



GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN ALTRUISTA EN CHILE: UN ABORDAJE SOCIO JURÍDICO.

Profesora guía:

Marcela Aedo Rivera

Tesistas:

Florencia Guerra Dubreuil

Almendra Morgado Martínez

Montserrat Villalonga Isla

Fecha de entrega final:

5 de enero, 2023

Tabla de contenido

Resumen.....	1
Abstract.....	1
Palabras claves.....	1
Metodología.....	1
Introducción.....	1
Apartados.....	2
1. Gestación por Sustitución. Delimitación conceptual, terminología y modalidades.	2
2. Gestación por sustitución y técnicas de reproducción asistida.....	5
3. Gestación por sustitución como problema social.....	7
4. Regulación legal, opiniones de expertos y jurisprudencia de la gestación por sustitución ...	9
a) Normativa del Código Civil Chileno que requiere atención frente al análisis de la gestación por sustitución.....	9
b) Regulación legal de las técnicas de reproducción asistida.....	11
c) Opiniones de especialistas en la materia.....	14
d) Análisis de jurisprudencia.....	17
5. Legislación actual sobre gestación por sustitución en el derecho comparado.....	20
6. Problemas derivados de una posible regulación.....	26
7. Conclusiones a modo de propuesta.....	28
Bibliografía.....	30
Anexos.....	32
I. Entrevista a Experto Médico Nacional.....	32
II. Entrevista a Experta Académica Nacional en Derecho Civil.....	35

Resumen

La gestación por sustitución es un tema relevante debido a que no está regulado expresamente en Chile, por lo que surgen las dudas, por ejemplo, para personas homosexuales en el caso de que quieren ser madres y padres, o una mujer estéril, etc. El presente artículo pretende caracterizar una visión altruista sobre la gestación por sustitución, dar cuenta de opiniones sobre expertos nacionales en el tema, como también se habla en el derecho comparado a fin de demostrar que esto sí está sujeto a investigaciones, dejando finalmente claros los problemas que derivan de una posible regulación.

Abstract

Surrogacy is a relevant issue because it is not expressly regulated in Chile, so doubts arise, for example, for homosexual people in the event that they want to be mothers and fathers, or a sterile woman, etc. What this article refers to is being able to show an altruistic vision of surrogacy, giving an account of the opinions of national experts on the subject, as is also discussed in comparative law in order to demonstrate that this is subject to investigation, finally making clear the problems that derive from a possible regulation.

Palabras claves

Gestación por sustitución, gestación por subrogación, subrogación uterina, técnicas de reproducción asistida, altruista, infertilidad, salud sexual y reproductiva, socio-jurídico.

Metodología

La presente investigación tiene como objetivo realizar un análisis cualitativo mediante el estudio de bibliografía nacional e internacional acerca de todo lo atinente al tema de estudio, como también un exhaustivo análisis de legislación nacional, los proyectos de ley nacionales existentes y de derecho comparado.

Introducción

En esta investigación se abordará la gestación por sustitución en Chile en su modalidad altruista o también llamada solidaria, se partirá desde un análisis de las diversas problemáticas relacionadas que actualmente existen respecto a la infertilidad y la salud sexual y reproductiva, así se podrá abarcar el tema a estudiar desde lo más general a lo más particular, hasta llegar a las técnicas de reproducción asistida, donde se planteará una posible regulación de la gestación por sustitución altruista al recoger aspectos que consideramos relevantes desde legislaciones comparadas.

El objetivo principal de este proyecto es analizar la gestación por sustitución desde un enfoque socio-jurídico, dando una especial atención a las interrogantes que se presentan en la investigación, tales como ¿La infertilidad es un problema social en las parejas heterosexuales y homosexuales en Chile? ¿La salud sexual y reproductiva requiere una regulación normativa especial y protección legal más exhaustiva con real enfoque en los problemas derivados de la reproducción humana asistida?, preguntas que, a través de análisis, nos van a permitir desarrollar el enfoque principal de este proyecto ¿Es posible la regulación de la gestación por sustitución altruista en Chile?, interrogantes que serán desarrolladas a lo largo de esta tesina, de manera tal que se logre entender esta forma de procrear o reproducir asistidamente.

Apartados

1. Gestación por Sustitución. Delimitación conceptual, terminología y modalidades.

Como primera aproximación, es relevante mencionar un concepto básico sobre la gestación por sustitución a modo de definición. Por tanto, como premisa de esta investigación se indica que, “La gestación por sustitución o maternidad subrogada se define como la práctica por la que una mujer acepta portar en su vientre un niño por encargo de otra persona o de una pareja, con el compromiso de, una vez llevado a término el embarazo, entregar el recién nacido al comitente o comitentes, renunciando aquélla a la filiación que pudiera corresponderle sobre el hijo así gestado. Se trata de un procedimiento basado en técnicas de reproducción asistida tradicionales(...)”¹

Luego, es preciso señalar que existen distintos conceptos acerca de la modalidad de esta, que se mencionan en la literatura, tanto referido como gestación por subrogación del tipo altruista o solidaria. No obstante, para efectos de esta investigación haremos alusión indistintamente a estos conceptos, sin embargo, cabe mencionar a modo definición que: “es solidaria o altruista cuando existe vínculo familiar entre las partes, con entera independencia del juicio que a cada legislador merezca la práctica de la técnica de fertilización asistida, de fertilización in vitro, con transferencia embrionaria en una tercera persona”².

En este trabajo de investigación se hace referencia a esta técnica de reproducción asistida, específicamente como Gestación por Sustitución o Gestación Subrogada, como es denominada por la Organización Mundial de la Salud (OMS), a pesar de que la doctrina y ciertas

¹ Sánchez, Rafael. *Gestación por sustitución*, España. 2010. Recuperado de:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6709461> . Fecha de consulta: 28 de junio de 2022.

² Rincón, Provoste, Harboe y Pizarro. *Proyecto de Ley Boletín N°12.106-07 que modifica el Código Civil para determinar la identidad de niños y niñas nacidos en gestación subrogada*, Valparaíso, 2018. Recuperado de:

<https://www.bcn.cl/laborparlamentaria/wsgi/consulta/verParticipacion.py?idParticipacion=1756740>. Fecha de consulta: 27 de junio de 2022.

investigaciones denominan indistintamente este método como “*subrogación gestacional*”, “*maternidad subrogada*”, “*gestación por encargo*”, “*gestación por cuenta de otro*” o hasta “*vientre de alquiler*”, entre otros nombres que se emplean. Sin embargo, para efectos de esta tesina, consideramos que Gestación por Sustitución o Subrogada es el concepto óptimo, ya que este se radica en lo netamente fisiológico, como lo es la fase de gestación o embarazo, y lo desmarca de la vinculación socioemocional que supone la palabra maternidad. Ya que, además, el concepto de “*maternidad subrogada*” o “*maternidad sustitutiva*” para muchos no es correcto, puesto que no se da una sustitución de la maternidad, sino de la capacidad de gestar³.

A pesar de que no se subroga la maternidad, es usado este término, puesto que antes de los avances tecnológicos en técnicas de reproducción asistida, la concepción de la maternidad era un dogma incuestionable que se asentaba en una figura única, quien era madre, quien aportaba el material genético, llevaba a cabo el proceso de embarazo y finalmente desempeñaba la maternidad desde el punto de vista legal y social. Si bien, la única excepción a este concepto de “madre biológica” era la adopción, que permitía que una mujer se considerara la madre de un niño sin haber dado a luz, gracias a los progresos de las técnicas de reproducción asistida, el concepto de maternidad se ha tornado más complejo pudiendo diferenciar entre quien aporta la carga genética, es decir los óvulos, quien realiza la gestación y quien asume la responsabilidad legal, en atención a la filiación y a los cuidados correspondientes del menor⁴.

La gestación por sustitución es considerada una técnica de reproducción asistida, cuya característica principal es que la mujer quien accede a gestar el cigoto implantado no tendrá posteriormente la filiación del neonato, ya que serán los padres que previamente acordaron llevar a cabo esta gestación quienes detenten la denominación legal de padre o madre, en el caso de parejas heterosexuales.

Hasta el día de hoy, la gestación por sustitución es un tema sumamente complejo, puesto que plantea ciertas controversias, dado que rompe el sistema tradicional de formación de la familia, lo cual implica un debate ético y moral en muchos territorios. Dada esta complejidad, muchos países están en contra de su legalización, otros no la regulan y, algunos, la permiten, con más o menos requisitos o amplitud. La polémica de esta técnica de producción asistida proviene del recelo de muchos países al creer que la legalización de la gestación subrogada, supuestamente, supone una vulneración de la dignidad de la mujer, de los derechos humanos -sobre todo del neonato-, de la ética y de la moral⁵.

³ Sospedra, Fontana. *La Gestación Subrogada en España*, Revista Cuestiones de Interés Jurídico, Madrid, 2018. p.4

⁴ Ídem.

⁵ Mateo, Laura. *La Gestación en España: Situación Actual en España y en el Derecho Comparado*, Universitat Autònoma de Barcelona, 2020. pp.6-17. Disponible en: <http://idibe.org/wp-content/uploads/2018/07/CIJ-1.pdf>

En virtud de esta investigación, es de menester realizar ciertas aclaraciones conceptuales para el mejor entendimiento del lector, tales como⁶:

- Mujer gestante por sustitución: se entiende que es la mujer que consiente y acepta, mediante un contrato, someterse a esta técnica de reproducción. Puede ser que aporte su propio material genético o que reciba de otra persona.
- Progenitor o progenitores subrogantes/Padres por intención o concomitantes: Persona o personas que acceden a la paternidad o maternidad a partir de un contrato de gestación subrogada, aportando o no su propio material genético.
- Contrato de gestación por sustitución: Según la legislación comparada es un documento público donde una persona o pareja y una mujer pactan que ésta última será la gestante. En este contrato, se establecerán todos los derechos y obligaciones de ambas partes, de acuerdo con la ley correspondiente al país donde se celebre el contrato⁷.

A mayor abundamiento, la gestación por sustitución en su ejercicio se presenta bajo dos modalidades o clasificaciones, que dice relación con el carácter contractual que puede asumir esta, las cuales son de tipo comercial y altruista.

En cuanto a la modalidad comercial, esta es realizada bajo un contrato del tipo oneroso, donde las partes se comprometen a llevar a cabo esta gestación más un pago que va más allá de una compensación económica por los gastos médicos y recursos utilizados, sino que es una suma de dinero pactada por el “servicio” prestado⁸.

Respecto a la gestación por sustitución en su modalidad altruista, podemos decir que es aquella que es pactada con un fin totalmente gratuita y sin vistas de ningún tipo de enriquecimiento, sin perjuicio que según lo estudiado sobre este tema en el derecho comparado, hay países como Inglaterra, entre otros, donde se exige a los padres por intención que le retribuyan a la gestante los gastos médicos relacionados con los periodos prenatal e intraparto. No obstante, hay quienes aseguran que existe una tercera modalidad que es la de tipo familiar, donde la gestante pertenece a la familia de uno de los padres por intención, generalmente hasta el cuarto grado, como menciona el autor Cristóbal Santander en su investigación⁹. Sin embargo, para efectos de esta tesina, esta modalidad se entenderá comprendida en lo que respecta a la modalidad altruista de gestación por sustitución.

⁶ Ídem, p.7.

⁷ Ídem.

⁸ Santander, Cristóbal. *Maternidad Subrogada: Entre la verdad biológica y la voluntad procreacional*, VIII Congreso Internacional de Derecho: Desafíos de Colombia y el Mundo, Universidad Simón Bolívar. Colombia, 2019. p.5)

⁹ Ídem.

En lo referente a este trabajo de investigación se seguirá la senda de estudio relacionada a la gestación por sustitución en su modalidad altruista, dado que su objetivo es un pacto más horizontal, en cuanto a que no existe una coacción monetaria de parte de los padres por intención, como si pudiese existir en la gestación por sustitución comercial, además que optar por una regulación de la gestación por sustitución altruista evitaría en gran medida la problemática del turismo reproductivo, tal como sucede en países como Tailandia. Con todo, cabe destacar que la modalidad altruista es la forma de regulación más tratada en el derecho comparado, puesto que ha sido adoptada en mayor proporción por los países en donde se regula la gestación por sustitución, dado que protege de mayor manera los derechos fundamentales de la gestante, dado que hay una exhaustiva normativa y requisitos para llevar a cabo a este procedimiento, en contraste a la regulación de gestación comercial, que es más laxa en aquellos aspectos¹⁰.

2. Gestación por sustitución y técnicas de reproducción asistida.

Como ya se mencionó, el término subrogación o sustitución uterina se aplica cuando la gestación se lleva a cabo por parte de otra mujer, la llamada madre portadora, subrogada o mujer gestante. En cambio, la mujer que presenta los problemas reproductivos y que no va a llevar a término el embarazo recibe el nombre de madre subrogante o madre por intención¹¹.

Para mayor abundamiento, para hablar de maternidad por sustitución altruista es totalmente necesario poner en la palestra de esta investigación las Técnicas De Reproducción Asistidas, a saber; inseminación artificial, inducción de la ovulación y fecundación in vitro, dado que las últimas décadas la medicina ha tenido una evolución exponencial acerca de esta área de estudio sobre la salud sexual y reproductiva.

Por medio de la utilización de gametos propios o previamente donados, en la actualidad las Técnicas De Reproducción Asistida (en adelante TRA) han de solucionar prácticamente todos los problemas de fertilidad: factores femeninos (anovulación, endometriosis, obstrucción tubárica, fallo ovárico, etc.), masculinos (oligoastenospermia, azoospermia, obstrucción de deferentes, factores genéticos etc.) y mixtos (una combinación de los anteriores)¹². No obstante, y hasta el momento, según lo que nos permite la ciencia, la única posibilidad para que una mujer sin útero -o con alguna patología que le impida concebir o llevar a puerto una gestación- pueda tener su propia descendencia genética, es mediante la maternidad por sustitución. Puesto que al elegir esta alternativa de someterse a una TRA para poder usar su propio gameto en el

¹⁰ Santander, Cristóbal. *Maternidad Subrogada: Entre la verdad biológica y la voluntad procreacional*, VIII Congreso Internacional de Derecho: Desafíos de Colombia y el Mundo, Universidad Simón Bolívar, Cucuta, 2019. p.6)

¹¹ Boada, Montserrat. Bonaventura, Coroleu. *Aspectos medicobiológicos de la subrogación uterina*, Revista Interrogantes de la Fundació Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, 2010. p. 13.

¹² Ibidem.

procedimiento y conjuntamente la utilización del útero de otra mujer, podrá llevar a cabo la gestación su propio hijo o hija.

Las indicaciones médicas para hacer empleo de esta técnica de maternidad por sustitución son: La ausencia de útero, la cual puede ser congénita (el síndrome de Rokitansky) o adquirida (histerectomía), también puede ser el caso de que el útero exista pero sea afuncional, como en la miomatosis múltiple, síndrome de Asherman severo o atrofia endometrial como consecuencia del tratamiento radioterápico¹³.

En el caso de un útero funcional pero que presenta un historial de fracasos reproductivos ligados a la infertilidad primaria o secundaria, a saber: fracasos repetidos de Fecundación in vitro o con historial de abortos espontáneos¹⁴.

Así también en la situación de mujeres con útero funcional pero donde es contraindicada la gestación por otras patologías prevalentes, por ejemplo es el caso de patologías endocrinas, cardíacas, inmunológicas, renales, oncológicas, para sólo nombrar algunas de ellas, puesto que es muy amplio¹⁵.

En cuanto a la clasificación de la gestación por sustitución dentro de las técnicas de reproducción asistida, esta se clasifica desde el punto de vista clínico dependiendo de la relación genética entre la gestante y el embrión. Por lo cual, existen dos tipos de subrogación dependiendo del vínculo genético entre gestante y embrión.¹⁶

La primera es llamada “**Total, Completa o Gestacional**”¹⁷, es aquella donde la gestante no tiene relación genética con el embrión, la cual se subclasifica en:

1. Ambos gametos son aportados por los padres concomitantes.
2. Solo uno de los padres concomitantes proporciona el material genético, mientras el otro gameto es de origen de una donación.
3. Ambos gametos proceden de donantes o bien, son embriones donados.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Sociedad Española de Fertilidad. *Guía Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad: Saber Más Sobre Fertilidad y Reproducción Asistida*. 2011, pp. 20-22

¹⁵ Sociedad Española de Fertilidad. *Guía Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad: Saber Más Sobre Fertilidad y Reproducción Asistida*. 2011, pp. 20-22.

¹⁶ Rodríguez, Rubí. *Subrogación uterina: aspectos médicos*. Revista Internacional de Éticas Aplicadas, Tenerife, 2018, pp 3-6.

¹⁷ Ídem.

Cabe destacar que en todos los casos mencionados precedentemente la gestante no aporta su material genético puesto que los gametos provienen de un tercero, el que puede ser un miembro de la pareja concomitante o un donante.

La segunda clasificación de la gestación por sustitución desde el punto de vista clínico es la denominada “Parcial”¹⁸, la cual se refiere a la existencia de un vínculo genético entre la gestante y el embrión, dado que es la misma gestante quien aporta su gameto femenino (óvulo) en este procedimiento.

La gestación por sustitución de tipo parcial se produce por vía de inseminación artificial, en la mayoría de los casos, o también por medio de fecundación in vitro, con aporte genético del padre por intención o procedente de un donante.

Sin embargo, cabe mencionar que la tendencia en el derecho comparado es evitar que la gestante sea quien también done los óvulos para este procedimiento¹⁹.

3. Gestación por sustitución como problema social

Es un hecho a saber que el concepto de familia ha ido cambiando conforme van pasando los años, y así también se han ido visibilizando las dificultades reproductivas de las personas y parejas, ya sea ligado a enfermedades o la genética. En este momento, respecto a los datos entregados por la Organización Mundial de la Salud (OMS), se estima que en el mundo hay unos 80 millones de parejas con problemas de fertilidad que les impiden procrear sus propios hijos²⁰. Es menester mencionar que la “infertilidad y esterilidad son patologías altamente prevalentes y tiene importantes implicancias psicológicas, económicas, demográficas y médicas”²¹. Se estima que afecta aproximadamente a un 8-15% de las personas en edad reproductiva, y globalmente a 70-180 millones de individuos²². La cual fue reconocida por la OMS como enfermedad recién el año 2009²³.

Así como parejas heterosexuales que tienen inconvenientes para concebir por diversos motivos como la infertilidad, la edad avanzada o por incompatibilidad con la salud de la persona

¹⁸ Ídem.

¹⁹ Rodríguez, Rubí. *Subrogación uterina: aspectos médicos*. Revista Internacional de Ética Aplicada, Tenerife, 2018, pp 5-8

²⁰ Valls-Llobet, Carme, *¿Es necesaria la subrogación de úteros?*, Revista Interrogantes de la Fundació Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, 2010, pp. 46-48.

²¹ Scarella, Aníbal., Guerra, Irene., Palacios, Claudia, *Implementación de Técnicas de Reproducción Asistida en el Centro de Reproducción Humana de la Universidad de Valparaíso: resultados del primer trienio (2015 – 2017)*. Revista chilena de obstetricia y ginecología, Editorial Permanyer, Valparaíso, ed.86 14-22.

²² Dides Castillo, Caudia. Fernández Zamorano, Constanza, et al. *Segundo Informe sobre salud sexual, salud reproductiva y Derechos Humanos en Chile*, Santiago de Chile, 2019.

²³ Zegers-Hochschild F, Adamson GD, de Mouzon J, Ishihara O, Mansour R, Nygren K, et al. *International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology*, Clasificación Internacional de Enfermedades Organización Mundial de la Salud, ed. 11, 2018.

gestante, como también existen parejas pertenecientes a la comunidad LGBTIQ+ que desean tener descendencia, como por ejemplo parejas homoparentales, lesbomaternales que no pueden considerar la vía de la inseminación artificial por diversos motivos, o bien, las personas solas que al igual que las parejas, tienen el mismo derecho de elegir esta opción para tener su descendencia.

Según el informe sobre Salud Sexual y Reproductiva de Miles Chile del año 2016, afirma que “la ausencia de legislación en relación a la reproducción asistida implica que su acceso es injusto. Como el Estado chileno no tiene los tratamientos y exámenes de infertilidad codificados, ni Fonasa (excepto los cupos del Programa Nacional de Fertilización Asistida), ni las Isapres lo cubren. Esto implica que la mayoría de las personas que pueden acceder a las TRA son personas con más recursos económicos, lo cual discrimina a un grupo importante de la población”²⁴.

En Chile no se ha realizado un estudio exhaustivo acerca de cuantas familias homoparentales y lesbomaternales existen hasta el año 2022, por si se cuenta con mediciones y encuestas que permiten establecer un número tentativo de la existencia de parejas del mismo sexo. “La encuesta Adimark, realizada en 2017 dio cuenta de que la población de lesbianas, gay y bisexuales alcanzaría el 10% de la población²⁵. Por otra parte, la encuesta Casen²⁶, indica que “en 2015 incluyó la orientación sexual, arrojó que 45.385 mujeres se identifican como lesbianas y 100.616 hombres como gay. De estos, el 5,6% se encuentra bajo el Acuerdo de Unión Civil y el 35,9% convive. La encuesta no exploró más a fondo en la conformación del hogar y la estructura familiar de las parejas que viven juntas, pero se puede inferir lógicamente que un número de estas puede tener hijos/as y formar de esta forma familias ensambladas, y así ser categorizadas como familias Homoparentales y Lesbomaternales”²⁷.

Por otro lado, el creciente aumento de parejas homoparentales y lesbomaternales que han formado familias o tienen el deseo de constituir una, es un tema sumamente relevante. Cabe destacar que desde el 10 de diciembre se publicó por el Diario Oficial la aprobación del Matrimonio Igualitario, lo que abre las puertas para una serie de asuntos respecto a temas de filiación. sin embargo, queda al debe esta ley respecto asuntos respecto a la adopción ya que la ley mencionada no modificó la Ley 19.620, y en cuanto a la reproducción asistida por vía de gestación por subrogación no ha habido proyectos de ley que la consideren, no obstante, a pesar

²⁴ Dides Castillo, Caudía. Fernández Zamorano, Constanza, et al. *Segundo Informe sobre salud sexual, salud reproductiva y derechos humanos en Chile*, Santiago de Chile, 2019, p.109.

²⁵ Movilh, *Informe anual de derechos humanos. Diversidad sexual y de género en Chile*, ed, XVI, Santiago de Chile, XVI, 2017.

²⁶ Encuesta Casen del Ministerio de Desarrollo Social. *Diversidad sexual síntesis de resultados*, Santiago de Chile, 2015.

Recuperado de:

http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/storage/docs/casen/2015/CASEN_2015_Resultados_Diversidad_Sexual_181_Q2016.pdf. Fecha de consulta: 20 de julio de 2022.

²⁷ Miles Chile. *Familia homoparental y lesbomaterna una realidad sin reconocimiento ni protección legal*, Santiago de Chile, 2019, pp. 81-82.

de no estar regulada, es un secreto a voces dentro de figuras del espectáculo que han optado por esta opción²⁸.

4. Regulación legal, opiniones de expertos y jurisprudencia de la gestación por sustitución.

Actualmente en Chile no existe una clara regulación respecto de la gestación por sustitución, por ello han surgido diversos debates en base a si se encuentra prohibida, es alegal o se permite²⁹, sumándole posturas intermedias influenciadas por legislación comparada³⁰, en vista a ello, para poder realizar un análisis más completo a la hora de ensayar una posible normativa, es necesario revisar algunos tópicos para comprender cómo en Chile se ha considerado o se ha tratado de regular esta técnica. Así, comenzamos mencionando aquellos artículos del Código Civil que son relevantes a considerar para comprender la materia; luego, vamos a revisar la acotada regulación legal sobre técnicas de reproducción asistida, incluyendo los proyectos de ley que han finalizado su tramitación en el Congreso, que demuestran algunas posturas de los legisladores sobre la regulación de la gestación por sustitución altruista como técnica de reproducción humana; luego, se hace mención a relevantes opiniones de dos especialistas de diferentes áreas a quienes pudimos entrevistar; y por último, revisaremos dos sentencias sobre la materia.

a) Normativa del Código Civil Chileno que requiere atención frente al análisis de la gestación por sustitución.

A modo de comprender claramente las consideraciones de la gestación por sustitución en el derecho chileno, es imprescindible que primero hagamos una breve revisión de la normativa señalada en el Código Civil respecto a la materia. Así en un primer momento, el centro de la discusión a este respecto es el artículo 182 del Código Civil, el cual señala:

“Art. 182. La filiación del hijo que nazca por la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida quedará determinada respecto de las dos personas que se hayan sometido a ellas.

No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta.”

Gracias a ley 19.585 del año 2021, que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación, el precedente artículo permite ampliar la filiación de los hijos nacidos por

²⁸ Noticias Canal Mega. *Juanito Yarur y su esposa muestran por primera vez a su hijo: "No había vivido nada igual"* Meganoticias, Santiago de Chile, 2020. Recuperado de <https://www.meganoticias.cl/tendencias/310284-juanito-yarur-pareja-padres-instagram-px09.html> . Fecha de consulta: 20 de Julio 2022.

²⁹ Cifuentes, Pamela., Guerra, Pedro., *Gestación por sustitución o maternidad subrogada Chile y su legislación comparada*, Valparaíso. 2019.

³⁰ Igareda, Noelia. *La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana*, Barcelona, 2018.

estas técnicas, entendiéndose en años anteriores, que la filiación de la madre siempre es determinada por el parto, incluso refiriéndose a ello las acciones que establece el Código Civil para determinar la filiación del niño o niña. Como señalamos, actualmente, la normativa permite una gama más amplia de utilización de técnicas de reproducción asistida al realizarse esta modificación.

Además del artículo anterior, también es relevante mencionar y analizar las implicancias del artículo 183 del Código Civil a este respecto, esto en razón de que con anterioridad a la ley 19.585 se establecía que la maternidad queda determinada por el parto³¹, por lo que se reducía considerablemente el campo de aplicación de las técnicas de reproducción asistida, pudiendo sólo determinarse la filiación deseada en los casos que la mujer que se realice la técnica sea aquella que luego tiene el parto. Como se menciona, esto fue modificado el año 2021, en donde se agrega un segundo inciso, señalando que *“En los demás casos la maternidad se determina por reconocimiento o sentencia firme en juicio de filiación, según lo disponen los artículos siguientes.”*, de esta forma, en concordancia con la ampliación del artículo 182 del Código Civil, se permite la determinación de la maternidad por otros medios además del parto.³²

Es importante mencionar un Dictamen emitido por la Superintendencia de Seguridad Social el 24 de enero del 2022 (Dictamen N° 8.519-2022), donde se señala lo siguiente:

“Que, en la especie, si bien en Chile no se encuentra regulado lo que se denomina maternidad subrogada o vientre de alquiler, no se debe perder de vista que lo que se debe proteger es el cuidado del menor.

Que, por otra parte, en la especie, el hijo de la recurrente fue inscrito en Ucrania como hijo de la interesada y en virtud de dicho documento debidamente traducido y legalizado, se procedió a la inscripción del menor como hijo de la interesada, en el registro de nacimiento que lleva el Registro Civil chileno.

*Que, por tanto, en la especie, la interesada, como madre del menor, tiene derecho a permiso postnatal, permiso postnatal parental y licencias médicas preventivas parentales.”*³³

El presente dictamen es la única normativa que hace referencia directa a la maternidad subrogada y le otorga a la madre por intención derechos que debe tener cualquier madre o padre, por lo que la reconoce, respecto a las licencias médicas y permisos postnatales, en igualdad de condiciones con aquellos padres que lo sean por otros medios.

³¹ Artículo 183 antes de la modificación realizada por la ley 19.585: *“La maternidad queda determinada legalmente por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil.”*

³² Historia de la Ley N° 19.585, Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, Mensaje en Sesión 25. Legislatura 326, Biblioteca Nacional del Congreso, Fecha 22 de julio, 1993.

³³ Dictamen N° 8.519-2022 emitido por la Superintendencia de Seguridad Social, 24 de enero del 2022.

b) Regulación legal de las técnicas de reproducción asistida.

Comenzaremos esta enunciación mencionando la regulación relativa a la fertilidad por ser una de las principales problemáticas sociales que llevan a las personas a la utilización de las técnicas de reproducción asistida³⁴, así la principal normativa en nuestro país sobre este tópico, la encontramos en la Ley 20.418 que fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad, donde en su artículo 1° señala que “Toda persona tiene derecho a recibir educación, información y orientación en materia de regulación de la fertilidad, en forma clara, comprensible, completa y, en su caso, confidencial.(...)” lo cual se complementa señalando en el inciso tercero, que este derecho de la libre educación, información y orientación debe considerar siempre las creencias o formación, además de las orientaciones personas en la vida afectiva y sexual. Además, cabe mencionar el artículo 3° de esta misma ley, en donde se señala el derecho a la confidencialidad y privacidad sobre sus opiniones y conductas sexuales, también el derecho a elegir los métodos o terapias que desee para la regulación o planificación de su vida sexual.

Esta ley está especialmente enfocada, como se señala en la historia de la ley, en “reconocer legalmente los derechos que las personas tienen en materia de regulación de su fertilidad y, como contrapartida, los deberes que pesan sobre el Estado en esta materia (...)”³⁵, de esta manera la Administración del Estado estaría facultada para desarrollar planes, programas o acciones con la finalidad de satisfacer los derechos mencionados, especialmente el facilitar el acceso a métodos de regulación de la fertilidad.

Otras normativas existentes en este ámbito son aquellas pertenecientes al derecho internacional, que a través del artículo 5 de la Constitución Política de la República se incorporan al sistema normativo de Chile. Derechos sumamente relevantes para el presente tema que estamos tratando son expresados principalmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos³⁶, el Pacto de Derecho Civiles y Políticos³⁷, la Convención sobre los Derechos del Niño³⁸, especialmente reconociendo el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad, el derecho a la salud, a la salud reproductiva y a la planificación familiar y el derecho a disfrutar del progreso científico y a dar consentimiento para la experimentación.³⁹

³⁴ Entrevista a experto médico nacional.

³⁵ Historia de la Ley N° 20.418 1. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, pp. 1.

³⁶ Universal Declaration of Human Rights. New York: United Nations; 1948

³⁷ ONU: Asamblea General. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966*, 16 Diciembre 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 999, p. 171

³⁸ ONU: Asamblea General. *Derechos del niño : Resolución aprobada por la Asamblea General, 7 Febrero 2014, A/RES/68/147*

³⁹ Center for reproductive rights. *Los derechos reproductivos son derechos humanos*, Reproductive rights ORG, Quinta edición.

A este respecto, podemos extraer que hay un especial enfoque en los métodos o terapias para la regulación de la fertilidad, tales como información y uso de anticonceptivos, los derechos reproductivos inherentes a cada persona y demás derechos referentes a la salud reproductiva. A pesar de lo nombrado, podemos identificar que no existe actualmente un desarrollo suficiente respecto de las técnicas de reproducción asistida, las cuales también tienen gran incidencia en la salud sexual y reproductiva, especialmente para aquellas personas que son infértiles, tienen enfermedades que dificultan la gestación, parejas homosexuales o incluso quienes quieran formar una familia sin una pareja.⁴⁰

Proyectos de ley tramitados a octubre del 2022

Es menester, para conocer y analizar los criterios que han tenido los legisladores respecto a las técnicas de reproducción humana y la gestación por sustitución, que mencionemos los proyectos de ley que han estado en tramitación hasta la fecha, encontrándose actualmente todos archivados.

Primero, el boletín 1026-07 del 06 de julio 1993 regula principios jurídicos y éticos de las técnicas de reproducción humana asistida y establece sanciones para los infractores de sus normas. Este primer proyecto de ley tenía como finalidad regular la aplicación de las técnicas de reproducción asistida a través de la prohibición de la gestación subrogada, la criopreservación de embriones, donación de gametos y la destrucción de embriones. En definitiva, sólo podían tener acceso a las técnicas de reproducción asistida solo parejas heterosexuales que hayan contraído matrimonio y no puedan tener hijos, excluyendo todo aquello que no se encuadre en estos requisitos, especialmente a las parejas homosexuales y heterosexuales fértiles.

En el artículo 21 n°6 de este proyecto de ley se establece una sanción para quien de cualquier forma tome parte en la ejecución de la *“utilización del vientre de una mujer para la gestación y/o posterior desarrollo en él de un embrión que será luego entregado, gratuita u onerosamente, a otra u otras personas, sea en calidad de tal o como un ser humano ya nacido”*. Además, en el artículo 14 se señalaba que *“es madre de un hijo aquella mujer que lo parió, y es padre el varón cuyos gametos participaron en la concepción de su vida.”* Siendo ambos artículos sumamente determinantes para la regulación de la gestación subrogada, prohibiendo totalmente su aplicación. El proyecto finalizó su tramitación el 22 de abril del 2002 y luego desarchivado el 08 de agosto de 2006 para tramitarse en conjunto con el proyecto de ley sobre reproducción humana asistida.

El Boletín 4346-11 de fecha 18 de julio de 2006, que versa sobre reproducción humana asistida. Este proyecto de ley busca prohibir la gestación por sustitución en su modalidad

⁴⁰ Scarella, Anibal; Pommer-Tellez, Ricardo. *Reproducción asistida: abriendo caminos para nuevas familias*, Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología, Valparaíso, Editorial Permanyer, 2021.

comercial de manera expresa. Así en el artículo 11 n°8 del proyecto se señala que será sancionado *“8) La mujer que se sometiére a la técnica con el propósito de que se desarrolle en su cuerpo un embrión que luego, como criatura nacida, sea entregada a título oneroso, a otra persona; así como aquél que la indujere directamente a consentir en ello y el que haya aceptado recibir el niño.”* Cabe destacar que al señalarse expresamente la prohibición de la gestación por subrogación en la modalidad comercial al señalar *“sea entregada a título oneroso”*, se presenta la posibilidad de excluir de la prohibición la modalidad altruista. Este proyecto fue archivado el 20 de agosto del año 2008, archivándose conjunto con el boletín N°1026-07 antes mencionado.

El Boletín 4573-11 de fecha 03 de octubre de 2006 que regula aplicación de técnicas de reproducción asistida. El proyecto trata de regular de manera general las técnicas de reproducción asistida, de manera amplia y genérica. A pesar de ello, el proyecto excluye la aplicación de las técnicas de reproducción asistida con fines alternativos, concepto que se viene desarrollando desde los proyectos anteriores, refiriéndose a la utilización de las técnicas cuando la persona tiene posibilidades de quedar embarazada de forma natural, por ello se entiende la prioridad que tienen los legisladores frente a la regulación de las técnicas reproductivas especialmente cuando las personas son infértiles o padezcan de enfermedades que les impidan gestar.

En razón de lo anterior, el artículo 4 del proyecto señala que *“serán beneficiarios de las técnicas de reproducción asistida una mujer o un hombre que presenten algún grado de infertilidad que hagan aconsejable su uso terapéutico con fines de procreación.”* Cabe mencionar que nuevamente los legisladores se inclinan por un modelo de carácter gratuito y altruista, tal como se señala en el artículo 6 del proyecto al indicar que *“el patrimonio genético y germinal del ser humano están fuera el comercio humano.”*

De manera más actual, el Senado ha presentado un proyecto de ley en el 2018 que regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida, Boletín N.º 11576-11⁴¹, así como también el Boletín N.º 12.106-07 que *“se funda en la urgente necesidad de modificar el Código Civil para determinar la identidad y, por ende la filiación, de los niños y niñas nacidos en gestación subrogada, ya sea solidaria o por encargo”*⁴²

Lo anterior se manifiesta porque el Código Civil en su artículo 182 indica que la filiación del hijo que nazca por la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida quedará determinada respecto de las dos personas que se hayan sometido a ellas, es decir, la madre y el padre del hijo concebido mediante dicha aplicación, filiación que se podrá impugnar.

⁴¹ Cáceres, Marcela. *Legislación comparada sobre gestación subrogada en el continente americano*, Valparaíso, 2018, p. 2.

⁴² Rincón, Provoste, Harboe y Pizarro. *Proyecto de Ley Boletín N°12.106-07 que modifica el Código Civil para determinar la identidad de niños y niñas nacidos en gestación subrogada*, Valparaíso, 2018, p. 1.

c) Opiniones de especialistas en la materia.

La gestación por sustitución en Chile, a pesar de ser una práctica que se lleva a cabo en la realidad actual de nuestro país, existen escasas opiniones doctrinarias al respecto, en razón de ello hemos optado por realizar entrevistas a dos expertos en diferentes áreas, un experto médico nacional especialista en medicina reproductiva y una experta académica nacional especialista en derecho civil y filiación, para poder enriquecer el debate a este respecto, por ello a continuación vamos a mencionar las posturas que nos han señalado.

En principio, nos gustaría mencionar sus **posturas generales** respecto de la gestación por sustitución, agregando también, en caso de que lo señalen, su postura respecto del altruismo. Como primera postura a mencionar, consideramos de suma importancia la opinión de experto médico nacional, quién posee una larga trayectoria en el área de salud reproductiva, nos señala que para poder llevar a cabo de la práctica:

“La gestación por sustitución tiene una complejidad, (...) cuando la persona se embaraza el riesgo de morir incrementa significativamente, se multiplica por diez o treinta, el riesgo de la mortalidad materna es más o menos 18 por cada 100.000 mujeres. Entonces a diferencia de otros tipos de donaciones o de actos altruistas, este sí tiene un riesgo incorporado para quien se somete a ese proceso, por tanto sería más parecido a, en vez de una donación de gametos, sería más parecido a una donación de un riñón de una persona viva, de la cual tiene que someterse a un acto que involucra un riesgo no menor, en este contexto es que la gestación por sustitución es descartada en muchos países que incluso tienen una legislación avanzada en el ámbito de la medicina reproductiva(...)

Dicho lo anterior, además se suma el hecho de que tiende a haber coerción entre las personas que podrían ser las candidatas a gestación por sustitución, por ejemplo, una persona con su hermana. (...). Es por esto que en general la donación de órganos, tejidos o gametos, una de las obligaciones en la mayoría de los mundos es que sea anónima, pero en este caso no puede haber un anonimato, porque la gestante debe tener un vínculo con la madre biológica. En este contexto se genera un doble efecto negativo: por un lado quien accede a ser la madre gestante o subrogante se expone a un riesgo incremental y por otro lado se pierde el anonimato, que es lo que blinda o protege de la coerción. Ahí están los dos problemas de la gestación por sustitución.

Entonces, cuando ustedes hablan de querer hacer una gestación por sustitución altruista, en la realidad no puede haber altruismo, porque esa teoría no funciona en ninguna parte del mundo, por lo que involucra para quien sea la gestante, siempre hay un costo asociado a la gestación, tanto un costo económico como de lucro cesante y de riesgos involucrados (...) (Experto médico nacional)

La postura de experta académica nacional especialista en derecho civil y filiación va direccionada a la situación legal actual de la gestación por sustitución y cómo incide la filiación en la materia. Expresa lo siguiente:

“Creo que no estamos en la mejor posición para dar una respuesta a las situaciones que se nos presentan en nuestra vida cotidiana en torno a las técnicas de reproducción humana asistida y en torno a la gestación por sustitución en particular como una técnica de reproducción humana asistida.”

“Cuando nosotros hablamos de la gestación por sustitución, hay que entender que es una técnica de reproducción humana asistida que se adscribe a un sistema superior, que es el de las técnicas de reproducción humana asistida, que tiene que ver con cuestiones relativas a la filiación de lo cual nosotros tenemos el artículo 182, tiene que ver con los derechos esenciales de las personas que intervienen en este proceso, desde el elemento central son las personas que nacen producto de estas técnicas de reproducción humana asistida, y en ese minuto se nos abre una compuerta muy relevante de temas, entre ellos el anonimato o no de la decisión de técnica legislativa que se va a adoptar,(...) la criopreservación de embriones, cuál es el destino de aquellos embriones. (...)”

“Esta cuestión está en el plano de la familia y particularmente en el plano de la filiación, cuando hablamos de filiación hay dos partes en la relación jurídica, el tema es que una de esas partes a lo menos durante 18 años va a ser menor de edad, por lo que tenemos que asegurarle protección legal. Pero después vienen otras cosas, porque en el fondo los diseños familiares son adoptados desde la adultez, ese niño no tenía idea donde se estaba desarrollando, entonces ¿hasta dónde puedo incidir y hasta dónde puedo llegar a extender esa intencionalidad de procreación?. Existe un derecho a procrear, yo creo que no. Yo tengo derecho a probar todas las vías por las cuales quiero procrear, pero no existe un derecho a ser padre o madre.”

“(...) Este no es un supuesto de doble maternidad, este es el supuesto de exclusión de una maternidad, pero en todo caso nos deja ver más alternativas, y en este caso nos deja ver la alternativa que puede ser determinada la maternidad en relación con una persona que no necesariamente haya parido a una criatura, como sería el caso de doble maternidad a través de técnica de reproducción humana asistida cuando es una de las mujeres de la pareja la que pare, y la otra puede participar, si utiliza el método podría participar, pero probablemente si no utiliza el método podría incluso ser enteramente ajena tanto genéticamente como biológicamente de la criatura que está naciendo.”(Experta académica nacional)

Luego, mencionar sus posturas respecto a la **posible regulación** de esta práctica, con sus diferentes matices sobre cómo podría ir desarrollándose en Chile y cuáles serían algunos requisitos que consideran indispensables.

En opinión del experto médico nacional, la gestación por subrogación no es un tema que necesite regulación de manera urgente, ello en razón de que existen otros temas a legislar en la salud reproductiva que podrían ser mucho más enriquecedores, así a pesar de ser un tema controversial, hay otros con mayor urgencia. Señala lo siguiente:

“En mi opinión hay muchas otras cosas en las cuales avanzar, Chile necesita una ley de reproducción asistida antes que una ley de gestación subrogada, ¿qué pasa con la donación de espermios, con la congelación de los embriones, si esos embriones se pueden eliminar o no, después de cuánto tiempo? Lo que les menciono es una línea que podría ser mucho más enriquecedora y menos controversial, que hacer una ley de gestación subrogada. Ahora, me considero una persona liberal, me gustaría que se legislara de todas las cosas que se puedan, pero si tuviera que colocar un orden de prelación se me ocurre que hay otras cosas en el ámbito de la medicina reproductiva que son más importantes.”(Experto médico nacional)

Además, nos menciona que, en caso de que se llegue a regular, el considera ciertos requisitos que debieran ser esenciales:

“Tiene que existir una imposibilidad absoluta de que la madre pueda gestar, la madre biológica, tendría que ser la primera condicionante, que tenga una agenesia del útero o una alteración comprobada y certificada de que no pueda gestar, porque sino sería muy fácil traspasar la responsabilidad a un tercero (...)”

Dicho esto, yo no estoy en total de acuerdo con el altruismo en la gestación, porque alguien tiene que cargar con la responsabilidad, y yo prefiero que quien deba cargar con ella si tenga un resguardo del punto de vista económico y del punto de vista de los seguros para ese acto que es riesgoso.”(Experto médico nacional)

Con una opinión diversa a la anterior, la experta académica nacional menciona la necesidad de regulación, e incluso agrega su postura sobre cómo esta debería desarrollarse, en especial atención los derechos esenciales de las personas, requiriendo que esta práctica sea heteróloga y destacando la problemática ligada a la criopreservación de embriones. Respecto al desarrollo de una legislación al respecto señala lo siguiente:

“La aproximación tiene que ser a través de un reconocimiento legal, esta no es una materia que pueda quedar entregada a la voluntad de las partes y de la autonomía privada porque es una materia que incide en la conformación, determinación de la filiación y conformación de las familias, que son normas fundantes en los sistemas sociales. “

“Creo que lo ideal sería que fuera completamente heteróloga en el sentido de que la mujer gestante no aporte su material genético. Entonces el material genético puede provenir del padre y de la madre, de los progenitores intencionales o que incluso pudiera venir de terceros, pero que no los aporte quien es la gestante. Ahí hay todo un tema, ¿si es material genético de esos progenitores que lo han decidido, podría llegar a ser que se criopreserven y después se utilicen?, si es posible, ¿hasta cuándo sería posible utilizarlos, como se deberían utilizar?, dentro de eso como una variante bastante particular respecto de las técnicas de reproducción humana asistida, tendría que ser tratado el tema de la gestación por sustitución en el sentido de que aquí tiene que haber una regulación base, una estructura base que resguarde los derechos esenciales de las personas.”

“Aquí necesariamente pasa por un acuerdo previo y el acuerdo que le vamos a dar al acuerdo previo, lo peor es no decir nada, hay legislaciones que derechamente prohíben la gestación por sustitución o se pronuncian acerca de la nulidad del derecho público del pacto que le podría servir de antecedente como España.”(Experta académica nacional)

A modo de comentario final que consideramos relevante para el presente debate y análisis de la gestación por sustitución desde la perspectiva de especialistas, la experta académica nacional señala las siguientes apreciaciones:

“(...) Nosotros estamos en la peor situación, porque nunca se ha hablado, nunca se ha socializado consensualmente, formalmente, en el fondo no tenemos nada, no sabemos para dónde vamos y eso provoca una incerteza jurídica. Ahora el tema es que en estas materias está comprobado que si yo digo que no dentro de mi sistema y lo prohíbo, no me asegura nada porque ya ven el grave problema que hay en España que en el fondo lo han tenido que resolver por la vía administrativa y que además engendra una desigualdad ante la ley, porque lo que reclama todo el mundo en España es que como puede ser que efectivamente yo pueda llegar a buen puerto por una gestación por sustitución que realiza en el extranjero y respecto de la que haga aquí

eventualmente dentro del territorio no tenga ninguna salida en circunstancias de que el niño está vivo, niños a los cuales se les niega todos sus derechos esenciales.”(Experta académica nacional)

Además de lo anterior, nos entrega como punto importante a considerar una apreciación del tema desde la psicología, tanto de la mujer gestante, como de la relación de la hija o hijo con su madre por intención.

Conversando con una psicóloga chilena que vive hace muchos años en España, le planteé que me contara desde el punto de vista psicológico, porque ella está especialmente dedicada a trabajar el apego entre madres parturientas e hijos e hijas, que opinaba sobre la gestación por sustitución (...). Ahí me genero muchas dudas y mucho interés porque en el fondo hay procesos neuronales que no se activan con cualquier persona, sino por regla general, se activan con la persona que te gestó, que es la misma con la que tú estás vinculado durante nueve meses, pero después las unas desde fuera, no desde dentro, y por eso solo se gatillan con ella. A diferencia de la crianza porque ésta se gatilla, se crea y crece con independencia de confort, apego, no se da la persona que nos gestó o no, son procesos distintos. Entonces, igual ahí eso es un tema súper relevante en cuanto a cómo te vas a plantear frente a la gestación por sustitución, porque en el fondo depende de la postura que sigas.”(Experta académica nacional)

En definitiva, luego de realizar las entrevistas con ambos especialistas, podemos notar la gran cantidad de aristas diversas que convergen en el tema, tanto así que incluso se incluyen apreciaciones psicológicas interesantes, nuevas problemáticas surgen, y nos encontramos ante algunas opiniones dispares dependiendo del área en que se desarrollan. Por lo anterior, a pesar de que no existe gran opinión doctrinaria, gracias a la información que recabamos, podemos considerar como criterio importante a la hora de tratar de unificar y complementar las diversas posturas, la tendencia a cuestionar la práctica en su modalidad altruista por la posible coerción o problemáticas derivadas a la gestación, considerando las distintas extensiones de lo que esto pudiera significar, además de la importancia de resguardar el bien superior del niño y la necesaria certeza jurídica al respecto, tanto para prohibirse la práctica, como para permitirse.

d) Análisis de jurisprudencia.

Actualmente existen un número muy reducido de sentencias que tratan sobre la gestación subrogada, por ello a las que se puede tener acceso son aún más reducida cantidad debido a que las materias de familia son procedimientos reservados. Revisadas las fuentes de búsqueda de jurisprudencia no pudimos encontrar ninguna sentencia que tratara del tema, no obstante, logramos obtener referencias a dos de ellas que se encuentran actualmente **públicas**, una gracias a que fue puesta a disposición del Congreso Nacional para la tramitación de un proyecto, y la segunda debido a que dio lugar al Dictamen N°8519-2022 de la Superintendencia de Seguridad Social. En la búsqueda e investigación, ambas sentencias que encontramos son referentes a la problemática que surge de la filiación de los menores nacidos a través de esta práctica, con especial énfasis en la voluntad procreacional y el derecho a la identidad del niño. Vamos a mencionar y analizar aquellas causas.

Antes de comenzar el análisis, nos gustaría destacar lo mencionado por experta académica nacional especialista en derecho civil y filiación, a la cual entrevistamos sobre este tema e hicimos mención anteriormente, quien nos indica a grandes rasgos cómo las madres de intención han actuado legalmente y fundamentado las acciones para lograr el reconocimiento de su hija o hijo. Señala lo siguiente:

“En Chile hay 5 sentencias, todas pronunciadas por tribunales de familia de Santiago respecto de la determinación de la maternidad en la gestación por sustitución.(...) Lo que se utilizó fue una parte de la disposición del Código Civil que autoriza para que la maternidad sea determinada judicialmente.”

“Entonces, la madre de intención demanda reclamando la filiación a la madre determinada por el parto e impugnando esa filiación y reclamándola para sí, ¿En qué se apoyan y fundamentan? fundamentalmente en el bloque de convencionalidad y de constitucionalidad a través del inciso segundo del artículo 5 de la Constitución actual, ese era uno de los fundamentos y otro gravitante era el derecho a la identidad de ese niño nacido.

En ciertos casos era identidad genética, identidad en su faz dinámica, en su vertiente genética, porque la madre de intención, que además podía ser la madre genética, estaba ejerciendo funciones parentales relevantes, ahí entra un supuesto en que no se va a dar la identidad estática genética, pero siempre la identidad dinámica sobre la base del ejercicio de funciones parentales por estas madres, teniendo como centro la identidad del hijo. Estas demandas fueron resueltas favorablemente en primera instancia, entonces se hacen unos órdenes que pueden llegar a ser criticados, se critican por cuestiones técnicas, jurídicas, civiles, de fondo, primero porque aquí no hay legítimo contradictorio, porque aquí están todos de acuerdo, entonces en el procedimiento la demandante está de acuerdo con la demandada y está de acuerdo con el padre, por lo tanto en teoría no hay legítimo contradictorio.”(Experta académica nacional)

Vamos a comenzar revisando la causa **RIT C-4907-2018**, la cual tiene carácter de reservada, pero fue otorgada a disposición del Congreso Nacional para dar contexto a la tramitación del proyecto de ley boletín N°12.106-07. En base a los hechos reproducidos en la minuta vamos a analizar el caso.⁴³

En la presente causa se demanda impugnación y reclamación de maternidad para que se establezca que el niño nacido por gestación subrogada sea establecido como hijo de la demandante. En los hechos, mencionando aquellos relevantes para el tema en cuestión, se establece que la madre por intención tiene infertilidad secundaria por un embarazo patológico ocurrido el año 2013, producto del cual se produjo un aborto espontáneo que generó que su útero dejara de funcionar, por la situación anterior la madre por intención y su pareja decidieron someterse a un proceso de fertilización in vitro e implantar el embrión en un vientre subrogado mediante un acuerdo previo gratuito. De este procedimiento la madre subrogante dio a luz al

⁴³ Minuta: jurisprudencia nacional relevante en materia de gestación subrogada. Boletín n°12.106-07. Abril 2019 / CPBR.

niño en junio de 2018, siendo aquel hijo biológico de la madre por intención. El Tribunal reflexiona señalando lo siguiente en la sentencia del caso:

“Así, como la filiación materna que actualmente detenta el niño se basa en la determinación legal operada a instancias del Registro Civil, conforme a lo dispuesto en el artículo 183 del Código Civil, no obstante puede ser derrotada por el establecimiento de la verdadera filiación basada en la realidad genética, segura y exacta, que se impone a la primera, con lo que ha adquirido consistencia y credibilidad la versión de la parte demandante en cuanto al por qué de la situación actual generada en el procedimiento de fertilización utilizado y en el implante del embrión en el útero de la demandada, todo mediado por un acuerdo sin pago y fundado en los sentimientos de solidaridad y amistad entre las partes.

De esta manera, si por verdad entendemos la correspondencia de las aseveraciones sobre hechos con la realidad, entonces aparece justificada la pretensión de la actora, porque así se pudo establecer a partir de las conclusiones del análisis de ADN. Esta es una realidad objetivada, y por lo tanto es verdadera la aseveración fáctica de la pretensión.”⁴⁴

En definitiva, justifica su decisión en la base de la realidad genética, tomando en especial considerar el análisis de ADN solicitado como prueba, así entendiéndose que la realidad biológica tendría mayor peso en la determinación de la maternidad, por sobre la determinación legal realizada ante el Registro Civil.

Una **segunda sentencia** que trata sobre la gestación por sustitución tiene relación con las licencias que son otorgadas a madres gestantes y la discusión sobre si también debiesen ser otorgadas a madres por intención. A este respecto, la interesada recurre ante la Superintendencia de Seguridad Social debido a que la ISAPRE a la cual está afiliada no le paga el subsidio por incapacidad laboral, el subsidio por periodo de permiso postnatal parental ni licencia médica preventiva parental, todo ello en razón de que ella es madre por intención y no gestó a su hijo, incluso con la filiación determinada de su hijo respecto de ella. En el caso en cuestión, la interesada realizó la técnica de reproducción asistida fuera del país, específicamente en Ucrania, al ser en este país una práctica regulada, luego de recibir al niño la madre de interés vuelve a Chile y legaliza el certificado de nacimiento otorgado por el Estado Ucraniano a través del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, por lo que su situación frente a la filiación de su hijo se puede considerar como legal.

Esta situación dio lugar a la creación del **Dictamen N°8519-2022** emitido por la Superintendencia de Seguridad Social, del cual ya hicimos referencia en puntos anteriores, donde se señala que a pesar de que en Chile no se encuentra regulada la gestación por sustitución, debe siempre considerarse en primera instancia la protección y cuidado del menor, por lo que la madre

⁴⁴ Sentencia Segundo Juzgado de Familia de Santiago, RIT C-4907-2018, considerando quinto.

al tener inscrito en Chile al niño como su hijo, tiene derecho a permiso postnatal, permiso postnatal parental y licencias médicas preventivas parentales.⁴⁵ Así, a través de este dictamen, se permite que las madres por intención tengan acceso a licencias médicas que generalmente sólo son otorgadas en favor de las madres gestantes.

En definitiva, si consideramos ambas causas, es complejo definir un criterio específico al tratarse de conflictos diversos frente a la gestación por subrogación, a pesar de ello, podemos ensayar una conclusión señalando que la determinación legal de la filiación, en principio, es un factor relevante y determinante, pero siempre que ésta determinación no sea contradictoria con la verdad biológica, por lo que frente a un caso dónde la verdad biológica es diversa de la determinación legal, para los tribunales primaría la verdad biológica. Cabe señalar que lo anterior incluye ciertas excepciones, tales como la adopción o la posesión notoria de la calidad de hijo.

5. Legislación actual sobre gestación por sustitución en el derecho comparado.

En primer lugar, para poder entender la gestación por sustitución, es menester precisar que se debe mirar hacia el derecho comparado, esto es, partir primero con el estudio de las legislaciones extranjeras que regulan este tema. Sin embargo, hay que tener presente que “cada país ha legislado en base a su realidad social y convencimientos éticos.”⁴⁶

Con lo anterior, hay países en donde se prohíbe cualquier tipo de gestación por sustitución, como es el caso de, por ejemplo, Alemania, España y Francia. Hay otros países como Canadá, Australia, Portugal, Uruguay, Países Bajos y Estados Unidos en sus estados Michigan y Nueva York, en donde se acepta solo la gestación por sustitución altruista. Y por último, países donde se permite la gestación por sustitución con fines comerciales, California y Nueva Jersey en Estados Unidos⁴⁷.

A propósito del altruismo, y la experiencia comparada, el médico entrevistado señala:

“(…) cuando se habla de querer hacer una gestación por sustitución altruista, en la realidad no puede haber altruismo, porque esa teoría no funciona en ninguna parte del mundo, por lo que involucra para quien sea la gestante, siempre hay un costo asociado a la gestación, tanto un costo económico como de lucro cesante y de riesgos involucrados. Por tanto, los países que tienen gestación por sustitución siempre se asocia un pago a quien sea la gestante, por ejemplo Canadá, se entiende que se permite que haya gestación por sustitución, pero tiene que ser un familiar, siempre va a estar vinculado desde el punto vista afectivo y por tanto eso ya no es altruista. Un ejemplo sería que una mujer que no pueda tener hijos le pide a su hermana que sea madre

⁴⁵ Dictamen N°8519-2022 Superintendencia de Seguridad social

⁴⁶ Cifuentes, Pamela; Guerra, Pedro, *Gestación por sustitución o maternidad subrogada Chile y su legislación comparada*, Valparaíso, 2019, p. 1.

⁴⁷ Cifuentes, Pamela; Guerra, Pedro, *Gestación por sustitución o maternidad subrogada Chile y su legislación comparada*, Valparaíso, 2019, pp. 18-33.

gestante, eso ya no es altruista porque ya hay una afección que rompe el altruismo, que debería ser libre de cualquier objeto o ganancial” (Experto médico nacional).

Por otro lado, mirando con más profundidad el continente americano, más cercano a nuestro país en América Latina, hay países como Argentina, Brasil, Colombia, Uruguay y México, en los cuales no existe una regulación sobre la gestación por sustitución pero sí se han presentado diversas iniciativas legislativas, o también llamados proyectos de ley, para regular este tema, al igual que en Chile⁴⁸. Hay que precisar que en estos países, como no está regulado, no tiene mayores sanciones pero sí parámetros, como por ejemplo en Brasil, que no está regulado pero sí exige que no haya intenciones mercantiles⁴⁹, al igual que en Colombia donde la gestación por sustitución con fines lucrativos se consideraría una categoría de trata de personas y explotación de la mujer⁵⁰.

En el caso de Perú, según el diario peruano “El Comercio”, la normativa de dicho país: “el vientre de alquiler o la maternidad subrogada no está prohibida expresamente. La Ley General de Salud establece que toda persona tiene derecho a recurrir a un tratamiento de fertilidad, pero solo si la condición de madre genética y de madre gestante recae sobre la misma mujer. Es decir, se entiende que una tercera persona no podrá participar en la fecundación (donando su óvulo, por ejemplo) o gestar el embrión de una pareja. Sin embargo, el Código Penal no sanciona este tipo de prácticas. Según varios especialistas, estos vacíos legales permitirían que en estos casos se cometan delitos como la falsificación de documentos, la estafa, el tráfico de menores o las extorsiones. Pese a ello, decenas de peruanas ofrecen su vientre en alquiler en Internet por montos que van desde S/.40 mil hasta S/.70 mil. Además del pago, la pareja contratante acuerda correr con todos los gastos de la madre subrogada durante su gestación (exámenes, ecografías, vitaminas, parto, etc.) y pagarle una pensión durante el embarazo, que usualmente bordea los S/.1.200 al mes.”⁵¹

Lo cierto es que “la regulación de la gestación por sustitución se caracteriza por su complejidad e inseguridad, pero sobre todo por su diversidad, puesto que cada país está regulando esta figura en base a su realidad social y, por ello, en algunos países hay una legalización más amplia; en otros menor, y en muchos otros países está totalmente prohibida.”⁵²

⁴⁸ Cáceres, Marcela, *Legislación comparada sobre gestación subrogada en el continente americano*, Valparaíso, 2018, p. 1.

⁴⁹ Ídem, p. 6.

⁵⁰ Ídem, p. 7.

⁵¹Diario el Comercio Perú. *Peruanas ofrecen alquilar su vientre a S/.70 mil en internet*. Lima. 2014. Recuperado de: <https://elcomercio.pe/lima/peruanas-ofrecen-alquilar-vientre-s-70-mil-internet-332746-noticia/>. Fecha de consulta: 18 de agosto de 2022.

⁵² Mateo, Laura, *La gestación subrogada. Situación actual en España y en el Derecho Comparado*, Barcelona, 2020, p.19.

Para mayor claridad, a continuación se presenta un cuadro comparativo⁵³ de la gestación por sustitución:

Países donde se prohíbe cualquier tipo de gestación por sustitución	Países donde se acepta solo la gestación por sustitución altruista	Países donde se acepta la gestación por sustitución con fines comerciales	Países donde se tolera ⁵⁴ la gestación por sustitución	Países donde no se regula (alegal) la gestación por sustitución
Alemania	Canadá	Estados Unidos (California y Nueva Jersey)	Bélgica	Chile
España	Australia	Ucrania		Argentina
Francia	Portugal	Federación Rusa		Colombia
China	Uruguay	India		Perú
Italia	Países Bajos	Tailandia		
Noruega	Estados Unidos (Michigan y Nueva York)	Nepal		
	Reino Unido	Camboya		
	Brasil	Kazajistán		
	Grecia	Corea del Sur		
	Sudáfrica			
	Dinamarca			

⁵³ Cuadro de elaboración propia en virtud de Bibliografía citada a la largo de esta tesina.

⁵⁴ El concepto “tolerar” se refiere a que se permite de facto lo que no está prohibido. Recuperado de: <https://babygest.com/es/gestacion-subrogada-en-belgica/#:~:text=En%20algunos%20pa%C3%ADses%20del%20continente,Grecia%2C%20Georgia%20y%20Reino%20Unido.> Fecha de consulta: 21 de noviembre de 2022.

Para comenzar con el análisis de la legislación actual de la gestación por sustitución en el derecho comparado, se pondrá énfasis a las legislaciones europeas, donde hay mayor regulación, tomando las palabras de Noelia Igareda, quien tiene dos artículos muy interesantes sobre la regulación en este tema que parece relevante mencionar para el desarrollo de este artículo, uno sobre la regulación actual del Reino Unido sobre la gestación altruista y otro artículo sobre los desafíos del derecho español sobre este tópico.

En España, la gestación por sustitución, al igual que en Chile, no está admitida en su ordenamiento jurídico, aunque existe una propuesta de ley para ser debatida en el Congreso de los Diputados que plantea admitir su modalidad altruista, esto por una razón principal llamada “turismo reproductivo” en Europa, que se ha implementado como fenómeno para que puedan acceder a la gestación por sustitución aquellos países en que esté prohibida⁵⁵.

El objetivo de Noelia, “es mostrar que a pesar de la diversidad legal en torno a la gestación por sustitución en Europa y los diferentes contextos sociales y culturales, existen argumentos comunes para legitimar y admitir la gestación por sustitución. (...) Por ello, se concluye, que lo más acertado es una regulación de la gestación por sustitución de carácter altruista, que aporte seguridad jurídica a las partes implicadas, preserve ante todo el interés superior del menor, y permita el reconocimiento de este acuerdo reproductivo de carácter colaborativo como una nueva forma de filiación.”⁵⁶.

Sin embargo, la situación actual en España es que se prohíbe la práctica de la gestación subrogada, dado que el artículo 221 del Código Penal español “castiga con penas de prisión de uno a cinco años y con inhabilitación especial para ejercer el derecho de la patria potestad, curatela, tutela o guarda por un tiempo de cuatro a diez años a todas aquellas personas que, a partir de una compensación económica y rehuendo de los procedimientos de guarda, acogimiento o adopción, entreguen a otra un hijo, ya sea descendiente o cualquier menor, sin necesidad que medie relación de filiación o parentesco.”⁵⁷.

Esto explica el por qué la utilización del llamado turismo reproductivo, debido a que el Ordenamiento Jurídico Español no castiga a aquellas personas que realicen gestación por sustitución en otros países donde sí esté permitido. España es uno de los países que más lo practica, muchos ciudadanos españoles viajan a otros países para poder acceder a la gestación por

⁵⁵ Igareda, Noelia, *La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana*, Barcelona, 2018, p. 3.

⁵⁶ Ídem, p. 4.

⁵⁷ Mateo, Laura, *La gestación subrogada. Situación actual en España y en el Derecho Comparado*, Barcelona, 2020, p.22.

sustitución porque sería la única oportunidad de poder tener un hijo o hija propio o propia, esto debido a que se observa una escasez de niños y niñas apto de ser adoptados en España.⁵⁸

Ahora bien, en otro artículo de Noelia Igareda, para entender la gestación por sustitución de carácter altruista, se tomará en cuenta la regulación del Reino Unido en donde está permitida y regulada desde 1985. “Aunque inicialmente la legislación estaba más orientada a desincentivar dicha práctica y a proteger a los menores involucrados, la experiencia de todos estos años ha sido positiva, e incluso se encuentran inmersos en un debate social y legal para reformar la ley, para cambiar y mejorar aquellos aspectos que han quedado obsoletos, o que han demostrado constituir un obstáculo para formar una familia y reconocer una nueva forma de filiación”⁵⁹.

En el Reino Unido, la gestación por sustitución es generalmente considerada como una técnica de reproducción humana asistida pero que cuenta con instrumento legal propio⁶⁰. La actual legislación en este país, como se mencionó anteriormente, tiene una mirada altruista, que según la Real Academia Española significa la diligencia en procurar el bien ajeno aun a costa del propio, o, el fenómeno por el que algunos genes o individuos de la misma especie benefician a otros a costa de sí mismos⁶¹. Es por ello que, la ley regula la gestación por sustitución de manera altruista, porque la gestación por sustitución comercial puede ser incluso constitutiva de delito⁶².

La gestación por sustitución es generalmente considerada como una técnica de reproducción humana asistida que tiene su propio instrumento legal (*Surrogacy Arrangements Act* de 1985), además de su regulación en la principal ley que regula las técnicas de reproducción humana asistida (*Human Fertilisation and Embryology Act 1990 (HFE Act)*, reformada en 2008).⁶³

En el caso de este país, “la gestación por sustitución puede ser completa cuando la gestante no aporta su propio material genético y embrión es concebido con material genético de los padres de intención, de uno de los padres de intención y un donante o de material genético de donantes. Es parcial cuando la gestante aporta su propio óvulo, y el semen es del padre de intención o de un donante. El hecho de que la gestante aporte su propio óvulo suele convertir la gestación por sustitución en algo más problemático desde el punto de vista ético. En el Reino Unido ambas

⁵⁸ Igareda, Noelia, *La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana*, Barcelona, 2018, p. 3

⁵⁹ Igareda, Noelia, *La gestación por sustitución en el Reino Unido: una oportunidad para el debate de su regulación en España*, Barcelona, 2020, p. 1.

⁶⁰ Ídem, p. 3.

⁶¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed. Recuperado de: <https://dle.rae.es> . Fecha de consulta: 05 de julio de 2022

⁶² Igareda, Noelia, *La gestación por sustitución en el Reino Unido: una oportunidad para el debate de su regulación en España*, Barcelona, 2020, p. 5.

⁶³ Ídem, p.3.

formas de gestación por sustitución son admitidas, aunque en cualquier caso se exige que al menos uno de los padres de intención haya aportado su propio material genético”⁶⁴.

Con todo esto, en el derecho comparado hay muchos países que “todavía no saben cuál es la regulación adecuada, por eso, existen comités nacionales de bioética que han creado informes para orientar más sobre este tema. Ahora bien, hay una serie de elementos que todos los Estados que han legalizado la gestación subrogada han regulado de algún modo, ya sea de forma favorable, prohibitiva o de manera más o menos amplia.”⁶⁵

Según el Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, “la maternidad o gestación subrogada es uno de los temas éticos más controvertidos del momento por su carácter disruptivo sobre el modo en que la procreación humana, y las consecuentes relaciones de maternidad y filiación, han sido entendidas y reguladas hasta la actualidad”⁶⁶.

Es por esto que en este informe se analiza de manera crítica los argumentos favorables y contrarios a la gestación por sustitución que están teniendo una mayor repercusión en la opinión pública y en la doctrina jurídica⁶⁷, para lo cual, se abordan las reglas del debate bioético en la maternidad subrogada, las cuales se comprenden en tres que serán explicadas a continuación.

Para comenzar, están las pugnas terminológicas, en donde es común utilizar términos que ya contienen una valoración ética sobre la cuestión que se enuncia en los debates bioéticos, términos que sean claros en su significado y dentro de lo posible, neutrales en la valoración ética, porque va a depender del aspecto que se quiera destacar y sobre todo de esa valoración ética que se haga para recurrir a un término⁶⁸. Por tanto, para evitar que la pugna terminológica se convierta en una dificultad a la hora de llevar a cabo la reflexión ética, este informe recurre indistintamente a los términos “maternidad subrogada”, “gestación subrogada” o “gestación por sustitución”, términos que, aun siendo conscientes de que cada uno de ellos posee cierta carga valorativa, pueden contribuir a reforzar una u otra posición, entonces se prefiere dejar a un lado el debate terminológico y centrar la reflexión en el debate ético⁶⁹.

En segundo lugar, el recurso al sensacionalismo, en el cual se explica que la maternidad subrogada, a pesar de que es una práctica relativamente reciente y cuantitativamente poco

⁶⁴Ídem.

⁶⁵ Mateo, Laura, *La gestación subrogada. Situación actual en España y en el Derecho Comparado*, Barcelona, 2020, p.20.

⁶⁶ Miembros del Comité, *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, Bilbao, 2017, p. 2.

⁶⁷ Ídem, p. 4.

⁶⁸ Miembros del Comité, *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, Bilbao, 2017, p. 9.

⁶⁹ Idem, p. 10.

significativa, ha suscitado una enorme atención en todo el mundo, por lo que supone una auténtica revolución en el modo de entender la relación entre gestación y maternidad, y el gran impacto sobre las personas que son afectadas directamente, tales como, el hijo, la gestante y los comitentes⁷⁰.

Y por último, la descalificación ideológica, entendiendo que “cuando existe mayor interés en imponer el propio punto de vista que en buscar el acierto del juicio ético es frecuente recurrir a la descalificación del interlocutor que disiente de lo que decimos.”⁷¹

Es por esto que al momento de tener que valorar de manera ética la maternidad subrogada, sucede que muchos de sus partidarios descalifican a sus opositores de manera tal que los acusan de imponer su visión religiosa a quienes no piensan como ellos, o bien de defender un feminismo trasnochado que ya no defienden ni la mayoría de las mujeres. Por el contrario, los que rechazan esta práctica es habitual que tiendan a desacreditar la posición contraria calificándola despectivamente como neoliberal y patriarcal.⁷²

6. Problemas derivados de una posible regulación.

Este último apartado se enfoca en dar importancia a la necesidad de una regulación para el caso de Chile, es decir, una regulación que sea más específica respecto a los tratamientos de reproducción asistida, especialmente la gestación por sustitución de modalidad altruista o solidaria, esto en consideración a las diversas problemáticas que surgen en base a la integración de estas técnicas al ordenamiento jurídico, principalmente respecto a las lagunas normativas presentes actualmente⁷³.

Es por esto que lo que se busca a través del planteamiento de una regulación es que cubra los puntos fundamentales necesarios para el desarrollo seguro de estas prácticas, ya que se tiene como finalidad principal el proteger y resguardar los derechos reproductivos de cada persona gestante sin importar el género con el que se definan o la orientación sexual que tengan, de igual forma, tal como nos indica la Experta académica nacional en Derecho Civil, se pretende evitar el mantener la actual incerteza jurídica en que actualmente los niños recién nacidos, gestados con estas técnicas, se encuentran respecto a su reconocimiento filiación y permitir que personas infértiles que no puedan ser padres o madres tengan la posibilidad de serlo.

⁷⁰ Idem, p.10.

⁷¹ Idem, p. 11.

⁷² Ídem.

⁷³ Barría, Olga, *Análisis de la regulación legal en Chile de la gestación por sustitución*, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Escuela de Derecho, Valdivia, 2016, p. 40.

En definitiva, la idea es ensayar una regulación sobre la gestación por sustitución en Chile en su modalidad altruista o solidaria como punto culmine de esta investigación, desarrollando todo el análisis en consonancia con el respeto e inclusión a disidencias y especialmente utilizando un enfoque de género.

Según la autora Noelia Igareda, las incertidumbres más fundamentales que se proponen en estos temas son las posibles consecuencias negativas que la gestación por sustitución puede llegar a tener tanto para las gestantes, como para los niños/as y la sociedad. Para esta autora existen tres problemas fundamentales.

El problema más frecuente es la posibilidad de que la gestante se niegue a entregar al neonato una vez que nazca -teniendo en cuenta que en los países donde se permite la modalidad altruista rara vez ocurre-, en donde “la solución legal dependerá en su caso de quién se considera madre legal de ese niño/a después del nacimiento. Si se considera la gestante como madre legal hasta que el juez transfiere la maternidad, y para ello necesita el consentimiento libre de la gestante, en el supuesto que la gestante se negara, ella continuará siendo la madre legal del neonato. Si en cambio, la maternidad ha sido transferida a los padres comitentes tras el nacimiento, como por ejemplo en el caso griego, la gestante no podrá quedarse con el neonato y los padres legales podrán llevar a cabo todas las acciones legales para recuperar a su hijo/a.”⁷⁴.

Por otro lado, como una segunda preocupación es que a la hora de tomar decisiones estando en razón de un posible aborto, o sobre decisiones de procedimientos invasivos en el embarazo, “la solución legal a estas eventuales situaciones proviene del tratamiento legal que en ese ordenamiento jurídico se dé a la mujer embarazada. La gestante conserva sus derechos sexuales y reproductivos fundamentados en su derecho al libre desarrollo de la personalidad, su derecho a la integridad física y moral, que le permite en todo momento ser ella quien adopte libremente estas decisiones. Ni los padres comitentes, ni el contenido de los acuerdos de gestación por sustitución pueden limitar o alterar los derechos fundamentales de la gestante.”⁷⁵

Por último, está presente como una problemática en estos temas la situación en que los padres comitentes se niegan a aceptar al neonato que nace bajo la gestación por sustitución, que se separen durante el embarazo o que alguno de ellos fallezca en ese periodo. La respuesta legal viene dada por la consideración de madre o padre legal después del nacimiento en cada sistema legal. En el Reino Unido por ejemplo, si los padres comitentes se niegan a aceptar y cuidar del recién nacido, y no solicitan la transferencia de paternidad mediante la orden parental, en ese caso la madre legal de ese niño/a será la gestante. Por otro lado, en el caso de Grecia, si la madre

⁷⁴ Igareda, Noelia, *La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana*, Barcelona, 2018, p. 10.

⁷⁵ Ídem, p. 11.

comitente, quien pasa a ser la madre legal del niño/a, se niega luego del nacimiento, el neonato pasará en todo caso a la custodia del Estado.⁷⁶

7. Conclusiones a modo de propuesta.

A modo de conclusiones respecto a la investigación realizada, consideramos las siguientes:

1. La gestación por sustitución en su arista jurídica, debería ser un acuerdo reproductivo normado y protegido por la legislación nacional, con carácter colaborativo y altruista, por el que una persona, o pareja acuerda con la eventual gestante, llevar a cabo mediante una técnica de reproducción asistida, la gestación de un neonato que será hijo/a de los padres comitentes una vez nazca.
2. De acuerdo a la normativa comparada revisada, no consideramos que deba ser estrictamente heteróloga⁷⁷, pero tampoco consideramos como requisito la existencia de un vínculo genético en el gameto aportado, puesto que uno los padres por intención o ambos padres, pueden presentar alguna dificultad reproductiva, por lo cual negarles aquella posibilidad supondría un acto discriminatorio.
3. Asimismo, consideramos que dicho acuerdo reproductivo debería tener carácter altruista pero con total cobertura de los gastos médicos de la gestante, reconociendo, la filiación de los padres de intención desde el momento del nacimiento del hijo/a. El consentimiento de las partes debería prestarse antes de la transferencia del embrión con un contrato tipo estandarizado a nivel nacional.

Sobre el carácter altruista de este pacto de gestación por sustitución, es necesario especificar que no debería impedir la posible compensación por gastos razonables derivados del embarazo y parto a la gestante. Asimismo, en ningún caso el acuerdo entre las partes podrá limitar los derechos fundamentales de la gestante, quien, en todo momento, podrá tomar aquellas decisiones relativas a la interrupción del embarazo, conforme a la legislación vigente, u otros procedimientos médicos invasivos que necesiten de su consentimiento. De este modo, los padres concomitantes no pueden tener injerencia alguna sobre el cuerpo de la gestante ni el del producto de la concepción, sino hasta el momento de la filiación.

⁷⁶ Ídem.

⁷⁷ Santander, Cristóbal. *Maternidad Subrogada: Entre la verdad biológica y la voluntad procreacional*, VIII Congreso Internacional de Derecho: Desafíos de Colombia y el Mundo, Universidad Simón Bolívar. Colombia, 2019. p.12)

No obstante, hay opiniones divergentes en cuanto al tema del altruismo, ya que hay quienes derechamente niegan que pueda llevarse a cabo, tal como mencionamos en puntos anteriores señala el experto médico entrevistado, quien piensa que debido a los costos asociados, la coerción de parte de los familiares y la imposibilidad de que la madre por intención no conozca a la madre gestante, es ilusorio creer que el altruismo como tal podría funcionar.⁷⁸

4. En cuanto a la gestante, y en conformidad con los estudios y normativas revisadas, consideramos que con el fin de salvaguardar su salud, debiese ser mayor de edad, totalmente capaz de expresar su voluntad y que haya tenido al menos un embarazo previo que haya llegado a término, de no más de diez años y que no sufra ninguna enfermedad crónica incompatible con la gestación, como tampoco que haya tenido una morbilidad sobreviniente por causa de esto que pueda poner en riesgo su vida o la del producto de la concepción, tales como diabetes, preeclampsia o eclampsia. Así pues, consideramos que es menester que la gestante se practique exámenes previos para demostrar una condición óptima para llevar a cabo el proceso. Además deberá contar con apoyo y acompañamiento psicológico durante todo el proceso para evitar así una posible depresión post parto, la cual puede estar ligada a la gestación por sustitución o a factores externos.
5. Del mismo modo, sería igualmente necesario que los padres por intención asistan a charlas realizadas por psicólogos para guiarlos en el nuevo proceso de ser padres o de integrar un nuevo miembro a la familia si es que ya lo eran anteriormente, como también prepararlos para una eventual negativa de la gestante a entregar el recién nacido al momento del parto, dado que es una posibilidad que no se le puede negar a pesar de la existencia de un contrato.
6. La gestación por sustitución supondrá por tanto, el reconocimiento de una nueva forma de filiación donde primará dotar de consecuencias jurídicas a la voluntad procreacional, independientemente de la existencia o no de vínculo genético o biológico entre los padres de intención y el hijo/a. Por esto mismo, consideramos que es necesario crear una ley donde se pueda establecer la filiación del niño/a con la inscripción en el Registro Civil, junto con el último consentimiento de la gestante al entregar al recién nacido a los padres concomitantes, por lo cual esto también conlleva a una renovación administrativa de fichas clínicas a nivel nacional, para poder así agilizar el proceso de filiación, evitando así eventuales problemáticas.
7. Por último, estimamos que la gestación por sustitución debería ser regulada por una nueva ley, distinta a la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, aunque en su

⁷⁸ Entrevista a experto médico nacional, anexo.

realización implique el sometimiento a estas técnicas, declarando y regulando una nueva forma de filiación.

Bibliografía

- 1) Sánchez, Rafael (2010), *Gestación por sustitución*, Madrid.
- 2) Rincón, Provoste, Harboe y Pizarro (2018): *Proyecto de Ley Boletín Nº12.106-07 que modifica el Código Civil para determinar la identidad de niños y niñas nacidos en gestación subrogada*, Valparaíso.
- 3) Valls-Llobet, Carme (2010), *¿Es necesaria la subrogación de úteros?*, Revista Interrogantes de la Fundació Víctor Grífols i Lucas, Barcelona.
- 4) Sospedra, Alejandro (2018), *La Gestación Subrogada en España*, Revista Cuestiones de Interés Jurídico, Valencia.
- 5) Mateo, Laura (2020): *La gestación subrogada. Situación actual en España y en el Derecho Comparado*, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona.
- 6) Boada, Montserrat. Bonaventura, Coroleu (2010), *Aspectos medicobiológicos de la subrogación uterina*, Revista Interrogantes de la Fundació Víctor Grífols i Lucas, Barcelona.
- 7) Scarella Chamy, Aníbal, Guerra Juan, Irene, Palacios Jimenez, Claudia, Rojas Veliz, Karen, Ahumada Piña, Herman, & Picó, Verónica Chamy (2015-2017): *Implementación de Técnicas de Reproducción Asistida en el Centro de Reproducción Humana de la Universidad de Valparaíso: resultados del primer trienio*. Revista chilena de obstetricia y ginecología, Editorial Permanyer, Valparaíso.
- 8) Santander, Cristóbal (2019). *Maternidad Subrogada: Entre la verdad biológica y la voluntad procreacional*, VIII Congreso Internacional de Derecho: Desafíos de Colombia y el Mundo, Cucuta.
- 9) Rodríguez, Rubí (2018). *Subrogación uterina: Aspectos médicos*. Revista Internacional de Éticas Aplicadas, Tenerife.

- 10) Dides Castillo, Caudia. Fernández Zamorano, Constanza, et al. (2019): *Segundo Informe sobre salud sexual, salud reproductiva y derechos humanos en Chile*, Santiago de Chile.
- 11) Zegers-Hochschild F, Adamson GD, de Mouzon J, Ishihara O, Mansour R, Nygren K, et al. (2018): *International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology*, Clasificación Internacional de Enfermedades Organización Mundial de la Salud, ed. 11, 2018
- 12) Movilh (2017): *Informe anual de derechos humanos. Diversidad sexual y de género en Chile*, ed, XVI, Santiago de Chile, XVI.
- 13) Encuesta Casen Ministerio de Desarrollo Social (2015): *Diversidad sexual síntesis de resultados*, Santiago de Chile.
- 14) Miles Chile (2019): *Familia homoparental y lesbomaternal una realidad sin reconocimiento ni protección legal*, Santiago de Chile, 2019, pp. 81-82.
- 15) Noticia Canal Mega (2020): *Juanito Yarur y su esposo muestran por primera vez a su hijo: "No había vivido nada igual" - Meganoticias*, Santiago de Chile.
- 16) Cifuentes, Pamela; Guerra, Pedro (2019):, *Gestación por sustitución o maternidad subrogada Chile y su legislación comparada*, Valparaíso.
- 17) Cáceres, Marcela (2018): *Legislación comparada sobre gestación subrogada en el continente americano*, Valparaíso.
- 18) Igareda, Noelia (2018): *La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana*, Barcelona.
- 19) Igareda, Noelia (2020): *La gestación por sustitución en el Reino Unido: una oportunidad para el debate de su regulación en España*, Barcelona.
- 20) Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed.
- 21) Miembros del Comité (2017): *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, Bilbao. Disponible en: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf (fecha de consulta: 29.10.2022).

Anexos

I. Entrevista a Experto Médico Nacional (Cuenta con el respectivo consentimiento firmado)

- 1. ¿Considera necesaria la regulación de la gestación por sustitución? ¿Puede ser mejor mantenerla en el estado actual de ilegalidad? En caso de regular, ¿considera una regulación con los principios de la bioética o una regulación exhaustiva?**

Las leyes en Chile, no es que haya ilegalidad en relación a la gestación sustituida, porque la ley dice que la madre es quien tiene el parto y por tanto, esa ley por sí sola deja afuera la posibilidad de una gestación subrogada, por tanto no es que haya una ilegalidad, la ley excluye la posibilidad de hacer una gestación por sustitución, a mi parecer no hay una ilegalidad, la ley no lo admite.

La gestación por sustitución tiene una complejidad, que el riesgo de morir que uno tiene es de 1 en 100.000 o quizás de 1 en 1.000.000, la probabilidad de morir de uno es muy baja, pero cuando la persona se embaraza el riesgo de morir incrementa significativamente, se multiplica por diez o treinta, el riesgo de la mortalidad materna es más o menos 18 por cada 100.000 mujeres. Entonces a diferencia de otros tipos de donaciones o de actos altruistas, este si tiene un riesgo incorporado para quien se somete a ese proceso, por tanto sería más parecido a, en vez de una donación de gametos, sería más parecido a una donación de un riñón de una persona viva, de la cual tiene que someterse a un acto que involucra un riesgo no menor, en este contexto es que la gestación por sustitución es descartada en muchos países que incluso tienen una legislación avanzada en el ámbito de la medicina reproductiva, como por ejemplo España, que tiene la legislación más moderna o permisiva en este ámbito, pero no permite la gestación por sustitución por el riesgo que involucra quien porta a ese embrión o feto. Esa es la gran limitante que tiene la gestación por sustitución, quien se expone a todos los riesgos de la gestante no es la persona que va a ser la madre, y por tanto hay un traspaso de un riesgo a un tercero que no tiene por qué asumirlo, es traspasar a otra persona un objetivo trascendente para la vida de una persona en sí misma.

Dicho lo anterior, además se suma el hecho de que tiende a haber coerción entre las personas que podrían ser las candidatas a gestación por sustitución. Por ejemplo, una persona con su hermana, "yo no puedo ser mamá, sé tú mi subrogante" en ese caso es difícil decir que no, entonces tiende a haber coerción, es por esto que en general la donación de órganos, tejidos o gametos, una de las obligaciones en la mayoría de los mundos es que sea anónima, pero en este caso no puede haber un anonimato, porque la gestante debe tener un vínculo con la madre biológica. En este contexto se genera un doble efecto negativo: por un lado, quien accede a ser la madre gestante o subrogante se expone a un riesgo incremental y por otro lado se pierde el

anonimato, que es lo que blinda o protege de la coerción. Ahí están los dos problemas de la gestación por sustitución.

Entonces, cuando ustedes hablan de querer hacer una gestación por sustitución altruista, en la realidad no puede haber altruismo, porque esa teoría no funciona en ninguna parte del mundo, por lo que involucra para quien sea la gestante, siempre hay un costo asociado a la gestación, tanto un costo económico como de lucro cesante y de riesgos involucrados, por tanto los países que tienen gestación por sustitución siempre se asocia un pago a quien sea la gestante o, como por ejemplo Canadá, entiendo que permite que haya gestación por sustitución, pero tiene que ser un familiar, pero este siempre va a estar vinculado desde el punto vista afectivo y por tanto eso ya no es altruista, imaginen que alguien no puede tener un hijo y le pide a su hermana que sea madre gestante, ¿esto es altruista? no, porque ya hay una afección que rompe el altruismo, que debería ser libre de cualquier objeto o ganancial.

Creo que no hay una ilegalidad, la única salida legal es que en Chile la legislación permite regular la paternidad en virtud de un test de ADN, si se impugna la gestación de la mujer, puede el juez obligar al tercero involucrado que asuma esa paternidad con un test de ADN, podría darse la excepción constitucional de que un juez tome esta legislación que está diseñada para los hombres y que permita vincular a la madre genética con el hijo mediante un test de paternidad o maternidad, esto por ejemplo se hizo en Perú, donde la Corte Suprema acogió esta normativa que estaba diseñada para los hombres, para poder saber quién es el padre y darle las responsabilidades éticas, legales y económicas de la paternidad y tomó esta misma legislación y la aplicó a la mujer, de esa manera vulneró el principio de que la madre es la que tiene el parte, y esta ley la Corte Suprema la puso por sobre otra ley que regía el tema. (recomiendo revisar cómo legislación comparada)

En mi opinión hay muchas otras cosas en las cuales avanzar, Chile necesita una ley de reproducción asistida antes que una ley de gestación subrogada, ¿qué pasa con la donación de espermios, con la congelación de los embriones, si esos embriones se pueden eliminar o no, después de cuánto tiempo? Lo que les menciono es una línea que podría ser mucho más enriquecedora y menos controversial, que hacer una ley de gestación subrogada. Ahora, me considero una persona liberal, me gustaría que se legislara de todas las cosas que se puedan, pero si tuviera que colocar un orden de prelación se me ocurre que hay otras cosas en el ámbito de la medicina reproductiva que son más importantes.

Respecto a regular con principios de la bioética, todos ellos son los que mandan la *lex artis* y son los que regulan cómo la sociedad entiende los problemas, y en virtud de ellos es de donde tienen que nacer las leyes.

- 2. ¿Qué requisitos considera pertinentes para la utilización de la técnica de gestación por sustitución? Requisitos referidos a la utilización de esta técnica, los padres por intención y a la mujer gestante.**

Tiene que existir una imposibilidad absoluta de que la madre pueda gestar, la madre biológica, tendría que ser la primera condicionante, que tenga una agenesia del útero o una alteración comprobada y certificada de que no pueda gestar, porque si no sería muy fácil traspasar la responsabilidad a un tercero, como por ejemplo en Estados Unidos una mujer que no quiera asumir esa responsabilidad e inventa una justificación para que un tercero cargue con la responsabilidad.

Dicho esto, yo no estoy en total de acuerdo con el altruismo en la gestación, porque alguien tiene que cargar con la responsabilidad, y yo prefiero que quien deba cargar con ella si tenga un resguardo del punto de vista económico y del punto de vista de los seguros para ese acto que es riesgoso. Planteado de otra manera. ¿qué es lo que sería más justo? si tu hermana te plantea que no puede tener hijos y que seas la madre gestante, y por tanto hay un acuerdo en dónde tú ganas un millón de pesos, bueno se puede estar dispuesto a asumir este dinero porque la persona deja de trabajar, y si además se compromete a pagar la ISAPRE o FONASA, o si se tiene algún daño producto del proceso gestante está dispuesta a asumirlo, esto es más justo para la gestante que el simple hecho de que la ley lo prohíba. Que se prohíba, sin ser un estudioso en ley o en bioética, me parece que sería también perjudicial para la gestante. Por estas razones que menciono es que muchas legislaciones tan avanzadas como la Española lo prohíben porque no hay una salida fácil.

- 3. En base a su experiencia, hay personas que han acudido a este centro de salud (o alguno donde usted haya trabajado) pidiendo la realización de esta técnica de reproducción? ¿Pudieron llevarlo a cabo u optaron por otra vía? En caso de llevarlo a cabo, ¿tuvo alguna complicación?**

Sí han acudido, pero no lo hemos llevado a cabo ya que está prohibido. En Estados Unidos está permitido, en Perú, y a los pacientes que han querido los hemos remitido a esos lugares.

- 4. En el caso que se permitiese en Chile, ¿cree que esto daría paso a un turismo reproductivo en el cono sur?**

Si ponemos de reflejo a Tailandia, tiene diferentes condiciones, es un país mucho más pobre que Chile, lo que genera de nuevo el problema de la coerción al ser una coerción económica, entonces claro, a las mujeres las tienen en condiciones subóptimas gestando encerradas durante los nueve meses del embarazo y sin ningún tipo de seguridad social o de control, eso está dado

porque hay un incentivo económico de los países desarrollados a trasladarse a su país, entonces no creo que sea algo que se de en Chile.

En Estados Unidos está bien protegido del punto de vista económico, la mujer gestante está protegida legalmente y del punto de vista de la seguridad social y eso le da un nivel de previsión más alto.

Si yo tuviera que elegir, no siendo un estudioso de las legislaciones, me parece más justo un modelo como el de Estados Unidos que como el de Tailandia, que es altruista pero ya vemos como está.

II. Entrevista a Experta Académica Nacional en Derecho Civil **(Cuenta con el respectivo consentimiento firmado)**

1.- ¿Considera que la determinación de la filiación en la gestación por sustitución es un problema en Chile?, ¿De qué manera cree usted que es un problema?

En general, todos los temas en que yo hago investigaciones dicen relación con la persona, derecho de familia y derecho de infancia, siempre entre los cuales se encuentra esta temática de la gestación por sustitución. Me ponen en la lógica de que los fenómenos que ocurren en las sociedades hacen que esta funcione de forma más vertiginosa que el derecho, entonces exigen al derecho estructurarse, transformarse para que el derecho sea una herramienta útil, y que sirva a las personas como centro de ordenamiento jurídico.

En la materia que ustedes inciden, hay muchos temas que confluyen, entonces tenemos todos los desarrollos del siglo XX, la industrialización del siglo XX, pero con hartito impacto aquí es el tema de la biomedicina, en definitiva son los avances científicos y tecnológicos de la biomedicina, lo que nos tiene conversando aquí y ahora de este tema, entonces para códigos decimonónicos como el nuestro, estas realidades eran impensadas en el siglo XIX en 1855, por lo tanto como cada sistema se debe al momento en que ha surgido y nacido la vida jurídica, nosotros no podríamos derechamente decir que el código civil tiene una regulación anquilosada, se ha tenido que ir adaptando paulatinamente, introduciendo ciertas reglas en atención a ciertos fenómenos, porque la sociedad avanza y evoluciona pero nunca tenemos que olvidar que una codificación es una suerte de limitación que se impone a las reglas y que eso fue hecho en nuestro sistema en el siglo XIX, entonces tampoco podemos ponernos desde un afán absolutamente crítico, porque en el fondo la norma responde a su época, tenemos que ver cómo ha ido evolucionando, como paulatinamente han sido recepcionadas esas modificaciones dentro del Código Civil y como es que, de acuerdo a estas evoluciones, nosotros podríamos pensar en la mejor forma de regular esto, que definitivamente no está regulado en el código civil, pero obedeciendo a esta lógica, porque derechamente no es borrar todo.

Segundo, resulta que hay cuestiones que a veces a nosotros se nos olvidan y es que tenemos que mantener una cierta coherencia en el sistema, entonces claro, hay algo que a nosotros nos falta y se interviene el código civil en ciertas materias, pero resulta que no se guarda la debida coherencia, porque son visiones súper parciales, limitadas, entonces yo creo que si lo que ustedes quieren sugerir es una propuesta de lege ferenda, tengan cuidado y abóquense a que puedan sugerir modificaciones o ciertas incorporaciones, que guarden la debida coherencia con el sistema.

Desde ese punto de vista y teniendo estos recaudos que les he comentado, creo que no estamos en la mejor posición para dar una respuesta a las situaciones que se nos presentan en nuestra vida cotidiana en torno a las técnicas de reproducción humana asistida y en torno a la gestación por sustitución en particular como una técnica de reproducción humana asistida.

¿Que se generan problemas con la determinación de la maternidad?, si por supuesto que se generan problemas, ¿qué el camino que se ha utilizado para conseguir el fin de la determinación de la doble maternidad cuando no teníamos la 21.400, era bastante reñido desde el punto de vista técnico jurídico civil, también. ¿Qué la realidad nuestra ha cambiado porque a partir de marzo entro en vigencia la ley 21.400 y con ello la lógica de la doble maternidad y doble paternidad?, también, no obstante que este no es un supuesto de doble maternidad, este es el supuesto de exclusión de una maternidad, pero en todo caso nos deja ver más alternativas, y en este caso nos deja ver la alternativa que puede ser determinada la maternidad en relación con una persona que no necesariamente haya parido a una criatura, como sería el caso de doble maternidad a través de técnica de reproducción humana asistida cuando es una de las mujeres de la pareja la que pare, y la otra puede participar, si utiliza el método podría participar, pero probablemente si no utiliza el método podría incluso ser enteramente ajena tanto genéticamente como biológicamente de la criatura que está naciendo.

¿Qué hay otros problemas relativos a la maternidad y a la determinación de la maternidad?, claro que las hay y lo puedo proyectar en diversos ámbitos, pero me voy a salir de la materia que ustedes quieren hablar, entonces lo voy a dejar hasta ahí.

2.- ¿Tiene conocimiento de cómo se ha establecido la filiación en los casos que se ha realizado la gestación por sustitución en Chile?, Si es que no tiene conocimiento, ¿qué planteamiento tiene usted para poder realizar esta filiación?

Me sirve la introducción, en Chile hay 5 sentencias, todas pronunciadas por tribunales de familia de Santiago respecto de la determinación de la maternidad de gestación por sustitución.

La primera fue hace 2 o 3 años atrás, antes de la pandemia. Fundamentalmente se apoyaron en unas consideraciones parecidas pero como que se le torció un poco la mano al sistema que también se utilizaron para el tema de la doble maternidad cuando no existía la 21.400.

Lo que se utilizó fue una parte de la disposición del código civil que autoriza para que la maternidad sea determinada judicialmente. El tema era súper simple, dijeron que por lo tanto puedo yo usar el recurso a una acción de filiación, entonces puedo usar la vía de acción de reclamación, tenemos una disposición que dice que una persona tenga una filiación determinada, lo que yo hago es a través de la impugnación entonces en tal caso lo que tengo que hacer es impugnarla y deducir la acción de reclamación en forma conjunta.

Entonces, la madre de intención demanda reclamando la filiación a la madre determinada por el parto e impugnando esa filiación y reclamándola para sí, ¿En qué se apoyan y fundamentan? fundamentalmente en el bloque de convencionalidad y de constitucionalidad a través del inciso segundo del artículo 5 de la Constitución actual, ese era uno de los fundamentos y otro gravitante era el derecho a la identidad de ese niño nacido.

En ciertos casos era identidad genética, identidad en su faz dinámica, en su vertiente genética, porque la madre de intención, que además podía ser la madre genética, estaba ejerciendo funciones parentales relevantes, ahí entra un supuesto en que no se va a dar la identidad estática genética, pero siempre la identidad dinámica sobre la base del ejercicio de funciones parentales por estas madres, teniendo como centro la identidad del hijo. Estas demandas fueron resueltas favorablemente en primera instancia, entonces se hacen unos órdenes que pueden llegar a ser criticados, se critican por cuestiones técnicas, jurídicas, civiles, de fondo, primero porque aquí no hay legítimo contradictorio, porque aquí están todos de acuerdo, entonces en el procedimiento la demandante está de acuerdo con la demandada y está de acuerdo con el padre, por lo tanto en teoría no hay legítimo contradictorio.

Hay un tema allí, porque las ordenes que debe contener una sentencia de impugnación y reclamación que en definitiva resulte acogida, tiene ahí como un tema porque decía que hay algunas voces que se levantan que dicen que lo que corresponde ahí es corregir, y en estos casos lo que los jueces han condenado es que se otorgue una nueva inscripción de nacimiento, ese otorgamiento de nueva inscripción de nacimiento, es una orden judicial que no se corresponde con el sistema técnico y el contenido de la resolución que se pronuncia acerca de las acciones de filiación en estos supuestos, todas las que se tienen conocimiento son altruistas. Una de ellas, la primera, fue efectuada por la madre genética y todas las otras han sido realizadas por mejores amigas.

3.- La nueva Constitución en caso de aprobarse, ¿cree usted que tendría cambios significativos en temas de filiación relacionados con este método de gestación?

No directamente, le pregunte a Boric una vez es un conversatorio, estaba con el tema del proceso de la nueva constitución, pero fue antes que él asumiera como presidente y estaba justo el tema del análisis de la nueva constitución, le pregunte acerca del contenido de la filiación, primero

obviamente no tenía idea asique los asesores tenían que verlo, y de lo que me he ido imponiendo, no hay un tema en materia de filiación directamente, pero hay un tema de conocimiento de la pluralidad de la diversidad familiar, porque habla de las familias en plural.

Lo vemos más desde la conformación de la familia que es en este texto.

Que además, fíjense que ya es negligente porque está en la 19.430, ya se instaló dentro del sistema gracias a la evolución del derecho, pero desde el punto de vista constitucional por supuesto sería súper fuerte, pero que yo sepa no hay ninguna regla como la que yo le preguntaba en aquella ocasión que diga relación directamente con la determinación de la filiación o con las posibilidades de diversas filiaciones. Pero supongo que desde la lógica de la diversidad familiar, ¿por qué no podría estar incluido?. Ahora, el tema es que no obstante las declaraciones que existan a nivel constitucional que son todas bienvenidas en estas materias que son privadas, en donde estamos anclados a una lógica que se denomina como tradicional o clásica pero que en el fondo impiden ver estas nuevas realidades, igual seguimos teniendo problemas, ¿pero saben lo que nosotros tenemos? Y en el fondo cual es mi meta en determinadas cuestiones que se relacionan con esto, que tengamos la ley de técnicas de reproducción humana asistida, nosotros no podemos seguir hablando y poniéndonos en situaciones, lo bueno de estos trabajos que están haciendo ustedes es que evidencian una vez más que necesitamos una ley de técnica de reproducción humana asistida.

En el tema particular de la gestación por sustitución, hay una parte de la doctrina, sobre todo Argentina, que sostiene que esta no es una técnica de reproducción humana asistida, pero el tema es que la OMS dijo que sí, entonces obviamente los médicos saben un poco más que uno.

Cuando nosotros hablamos de la gestación por sustitución hay que entender que es una técnica de reproducción humana asistida que se adscribe a un sistema superior, que es el de las técnicas de reproducción humana asistida, que tiene que ver con cuestiones relativas a la filiación de lo cual nosotros tenemos el artículo 182, tiene que ver con los derechos esenciales de las personas que intervienen en este proceso, desde el elemento central son las personas que nacen producto de estas técnicas de reproducción humana asistida, y en ese minuto se nos abre una compuerta muy relevante de temas, entre ellos, el anonimato o no de la decisión de técnica legislativa que se va a adoptar. En el fondo lo que nos dice al adoptar la gestación por sustitución, es que ese niño que nace por estas técnicas de reproducción humana asistida va a poder saber quién lo gestó, entonces empiezan a proyectarse temas que son muy relevantes, tales como la crio preservación de embriones, cuál es el destino de aquellos embriones.

Creo que lo ideal sería que fuera completamente heteróloga en el sentido de que la mujer gestante no aporte su material genético. Entonces el material genético puede provenir del padre y de la madre, de los progenitores intencionales o que incluso pudiera venir de terceros, pero que no los aporte quien es la gestante. Ahí hay todo un tema, ¿si es material genético de esos progenitores

que lo han decidido, podría llegar a ser que se criopreserven y después se utilicen?, si es posible, ¿hasta cuándo sería posible utilizarlos, como se deberían utilizar?, dentro de eso como una variante bastante particular respecto de las técnicas de reproducción humana asistida, tendría que ser tratado el tema de la gestación por sustitución en el sentido de que aquí tiene que haber una regulación base, una estructura base que resguarde los derechos esenciales de las personas.

Aquí necesariamente pasa por un acuerdo previo y el acuerdo que le vamos a dar al acuerdo previo, lo peor es no decir nada, hay legislaciones que derechamente prohíben la gestación por sustitución o se pronuncian acerca de la nulidad del derecho público del pacto que le podría servir de antecedente como España. Hay una respuesta, no se puede, eso lo que viene a significar es un desincentivo a que sea efectuado, a menos dentro del territorio de la soberanía donde se ha efectuado. Hay otros que se pronuncian diciendo que la admiten, y si la admiten deben regularla, sobre todo porque se produce este fenómeno, como las personas somos libres y podemos circular, se produce este fenómeno de la gestación por sustitución transfronteriza o de esta lógica de turismo pro creacional.

El tema es que el peor de los mundos, es el nuestro o como Argentina, Argentina es un poco mejor porque lo discutió en su ante proyecto de código civil comercial pero en definitiva no lo adopto, nosotros estamos en la peor situación, porque nunca se ha hablado, nunca se ha socializado consensualmente, formalmente, en el fondo no tenemos nada, no sabemos para dónde vamos y eso provoca una incerteza jurídica. Ahora el tema es que en estas materias está comprobado que si yo digo que no dentro de mi sistema y lo prohíbo, no me asegura nada porque ya ven el grave problema que hay en España que en el fondo lo han tenido que resolver por la vía administrativa y que además engendra una desigualdad ante la ley, porque lo que reclama todo el mundo en España es que como puede ser que efectivamente yo pueda llegar a buen puerto por una gestación por sustitución que realiza en el extranjero y respecto de la que haga aquí eventualmente dentro del territorio no tenga ninguna salida en circunstancias de que el niño está vivo, niños a los cuales se les niega todos sus derechos esenciales.

4.- Considera que el problema se puede solucionar a través de la legislación o requiere además de ello poder regular un tipo de contrato de maternidad subrogada para poder realizar estos pactos.

La aproximación tiene que ser a través de un reconocimiento legal, esta no es una materia que pueda quedar entregada a la voluntad de las partes y de la autonomía privada porque es una materia que incide en la conformación, determinación de la filiación y conformación de las familias, que son normas fundantes en los sistemas sociales.

Qué esa confirmación tendría que recoger los elementos básicos para poder aceptar y los requisitos para poder aceptar un acuerdo de voluntades en este sentido tendría que estar aquí recogido no podría ser de otra manera, y que debe ser regulado yo creo que sí, tendría que

regularse para permitirlo o para prohibirlo, porque el peor de los mundos es no hacer nada y de nuevo les insisto, el que se prohíba, el que se pronuncie el sistema prohibiéndolo no nos asegura nada porque los problemas igual surgen porque existen Estados en los que sí se puede hacer cumpliendo con ciertos requisitos, por supuesto que las personas en uso de su libertad y la dinámica de creación de modelos familiares, van a poder ver las alternativas que para ellos estén disponibles para poder llevar a cabo sus proyectos familiares, para poder concretarlos, creo que la lógica es regularlos.

Si ustedes piensan sobre requisitos específicos, por ejemplo Reino Unido tiene como requisito específico en la ley, que uno de los padres contratantes, tiene que ser 1 padre genético.

En el fondo uno se da cuenta que de acuerdo al modelo existen muchos y distintos requisitos y posibilidades, si me preguntas solo respecto de ese requisito, sí porque en el fondo esa es una decisión de técnica legislativa, es una decisión que se adopta en torno a la evolución de cada una de las sociedades en la materia, si nosotros queremos conservar y buscamos conservar la lógica de que tiene que haber un vínculo, necesariamente tiene que haber un vínculo genético biológico dentro de los miembros de una familia y que ese sea en lo posible el hilo conductor que una a la generalidad de las familias para entenderla como un grupo familiar dentro de nuestra sociedad, obviamente es súper relevante que la legislación se consigne que al menos uno de los aportantes del material genético tiene que ser el padre o la madre de intención.

Si vas a un sistema mucho más abierto, no sé si sería lo recomendable, que dijera “saben que en realidad nosotros vamos a reconocer dentro la diversidad familiar como base para la integración de una familia, cualquier nexo entre personas”, en donde si exista una convivencia sostenida, se aspira al bien común, se respetan los derechos esenciales y se ejerzan funciones parentales, porque debo decirles que lo más importante dentro de la lógica del derecho de familia es la filiación.

Siguiendo esa lógica, el ejercicio de funciones parentales es súper importante, entonces si tu reconoces cualquier figura familiar puede que palidezca ese requisito. Si por el contrario quieres mantener la lógica de que tiene que haber al menos un elemento que una biológica o genéticamente (que es el concepto clásico del siglo XIX que nosotros conocemos), entonces vas a decantar por al menos exigir que el material genético tenga que venir de 1 o de las 2 personas.

O si es que no hay relación genética, quizás poner requisitos más alto para la adopción, para asimilarlo, quizás sería otra solución pero no sé si sería tan factible.

Si le vas a poner requisitos similares a la adopción entonces ¿por qué no adoptar?.

Yo lo pienso desde el otro punto de vista, desde que no hay material genético y nosotros queremos regularlo de una forma más estricta, se podrían poner algunos requisitos de la donación pero no sé si sea más factible.

Por eso es tan interesante desde el punto de vista sociológico, más que desde el punto de vista jurídico, hay que tener un camino construido en atención a que es lo que queremos las personas o que es lo que queremos como sociedad. En este punto ustedes han incidido súper bien al tratarlo desde el punto de vista sociológico más que jurídico, porque en el fondo la pregunta es hasta dónde estamos preparados y cuál es nuestra realidad social, entonces en el fondo hay una cuestión inminente.

Esta cuestión está en el plano de la familia y particularmente en el plano de la filiación, cuando hablamos de filiación hay dos partes en la relación jurídica, el tema es que una de esas partes a lo menos durante 18 años va a ser menor de edad, por lo que tenemos que asegurarle protección legal. Pero después vienen otras cosas, porque en el fondo los diseños familiares son adoptados desde la adultez, ese niño no tenía idea donde se estaba desarrollando, entonces ¿hasta dónde puedo incidir y hasta donde puedo llegar a extender esa intencionalidad de procreación?. Existe un derecho a procrear, yo creo que no. Yo tengo derecho a probar todas las vías por las cuales quiero procrear, pero no existe un derecho a ser padre o madre.

Pasa que existe la intencionalidad, hay sistemas que reconocen la voluntad procreacional (en Argentina) como una fuente de filiación, entonces uno dice la voluntad procreacional ¿hasta dónde llega?, porque uno también puede pensar tengo voluntad procreacional porque quiero criar a un hijo, quiero ejercer funciones parentales y ahí está mi voluntad, pero eso también lo logro a través de la adopción, la voluntad procreacional también tiene como centro la voluntad, pero se especifica en forma distinta, porque en el fondo allí es la voluntad de someterme a una técnica de reproducción humana asistida y luego hacerme cargo del resultado, que es un hijo o una hija., en definitiva lo que yo hago es hacerme cargo del producto, no sé si estamos preparados para eso.

Es interesante el tema de la voluntad procreacional, desde el punto sociológico tiene mucho que ver.

Lo que uno hace es observar las circunstancias que suceden, desde el punto de vista jurídico es un tema que yo vengo investigando hacer hartos años, he visto la evolución aquí y en otros países, pero cuando ustedes dicen hay que regular, uno empieza a pensar en “esto lo pondría en un marco superior en las técnicas humanas de reproducción humana asistida y luego, cuando me tocara regular el tema de la gestación por sustitución y creo que tendría que tener este y este componente”, pero en el fondo por eso sirve ver legislación comparada, porque tú ves los requisitos y ustedes saben que en Inglaterra el Act que tiene que ver con embryology señala que la maternidad queda radicada en aquella que pare, lo que pasa es que después se abre un periodo de 6 meses. En el Reino Unido lo que se hizo es establecer que la maternidad queda radicada en quien pare y luego a través de un sistema de atribución judicial que se llama acuerdo de parentalidad y

ahí se consigue radicar la maternidad en la madre intencional, eso a través de una homologación, no es tanto como una adjudicación, no lo podríamos degradar como un acto patrimonial.

¿Podría quedar de manera legal una adopción en ese caso sin que el niño quede en un hogar de menores, si esa persona gestante puede dar en adopción, la persona quiere ser madre de ese niño.?

Sería súper particular, hay formas de adopción en Estados Unidos, en algunos Estados.

Para regular la gestación por sustitución implica una regulación base pero también implica una coordinación internacional, por eso es que la Haya está haciendo hace 7 años, trabajando en un convenio internacional.

No es solo en esto, en todas las materias que yo investigo estamos fuera del sistema. Esta situación es ilegal, hay un vacío, si les empiezo a nombrar, estoy trabajando en este minuto en otro tema en donde no hay nada.

Ahora, esto que tú me cuentas en nuestro sistema, porque nosotros participamos además del sistema que emana de la Comisión internacional de los derechos del niño y que luego se especifica en el convenio de la Haya sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional, pero esta es la tratativa, están como hace 8 años trabajando. Cuando hablamos de eso, el supuesto es que la adopción presupone un niño o niña adolescente que no cuenta por regla general con un medio familiar, pero que ya ha nacido, que tiene existencia y que jurídicamente corresponde a eso que denominamos sujeto de derecho y que tiene existencia legal, la gestación por sustitución no, porque piensa en alguien que va a llegar a existir, en alguien que se espera que exista pero que al momento que está ocurriendo todos estos acuerdos y gestiones no existe, entonces en Estados Unidos, en algunos Estados hay alguna situación en que son los padres los que eligen a las madres embarazadas, entonces es como una suerte de adopción pre natal, antes de que nazca.

Hay una serie, FRIENDS, es súper importante porque no obstante que es hace 20 años atrás, nos acerca la realidad de la gestación por sustitución porque un personaje fue madre gestante altruista, luego también nos acerca otras figuras familiares, nos presenta el caso de padres a través de adopción que ellos seleccionan, este instituto de adopción trabaja con personas que aún no ha nacido el hijo, entonces ojo con eso, esa es una figura que se da, en nuestro sistema está proscrito, porque si ustedes van a estudiar el sistema de adopción que tiene la 19.620 y que viene ahora en el proyecto de ley de reforma integral a la adopción en Chile, que lo conozco bien porque me invitaron a participar en el proceso legislativo, está proscrito no se puede.

No se puede porque hay una cuestión de fondo, no se puede porque hay una suerte, hay un tema de que una madre, una mujer embarazada puede manifestar la intención de poner a su hijo a disposición del tribunal para que sea adoptada, pero lo que pasa es que nosotros no podemos

negar el proceso de acercamiento, que es un proceso psicológico de arraigo de la madre con el hijo y del hijo con la madre, entonces puede ser que este niño nazca y en definitiva esta mujer diga “sabe que yo voy a quedarme con este hijo y voy a luchar por él”, ahí se deberían desplegar todos los niveles de asistencia del Estado para procurar que esta mujer que generalmente está conflictuada y tiene problemas de acceso, de salud, de vivienda y está en una situación de vulnerabilidad (pero en temas patrimoniales, no por una cuestión intrínseca, aunque se le pueden sumar vulnerabilidades intrínsecas), debería todo desplegarse para que esa mujer asuma el cuidado de ese hijo que está naciendo, por eso la adopción en esos casos palidece, porque el mecanismo no es la adopción para favorecer estos procesos psicológicos o para favorecer los derechos esenciales de las personas que muchas veces pueden cambiar de alcance o de dirección motivados por procesos personales.

Conversando con una psicóloga chilena que vive hace muchos años en España, le planteé que me contara desde el punto de vista psicológico, porque ella está especialmente dedicada a trabajar el apego entre madres parturientas e hijos e hijas, que opinaba sobre la gestación por sustitución, pero ella lo aborreció, desde el punto de vista del apego ella me explicaba un sinnúmero de circunstancias que ocurren a nivel cerebral en el contacto que tiene la criatura recién nacida con quien lo gestó. Ahí me genero muchas dudas y mucho interés porque en el fondo hay procesos neuronales que no se activan con cualquier persona, sino por regla general, se activan con la persona que te gestó, que es la misma con la que tú estás vinculado durante nueve meses, pero después las unes desde fuera, no desde dentro, y por eso solo se gatillan con ella. A diferencia de la crianza, porque está se gatilla, se crea y crece con independencia de confort, apego, no se da la persona que nos gestó o no, son procesos distintos. Entonces, igual ahí eso es un tema súper relevante en cuanto a cómo te vas a plantear frente a la gestación por sustitución, porque en el fondo depende de la postura que sigas.

Qué fuerte desde el punto de vista psicológico.

Es lo que te permite armarlo desde una sociedad, pero el fundamento es sociopsicológico, por eso para entender de estas cosas uno tiene que hablar con psicólogos, con sociólogos, y por eso el enfoque multidimensional que ustedes le están dando es super relevante.

Como habíamos hablado, contratos uno no puede hacer en este tiempo de situaciones porque estamos en una situación altruista.

Son muchas cosas que están sumando. El contrato puede ser de título de gratuito o de título oneroso, cuando tú me hablas de contrato en esta materia me estás hablando de un acuerdo de voluntades que pueda traducir la voluntad o la intención de ser padre o madre, y en definitivo modelo familiar. Que sea altruista me pone en la lógica que es un acuerdo a título gratuito, ósea no mezclen contrato con altruismo porque son cosas distintas. Una cosa es un vínculo de

voluntades y otra cosa es calificar ese vínculo de voluntades en gratuito u oneroso dependiendo si trae o no beneficios patrimoniales para las partes o solo para una o para ninguna. En este ámbito extrapatrimonial no debería existir posibilidad de retribución patrimonial y eso es lo que se le denomina esta gestión por sustitución altruista.

Hay legislaciones que tienen contemplado pago, por ejemplo, Sinaola en México, hay legislaciones que determinan como requisito que sea necesariamente altruista, la mayoría que lo regula así, lo que no quita que no puedan proveerse ciertas sumas de dinero que tienen que ver con la mantención de la madre, porque cuando se es madre se gasta el doble de todo, por un lado el sistema de alimentación que a veces uno no está acostumbrado y lo tiene que modificar, suplementar, adecuar, sumado a la cantidad de remedios que son para preparar el cuerpo (fierro, calcio, etc.).

Además, la gestación va consumiendo nutrientes básicos en nuestro cuerpo. Entonces luego necesitas no solamente cuando estás gestando, sino hay cuestiones que se fueron con mi hija, la mitad de mi calcio se fue, pero de alguna manera eso hay que restituirlo, y eso lo hace a través de los medicamentos. Por ahí va un tema que no es compensación, sino que una cierta cantidad para la mantención de la mujer en el periodo de gestación y con posterioridad el parto.

5.- ¿A su juicio la regulación de la maternidad por sustitución es un tema apremiante? Sí, ya la dijo.

6.- ¿Cuál es su posición respecto a su regulación? Ya lo dijo.

7.- ¿Y de qué forma el derecho chileno puede abarcar el tema de la filiación producto de la maternidad por sustitución?

Un tema del que hay que hablar tanto, uno empieza a buscar y se da cuenta que es una cuestión que hay que integrar de distinto ángulo.