



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



## **¿Quién es realmente madre?: Gestación por sustitución, el vacío en el derecho chileno y una mirada al derecho comparado**

Seminario de Licenciatura

### **Autores**

Rafael Corvalán Guerra - Felipe Ortega San Martín

### **Profesora guía**

Susana Bontá Medina

Enero 2019

## TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	3
INTRODUCCIÓN	4
<b>CAPÍTULO I.</b>	
EVENTUALES CONFLICTOS DE PRINCIPIOS EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.	6
<b>CAPÍTULO II.</b>	
EL CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA.	10
1. El contrato y la situación de la mujer.	10
2. Licitud del contrato de gestación por sustitución.	14
3. La experiencia estadounidense.	16
<b>CAPÍTULO III.</b>	
LA REGULACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.	19
1. Modelos de regulación:	
1.1 Regulación en la India.	20
1.2 Regulación en Canadá.	21
1.3 Regulación en España.	21
1.4 Regulación en Brasil.	22

## **CAPÍTULO IV.**

### **DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD: ASPECTOS CIVILES RELEVANTES**

1. Problema de la determinación de la maternidad en el Código Civil. 24

2. El cambio de criterio como solución a la determinación de la maternidad en los casos de gestación por sustitución. 28

**CONCLUSIÓN.** 34

**BIBLIOGRAFÍA.** 36

**ANEXO.** 40

## **RESUMEN**

La gestación por sustitución, mal llamada “vientre de alquiler”, es un fenómeno real. Acuerdos como estas son una manifestación de los avances tecnológicos, y como estos, nacen como una vía para ayudar a las personas a cumplir cada uno de sus deseos, específicamente, el de convertirse en padres biológicos. ¿Pero, la ley en Chile se mantiene al día en la regulación de estos avances? Ante el vacío legal en la materia, nos ocuparemos de analizar la legislación actual, la figura contractual que se usa en este tipo de acuerdos, tratando los derechos que rigen actualmente nuestro Código Civil y como conflictúan con aquellos que rigen actualmente el Derecho de Familia a nivel internacional, y como ha sido abordado el tema por los ordenamientos jurídicos extranjeros. Todo para comprobar que la regulación del Código Civil es deficiente y que urge una modificación en la materia.

## **ABSTRACT**

Surrogacy is a real phenomenon. Arrangement as this are a manifestation of technological advances, and how, they appear as a way to help mankind to achieve everyone of their desires, in this case, the one of becoming biological parents. But, does the chilean law keep up on their regulation? In relation to the legal void on the subject, we will analyze the current legislation, the contract form used on this type of arrangements, dealing with the principles that found our Civil Code and how they could conflict with the ones that regulate the Family Law on an international scale, and how the subject has been dealt with in the other countries legislations. All of this to prove that the Civil Code regulation is poor and it needs and urgent update.

## **INTRODUCCIÓN:**

La gestación por sustitución -coloquialmente llamada “vientre de alquiler”- es una de las prácticas conocidas como Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), que corresponden al conjunto de métodos biomédicos, que conducen a facilitar, o substituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana, como la deposición del semen en la vagina, la progresión de los espermatozoides a través de las vías genitales femeninas, la capacitación del espermatozoide una vez eyaculado, la fertilización del óvulo por el espermatozoide, etc. (Santamaría, 2000: p.37). Es decir, son formas de asistir a la reproducción humana cuando el procrear resulta de gran dificultad de forma natural.

Como fenómeno, la gestación por sustitución es tan antigua como registros históricos se tienen, ya en la Biblia se hace alusión a ella cuando en el Génesis 16:1:16, Saraí le encarga a su esclava Agar embarazarse de su marido Abraham, hijo que nacería con el nombre de Ismael y tomaría como propio.

En la Modernidad, y gracias a los avances tecnológicos en materia de genética y reproducción, es cada vez más real la posibilidad de que parejas infértiles puedan cumplir su deseo de convertirse en padres biológicos por vías distintas a la “tradicional”. Así surge la gestación por sustitución, acto por el cual una mujer se encarga de gestar un hijo que nace del embrión fecundado artificialmente por el material genético de una pareja comitente.

De mejor manera lo define C.L. Galle, como un acuerdo por medio del cual una mujer acepta quedar embarazada mediante un procedimiento de inseminación artificial, para que luego, una vez que se produzca el nacimiento del bebé, lo entregue al donante de esperma y su pareja, renunciando para ellos a los derechos que la ley le confiere sobre el recién nacido, y en contraprestación, por regla general, al pago de una compensación, generalmente consistente en una suma de dinero” (1992: p. 175).

La evolución de este tipo de técnicas y la masificación en su uso no es algo espontáneo, y es que las personas afectadas por algún nivel de infertilidad crece año a año, alcanzando, según la Organización Mundial de la Salud (OMS), 80 millones, correspondientes al 8 por ciento de las parejas del mundo, siendo entre un 12 y 20 por ciento de Latinoamérica.

Es en este contexto que encontramos en nuestro ordenamiento jurídico un vacío legal. Si bien algunas técnicas de reproducción asistida son reguladas de cierta forma, al igual que los efectos que se producen en la filiación de quienes nacen por ellas, no hemos encontrado ningún argumento para sostener el por qué no se ha abordado la gestación por sustitución. Analizando el actual Código Civil, solo encontramos trabas a su implementación, dadas por la

extemporaneidad de sus principios rectores, reglas como “la regla del parto”, que es la que rige en materia de determinación de la maternidad, sólo limitan la voluntad de los nacionales y no son acordes a la realidad.

El silencio al respecto es una posición muy peligrosa, el impacto de una eventual regulación siempre será positivo en relación a una realidad en la que no se legisle sobre estos temas, la gestación por sustitución es un fenómeno que existe y que se da cada vez con más frecuencia. De esa forma, se está afectando la libertad de aquellas personas que no pueden cumplir su deseo de ser padres naturalmente, el derecho a la identidad de aquellos niños y niñas nacidos por estas técnicas y una serie de otros derechos y principios que han sido reconocidos a nivel de Tratados Internacionales y Convenciones, y que trataremos en este trabajo. No obstante que se ha conocido de menores que ofrecen su vientre para recibir un embrión y dar a luz un hijo para una pareja. Como también, el hecho de que parejas viajen al extranjero, específicamente a países donde se permite la gestación por sustitución, para someterse a estas técnicas, y contratar con clínicas especializadas en el área, incluyendo el asesoramiento legal.

¿Cuál es el sentido de no asumir una postura respecto de la gestación por sustitución? ¿Qué se obtiene aplicando sin distinciones reglas que han perdurado por siglos y que ya no son satisfactorias para la época? Sobre todo, cuando existe una figura contractual que ha sido objeto de diversos análisis, respetuosa de los principios generales de la contratación, contrato que también se analizará en su momento.

En este trabajo de investigación, además de analizar la figura contractual existente, abordaremos el contexto legislativo actual, demostraremos su ineficiencia y daremos luces de lo que pretende ser una legislación adecuada, siguiendo el ejemplo de ordenamientos jurídicos extranjeros que sí han decidido regular esta situación. Todo lo anterior, para el fin de comprobar que la regulación del Código Civil es deficiente, incluso arcaica, y que urge una modificación en la materia.

## CAPÍTULO I.

### EVENTUALES CONFLICTOS DE PRINCIPIOS EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN:

Como decíamos, los efectos de la maternidad subrogada en Chile por su carencia de regulación legal generan ciertas consecuencias no queridas por los intervinientes, afectándose de esta forma ciertos derechos que solamente podrían resguardarse mediante una regulación al respecto.

Iniciaremos este trabajo refiriéndonos a los principios y/o derechos más relevantes en este asunto, y cómo estos entran en conflicto, entre ellos y con el ordenamiento jurídico actual. Así, trataremos en este capítulo el “derecho a fundar una familia”, el “principio del interés superior del niño o niña” y el “derecho a la identidad”, como los esenciales en conflicto en la materia.

La doctrina moderna ha afirmado la existencia del “derecho a fundar una familia” como un derecho humano. Este se menciona en la Declaración de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, entre otros, tratados que se encuentran insertos en la legislación nacional por mandato del artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política de la República<sup>1</sup>.

La jurisprudencia reciente ha establecido lo mismo y en tal sentido la Corte Suprema, en la sentencia de la causa Rol 6109-2018, ha afirmado: “la existencia de derechos fundamentales que no necesariamente se encuentran expresamente declarados en el texto fundamental y, entre ellos, está el derecho a contraer matrimonio. Ello se deduce del texto del artículo 1° de la Constitución Política de la República y del reconocimiento expreso de la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 17”.

En la misma sentencia, también establece que “las normas constitucionales y la convención internacional disponen que toda persona que habita el Estado de Chile es titular del derecho, a contraer matrimonio y fundar una familia, en lo cual la autoridad tiene el deber de ampararla, por lo mismo, no puede ser turbado en el ejercicio de ese derecho.”

---

<sup>1</sup> Artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de la República: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

El derecho a formar una familia está íntimamente relacionado con los derechos reproductivos de las mujeres que tienen la necesidad de acceder a la gestación por sustitución, y con ello formar una familia.

Los derechos reproductivos de la mujer se consolidaron a nivel internacional a partir de la Convención Sobre La Eliminación de Todas Las Formas De Discriminación Contra La Mujer (CEDAW)<sup>2</sup> que en su artículo 16 establece:

“1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”. Con posterioridad a ella, la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de Naciones Unidas (CIPD), realizada en el Cairo el año 1994 y la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer en Beijing el año 1995, también se manifiestan con un igual sentido.

Estos instrumentos establecieron, entre otras cuestiones, que los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya estaban reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Incluían también el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones, ni violencia. Abarcan no solo la forma “natural”, sino también las nuevas tecnologías reproductivas (Notrica, Cotado y Curti, 2017: p.8).

El derecho a formar una familia se ejerce mediante los casos de la gestación por sustitución, los titulares de él son tanto la mujer con capacidad de gestación, como aquella que no tiene capacidad, asimismo correspondería al hombre que tiene capacidad para fecundar, como al que no la tiene, en virtud de los derechos de igualdad y libertad que consagra nuestra Constitución Política de la República, así su ejercicio no se vería limitado por las formas de concepción natural, sino que también incluirían las técnicas de reproducción asistida, y dentro de estas, la gestación por sustitución.

Otro principio que se transgrede es el “principio del interés superior del niño o niña”. Este principio, además de integrar el orden público internacional, debe ser una consideración

---

<sup>2</sup> O.N.U, Asamblea General, aprobada 18 de diciembre de 2018.

primordial a la que se atenderá en todas las medidas que se tomen, esto en consideración al artículo 3.1. de la Convención Internacional de los Derechos del Niño<sup>3</sup>. En tal sentido, deberá admitirse el reconocimiento de niños y niñas nacidos a través de estas técnicas de reproducción asistida, sea a nivel interno o cuando la relación jurídica sea internacional. (Notrica, et. al, 2017: p.9)

Desde otro punto de vista, en base a este principio se ha pretendido rechazar la práctica de la gestación por sustitución, alegándose que su uso «cosifica» al niño, lo convierte en objeto de un contrato, lo cual atenta contra su dignidad humana. Empero, consideramos que los contratos de gestación por sustitución no tienen por objeto al niño en sí, sino únicamente la prestación del servicio de gestar y alumbrar, atendiendo a la capacidad o aptitud de la madre portadora. (Valdés, 2014: p.480)

En un sentido positivo, la profesora Eleonora Lamm, en su obra “Gestación por sustitución: Realidad y Derecho” planteó que regular la gestación por sustitución es la solución que mejor satisface el interés superior del niño, porque desde el mismo momento del nacimiento, el niño encuentra una familia que lo quiere; además, él mismo no hubiese existido de no haber mediado el acuerdo. El interés superior del niño se asegura limitando el poder de las partes, y esto solo puede hacerse a través de la regulación legal de estos convenios. Ese interés exige contar con un marco legal que proteja al niño, le brinde seguridad jurídica y le garantiza una filiación acorde a la realidad volitiva. (2012: p.10)

Es por lo anterior que una regulación favorecería a que el niño nacido en la familia que de verdad lo quiso pudiera desenvolverse dentro de ella, con una certeza propia y adecuada para su libre desarrollo.

Otro derecho afectado en este caso sería el “derecho a la identidad”, considerado este como un derecho fundamental de todo ser humano, que tiene un amplio contenido. Este se refiere tanto derecho que tienen las personas de ser ellas mismas, únicas y distintas del resto, expresarse libremente y tener sus propias ideas, como también el derecho que tiene una persona de conocer su origen, el derecho a saber quiénes son sus padres, en definitiva, saber de dónde se proviene, su historia individual.

---

<sup>3</sup> Artículo 3.1. Convención sobre los Derechos del Niño: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Este derecho a la identidad tiene su máxima expresión en el derecho que tiene cada uno de conocer sus orígenes, a investigar de donde viene, quienes fueron sus padres y ascendientes, para así, poder determinar su filiación. Todo esto, para poder desenvolverse con autonomía y libertad, teniendo certeza de su propia existencia. El derecho a la identidad es parte esencial del derecho a la personalidad.

De esta forma al ser un derecho fundamental está recogido en diversos tratados internacionales, el artículo 7 de la Convención Internacional de Derechos del Niño, establece: “el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos.

Del mismo modo, el artículo 8, N°1, de la misma Convención establece: “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”.

En consecuencia, centrándonos en el niño engendrado, debemos analizar los conceptos esbozados anteriormente con el tema atinente a su derecho a la identidad, que implica su derecho a conocer su realidad biológica, pero también su verdad del parto; ya que si bien sus padres son quienes aportaron el material genético, no se puede desconocer el vínculo físico y psíquico que ha engendrado con su madre gestante, es decir, con la mujer que lo cuidó y alimentó durante todo el embarazo. De esta manera, se estará contribuyendo con la realización del niño, al ser este conciente de su realidad y con la personalización de la mujer gestante, quien ya no es un medio sino un fin en sí mismo. (Zabalza; Schiro: p.149)

Tratados los aspectos más relevantes en materia de principios involucrados, es necesario referirse al contrato de gestación por sustitución como figura contractual, concretizando la discusión, y referirnos a los elementos esenciales de este.

## CAPÍTULO II.

### EL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN:

#### 1. El contrato y la situación de la mujer:

El contrato de gestación por sustitución es el acuerdo por el cual la parte comitente encarga a la madre de alquiler, la gestación del bebé que, al nacer, les será entregado a ellos.

En la sociedad moderna el contrato ha sido escogido como la forma predilecta para regular las relaciones entre personas con una clara consecuencia jurídica, se busca regular mediante ellos algunas situaciones que, por diversos motivos, no han sido legisladas, a través de leyes y/o políticas públicas. Es así como surge el contrato de gestación por sustitución como el método para regular esta práctica, y con él surgen también diversas controversias que pasaremos a tratar.

Como contrato, lo primero es mencionar que se trata de un contrato *bilateral, consensual* - solo en Chile, donde no se ha legislado la figura-, *principal, atípico* y de *familia*, puesto que su objeto es no patrimonial. Siendo su carácter de *oneroso* o *gratuito* un asunto controvertido en la actualidad.

A modo de explicación, de acuerdo a las reglas del Código Civil de nuestro país, esta figura se caracteriza por pertenecer a las siguientes categorías:

Es un contrato consensual, porque al ser atípico, es decir, no estar regulado por nuestro ordenamiento jurídico, la ley no exige ninguna solemnidad para su perfeccionamiento, por lo tanto, se perfecciona por el solo consentimiento. Hay que tener en consideración que en aquellos países donde si ha legislado sobre la figura, el contrato posee el carácter de solemne porque se fijan diversas cláusulas que de no estar escrituradas no podrían tenerse como validas, por ejemplo, las relativas a la renuncia de derechos de filiación por parte de la mujer gestante.

Es un contrato principal porque subsiste por sí mismo, sin necesidad de otra convención.

La característica de contrato de familia no es una que se desprenda del ordenamiento jurídico nacional, pero la doctrina dispone que son aquellos que tienen por finalidad regular relaciones de familia y, por lo tanto, carecen de contenido económico directo. Lo que no significa que carezcan de toda repercusión económica. Este contrato sería de aquellos porque, si bien, puede haber un interés económico directo, en el caso de la madre de gestante, esto no es esencial, pero lo que sí es fundamental es el deseo de procrear de la parte comitente. Al ser un contrato bilateral, al perfeccionarse las partes se obligan recíprocamente, estas son los comitentes y la madre gestante, siendo las esenciales:

i. Para la madre gestante:

- a. Permitir ser inseminada artificialmente con la esperma del padre biológico, o bien, ser sometida a un tratamiento de fertilización in vitro y ser fecundada con un gameto producido por material genético de ambos comitentes.
- b. Llevar el feto en su vientre hasta el nacimiento del bebé.
- c. Renunciar a los derechos de cuidado personal sobre el recién nacido en favor del padre biológico y su cónyuge.
- d. No tener relaciones sexuales sin protección durante el tratamiento, a fin de evitar posibles confusiones de paternidad.
- e. Renunciar al derecho de impugnar la maternidad, así como consentir en la adopción del menor. Estas son las obligaciones relevantes desde el punto de vista de la filiación.

Por lo general, también se suelen pactar asuntos como visitas médicas periódicas, mantener una vida privada cautelosa y sana durante el embarazo y, en materia de salud, es relevante la obligación de restituir el valor de lo ya percibido si se debe abortar por correr grave riesgo la vida de la madre.

ii. Para los comitentes:

- a. Pagar todos los gastos médicos y legales generados como consecuencia del embarazo.
- b. Asumir la responsabilidad de custodia del recién nacido.
- c. Y en el caso que sea oneroso, pagar a la madre subrogada la suma que se haya fijado en la forma pactada.

En cuanto a su carácter de oneroso o gratuito. Los países en los que se regula este tipo de técnicas de reproducción humana asistida indican en su misma legislación si se puede perseguir un beneficio económico al contraer este acuerdo, lo que permite clasificarlo en altruista o comercial.

Altruista es por el cual la madre gestante no percibe pago alguno por el alquiler de su vientre, o si recibe alguno, esta se limita al pago de los gastos médicos derivados del embarazo. Por el contrario, es comercial cuando la madre gestante si percibe un pago, que suele ser en dinero, por su cumplimiento del contrato y las obligaciones que surgen de él, pero que puede consistir en

cualquier otra cosa de valor pecuniario. El precio lo determinarán las partes de mutuo acuerdo en el contrato de gestación por sustitución.

Otro elemento relevante para clasificar el contrato de gestación por sustitución es la forma en que se realizará su cumplimiento. Así, existe el contrato tradicional, en que la madre gestante se limita a gestar al bebé y no existe ningún vínculo genético con el último, habiendo sido fecundada con un embrión formado por el material genético de la parte comitente; o, se puede dar el caso, en que, si exista cierta vinculación genética con el feto, habiendo sido la madre gestante fertilizada con el material genético masculino, y ella, además de gestar, aporte el gameto femenino. Esta última modalidad ha sido más controversial que la primera en el derecho comparado, puesto que es de mayor dificultad regular la situación cuando hay un vínculo biológico entre la gestante y el feto gestado.

Así, y de acuerdo a la clasificación que trabaja la profesora Caridad del Carmen Valdés Díaz, la gestación por sustitución puede cubrir los siguientes supuestos, siendo las más comunes las mencionadas en el párrafo anterior:

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

– Pareja heterosexual u homosexual en la que solo uno de ellos aporta su material reproductor, siendo la procreación parcialmente heterónoma, produciéndose la gestación en el vientre de una mujer ajena a la pareja, que puede a su vez aportar o no sus propios óvulos.

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

– Persona sola, hombre o mujer, que aportando o no su material genético, necesita la gestación de sustitución para el nacimiento del niño, pudiendo aportar los óvulos la mujer que realiza la gestación u otra distinta.” (Díaz, 2014: p.464).

La discusión principal entre quienes están a favor o en contra de la regulación de este tipo de contratos se centra en la posibilidad de la mujer de disponer de su cuerpo, a través de la gestación, y el constituir la entrega de una persona, el bebé recién nacido, en una obligación contractual.

La profesora María Olga Sánchez desarrolla estas dos posturas y para hacerlo se basa en dos autoras: Carole Pateman y Carmel Shalev, ambas feministas, pero con puntos de vistas

diametralmente distantes, la primera, por su parte, reconoce la liberación definitiva de la mujer, y la segunda, una nueva forma de opresión sobre la misma.

Pateman defiende que la sexualidad es de la esencia de la persona e inseparable con su cuerpo, tanto biológica como emocionalmente y al contratarse sobre el útero, se está comercializando sobre un órgano que define la biología de la mujer, y sobre la maternidad, una capacidad fisiológica, emocional y creativa de la misma, dándole un valor a aquello que la hace ella.

Dice, también, en su obra “El Contrato Sexual”, que disponer así sobre la singularidad de la mujer es la coronación de la opresión del patriarcado sobre esta, comparando la situación en la que se encuentra frente a la pareja comitente con la situación en la que queda un trabajador frente a su empleador en la sociedad neoliberal: “El empleador obtiene el derecho de mandar sobre el uso de los cuerpos de los trabajadores para, unilateralmente, tener poder sobre el proceso a través del cual se producen las mercancías (...) Ella se relaciona con su propiedad exactamente en la misma relación externa que un varón se relaciona con su fuerza de trabajo o su esperma, no hay nada distintivo a la condición de mujer.” (Pateman: 1995: pp. 295 y 297). En conclusión, reconocer política o jurídicamente autonomía para contratar sobre la capacidad de gestar es un modo de apropiarse de las mujeres, de revitalizar bajo nuevas formas el patriarcado.

Por el contrario, Shalev, defiende una independencia total entre la condición de persona y los órganos que configuran la sexualidad, y sus capacidades, incluida la capacidad reproductiva. Por lo tanto, es completamente factible que se separe lo biológico de lo emocional, y que la mujer pueda disponer tanto de uno como de lo otro a través de un contrato, pudiendo, incluso, darle un carácter oneroso a este, siempre que exista completa libertad y autonomía en la voluntad de ambas partes.

Esta autora parte de la base de que todas las personas intervinientes, sin importar el rol que utilicen en la relación, ya sea como padres, donantes de material genético o como madre gestante, son plenamente capaces, y pueden, sin problemas, separar lo biológico de lo emocional; por lo tanto, tratar de forma distinta a la última es asumir una postura paternalista por parte del Estado.

Afirma que reconocer la igualdad del útero como cualquiera de los otros órganos del cuerpo y la posibilidad de la mujer para disponer libremente de él, es reconocer su autonomía y capacidad de decisión, pero no solo en un plano social, sino también en un plano jurídico, pudiendo gobernar sus emociones y racionalidad, aún en el estado de embarazo, para contraer

obligaciones y que se le pueda exigir su cumplimiento. Pero esto no significa que la mujer moderna es un ser sin emociones ni un mero recipiente para parejas que biológicamente no pueden ser padres, si no, que se trata, simplemente, de reconocer que los vínculos jurídicos y emocionales no son los mismos, y que del embarazo no se debe por qué desarrollar un vínculo de maternidad, aun cuando la madre gestante se preocupe del destino de quien gestó por aproximadamente nueve meses.

Es la misma autora que dice, entonces, que el contrato de gestación por sustitución es un contrato para la venta de servicios personales de procreación o un contrato a favor de un tercero: el niño que va a nacer, porque se basa en la cooperación de diversos agentes, regulada por un contrato, para la obtención de un objetivo común, el cual es la gestación de un niño o niña.

También hay un sector de la doctrina y la jurisprudencia internacional que ha intentado defender la tesis de que el contrato de gestación por sustitución se trataría de una forma de legalizar el comercio humano, dándole un valor pecuniario a una persona, el bebé. Pero Shalev asegura que el objeto del contrato, en este caso, no es la persona misma, sino la prestación de un servicio, el cual es la gestación de un niño o niña, y que, es más, desde la perspectiva del que está por nacer, no hay forma más eficiente de regulación que ésta pues determina las condiciones, derechos y obligaciones desde el inicio del proceso productivo, protegiéndolo de manera eficaz e íntegra.

Y si este tipo de contratos no hacen más que reconocer la autonomía de la mujer ¿por qué hay legislaciones que prohíben cualquier tipo de beneficio económico para la madre gestante? Shalev indica que su prohibición es una medida absurda, puesto que si lo que se quiere es evitar la explotación de la mujer, la solución no es prohibir este tipo de contratos para que se realicen fuera del marco legal, sino regularlo de forma responsable, para que se desarrolle en óptimas condiciones. Y, es más, que la mujer, como ser autónomo, consciente y político, es totalmente capaz de disponer de su cuerpo y darle un valor a su actividad procreativa.

2. Licitud del contrato de gestación por sustitución: Elementos esenciales, el problema del objeto y la causa.

En cuanto a los elementos de la esencia, nos referiremos resumidamente a la capacidad y la voluntad. Respecto de la capacidad, se requiere tener capacidad de ejercicio, sin embargo, las legislaciones extranjeras en las que se regula este tipo de contratos suelen exigir una serie de requisitos específicos, como la legislación colombiana, donde se exigen los mismos requisitos que

se piden para poder adoptar, los que están contenidos en el artículo 68 del Código de la Infancia y Adolescencia de dicha nación, entre ellos, que sea plenamente capaz y mayor de veinticinco años.

El consentimiento basta que sea exento de vicios, puesto que se trata de un contrato consensual, esto porque, al ser atípico, no hay legislación que exija ningún requisito. Si hay casos, como el de la legislación colombiana, que ya mencionamos, en donde se exige que se deje constancia por escrito, pasando a ser un contrato solemne.

Hasta ahora parece no haber mayores problemas con la licitud de este tipo de contratos, esto porque la doctrina y la jurisprudencia que alegan su ilicitud lo hacen desde la mirada del objeto y la causa de estos.

Así, respecto del objeto, se ha alegado su ilicitud argumentando que se trata de una convención que versa sobre el cuerpo humano, transformándolo en un objeto de comercio (a esta línea adhiere el profesor Hernán Corral, de acuerdo con su texto “Reproducción Humana Asistida y Filiación: Un análisis al nuevo artículo 182 del Código Civil”). Desde ya, decimos que no creemos que sea tal el caso -algo ya se dijo cuando se analizó la postura de Shalev en relación a la situación de la mujer gestante- pero para reafirmar esta postura seguiremos la línea argumentativa del profesor colombiano Fernando Alarcón, quien defiende que se trata de un contrato cuyo objeto no lo constituye el bebé que nacerá, ni el útero de la madre gestante, sino la fuerza reproductiva de la mujer, y que la fuerza fisiológica de las personas nunca ha sido causal de objeto ilícito, de lo contrario serían ilícitos diversos contratos de trabajo e incluso aquellos que se basan en la fuerza intelectual, como los académicos. Pero, si vamos más allá y decimos que el objeto del contrato si es el útero de la madre gestante, tampoco podríamos calificarlo de un contrato que adolece de objeto ilícito, puesto que la utilización de órganos o partes del cuerpo no constituye objeto ilícito, sino no se podría haber legislado sobre actividades como la donación de órganos y de gametos.

Por último, están quienes alegan que estos pactos adolecen de causa ilícita. Lo primero por decir es que estos contratos no están prohibidos por lo tanto podrían acordarse por omisión legislativa. Así y todo, hay quienes van más lejos, y dicen, que el límite de la causa lícita lo compone el respeto a la moral y las buenas costumbres, y que aquellos contratos que versan sobre la utilización del útero de la mujer, como es el caso del que nos convoca, si son contratos que adolecen de causa ilícita porque pasan a llevar la moral de la sociedad. ¿Pero cuál es el límite moral por seguir en estos casos, si ambos conceptos son reconocidos por su indeterminación? ¿Cómo

se puede tachar de inmoral un acto que solo trae beneficios para todos los involucrados? La pareja comitente cumple su deseo perseguido de ser padres, la madre gestante recibirá un pago o su satisfacción personal -de acuerdo a si lo hizo por motivos pecuniarios o altruistas- e incluso el equipo médico se verá beneficiado al recibir el pago por cada una de sus gestiones sanitarias.

Se ha recurrido a argumentar que este tipo de contratos atentan contra el orden público en distintos ordenamientos jurídicos para declarar la nulidad por recaer sobre cosas intransferibles, ordenamientos desarrollados, como es el caso de Francia, Italia, Bélgica y Alemania, argumento que gracias al profesor Alarcón, su improcedencia ya fue probada.

Básicamente se atenta contra los imperativos categóricos Kantianos en los que se basa la sociedad moderna pues se reprocha el medio escogido y se obvia el fin de este, que es el de cumplir el deseo de lograr la paternidad auténtica, y se juzga a los padres por la forma en que llegaron a serlo, no por la forma en que desempeñan la tarea. Además está decir que se alega la protección de la moral y las buenas costumbres, pasando a llevar otros valores y derechos consagrados en la Constitución Política de la República, como la dignidad, la libertad, la igualdad y la familia, como núcleo fundamental de la sociedad.

### 3. La experiencia estadounidense. Estados Unidos como pionero en la materia:

Pese a la fuerza que han tomado argumentos que intentan sostener la ilicitud de este tipo de contratos -los que ya fueron tratados en este capítulo- hay ciertos ordenamientos jurídicos que han permitido esos acuerdos en distintas situaciones y con diferentes requisitos.

El país que primero explicitó este tipo de figuras contractuales y que, de alguna manera, intentó regularla y enfrentar la realidad fue Estados Unidos. En dicho país, la gestación por sustitución es un asunto de cada estado federado, por lo que la regulación en uno y otro difiere de manera significativa. Así estados como California lo permiten sin ningún tipo de limitación, otros como Illinois la permiten, pero solo para parejas heterosexuales, otros como Maryland donde nada se dice, y Nueva York, donde está prohibida bajo cualquier circunstancia.

Pero a pesar de esta heterogénea regulación en lo legal, la jurisprudencia siempre ha jugado un papel fundamental en esta materia. Así, a nivel mundial, el primer caso de gestación por sustitución tratado de forma mediática se desarrolló en este país, específicamente en el estado de Nueva Jersey, conocido como *"In the matter of Baby M"*, caso que por su influencia nos parece, merece un mayor análisis. En el año 1986, se enfrentó judicialmente una pareja clase media con una mujer de escasos recursos, quien, al firmar un contrato, aceptó la gestación de un feto

fecundando a través de la utilización de fecundación in vitro con espermatozoides del marido de la pareja comitente, y obligándose a renunciar a todos los derechos de custodia para entregárselos a la pareja una vez producido el parto. Ocurrido éste, la madre gestante se negó a dicha entrega argumentando que durante el embarazo se había producido un vínculo inquebrantable con la bebé y renunció al monto de dinero prometido. Este acto llevó al comienzo de una controversia jurídica que finalizó con la declaración de nulidad del contrato convenido por contener objeto ilícito y con la custodia de *Baby M* para su padre biológico pues el tribunal consideró, en concordancia al principio de interés superior del niño, era el que tenía más posibilidades de otorgar una buena calidad de vida a la niña.

A pesar de no darle valor jurídico a este acto, el fallo de la Corte Suprema de Nueva Jersey dio pie a una “batalla” doctrinaria que aún no encuentra solución y que ha definido la forma en que cada país ha lidiado con este asunto. La evolución de la visión americana, por lo comentado anteriormente, es de gran relevancia, y la pasaremos a tratar a continuación.

Lo primero es que, como se mencionó, esta situación ha sido regulado tanto por la jurisprudencia, como por la legislación, y de cada estado ha dependido qué importancia se le otorga a cada una. Los Estados que han optado por legislar al respecto lo han hecho con la finalidad principal de regular la situación de custodia del recién nacido y proteger a las partes, estableciendo garantías y obligaciones que deben ser cumplidas en todo caso. La jurisprudencia, consciente de la importancia de su labor en este asunto, señala que regular esta situación por ese medio, no es nada más que una solución temporal a la espera de regulación legal. Así, la Suprema Corte de California dijo en el caso *Johnson v. Calvert*, “nosotros somos conscientes de que el foro adecuado para la resolución de este asunto es el legislativo, en donde datos empíricos, que faltan ampliamente en este caso, pueden ser estudiados, junto con reglas de aplicación general desarrolladas.”

Si bien esta solución se caracteriza por su carácter particular -al tratarse de conflictos judiciales- no ha dejado de ser efectiva, por el valor que tiene el precedente en esta jurisdicción, y ha permitido guiar, de alguna manera, como será enfrentada la situación por las distintas legislaciones y en caso judiciales posteriores.

Algo que también ha llamado la atención es el valor que puede llegar a tener la jurisprudencia en este tipo de asuntos, esto se puede apreciar de primera mano en la sentencia emanada de la Suprema Corte de New York -Estado donde la gestación por sustitución se encuentra criminalizada- en el caso *Arredondo v. Nodelman*. En el citado caso, Judith Nodelman

gestó los bebés del matrimonio compuesto por Andres Arredondo y Liz Arredondo, siendo fecundada por un embrión compuesto del material genético de la pareja comitente. Al nacer, la paternidad de los mellizos fue atribuida al Sr. Arredondo, pero fue indicada como la madre la Sra. Nodelman. El matrimonio pidió que se modificarán las partidas de nacimiento de ambos menores, a lo que la madre gestante, al igual que la jurisdicción, no se opuso. Comprobando que en este tipo de casos -civiles, en los que hay involucrados derechos de menores- es más relevante la voluntad de las partes en particular, que la aplicación de una norma abstracta.

De este apartado podemos concluir que si bien, la validez de la gestación por sustitución es un tema zanjado en la mayoría de los estados de Estados Unidos, la estructura judicial del país -que le da gran valor al precedente judicial- permite adecuaciones a la legislación y velar por los derechos de todas las personas involucradas.

La importancia de esta práctica en Estados Unidos se puede apreciar, además de lo ya expuesto, en la importancia que han dado al perfeccionamiento y especialidad de la figura contractual<sup>4</sup>.

Como vimos, el contrato de gestación por sustitución es una figura compleja, pero necesaria, por lo tanto, es menester su regulación en el ordenamiento jurídico actual. En el capítulo siguiente veremos cómo fue tratada esta figura por distintas legislaciones y, básicamente, como países, de las más distintas realidades socioeconómicas, han abordado este fenómeno y la regulación que le han dado, dentro de las opciones que ha dado la doctrina.

---

<sup>4</sup> Para formato tipo de contrato de gestación por sustitución en Estados Unidos, revisar Anexo (p. 40)

## **CAPÍTULO III.**

### **LA REGULACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO:**

Según lo expuesto en el capítulo II de este trabajo de investigación, el contrato ha surgido como la forma idónea para regular aquellas situaciones de hecho, que si bien, no han sido prohibidas por la ley, tampoco han sido reguladas, pero hay ordenamientos jurídicos que se han hecho cargo de esta situación, entregando a las partes, la certeza necesaria para el sometimiento a esta técnica de reproducción asistida.

Frente a esta situación, los Estados pueden adoptar, básicamente, tres posturas, cada una con efectos tan diversos como la realidad de los mismos países:

i. En primer lugar, la de prohibir la gestación por sustitución absolutamente y en cada una de sus formas, y todos sus efectos. Esta postura da lugar, principalmente, a tres discriminaciones, todas igual de graves para el derecho a la igualdad que protegen las Constituciones modernas a nivel mundial: Una de carácter económico, porque a quienes cuenten con mayores recursos, se les abre la posibilidad de optar por estos procedimientos en el extranjero, en desmedro de quienes no tienen esta oportunidad, pero comparten el deseo de ser padres biológicamente. En segundo lugar, de carácter biológico, porque se le priva a aquellas personas que por motivos biológicos no pueden concebir, de optar por una vía legítima de convertirse en padres, en desmedro del derecho que tiene cada persona de formar una familia, derecho incluido a la protección a la familia que, por ejemplo, la Constitución chilena consagra explícitamente. Y, en tercer lugar, en materia de igualdad de género, porque se priva a aquellas parejas homosexuales, o personas solteras, que tienen el deseo de convertirse en padres, de hacerlo de una forma biológica.

ii. La segunda postura es la de guardar silencio. Esta es la más común, pero además, la más peligrosa, porque se niega a regular una situación que es cada vez más común y se termina por entregar su regulación a los Tribunales de Justicia, los que sabemos, pueden no tener los conocimientos técnicos necesarios, y además, se le da una regulación particular a una materia que es de interés general, pudiendo producirse distintas interpretaciones y ocuparse distintos criterios para resolver, lo que concluye en un desorden en la materia.

iii. La última postura es la de permitir la gestación por sustitución y otorgarle un marco legislativo acorde a la realidad de cada sociedad, regulando los procedimientos y sus

efectos, sobre todo en materia de filiación. Está de más indicar que ésta es la forma que permite proteger de mejor manera los derechos de todas las partes, especialmente de la madre gestante, que es quien se encuentra en desmedro económico, incluso la del niño que va a nacer, respetándose de esa forma, el principio del interés superior del niño, porque se le asegura una familia -cual sea su forma- que le entregará los cuidados adecuados y la protección a su derecho a la identidad, determinando su filiación en relación a quienes aportaron su material genético y no en base a un acto físico como es el parto, regla, que intentamos probar, es obsoleta en la sociedad actual.

En este apartado trataremos cómo distintos países han abordado la realidad de la gestación por sustitución, y como sus leyes han regulado esta realidad cada vez más común.

#### 1. Modelos de regulación:

1.1 INDIA: En India, desde el año 2002 esta situación está regulada y permitida, y lo es desde una perspectiva muy amplia, es decir, se acepta en su forma altruista o comercial, tradicional o con vínculo biológico, y podían optar a ella, cualquier persona, sin importar su sexo, condición o nacionalidad. Esta situación cambió radicalmente en el año 2016, cuando se modificó la ley que la regulaba y se limitó a autorizar sólo el contrato de gestación por sustitución para parejas heterosexuales de forma altruista y en caso en que no exista ninguna otra forma médica de concebir. Y en el caso de los extranjeros que se sometían a ella, solamente les será permitida cuando la gestación por sustitución también sea permitida en sus países de origen, lo que claramente, disminuye considerablemente el espectro de beneficiados.

¿Cuál fue el motivo de este cambio legislativo? Principalmente, el aumento en el comercio de la gestación por sustitución. De acuerdo con la Cámara de Comercio del país asiático, en 2012 se estaban produciendo cerca de 2,3 millones de dólares americanos por la celebración de este tipo de acuerdos. Esto porque India se había convertido en el destino favorito de muchas parejas europeas y norteamericanas por la facilidad que tenía el procedimiento, tal como comentamos, por el amplio grupo de personas que podían acceder a él y, además, por el bajo costo que tenía, siendo cerca de cinco veces más barato que el procedimiento en Estados Unidos, bajo las mismas condiciones.

El fundamento del Poder Ejecutivo al proponer esta nueva legislación era proteger la individualidad de la mujer, puesto que, al tener un procedimiento tan libre, se estaban utilizando, cada vez con mayor frecuencia, las llamadas “granjas de mujeres”, en las que se seleccionaba

mujeres en situación de extrema pobreza, sólo para gestar constantemente hijos de otras parejas, lo que afecta gravemente su salud e incluso sus derechos, pero que aceptaban porque, a pesar, de que se les entregaba un porcentaje muy reducido de lo recolectado, era una suma importante en un país con los más altos niveles de pobreza y sobrepoblación. Aquí vemos como la coacción económica es una de las formas más utilizadas para afectar los derechos fundamentales de aquellos que se encuentran en situación de indefensión y están dispuestos a todo por mejorar la situación de quienes están a su cuidado, una realidad que siempre ha estado presente en el panorama internacional, similar a los que ocurre con las redes de prostitución internacional y el delito de trata de personas.

En el caso de la India fue necesaria una adecuación normativa, requerida el surgimiento de este hecho social. Si bien hay quienes pueden argumentar que la nueva regulación es mucho más estricta, no se puede negar la intención del legislador de proteger a aquellas mujeres, que, hasta aquel momento, estaban siendo utilizadas como un mero bien económico.

1.2. CANADÁ: En este país de América del Norte la gestación por sustitución está permitida y está a cargo de la Agencia de Reproducción Humana Asistida, órgano dependiente del Ministerio de Salud de dicho país. Pueden acceder a ella parejas heterosexuales, homosexuales y familias uniparentales; en todos estos casos la determinación de la filiación se hace por vía de sentencia judicial a favor de los padres comitentes, y el procedimiento será siempre con fines altruistas.

Si bien, es un procedimiento tan libre como lo fue el de India en sus inicios, no fueron necesarias restricciones legislativas como las de éste, primeramente, porque se encarga a un órgano estatal de su acertada ejecución, lo que permite un mejor control y respeto a las garantías de las personas involucrada. Además, estamos frente a un país diametralmente distinto a la India, que no cuenta con altos niveles de sobrepoblación y pobreza, sino por el contrario, es un país con un índice de desarrollo humano muy alto.

Se podría decir que este país es un referente en la gestación por sustitución, al igual que en tantas otras materias como seguridad social, pensiones y migración.

1.3. ESPAÑA: La situación del país ibérico es bastante particular, al tratarse de un país europeo. A diferencia de la mayoría de las legislaciones latinas, no se trata de un caso de silencio legal, pero, a diferencia, también, de la mayoría de las legislaciones de países de alto índice de desarrollo humano, se trata de una práctica que se encuentra absolutamente prohibida, en todos

sus tipos y en todas sus modalidades. Así, el artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en su numeral primero, establece:

“1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.”<sup>5</sup>

Del artículo recién citado se concluye la prohibición tajante de este tipo de Técnica de Reproducción Humana Asistida en todas sus variantes, y consagrándose, además, la regla del parto como único criterio válido para determinar la filiación entre una madre y su hijo, según dicta el numeral segundo del mismo artículo:

“2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.”

Producto de esta tajante regulación, en la última década es cada vez más común que parejas españolas viajen a países donde la legislación es más flexible para cumplir su deseo de convertirse en padres mediante esta técnica, algo que también ocurre en Chile, pero con menor frecuencia, un fenómeno actual llamado “turismo reproductivo”. Pero ¿cómo se determina legalmente la filiación de aquellos bebés nacidos en territorio extranjero cuyos padres intencionales -o comitentes- son de nacionalidad española? Se ha establecido que la filiación deberá ser determinada por sentencia judicial emanada del tribunal competente en el país donde se llevó a cabo el proceso gestacional, y una vez declarada ésta, se le debe dar cumplimiento en territorio español de acuerdo a las reglas del procedimiento de exequátur. Debiendo presentarse ante el Registro Civil la solicitud de inscripción y el auto que declara finalizado el exequátur.

Esta solución administrativa es contrapuesta a la solución que ha dado el Tribunal Supremo Español, según Sentencia en causa STS 247/2014 y ratificada por el Auto Aclaratorio N°335/2015, lo que estiman que la filiación solo podrá determinarse respecto del padre que donó el material genético, debiendo el otro someterse a un procedimiento de adopción respecto del menor, algo similar a la solución que se dio en Estados Unidos en el caso de Baby M, el que ya fue tratado con anterioridad.

1.4. BRASIL: El caso de este país es particular, y si bien no merece un largo análisis, si es necesaria su mención. A diferencia de los tres casos anteriores, no hay legislación respecto al tema, pero tampoco se trata de un caso de silencio legal, sino que su regulación es esencialmente

---

<sup>5</sup> Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, España (2006).

reglamentaria y está a cargo del Consejo Federal de Medicina -órgano encargado de la fiscalización y normativización de las prácticas médicas en dicho país-. De acuerdo con esta reglamentación, la gestación por sustitución debe ser siempre altruista y, además, de forma bastante particular, la gestante siempre debe ser pariente de alguno de los comitentes.

En este apartado vimos cuatro modelos regulatorios en los que el ordenamiento jurídico de aquellos países prefirió la regulación por sobre el silencio jurídico, pero también pudimos observar como cada uno de ellos lo hizo de formas diametralmente distintas, así hay casos que se prohíbe, se acepta, pero con limitaciones o se acepta libremente, e incluso, casos donde la regulación no es legal, sino que de jerarquía inferior o reglamentaria.

Lo que si queda claro es que sin importar cual haya sido la postura adoptada, desde un plano práctico, siempre será preferible la adopción de normas, frente a la posibilidad de dejar un tema completamente sin regulación o cargar la responsabilidad de regular a los Tribunales de Justicia a través de sus procedimientos y posteriores resoluciones, lo que además de ser más complejo es considerablemente menos práctico.

Analizado ya el panorama internacional, ¿cuál es la situación actual del Código Civil chileno? ¿Cuáles son las reglas relevantes en la materia? Y señalar los primeros pasos que se han dado para regular la gestación por sustitución.

## CAPÍTULO IV.

### DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD: ASPECTOS CIVILES RELEVANTE:

#### 1. Problema de la determinación de la maternidad en el Código Civil.

Nuestro ordenamiento jurídico contempla tres formas para determinar la maternidad de acuerdo con el artículo 183 del Código Civil, de esa forma la maternidad queda asentada: a) 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; b) por reconocimiento de la madre; c) Por sentencia judicial firme, recaída en juicio de filiación (artículo 186 CC) (Ramos, 2010: pp. 406-407). Siendo las últimas dos formas muy similares a las contempladas en materia de determinación de la paternidad.

En este trabajo la que nos ocupa es la primera, la que es conocida como la “regla del parto”, que a su vez corresponde a la regla general y la más conflictiva en esta materia.

Para determinar la maternidad por medio de la regla del parto son necesarios dos elementos copulativos: primero, la existencia del parto, esto quiere decir que la madre efectivamente haya parido a un niño o niña y segundo, la identidad del mismo, que establece que el hijo pasa a ser suyo producto del parto. Reunidos estos dos elementos no es necesario que la madre manifieste consentimiento alguno, pues como dijimos, la determinación de la maternidad nace solo por el hecho jurídico del parto, a diferencia de lo ocurre en el caso del reconocimiento de un hijo, en el que debe existir una manifestación de voluntad válida. Todo lo anterior sin perjuicio de la necesidad de la inscripción del nacimiento en la cual se debe dejar constancia de la identidad tanto de la madre, como la del hijo<sup>6</sup>. En consecuencia, la regla del parto opera con un criterio biológico y genético, es decir, el parto determina a la madre la cual aporta el material genético, según la regla general.

Con todo, hay que tener presente que la gestación por sustitución es una técnica de reproducción asistida mediante un tercero ajeno a los cónyuges que dispone de su cuerpo con el fin de gestar y dar a luz a un recién nacido para posteriormente ser entregado a los padres comitentes, esta práctica que no se encuentra regulada en nuestra legislación. Sin embargo, existe un artículo que se relaciona con las técnicas de reproducción asistida. El artículo 182 del Código Civil establece:

---

<sup>6</sup> Esto en concordancia entre el artículo 183 inciso 1° parte final del CC y el artículo 31 n° 4 de la Ley de Registro Civil.

“El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo con la regla precedente, ni reclamarse una distinta.”

En base a un estudio de la historia fidedigna de la Ley N°19.585 que modificó el artículo en comento, podemos señalar que al momento de discutirse la aprobación del proyecto de ley el Senador Augusto Parra fue claro en establecer la importancia de este artículo, mencionando: “Tal como aquí muy bien se ha dicho, las técnicas de reproducción asistida en Chile hoy son lícitas y se encuentran en uso. Como consecuencia de ello, están naciendo niños que han sido concebidos merced a la aplicación de tales métodos (...) Si no se aprueba el artículo, tendrán que aplicarse las normas generales en materia de filiación contenidas en el Código Civil. Pero ellas pueden ser fuente de múltiples problemas en la determinación de la filiación y, desde luego, de la necesaria claridad y estabilidad que deben tener los niños en esta tan fundamental relación con sus progenitores”.

Por su parte el Senador Francisco Prat expresó: “En la forma en que se plantea el artículo en comento, se favorece la voluntad de acogida por sobre la verdad biológica. A mi juicio, ésta es la orientación correcta. Es la misma que prima en la Ley de Adopciones, y es diferente, en cambio, a la que rige para el resto del proyecto que nos ocupa, donde se impone la tesis de la verdad biológica, a veces más allá del interés social. En este caso, estimo que está bien enfocada la materia.”

De lo expuesto por los senadores al momento de aprobarse el nuevo artículo 182 podemos concluir que en el año 1998 las técnicas de reproducción asistida eran lícitas y se encontraban en pleno uso. Por otra parte, se estableció un criterio volitivo al respecto, dado que se favorece la voluntad de acogida por sobre la verdad biológica al momento de determinar la filiación, al igual que lo ocurrido en la Ley de Adopciones.

La doctrina, por su parte, también ha buscado analizar y darle alcance a esta norma, de esa forma el profesor Hernán Corral plantea que este mismo artículo no pretende dar validez a la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en cualquier persona sin distinción, sino sólo pretende regular la situación filiativa de los niños nacidos fruto de donación de gametos, respecto de los padres que se someten al tratamiento de fertilización, como de los individuos que participan como donantes, ya sea masculino o femenino.

A su vez, plantea, que es además un hecho que los senadores estaban pensando sólo en un cierto tipo de técnicas de reproducción asistida: la inseminación artificial o fecundación in vitro, utilizando gametos propios o de terceros, mediante las cuales una pareja heterosexual pretende conseguir un hijo superando artificialmente su infertilidad natural. No quedan incluidas por tanto otras modalidades reproductivas como la inseminación de mujer sola, la inseminación o FIV post mortem, la donación o transferencia de embriones, ni la maternidad por subrogación (por arriendo o comodato de vientres). (1999: p.3)

Por su parte, la profesora Maricruz Gómez de la Torre en un sentido similar sostiene: “De lo señalado podemos verificar que las intervenciones de los senadores en torno a un presupuesto básico y común, cual era que la temática de la reproducción humana asistida se encontraba circunscrita a un cierto tipo de técnicas: la inseminación artificial (IA), la fecundación in vitro con transferencia de embrión (FIVTE), la transferencia intratubaria de gametos (GFT) y la microinyección intracitoplásmica de espermatozoides (ICSI), sea con la utilización de gametos propios o de terceros, que son las técnicas que los médicos han declarado practicar en Chile. Por tanto, no se encuentran incluidas otras prácticas, como lo son la inseminación artificial de la mujer sola o de parejas homosexuales, fecundación post mortem, ni la maternidad subrogada.

En consecuencia, se pueden concluir que se están legitimando los procedimientos de técnicas de reproducción asistida que, en la actualidad, se llevan a cabo en nuestro país y son autorizadas por los comités de ética de los hospitales y clínicas donde se practican” (2007: p.114)

En virtud de este análisis podemos agregar, además, que el legislador buscó que primara en este caso la voluntad de los padres que se someten a alguna técnica de reproducción asistida por sobre la de las personas que dispusieron su material genético, surgiendo una verdadera excepción al principio de la primacía del criterio biológico para determinar la filiación. Sin embargo, esto requiere matices, porque, como decíamos, la gestación por sustitución no habría sido analizada por el legislador al momento de la discusión de la Ley N °19.585, por el contrario, la doctrina ha sido enfática en señalar que esta técnica junto con otras como la fecundación post mortem o la inseminación de una mujer sola estaban excluidas de la hipótesis contemplada en el artículo 182 del Código Civil.

Es por lo anterior que, en nuestra legislación actual y en relación a la gestación por sustitución no prevalece en realidad la voluntad de la mujer que decide someterse a estas técnicas, sino la verdad biológica. Madre es sólo quien gesta en su vientre, con independencia de quien sea

la madre genética o quien diera su consentimiento para someterse a la reproducción asistida en un caso de gestación por sustitución. (Espada, 2016: p.73).

Ante lo anterior cabe preguntarnos ¿quién es realmente la madre en los casos de gestación por sustitución? ¿debe seguirse aplicando la regla del parto? ¿qué solución podríamos dar a los intervinientes de los contratos de gestación por sustitución?

Frente al problema expuesto y en base a la legislación actual debemos considerar que un bebé nacido de un útero subrogado se registrará por lo dispuesto en el artículo 183 quedando así la maternidad determinada en la madre por el parto, de esa forma la madre gestante será siempre la madre legal del niño o niña nacido de esa técnica. En otras palabras, frente a un contrato de maternidad gestacional, se considera madre por efectos de la ley, a quien ha gestado y parido al hijo o hija y, por lo tanto, se aplican las normas generales del Código Civil, esto porque no existe regla especial que se refiera al respecto y que modifique la regla antes descrita.

La determinación de la maternidad por la regla del parto surge de la aplicación de un principio de derecho romano, *mater semper certa est* que dice, en resumidas cuentas, que siempre se sabe quién es la madre de uno. Sin embargo, dicha norma es anacrónica, es de muchos siglos atrás, y los cambios en materia de reproducción humana asistida nos está exigiendo dejar esos aforismos latinos para la historia y no para el Derecho. (Castro; Cruz. 2014: p. 119).

Esta regla es regida tanto por el criterio genético como el criterio biológico por cuánto en la generalidad de los alumbramientos, la misma mujer que pare es la que aporta sus gametos, esto se considera la regla general, un parto común en donde no medía ninguna técnica de reproducción asistida por consiguiente, la regla del parto hace coincidente a las maternidades genéticas y gestacional (o biológica), sin embargo en las situaciones de la maternidad subrogada, la referida regla excluye a la madre genética. (Turner, 2003: p.445).

La maternidad disociada surge de la dualidad maternal de la gestación subrogada, en estos casos tenemos dos madres, al menos en su faz tradicional, por un lado, la madre genética, que es aquella que dona los óvulos, y por otro, la madre biológica, que es aquella que tiene al bebé gestado, por lo que estos conceptos resultan totalmente escindidos el uno del otro, en contraste a la regla general. ¿Qué ocurre con la pareja comitente? ¿Aquella que persigue el deseo de convertirse en padres de un hijo biológico?

Otro elemento relevante es que a pesar de que la maternidad se encuentra disociada, no procedería 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 óvulo pertenece a otra mujer o bien, que la voluntad procreacional reside en una mujer distinta a la madre gestante.

Los efectos de la radicación de la maternidad a la mujer gestante se manifiestan a nivel de filiación, de esa forma la mujer gestante asume la autoridad paterna, nacen los derechos hereditarios del gestado en relación con su madre legal, lo mismo ocurre con la patria potestad y el derecho a alimentos, en general, nacen en ella todos los efectos atribuidos a su vínculo de filiación.

Esto trae graves problemas, conocido es el caso de la abuela materna que gestó por medio de esta técnica de reproducción asistida las hijas de una de su hija y su cónyuge, las que al nacer fueron inscritas en el Registro Civil como hijas de ella y no de sus padres comitentes, quienes se habían sometido al contrato de gestación por sustitución y cuyo material genético fue implantado en virtud de él en su útero. La madre comitente presentó una demanda de impugnación y reclamación de maternidad ante uno de los Juzgados de Familia de Santiago, la madre legal de las niñas, es decir, la abuela, se allanó en todas sus partes. Finalmente, la jueza ordenó que se cambiarán las partidas de nacimiento quedando como padres aquellos que donaron su material genético. Para estos efectos estableció que no había objeto ilícito en ese contrato de gestación por sustitución, dado que este surge de su onerosidad, el que en este caso fue con fines altruistas. Además, se estableció en esa instancia y como motivación de la sentencia principios como el interés superior de las niñas y el derecho a la identidad, los cuales se estaban lesionando al estar inscritas como hijas de su abuela, pese a que desde su nacimiento fueron criadas por los padres comitentes.

A la luz del problema antes expuesto es que las legislaciones deben considerar otros criterios o elementos para la determinación de la maternidad, en beneficio de las personas que acuden a estas formas de maternidad disociada para cumplir sus sueños.

## **2. El cambio de criterios como solución a la determinación de la maternidad en los casos de gestación por sustitución.**

Tradicionalmente, la filiación se ha basado en el hecho biológico de ser una persona procreada por otra. El ordenamiento se aparta de este fundamento cuando reconoce primacía a la voluntad por sobre el elemento biológico. Así ocurre, por ejemplo, en el reconocimiento de un hijo o hija cuando éste no desciende genéticamente del reconociente. La situación es más evidente en la filiación adoptiva, donde el ordenamiento renuncia a toda asimilación con la filiación por

naturaleza, a no ser en sus efectos, reconociendo al acto voluntario, sancionado judicialmente, el mérito de hacer surgir una filiación. (Turner, 2003: p.445) Este es una clara manifestación de lo que es el criterio volitivo para la determinación de la filiación en nuestro ordenamiento jurídico, el cual, es un caso excepcional, en donde a partir de la voluntad de una persona se genera un vínculo de filiación. Cabe preguntarnos ¿puede legislarse para que este mismo criterio volitivo genere efectos para la filiación de los hijos nacidos por la figura de la maternidad subrogada?, como sabemos una solución que se genera en la práctica, como la consecuencia de la imposibilidad de declarar hijo o hija a un nacido mediante esta técnica, es la adopción parte de los padres comitentes, sean estos o no aportantes del material genético, sin embargo esto es una solución parcial y compleja por cuantos es sabido los problemas que tiene la ley de adopción civil en nuestro país.

La solución que proponemos es regular la gestación por sustitución en Chile generando que la determinación de la maternidad quede radicada en la madre genética, o si fuera el caso de una mujer que no donó material genético, la madre comitente que aceptó contratar y aceptar al niño o niña como hijo suyo una vez ocurrido el parto de la madre gestante, primando de esta forma el criterio volitivo. Es decir, el cambio en la legislación debería ir enfocado a atenerse tanto a los criterios genético, como el volitivo en desmedro del criterio biológico imperante en nuestra legislación, dado que en estos casos la madre no es la mujer que gesta al niño o niña.

En Chile ya se han comenzado a dar los primeros pasos hacia una regulación de la materia. Si bien, dos proyectos legislativos anteriores – de los años 2007 y 2011- nunca dieron frutos, el 10 de enero del año 2018, ingresó a la Honorable Cámara de Diputados, un proyecto legislativo que busca regular esta situación bajo el Boletín N°11576-11 con el nombre: “*Regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida*”. Este proyecto de ley que busca crear una ley especial para regular de la forma más completa e íntegramente el fenómeno de la gestación por sustitución se fundamenta, esencialmente, en la adecuación legislativa de los cambios que de hecho ya se están produciendo en la realidad nacional, la normalización de los efectos sobre la filiación de los niños nacidos por estos medios, la actualización de Chile a los estándares internacionales en la materia y alcanzar la igualdad del derecho a formar una familia. También establece los requisitos y obligaciones que deben cumplir la gestante como los comitentes y los requisitos para que esta proceda, contempla un modelo completamente altruista, a disposición de parejas heterosexuales, homosexuales y familias uniparentales.

Además, regula el contrato de gestación por sustitución, al que le da el carácter de solemne, debiendo otorgarse por escritura pública, y las menciones mínimas que este debe contener, entre ellas, la forma en que se llevará a cabo el proceso de fertilización, el seguimiento gestacional, y como entrarán en custodia los padres comitentes una vez producido el parto, e incluso, da la posibilidad al reglamento que se dicte para la aplicación práctica de la ley, de contemplar un modelo base de este tipo de acuerdos. Desde un punto de vista de estrategia legislativa establece el objeto de la ley, los principios que la inspiran, ciertas definiciones de uso común en ella como contrato de gestación por sustitución, gestación subrogada o por subrogación, técnicas de reproducción asistidas (TRA), entre otras.

Este proyecto de ley le dedica un artículo entero a determinar la filiación de los niños o niñas nacidas bajo la maternidad subrogada, de esa forma en su artículo 17° dispone: “Filiación de los hijos nacidos mediante gestación por subrogación: La filiación de los nacidos mediante gestación por subrogación se regulará□ por el Código Civil, a salvo de las especificaciones establecidas en los artículos siguientes.

- 1) En ningún momento se establecerá□ vínculo de filiación entre la mujer gestante por subrogación y el niño o niña o niños que pudieran nacer.
- 2) La inscripción de nacimiento en el Registro del Servicio de Registro Civil e Identificación no incluirá datos de los que se pueda inferir la gestación por subrogación.
- 3) En caso de las parejas unidas por vínculo matrimonial o por acuerdo de unión civil, se determinará la filiación respecto del hijo o hija o hijos de ambos progenitores subrogantes, aun cuando no hubieren aportado material genético.”

Como comentarios a este artículo del proyecto podemos señalar:

1. El enunciado es poco claro, por cuanto confunde la determinación de la maternidad que da a origen a filiación, con los efectos de la misma. De esa forma nos señala que los efectos de la filiación respecto a un niño o niña nacida de un útero subrogada son los mismos que establece el Código Civil como regla general, por ejemplo, con relación a la patria potestad, derecho de alimentos, cuidado personal y en general cualquier efecto que nazca de la filiación, sin perjuicio que las reglas de determinación de la maternidad se ven modificadas por los siguientes tres numerales del mismo artículo 17° del proyecto.

2. El numeral primero por su parte dispone una prohibición, consistente en que nunca se deberá establecer la filiación del niño o niña con relación a la mujer que lo ha parido, si en ese caso, hubiese mediado un contrato de gestación por sustitución. El problema de interpretación

que se nos presenta en el siguiente: esta norma sólo excluyó el criterio biológico como forma de determinación de la maternidad, sin embargo, no refiere cuál debe ser el imperante para determinarla en estos casos. En ese sentido, ¿será necesario que la pareja haya aportado material genético para que sean los padres? Siguiendo esa línea, ¿basta que solo uno de ellos aporte o será necesario que ambos lo hagan? ¿Basta sólo con su voluntad manifestada en el contrato respectivo para que nazca este vínculo?, el numeral tres nos puede orientar un poco más al respecto.

3) El numeral segundo no requiere mayor análisis por cuanto solo establece una regla de resguardo a la identidad de los niños o niñas nacidas bajo la gestación subrogada a fin de evitar en un futuro, posibles discriminaciones en virtud de la condición de su nacimiento.

4) El numeral tercero por su parte nos da más luces sobre qué criterios imperarían en esta hipótesis, este numeral que es más restrictivo que el primero y nos pone en la hipótesis de las parejas constituidas mediante un acuerdo de unión civil o un vínculo de matrimonio que se someten a esta técnica, en ese caso señala que ellos serán los progenitores, aunque no hayan aportado material genético, aquí el legislador propone un caso claro de criterio volitivo para determinar la filiación. Basta sólo con la voluntad de ambos comitentes para que nazca este vínculo, sin perjuicio, de que uno o ambos hayan aportado material genético.

5) Atendiéndose a las ideas matrices de este proyecto de ley y su fundamento, concluimos que esta norma está redactada con el objetivo que se formen distintas familias, distintas a la concepción de familia tradicional, por lo que los intervinientes que se someten a esta técnica, pueden ser parejas homosexuales, heterosexuales, aquellas que hubiesen contraído matrimonio o el acuerdo de unión civil y hasta personas solas.

Actualmente, este Proyecto de Ley se encuentra en revisión por la Comisión de Salud del órgano legislativo que ya mencionamos.

Pero no solo la Cámara de Diputados ha demostrado su preocupación en regular esta situación y es que con fecha 12 de septiembre de 2018 ingreso al Senado un proyecto de ley (Boletín 12.106-07) con la misma intención de regular la situación filial de los niños y niñas nacidos por gestación por sustitución, y la urgencia que requiere la modificación del Código Civil para adecuarse a los tiempos contemporáneos, proponiendo modificaciones a los artículos 182 y 183, y agregando un artículo 183 bis al Código Civil. El proyecto de ley titulado *“Modifica el Código Civil para determinar la identidad de niños y niñas nacidos en gestación subrogada”* posee una técnica legislativa distinta al proyecto de ley antes mencionado, este por su parte, busca determinar la

filiación a favor de los niños y niñas nacidos bajo esta técnica modificando las normas actuales del Código Civil y no mediante una ley especial.

En ese sentido introduce ciertas reglas para la determinación de la filiación, en el numeral dos, de su artículo único establece:

“2) Introdúcese los siguientes incisos segundo, tercero y cuarto, al artículo 183, del Código Civil, pasando el actual inciso segundo a ser quinto:

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.”

A modo sintético de comentarios podemos señalar:

1. El proyecto de ley establece una presunción simplemente legal para la determinación de la maternidad en estos casos, por lo que puede ser probado lo contrario cuando los hechos así lo ameriten y exista prueba suficiente para desvirtuar esa presunción.

2. En la letra a) se considera siempre el criterio genético cuando ambos padres comitentes aportaron el material.

3. En la letra b) se tiene como hipótesis la inviabilidad de un miembro de los padres comitentes y la no coincidencia con la gestora subrogante, aquí se atiende al criterio genético del miembro que aportó el material.

4. Con respecto a la letra c) se nos da la hipótesis de una pareja que son incapaces de procrear, por lo que se colige que no se puede determinar la filiación en base al material genético por cuanto este no fue aportado, es por eso que se propone que la fuente de esa filiación será la voluntad procreacional consensuada debidamente manifestada, antes del procedimiento del embrión al útero, mediante el contrato de gestación subrogada.

5. Este proyecto de ley tiene como objetivo utilizar esta técnica como terapéutica para aquellas parejas que por un hecho biológico son infértiles y no pueden procrear, por eso, es un proyecto que abarca hipótesis más estrictas que el anteriormente detallado y al mismo tiempo propone medios para probar la circunstancia de que los miembros de la pareja que se sometan a ella padezcan de alguna imposibilidad uterina o biológica para gestar.

Por consiguiente, estas son las soluciones de cómo el cambio de criterio debe hacerse efectivo para de esa forma radicar los efectos de la filiación en la progenitora subrogante a fin de no afectar el interés superior del niño, derecho a la identidad, entre otras, cuestiones que fueron analizadas a lo largo de este trabajo.

## CONCLUSIÓN:

El propósito de las páginas que preceden este trabajo, y tal como se indicó en la introducción, fue el de confirmar la existencia de la gestación por sustitución como un fenómeno real, una opción viable para aquellas personas y parejas que no pueden concebir de forma natural, junto con el de demostrar que la regulación actual de nuestro Código Civil es insuficiente y se rige por principios que en materia de Derecho de Familia y Filiación se encuentran obsoletos. El Código Civil está atrasado en relación con la incorporación de los avances tecnológicos a la esfera jurídica.

El Código Civil decimonónico es uno de los instrumentos más longevos en el plano jurídico chileno y no ha logrado actualizarse con la velocidad que exige la vida del Siglo XXI. No obstante que han existido reformas importantes en materia de familia, especialmente desde fines del siglo XX. Regido por principios tradicionales y conservadores, y surgido en una época en la cual los únicos que tenían reconocimiento legal eran los hombres letrados o de buena situación económica, no ha sido capaz de adecuarse a una sociedad donde la mujer cada vez tiene más protagonismo y se ha visto el surgimiento del derecho a formar a familia como un derecho fundamental.

No es necesario fatalizar la regulación del Código Civil, pues cumple a cabalidad su finalidad en otras áreas de regulación del derecho privado, pero identificamos en el Derecho de Familia una cierta complejidad por tratarse de un área que cobra cada vez más relevancia mediática y en la que tiene especial importancia cómo varía la forma en la que se relacionan las personas en relación con la época que se vive.

Se suele justificar el atraso legislativo con el argumento de que Chile es un país “en vías de desarrollo”, argumento que nos parece falaz, postura que hemos demostrado al ver cómo se ha regulado este fenómeno en países con situaciones socioeconómicas más precarias, como es el caso de la India, país donde la regulación es más completa que en países con un índice de desarrollo humano más alto.

También creemos que la falta de regulación en la materia se puede explicar en la poca fuerza que ejercen los Tribunales de Justicia en el panorama nacional, donde sus resoluciones no son vinculantes para ellos mismos, a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, donde la jurisprudencia ha jugado un rol fundamental en la regulación de este tipo de acuerdos, tal como lo expresamos en el Capítulo II de este trabajo.

Concluimos de este trabajo que el contrato es una de las formas predilectas para regular las relaciones entre privados pero que pierde total eficacia si no encuentra su sustento en la ley, aunque uno de los principios generales del derecho según Hans Kelsen indique que lo que no está expresamente prohibido, está implícitamente permitido. La figura contractual existe y de acuerdo al análisis practicado, no es incompatible con ninguno de los principios rectores en materia de fuentes de las obligaciones de la obra de Andrés Bello. Entonces, ¿a qué obedeces su falta de regulación? No parece ser falta de interés por parte del legislador -analizamos los diversos intentos de ambas cámaras del Congreso para dar fin a la situación de incertidumbre jurídica que rodea la materia- ¿será acaso que la sociedad chilena, aún con un exagerado tinte conservador, no está preparada para acreditar la existencia de este tipo de prácticas? Parece ser esta la respuesta, pero creemos que en ningún caso es justificativo suficiente para el vacío legal que tenemos frente.

Como hemos mencionado tantas veces, y ahora con la convicción de estar en lo correcto, la principal conclusión que nos deja esta investigación es que la norma que entrega el Código Civil en materia de filiación, y muy especialmente, a propósito de la maternidad, no es suficiente para resolver situaciones como las tratadas en este trabajo, especialmente, respecto de aquellos niños nacidos mediante el uso de Técnicas de Reproducción Asistida, menos de aquellos que nacen de una maternidad subrogada, y no se condice con los principios que rigen al Derecho de Familia en el plano internacional, por lo que urge el reconocimiento y regulación legal de la figura del contrato de gestación por sustitución, como opción válida y viable para aquellos chilenos y chilenas, que contando con los medios económicos para recurrir a aquella, puedan cumplir con un anhelo tan grande, como lo es el de formar familia, y así, dar un paso concreto en dirección a la inclusión, la igualdad y la evolución de la sociedad chilena en una sociedad mejor y más justa, reconociéndose de esa forma el derecho a fundar una familia, como un derecho fundamental.

## BIBLIOGRAFÍA:

### Libros y artículos:

- Alarcón, Fernando (2002): “La maternidad por sustitución”, Familia, Tecnología y Derecho, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia.
- Álvarez, Santiago (2017): “Gestación por sustitución y orden público”, InDret, Barcelona, España.
- Candal, Leila Mir (2010): “La maternidad intervenida. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada”, pp. 174-188, Revista Redbioética/UNESCO, No. 1.
- Cárcar, Jesús (2017): “La Gestión por Sustitución dentro del derecho a la asistencia sanitaria: su configuración y prioridad en una futura regulación”, vol. 27 Extraordinario, XXVI Congreso Derechos Sanitarios y Ciudadanía Europea.
- Cruz, Juan; Castro, Laura: “La omisión legislativa en materia de contrato de alquiler de vientre materno en Colombia y consecuencia jurídicas”, en *Criterio Jurídico Garantista*. Año 6, n° 11, 2016. pp. 110-125. Bogotá, Universidad Autónoma de Colombia,
- Espada, Susana: “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*. Vol. 11. N°39. pp. 59-83. México, 2016.
- Galle, C.L. (1992): “Surrogate Mother Contracts: A View of Recent Legislative Approaches”, pp. 175-176, en *Journal of Health Law*, American Health Law Associations, Vol.6, Núm.24.
- Gómez de la Torre, Maricruz (2013): “Técnicas de Reproducción humana asistida, desafíos del siglo XXI: una mirada transdisciplinaria”, pp. 413-419, Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Año 20, n°1.
- Gómez de la Torre, Maricruz. (2007). *El Sistema Filiativo Chileno*. Capítulo IV. La Filiación por aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida, Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile.
- Passenheim, Juana (2018): “Gestación por Sustitución”, Ponencia, Congreso Internacional de Derechos de las Familias, Niñez y Adolescencia, Argentina.
- Pateman, Carol (1995): “El Contrato Sexual”, p.295, Anthropos, Iztapalapa, México, (traducción de M. L. Femenias)

- Ramos, René (2010): *Derecho de Familia. Tomo II*. 7º Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- Rodríguez-Yong, Camilo y Martínez-Muñoz, Karol (2012): “El Contrato de Maternidad Subrogada: La experiencia estadounidense”, pp. 59-81, en *Revista de Derecho*, Vol. XXV N°2.
- Santamaría, Luis (2000): “Técnicas de Reproducción Asistida. Aspectos Bioéticos”, Cuadernos de Bioética, Asociación Española de Bioética y ética Médica, España
- Shalev, Carmel (1992): “Nascere per Contratto”, Giuffrè, Milano (traducción de C.M. Mazzoni y V. Varano).
- Silva-Ruiz, Pedro (2018): “Maternidad Subrogada, Sustituta o Suplente: La gestación por sustitución (en Derecho puertorriqueño y comparado)”, *Revista de Derecho Privado*, España.
- Sospedra, Alejandro (2018): “La Gestación Subrogada en España”, *Cuestiones de Interés Jurídico*, Instituto de Derecho Iberoamericano.
- Turner, Susan: “La Maternidad Disociada” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XXIV, 2003. Valparaíso, Chile. pp. 441-455.
- Valdés, Caridad: “La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas” en *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXXI, 2014. pp.459-482.
- Vilar, Silvia (2014): “Situación Actual de la Gestación por Sustitución”, *Revista de Derecho UNED*, N°14, España.

### **Documentos electrónicos:**

- Corral, Hernán (1999): “Reproducción Humana Asistida y Filiación: Un análisis del nuevo artículo 182 del Código Civil”. Disponible en: <https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/art-182cc.pdf>. Fecha última consulta: 19 de diciembre de 2018.
- Lamm, Eleonora: “Gestación por sustitución: Realidad y Derecho” en *inDret, Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, julio 2012. Disponible en:

[http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=1578&pdf=909\\_es.pdf](http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=1578&pdf=909_es.pdf). Fecha última consulta: 19 de diciembre de 2018.

- Notrica, Federico; Cotado, Francisco y Curti, Patricio Jesús. La figura de la gestación por sustitución. *Rev. IUS.* 2017, vol. 11, n.39. Disponible en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-21472017000100008&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100008&lng=es&nrm=iso). Fecha última consulta: 19 de diciembre de 2009.
- Zabala, Guillermina y Schiro, María Victoria: “La maternidad subrogada y el mediatización del ser humano”– [www.centrodefilosofia.org.ar/Investigación y Docencia Nº 38](http://www.centrodefilosofia.org.ar/Investigación_y_Docencia_Nº_38_pp_141-150). pp. 141-150. Disponible en: [www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/view/881/700](http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/view/881/700). Fecha última consulta: 19 de diciembre de 2018.

### **Normativa nacional e internacional:**

- CANADÁ. Bill C-6 (2004): “An Act Respecting Assisted Human Reproduction”, House of Commons of Canada.
- CHILE. Código Civil de Chile.
- CHILE. Constitución Política de la República de la Chile.
- CHILE. Ley 19.585 Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación.
- CHILE. Proyecto de ley, boletín N°11576-11 (2018): “Regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida”, Honorable Cámara de Diputados.
- CHILE. Proyecto de ley, boletín N°12106-07 (2018): “Modifica el Código Civil para determinar la identidad de niños y niñas nacidos en gestación subrogada.”, Senado.
- Convención Sobre La Eliminación De Todas Las Formas. De Discriminación Contra La Mujer.
- Convención sobre los derechos del niño.
- ESPAÑA. Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, España.
- INDIA. The Surrogacy (Regulation) Bill (2016).
- Pacto de Derechos Civiles y Políticos de San José de Costa Rica.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

## **Jurisprudencia:**

- Sentencia Corte Suprema (2018). ROL 6109-2018, Chile.
- Sentencia Segundo Juzgado de Familia de Santiago (2018). RIT C-7246-2017, Chile.
- STS 247/2014, Tribunal Supremo de España, Madrid
- STS 335/2015, Tribunal Supremo de España, Madrid
- Supreme Court (1993), Johnson v. Calvert, 5 Cal. 4th 84, California, USA
- Supreme Court (1994), Queens County, 163 Misc. 2d 757, New York, USA
- Supreme Court of New Jersey (1988), In the Matter of Baby M, 109 N.J. 396, USA.

**ANEXO:**

Contrato tipo de gestación por sustitución celebrado en Estados Unidos.

Surrogacy Contract Agreement

Between \_\_\_\_\_ and \_\_\_\_\_

THIS AGREEMENT is made this day of \_\_\_\_\_ 2013, by and between (fathers name) and (mother's name) (hereinafter referred to as "Genetic Father and Genetic Mother" or collectively as "Genetic Parents") and \_\_\_\_\_ (hereinafter referred to as "Embryo Carrier").

The Parties are aware that surrogate parenting remains a new and unsettled area of law and that this Agreement may be held unenforceable in whole or in part as against public policy. The parents intend to move to California due to a job offer to the Genetic Father. The mother has shown proof that she cannot carry an embryo to a viable pregnancy. The Embryo Carrier intends to travel to California for Embryo transfer and Delivery. Therefore the Intended parents and Embryo carrier agree to use California State Surrogacy law.

I. Purpose and Intent

The sole purpose and intent of this Agreement is to provide a means for (fathers name) Genetic Father, to fertilize in vitro an ovum from his wife (mother's name) , Genetic Mother, for transfer and implantation into (surrogate name) , Embryo Carrier, who agrees to carry the ovum/embryo to term and relinquish custody of the child born pursuant to this Agreement to its Genetic Parents, (fathers name) and (mother's name).

II. Representations

(fathers name) and (mother's name) represent that they are a married couple, each over the age of eighteen years, who desire to enter into this Agreement (fathers name) and (mother's name) further represent that to the best of their knowledge they are respectively capable of producing semen and an ovum(s) of sufficient nature for in vitro fertilization and subsequent transfer into (surrogate name) , Embryo Carrier.

(mother's name) cannot carry her own embryo as proved by miscarriages and inability to get pregnant over the past \_\_\_ years. (put any other reasoning for having a Surrogate to prove to the courts why it is necessary).

(mother's name) will go through the process of retrieving eggs but if they are not viable then the couple will use donated eggs.

The Genetic Parent's address is: \_\_\_\_\_

Phone number(s) to reach Genetic Parents: \_\_\_\_\_

(surrogate name) represents that she is a divorced woman, over the age of eighteen years, and that she desires to enter into this Agreement for the reasons stated above and not for herself to become the parent of any child conceived (fathers name) and (mother's name) pursuant to this Agreement. (surrogate name) further represents that to the best of her knowledge she is capable of carrying an implanted ovum/embryo to term.

The Embryo Carrier's address is :

Phone number(s) to reach Embryo Carrier: Cell phone

### III Selection of Physicians and Counselor.

A. Genetic Parents and Embryo Carrier will jointly select physician(s) to examine Embryo Carrier, order and review medical and blood tests for Genetic Parents, Embryo Carrier, and perform IVF procedures (the "Responsible Physician"). The parties will select a doctor to do the review and perform the IVF procedures.

B. The overseeing responsible doctor will be Dr. \_\_\_\_ OB-GYN from Cedar City (clinic name, city, state) .The parties have agreed jointly to use a Midwife in addition to the OB. If at any time the Midwife feels there is a risk to the baby Dr \_\_\_\_ with be the advising doctor. Otherwise the midwife will deliver the baby either at the Intended parent's home, in California or in a birthing center. Whichever is most appropriate and all parties are comfortable with at the time of delivery.

C. At any time that Genetic Parents are advised it is appropriate, Genetic Parents and Embryo Carrier will jointly select an infertility specialist to become the Responsible Doctor.

#### IV. Physical Evaluations

A. Embryo Carrier will have a medical examination, blood and other tests and psychological testing as determined by Genetic Parents and their advisors. (surrogate name) expressly waives the privilege of confidentiality and permits the release of any reports or information obtained as a result of said examination/testing (fathers name) and (mother's name) . Embryo Carrier maintains her confidentiality with the therapy sessions involved in the surrogacy.

B. Embryo Carrier's Husband has not had, and will not have any contact with the Embryo carrier and lives in another state and will not interfere in these proceedings in any manner.

C. Genetic Parents will have blood and STD tests as determined by the Responsible Physician. (fathers name) and (mother's name) expressly waives the privilege of confidentiality and permits the release of any reports or information obtained as a result of said examination/testing to (Surrogate name).

#### V. Conditions.

All parties' obligations under this Agreement (other than the obligation of Genetic Parents to reimburse Embryo Carrier for expenses incurred) are conditioned on:

A. The approval of Genetic Parents and their advisors of results of Embryo Carrier's exams and tests.

B. The approval of Embryo Carrier and the Responsible Physician of results of Genetic Parents STD tests.

#### VI. Medical Instructions

A. (surrogate name) agrees to adhere to all medical instructions given to her, including abstention from sexual intercourse as directed by the IVF Physician. (surrogate name) agrees to follow a transfer and prenatal medical examination schedule set by the attending Physician and

Midwife.

B. Embryo Carrier will not smoke, drink alcoholic beverages, use illegal drugs, non-prescription medication or prescription medication without approval of the Responsible Physician.

C. Embryo Carrier will undergo prenatal medical exams as directed by the Responsible Physician, will submit to other medical tests, and will take only drugs and vitamins recommended or prescribed by the Responsible Physician. Which include Herbalife Multivitamins, and nutrition shakes, which she already takes.

D. Embryo Carrier will do everything reasonably appropriate for her good health and the good health of the fetus during pregnancy.

E. Embryo Carrier will not engage in any hazardous or inappropriate activity during the pregnancy.

F. Embryo Carrier will not travel outside of Utah, Nevada, California for work only and the Parent's state if the Intended parents request it after second trimester of pregnancy, except in the event of extreme illness or death in the family (with doctors approval).

## VII. IVF Procedures

It is the parties' intention to do the following:

A. Try the number of cycles recommended by the Responsible Physician, but stop at any time that the physician recommends stopping

B. Transfer a maximum of 2 embryos per cycle for the first 2 cycles. If after the first 2 cycles there is not an implanted fetus there can be an increase to 3 embryos.

## VIII. Early Termination of Agreement

Before Embryo Carrier becomes pregnant, the agreement may be terminated:

A. By Genetic Parents, if the Responsible Physician's opinion is that Embryo Carrier will not become pregnant within 8 cycles.

B. By Genetic Parents, if the Responsible Physician or counselor determines that Embryo Carrier is not a good candidate for carrying out this agreement.

C. By Genetic Parents or Embryo Carrier, if Embryo Carrier has not become pregnant after 8 cycles.

D. By Embryo Carrier, if the Responsible Physician determines that Genetic Parents are not good candidates for carrying out this agreement.

E. At the discretion of Genetic Parents or Embryo Carrier. In the event of early termination, Genetic Parents will be responsible for Embryo Carrier's costs incurred up to date of termination.

#### IX. Termination of Pregnancy.

The parties recognize that Embryo Carrier has the constitutional right to abort or not abort the pregnancy, however, the parties intend the following:

A. Genetic Parents and Embryo Carrier agree not to abort the pregnancy except to save the life of Embryo Carrier.

B. Genetic Parents and Embryo Carrier agree not to selectively reduce the number of fetuses in the case of a multiple pregnancy.

#### X. Birth

##### A. Location.

It is the intent of both parties that the Embryo carrier will have a water birth for the delivery of the baby either at home or at the Birthing center whichever is most appropriate at the time. OB, Dr. \_\_\_\_, of (clinic name), will oversee the pregnancy and potential birth if the Embryo Carrier cannot make it to California in time for the birth. It is the intention that the embryo carrier will travel to California and stay in California at 32 weeks for Multiples and 36 weeks for a single baby, prior to delivery and anytime that she is put on an expected long term bed rest that could

lead to delivery, at the expense of the Intended parents, with the ultimate intent to deliver in California at a home birth at the Intended Parent's home, with the assistance of a midwife.

#### B. Notice of Birth.

Embryo Carrier will notify Genetic Parents as soon as she goes into labor so that Genetic Parents can join her at the place of birth. Genetic Parents intend to be present during the delivery.

#### C. Responsibility for Child.

Genetic Parents shall be responsible for any children born, whether healthy or not. Embryo Carrier waives the right to make medical decisions regarding the child after birth.

#### D. Child Born with Severe Birth Defects

If the child is born with birth defects so serious that life sustaining equipment is required and physician recommends that the child not be placed on such equipment or not be resuscitated, Genetic Parents will make the decision. If Embryo Carrier disagrees then she will be responsible for the child from that time, and Genetic Parents will have no further responsibility.

#### E. Name.

Genetic Parents will name the child.

#### F. People Attending birth

The people that attend the birth are the choice of the Embryo Carrier. It is her intent that the Genetic Parents will attend the birth, midwife and her assistant's, her doula, and a birthing photographer.

#### XI. Relinquishment/Adoption.

Embryo Carrier will relinquish physical custody of the child to Genetic Parents upon birth. Embryo Carrier and Genetic Parents will cooperate in all proceedings for adoption of the child by Genetic Parents.

## XII. Paternity test.

Embryo Carrier, Embryo Carrier's Husband and Genetic Parents agree that the child will have paternity tests, if Genetic Parents request.

## XIII. After Birth Contact.

A. Embryo Carrier can see the child while in the hospital, but the child will be in the care of Genetic Parents from birth forward.

B. After Genetic Parents take the child from the hospital, Embryo Carrier. Genetic Parents will keep Embryo Carrier informed by sending a picture and a letter about the child's progress at least on an annual basis. Embryo Carrier agrees that she will be reasonably available if child has questions about his/her birth mother.

## XIV. Counseling

### A. Counseling Sessions

It is the parties' intention that Embryo Carrier will attend at least 1 counseling sessions per month with the Responsible Counselor in Utah during the pregnancy. It is also the parties' intention that Embryo Carrier will attend more counseling sessions if:

- (i) Embryo Carrier wants to attend the sessions;
- (ii) Genetic Parents want Embryo Carrier to attend the sessions; or
- (iii) Embryo Carrier's attendance is strongly recommended by the Responsible Counselor.

Embryo Carrier will use her reasonable efforts to attend the meetings, but will not be penalized for not attending if she does not feel well.

### B. Disagreements.

The parties intend that if they have disagreements among them that they are unable to resolve quickly or if there are issues that they want to bring up before a third party, that they will discuss the disagreements or issues in a conference call or meeting under the direction of the

Responsible Counselor. The parties acknowledge that the Responsible Counselor is very experienced in surrogacy matters and agree to be guided by her recommendations.

XV. Fees, Reimbursement, Insurance, and Other Expenses

A. Embryo Carrier's Fee

1. Genetic Parents agree to pay Embryo Carrier as compensation for services provided the sum of \$\_\_\_\_. The compensation shall be paid in 10 equal monthly installments, the first being paid after the pregnancy is confirmed.
2. In the case of a multiple pregnancy, Genetic Parents agree to pay Embryo Carrier a bonus fee of \$4,000 per additional child. Bonus fee will be added to the original fee of \$\_\_\_\_\_ and disbursed in equal monthly installments.
3. Escrow Account - Genetic Parents will open an escrow account and will place all fees in the account before IVF procedures begin. Genetic Parents' attorney will be authorized to disburse funds from the account per the payment schedule set out above (Section XV, Part A, Paragraph 1 and 2). All other Fee's as described in the remaining parts of this contract will be paid to the recipient of the fee within 2 weeks of the Genetic carrier reporting the expense with receipt (for reimbursement) or bill to the Genetic parents.
4. Embryo Carrier will receive the total fees set out above (Section XV, Part A, Paragraph 1 and 2), provided she carries the child(ren) at least 32 weeks for a single, 28 weeks if multiples.
5. In the event that a cesarean is ordered in either a single or multiple birth, Embryo Carrier will be paid an additional \$3000.
6. Genetic Parents will place \$5,000 in the aforementioned escrow account (v) to pay for any medical expenses not covered by insurance.
7. For a completed cycle that does not result in a pregnancy, Embryo Carrier will be paid a sum of \$1000.
8. Loss of any female reproductive organs is \$5000 paid at time of loss.
- 9.. Invasive procedures (each procedure is separate, regardless if they are performed on the same day) are to include amniocentesis (per sac), cerclage, CVS or ectopic pregnancy with or without

tubal removal, DNC undergoes or experiences a miscarriage with a clinical abortion), HSG, SIS, selective reduction, hysteroscopy, termination, abortion prior to 12 weeks are \$750. As well as any Post-partum Invasive procedures relating to the pregnancy and/or delivery are included up to eight (8) weeks after delivery or termination of pregnancy.

#### B. Termination of Pregnancy

1. If Embryo Carrier miscarries (through no fault of her own) or is advised by by the Responsible Physician that an abortion is necessary to save her own life, then the payment plan outlined in Section XV, Part A, will cease and all payments to date will belong to Embryo Carrier. Any outstanding uninsured or unreimbursed medical expenses will be the responsibility of the Genetic Parents.

2. If Embryo Carrier aborts the pregnancy when not directed to do so by the Responsible Physician and Genetic Parents, Genetic Parents will have no responsibility for surrogacy fee or expenses other than Embryo Carrier's expenses incurred to that date.

#### C. Insurance

1. Genetic Parents will be responsible for term life insurance for Embryo Carrier

2. The policy will be bought before the first IVF cycle and will remain in effect until 2 months after delivery or end of pregnancy. It will cost approximately \$500 premium for \$500,000 face amount of insurance. The beneficiaries will be Embryo Carrier's Children: (name beneficiaries) .

#### D. Counseling

1. Genetic Parents responsible for costs of psychological screening for Embryo Carrier.

2. Genetic Parents responsible for costs of counseling for Embryo Carrier.

3. Genetic Parents responsible for up to 5 counseling sessions for Embryo Carrier with the Responsible Counselor after the birth, if needed.

E. Medical Payments.

1. Genetic Parents responsible for the reasonable costs of medical screening for Embryo Carrier, Genetic Mother and Genetic Father.
2. Genetic Parents responsible for all medical costs related to conception, pregnancy and birth not covered by medical insurance. Including but not limited to, Fertility specialists, specialized physicians, Hospital stays, medical testing, Midwife, and chiropractic care.
3. If a medical specialist for high-risk pregnancy is recommended by the Responsible Physician and not covered by insurance, Genetic Parents will be responsible for all related costs.

F. Attorney's Fees.

Genetic Parents responsible for their Attorney's fee's and the Embryo Carrier's attorney's fees for all proceedings regarding the Surrogacy including but not limited to contract's, mediation, adoption and litigation.

G. Other Payments

1. Reimbursement for child care expenses related to Embryo Carrier's travels to doctor visits. (\$10/hr or \$75/day for overnight care)
2. Reimbursement for gas and travel expenses at \$.45 per mile for car, airline tickets, and hotel in connection with doctor, delivery, counseling visits or any other travel incurred due to the pregnancy.
3. Household helper: Genetic Parents will provide \$100 per week in the case of multiple pregnancy or high-risk pregnancy in which the Responsible physician requires Embryo Carrier to be on bed rest or drastically reduce her activity or Housekeeping allowance of \$50 every week beginning the 1<sup>st</sup> day of the third trimester of pregnancy ending 4 weeks after delivery of a child.

4. Maternity clothing allowance of \$500.00 is payable upon reaching 12 weeks gestation. An additional \$250 for multiples is allowed at 24 weeks gestation.

5. Stillborn

Genetic Parents will be responsible for any funeral or cremation expenses.

6. Genetic Parents are not responsible for any charges or costs unless provided for in this Agreement.

## XVI. Other Issues

### A. Publicity/Confidentiality.

1. Embryo Carrier will not disclose information about Genetic Parents or about this arrangement to the media unless Genetic Parents approve the disclosure.

2. Genetic Parents will not disclose information about Embryo Carrier or about this arrangement to the media unless Embryo Carrier approves the disclosure.

3. Both parties advance agree to allowing each other to write about their experience via twitter, Facebook, any social media site or any public blogging site as long as the other party keeps the confidentiality of the other party's name and identifying information. Unless the other party reveals themselves on that media as to whom they are. With the main intent of allowing both parties friends and family to be able to be supportive, stay in touch with and be educated on the entire process. All posts are to be positive in tone and never allowed to be demeaning, negative or slanderous in manner.

### B. Death of Genetic Mother or Genetic Father Precedes Birth of Child(ren)

1. If Genetic Father should die before child is born, the child shall be placed with Genetic Mother as the mother, and all terms of this Agreement continue.

2. If Genetic Mother should die before child is born, the child shall be placed with Genetic Father as the father, and all terms of this Agreement continue.

3. If both Genetic Mother and Genetic Father should die before child is born, they have chosen \_\_\_\_\_ to be child's guardian and take custody at birth.

4. In the event of the death of both Genetic Mother and Genetic Father, \_\_\_\_\_ will be responsible for all expenses related to the surrogacy.

#### XVII. Arbitration

Any and all disputes relating to this Agreement or breach thereof shall be settled by arbitration in by \_\_\_\_\_ in accordance with then current rules of the American Arbitration Association, and judgment upon the award entered by the arbitrators may be entered in any Court having jurisdiction hereto. Costs of arbitration, including reasonable attorney's to the prevailing party by the Party designated by the Arbitrator or Court. Should one party either dismiss or abandon the claim or counterclaim before hearing thereon, the other Party shall be deemed the "Prevailing Party" pursuant to this Agreement. Should both parties receive judgment or award on their respective claims, the party in whose favor the larger judgment or award is rendered shall be deemed the "Prevailing Party" pursuant to this Agreement.

#### XVIII. SIGNATURES