia - FAM § 7960. Recuperado de <https://codes.findlaw.com/ca/family-code/fam-sect-7960.html>

² Código de California. Código de Familia - FAM § 7606. Recuperado de <https://codes.findlaw.com/ca/family-code/fam-sect-7606.html>

³ Véase fallo dictado por Macarena Rebolledo Rojas, Jueza Titular Segundo Juzgado De Familia De Santiago. Rit C-7246-2017, de fecha 08/01/2018.-

cuanto al derecho a la identidad, señala “*El derecho a la identidad como principio fundamental del Derecho de Familia*”, a la vez contenido en la “*Convención Internacional de Derechos del Niño*”, en el “*Pacto de San José de Costa Rica*”, en el “*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*” y diversos “*Pactos Internacionales de Derechos Humanos*”, junto con la Constitución Política de Chile y la Ley 19.585 que Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación.

No obstante lo anterior, existe cuestionamientos al fallo, en el artículo de Comunicaciones Facultad de Derecho Universidad de Chile del 13 de octubre de 2018, se indican las apreciaciones de “*Profesores de Derecho Civil*” que “*analizan fallos relevantes en recientes seminarios de jurisprudencia*”, señalando que “*se mostraron muy críticos con el fallo en cuestión, por la razón que los argumentos vertidos por el tribunal no revisten entidad suficiente como para haber acogido la demanda*”¹, por lo demás agregan que “*al no haber regulación en la materia, se debió haber seguido el tenor literal de las disposiciones de nuestro Código Civil*”, por último señalan que “*esta materia no encuentra un consenso en la comunidad internacional, por lo que es necesario seguir estudiando los efectos e implicancias de su práctica*”.

Por otra parte María Sara Rodríguez², en su artículo “*Todo en la maternidad subrogada es disputado, ¿también fraudulento?*”, indica que;

“Para llenar el 'vacío legal' que observa en la legislación, el tribunal efectúa una 'interpretación integradora' del derecho internacional con el 'bloque constitucional de derechos fundamentales' de la Constitución Política. En esta tarea, más creativa que interpretativa, descubre la necesidad de proteger un alegado 'derecho a procrear' y un alegado 'derecho a la identidad' de todos los 'intervinientes y afectados'...”

Esto último, dado que si el fallo no se ajusta al artículo 217³ del Código Civil sobre impugnación de la maternidad, que señala “*La maternidad podrá ser impugnada, probándose falso parto, o suplantación del pretendido hijo al verdadero*”, sino que la “*acción se fundamenta en el artículo 182⁴ del Código Civil*”, que señala en el inciso 1 “*El padre y la madre del hijo nacido mediante técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas*”, mientras en el inciso 2 indica “*No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse otra distinta*”, por tanto “*Con*

¹ Universidad de Chile. (2018). Profesores de Derecho Civil analizan fallos relevantes en recientes seminarios de jurisprudencia. Comunicaciones Facultad de Derecho U. de Chile. Recuperado de <http://www.derecho.uchile.cl/noticias/147995/profesores-analizan-fallos-en-recientes-seminarios-de-jurisprudencia>

² Rodríguez, María Sara. (2018). Todo en la maternidad subrogada es disputado, ¿también fraudulento?. Análisis Jurídico. Familia. El Mercurio. Recuperado de <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2018/05/07/Todo-en-la-maternidad-subrogada-es-disputado-tambien-fraudulento.aspx>

³ Código Civil. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, última actualización 22 de septiembre de 2005. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986>

⁴ Código Civil. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, última actualización 22 de septiembre de 2005. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986>

relación a este caso, la mujer aportante del material genético está impedida por ley expresa y vigente para deducir impugnación ni reclamación contra esta filiación”, no obstante “la demanda es acogida por sentencia que parece haber quedado firme: “Para hacer efectivo el ejercicio de su derecho a procrear y el derecho a la identidad de las niñas”, señala María Sara Rodríguez.

IV.I. Derecho Comparado

Revisado los antecedentes aportados en diversos estudios y documentos, el derecho comparado presenta tres escenarios posibles; el primero es la prohibición total de ésta, situación adoptada por países como España o Italia; el segundo escenario es la admisión amplia, presente en países como Rusia, India y también en algunos estados de Estados Unidos, dando paso a contratos que permiten dar seguridad jurídica a las parejas y total autonomía a la mujer sobre su cuerpo; y el tercer escenario es la admisión parcial o de manera altruista, siendo su modelo de referencia la normativa del Reino Unido, quien posterior al caso Cotton en 1985, genera una regulación pionera en la materia, la llamada Ley de Acuerdos de Subrogación de 1985, originando con esto que la práctica de la gestación subrogada sea legal en el Reino Unido, no obstante, esté prohibida su explotación comercial.

Alemania¹: La gestación subrogada está absolutamente prohibida. Las autoridades alemanas son, además, rigurosas con los intentos de regularizar a bebés nacidos fuera del territorio. Un caso de referencia es el de los gemelos Balaz, que tras dos años de litigio tuvieron que ser adoptados por su padre genético por ser su origen una gestación subrogada comercial en India.

Austria²: Conforme al artículo 23 de la ley federal sobre reproducción asistida, de 1 de julio de 1992, los ovocitos y embriones solo pueden ser utilizados en la paciente de la que proceden. De esta manera, la donación de ovocitos y la gestación por sustitución no son opciones posibles en Austria.

¹ Guerra-Palmero, María José. (2017). Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal. *Gaceta Sanitaria*, 31(6), 535-538. http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112017000600535

² Guerra-Palmero, María José. (2017). Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal. *Gaceta Sanitaria*, 31(6), 535-538. http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112017000600535

Argentina: Nicolás Lafferriere (2017)¹ indica en su columna “*la Prohibición de la maternidad subrogada en Argentina*” que “*Para la doctrina civilista clásica, se trata de un objeto contrario a la moral y las buenas costumbres (art. 279 CCC). Pero aún sin entrar en la cuestión “moral”, plenamente válida, también es claro que estamos ante un objeto que afecta la dignidad de la persona humana y contradice normas de orden público (art. 279 CCC). Por estas razones, se trata de un contrato nulo y de nulidad absoluta (art. 386 CCC), cuya nulidad debe ser declarada de oficio, no puede ser exigible judicialmente, no puede ser confirmado y su nulidad es imprescriptible (art. 387 CCC).*”

Estados Unidos: Rodríguez y Martínez (2012)² señalan que el “*análisis de la legislación y jurisprudencia estadounidense*” indican que se presenta diferentes escenarios “*frente al contrato de maternidad subrogada*”, ya que;

“tiene como rasgos distintivos los siguientes: a) existe una regulación del contrato a partir de la ley y la jurisprudencia, b) no hay una posición uniforme entre los estados frente a la validez jurídica del contrato, c) se acude a la noción de orden público y a las normas del derecho de familia para determinar su validez, y d) la regulación del contrato está encaminada a contrarrestar los efectos negativos que se derivan de este.”

Suecia³: Tras el Informe Wendel (2016), que reconoce que no se puede garantizar el altruismo frente a una demanda mercantil reciente y a presiones diversas, se recomendó que la gestación subrogada quedara prohibida.

Suiza⁴: Queda prohibida por el artículo 119 2 letra d) de la Constitución Federal “*La donación de embriones y todas las formas de maternidad por sustitución están prohibidas*”, y por el artículo 4 de la ley federal sobre procreación médicamente asistida de 1998 (reformada en 2006), que expresamente prohíbe la gestación por sustitución en todas sus modalidades (tanto a título oneroso como gratuito).

¹ Lafferriere, Jorge. N. (2017). La Prohibición de la Maternidad Subrogada en Argentina. Centro de Bioética Persona y Familia. Recuperado de <http://centrodebioetica.org/2017/02/la-prohibicion-de-la-maternidad-subrogada-en-argentina/>

² Rodríguez-Yong, Camilo A. & Martínez-Muñoz, Karol Ximena. (2012). El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense. *Revista de derecho (Valdivia)*, 25(2), 59-81. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000200003>

³ Guerra-Palmero, María José. (2017). Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal. *Gaceta Sanitaria*, 31(6), 535-538. http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112017000600535

⁴ Guerra-Palmero, María José. (2017). Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal. *Gaceta Sanitaria*, 31(6), 535-538. http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112017000600535

México: Martínez (2015)¹ indica que la regulación bastante “*disímil en cuanto a la maternidad subrogada*”, indicando que “*se puede acceder a ella en Tabasco y Sinaloa a través de un contrato o instrumento suscrito por las partes*”, en Sonora, estado de México, Zacatecas, Michoacán, Colima y la Ciudad de México “*se autoriza - con el consentimiento de la pareja - su práctica*”, agregando que “*se omite regular el acto jurídico para llevarla a cabo*”, no obstante en “*las legislaciones de Querétaro y San Luis Potosí que prohíben este método de reproducción asistida.*”.

Canadá²: Permitida (prohibida solo en Quebec). Está prohibido el pago de un salario a la madre o de cualquier otro pago, pero sí compensación por los gastos derivados del embarazo. La sanidad canadiense es pública y sufraga todos los servicios. Las multas, si se demuestra retribución económica, son de 500.000 dólares canadienses y se contemplan penas de cárcel de hasta 10 años. Abierta a extranjeros y todo tipo de parejas, pero con la dificultades de sortear el marco altruista al hacerse por vía de intermediarios.

Portugal³: El 22 de agosto de 2016 se publicó la Ley 25/2016, se la que se establecen las condiciones para aplicar la gestación por sustitución, no permitida hasta entonces.

Italia: Baffone (2013)⁴ indica que en Italia “*La ley italiana prohíbe la subrogación de maternidad con el fin de evitar una “maternidad múltiple”*”. Esto ha ocasionado, sin embargo, que muchas parejas italianas salgan del país para así resolver el problema”. El artículo 43⁵ de la Ley número 40 de 19 de febrero de 2004 prohíbe el recurso a las técnicas de procreación médicamente. No hay duda de que también está prohibida la gestación por sustitución.

Reino Unido⁶: Garantiza los derechos de filiación de la madre. Tiene 6 meses para decidir si renuncia a ella, con lo que se asemeja a los procedimientos de la adopción. La confianza es el sustento de la relación entre la madre y los padres de intención. No hay oferta suficiente de

¹ Martínez Martínez, Verónica Lidia. (2015). Maternidad Subrogada: Una mirada a su regulación en México. *Dikaion Revista de Fundamentación Jurídica*, 24(2), 353-382. Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-89422015000200007&lng=en&nrm=iso&tlng=es

² Guerra-Palmero, María José. (2017). Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal. *Gaceta Sanitaria*, 31(6), 535-538. http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112017000600535

³ Guerra-Palmero, María José. (2017). Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal. *Gaceta Sanitaria*, 31(6), 535-538. http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112017000600535

⁴ Baffone, Cristiana. (2013). La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 46(137), 441-470. Recuperado de <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0041863313711396>

⁵ Guerra-Palmero, María José. (2017). Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal. *Gaceta Sanitaria*, 31(6), 535-538. http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112017000600535

⁶ Guerra-Palmero, María José. (2017). Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal. *Gaceta Sanitaria*, 31(6), 535-538. http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112017000600535

mujeres en el Reino Unido, por lo que la demanda se ha dirigido a otros países. No existen problemas al inscribir a los bebés nacidos fuera en el registro nacional.

India¹: Permitida (Parejas casadas heterosexuales en cuyo país de origen se permita la gestación subrogada). La última modificación relacionada con la denuncia de “*granjas reproductivas*” por defensores de los derechos humanos y de casos de bebés no aceptados en otros países. La ley era del año 2002 y fue actualizada y modificada en 2015.

Rusia²: Permitida (con la restricción de ser parejas heterosexuales y mujeres solteras). Ley Federal sobre las bases de protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia. La madre tiene que renunciar a su derecho de filiación según el artículo 51.4. No obstante, es uno de los países en los que más ha crecido el enfoque mercantilista para servir a la demanda nacional y extranjera.

Tailandia³: Permitida (uno de los miembros debe ser tailandés, solo parejas heterosexuales). Ley modificada en 2015. Modificada en sentido restrictivo respecto de los extranjeros, tras varios escándalos.

Ucrania⁴: Permitida (solo parejas heterosexuales). Ley 2009. Se ha convertido, tras las restricciones en otros países ocurridas en 2015, en una de las mecas del turismo reproductivo. El boom ha coincidido con la crisis política y económica en ese país a partir del 2014. Ucrania está entre los países más pobres de Europa. La regulación legal es laxa y, si atendemos a lo que han descubierto periodistas de investigación, los niños pueden acabar en orfanatos si surgen discrepancias entre la madre, las agencias y los padres que contratan el “*servicio*”.

Grecia⁵: Permitida (heterosexuales y mujeres solteras hasta los 50 años). Ley del 2002 (actualizada en 2014). Intervienen los tribunales y se solicita consentimiento informado. Supuestamente es altruista, pero se estipula un pago de 10.000 euros por las molestias. Es

¹ Guerra-Palmero, María José. (2017). Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal. *Gaceta Sanitaria*, 31(6), 535-538. http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112017000600535

² Guerra-Palmero, María José. (2017). Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal. *Gaceta Sanitaria*, 31(6), 535-538. http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112017000600535

³ Guerra-Palmero, María José. (2017). Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal. *Gaceta Sanitaria*, 31(6), 535-538. http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112017000600535

⁴ Guerra-Palmero, María José. (2017). Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal. *Gaceta Sanitaria*, 31(6), 535-538. http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112017000600535

⁵ Guerra-Palmero, María José. (2017). Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal. *Gaceta Sanitaria*, 31(6), 535-538. http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112017000600535

ofrecida como destino de turismo reproductivo en muchas agencias transnacionales de subrogación. Tras la crisis económica ha arreciado el debate en torno a la precariedad de las mujeres.

Dentro de estos tres escenarios presentes en el derecho comparado, se puede colegir que Chile al buscar regular la gestación subrogada, debiera apuntar hacia la gestación subrogada como admisión parcial o de manera altruista, dado que los proyectos de Ley presentados en el Congreso, apuntan a esta línea, siendo el escenario más probable, lo que sumado a los fallos sobre impugnación de maternidad presentados en este estudio, dan cuenta que la importancia jurídica de los tratados internacionales y el respeto irrestricto a los derechos humanos, permitirían regular la materia siguiendo el modelo de referencia del Reino Unido, buscando generar una normativa que garantice su acceso, pero prohibir cualquier explotación comercial sobre la misma.

CAPÍTULO 3: DERECHOS FUNDAMENTALES

I. EL DERECHO

La palabra derecho deriva del latín “*directus*”¹ según señala la Real Academia Española, encontrando múltiples acepciones en su significado y uso, no obstante para el fin de esta investigación tomaremos dos, la primera señala “*11. m. Facultades y obligaciones que derivan del estado de una persona, o de sus relaciones con respecto a otras. El derecho del padre. Los derechos humanos*”, mientras que la segunda indica “*13. m. Conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva*”, bajo estas premisas es que encontramos los derechos fundamentales y los derechos humanos.

I.I. DERECHOS FUNDAMENTALES

El concepto de derecho fundamental tienen su origen en Francia, como indica Jiménez (1999)² al señalar “*La raíz de los derechos fundamentales se dio en Francia a finales del siglo XVIII con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*”, documento fundamental de la Revolución Francesa, que precisa tanto los derechos de las personas como los de la comunidad, agregando que se les denomina fundamentales ya que agrupa “*aquellos*

¹ Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española*. 23.ª ed. Madrid, España. Recuperado de <https://dle.rae.es/?id=CGv2o6x>

² Jiménez Campo, Javier. (1999). *Derechos Fundamentales: Concepto y Garantías*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Madrid, Trotta, p. 24. Recuperado de http://stj.col.gob.mx/dh/descargables/pdf_seccion/concepto_3_2_2.pdf

derechos que se consideran vitales para el desarrollo individual y social de las personas, con independencia de factores como condición social, religión, preferencia sexual o nacionalidad”, quedando plasmados en las constituciones de los Estados. Esta declaración cobra relevancia dado el tenor de la misma, como señala Basabe (2011)¹;

“Los Derechos se declaran, no se constituyen, porque se los supone preexistentes: los hombres nacen libres e iguales en derechos, con lo que se impone la idea de que los derechos son anteriores a su reconocimiento, que hunden sus raíces en la naturaleza”

I.I.I. DERECHOS CONSTITUCIONALES

Chile desde el inicio de su proceso de independencia, ha adoptado diferentes formas de organización, las que han estado contenidas en las constituciones políticas, que se consideran una pieza fundamental para la definición del Estado, consignando los derechos y deberes fundamentales, la subdivisión de los poderes del Estado, mecanismos de participación y funcionamiento del gobierno e instituciones.

Cuando hablamos de derechos constitucionales, estamos dando cuenta de aquellos derechos humanos reconocidos por el Estado, son derechos humanos positivados, los que están contenidos en la Constitución Política de Chile, que de acuerdo a lo señalado por Nogueira (2003)², nuestra constitución *“asegura, garantiza y promueve los derechos esenciales de la persona humana o los derechos humanos, todo ello de acuerdo con los artículos 1 inciso 1°; 5 inciso 2° y 19 de la Carta Fundamental”*, a decir³;

Artículo 1°.- Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

Artículo 5°.- (Inciso 2) El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

1°.- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. La ley protege la vida del que está por nacer.

2°.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados

¹ Basabe, N. (2011). “Derechos del Hombre” y “Deberes del Ciudadano” En la Encrucijada: Los Lenguajes Políticos de la Revolución Francesa y El Abad de Mably. *Historia Constitucional*, (12), 45-98. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/2590/259027584004.pdf>

² Nogueira Alcalá, Humberto. (2003). Los Derechos Esenciales o Humanos Contenidos en los Tratados Internacionales y su Ubicación en el Ordenamiento Jurídico Nacional: Doctrina y Jurisprudencia. *Ius et Praxis*, 9(1), 403-466. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100020

³ Constitución Política de la República de Chile. Constitución 1980. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>

- 3°.- *La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.*
- 4°.- *El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia,*
- 9°.- *El derecho a la protección de la salud.*

En este sentido la Constitución Política de Chile, garantiza a todos sin distinción los derechos positivados, incorporando aquellos contenidos en los tratados internacionales, muchos de los cuales están contenidos y descritos en otros instrumentos legales como Código Civil, el Código Penal, el Código Procesal Penal y el Código de la Familia, no obstante lo anterior, el avance de la sociedad y los cambios sociales llevan constantemente a realizar ajustes y cambios en las concepciones establecidas.

Uno de los cambios más importantes es el referente a lo que consideramos familia, considerada como núcleo fundamental de la sociedad, toda vez que la Constitución Política de Chile¹ en su artículo 1 inciso 2 señala expresamente “*La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.*”, sin embargo no existe una definición de familia en nuestra legislación, ligándola esencialmente al matrimonio, donde nuestra legislación contempla en la Ley N° 19.947 que Establece Nueva Ley de Matrimonio Civil, en el artículo 1 “*La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia*”², dejando fuera toda otra concepción de familia y negando derechos que son esenciales al desarrollo integral del individuo, hombre o mujer, lo que genera que la falta de regulación de aquellas materias presentes en la realidad actual, como la gestación subrogada, no responda a las garantías constitucionales establecidas, siendo necesario readecuar nuestra carta fundamental e incorporar una definición amplia de familia y de técnicas de reproducción humana asistida, que garanticen el acceso a los derechos y el desarrollo integral de todo individuo.

I.II. DERECHOS HUMANOS

Sobre los derechos humanos, estos están contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos³, aprobada y proclamada en Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, que tiene entre su preámbulo varios considerando, entre los que encontramos;

“Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo

¹ Constitución Política de la República de Chile. Constitución 1980. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>

² Ley N° 19.947. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 17 de mayo de 2004. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=225128>

³ Organización de las Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1000396>

en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias;

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión;

Considerando también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones;

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad;

Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y

Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso¹;

Con esta declaración se busca que “*derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho*”, instando a los países a ratificarla e incorporarla en el ordenamiento jurídico, logrando unificar el concepto de derechos humanos, que de acuerdo a la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos puede definirse como;

“atributos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, género o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos Derechos Humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos están interrelacionados, son interdependientes e indivisibles”

La Declaración Universal de los Derechos Humanos situó a los derechos humanos en el terreno del derecho internacional, siendo primer documento legal de protección de estos, que junto a el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, constituyen la llamada Carta Internacional de los Derechos Humanos.

¹ Organización de las Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1000396>

Posterior a esto se han generado una serie de tratados internacionales y otros instrumentos que vienen en aumentar la legislación internacional de derechos humanos, entre los que encontramos; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (1965), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984), la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006) y Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (2006).

En este sentido tanto la Carta Internacional de los Derechos Humanos, como los tratados internacionales y reconocen derechos inherentes al ser humano, que permiten su desarrollo integral como tal, entre los que encontramos el derecho a la vida, el derecho a la familia y el derecho a procrear, todos derechos presentes en la discusión sobre la gestación subrogada.

I.II.I. Derecho a la vida.

El derecho a la vida se encuentra presente en la Declaración Universal de Derechos Humanos¹, que en el artículo 3 señala “*Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*”, también se encuentra en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)² contenido en el artículo 4 Derecho a la vida que indica “*Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente*”.

En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a la vida está incorporado en la Constitución Política de Chile³, que en el artículo 19 número 1 indica “*El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona*”, agregando además “*La ley protege la vida del que está por nacer*”, por otra parte también se hace mención del mismo en el Código Civil⁴ que señala en su artículo 75 “*La ley protege la vida del que está por nacer*”.

¹ Organización de las Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1000396>

² Convención Americana Sobre Derechos Humanos. (1969). Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica. Recuperado de <http://www.escipol.cl/spa/eticadeontologia/documentos/Documentos%20Internacionales/Convenci%C3%B3n%20Americana%20de%20DDHH.pdf>

³ Constitución Política de la República de Chile. Constitución 1980. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>

⁴ Código Civil. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, última actualización 22 de septiembre de 2005. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986>

I.II.II. Derecho a la Familia

El derecho a la familia se encuentra contenido en el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹, que señala en el número 1 “*Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio*”, agregando en el número 2 “*Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio*”, mientras el número 3 indica “*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*”.

La familia como núcleo fundamental de la sociedad está incorporada en nuestra legislación, toda vez que la Constitución Política de Chile² en su artículo 1 inciso 2 señala expresamente “*La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.*”, agregando en el inciso 5 “*Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, (...)*”.

Junto a lo anterior, nuestra legislación contempla en la Ley N° 19.947³ que Establece Nueva Ley de Matrimonio Civil, en el artículo 1 “*La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia*”, agregando en el artículo 2 “*La facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, si se tiene edad para ello. (...)*”, con lo que se establece que el matrimonio es la base principal de la familia, lo que a su vez es reforzado en el Código Civil⁴ que en su artículo 102 señala “*El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente*”.

Por otra parte la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)⁵, en su artículo 17 de protección se la Familia en el número 1 señala “*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado*”, dicha Convención se encuentra incorporada en nuestro ordenamiento jurídico, junto a otros tratados internacionales, dado que la constitución⁶ en el artículo 5 inciso 2 señala “*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos,*

¹ Organización de las Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1000396>

² Constitución Política de la República de Chile. Constitución 1980. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>

³ Ley N° 19.947. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 17 de mayo de 2004. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=225128>

⁴ Código Civil. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, última actualización 22 de septiembre de 2005. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986>

⁵ Convención Americana Sobre Derechos Humanos. (1969). Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica. Recuperado de <http://www.escipol.cl/spa/eticadeontologia/documentos/Documentos%20Internacionales/Convenci%C3%B3n%20Americana%20de%20DDHH.pdf>

⁶ Constitución Política de la República de Chile. Constitución 1980. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>

garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

I.II.III. Derecho a Procrear

El derecho a procrear se esboza en nuestro Código Civil, ya que el artículo 102¹ señala “*El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente*”, con esto se introduce la noción de procrear como fin del matrimonio, generando con esto la figura del derecho a procrear, dado que la Constitución como se señalaba anteriormente en el artículo 1 inciso 5 debe “*propender al fortalecimiento de ésta*”, a decir la familia, dando garantías para que se pueda desarrollar, teniendo la procreación como parte integrante de este desarrollo.

Si bien no se encuentra fehacientemente estableciendo el derecho a procrear en alguna norma, la Resolución Exenta 1.072² del Ministerio de Salud de 1985, que dicta “*Normas Aplicables a la Fertilización in Vitro y la Transferencia Embrionaria*”, en su considerando número 1 señala expresamente “*Que la garantía constitucional del derecho a la vida y la protección de la vida del que está por nacer, que prevé el artículo 19º, N° 1 de la Constitución Política de la República, incluye el derecho a procrear y, consecuentemente, el acceso a los medios médicos para superar las causas que impiden o dificultan la concepción*”, señalando expresamente en su artículo 4 “*Estos procedimientos constituyen una modalidad terapéutica más cuyo fin superior es el de resolver la ausencia de hijos en parejas humanas en las cuales diversas afecciones y situaciones contrarias al natural desarrollo de la vida, impiden la concepción*”, refiriéndose a la fertilización in vitro y la transferencia embrionaria.

Junto a lo anterior la Constitución Política de Chile³, en el artículo 19 número 9 indica “*El derecho a la protección de la salud*”, agregando en el inciso 2 “*El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo*”, estableciendo con esto un marco regulatorio que garantiza la salud de todos los individuos. En este sentido la Organización Mundial de la Salud, indica que “*la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de infecciones o enfermedades. El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de*

¹ Código Civil. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, última actualización 22 de septiembre de 2005. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986>

² Ministerio de Salud. (1985). Normas Aplicables a la Fertilización in Vitro y la Transferencia Embrionaria. Departamento de Asesoría Jurídica. Resolución Exenta 1.072. Recuperado de http://juridico1.minsal.cl/RESOLUCION_1072_85.doc.

³ Constitución Política de la República de Chile. Constitución 1980. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>

los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política, o condición económica o social”, lo que es considerado en el Manual de Atención Personalizada en el Proceso Reproductivo del año 2008¹ emanado por el Departamento Ciclo Vital División Prevención y Control de Enfermedades Subsecretaría de Salud Pública del Ministerio de Salud, que señala *“Este derecho involucra no solo el acceso a una atención oportuna y adecuada, sino también y en función de los determinantes ambientales y sociales de la salud, (...). La no discriminación e igualdad de trato son elementos constitutivos del derecho a la salud”*, agregando también *“Como parte de este derecho, están los Derechos Reproductivos de las personas, los que involucran el acceso a la información, los servicios y el apoyo necesario para alcanzar una vida sana, libre y plena en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, sin discriminación de edad, género, estado civil, condición socio-económica, etnia”*, con lo que se sustenta aún más la garantía estatal al derecho a procrear.

Finalmente agregar, que el fallo del 08 de Enero de 2018 en Causa C-7246-2017² *“Demanda de Impugnación y Reclamación de maternidad”* de la Jueza Macarena Rebolledo Rojas, del Segundo Juzgado de Familia de Santiago, se indica *“Nuestra Constitución no reconoce expresamente este último derecho, sin embargo, varios documentos internacionales sí lo hacen, entre otros la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de San José de Costa Rica”*, agregando que estos *“se encuentran incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por mandato del artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política de la República, en los que se establece el derecho a fundar una familia e implícitamente el derecho a procrear”*.

I.III. Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño³, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1990, viene a responder a que en la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Estados partes *“proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales”*, conjuntamente teniendo presente *“la necesidad de proporcionar al niño una protección especial”*, se logra plasmar en dicha convención que *“el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados*

¹ Ministerio de Salud. (2008). Manual de Atención Personalizada en el Proceso Reproductivo. Departamento Ciclo Vital División Prevención y Control de Enfermedades. Subsecretaría de Salud Pública. Recuperado de <https://www.minsal.cl/portal/url/item/795c688fd24acd68e04001011e013bfb.pdf>

² Véase fallo dictado por Macarena Rebolledo Rojas, Jueza Titular Segundo Juzgado De Familia De Santiago. Rit C-7246-2017, de fecha 08/01/2018.-

³ Organización de las Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=15824>

especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento", por tanto se constituye en un instrumento esencial para la protección y el cuidado de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Uno de los derechos que contiene la Convención sobre los Derechos del Niño, es el Derecho a la Identidad, el que cobra especial relevancia en la regulación que el Estado de Chile, debiera considerar al momento de generar una normativa legal sobre la gestación subrogada, dado que el niño o niña que está por nacer, debiera tener los derechos reconocidos desde su gestación, independiente de quien lo gesta, siendo necesario regular la materia desde la concepción, de modo de garantizar su adecuado desarrollo gestacional, cuidados médicos y atenciones especiales, donde la filiación no debiera estar cuestionada al momento del parto, con participación de los padres biológicos en todo el proceso y la filiación establecida fehacientemente, no debiendo recurrir a tribunales para impugnar la maternidad para lograr dar al niño a niña el acceso al derecho de identidad.

I.III.I. Derecho a la Identidad

El derecho a la identidad es inherente al ser humano, como se señala en el inciso primero de sentencia del 29.09.2009 del Tribunal Constitucional¹ que indica *“El derecho a la identidad personal está estrechamente ligado a la dignidad humana, en cuanto valor que, a partir de su consagración en el artículo 1º, inciso primero, de la Ley Suprema, constituye la piedra angular de todos los derechos fundamentales que la Ley Suprema consagra”,* donde se indica expresamente que *“aun cuando la Constitución chilena no reconozca, en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país”,* agregando que *“el reconocimiento del derecho a la identidad personal –en cuanto emanación de la dignidad humana- implica la posibilidad de que toda persona pueda ser ella misma y no otra”* traduciendo esto a *“que tiene derecho a ser inscrita inmediatamente después de que nace, a tener un nombre desde dicho momento y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidada por ellos.”*

¹ Cámara de Diputados (2009). Fallos del Tribunal Constitucional. La dignidad de la persona y el derecho a la identidad. Sentencia 29.09.2009. Recuperado de <https://www.camara.cl/camara/media/docs/fallos/rol1340.pdf>

Esta forma de entender el derecho a la identidad del Tribunal Constitucional, dice relación con lo indicado en el artículo 7 de la Convención Sobre los Derechos del Niño¹, que señala en el número 2 “*El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos*”, se agrega igualmente en dicha sentencia que “el derecho a la identidad personal constituye un derecho personalísimo, inherente a toda persona, independientemente de su edad, sexo o condición social”.

Por otra parte en los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño², que dicen relación con esta materia son; el artículo 3, Interés superior del niño. “*Todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo*”, el artículo 8, Preservación de la identidad. “*Es obligación del Estado proteger y, si es necesario, restablecer la identidad del niño, si este hubiera sido privado en parte o en todo de la misma (nombre, nacionalidad y vínculos familiares)*” y artículo 9 Separación de padres y madres. “*Es un derecho del niño vivir con su padre y su madre, excepto en los casos que la separación sea necesaria para el interés superior del propio niño. Es derecho del niño mantener contacto directo con ambos, si está separado de uno de ellos o de los dos.*”.

Junto a lo anterior, en el fallo del 08 de Enero de 2018 en Causa C-7246-2017³ “*Demanda de Impugnación y Reclamación de maternidad*” de la Jueza Macarena Rebolledo Rojas, del Segundo Juzgado de Familia de Santiago, reconoce el derecho a la identidad indicando “*El derecho a la identidad como principio fundamental del Derecho de Familia se refiere principalmente al derecho de cada cual a conocer sus orígenes, a investigar de donde viene, quienes fueron sus padres y ascendientes, sus raíces, es decir, poder determinar su filiación*”.

Conclusiones

En Chile la Gestación Subrogada no se encuentra regulada en ninguna norma jurídica, encontrando aproximaciones a la técnicas de reproducción asistidas en normas administrativas dependientes del Ministerio de Salud, siendo la única aproximación a esta el uso del término “*útero subrogado*” mencionado en la definición de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) en la Guía para el Estudio y Tratamiento de la Infertilidad que señala que éstas son “*Todos los tratamientos o procedimientos que incluyen manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo*” agregando que

¹ Organización de las Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=15824>

² Organización de las Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=15824>

³ Véase fallo dictado por Macarena Rebolledo Rojas, Jueza Titular Segundo Juzgado De Familia De Santiago. Rit C-7246-2017, de fecha 08/01/2018.-

“incluye, pero no está limitado sólo a la fecundación in vitro (FIV) y la transferencia embrionaria (TE), la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos o embriones, y el útero subrogado”.

Deben incorporarse en nuestra legislación todas las variantes de las técnicas de reproducción humana asistida, a decir “la inseminación artificial homóloga (IAH), la heteróloga (IAD) e intraperitoneal (IAI); fecundación in vitro, con transplantes de embriones (FIVTE); transferencia intrauterina de gametos (TIG), transferencia de cigotos (preembriones en los primeros estadios de la fecundación) a las trompas de Falopio (ZIFT, por sus siglas en inglés), transferencia de embriones a las trompas de Falopio en estadios más avanzados de desarrollo (TET); inyección intracitoplasmática (ICSI), la transferencia de pronúcleos a las trompas de Falopio (Prost), la colocación de ovocitos y espermatozoides en el útero (Toast) y la maternidad subrogada.”¹

Al regular las técnicas de reproducción humana asistida, obligatoriamente se debe adecuar el Código Civil, toda vez que el artículo 182 del Código Civil, referente de la filiación, en casos de parejas que se sometan a este tratamiento para la infertilidad, es la única norma positiva sobre la materia, rechazando cualquier impugnación de quien aporte material genético, siendo una norma extemporánea y creada solo para un hecho puntual de técnica de fecundación asistida, no considerando todas las variables posibles. Junto a lo anterior debe revisarse la Ley 20.120 Sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana, presentando ciertas restricciones en materia de donación de material genético, lo que impide implementar técnicas de reproducción humana asistida.

Una vez incorporadas las técnicas de reproducción asistida se debe adecuar nuestro ordenamiento jurídico para responder a todas éstas, siendo la gestación subrogada la más polémica pues cursa con aspectos referentes a la filiación, la maternidad, la paternidad, la patria potestad, el derecho de alimentos y los derechos hereditarios, debiendo adecuar el Código Civil, el Código Penal y el Derecho de Familia.

Dentro de la adecuación más importante que debe hacerse, es el cambio del origen de la maternidad, ya que el artículo 183 del Código Civil, indica “La maternidad queda determinada

¹ FIV: La fecundación in vitro (FIV) es una técnica por la cual la fecundación de los ovocitos por los espermatozoides se realiza fuera del cuerpo de la madre. ICSI. Estas siglas significan inyección intracitoplasmática de espermatozoides. En algunos casos de infertilidad masculina, cuando los espermatozoides han perdido su capacidad de fecundar, es posible en el laboratorio microinyectar el espermatozoide en el ovocito. Inseminación Artificial: consiste en el depósito de espermatozoides en la mujer mediante instrumental especializado y utilizando técnicas que reemplazan a la copulación con el fin de lograr la gestación. Inseminación Intrauterina: es una técnica médicamente asistida que consiste en depositar espermatozoides capacitados (es decir, seleccionados y mejorados) dentro de la cavidad uterina (matriz). Es una variedad de la Inseminación artificial. Transferencia embrionaria: procedimiento mediante el cual uno o varios embriones son introducidos en la cavidad uterina mediante un catéter atraumático a través del cuello del útero. Cigoto: (o Zigoto) es la célula resultante de la unión del gameto masculino (espermatozoide) con el gameto femenino (óvulo) en la reproducción sexual de los organismos. Gametos: son las células germinales implicadas en la reproducción (espermatozoides y ovocitos). El ovocito maduro (llamado huevo) es fertilizado por el espermatozoide formando un cigoto, que se dividirá para formar el embrión. Embrycenter (2018). Glosario de términos sobre Reproducción Asistida. Recuperado de <https://embrycenter.es/glosario-terminos-reproduccion-asistida/>

legalmente por el parto”, siendo necesario establecer que la maternidad y la paternidad puedan ser determinadas por exámenes genéticos, como lo es una prueba de ADN, situación que nuestra legislación ya contempla, el artículo 195 del Código Civil señala “La ley posibilita la investigación de la paternidad o maternidad, en la forma y con los medios previstos en los artículos que siguen.”.

En cuanto a la regulación, esta presenta tres escenarios posibles, la prohibición total de la gestación subrogada, adoptada por países como España o Italia, la admisión amplia, que permitiría dar seguridad jurídica a las parejas y daría autonomía a la mujer sobre su cuerpo, presente en algunos países Rusia, India y algunos estados de Estados Unidos y la admisión parcial o de manera altruista, ésta pretende tomar referencia a la normativa del Reino Unido, quien posterior al caso Cotton en 1985, genera una normativa pionera en la materia, la llamada Ley de Acuerdos de Subrogación de 1985, originando con esto que la práctica de la gestación subrogada sea legal en el Reino Unido, no obstante, esté prohibida su explotación comercial.

En Chile, en la actualidad el escenario más probable es la adopción de la gestación subrogada como “admisión parcial o de manera altruista”, ya que los dos proyectos sobre la materia, presentados en el Congreso Nacional, ambos en tramitación, establecen dentro de sus parámetros generales regular esta práctica a través de un contrato de subrogación, a título altruista y solo cancelando los gastos médicos derivados del proceso de gestación y parto.

Si bien el Contrato de gestación Subrogada es uno de los temas más controversiales de la materia, no existiendo consenso a nivel mundial, es imprescindible que sea regulado y legislado para evitar que las mujeres sean explotadas o que esta práctica sea realizada en forma clandestina, siendo un punto de referencia la experiencia estadounidense, que por medio de normas y decisiones judiciales, se ha ido regulando su ejercicio, estableciendo un contrato que da certeza jurídica tanto a los padres de intención como a la madre gestante. Es importante señalar que la distinción entre gestación subrogada y maternidad subrogada, ya que el término maternidad engloba una realidad mucho más extensa que solo la gestación, por cuanto se constituye en las acciones de cuidado y protección, por tanto, no se podría subrogar, en cambio la gestación si se constituye en un acto altruista o comercial de subrogación, que debiera estar regulado.

Un tema central en el contrato de gestación subrogada de forma altruista, es la retribución sobre la gestante, lo que se podría incorporar como derechos de alimentos, aun cuando el Código Civil ni leyes especiales los definen como tal, siendo considerados desde el punto de vista jurídico, como prestaciones a que está obligada una persona respecto de otra de todo aquello que

resulte necesario para satisfacer las necesidades de la existencia, dado que el artículo 4° de la Ley 14.908 establece que “La madre del hijo que está por nacer tiene derecho a alimentos”, pudiendo generarse una figura parecida que dé cuenta de su carácter de madre gestante. También considera el derecho de alimentos el artículo 321 del Código Civil que señala “Se deben alimentos” en el número 2 “A los descendientes;”, lo que podría dejarse establecido en el contrato de gestación subrogada, reconociendo la calidad de hijo desde la gestación, obligando a los padres de intención a responder con todos los gastos derivados del proceso de gestación.

La gestación subrogada debe regularse a la brevedad en Chile, dado que como fenómeno social ya está presente, considerándose el fallo de la Jueza Macarena Rebolledo Rojas del Segundo Juzgado de Familia de Santiago, del 08 de Enero de 2018 en Causa C-7246-2017, un caso de gestación subrogada, donde se “Demanda de Impugnación y Reclamación de maternidad”, siendo un hecho inédito en la materia, donde se indica la presencia de un vacío legal en la materia en Chile, debiendo remitirse al derecho internacional, realizando una visión integradora del derecho a procrear y el derecho de identidad.

Uno de los grandes debates en cuanto a la gestación subrogada, nace del conflicto con los derechos humanos, entre los cuales están los positivados a través de la Constitución Política de Chile, contenidos en los artículos 1 inciso 1° y 19, mientras que el artículo 5 inciso 2° que incorpora todos los tratados internacionales ratificados por Chile, entre ellos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo ésta última un instrumento a considerar al momento de establecer una legislación en materia de gestación subrogada, ya que obliga al Estado de Chile a implementar dentro de su ordenamiento jurídico el Interés superior del Niño, la preservación de la identidad, el derecho del niño vivir con su padre y su madre, la reunificación familiar, adoptar las medidas necesarias para luchar contra los traslados ilícitos y la retención ilícita de niños en el extranjero, la responsabilidad de padres y madres, resguardar el nivel de vida y tomar todas las medidas necesarias para prevenir la venta, el tráfico y la trata de niños, todos temas centrales en la discusión de la gestación subrogada.

Referencias.

- Alghrani, A., & Griffiths, D. (2017). The regulation of surrogacy in the United Kingdom: the case for reform. *Child and Family Law Quarterly*, 29(2), 165-86. Recuperado de http://sro.sussex.ac.uk/id/eprint/68402/4/2017_02_CFLQ_165_Griffiths.pdf
- Baffone, Cristiana. (2013). La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 46(137), 441-470. Recuperado de <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0041863313711396>
- Basabe, N. (2011). “Derechos del Hombre” y “Deberes del Ciudadano” En la Encrucijada: Los Lenguajes Políticos de la Revolución Francesa y El Abad de Mably. *Historia Constitucional*, (12), 45-98. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/2590/259027584004.pdf>
- Bladilo, Agustina, Torre, Natalia de la, & Herrera, Marisa. (2017). Las técnicas de reproducción humana asistida desde los derechos humanos como perspectiva obligada de análisis. *Revista IUS*, 11(39). Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100002
- Alghrani, A., & Griffiths, D. (2017). The regulation of surrogacy in the United Kingdom: the case for reform. *Child and Family Law Quarterly*, 29(2), 165-86. Recuperado de http://sro.sussex.ac.uk/id/eprint/68402/4/2017_02_CFLQ_165_Griffiths.pdf
- Cabrera Gámez, Maite. (2016). Endocrinología y reproducción. *Revista Cubana de Endocrinología*, 27(1) Recuperado de [http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1561-29532016000100001&lng=es&tlng=es.](http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1561-29532016000100001&lng=es&tlng=es)
- Camacho, J. M. (2009). Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. *Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*. Recuperado de <https://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>

Cámara de Diputados (2009). Fallos del Tribunal Constitucional. La dignidad de la persona y el derecho a la identidad. Sentencia 29.09.2009. Recuperado de <https://www.camara.cl/camara/media/docs/fallos/rol1340.pdf>

Cámara de Diputados (2019). *Regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida* (Boletín N°11576-11). Recuperado de https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=12092&prmBoletin=11576-11

Cámara de Diputados (2019). *Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señoras Rincón y Provoste, y señores Harboe y Pizarro, que modifica el Código Civil para determinar la identidad de niños y niñas nacidos en gestación subrogada* (Boletín N° 12.106-07). Recuperado de https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=12624&prmBoletin=12106-07

Código de California. Código de Familia - FAM § 7960. Recuperado de <https://codes.findlaw.com/ca/family-code/fam-sect-7960.html>

Código de California. Código de Familia - FAM § 7606. Recuperado de <https://codes.findlaw.com/ca/family-code/fam-sect-7606.html>

Código Civil. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, última actualización 22 de septiembre de 2005. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986>

Constitución Política de la República de Chile. Constitución 1980. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>

Convención Americana Sobre Derechos Humanos. (1969). Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica. Recuperado de <http://www.escipol.cl/spa/eticadeontologia/documentos/Documentos%20Internacionales/Convenci%C3%B3n%20Americana%20de%20DDHH.pdf>

- Cooperativa. (2018). Vientres de alquiler y maternidad subrogada: La situación en Chile. Recuperado de <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/salud/vientres-de-alquiler-y-maternidad-subrogada-la-situacion-en-chile/2018-09-10/193813.html>
- Corral, Hernán. (2017). Derecho y Academia. Madre de sus propios nietos. Recuperado de <https://corraltalciani.wordpress.com/tag/maternidad-subrogada/>
- Dides Castillo, C., D'Angelo, A., Canales, J., & Fernández, C. (2016). Primer Informe Salud Sexual, Salud Reproductiva y Derechos Humanos en Chile. Estado de la situación 2016. Recuperado de http://www.mileschile.cl/documentos/Informe_DDSSRR_2016_Miles.pdf
- Dirección del Trabajo. (1999). Dictámenes y Normativa. Convenio 103 sobre la protección de la maternidad (1952). Recuperado de <https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-86557.html>
- Emaldi Cirión, Aitziber. (2017). Implicaciones éticas y jurídicas de la maternidad subrogada. Aproximación a una visión europea. *Acta bioethica*, 23(2), 227-235. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2017000200227&lng=es&nrm=iso&tlng=es
- Furman, Irene, & Charlin, Ventura. (2017). Calidad de vida de parejas infértiles en el sector público de Chile. *Revista médica de Chile*, 145(11), 1378-1386. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872017001101378
- Guerra-Palmero, María José. (2017). Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal. *Gaceta Sanitaria*, 31(6), 535-538. http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112017000600535
- Jiménez Campo, Javier. (1999). Derechos Fundamentales: Concepto y Garantías. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Madrid, Trotta, p. 24. Recuperado de http://stj.col.gob.mx/dh/descargables/pdf_seccion/concepto_3_2_2.pdf

- Lafferriere, Jorge. N. (2017). La Prohibición de la Maternidad Subrogada en Argentina. Centro de Bioética Persona y Familia. Recuperado de <http://centrodebioetica.org/2017/02/la-prohibicion-de-la-maternidad-subrogada-en-argentina/>
- Ley N° 19.947. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 17 de mayo de 2004. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=225128>
- Ley N° 19.968. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 30 de agosto de 2004. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557>
- Ley N° 20.120. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 22 de septiembre de 2006. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=253478&r=1>
- Martínez-Galiano, Juan Miguel. (2016). La maternidad en madres de 40 años. *Revista Cubana de Salud Pública*, 42(3), 451-458. Recuperado de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-34662016000300012&lng=es
- Martínez Martínez, Verónica Lidia. (2015). Maternidad Subrogada: Una mirada a su regulación en México. *Dikaion Revista de Fundamentación Jurídica*, 24(2), 353-382. Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-89422015000200007&lng=en&nrm=iso&tlng=es
- Menéndez Guerrero, Gilberto Enrique, Navas Cabrera, Inocencia, Hidalgo Rodríguez, Yusleidy, & Espert Castellanos, José. (2012). El embarazo y sus complicaciones en la madre adolescente. *Revista Cubana de Obstetricia y Ginecología*, 38(3), 333-342. Recuperado de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0138-600X2012000300006
- Ministerio de Salud. (1985). Normas Aplicables a la Fertilización in Vitro y la Transferencia Embrionaria. Departamento de Asesoría Jurídica. Resolución Exenta 1.072. Recuperado de http://juridico1.minsal.cl/RESOLUCION_1072_85.doc.

Ministerio de Salud. (2015). Guía para el Estudio y Tratamiento de la Infertilidad Programa Nacional Salud de la Mujer – 2015. Subsecretaría de Salud Pública. División Prevención y Control de Enfermedades. Departamento de Ciclo Vital. Recuperado de [https://www.minsal.cl/sites/default/files/files/GUIA%20PARA%20EL%20ESTUDIO%20Y%20TRATAMIENTO%20DE%20LA%20INFERTILIDAD_2015%20FF\(1\).pdf](https://www.minsal.cl/sites/default/files/files/GUIA%20PARA%20EL%20ESTUDIO%20Y%20TRATAMIENTO%20DE%20LA%20INFERTILIDAD_2015%20FF(1).pdf)

Ministerio de Salud. (2008). Manual de Atención Personalizada en el Proceso Reproductivo. Departamento Ciclo Vital División Prevención y Control de Enfermedades. Subsecretaría de Salud Pública. Recuperado de <https://www.minsal.cl/portal/url/item/795c688fd24acd68e04001011e013bfb.pdf>

Nogueira Alcalá, Humberto. (2003). Los Derechos Esenciales o Humanos Contenidos en los Tratados Internacionales y su Ubicación en el Ordenamiento Jurídico Nacional: Doctrina y Jurisprudencia. *Ius et Praxis*, 9(1), 403-466. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100020

Notrica, Federico, Cotado, Francisco, & Curti, Patricio Jesús. (2017). La figura de la gestación por sustitución. *Revista IUS*, 11(39) Recuperado en 11 de mayo de 2019, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100008&lng=es&tlng=es.

Organización de las Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1000396>

Organización de las Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=15824>

Poder Judicial (2018). Causa RIT C-7246-2017. Sentencia en demandas de impugnación y reclamación de paternidad. *Segundo Juzgado de Familia de Santiago*, Santiago, Chile. Recuperado de <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:oN3FUBO4g8EJ:static.elmercur>

[io.com/Documentos/Legal/2018/05/07/20180507172951.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=cl](http://www.rae.es/Documentos/Legal/2018/05/07/20180507172951.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=cl)

Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española*. 23.^a ed. Madrid, España. Recuperado de <http://www.rae.es/>

Rodríguez-Yong, Camilo A, & Martínez-Muñoz, Karol Ximena. (2012). El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense. *Revista de derecho (Valdivia)*, 25(2), 59-81. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000200003>

Rodríguez, María Sara. (2018). Todo en la maternidad subrogada es disputado, ¿también fraudulento?. Análisis Jurídico. Familia. El Mercurio. Recuperado de <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2018/05/07/Todo-en-la-maternidad-subrogada-es-disputado-tambien-fraudulento.aspx>

Silva, Elizabeth Cecilia. (2017). Maternidad subrogada. Una luz al final del túnel. *Revista Jurídica de Daños*, 18. Editores Argentinos. Recuperado de http://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=190f7030698f70eb84940b068856b8e4&hash_t=5f09e86ba78761d21e8ed1c08ef2d871

Universidad de Chile. (2018). Profesores de Derecho Civil analizan fallos relevantes en recientes seminarios de jurisprudencia. *Comunicaciones Facultad de Derecho U. de Chile*. Recuperado de <http://www.derecho.uchile.cl/noticias/147995/profesores-analizan-fallos-en-recientes-seminarios-de-jurisprudencia>

Valdés Díaz, Caridad del Carmen. (2017). El acceso a algunas técnicas de reproducción humana asistida: "Crónica de una vida anunciada". *Revista IUS*, 11(39) Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100003&lng=es&tlng=es.