



UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



“LA DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD DEL HIJO O HIJA NACIDO
MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTTUCIÓN: ANÁLISIS Y PROPUESTAS PARA SU
REGULACIÓN”

TESINA DE LA CARRERA DE DERECHO

AUTORAS:

FRANCISCA HERRERA OJEDA – CATALINA IBÁÑEZ ESCUDERO

PROFESORA GUÍA:

ROMMY ÁLVAREZ ESCUDERO

MARZO DE 2020

INDICE

RESUMEN	4
INTRODUCCIÓN.....	5
CAPÍTULO I: GENERALIDADES. DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD.	
1. Determinación de la filiación respecto de la madre.....	7
1.1. Fuentes de la filiación.....	7
1.2. Vías para determinar la maternidad.....	8
2. Panorama actual de la maternidad mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida.....	10
2.1. Sentido y alcance del artículo 182 del Código Civil.....	11
2.1.1. Técnicas de reproducción humana asistida amparadas por la norma.....	11
2.1.2. ¿Qué se entiende por “el hombre y la mujer que se sometieron a ellas”?	12
CAPÍTULO II: LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.	
1. Antecedentes preliminares.....	13
2. Terminología y concepto de gestación por sustitución.....	15
3. Reconocimiento de la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico chileno.....	18
4. Necesidad de regulación en la materia.....	20
4.1. Procedencia de una regulación en la materia.....	20
4.2. Análisis jurisprudencial.....	23
4.2.1. Sentencia RIT C-7246-2017.....	23
4.2.2. Sentencia RIT C-4907-2018.....	26
4.3. Comentarios y observaciones sobre el análisis jurisprudencial.....	28
CAPÍTULO III: PROYECCIONES Y PROPUESTAS PARA DETERMINAR LA MATERNIDAD EN EL CASO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.	
1. Estatus de la gestación por sustitución en el derecho comparado.....	30
1.1. El modelo estadounidense.....	31

1.1.1. Nueva Jersey.....	31
1.1.2. California.....	32
1.2. Panorama general en Latinoamérica.....	33
1.2.1. Argentina.....	33
1.2.2. Brasil.....	36
1.2.3. Uruguay.....	36
2. Proyectos de ley nacionales en materia de gestación por sustitución.....	37
2.1. Boletín N°11.576-11: Proyecto de ley que regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida.....	37
2.1.1. Propuesta y contenido del proyecto.....	37
2.1.2. Comentarios y observaciones sobre el proyecto de ley.....	39
2.2. Boletín N°12.106-07: Proyecto de ley que modifica el Código Civil para determinar la identidad de niños y niños nacidos en gestación subrogada.....	40
2.2.1. Propuesta y contenido del proyecto de ley.....	40
2.2.2. Comentarios y observaciones sobre el proyecto de ley.....	42
2.3. Necesidad de una regulación integral sobre técnicas de reproducción humana asistida	43
3. Otras soluciones propuestas en el derecho comparado en materia de técnicas de reproducción humana asistida aplicables a la gestación por sustitución.....	45
3.1. Problema de la adopción como vía para determinar la maternidad.....	45
3.2. La voluntad procreacional como nueva fuente de la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida.....	48
CONCLUSIONES.....	52
BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	54

RESUMEN

En el presente trabajo se analizarán los problemas que se producen al momento de determinar la filiación materna del niño o niña concebido mediante gestación por sustitución, a raíz del aparente choque normativo existente entre el artículo 182 y el artículo 183 del Código Civil. A partir de dicho análisis, evidenciaremos la necesidad de una regulación integral en materia de técnicas de reproducción humana asistida y la posibilidad de legislar al respecto. Para ello, se abordarán algunas de las propuestas planteadas y utilizadas, tanto en nuestro ordenamiento jurídico como en el derecho comparado, en miras a encontrar un criterio que ofrezca una solución al problema anteriormente mencionado. Finalmente, una vez revisados los distintos aspectos, se expondrá una propuesta basada en la utilización del elemento volitivo para efectos de determinar la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida, incluida la gestación por sustitución.

Palabras clave: gestación por sustitución; técnicas de reproducción humana asistida; filiación; determinación de la maternidad; voluntad procreacional.

ABSTRACT

In the present research work we analyze the problems produced when determining the maternal affiliation of the child conceived by gestational surrogate, caused by the apparent normative clash between articles 182 y 183 of the Civil Code. From that análisis, we show the need for a integral regulation of assisted human reproduction techniques and the possibility of legislation. To do this, we will show some raised and used proposals, both in our legal system and the comparative law, to find a criterion that solves the problema mentioned previously. Finally, once reviewed the different aspects, we will expose a proposal based on the used of volitional element to determine the affiliation derived from the assisted human reproduction techniques, included the gestational surrogate.

Key words: gestational surrogate; the assisted human reproduction techniques; filiation; maternity determinacion; procreacional will.

INTRODUCCIÓN

En un mundo de constante cambio, como consecuencia de las transformaciones sociales y el desarrollo de las nuevas tecnologías, el concepto tradicional de familia ha evolucionado a nuevos modelos familiares, ajustándose a las actuales necesidades y contextos sociales. En ese sentido, familia no es solo aquella integrada por un hombre y una mujer que conciben hijos e hijas, sino que actualmente también constituye una familia aquellas formadas por individuos del mismo sexo o que están formadas por un solo progenitor.

El ejemplo más característico de este cambio dice relación justamente con la utilización de técnicas de reproducción humana asistida, ya que a partir de ellas ha quedado atrás la idea de que la relación sexual es la única vía para dar lugar a la procreación.

En ese orden de ideas, el sostenido avance que la ciencia y la medicina ha experimentado desde fines del siglo XX, ha favorecido la creación y el uso de las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA) las cuales corresponden a un conjunto de técnicas que facilitan o sustituyen los procesos naturales que producen un embarazo¹. Por consiguiente, el uso de estas técnicas ha permitido dar solución a todos aquellos problemas que dicen relación con la imposibilidad de procrear mediante el acto sexual.

Diversos son los motivos que existen detrás de la utilización de las TRHA, siendo el más frecuente la imposibilidad de llevar a cabo una concepción natural. Asimismo, son variadas las técnicas orientadas a solucionar dicho problema, un ejemplo de ello es la gestación por sustitución, denominación que recibe aquella práctica en virtud de la cual una mujer denominada “gestante” acepta someterse a TRHA para llevar a cabo la gestación en favor de una persona o pareja comitente, denominados él o los “subrogantes”, a quien o a quienes se compromete a entregar el niño o niña que pudiera nacer, sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la mujer gestante, sino con él o los subrogantes².

En ese contexto, la gestación por sustitución actualmente es una TRHA que va en aumento y cuyo uso es cada vez más frecuente a nivel mundial. No obstante a ello, como veremos más adelante, hay Estados cuya legislación en materia de TRHA aún es deficiente, e incluso existen aquellos en que derechamente se ha omitido toda referencia sobre el uso de estas

¹ VELARDE (2016) p. 101.

² SCOTTI (2012) p. 274.

técnicas. Particularmente, Chile no cuenta con una ley que regule de manera suficiente las TRHA, menos aún la gestación por sustitución. Lo anterior, por cierto, cobra relevancia cuando la falta de regulación al respecto genera incertidumbre en torno a la filiación del niño o niña concebido mediante TRHA. A este respecto, la única norma que se pronuncia sobre la filiación derivada de las TRHA en nuestro ordenamiento jurídico es el artículo 182 del Código Civil que, sin entrar en detalles sobre su contenido, resulta insuficiente para garantizar la filiación de la criatura nacida mediante gestación por sustitución, situación que evidencia lo imperioso de contar con una regulación integral en materia de TRHA.

En efecto, frente a la exigua reglamentación y la incertidumbre de la norma en comento, en las próximas palabras nos encargaremos de dilucidar la situación de la determinación de la maternidad mediante la gestación por sustitución, en el entendido de que, al tratarse esta última de una técnica heteróloga, esta es, aquella en que los gametos o células sexuales son aportados por un tercero, puede generarse una disociación de maternidad entre la madre gestante, la genética y la comitente, hipótesis que no está amparada bajo el ámbito de aplicación del artículo 182 del Código Civil, según veremos.

Para ello, evaluaremos la procedencia de una regulación sobre la materia analizando el panorama actual en nuestro país, tanto normativa como jurisprudencialmente, haciendo hincapié sobre la necesidad de una reglamentación sobre TRHA y, en lo que ello se refiere a la gestación por sustitución, teniendo en consideración las iniciativas legales impulsadas en los últimos años en Chile y lo insuficientes que resultan para asegurar la adecuada protección de los intervinientes en estas técnicas.

Finalmente, revisaremos algunas de las propuestas y directrices que ya se han planteado en relación a la materia, con el objeto de proyectar una eventual, futura y necesaria legislación sobre TRHA y, en particular, la gestación por sustitución, tomando como ejemplo la regulación que el derecho comparado contempla en materia de esta última. Así mismo, nos referiremos a la voluntad procreacional como criterio para determinar la filiación de los niños y niñas nacidos mediante las TRHA, destacándola como una tercera fuente de la filiación que toma en consideración la voluntad o consentimiento de aquellas personas que se someten a TRHA, siendo plausible, por lo tanto, determinar la maternidad respecto del hijo o hija nacido producto de la gestación por sustitución, primando así la voluntad y deseo de ser madre, que la correspondencia de identidades de la criatura y la mujer que lo gesta y da a luz.

CAPÍTULO I: GENERALIDADES. DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD.

La filiación en términos generales se encuentra regulada en nuestro Código Civil en el Libro I, específicamente en el Título VI, que abarca desde el artículo 179 al 195. Pareciere ser, que la regulación es extensa, sin embargo, solo el artículo 183 se refiere a la determinación de la maternidad. Así, en el presente acápite, haremos un breve análisis del sistema filiativo materno existente en nuestro ordenamiento, haciendo especial énfasis en aquel que deriva directamente de la utilización de TRHA.

1. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN RESPECTO DE LA MADRE.

Respecto a la determinación de la filiación de la madre, es necesario que primero hagamos una distinción entre las fuentes de la filiación en general y las vías para determinar la maternidad en específico.

1.1. FUENTES DE LA FILIACIÓN:

La doctrina ha determinado que en nuestro ordenamiento jurídico, la filiación puede provenir de tres grandes fuentes, a saber: por naturaleza, por adopción y por medio de TRHA. A continuación, nos referiremos brevemente a cada una de ellas.

- a) La filiación biológica o por naturaleza, tal como lo señala Maricruz Gómez de la Torre, “presupone un nexo biológico entre el hijo y sus padres, de modo que, cuando este nexo puede acreditarse, la paternidad o maternidad queda jurídicamente determinada³”.
- b) La segunda fuente de la filiación es la adopción, a diferencia de la primera no descansa en una realidad biológica, sino que se trata de una institución creada y regulada por la Ley N°19.620 sobre Adopción de Menores, que consiste, según Hernán Corral, básicamente en “un acto jurídico de carácter judicial que tiene como objeto proporcionarle a un menor una familia, distinta de la biológica, y que pueda darle el afecto y los cuidados tendientes a satisfacer las necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por la familia de origen⁴”.

³ GÓMEZ DE LA TORRE (2007) p. 56.

⁴ CORRAL (2001) p. 20.

- c) Finalmente tenemos la filiación mediante TRHA, introducida a nuestro ordenamiento a través de la Ley N°19.585 que incorpora a nuestro Código Civil el artículo 182. Respecto a esta última, es menester realizar dos precisiones.

En primer lugar, que las TRHA pueden ser de dos tipos, homologas o heterólogas. Siguiendo a Luis Santamaría, podemos señalar que las técnicas homologas son aquellas en la que tanto el espermatozoide como el óvulo proceden de la misma pareja que se somete a la técnica correspondiente. En cambio, las técnicas heterólogas son aquellas en la que ya sea uno de los gametos (óvulo o espermatozoide) o ambos, proceden de donantes ajenos a la pareja o persona que se somete a la técnica⁵.

La distinción anterior es muy importante, ya que las TRHA como fuente de la filiación solo se refieren a las heterólogas y por tanto solo opera según la OMS, respecto de aquellos “tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo⁶”.

En segundo término, cabe señalar que esta fuente ha sido desarrollada en doctrina bajo la denominación de “voluntad procreacional”, según la cual, el elemento volitivo es determinante. Por ello, cuando en una misma persona no coinciden el elemento genético, el biológico y el volitivo, se debe dar preponderancia al último, es decir, prevalece la paternidad consentida y querida, por sobre la genética⁷.

Por tanto, en esta fuente al igual que en la adopción, la filiación se encuentra al margen de la realidad biológica y descansa en un hecho voluntario al cual la ley otorga efectos jurídicos.

1.2. VÍAS PARA DETERMINAR LA MATERNIDAD:

Las vías para determinar la maternidad se encuentran consagradas en nuestro Código Civil, en el artículo 183 el cual prescribe: “*La maternidad queda determinada legalmente por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del*

⁵ SANTAMARÍA (2000) p. 38.

⁶ OMS (2009) p. 10

⁷ LAMM (2012) p.76-91

Registro Civil”. “En los demás casos la maternidad se determina por reconocimiento o sentencia firme en juicio de filiación, según lo disponen los artículos siguientes.

De lo anterior desprendemos, la maternidad puede quedar determinada por tres vías: la ley, el reconocimiento y la sentencia firme.

- a) Como primera vía para determinar la maternidad tenemos la ley, la cual se compone de dos etapas. En primer lugar, de la existencia del parto y, en segundo lugar, de la identidad del parto, la cual exige que la madre efectivamente haya parido y que el hijo que pasa por suyo sea producto de ese parto. Una vez, que se dan estos elementos, queda determinada por el solo ministerio de la ley la maternidad, sin requerirse una manifestación de voluntad por parte de la madre.
- b) En según termino, el artículo 183 en su inciso segundo consagra como vía el reconocimiento. Al respecto, la Corte suprema ha señalado que: “*el reconocimiento o la decisión de admitir la propia paternidad es un acto juicio que exige una declaración de voluntad destinada a generar precisamente la consecuencia jurídica que la ley establece, que consiste en que tiene a una determinada como hijo que se reconoce, lo que hace surgir, en consecuencia, el estado filial y, con ello, compromisos de orden espiritual y material respecto de la persona que se reconoce, por tanto, como acto jurídico debe cumplir con los requisitos de existencia y de voluntad que le son propios y su inobservancia provocara su nulidad*”⁸.

A este respecto, cabe señalar que el reconocimiento se presenta como una vía excepcional de determinación de la maternidad y en situaciones muy particulares. Esto se explica porque, en virtud del inciso primero del artículo 183, la determinación de la maternidad opera de pleno derecho, por el hecho del parto y la identidad del hijo, sin necesidad de una manifestación de voluntad de la madre⁹.

Esta idea se refuerza pues el mismo artículo exige que las identidades del hijo y de la mujer consten en las partidas del Registro Civil. Para este efecto, el sistema desde un comienzo opera para que la maternidad quede determinada puesto que, el artículo 117 del Reglamento Orgánico del Servicio de Registro Civil (en adelante ROSRC) exige a los médicos y parteras remitir semanalmente a las oficinas del Registro Civil la lista de las

⁸ CORTE SUPREMA (2016)

⁹ GÓMEZ DE LA TORRE (2017) p. 143.

parturientas que hubieren atendido, especificando sus nombres y domicilios, el número de criaturas dadas a luz en cada parto y número de nacidos vivos y fecha del parto.

No obstante lo anterior, si bien la generalidad de los partos se llevan a cabo en hospitales o servicios de salud, hay una cantidad muy residual de mujeres que por residir en lugares de difícil acceso u otros motivos, no pueden concurrir a un hospital a dar a luz. “Al respecto, el ROSRC en su artículo 121 establece que podrá comprobarse la efectividad del hecho por declaración de dos testigos. En este supuesto, será necesario el reconocimiento de la madre”¹⁰.

- c) Por último, tenemos la sentencia firme en juicio de filiación. La maternidad determinada por esta vía, supone básicamente la existencia de un juicio iniciado mediante el ejercicio de una acción de filiación, la cual puede ser o no acogida. Si en dicho juicio se acoge la acción, concluirá con la dictación de una sentencia en la que se declare o establezca un vínculo filiativo entre el hijo y la madre.

2. PANORAMA ACTUAL DE LA MATERNIDAD MEDIANTE EL USO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

Si bien el primer nacimiento producto de la utilización de TRHA ocurrió en el año 1984, Chile aún no cuenta con una legislación integral que la regule.

Actualmente, nuestro ordenamiento jurídico no dispone de una ley que reglamente el uso de las TRHA y se haga cargo de los problemas filiativos que de ella deriva. Las únicas dos normativas que las mencionan son: la Resolución Exenta N°1072 del año 1985 del Ministerio de Salud que establece “*normas aplicables a la fertilización in vitro y la transferencia embrionaria*” y el artículo 182 del Código Civil.

Respecto a la Resolución, cabe señalar que si bien, no es norma de carácter legal, fue la primera manifestación en nuestro ordenamiento respecto del uso de estas técnicas de reproducción y en ella se reconoce de manera expresa el derecho a procrear y con él, el derecho a acceder a los medios médicos para superar las causas que impiden o dificulten la procreación.

¹⁰ Ibid. p. 147.

Por otro lado, tenemos el artículo 182, el cual fue introducido a nuestro Código Civil con la Ley N°19.585 que Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. Esta norma, es la única de carácter legal que se preocupa de la situación del hijo concebido mediante la aplicación de TRHA y los efectos derivados de su filiación.

Sin embargo, dicho precepto no es lo suficientemente claro, ya que únicamente se limita a establecer: *“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”* y que *“no podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta”* sin hacer un mayor análisis al respecto.

Lo anterior, ha generado diversas discusiones, ya que no hay claridad respecto a cuáles son las técnicas que se encuentran legitimadas por nuestro ordenamiento y a quienes se refiere cuando alude al hombre y la mujer que se someten a dichas técnicas, siendo esta última el eje del presente trabajo, el cual se orienta justamente en proponer vías de solución.

A continuación, procederemos a comentar cual es el sentido y alcance que el legislador quiso plasmar en dicha norma, poniendo especial énfasis en los problemas que se derivan de ella.

2.1. Sentido y alcance del artículo 182 del Código Civil.

Como lo mencionamos anteriormente, no existe una ley en nuestro ordenamiento jurídico que regule de manera especial la situación filial del hijo concebido mediante TRHA, sino que únicamente es esta norma la que se hace cargo de ello.

Por ello, para poder desentrañar cual es el verdadero sentido y alcance de la norma en comento, es menester acudir a la historia de la ley.

2.1.1. Técnicas de reproducción humana asistida amparadas bajo la norma.

Esta problemática surge ya que el artículo únicamente señala *“técnicas de reproducción humana asistida”* sin especificar que entiende por tales y si está aludiendo a todas las técnicas comprendidas en dicha noción, o solo a alguna de ellas. Lo anterior, no solo se ha prestado para confusión, sino que además ha llevado a que se sostenga por algunos autores que esta norma estaría de cierto modo legitimando el uso de dichas técnicas.

No obstante ello, dicho artículo no fue incorporado con ese propósito, muy por el contrario *“los legisladores parecen contestes en estimar que el artículo 182 del Código Civil no*

es una norma legitimadora de las técnicas, sino protectora de situaciones que de hecho se están dando o pueden darse en nuestra realidad social. No hubo pues un pronunciamiento sobre la licitud de los diversos procesos biomédicos, sino una intención a la situación del hijo que –contra la ley o de acuerdo con ella– ha sido concebido mediante este tipo de métodos. De esta forma, el objetivo de la norma es que la pareja que acude a estas técnicas mediante la utilización de gametos provenientes de terceros, no se vea perturbada por las posibles pretensiones de éstos de reclamar la paternidad o maternidad del hijo, mediante la utilización de las pruebas biológicas¹¹”.

Por consiguiente, en virtud de lo anterior, “la norma mencionada no se pronuncia sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de estas técnicas, sino que solo viene a regular aquellas situaciones ya producidas, esto es, hechos consumados¹²” y no al revés.

2.1.2. ¿Qué se entiende por “el hombre y la mujer que se sometieron a ellas”?

La mayor cantidad de problemas que se han derivado de la interpretación de la norma, dicen relación con este fragmento y se dan a propósito de la gestación por sustitución. Lo anterior, a raíz de lo que señala el artículo 183 del mismo cuerpo legal, toda vez que en la gestación por sustitución podrían intervenir dos mujeres, aquella que da a luz al hijo concebido mediante estas técnicas y aquella que proporciona el material genético y quien finalmente tiene la voluntad de procrear o ser la madre.

El inciso primero del artículo 183 de nuestro código, dispone: “*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*”.

De lo anterior se desprende que la mujer que dio a luz al niño o niña será legalmente la madre y no aquella mujer que aportó material genético, pero que no dio a luz al niño o niña. Como consecuencia de ello se producirán dos problemas facticos.

En primer lugar, la mujer aportante de gametos se verá imposibilitada de inscribir el nacimiento del niño o niña en el Registro Civil, ya que solo podrá hacerlo la mujer que dio a luz al niño o niña.

¹¹ CORRAL (1999) pp. 2-3.

¹² GÓMEZ DE LA TORRE (2017) p. 170.

Por otro lado, no existe una vía para que se deje sin efectos la filiación que con el parto ya quedo establecida, toda vez que la única vía para poder hacerlo según el artículo 211 del Código Civil es mediante la impugnación de filiación, la cual en virtud del artículo 217 del Código Civil, procede únicamente “*probándose falso parto, o suplantación del pretendido hijo al verdadero*”, quedando excluida la posibilidad de impugnarla en este caso.

Cabe mencionar, que dicho problema no se produce respecto de aquel hombre que se sometió a dichas técnicas, cuando es otro hombre quien aporta el material genético. Si el hombre que se sometió a dichas técnicas está casado con la mujer gestante opera respecto de él la presunción de paternidad del artículo 184 del Código Civil. Ahora bien, si no están casados, de igual manera podría establecerse la paternidad por vía del reconocimiento (artículo 190 Código Civil), “de esta manera, frente a una eventual impugnación de dicha filiación, como el caso del marido que quiera desconocer su paternidad o del donante de gameto que pretenda reclamar al hijo, se puede oponer como excepción la norma en comentario¹³”.

Con ello finalmente, se le está negando a la mujer que se somete a TRHA y es aportante de gametos toda posibilidad de determinar su filiación respecto del niño o niña concebido mediante estas técnicas de reproducción humana.

CAPÍTULO II: LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

1. ANTECEDENTES PRELIMINARES.

La gestación por sustitución es un fenómeno que en las últimas décadas ha cobrado mayor auge en los distintos sistemas jurídicos alrededor del mundo. Esto se debe principalmente al progreso de la ciencia en materia de TRHA que, como consecuencia, ha llevado a gran parte de las legislaciones a modificar sus cuerpos normativos, o bien, a incorporar nuevas normativas específicas con el objeto de complementar las reglas generales en materia de determinación de la filiación.

Sin embargo, “el acceso a esta técnica, su ámbito de aplicación, la capacidad requerida para ello, el consentimiento informado para su posible aplicación, la protección de los derechos inherentes a la personalidad que pudieran ser vulnerados, tales como la propia vida, la integridad

¹³ CORRAL, Op. Cit. p.6.

física, la libertad, la intimidad, la identidad personal, la responsabilidad que se asume con su práctica y, sobre todo, los derechos del nuevo ser que nace, especialmente su filiación, son aspectos que el Derecho Civil debe considerar”¹⁴ al momento de regular la gestación por sustitución. En este sentido, es tal la trascendencia que implica la incorporación de esta figura que ha sido objeto de diversos debates, tanto éticos como jurídicos, generando por parte de algunos ordenamientos normativos resistencia o el rechazo expreso a su adhesión, o derechamente, guardando silencio.

No obstante los cuestionamientos planteados en la modernidad, la gestación por sustitución es un fenómeno que encuentra sus primeros antecedentes en la biblia al relatar, en el Génesis del Antiguo Testamento, que Sarah, imposibilitada de gestar hijos, instó a su esposo Abraham para que engendrara un hijo con su empleada Agar, para que de esa manera Sara pudiere ser madre¹⁵.

Contemporáneamente, el primer acuerdo de gestación por sustitución documentado con empleo de la inseminación artificial se llevó a cabo en 1976 en Estados Unidos. Dicho acuerdo fue patrocinado por el abogado Noel Kaene el cual creó en Michigan la *Surrogate Family Service Inc.* (Servicio de Familia Sustituta) cuya finalidad fue ayudar a parejas con dificultades para concebir, facilitándoles el acceso a madres sustitutas y gestionando los trámites jurídicos necesarios para llevar a cabo la subrogación¹⁶.

Por otro lado, la visibilidad pública de la gestación por sustitución se alcanzó a mediados de 1980 cuando tuvo lugar el primer caso a nivel mundial que atendió la problemática de la gestación por sustitución: el caso *Baby M*¹⁷. En dicho caso, “el matrimonio estadounidense Stern contrató a través de una agencia intermediaria de Nueva York a una mujer norteamericana para que gestara un embrión concebido mediante inseminación artificial con semen del varón de la pareja comitente y del óvulo de la gestante. Una vez nacida la criatura, la madre gestacional se negó a entregarla aduciendo que era su madre legal. En primera instancia, el juez reconoció la validez del contrato de subrogación y condenó a la madre biológica a entregar la niña a los comitentes; en cambio, en segunda instancia, el Tribunal Supremo de Nueva Jersey, basándose

¹⁴ Véase, VALDEZ (2014) p. 461.

¹⁵ LAMM (2013) p. 19.

¹⁶ LÓPEZ y APARISI (2012) p. 257.

¹⁷ Véase, LAMM, Op. Cit. p. 21.

en el mejor interés del nacido, el Tribunal concedió la custodia permanente al matrimonio Stern, permitiendo a su vez a la gestante un derecho de visita”¹⁸.

Este caso marcó la pauta de la percepción social de la gestación por sustitución y condicionó su posterior regulación en América y también en Europa. Una de las primeras organizaciones a nivel mundial en dedicarse a conectar a personas que desean tener hijos con mujeres para gestar a los mismos ha sido “Childlessness Overcome Through Surrogacy” (COTS) fundada en 1988 en el Reino Unido, una práctica legal en el país, ya que la única exigencia legal es que no medien grandes cantidades de dinero, sino aquellos que tienen que ver con alimentación, seguros médicos, transporte, entre otros gastos para la mujer gestante, además de las demás condiciones requeridas por la organización¹⁹.

Así las cosas, la gestación por sustitución no ha sido abordada de manera uniforme, sino que ha sido reconocida por algunos ordenamientos jurídico y, como veremos más adelante, pese a ser un fenómeno que acontece en nuestros tiempos, las implicancias éticas y legales que su reconocimiento involucra, ha generado que parte de las legislaciones se hayan decantado por su prohibición o por la inexistencia de regulación al respecto, cuestión que ha generado un conflicto ineludible cuando en materia de determinación de la filiación se trata.

2. TERMINOLOGÍA Y CONCEPTO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

Tal como se señaló en la parte introductoria de este trabajo, la gestación por sustitución corresponde a una TRHA –así lo ha determinado la OMS en el *Glosario de Terminología en Técnicas de Reproducción Asistida* cuando enumera estas– no obstante, previo a entregar un concepto de la técnica propiamente tal, es menester advertir que la figura en cuestión ha sido denominada de diversas maneras por la doctrina y, si bien aquellas tienen aspectos en común, pueden notarse ciertas variantes en su descripción que hacen la diferencia.

Entre las expresiones más utilizadas se encuentran: *maternidad subrogada, gestación por sustitución, gestación por subrogación, alquiler de útero o vientre, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, subrogación uterina, maternidad sustituta o de encargo*²⁰, entre otras más. En ese sentido, autores han señalado que los términos acuñados presentan dificultades para desentrañar y definir lo que

¹⁸ ALKORTA (2010) p. 75.

¹⁹ VALLS-LOBET (2010) p. 48.

²⁰ LAMM (2013) p. 25.

realmente es esta técnica y las consecuencias jurídicas que de su empleo se derivan. De hecho, resulta problemático denominarla *maternidad subrogada* o *maternidad sustituta*, pues se presta para un gran número de interpretaciones sobre la definición y el rol mismo de la maternidad²¹.

En ese orden de ideas, Eleonora Lamm señala que la palabra “maternidad” no es la adecuada pues esta engloba una realidad mucho más extensa que la gestación. La autora sostiene que madre significa mucho más que matriz y parto, pues el estado de madre es un proceso que se inicia desde antes de la fecundación del óvulo por el espermatozoide –si consideramos una etapa en aquella mujer que desea ser madre con antelación– y se prolonga por mucho tiempo después del advenimiento del hijo, esto es, en la etapa de tener que ser madre. Por esta razón sería correcto hablar de “gestación” en lugar de “maternidad” pues de lo que se trata es de sustituir la matriz para gestar el embrión de otro²².

Por su parte, la expresión “alquiler de vientre” tampoco resulta adecuada. Según Marina Pérez Monge esta denominación ha de ser criticada por su incorrección y falta de precisión, ya que la gestación es un concepto mucho más amplio y supone la puesta a disposición de todo el ser de la gestante para atender su embarazo²³. Además, la palabra “alquiler” tiene un contenido comercial-lucrativo, de modo que, hablar de contrato de alquiler encierra un significado en el que el elemento prestacional cobra mayor importancia, en circunstancias en que también existen contratos de alquiler gratuitos²⁴ donde el elemento prevaleciente es lo altruista del mismo.

Dentro de los conceptos más utilizados para hacer referencia a esta TRHA encontramos el de “gestación por subrogación” y “gestación por sustitución”. En ese contexto, la palabra “subrogar” significa, de acuerdo a la Real Academia Española (RAE), “sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona”. De este modo, Leila Mir Candal señala que en el ámbito jurídico el término “subrogación” evoca la idea de sustitución y, en nuestro caso, se trataría de la sustitución de una mujer por otra. Sin embargo, la autora hace la prevención que la subrogación es también una forma de transferir las obligaciones, como cuando se sustituye un acreedor por otro, de modo que, la idea que debe aplicar a la subrogación es la sustitución o cambio de la

²¹ PINZÓN et. al. (2015) p. 90.

²² LAMM, Op. Cit. p. 26.

²³ PÉREZ (2002) p. 331.

²⁴ PINZÓN, Op. Cit. p. 90.

ubicación de la gestación²⁵. Habida cuenta de lo anterior, consideramos correcto referirnos a esta técnica como “gestación por sustitución” en tanto se focaliza en la idea de sustituir la matriz para gestar el embrión de otra persona²⁶.

Aclarada la terminología empleada para referirnos a la técnica en comentario, corresponde interiorizarnos en dilucidar aquello que se entiende por gestación por sustitución. Un primer concepto es el utilizado por Eleonora Lann, quien define la gestación por sustitución como “una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente”²⁷. Consideramos que se trata de una denominación adecuada, toda vez que apunta al propósito de determinar la maternidad del recién nacido respecto de la madre comitente.

Desde una perspectiva contractual, Esther Farnós dispone que esta práctica acostumbra a formalizarse a partir de un acuerdo por el que una mujer (la madre subrogada o portadora) acepta someterse a las técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación a favor de un individuo o pareja comitente, también llamados “padres intencionales”, a quienes se compromete a entregar el niño o niños que puedan nacer²⁸.

Lo anterior, por lo pronto, debe entenderse considerando que, si bien el caso más frecuente de gestación por sustitución es aquel en que el embrión de una pareja es implantado en el útero de una persona que llevará a cabo la gestación y posteriormente dará a luz, obligándose a entregar al niño a sus padres genéticos, también es posible que la gestante aporte su óvulo, el cual será fecundado con el semen del varón de la pareja comitente. No obstante, siendo estas dos modalidades las más frecuentes, hay que advertir que bajo el término de gestación por sustitución se incluyen también otras variantes como, por ejemplo, que la pareja comitente no aporte su material genético, o que no se trate de una pareja, sino de un hombre o una mujer que quieren asumir la paternidad o maternidad en solitario²⁹.

²⁵ MIR CANDAL, (2010) pp. 178-179.

²⁶ LAMM (2013) p. 26.

²⁷ LAMM, Op. Cit. p. 24

²⁸ FARNÓS (2010) pp. 4-5.

²⁹ LAMM, Op. Cit. p. 27.

3. RECONOCIMIENTO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO.

En palabras anteriores, expresábamos que la gestación por sustitución no es una técnica regulada homogéneamente por los sistemas jurídicos alrededor del mundo. Así, no habiendo actualmente una tendencia hacia la armonización de regulaciones³⁰ encontramos legislaciones que prohíben de manera expresa la gestación por sustitución, tales como Alemania, Austria, Japón, Francia, Finlandia, Suecia, Suiza, Turquía, entre otros³¹.

Asimismo, encontramos el caso de España que, si bien no prohíbe expresamente la utilización de esta técnica, adopta una postura contraria, en tanto el contrato por el que se convenga la gestación por sustitución acarrea como sanción la nulidad del mismo, de modo la actitud adoptada por este Estado está dirigida a que estos acuerdos no se realicen³².

Por otro lado, tenemos un grupo de Estados que admiten la gestación por sustitución y consideran, en sus respectivos ordenamientos jurídicos, que los nacidos en virtud de esta técnica son hijos de los comitentes: Escocia, Estados de California, Arkansas, Dakota del Norte y Nevada (EE.UU.), India, Israel, Nueva Zelanda, Reino Unido, Tailandia, Ucrania, etc.³³

Por último, gran parte de los países se mantienen sin contemplar una normativa general o específica que aborde la gestación por sustitución, entre los que podemos mencionar: Argentina, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Mónaco, Rumania³⁴ y Chile.

Así las cosas, la gestación por sustitución no se encuentra prohibida ni permitida expresamente en nuestro derecho interno y, tal como mencionábamos en el primer capítulo, la única norma que se preocupa de regular la situación de los hijos nacidos mediante TRHA es el artículo 182 del Código Civil, la que no contiene mención sobre cuáles son las técnicas legitimadas en nuestro sistema interno. A este respecto, si recurrimos a la historia de la ley, quedó de manifiesto que ese no era el propósito perseguido por la norma pues no hubo pronunciamiento alguno sobre la regulación sustantiva de los distintos temas asociados a dichas

³⁰ SERRA (2015) p. 2.

³¹ HERRERA y LAMM (2014)

³² LAMM (2016) p. 62-63.

³³ CALVO y CARRASCOSA (2015) p. 48.

³⁴ OLIVERA (2016) p. 191.

técnicas, lo que corresponderá realizar en otro proyecto de ley, en particular, sobre la aceptación o prohibición del uso de estas³⁵.

En este sentido, el mayor inconveniente como consecuencia de continuar sin una regulación positiva respecto de la materia se genera cuando en el mundo de los hechos una persona o pareja decide llevar a cabo esta técnica y acuerda con una mujer someterse a una subrogación uterina. De esta manera, en concordancia con el adagio utilizado en derecho privado según el cual “todo aquello que no está prohibido se encuentra permitido”, sería perfectamente factible que la técnica se realice, pues no se encuentra prohibida; sin embargo, los problemas se presentan una vez nacido el hijo o hija mediante la aplicación de una o más TRHA que da lugar a la gestación por sustitución.

En consecuencia, la falta de normativa existente en Chile respecto de la utilización de estas técnicas, así como también la prohibición por parte de algunos Estados, ha generado que en la práctica se recurra a otros ordenamientos jurídicos para la realización de estas mismas. Este fenómeno es lo que ha sido denominado por la doctrina como “turismo reproductivo”, y que alude, básicamente, a la actividad realizada por aquellas personas o parejas con determinados problemas reproductivos que no pueden solucionar en su propio país, se dirigen a otro donde pueden aplicarse el tratamiento que necesitan³⁶ donde si existe una regulación al respecto. No obstante, el retorno al Estado que no cuenta con regulación o que prohíbe la práctica ocasiona, consecuentemente, que estos padres que se han sometido a esta práctica no tienen la seguridad de que el niño o niña que nace sea reconocido por el Estado de su nacionalidad, pudiendo quedar en un inaceptable limbo jurídico³⁷.

De esta manera, podemos evidenciar que mantener una actitud legislativa pasiva en materia de gestación por sustitución y TRHA, así como una posición activa, en tanto se prohíba la técnica, o bien, se declaren ilícitos los pactos a su respecto, trae consigo más dificultades y problemas que soluciones³⁸.

³⁵ Comisión de Constitución, Justicia y Reglamento, Cuenta en Sesión 16, Legislatura 338, 22 de julio de 1998, Senado.

³⁶ MANTORRAS (2005)

³⁷ OLIVERA, Op. Cit. p. 192.

³⁸ OLIVERA, Op. Cit. p. 192.

4. NECESIDAD DE REGULACIÓN EN LA MATERIA.

Tal como se ha podido evidenciar, hasta el día de hoy en Chile no existe una regulación integral en materia de TRHA, únicamente contamos con las normas anteriormente revisadas, las cuales son insuficientes y carecen de un desarrollo normativo que las haga realizables. A lo anterior se suma el hecho de que “la situación respecto a la gestación por sustitución es aún más grave existiendo total silencio por parte del legislador acerca de esta práctica, toda vez que se encuentra excluida de toda regulación, generándose así, un desfase entre el derecho y la ciencia”³⁹.

Como consecuencia de lo anterior, en la práctica los Tribunales de Familia se han visto en la necesidad de tomar un rol activo en la materia y resolver aún a falta de norma, apoyándose en criterios de equidad y principios tales como, el interés superior del niño, la búsqueda de la verdad biológica, el derecho a procrear y el derecho a la identidad. Si bien de esta forma se han podido resolver algunos de los conflictos derivados de la falta de regulación, no es suficiente.

A modo de ejemplo, consideramos necesario referirnos a dos fallos sobre impugnación de filiación por gestación por sustitución, ambos emitidos por el Segundo Juzgado de Familia de Santiago, en los que no obstante a producirse un aparente choque normativo entre los artículos 182 y 183 del Código Civil y a falta de norma que lo resuelva, en términos similares, se falló conforme a los criterios anteriormente señalados.

4.1. Procedencia de una regulación en la materia:

Antes de exponer nuestras propuestas, consideramos que es necesario reparar sobre ciertos puntos relativos a la plausibilidad de legislar en la materia, toda vez que aún hay autores que cuestionan su legitimidad y con ello también su procedencia. En este acápite revisaremos algunos aspectos relevantes respecto de una regulación.

Si bien esta discusión se presenta respecto de todas las TRHA, pareciera ser que se da en mayor medida tratándose de la gestación por sustitución, respecto de la cual generalmente se sostiene que es inmoral y que además supondría cosificar la vida humana embrionaria⁴⁰, opinión compartida por Maricruz Gómez de la Torre, que sostiene que este contrato sería nulo o

³⁹ CORRAL, Op Cit. p. 16

⁴⁰ ACUÑA (2013) p.413-419

inexistente al tener como objeto el cuerpo humano el cual está fuera del comercio humano, además de ser su causa ilícita al atentar contra la moral y las buenas costumbres⁴¹.

En primer lugar, cabe preguntarse si existe alguna norma que impida su aplicación de manera expresa y por tanto dificulte su regulación. En efecto, tal como se mencionó anteriormente nuestro ordenamiento jurídico posee una laguna normativa en la materia y no cuenta con ninguna norma que se refiera a la gestación por sustitución, sus efectos o procedencia.

Al respecto, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en su artículo 5º prescribe: “*La Ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la Sociedad. Nada que no esté prohibido por la Ley puede ser impedido*”⁴², y *nadie puede ser obligado a hacer algo que ésta no ordene*”. De dicha norma no podemos sino concluir que al no haber una norma que lo prohíba expresamente, se entiende permitido.

Así también lo han entendido nuestros Tribunales de Justicia, quienes han señalado a propósito de la gestación por sustitución que: “este contrato en particular no se encuentra prohibido de ninguna forma, no existe texto expreso que contenga una prohibición semejante, de manera que, siendo las prohibiciones excepcionales al limitar derechos, requieren de texto expreso que la autorice y solo para los casos expresamente señalados en la ley, sin que sea posible la aplicación analógica respecto de ellas”⁴³.

En segundo lugar, nos referiremos a la licitud del pacto de gestación por sustitución, en miras a una posible regulación permisiva respecto a ella. Esto, ya que como se explicó al comienzo del acápite, existe discusión en la doctrina respecto al objeto de dicho pacto y si atenta a la moral por comercializar el cuerpo humano.

En efecto, como señalamos anteriormente, hay que tener en vista que el pacto de gestación por sustitución puede ser de dos tipos, a saber: altruista y lucrativo. El altruista supone que la mujer gestante no recibe ningún pago por gestar a la criatura, o si recibe alguna contraprestación, esta solo se limita al pago de los gastos que conlleva el embarazo. En cambio, en el pacto de carácter lucrativo la mujer gestante si recibe un pago como contraprestación de

⁴¹ GÓMEZ DE LA TORRE (1993)

⁴² Énfasis añadido.

⁴³ 2º Juzgado de Familia de Santiago, 03 de diciembre de 2018 (Considerando 8º)

las obligaciones emanadas del contrato, pago que puede consistir en una suma de dinero, la entrega de objetos, servicios o en general cualquier otra cosa de valor pecuniario⁴⁴.

Teniendo en cuenta esa distinción, podemos ver que el contrato que supone una comercialización del cuerpo humano y que en esos términos podría ser nulo por objeto ilícito, es el de carácter comercial denominado doctrinalmente como “alquiler de vientre”, ya que solo en ese caso el objeto del contrato es el vientre, por el cual se recibe a cambio, una prestación de tipo pecuniaria.

Ahora bien, respecto del contrato de gestación por sustitución de tipo altruista no parece razonable sostener la misma afirmación ya que supone un acuerdo sin pago, en el cual la madre gestante de manera desinteresada y movida únicamente por la generosidad facilita su vientre. Lo anterior, fue abordado por el fallo RIT C-7246-2017 que será analizado posteriormente, en que finalmente se descartó la ilicitud del pacto de gestación por sustitución por estimar que era de carácter altruista.

En tercer lugar, es sumamente importante señalar que el silencio normativo no fue una opción escogida por el legislador. En efecto, la intención que tuvo el legislador al dictar la Ley N°19.585 con la finalidad de introducir el artículo 182 a nuestro Código Civil, fue en primer lugar consagrar las TRHA de manera genérica y luego regular los diversos métodos o técnicas, lo cual no se concretó ya sea por olvido o dejación.

Generalmente se señala que el motivo por el cual no se reguló sobre la materia, habría sido que en la época de la dictación de la ley existía otra iniciativa legal⁴⁵, cuya regulación implicaría un pronunciamiento integral respecto de las diversas TRHA⁴⁶. Por tanto, no establecer una normativa que regule estas técnicas atenta contra el verdadero espíritu que informó la dictación de dicha ley.

Finalmente, es pertinente hacer una breve mención al principio de protección de la familia, el cual se desprendería del artículo 1° de nuestra Constitución Política, específicamente de los incisos 1° y 5°, ya que dicha norma posiciona al Estado como sujeto activo de este mandato orientado a proteger y propender al fortalecimiento de la familia.

⁴⁴ RODRÍGUEZ-YONG, et. al. (2012) p. 59-81.

⁴⁵ CORRAL (1999) p. 2

⁴⁶ 2° Juzgado de Familia de Santiago, 08 de enero 2018 (Considerando 6°)

Respecto al contenido de este deber del Estado, Cristian Lepin señala que “la norma constitucional obliga a todos los poderes del Estado. En este sentido, tanto el Poder Ejecutivo como Legislativo deberán dictar normas que integren el estatuto protector de la familia y al Poder Judicial concretar dicha protección al aplicar la normativa vigente”⁴⁷.

Por lo tanto, no existe fundamento plausible para seguir teniendo este vacío normativo y “constituye un desafío para el derecho de la filiación, en el sentido que demanda de éste una regulación que se haga cargo de las diferencias que presenta la filiación asistida con intervención de terceros respecto de la filiación natural pero que, sin embargo, sea susceptible de incorporarse armónicamente en el sistema normativo respectivo”⁴⁸.

A continuación analizaremos dos fallos emitidos por el 2º Juzgado de Familia de Santiago, en los que se genera el problema anteriormente planteado. Dichos fallos, cobran especial importancia para el objeto de este trabajo, ya que en ambos la madre de intención deduce demanda de impugnación y reclamación de maternidad en contra de la mujer gestante y solicita se establezca que el niño o niña gestado mediante el uso de estas técnicas es su hijo.

4.2. Análisis jurisprudencial.

4.2.1. Sentencia RIT C- 7246- 2017⁴⁹:

La demandante de este caso ante la imposibilidad de llevar a cabo un embarazo a causa de una infertilidad, producida luego de que dos embarazos fallidos provocaran la pérdida de su útero, decide someterse junto a su pareja a un proceso de reproducción asistida, que básicamente consistía en la fecundación in vitro y posterior implantación de los óvulos en el vientre subrogado. Cabe señalar, que para llevar a efecto dicho procedimiento, fue la propia madre de la demandante la que ofreció su vientre para anidar cinco de sus óvulos fecundados por el esperma de su pareja y quien finalmente da a luz a dos niñas.

En materia de gestación por sustitución, existe en nuestro ordenamiento jurídico un vacío normativo, no existiendo una norma legal que establezca como se determina la filiación en estos casos, si en virtud del artículo 183 del Código Civil o en virtud del artículo 182 del mismo cuerpo normativo. Como consecuencia de lo anterior, por aplicación del artículo 183 la filiación

⁴⁷ LEPIN. (2014), p. 10.

⁴⁸ TURNER (2003) p. 442.

⁴⁹ 2º Juzgado de Familia de Santiago, sentencia de 08 de enero de 2018.

materna de las niñas quedó establecida en favor de la madre gestante y, la demandante, no obstante, a ser la madre biológica, legalmente figuraba como hermana de ellas.

Al respecto, la magistrado Macarena Rebolledo Rojas comienza analizando los problemas facticos que se derivan de la falta de regulación y las interrogantes que se generan a partir de la poca claridad del artículo 182 del Código Civil. En virtud de lo anterior, determino que “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”.

A continuación, desarrollaremos de manera breve dos de los criterios utilizados por la magistrado para fundamentar su decisión.

a) Derecho a procrear:

En el fallo, se parte señalando que este derecho sería una manifestación de otro derecho, que es el derecho que tiene toda persona a formar una familia. Si bien este derecho no tiene un reconocimiento expreso en nuestra constitución, si lo tiene a nivel internacional, ya que son varios los instrumentos internacionales que reconocen expresamente el derecho a formar una familia, e implícitamente el derecho a procrear. Ejemplo de lo anterior son la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de San José de Costa Rica, entre otros.

Ahora bien, el contenido de estos tratados y los derechos a ellos asociados, cuentan de igual manera con reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico, a partir de lo señalado en el inciso segundo del artículo 5° de nuestra Carta fundamental.

En esa misma línea, igualmente hay quienes señalan que el derecho a procrear podría desprenderse de igual manera del artículo 1° de la Constitución Política de la República, que consagra el derecho a la vida, ya que este tendría una doble dimensión, siendo una de ellas el derecho a dar vida, es decir, a procrear.

b) Interés superior del niño:

Tanto la jurisprudencia como la doctrina está conteste en que el interés superior del niño es un principio general del derecho de Familia y respecto a su existencia ya no hay discusión.

Dicho principio se encuentra expresamente consagrado en el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos de los Niños⁵⁰, suscrita por Chile el 26 de enero de 1990 y se ha ido incorporando a nuestro ordenamiento interno de manera paulatina con la dictación de la Leyes N°19.585 y 19.620, las que modificaron el sistema filiativo y de adopción de menores.

En cuanto a su contenido, cabe tener presente lo señalado por Maricruz Gómez de la Torre en cuanto a que “no hay una definición dogmática ni en la Convención de los derechos de los Niños, ni en las leyes señaladas”⁵¹ sino que más bien es un concepto jurídico indeterminado, por lo que la “magnitud y concreción del principio en estudio se aprecia en el caso concreto”.⁵²

Manifestación de dicho carácter es el inciso 2° del artículo 16 de la Ley N°19.968 que crea los Tribunales de Familia, en que se señala “*el interés superior del niño, niña o adolescente, es el principio rector que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento*”. Dicha norma contiene un mandato dirigido a los jueces, quienes, como principales receptores de este principio están llamados a concretarlo fácticamente mediante su aplicación al caso concreto.

No obstante a ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia han hecho un esfuerzo por intentar dilucidar su sentido y al alcance, uno de ellos Miguel Cillero quien señala que “el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos” por tanto “el contenido del principio son los propios derechos; interés y derecho en este caso se identifican”⁵³.

Siguiendo la misma línea, la Corte Suprema por su parte en el año 2015 sostuvo que: “*que en los procedimientos sobre derecho de familia, el interés superior del niño constituye un principio fundamental para adoptar cualquier decisión que afecte la vida de éstos. Dicho principio, aunque difícil de conceptualizar, alude al pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente y su finalidad cubre el desarrollo de los potenciales de aquéllos y la satisfacción de sus necesidades en los diferentes aspectos de su vida*”⁵⁴

En base a lo anterior es que la magistrado opta por acoger las demandas de impugnación y reclamación de maternidad, declarando como madre de las niñas a la mujer aportante del

⁵⁰ Artículo 3° Convención sobre los Derechos del Niño.

⁵¹ GÓMEZ DE LA TORRE (2000) p. 23.

⁵² Corte Suprema, Sentencia de 15 de junio de 2015, ROL N°6323-2015. Considerando 5°.

⁵³ CILLERO (2007) p. 26-69.

⁵⁴ Corte Suprema, Sentencia de 28 de enero de 2015, ROL N°8820-2014.

material génico. En consecuencia, se ordenó al Servicio de Registro Civil e identificación la modificación del nombre de ambas niñas en su respectiva partida de nacimiento.

4.2.2. Sentencia RIT C-4907-2018⁵⁵:

La demandante de este caso tiene infertilidad secundaria, la cual se produjo luego de que producto de un embarazo patológico y posterior aborto, perdiera toda funcionalidad de su útero y con ello, la posibilidad de llevar a cabo un embarazo.

Ante la imposibilidad de convertirse en padres, la demandante y su marido deciden someterse a un proceso de fertilización in vitro e implantación del embrión en un vientre subrogado. Cabe señalar, que dicho procedimiento se llevó a cabo previo acuerdo gratuito con una amiga de la demandante, quien finalmente es la que da a luz al menor.

El conflicto se origina a partir de la aplicación del artículo 183 del Código Civil, en virtud del cual la filiación materna del niño quedó determinada legalmente respecto de la mujer subrogante, pues en definitiva fue ella quien lo dio a luz y no la demandante. Lo anterior no obstante a que la demandante en definitiva es madre biológica y quien tuvo la voluntad de procrearlo.

A raíz de eso, se produciría aparentemente un choque normativo, ya que por un lado tenemos el inciso primero del artículo 183 que dispone “*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*” según el cual la madre parece ser la demandada y por otra, el artículo 182 que señala “*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*” y que luego agrega “*no podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta*” del cual se desprende que la madre es la demandante.

Al respecto, la magistrado parte señalando que no hay norma que señale como se determina en este caso la maternidad o, que en definitiva, resuelva los problemas derivados de este tipo de filiación. Por este motivo, se determinó que en este caso procedía aplicar el principio de interés superior del niño, el cual poseerían rango superior a estas reglas, con la finalidad de concretizar el derecho a la identidad, el cual analizaremos a continuación.

⁵⁵ 2º Juzgado de Familia de Santiago, 03 de diciembre de 2018.

a) Derecho a la identidad:

Si bien este derecho no se encuentra consagrado de manera expresa en una norma, el Tribunal Constitucional ha señalado que se trataría de un derecho implícito contenido en la constitución, el cual además, generaría la obligación de los órganos del Estado de respetarlo y promoverlo, en los términos del artículo 5° de nuestra carta fundamental⁵⁶.

Sobre el mismo punto, la Corte Suprema ha señalado que *“es una de las bases esenciales que inspiran el nuevo estatuto filiativo y se expresa normativamente, entre otros, en el artículo 195 del Código Civil, al consagrar el derecho a la libre investigación de la paternidad o maternidad, con miras a la búsqueda de la verdad real o biológica sobre la verdad formal”* (Considerando 7°).⁵⁷

Como consecuencia de lo anterior, si bien no existe claridad respecto a su contenido, ha tenido bastante desarrollo en la doctrina y jurisprudencia, existiendo en ellas acuerdo sobre diversas características, las cuales pueden resumirse a grandes rasgos en tres puntos:

En primer lugar, que pertenecería a la categoría de “derechos esenciales”⁵⁸, ya que se encuentra estrechamente ligado a la dignidad humana⁵⁹, por lo mismo sería independiente de la edad, sexo o condición social y más bien se trataría de un derecho personalísimo del que goza toda persona⁶⁰ y no se agota en los niños⁶¹. En segundo término, que se compondría de otros dos derechos, a saber, el derecho a un nombre y el derecho a conocer la propia historia filial⁶². Y, por último, no cabe dudas que la vía para poder reclamarlo es mediante las acciones de reclamación e impugnación^{63 64}.

Sobre este punto, en el fallo se concluye que “el hecho de que una persona cuya identidad biológica no sea concordante con su identidad social y legal, por causa de que el Estado o la sociedad no le reconozcan tal concordancia, constituye una infracción al deber de respeto, garantía y promoción a que se ha aludido; de ahí que en materia de filiación no existan trabas en

⁵⁶ Tribunal constitucional, Sentencia de 29 de septiembre de 2009, ROL N°1340-09 (Considerando 10°)

⁵⁷ Corte suprema, Sentencia de 05 de diciembre de 2011, ROL 2907-2011.

⁵⁸ Tribunal constitucional, Sentencia de 29 de septiembre de 2009, ROL N°1340-09 (Considerando 10°)

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ MOLINA y VIGGIOLA (1995) p. 2

⁶¹ Artículo 7° de la Convención de los Derechos del Niño.

⁶² Corte Suprema, sentencia de 25 de agosto de 2015, ROL N°1102-2015 (Considerando 3°)

⁶³ Corte Suprema, sentencia del 16 de mayo de 2011, ROL N°1102-2011 (Considerando 6°)

⁶⁴ VELOSO (2001) p. 133.

cuanto a poder indagar la verdadera filiación que se tiene, entendiendo por “verdadera” aquella que pueda ser concordante desde lo biológico con lo social y legal”⁶⁵.

En base ello, Mónica Jeldres Salazar, Jueza Titular del 2º Juzgado de Familia de Santiago acogió la demanda de impugnación y reclamación de maternidad, ordenando al Servicio de Registro Civil e Identificación la práctica de una nueva inscripción de nacimiento, en que se establezca que la madre es la mujer que aporto su material genético.

4.3. Comentarios y observaciones sobre el análisis jurisprudencial.

Tal como se pudo apreciar en el análisis jurisprudencial realizado en el acápite anterior, en ambos fallos, el supuesto de hecho, el razonamiento y la decisión adoptada por el tribunal es similar y repara prácticamente en los mismos puntos. A partir de ello, consideramos pertinente realizar algunos comentarios al respecto.

El primer punto en el que nos detendremos dice relación con la acción de impugnación de maternidad deducida en ambos fallos. Respecto a ello, cabe partir señalando que no estamos de acuerdo con el razonamiento efectuado por la magistrado sobre este punto y estimamos que, en los casos en comento no procede la acción de impugnación para dejar sin efectos la filiación determinada respecto de la mujer gestante y por esa vía abrir la posibilidad a determinar la filiación materna en favor de la madre de intención.

En efecto, nuestro Código Civil contempla en su artículo 211, la posibilidad de dejar sin efecto la filiación ya determinada, por medio de la acción de impugnación, la cual, opera según el artículo 217 en dos hipótesis, esto es: probándose falso parto o en virtud de suplantación del pretendido hijo al verdadero. Sin embargo, como señalamos en el acápite anterior, en ambos casos nos encontramos ante una mujer que se somete a la utilización de estas técnicas que puede aportar o no su material genético, pero que finalmente no es quien da a luz y, por tanto, no se verifica ninguna de las hipótesis señaladas en el artículo 217, quedando en este supuesto excluida la posibilidad de impugnar la maternidad por esta vía.

En esa misma línea, el primer fallo (RIT C-7246-2017) señala en el considerando 9º que *“no procede la impugnación de la maternidad, ya que la ley establece causales taxativas para su impugnación, dentro de las cuales no se establece alguna que permita alegar que el ovulo pertenece a otra mujer o bien, que la*

⁶⁵ 2º Juzgado de Familia de Santiago, 03 de diciembre de 2018, RIT C-4907-2018.

*voluntad procreacional reside en una mujer distinta la madre gestante*⁶⁶, no obstante a ello, la magistrado estima conveniente que este caso en concreto es menester darle preferencia a quien tuvo la voluntad de procrear.

En segundo lugar, como ya lo señalábamos en el acápite anterior, estamos de acuerdo con la idea, de estimar lícito el contrato de maternidad gestacional subrogada cuando es de carácter altruista. Por ello, en este punto nos remitiremos a lo señalado con anterioridad.

El tercer punto que abordaremos dice relación con el criterio utilizado para determinar la maternidad. Al respecto, podemos señalar que, en ambos fallos existe una clara tendencia a darle primacía a la voluntad procreacional y justamente desde nuestro punto de vista, este sería el criterio que satisface de mejor manera el interés superior del niño concebido mediante estas técnicas, toda vez que le da prioridad a los padres comitentes que tuvieron la voluntad de engendrar, voluntad sin la cual no se habrían efectuado todos los procedimientos que finalmente hicieron posible el nacimiento.

Concordamos en este punto con el razonamiento efectuado por ambas magistrados y nos resulta igualmente *“ilógico atribuir la maternidad a una mujer que jamás tuvo el deseo de engendrar un hijo para su, ni asumir las responsabilidades que de ello derivan”*⁶⁷.

Por último, nos referiremos de manera breve a la parte resolutive de la sentencia de 08 de enero de 2018, específicamente a aquella parte en que el tribunal ordena *“...practicarse por el Registro Civil una nueva inscripción (...) en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 221 del Código Civil...”*.

Al respecto, nos llama particularmente la atención que se ordene una “nueva inscripción” y no una subinscripción de la sentencia. En efecto, el artículo 221 anteriormente aludido, en su primera parte dispone: *“la sentencia que dé lugar a la acción de reclamación o de impugnación deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo”*, dicho artículo se limita únicamente a ordenar una subinscripción, sin que pueda deducirse de esta lectura que deba practicarse una nueva inscripción.

Ahora bien, si revisamos la Ley N°4.808 sobre Registro Civil, podemos evidenciar que tampoco se contempla la hipótesis de realizar una nueva inscripción bajo el supuesto de acción de impugnación de maternidad. Aún más, el artículo 17 de dicha ley, que se refiere a las

⁶⁶ 2° Juzgado de Familia de Santiago, sentencia de 08 de enero de 2018 (*considerando 9°*)

⁶⁷ 2° Juzgado de Familia de Santiago, sentencia de 08 de enero de 2018 (*considerando 8°*)

inscripciones en virtud de una sentencia judicial señala a grandes rasgos que las inscripciones, por regla general, solo podrán ser alteradas y modificadas por sentencia judicial, pero en ningún caso se refiere a ser reemplazada o dejada sin efecto por una posterior.

En virtud de ello, pareciera ser que jurídicamente no procede la realización de una nueva inscripción, y estimamos que el tribunal debería haberse limitado únicamente a ordenar la subinscripción de la sentencia al margen de la partida de nacimiento de las niñas.

Para finalizar, es necesario mencionar que, si bien estamos de acuerdo con que existe normativa contenida en diversos estatutos internacionales que protegen diversos derechos supraindividuales y cuya aplicación resulta indispensable, consideramos que es necesario establecer una regulación integral en materia de TRHA susceptible de ser aplicada a propósito de la gestación por sustitución, en que establezca de manera expresa el criterio que se debe utilizar para determinar la maternidad en estos casos, con el fin de otorgar mayor seguridad jurídica.

En otras palabras, el silencio normativo impide que aquella mujer que desea convertirse en madre mediante el uso de estas técnicas, se someta a ellas con la certeza de que cuenta con el respaldo legal en cuanto al vínculo jurídico con el niño, toda vez que el artículo 3° del Código Civil que establece: “*las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren*”, y nada obsta a que en otros casos se utilicen criterios diversos al que se utilizó en estos fallos.

CAPITULO III: PROYECCIONES Y PROPUESTAS PARA DETERMINAR LA MATERNIDAD EN EL CASO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

1. ESTATUS DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.

Tal como ocurre en muchas otras materias y la regulación o estatus que se le da a la gestación por sustitución examinada en el plano internacional no es uniforme y son diversas las posturas que se han adoptado en cada ordenamiento para dar solución a los diversos problemas que se generan al respecto. En virtud de lo anterior, es perfectamente posible que en un país se prohíba y en otro se permita.

Por un lado, tenemos ordenamientos en los que se ha optado por reglamentar esta figura, otorgándole un determinado estatus (ya sea permitiendo o prohibiendo) y así solucionar los problemas que puedan suscitarse a partir de su utilización. Al respecto, Francia y Alemania son un caso típico de ordenamiento en que se prohíbe su utilización y Ucrania, India y parte de Estados Unidos de ordenamientos en que se permite.

De manera contraria, podríamos encontrarnos con ordenamientos en los que derechamente el legislador guardó silencio y no se pronunció ni sobre la procedencia de la figura, ni sobre sus efectos. Ejemplo de lo anterior, es Argentina y nuestro propio ordenamiento en que, si bien el legislador reguló en forma escueta las TRHA en general, omitió todo pronunciamiento respecto de la gestación por sustitución, situación que se replica de igual manera en la mayoría de los países Latino Americanos según veremos.

En este acápite, revisamos el estatus normativo que se le otorga a esta figura en el derecho comparado, para ello revisaremos brevemente el panorama general de Latinoamérica y concretamente el caso de Estados Unidos ya que es conocido internacionalmente como uno de los pioneros en el área y por tanto ha servido de antecedente.

1.1. Modelo Estadounidense.

En primer lugar, para poder analizar la situación normativa de Estados Unidos es necesario tener presente que no tiene una regulación homogénea, puesto que no cuenta con una ley federal que regule la gestación por sustitución⁶⁸. Por este motivo, la regulación de esta figura varía en los distintos Estados, siendo perfectamente posible que se permita en Estados como California, Texas y Florida, y en otros como Washington, Arizona o Michigan derechamente se prohíba.

1.1.1. Nueva Jersey:

Este primer estado, es sumamente relevante en materia de gestación por sustitución, puesto que en el año 1988 se produce ahí el primer caso conocido a nivel mundial sobre esta técnica, el cual se denominó “*In The Matter of Baby M*” y con el cual se plantea por primera vez la existencia de una problemática en torno a la utilización de esta técnica.

⁶⁸ GUZMÁN (2016) p. 626.

En el año 1985, William Stern y el matrimonio conformado por Mary Beth y Richard Whitehead celebran un contrato, en el cual se acordaba que a cambio de una suma de 10.000 dólares Mary sería inseminada y prestaría su vientre para la gestación de un bebe que luego sería entregado a William para que su esposa lo adoptara.

Dicho procedimiento se llevó a cabo con éxito y el 27 de marzo de 1986 nace la niña. Sin embargo, el problema se originó ya que luego del parto la señora Mary se negaba a cumplir el contrato y entregar a la niña. Lo anterior provoco que el matrimonio Stern recurriera a tribunales para recupera la custodia de la menor.

En primera instancia se determinó que el contrato de maternidad subrogada era válido y por tanto debía cumplirse. Para ello el juez argumento señalando que el matrimonio Stern tenía mejor situación económica y por ende podía satisfacer de mejor manera las necesidades de la niña, pero no conformes con esta decisión el matrimonio Whitehead decide apelar dicha sentencia.

Finalmente, la Corte suprema en segunda instancia determino que si bien el contrato era invalido y el pago de por medio atentaba contra las leyes del estado, en este caso debía primar el interés superior de la niña, por lo tanto, le concede la custodia al matrimonio Stern y fija visitas en favor del matrimonio Whitehead ⁶⁹.

Actualmente, conforme a este caso se prohíbe jurisprudencialmente la gestación por sustitución.

1.1.2. California:

En 1993, a partir del caso denominado “Johnson vs Calvert” por primera vez la Corte de California se pronuncia respecto a quien es la madre legal del niño o niña concebido mediante gestación por sustitución, si lo es la madre gestante, o aquella que apporto su material genético⁷⁰. En dicha oportunidad, se estableció que quien era la madre legal del menor, era aquella mujer que dono los óvulos y para ello, se apoyó en la teoría de la voluntad procreacional o teoría de la causalidad ⁷¹, criterio que prevalece hasta la actualidad para determinar la filiación en California.

⁶⁹ RODRÍGUEZ y MARTÍNEZ (2012) p. 59-81

⁷⁰ VALDÉS, Op. Cit. p. 469.

⁷¹ FARNÓS, Op. Cit. p. 8

A partir de fallos como ese, es que rápidamente se optó por reconocer normativamente esa figura, regular su funcionamiento y efectos. Como consecuencia de lo anterior es que actualmente California se caracteriza no solo por ser una de las legislaciones más permisivas en materia de gestación por sustitución, sino que también por ser una de las que brinda mayor seguridad jurídica, ya que no solo regula los efectos derivados de su cumplimiento, sino que además aquellos que se derivan de su incumplimiento. Esto ha provocado que en la práctica sea uno de los lugares más recurridos para su práctica.

California regula la utilización de estas técnicas y el uso de la gestación por sustitución en el Código Familiar del Estado de California, específicamente en la División N°12 relativa a la “relación de padres y niños”, en la Parte N°7 denominada “facilitadores de cirugía y donantes, acuerdos de reproducción asistida para transportadores gestacionales y donaciones de ovocitos” (Artículo 7960-7962)⁷².

Lo que hace dicha legislación, es utilizar la figura jurídica de un contrato, el cual puede ser celebrado tanto por parejas (homosexual o heterosexuales), como solteros. Este contrato a su vez puede ser altruista o comercial, y en virtud del cual la madre subrogante percibe una suma de dinero, la cual no se entrega a modo de pago, sino que a modo de compensación por los gastos asociados al embarazo.

Por último, en cuanto a los efectos, cabe destacar que dicho contrato se encuentra protegido por una presunción de validez establecida por el Artículo 7962 señalado anteriormente, en virtud del cual, dicho pacto solo puede ser rescindido o dejado sin efecto mediante una orden judicial.

1.2. Panorama general en Latinoamérica.

1.2.1. Argentina:

El ordenamiento jurídico argentino se encuentra en una situación similar a la nuestra, ya que tampoco cuenta con una norma legal que regule la gestación por sustitución. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en nuestro país, Argentina en la materia posee regulación en la Ley N°26.862⁷³ a propósito de la cobertura médica y también, a partir del año 2015 en el Código

⁷² Código Familiar del estado de California.

⁷³ LAMM (2013) p. 102.

Civil y Comercial argentino⁷⁴, cuanta con una regulación sobre THRA (Artículo 560 y ss.) y reconoce como fuente de la filiación a la voluntad procreacional (Artículo 562).

Ahora bien, un antecedente importante en la materia dice relación con el anteproyecto de código presentado, ya que en él, se planteó incorporar expresamente una regulación sobre la gestación por sustitución. Si bien dicha iniciativa no fue incorporada en el texto definitivo del Código Civil y Comercial argentino, consideramos interesante revisar un extracto en que se mencionan algunos de los elementos tomados en consideración: *“El anteproyecto permite la gestación por sustitución previéndose un proceso judicial con reglas propias que culmina con una decisión judicial de autorización; requiere: a) capacidad de la mujer, b) consentimiento informado por parte de todos los intervinientes con la debida preparación; c) que la gestante porte material genético de uno o ambos miembros de los comitentes y no de ella; d) demostrar los comitentes la imposibilidad de concebir o llevar adelante a término un embarazo; (e) la gestante no ha aportado material genético propio; (f) la gestante no ha recibido retribución, sin perjuicio que la regulación especial pueda reconocer el pago de gastos razonables; (g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos (2) veces; (h) la gestante ha parido con anterioridad, al menos, un hijo propio. Todos estos requisitos contribuyen a tener certeza de que la mujer que presta su cuerpo lo hace libremente y que este recurso, tan debatido, no es usado como un mero capricho sino como última alternativa”*⁷⁵.

Posterior a dicho anteproyecto, han sido diversos los proyectos de ley que se han presentado con la finalidad de darle regulación jurídica a esta figura y terminar con las situaciones de incertidumbre generadas por la ausencia de esta, pero que sin embargo no han prosperado. A modo de ejemplo tenemos:

i) *Proyecto de ley de regulación de la técnica de gestación solidaria 5700-D-2016*. En este proyecto se intenta consagrar a la gestación solidaria como TRHA, que puede ser llevada a cabo en favor de una persona sola o en pareja, con una edad máxima de 35 años y mediante un compromiso, el cual debe formalizarse con un centro médico autorizado y luego protocolizarse ante escribano o autoridad sanitaria correspondiente. Adicionalmente se intenta modificar el artículo 562 del código civil y comercial argentino estableciendo que las personas nacidas bajo esta técnica son hijos de quienes prestaron su consentimiento.

ii) *Proyecto de ley 5759-D-2016 de gestación por Sustitución*. en este proyecto, se pone énfasis en el carácter del compromiso, el cual puede ser comercial o no lucrativo, y establece

⁷⁴ Ley N°26.994 de 2014

⁷⁵ “Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación” Argentina (2012) p. 97

una especie de compensación económica por concepto de gastos derivados del embarazo. Adicionalmente plantea la idea de una autorización judicial previa, cuyo incumplimiento se sanciona mediante una figura punible y ciertos requisitos que deben cumplir, tanto la gestante como el o los comitentes, para poder llevar a cabo el procedimiento. Finalmente, cabe destacar que se intenta abrir la posibilidad de que accedan a la utilización de esta técnica, tanto parejas heterosexuales como homosexuales.

iii) *Proyecto de ley 3202-2017*. Este proyecto en específico llama la atención, ya que plantea soluciones para diversos supuestos, en los que de no haber normativa podrían generarse conflictos. A modo de ejemplo, se intentó establecer que en el supuesto de que se utilicen gametos de terceros, no se generara vínculo jurídico alguno con ellos.

iv) *Proyecto de ley 3765-D-2017*. Por último, en este proyecto se establece que en caso de no haber una autorización judicial previa, la filiación se determinara aplicando las reglas de la filiación por naturaleza. Adicionalmente se presenta como requisito, que uno de los comitentes aporte sus gametos, a menos que justifique una imposibilidad médica para no hacerlo.

No obstante a ello el ordenamiento Argentino, cuenta con un amplio historial de casos jurisprudenciales, en que prácticamente todas las sentencias terminan con un resultado favorable a dicha figura. Siendo el primer caso, aquella sentencia dictada el 14 de abril de 2010, por la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial y Laboral de Gualeguaychú en Entre Ríos, en la cual se determinó que la madre legal es aquella que aporta el material genético, prevaleciendo, por tanto, el vínculo biológico para determinar la filiación⁷⁶.

Actualmente a falta de normativa y ante el creciente uso de esta técnica, es que los tribunales argentinos han adoptado diversas estrategias con la finalidad de establecer un vínculo filiativo entre el niño gestado y la madre que aporta el material genético y ha tenido la voluntad procreacional. Estas estrategias pueden dividirse según la doctrina argentina en tres grandes grupos: i) vía autorización judicial previa; ii) impugnación de la maternidad y iii) mediante acción declarativa de certeza o solicitud judicial para inscribir al menor a nombre de los comitentes o padres aportantes de material genético⁷⁷.

⁷⁶ LAMM, Op. Cit. p. 104-105.

⁷⁷ NOTRICA et. al. (2017)

1.2.2. Brasil:

Tal como ocurre en la mayoría de los países Latinoamericanos, Brasil no cuenta con una norma de tipo legal que regule la maternidad sustituta. Sin embargo, no se omitió de manera total, ya que existía mención a ella en la Resolución N°1.358/92 del Consejo Federal de Medicina, la cual por no poseer fuerza de ley se encuentra imposibilitada de establecer sanciones.

Actualmente dicha normativa fue reemplazada por la Resolución N°1.957/2010, la cual mantiene lo señalado por la primera en materia de gestación por sustitución, la cual básicamente exige que la madre aportante de material genético para poder acceder al uso de esta técnica debe encontrarse en la imposibilidad de gestar por sí misma y además, que la donación temporal del útero no puede tener carácter rentable o lucrativo⁷⁸.

1.2.3. Uruguay:

A diferencia de los demás casos, en Uruguay la gestación por sustitución se encuentra reconocida y permitida de manera expresa en la Ley N°19.167⁷⁹. No obstante, dicha figura se contempla de manera restringida, toda vez que, por regla general los contratos de gestación subrogada son nulos y solo son permitidos de manera excepcional, cuando se verifiquen ciertos requisitos establecidos en la ley.

Al respecto, la ley señala los requisitos que se deben cumplir para utilizar esta figura bajo el amparo legal y poder determinar la filiación proveniente de la gestación por sustitución. En dicha ley encontramos los siguientes requisitos: i) la madre debe encontrarse bajo un impedimento médico para gestar un embrión propio; ii) la mujer gestante debe tener un vínculo familiar directo (hasta el segundo grado de consanguinidad) con la futura madre o su pareja; iii) debe ser autorizado por un organismo administrativo llamado Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida; y iv) debe ser de naturaleza gratuita.

Finalmente, una vez que se ha cumplido con los requisitos expresados en dicha ley la filiación del nacido corresponderá a quienes hayan solicitado y acordado el uso de esta técnica⁸⁰.

⁷⁸ CÁCERES (2018) p. 6-7.

⁷⁹ LEY N°19.167 de 2013.

⁸⁰ Ibid. p. 12.

2. PROYECTOS DE LEY NACIONALES EN MATERIA DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

En materia de TRHA, es posible verificar al menos cuatro proyectos de ley destinados a regular las técnicas en comento: el Boletín N°1026-07 ingresado en 1993 que regula los principios jurídicos y éticos de las técnicas de reproducción humana asistida y establece sanciones para los infractores de sus normas; el Boletín N°4346-11 sobre reproducción humana asistida y el Boletín N°4575-11 que regula la aplicación de técnicas de reproducción asistida, ambos ingresados en el año 2006 y; por último, el Boletín 11.604-11 ingresado en enero de 2018 que regula la crioconservación de embriones. Los tres primeros se encuentran archivados y el último de ellos está en tramitación.

En lo que respecta a las iniciativas legislativas sobre gestación por sustitución en concreto, tenemos el Boletín N°11.576-11 que regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida y el Boletín N°12.106-07 que modifica el Código Civil para determinar la identidad de niños y niñas nacidos en gestación subrogada, cuyo contenido será examinado a continuación.

2.1. Boletín N°11.576-11: Proyecto de ley que regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida.

2.1.1. Propuesta y contenido del proyecto de ley.

El 10 de enero de 2018 ingresó al parlamento el proyecto de ley cuyo objetivo es regular la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida. A la fecha, el presente proyecto se encuentra a la espera del primer informe de la Comisión de Salud solicitado el 18 de enero de 2018.

A fin de explicar las directrices del comentado proyecto de ley y con el objeto de determinar de qué manera se estaría permitiendo la gestación por subrogación, haremos mención de los intervinientes en el procedimiento y los requisitos que estos deben cumplir para la utilización de la técnica, la naturaleza del acuerdo convenido entre las partes y la filiación de los hijos nacidos mediante esta técnica.

En primer término, es menester señalar que es posible identificar tres intervinientes en el procedimiento de gestación por subrogación: (1) el progenitor o progenitores subrogantes; (2) la mujer gestante por subrogación o subrogada y; (3) el o los donantes, estos son, personas mayores de edad de cuyo organismo se obtiene el materia reproductivo humano o gametos, quienes a su vez pueden ser la propia mujer gestante subrogada, el progenitor o progenitores subrogantes o un tercero que aporta su material genético. Esto último denota el carácter de heteróloga de la técnica, toda vez que pueden ser utilizados gametos de personas distintas de los progenitores subrogantes o mujer subrogada.

Habida cuenta de los intervinientes en la gestación por subrogación, podemos señalar que el proyecto de ley otorga una naturaleza contractual al acuerdo efectuado por las partes que lo convienen. De esta manera, el artículo 3° del proyecto define al contrato de gestación por subrogación como un “documento público por el que una persona o una pareja, formada por individuos de igual o diferente sexo, y una mujer, acuerdan que esta será la gestante por subrogación, en los términos establecidos en esta ley”.

Por otro lado, el artículo 6° del proyecto de ley prescribe que la gestación por subrogación no tendrá carácter lucrativo o comercial para ninguna de las partes involucradas, por consiguiente, una de las exigencias para someterse a la técnica es el carácter altruista de la gestación por subrogación. Además, el proyecto prohíbe expresamente pagar a cualquiera mujer para que actúe como mujer gestante, como también pagar a un intermediario de los servicios de una mujer gestante.

No obstante la naturaleza altruista del contrato, se contempla la posibilidad de compensar económicamente los gastos derivados de las molestias físicas, los tratamientos, medicamentos o vitaminas que necesite la mujer gestante durante el embarazo y el post parto, los gastos de desplazamiento, entre otros. Asimismo, la mujer gestante será beneficiaria de un seguro que cubra cualquier contingencia derivada como consecuencia de la aplicación de la técnica.

En lo referente a los requisitos que deben cumplir los intervinientes del contrato de gestación por subrogación tenemos, por un lado, aquellos exigidos respecto de la mujer gestante por subrogación: ser mayor de 25 y menor de 45 años de edad; que existan posibilidades razonables de éxito en la realización de la técnica y que no exista un riesgo para la salud física o

psíquica de la mujer gestante o el niño o niña gestada; plena capacidad; haber gestado, a lo menos, un hijo con anterioridad; ser chilena o tener residencia legal en el país; no tener antecedentes penales ni de violencia intrafamiliar; no haber sido mujer gestante por subrogación en más de dos ocasiones; no tener la mujer gestante un vínculo de consanguineidad con el o los progenitores subrogantes.

Por otro lado, tenemos aquellos requisitos exigidos para el progenitor o progenitores subrogantes: ser mayor de 25 y menor de 50 años de edad; haber agotado o ser incompatible con otras TRHA; poseer nacionalidad chilena o tener residencia legal en el país; en el caso de parejas que se sometan a la técnica, deberán estar unidas por el matrimonio o un acuerdo de unión civil.

Finalmente, en lo que respecta a la filiación de los hijos nacidos por la aplicación de esta técnica, el proyecto señala que en ningún momento se establecerá un vínculo de filiación entre la mujer gestante subrogada y el niño, niña o niños que puedan nacer, sino que quedará determinada respecto de el o los progenitores subrogantes. En ese sentido, se establece una determinación legal de la filiación y no la presunción que determina la maternidad por el parto. Tampoco puede ser impugnada la filiación por ninguna acción judicial ni declararse otra distinta.

2.1.2. Comentarios y observaciones sobre el proyecto de ley.

Revisado el contenido del proyecto de ley destinado a regular la gestación por subrogación como mecanismo de reproducción asistida, estimamos oportuno realizar ciertas observaciones.

El primer punto al que nos referiremos dice relación con la definición del contrato de gestación por subrogación aportada por dicho proyecto. En efecto, de tal definición podemos advertir que los beneficiarios de esta técnica pueden ser tanto personas solteras como parejas vinculadas afectivamente, no estableciéndose límites en cuanto al sexo u orientación sexual, pudiendo acceder a la técnica personas heterosexuales y homosexuales. Sin embargo, tratándose de una pareja, se exige adicionalmente para poder someterse a dicha técnica que estén unidos por el matrimonio o acuerdo de unión civil.

En relación a lo anterior, nos llama la atención que al abordar la determinación legal de la filiación establecida en favor de el o los progenitores no se repare o tome en consideración aquellos problemas prácticos que se podrían generar cuando las parejas sometidas a la técnica

sean convivientes civiles del mismo sexo. En efecto, plantearlo de ese modo generaría inconvenientes al momento de inscribir el nacimiento del niño o niña nacido mediante esta técnica, pues la doble maternidad y la doble paternidad nos son consideradas en el ordenamiento jurídico actual⁸¹, de modo que es fundamental que se modifiquen las normas relativas a los nacimientos de la Ley sobre Registro Civil y del Reglamento Orgánico del Servicio de Registro Civil que permita en las partidas de nacimiento la inscripción de dos madres o dos padres.

En segundo término, dentro de los requisitos exigidos para la mujer gestante, el proyecto de ley prohíbe que aquella tenga un vínculo de consanguinidad con el o los progenitores subrogantes. Si bien entendemos que su incorporación apunta a evitar un eventual arrepentimiento de la madre gestante en cumplir con lo acordado por el contrato en razón del vínculo genético existente entre esta y el bebe nacido, rechazamos esta prohibición en tanto cerrar las posibilidades de realizar la técnica con un consanguíneo contradice el sentido altruista del acuerdo, toda vez que es más factible que una mujer cercana a el o los progenitores esté dispuesta a facilitar su vientre con la intención de ayudar de manera solidaria y no lucrativa a quienes quieren ser padres.

2.2. Boletín N°12.106-07: Proyecto de ley que modifica el Código Civil para determinar la identidad de niños y niños nacidos en gestación subrogada.

2.2.1. Propuesta y contenido del proyecto de ley.

El 12 de septiembre de 2018 fue ingresado el proyecto de ley que modifica el Código Civil para determinar la identidad de niños y niños nacidos en gestación subrogada. Actualmente el proyecto se encuentra en tramitación, pendiente de la elaboración del primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento solicitado el día 25 de septiembre del mismo año.

El proyecto de ley en comento pretende modificar el artículo 182 del Código Civil agregando un nuevo inciso segundo (pasando el antiguo inciso segundo a ser cuarto) que fija una nueva presunción legal en virtud de la cual “el niño o niña gestado en vientre subrogado es hijo o hija de la pareja que se sometió a la técnica de fertilización in vitro con transferencia embrionaria en una tercera persona”.

⁸¹ ACUÑA (2018)

Cabe señalar, que el proyecto de ley nada dice respecto de aquella persona soltera que desea someterse a la técnica en calidad de progenitor del niño o niña que será gestado en el útero de una mujer, ni tampoco hace mención sobre la naturaleza del vínculo que debe tener la pareja, ni a la orientación sexual de los intervinientes.

Enseguida, un nuevo inciso tercero señala que, la circunstancia de encontrarse en imposibilidad uterina o biológica para gestar y dar a luz al hijo o hija, deberá ser médicamente certificada por el médico tratante, dejando constancia del origen del material genético que da vida al embrión, así como la voluntad procreacional de la pareja, y de la mujer apta para gestar, que libre y voluntariamente decide colaborar con esta pareja para dar viabilidad a su voluntad procreacional, deberán constar en declaración jurada ante notario público quien la certificará en su calidad de ministro de fe.

Por otra parte, el proyecto agrega a la presunción de maternidad establecida en el inciso primero del artículo 183 del Código Civil una nueva presunción que ampara ahora la gestación subrogada. Dichas presunciones se regulan en los incisos siguientes según corresponde en cada caso de la siguiente manera:

“Tratándose de la técnica de fertilización in vitro con transferencia embrionaria en una tercera persona que es quien da a luz el hijo o hija de la pareja que manifestó una voluntad consensuada de procrear, la identidad del niño o niña queda determinada legalmente de acuerdo con las siguientes reglas, según sea el caso:

a) Si el niño o la niña es gestado en un vientre subrogado a partir del material genético de ambos miembros de la pareja que se sometió a dicha técnica de fertilización asistida, la identidad del niño o niña queda determinada legalmente por el material genético de ambos miembros de la pareja.

b) Si el niño o la niña es gestado en un vientre subrogado a partir del material genético de sólo uno de los miembros de la pareja que se sometió a dicha técnica de fertilización asistida, la identidad del niño o niña queda determinada legalmente por el material genético del miembro de la pareja viable para la gestación y la no coincidencia genética del hijo con la gestora subrogante.

c) Si el niño o la niña es gestado en un vientre subrogado con material genético de terceras personas, la identidad del niño o niña y su filiación queda determinada legalmente por la voluntad procreacional consensuada de la pareja, debidamente manifestada antes del procedimiento de transferencia del embrión a la gestora subrogante.”

Finalmente, se agrega un nuevo artículo 183 bis, el cual indica que “la gestora subrogante no adquiere por la gestación subrogada derecho alguno de filiación con el niño gestado, sin perjuicio de las relaciones de parentesco generales que le corresponden con él o ella, en el caso que la gestante tenga una relación de parentesco con alguno de los miembros de la pareja”.

2.2.2. Comentarios y observaciones sobre el proyecto de ley.

Al igual que en el proyecto de ley anterior, consideramos necesario realizar algunos comentarios sobre el proyecto recién revisado.

En primer lugar, el proyecto de ley establece una nueva presunción legal en el artículo 182 del Código Civil en virtud de la cual el o los niños o niñas gestados en vientre subrogado son hijos o hijas de la pareja que se sometió a la técnica. Sin embargo, no modifica ni altera de manera alguna el inciso primero de este artículo, manteniéndose, por lo tanto, la filiación mediante TRHA reconocida actualmente en nuestro ordenamiento jurídico con todas las discusiones respecto a su sentido y alcance revisadas en el primer capítulo.

En ese orden de cosas, con la incorporación del nuevo inciso segundo al artículo 182, subsisten dos determinaciones legales de la filiación, la primera de ellas dirigidas a las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas en general y, la segunda, destinada a determinar la filiación de los hijos e hijas nacidas mediante gestación por sustitución en concreto. A este respecto, consideramos que la técnica legislativa que se pretende emplear en el proyecto de ley no es la correcta, toda vez que se contemplan dos filiaciones legales en materia de TRHA, en circunstancias que lo óptimo es contar con una sola fuente de la filiación derivada de estas técnicas, evitando los choques normativos y las eventuales confusiones al momento de aplicar una u otra forma de determinar la filiación.

En segundo lugar, llama nuestra atención las tres nuevas presunciones que se agregan al artículo 183 del Código Civil aplicable a la situación del hijo o hija nacida mediante gestación por sustitución, cuya identidad quedará determinada según las hipótesis previstas en los nuevos incisos incorporados. A este respecto, de la lectura de estos tres nuevos casos previstos por la norma, queda de manifiesto que el criterio de determinación de la filiación varía según de quien o quienes corresponda el material genético aportado para la gestación.

De esta manera, si el material genético es aportado por ambos miembros de la pareja, la identidad del hijo o hija queda determinada por el material genético de estos mismos; si solo uno

de los miembros de la pareja aportó material genético, la identidad del niño o niña queda determinada por el material genético del miembro de la pareja viable para la gestación, y; si el material genético proviene de terceras personas, la filiación queda determinada por la voluntad procreacional consensuada de la pareja.

A fin de cuentas, lo que se evidencia al examinar las nuevas incorporaciones hechas a los artículos 182 y 183 del Código Civil es una multiplicidad de criterios para determinar la filiación del hijo o hijo nacido mediante gestación por sustitución, distinguiéndose de la filiación derivada de las TRHA en general y, diferenciándose según el aporte de material genético de la pareja en concreto. Reiteramos que la intención de regular numerosos criterios para determinar la filiación en materia de gestación por sustitución no es la adecuada y estimamos conveniente que se regule íntegramente las TRHA cuyo criterio de determinación de la filiación sea uno aplicable a la totalidad de las técnicas.

2.3. Necesidad de una regulación integral sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Actualmente, Chile no cuenta con una ley que se encargue de regular a cabalidad las TRHA. Como pudimos constatar en palabras anteriores, si bien existen ciertas normativas que versan sobre estas técnicas, estas integran solo un conjunto de regulaciones dispersas en diferentes cuerpos normativos, constituyendo únicamente una legislación asociada a esta materia⁸². En la práctica, esta falta de regulación ha generado que los propios centros clínicos⁸³ en nuestro país se autorregulen, determinando las prácticas admitidas y sus propios términos contractuales⁸⁴ al momento de proporcionar el acceso a estas técnicas.

Por otro lado, mencionamos que se han presentado varios proyectos de ley con el propósito de regular la reproducción asistida, pero ninguno de ellos con la intención de reglamentar de manera integral el uso de estas prácticas. De esta manera, la ausencia de una legislación general al respecto y de un punto de partida para las futuras regulaciones específicas sobre las técnicas mismas, desencadena una multiplicidad de iniciativas legislativas que paralelamente se discuten, pero que no logran uniformidad.

⁸² VELARDE (2016) p. 107.

⁸³ Instituciones acreditadas por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (REDLARA)

⁸⁴ ESPADA (2017) p. 60.

Lo anterior, por lo pronto, se pudo evidenciar en los dos proyectos de ley destinados a regular en concreto la situación de la gestación por sustitución. A este respecto, el primer proyecto de ley que regula la gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida, se limita a señalar que en ningún momento se establecerá un vínculo de filiación entre la mujer gestantes y el niño o niña nacido, sino que quedará determinada respecto de él o los progenitores subrogantes, inclinándose por una determinación legal de la filiación, sin profundizar sobre los criterios en los cuales se fundamenta el vínculo filiativo.

Por su parte, el proyecto de ley que pretende modificar el Código Civil para determinar la identidad de los niños y niñas nacidas en gestación subrogada, modifica el artículo 182 del Código Civil y agrega una nueva presunción legal que determina la filiación del niño o niña gestado en vientre subrogado y, a su vez, el artículo 183 del mismo cuerpo normativo, agrega otras presunciones de maternidad, pretendiendo regular cada una de las hipótesis en que puede llevarse a cabo la gestación por sustitución según los intervinientes que se someten a la técnica y el aporte del material genético.

Habida cuenta de estas dos iniciativas, pese a ser tramitadas paralelamente, no existe correspondencia entre ambos proyectos de ley. Destacamos que la finalidad en común sea regular la situación de los hijos o hijas nacidos mediante gestación por sustitución y establecer un marco jurídico que ampare la filiación de los niños y niñas y demás sujetos que se someten a esta práctica, sin embargo, dichas iniciativas resultan insuficientes para garantizar la debida protección de todos los intervinientes en la técnica.

En ese sentido, estimamos que es conveniente legislar de manera más general y abstracta las TRHA, cuyo contenido recoja las iniciativas legislativas propuestas a lo largo de estos años y que armonice los distintos criterios y aspectos que busca regular cada una de ellas. Por otro lado, resulta fundamental que una ley integral sobre la materia reconozca y se pronuncie sobre la admisibilidad de las TRHA. Asimismo, una mirada interdisciplinaria en la materia debe considerar los requisitos de acceso a las técnicas como la cobertura de estos tratamientos y que, a partir de este marco regulatorio, los determinados centros médicos especializados en reproducción asistida ejecuten las distintas técnicas.

Desde otra perspectiva, es imperioso profundizar y asumir una postura en lo relativo a la determinación de la filiación de los niños y niñas nacidos mediante el uso de TRHA. En ese

sentido, es necesario proyectar dichas técnicas como una tercera fuente de la filiación cuyo fundamento se encuentre en el consentimiento o voluntad de aquellos que han decidido someterse a ellas y cuyo criterio de determinación de la maternidad y paternidad sea transversal para todas las TRHA, a fin de evitar regular de manera específica cada una de las técnicas, originando diversas modificaciones a los preceptos normativos vigentes en la materia.

Por último, consideramos esencial que una ley integral sobre TRHA deba considerar aquellos derechos y principios que inspiran el contenido de su regulación. A este respecto, es fundamental distinguir los diversos intereses y derechos involucrados, correspondiente a cada una de las personas que participan en las técnicas⁸⁵ y que guarden correspondencia con el debido amparo del derecho a la identidad del niño o niña y su interés superior.

3. OTRAS SOLUCIONES PROPUESTAS EN EL DERECHO COMPARADO EN MATERIA DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA APLICABLES A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

3.1. El problema de la adopción como vía para determinar la maternidad.

La prohibición expresa de la gestación por sustitución o la carencia de regulación a su respecto por parte de los distintos ordenamientos jurídicos, además de propiciar aquella práctica conocida como “turismo reproductivo” –a través de la cual los nacionales de un país acuden a otros países donde la gestación por sustitución si está permitida y regulada –también ha estimulado a que las personas o parejas que recurren a esta técnica para ser padres y/o madres, busquen en su sistema interno otras figuras amparadas en la ley para lograr legalizar los efectos filiativos deseados ante el ordenamiento jurídico⁸⁶.

En ese contexto, la figura de la adopción aparece como una opción para determinar la filiación del hijo o hija nacida mediante esta técnica de reproducción asistida ante la falta de regulación positiva de la misma en nuestro país. De lo que se trata, por lo tanto, es de valerse de

⁸⁵ TURNER (2000) p. 13.

⁸⁶ CORRAL (2019) p. 175.

aquellas instituciones y fuentes de la filiación que nuestro Código Civil contempla y, para este caso en específico, de la Ley 19.620 sobre Adopción de Menores.

A este respecto, en aquel caso de la mujer que no puede llevar a cabo un embarazo y junto a su pareja, conviviente civil o marido, acuerdan con otra mujer para que sea inseminada con el semen de éste último y lleve a cabo la gestación, en virtud del artículo 183 del Código Civil, será madre de la criatura la mujer gestante, y padre el hombre que aportó su material genético, pues en el caso de este último, bastará el acto formal del reconocimiento para que quede determinada su paternidad respecto de esa hija o hijo nacido.

Ahora bien, si se trata de un matrimonio que se ha sometido a la técnica, la mujer que aportó o no su material genético, pero cuya maternidad no ha sido determinada a su favor por figurar como madre aquella mujer que gestó a la criatura, tendría la posibilidad de adoptar a ese niño o niña pues nos encontramos en la situación en que el menor que se quiere adoptar es hijo biológico, con filiación determinada de uno de los cónyuges –en este caso el marido– que inicia el procedimiento de adopción⁸⁷. Por consiguiente, el niño o niña es susceptible de adopción en virtud del artículo 8 de la Ley 19.620, aplicándose el artículo 11 de la misma. Todo esto, por supuesto, siempre que la mujer gestante diera en adopción a la criatura nacida.

Por otro lado, no aplicaría esta norma para los convivientes civiles o aquellos unidos de hecho, ni tampoco para aquellas personas solteras que desean someterse a la técnica. Para estos casos, las posibilidades de adoptar al niño o niña nacida mediante la técnica se tornan más dificultosas, en cuanto los solicitantes tendrán que cumplir con los demás requisitos exigidos por la Ley 19.620.

Sin perjuicio de lo referido, si bien coincidimos en que la gestación por sustitución y la adopción tienen un común denominador, esto es, la intención o voluntad de formar una familia integrada por hijos e hijas, consideramos que ambas instituciones tienen finalidades completamente distintas. Por un lado, la determinación de la filiación en la adopción viene dada, fundamentalmente, por la voluntad de quienes pretenden ser padres, pero con la necesidad de reestablecer a un niño, niña o adolescente en el seno de una familia, cuando se han agotado todas las posibilidades de mantenerlo junto a su familia de origen. En orden de ideas, “con la adopción

⁸⁷ GÓMEZ DE LA TORRE (2007) p. 246.

se pretende dar una familia a un niño o niña que carece de ella, no dar un hijo a quienes desean devenir en padres”⁸⁸ como ocurre con la gestación por sustitución.

De esta manera, siguiendo la línea comentada por Hernán Corral, existen ciertos principios que orientan la adopción y que han sido consagrados a nivel internacional, de manera que se tienen en especial consideración al momento de establecerla filiación por la vía de la adopción. Así, en virtud del “principio de remedialidad”, la adopción no es la fórmula ideal de filiación, sino que un modo de atenuar los efectos de una situación de vulnerabilidad que afecta a un menor ya de manera previa y sin que se haya preconstituido para los efectos de dar lugar a la adopción.

Por otro lado, el “principio de subsidiariedad” concibe a la adopción siempre como subsidiaria a la asunción de los vínculos parentales de la familia de origen, es decir, solo cuando esta última no existe o está totalmente incapacitada para hacer frente a la responsabilidad de criar y educar al niño, procede en subsidio la búsqueda de una familia adoptiva.

A su vez, el “principio de judicialidad” supone que, todo el proceso de declaración del niño como susceptible de ser adoptado, el de la idoneidad de los adoptantes y la corroboración de que la adopción en forma concreta va en interés del adoptado, queda sujeta al control de los Tribunales de Familia⁸⁹.

En este sentido, dichos principios rectores en materia de adopción se ven menoscabados cuando intentamos instrumentalizar la filiación adoptiva para determinar la maternidad del hijo o hija nacida mediante gestación por sustitución, pues en esta última no hay un niño o niña en situación de vulnerabilidad (abandono, orfandad, maltrato), sino que nos encontramos con un niño o niña que anticipadamente se ha constituido para estar en ese estado, pudiendo prever las consecuencias que la falta de regulación en materia de la técnica en comento pueden generar en la determinación de su filiación.

En otro orden de cosas, la judicialidad también se ve mermada pues la intervención judicial pareciera formalizar solo una situación previa que ha sido acordada y ejecutada por los particulares, de modo que lo que se pretende es que el juez actúe como un ministro de fe, más que como un juez, pues no habría oportunidad para que este último controle la idoneidad de las

⁸⁸ CORRAL, Op. Cit. p. 177.

⁸⁹ Ibid. p. 178-179.

personas que desean adoptar a los hijos o hijas nacidas mediante la técnica, tampoco podría controlar la conveniencia de mantener al niño o niña en la familia de origen, ni las ventajas que le podrían proporcionar otros adoptantes⁹⁰, cuestión que es claramente incompatible con el objetivo de la gestación por sustitución, en el sentido de que lo que se busca es que la filiación de ese hijo o hija quede determinada respecto de los padres o madres que se han sometido a la técnica, y no que se considere la posibilidad de evaluar a otros adoptantes.

En definitiva, no obstante a que la utilización de la adopción como vía para establecer la maternidad del hijo nacido a través de gestación por sustitución se presenta como una opción viable, sobre todo tratándose de aquellos matrimonios que pueden ajustar su situación en la hipótesis del artículo 11 de la Ley 19.620 y determinar la maternidad de esta manera, estimamos que se configura una desvirtuación de la institución de la adopción cuando se intentan aplicar a casos de hijos nacidos mediante esta técnica de reproducción asistida en cuanto ambas figuras tienen finalidades, principios y propósitos que son enteramente divergentes.

3.2. La voluntad procreacional como nueva fuente de la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida.

En virtud del artículo 183 del Código Civil se desprende que la maternidad queda determinada por el hecho material del parto y que la mujer que da a luz sea efectivamente la madre de la criatura, primando en nuestra legislación un criterio biológico en la determinación de la maternidad⁹¹. Sin embargo, con la aparición de las TRHA, la procreación no es solo posible a través de la relación sexual, de modo tal que, aquel que dejaba embarazada a la mujer, era necesariamente el mismo que aportaba el material genético y la mujer que gestaba a la criatura en su vientre, lo hacía siempre con sus propios óvulos. De esta manera, lo biológico ya no comprende necesariamente lo genético, ni lo genético lo biológico⁹².

A este respecto, cobra relevancia un nuevo factor a considerar en la filiación derivada de las TRHA, esto es, un elemento volitivo, de modo que cuando en una misma persona no coincide el elemento genético, el biológico y el volitivo, se debe dar preponderancia a este último, prevaleciendo la maternidad o paternidad consentida y querida, por sobre la genética⁹³.

⁹⁰ Ibid. p. 181.

⁹¹ SANTANDER (2019) p. 8.

⁹² Ibid. p. 81.

⁹³ Ibid. p. 81.

En ese orden de ideas, este elemento volitivo expresado por la intención que tiene el hombre y la mujer que se somete a la TRHA, corresponde a lo que ha sido denominado por la doctrina como “voluntad procreacional”. Para el autor Héctor Mendoza, la voluntad procreacional alude a “la intención o no, de asumir consecuencias jurídicas cuando nuestro material genético es utilizado”. En esa misma línea, el autor señala que para entender qué es la voluntad procreacional, es necesario vincularla con la “teoría de la intención”, en virtud de la cual, el elemento fundamental para derivar consecuencias jurídicas respecto de cuestiones filiativas, radica en la voluntad o intención de procrear, de modo que, bajo esta teoría, es la voluntad procreativa la que debe ser determinante para la atribución o no de la filiación⁹⁴.

Habida cuenta de lo anterior, resulta necesario revisar el criterio que el artículo 182 del Código Civil, vigente en nuestro ordenamiento jurídico, contempla como determinante para el establecimiento de la filiación de los hijos e hijas nacidos mediante TRHA. En ese sentido, al discutir quien era el hombre y la mujer que se somería a la TRHA, decíamos que ante la impresión de la norma y la colisión aparente del artículo en comento con el artículo 183 del Código Civil, finalmente, madre es la mujer que se sometió a la técnica e indudablemente debe tratarse de la misma mujer que ha dado a luz⁹⁵, de modo que, al no consagrarse expresamente el elemento volitivo, el elemento determinante en la hipótesis regulada en la norma seguirá siendo el biológico.

Así las cosas, consideramos conveniente una positivación general que considere este elemento volitivo como criterio para constituir una nueva y tercera fuente de la filiación respecto de los hijos e hijas nacidas mediante TRHA que tenga su fundamento en la voluntad procreacional, es decir, en el consentimiento otorgado por aquellas personas que se someten a las TRHA con la intención de ser madre o padre. En ese orden de cosas, esta nueva fuente de la filiación basada en la voluntad procreacional, será del todo aplicable a la gestación por sustitución puesto que la mencionada técnica heteróloga se constituye como una en la que más elementos confluyen producto de la disociación de maternidad entre la mujer gestante, la que puede aportar el material genético y la madre comitente.

Por esta razón, para aquella hipótesis en que una mujer u hombre soltero, o una pareja de igual o distinto sexo, recurren a la gestación por sustitución y la mujer que facilitó su vientre

⁹⁴ MENDOZA (2017) p. 351.

⁹⁵ Sentencia del 2º Juzgado de Familia de Santiago de 8 de enero de 2018, Chile (Considerando 6º)

aportó también su óvulo o este fue donado por un tercero, la mujer gestante no asumiría las consecuencias filiativas en virtud del acuerdo de gestación por sustitución, en tanto que, cualquiera de los inicialmente mencionados, asumiría las dichas consecuencias por vía de la voluntad procreacional. En ese sentido, al encontrarnos con una mujer que aporta el material genético, otra mujer que gesta y aquella mujer que desea ser madre, la realidad biológica y genética debe ser irrelevante para el derecho⁹⁶ prevaleciendo la voluntad como elemento determinante, independiente de quien haya aportado los gametos⁹⁷ y quien haya gestado a la criatura.

Desde otra perspectiva, se hace imprescindible que, junto con la consagración de la voluntad procreacional como fuente de la filiación, se considere la manera en que debe materializarse ese consentimiento o manifestación de la voluntad para someterse a los tratamientos de reproducción asistida. Así, el solo hecho de hacer público el deseo de ser beneficiario de las técnicas, no es suficiente para crear una relación a la que el orden legal le otorgue tutela. En tal sentido, el elemento volitivo debe quedar registrado en un documento, el que ha sido denominado en algunos sistemas jurídicos como “consentimiento informado” y que generalmente es administrado por el personal médico⁹⁸.

Para finalizar, resulta ilustrativa la regulación que Argentina le ha propiciado a la voluntad procreacional como elemento determinante para el establecimiento de la filiación derivada de las TRHA. El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina ha regulado una tercera fuente filial derivada del uso de las TRHA, en forma específica y autónoma de las ya conocidas filiación por naturaleza y adopción⁹⁹. De esta manera, el artículo 562 del comentado código, cuyo encabezado se denomina “voluntad procreacional” señala que, *“los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.”*

Así, “el elemento central sobre el que se construye la determinación de la filiación de los nacidos mediante el empleo de estas técnicas es la voluntad procreacional, debidamente plasmada en el consentimiento previo, informado y libre. Esta norma se ve complementada con

⁹⁶ Ibid. p. 352.

⁹⁷ ITURBURU et. al. (2016) p. 91.

⁹⁸ SUAREZ (2019) p. 74.

⁹⁹ ITURBURU, Op. Cit. p. 89.

los artículos 560 y 561, los cuales disponen los requisitos y la forma en que deberá cumplimentarse la instrumentación del consentimiento informado. Previene que el mismo habrá de ser recabado por el Centro de Salud interviniente. Aquellas personas que accedan al uso de las técnicas deben renovar su consentimiento cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones. Es decir, el consentimiento tiene que ser actual y contemporáneo; debe actualizarse en cada procedimiento”¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Ibid. p. 91-92.

CONCLUSIÓN

La ciencia es un fenómeno que está en constante avance, y es a través de ella que el ser humano ha intentado satisfacer gran parte de sus necesidades. Día a día, nos encontramos con descubrimientos que, hasta hace algunos años eran impensados, pero que ahora como consecuencia de estos avances son posibles. Un ejemplo de lo anterior es lo que ha ocurrido en materia de reproducción, ya que gracias al desarrollo de las diversas TRHA aquellos que poseen algún impedimento para procrear naturalmente, hoy cuentan con la posibilidad de hacerlo.

Ahora bien, dicho fenómeno no es ajeno al derecho, puesto que de la utilización de estas técnicas se derivan una serie de consecuencias que permean el ámbito jurídico y suponen un constante desafío, sobre todo en materia de determinación de la filiación. No obstante a ello, si bien las TRHA son una práctica que va en aumento en Chile, nuestro ordenamiento jurídico aún no cuenta con una reglamentación integral en la materia.

La falta de normativa sobre las TRHA ha generado que en la práctica se suscite una serie de inconvenientes, los cuales se evidencian en mayor medida, a propósito de la gestación por sustitución, la cual ha sido prácticamente omitida. En efecto, la gestación por sustitución no cuenta con ninguna referencia legal específica y, en lo que respecta a las TRHA, la única norma legal que se refiere a ellas es el artículo 182 del Código Civil, cuya redacción es ambigua y poco clara, lo que genera más dudas que certezas y resulta totalmente insuficiente a la hora de determinar la maternidad mediante el uso de estas técnicas.

Esta omisión es aún más grave tratándose de una mujer, ya que a propósito de la determinación de la maternidad no se establece un criterio que resuelva el aparente choque normativo que se produce entre el artículo 182 del Código Civil relativo a las TRHA y el artículo 183 del mismo cuerpo normativo, del cual se desprende el brocardico latino “*mater semper certa est*”. Como consecuencia de lo anterior, aquella mujer que se sometió a estas técnicas se ve en la imposibilidad de ejercer plenamente su derecho a formar una familia y a procrear.

Ahora bien, cabe destacar que este problema no se replica a propósito de la paternidad, ya que si la utilización de estas técnicas se produce en un contexto matrimonial opera una presunción de paternidad y si se da fuera del contexto matrimonial, puede establecerse igualmente por vía del reconocimiento.

Dada la falta de regulación en materia de gestación por sustitución, ha sido la jurisprudencia la que ha intentado resolver parte de los problemas derivados de esta falta de regulación, tal como se revisó a propósito de los dos fallos citados. No obstante a ello, si bien los tribunales han logrado dar una solución momentánea aplicando la equidad y recurriendo a los instrumentos internacionales, insistimos en que esta no es la vía adecuada para resolver estos inconvenientes, toda vez que la jurisprudencia en nuestro ordenamiento no es una fuente directa, y por tanto, los criterios utilizados para fundamentar un fallo no son vinculantes para el resto de los supuestos. En virtud de ello, por esta vía no se garantiza una solución uniforme aplicable a la generalidad de los casos y por tanto tampoco se satisface la necesidad de seguridad jurídica.

Pese a que en nuestro ordenamiento ha habido diversos intentos de legislar sobre la materia y ninguno se ha concretado, el contenido de los proyectos tampoco abarca de manera eficiente la temática. Dicho fenómeno, según lo analizado, se replica igualmente en el derecho comparado, específicamente en aquellos ordenamientos en que no han optado por establecer un criterio genérico y se han limitado únicamente a permitir o prohibir la figura, solución que si bien otorga resuelve la mayoría de los casos, excluye de igual manera a otros.

Siendo esta problemática una realidad, resulta necesario contar no solo con una normativa en materia de gestación por sustitución, sino que una normativa integral en materia de TRHA, que establezca criterios de aplicación general orientados a resolver los diversos problemas filiativo que se generan a partir del uso de las diversas técnicas y que en definitiva garantice el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de quienes se ven involucrados. Para lograr dicho objetivo, estimamos que dicha regulación debe considerar la voluntad procreacional como elemento determinante y constitutivo de una nueva e independiente fuente de la filiación respecto de los hijos e hijas nacidos mediante el uso de TRHA.

En definitiva, a partir del análisis realizado, quedó en evidencia que la consagración de la voluntad procreacional como una nueva fuente de la filiación, es la vía que mejor resguarda el interés superior del niño y el derecho a procrear de aquella mujer que recurre a estas técnicas. Nuestra propuesta se reduce básicamente a que en aquellos casos en que el elemento biológico, no coincide con el genérico y volitivo, se opte por darle primacía al último. En efecto, consagrar la voluntad procreacional como criterio para determinar la maternidad, cumple con aquella pretensión de generalidad y satisface tanto el problema general de las TRHA como aquellos que se pueden dar a propósito de una técnica vista de manera aislada.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

LIBROS Y ARTÍCULOS:

- Acuña San Martín, Marcerla (2013). “Técnicas de Reproducción humana asistida, desafíos del siglo XXI: una mirada transdisciplinaria”, Maricruz Gómez de la Torre (dir.). RDUCN [online]. vol.20, n.1 pp.413-419. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532013000100018&lng=es&nrm=iso [Última consulta: 14 de Febrero de 2020]
- Acuña San Martín, Marcela (2018). "Doble maternidad y doble paternidad. Desafíos del Derecho de Familia". Disponible en: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2018/06/25/Doble-maternidad-y-doble-paternidad-Desafios-del-Derecho-de-Familia.aspx>. [Última consulta: 25 de febrero de 2020]
- Alkorta Idiakez, Itziar (2010). “La regulación jurídica de la maternidad subrogada” en La subrogación uterina: Análisis de la situación actual. Fundació Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, España.
- Cáceres Lara, Marcela (2018). “Legislación comparada sobre gestación subrogada en el continente americano” Asesoría técnica parlamentaria, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile/ BCN. Disponible en: https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26024/1/BCN_gestacion_subrogada.pdf [Ultima consulta: 02 de febrero de 2020]
- Calvo Carvaca, Alfonso-Luis; Carrascosa González, Javier (2015). “Gestación por sustitución y derecho internacional privado: Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” en Cuadernos de Derecho Transnacional (octubre 2015), Vol. 7 N°2. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2780/1558> [Ultima consulta: 16 de diciembre de 2019]
- Cillero Bruñol, Miguel (2007). “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño” en Revista Jurídica y Derechos del Niño (UNICEF), N°9. Santiago. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372015000300007 [Ultima consulta: 23 de enero de 2020]

- Corral Talciani, Hernán (1999). “Reproducción humana asistida y filiación, Un análisis del nuevo artículo 182 del Código Civil”, Santiago.
- Corral Talciani, Hernán (2001). “El nuevo régimen jurídico de la adopción en Chile” en Revista Chilena de Derecho, Vol. 28 N°1. Disponible en: <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/14835> [Última consulta: 31 de enero de 2020]
- Corral Talciani, Hernán (2019). “Maternidad subrogada: sobre la pretensión de formalizar la filiación perseguida mediante la adopción y la recepción de su práctica en el extranjero”, en Maricruz Gómez de la Torre (dir.), Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Desafíos del Siglo XXI: Una mirada transdisciplinaria, AbeledoPerrot, Santiago.
- Espada Mallorquín, Susana (2016). “Las principales tensiones de una futura regulación de las técnicas de reproducción asistida en Chile: especial referencia a la filiación” en Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla México, Nueva Época, Vol. 11, N°39, enero - junio de 2017. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v11n39/1870-2147-rius-11-39-00004.pdf>. [Última consulta: 12 de febrero de 2020]
- Farnós Amorós, Esther (2010). “Inscripción en España de la Filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California” en *Revista para el análisis del derecho*, Universidad Pompeu Fabra, N°1, Barcelona, España. Disponible en: <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/225321> [Última consulta: 16 de diciembre de 2020]
- Gómez de la Torre, Maricruz (1993). “La fecundación in vitro y la filiación”, Editorial jurídica de Chile, Santiago.
- Gómez de la Torre, Maricruz (2000). “El interés superior del niño” en Gaceta Jurídica N°238.
- Gómez de la Torre, Maricruz (2007). El sistema Filiativo chileno. Editorial jurídica de Chile, Santiago.
- Gómez de la Torre, Maricruz (2017). Sistema filiativo. Filiación biológica. Editorial Tirant Lo Blanch, Santiago.
- Guzmán, Victoria (2016). “A comparison of surrogacy laws of the U.S. to other countries: should there be a uniform federal law permitting commercial surrogacy?”, en Houston Journal of International Law, University of Houston Law Center, Vol. 38, N°2.

- Herman, Amanda (2015). “The Regulation of Gestation: A Call for More Complete State Statutory Regulation of Gestational Surrogacy Contracts”, en Chapman Law review, Vol. 18, N°2.
- Herrera, Marisa; Lamm Eleonora (2014). “Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por subrogación. Prohibir, silenciar, regular o fallar” en La Ley 2014-D, 1165. Disponible en <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2017/10/HERERA-Y-LAMM-Un-valiente-fallo-del-TEDH-sobre-gestacio%CC%81n-por-sustitucio%CC%81n.-Prohibir-silenciar-regular-o-fallar.doc>. [Ultima consulta: 23 de enero de 2020]
- Iturburu, Mariana; Salituri Amezcua, María Matina; Vásquez Acatto, Mariana (2016). “La regulación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en la Argentina: voluntad procreacional y consentimiento informado”, en Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, Nueva Época, Vol. 11, N°39, enero - junio de 2017. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1870-21472017000100005&lng=es&nrm=iso [Ultima consulta: 02 de febrero de 2020]
- Lamm, Eleonora (2012). “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida” en Revista de Bioética y Derecho N°24, enero de 2012, Observatori di Bioética i Dret. Disponible en: <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/7610> [Ultima consulta: 02 de febrero de 2020]
- Lamm, Eleonora (2013). “Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”. Observatori de Bioètica i Dret, Universitat de Barcelona, Publicaciones i ediciones de la Universitat de Barcelona, España.
- Lamm, Eleonora (2016). “Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos” en Revista Ars Iuris Salamanticensis, Vol. 4, 61-107, junio 2016, Ediciones Universidad de Salamanca.
- Lepin Molina, Cristian (2014). “Los nuevos principios del derecho de familia” en Revista chilena de derecho privado, Santiago, diciembre del 2014, N°23, p. 10. Disponible en línea https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722014000200001&lng=es&nrm=iso (Ultima consulta: 14 de febrero 2020)

- López Guzmán, José y Aparisi Miralles Ángela (2012). “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada” en Cuadernos de Bioética, Vol. XXIII 2012-2ª, Pamplona, España. Disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/2012/23/78/253.pdf> [Ultima consulta: 02 de febrero de 2020]
- Mantorras, Roberto (2005), ¿Turismo reproductivo o exilio reproductivo?, Revista Iberoamericana de Fertilidad, Vol. 22-Nº2, marzo-abril 2005, Editorial-85. Disponible en: <http://www.revistafertilidad.org/RecursosWEB/fertilidad/Fert-Marz-Abr05-Editorial.pdf>. [Ultima consulta: 30 de enero de 2020]
- Martínez de Aguirre, Carlos; Pedro de Pablo; Pérez Álvarez, Miguel (2011) Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia, (3ª edición) Edit. Colex. Madrid.
- Mendoza Cárdenas, Hector (2017). “La voluntad procreacional: Un caso de indemnización artificial casera atípico” en Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, Nº35, nov. 2017. Disponible en: <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/8911>. [Ultima consulta: 02 de febrero de 2020]
- Mir Candal, Leila (2010). “La maternidad intervenida: reflexiones en torno a la maternidad subrogada” en Revista Redbioética de la UNESCO, Vol. 1.1, Montevideo, Uruguay. Disponible en: <https://redbioetica.com.ar/wp-content/uploads/2018/11/Leila.pdf> [Ultima consulta: 31 de enero de 2020]
- Molina, Eduardo; Viggliola, Lidia (1995). “Protección constitucional del derecho a la identidad del hijo extramatrimonial” en Ponencias presentadas en el Congreso Internacional Derechos y Garantías en el siglo XXI, Asociación de Abogados de Buenos Aires.
- Notrica, Federico; Cotado, Francisco; Curti, Patricio Jesús (2017). La figura de la gestación por sustitución. Disponible en línea: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100008&lng=es&nrm=iso [Ultima consulta 02 de febrero de 2020]
- Olivera, Martina (2016). “Reconocimiento de la filiación derivada de la gestación por sustitución y su contradicción con el silencio legislativo. Una perspectiva desde los derechos humanos” en Lecciones y Ensayos, Nº96, 2016, Universidad de Buenos Aires. Disponible en:

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/96/reconocimiento-de-la-filiacion-derivada-de-la-gestacion-por-sustitucion-y-su-contradiccion-con-el-silencio-legislativo.pdf> [Ultima consulta: 23 de enero de 2020]

- Organización Mundial de la Salud (2009). Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). Fecha de ultima consulta 24 de Enero de 2020
Disponible en: https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1 [Ultima consulta: 16 de diciembre de 2020]
- Pérez Monge, Marina (2002). “La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida”. Universidad de Zaragoza, Facultad de Derecho, Centro de Estudios Registrales, España. Disponible en: https://biblioteca.unirioja.es/tfe_e/TFE001290.pdf [Ultima consulta: 28 de enero de 2020]
- Pinzón Marín, Inés; Rueda Barrera, Eduardo; Mejía Patiño, Omar (2015). “La aceptabilidad jurídica de la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre” en Revista de Derecho y Genoma Humano, Cátedra Interuniversitaria Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, N °43, 2015, Tolima, Colombia. Disponible en: https://www.javeriana.edu.co/documents/4578040/4715782/RevDerechoyGenoma_H_83-122/dd919031-4548-4978-945a-d81b480f3cd9 [Ultima consulta: 23 de enero de 2020]
- Rivero Hernández, Francisco (1997). Elementos de Derecho Civil (Barcelona J.M. Bosch, tomo IV, 4ª edición)
- Rodríguez Yong, Camilo; Martínez Muñoz, Karol Ximena (2012). “El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense” en Revista de Derecho (Valdivia), Vol. 25, n°2. Disponible en <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000200003> [Ultima consulta 02 de febrero de 2020]
- Santamaría Solís, Luis (2000). “Técnicas de reproducción asistida. Aspectos Bioéticos” en Cuadernos de bioética, Vol. 11, N°41, 2000. Disponible en:

- <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf>. [Última consulta: 11 de febrero de 2020]
- Santander, Cristóbal (2019). “Maternidad Subrogada: Entre la verdad biológica y la voluntad procreacional”, Ponencia realizada en el VIII Congreso Internacional de Derecho: Desafíos de Colombia y el Mundo, organizado por la Universidad Simón Bolívar en Cucuta, Colombia.
 - Scotti, Luciana (2012). “El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas” en Revista Pensar en Derecho N°1, Año 1, 2012, Editorial Universitaria de Buenos Aires.
 - Serra Alcega, Marta (2015). “Reconocimiento de la maternidad subrogada en el Derecho Internacional Privado Español” en Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, N°32, 2015-II, Madrid, España. Disponible en: <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6446/8036> [Ultima consulta: 16 de diciembre de 2020]
 - Suárez Fernández, Lisandra; Pérez Orozco, Luis (2019). “Debates en torno a los efectos de la fertilización in vitro heteróloga en la filiación” en Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, Vol. 10, N°1, págs. 57-92, junio de 2019. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7017846&orden=0&info=link> [Ultima consulta: 03 de febrero de 2020]
 - Turner Saelzer, Susan (2000). “Técnicas de reproducción humana asistida. Una perspectiva desde los intereses del hijo” en Revista de Derecho, Vol. XI, Valdivia. Disponible en: <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v11/art02.pdf>. [Última consulta: 13 de febrero de 2020]
 - Turner Saelzer, Susan (2003). “La maternidad disociada” en Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXIV. Disponible en: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/542/510> [Ultima consulta: 02 de febrero de 2020]
 - Valdés Díaz, Caridad del Carmen (2014). “La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de estas técnicas” en Anuario de la Facultad de Derecho, Vol. XXXI 2014, La Habana, Cuba. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5212185.pdf> [Ultima consulta: 16 de diciembre de 2020]

- Valls-Llobet, Carme (2010) ¿Es necesaria la subrogación de úteros? en La subrogación uterina: Análisis de la situación actual. Fundació Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, España.
- Velarde, Marissa (2016). Reproducción Asistida, Primer Informe de Salud Sexual, Salud Reproductiva y Derechos Humanos en Chile, Miles Chile. Disponible en: http://www.mileschile.cl/documentos/Informe_DDSSRR_2016_Miles.pdf. [Última consulta: 12 de febrero de 2020]
- Veloso Valenzuela, Paulina (2001). “La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia”. Editorial Conosur Ltda., Santiago.

LEGISLACIÓN Y PROYECTOS DE LEY:

- Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación” de Argentina (2012)
- Código Civil Chileno.
- Código Civil y de Comercio de la Nación Argentina.
- Código de Familia del Estado de California, Estados Unidos.
- Constitución Política de la República de Chile.
- Convención Sobre los Derechos del Niño. Decreto N°830. Publicado en el Diario Oficial el 27 de septiembre de 1990.
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 26 de agosto de 1789.
- Decreto N°2.128 aprueba Reglamento Orgánico del Servicio de Registro Civil de 01 de junio de 1993.
- Historia de la Ley N°19.585, 29 de octubre de 1998.
- Ley N°4.808 sobre Registro Civil de 20 de mayo de 2000.
- Ley N°19.167 regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 29 de noviembre de 2013, República de Uruguay.
- Ley N°19.585 que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación de 26 de octubre de 1998.
- Ley N°19.620 sobre Adopción de Menores de 05 de agosto de 1999.
- Ley N°19.968 que crea los Tribunales de Familia de 30 de agosto de 2004.
- Ley N°26.862 sobre Reproducción Medicamente Asistida de 25 de junio de 2013, República de Argentina.

- Proyecto de ley, Boletín N°11576-11, Regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida de 10 de enero de 2018, Honorable Cámara de Diputados de Chile.
- Proyecto de ley, Boletín N°12106-07 Modifica el Código Civil para determinar la identidad de niños y niñas nacidos en gestación subrogada de 12 de septiembre de 2018, Senado de Chile.
- Proyecto de ley, 5700-D-2016 de regulación de la técnica de gestación solidaria, República de Argentina.
- Proyecto de ley 5759-D-2016 de Gestación por Sustitución, República de Argentina.
- Proyecto de ley 3202-2017, República de Argentina.
- Proyecto de ley 3765-D-2017, República de Argentina.
- Resolución Exenta N°1072 de 28 de junio de 1985, Ministerio de Salud de Chile.
- Resolución N°1358/92 de 19 de noviembre de 1992, Consejo Federal de Medicina Brasileño.

JURISPRUDENCIA:

- 2° Juzgado de Familia de Santiago, Sentencia de 03 de diciembre de 2018, RIT C-4907-2018. Disponible en línea: <http://static.elmercurio.com/Documentos/Legal/2019/01/03/20190103203913.pdf>
- 2° Juzgado de Familia de Santiago, Sentencia de 08 de enero de 2018, RIT C- 7246-2017. Disponible en línea: http://web.derecho.uchile.cl/documentos/mailings/maternidad_subrogada_fallo.pdf
- Corte Suprema, Sentencia del 16 de mayo de 2011, ROL N°1102-2011.
- Corte suprema, Sentencia de 05 de diciembre de 2011, ROL 2907-2011.
- Corte Suprema, Sentencia de 28 de enero de 2015, ROL N°8820-2014.
- Corte Suprema, Sentencia de 15 de junio de 2015, ROL N°6323-2015.
- Corte Suprema, Sentencia de 25 de agosto de 2015, ROL N°1102-2015.
- Tribunal Constitucional, Sentencia de 29 de septiembre de 2009, ROL N°1340-09.