



Gestación por sustitución o maternidad subrogada

Chile y la legislación comparada

Autores

Pamela Cifuentes V.
pcifuentes@bcn.cl

Pedro Guerra
pguerra@bcn.cl

Nº SUP: 121924

Disclaimer

Este documento es un análisis especializado realizado bajo los criterios de validez, confiabilidad, neutralidad y pertinencia que orientan el trabajo de Asesoría Técnica Parlamentaria para apoyar y fortalecer el debate político-legislativo. El tema y contenido del documento se encuentra sujeto a los criterios y plazos acordados previamente con el requirente. Para su elaboración se recurrió a información y datos obtenidos de fuentes públicas y se hicieron los esfuerzos necesarios para corroborar su validez a la fecha de elaboración

Resumen

El procedimiento de gestación por sustitución, llamado también “vientre de alquiler” no se encuentra legislado en **Chile**. Ante la ausencia de una ley de reproducción humana, solo cabe constatar que el artículo 182 del Código Civil, cuyo objetivo es regular la filiación del hijo concebido mediante técnicas de reproducción asistida, define quién es el padre y madre en caso de someterse a estas técnicas de reproducción, pero no desarrolla una regulación sobre este procedimiento. En ese sentido, como se expondrá, la legislación chilena, sólo se ha preocupado hasta la fecha de dar una solución al problema filiativo respecto de los hijos nacidos a partir de técnicas de reproducción asistida, sin referirse al problema de los acuerdos de subrogación.

Por otra parte, en la legislación comparada no existe un único criterio para legislar sobre esta materia. Cada país ha legislado en base a su realidad social y convencimientos éticos. Por lo tanto, hay países que **prohíben expresamente** en sus legislaciones cualquier tipo de gestación por sustitución, sea comercial o altruista, como es el caso de **Alemania, Francia, España**. Todos estos países establecen sanciones privativas de libertad y/o pecuniarias en caso de incumplimiento. Por otra parte, existen países o estados que permiten la gestación por sustitución, solo **con fines “altruistas”**, pero con distintos niveles de requisitos para que esta se lleve a cabo. Es el caso de Australia, Canadá, Portugal, Países Bajos, Uruguay. Y finalmente hay países que permiten también la gestación por sustitución **con fines “comerciales”**, como es el caso de algunos estados de Estados Unidos, como California y Nueva Jersey. Respecto de Estados Unidos, se debe precisar que es un caso particular, a nivel federal no existe una ley que permita o prohíba la gestación por sustitución. Por lo tanto, cada estado ha adoptado diversas soluciones, existiendo incluso estados que han prohibido expresamente la gestación por sustitución comercial, como los estados de Nueva York y de Michigan.

En **Canadá**, a nivel nacional la ley exige que la mujer gestante sea mayor de 21 años y permite que los padres potenciales no compartan material genético con el niño. Asimismo, se permite que personas *gay* accedan.

Respecto a la validez de los contratos de gestación por sustitución y efectos de la filiación, estos son materia de cada Provincia (se analizan los casos de Quebec y British Columbia).

En **Australia**, cada jurisdicción establece sus propias regulaciones. Sin embargo, todas coinciden en que los acuerdos de subrogación no son exigibles legalmente y que la mujer gestante aunque no comparta material genético con el niño, es la madre legal, por lo que los padres potenciales, requieren después del nacimiento, un traslado de la paternidad ante tribunales. En el caso del estado de **Queensland**, se exige acreditar una necesidad médica o social para llevarla a cabo, lo que permite que puedan acceder a este tipo de maternidad personas solteras o *gay*, siempre y cuando sean mayor de 25 años.

En **Portugal**, si bien se permite excepcionalmente la gestación por sustitución por razones médicas de la mujer, se exige que al menos uno de los padres potenciales comparta material genético. Respecto a la mujer gestante, se exige que haya tenido un embarazo previo y no puede ser la donante de óvulos. Respecto a la filiación del niño, se considerará hijo de los padres potenciales, pero para que se pueda ejecutar el contrato, se requiere autorización previa del Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida.

En **Uruguay**, la regla general es que los acuerdos de gestación por sustitución son nulos, y solo se permiten en forma excepcional, cuando la madre por razones de salud no puede embarazarse. En ese caso, el acuerdo solo puede llevarse a cabo con un familiar suyo o de su pareja y no permite gametos de un donante. La filiación es de los padres potenciales.

En los **Países Bajos**, no existe una ley específica y la materia en estudio se encuentra regulada solo en el Código Penal, que castiga la gestación por sustitución con fines comerciales. En materia de filiación, se considera madre biológica a la que da a luz, independientemente de si comparte o no material genético con el niño o niña. Por tanto, los padres potenciales deben someterse al procedimiento de adopción.

En **California**, conocido como un estado "*surrogacy friendly*", permite a los padres potenciales establecer derechos legales de paternidad antes del nacimiento de su hijo, sin tener que pasar por procedimientos de adopción, como en los demás estados. Además, permite suscribir este acuerdo independientemente si los padres están o no casados, o si son parejas del mismo sexo, o incluso personas LGBT.

En cambio, en el caso del Estado de **New Jersey**, se establecen requisitos más exigentes. Se permite la subrogación tanto comercial como altruista, pero excluye la subrogación tradicional, esto es que la mujer gestante a su

vez sea la que done sus gametos. Además, si bien permite establecer derechos de paternidad antes del nacimiento, se exige que a lo menos uno de los potenciales padres comparta material genético con el niño para que proceda. Por último, exige que la mujer gestante sea mayor de 21 años y que haya dado a luz antes. Ambas partes requieren evaluación psicológica antes de llevar a cabo el acuerdo.

Como puede observarse, la legislación comparada en materia de gestación por sustitución ofrece una diversidad de alternativas regulatorias. Sin embargo, antes de pensar en un eventual traslado a la legislación nacional, debe tenerse en cuenta que cada una de las opciones legales se encuentran arraigadas en sus propios contextos sociales, culturales y jurídicos.

Contenido

Introducción	5
I. Antecedentes preliminares	8
1. Terminología utilizada: ¿Gestación por sustitución, maternidad subrogada o vientre de alquiler? 8	
2. Concepto de gestación por sustitución.....	9
3. Partes involucradas.....	9
4. Tipos de gestaciones por sustitución.....	9
5. Filiación en la gestación por sustitución	10
II. La Gestación por Sustitución en Chile	12
1. Antecedentes normativos.....	12
2. Proyectos de ley	12
3. Filiación del hijo concebido mediante técnicas de reproducción asistida.....	13
III. Legislación comparada.....	16
1. Países donde se prohíbe cualquier tipo de gestación por sustitución.....	18
A. Alemania	18
B. España	18
C. Francia	18
2. Países donde se acepta solo la gestación por sustitución altruista	19
A. Canadá.....	19
B. Australia	22
C. Portugal.....	25
D. Uruguay.....	28
E. Países Bajos	29
F. Estados Unidos: Michigan y Nueva York	30
3. Países donde se permite la gestación por sustitución con fines comerciales	31
A. California	31
B. Nueva Jersey	33
Referencias	33

Introducción

La infertilidad es actualmente un problema de salud y considerada una enfermedad desde el 2009 por la OMS¹, y que ha ido aumentando progresivamente, principalmente por la cada vez más común postergación del embarazo (MINSAL, 2013). A nivel internacional, entre el 10% y el 15% de las parejas son infértiles: entre un 40% y un 45% de los casos afecta a mujeres; entre un 35% y un 40% a hombres y, entre un 20% y un 30% de casos, a ambos miembros de la pareja (MINSAL, 2013). En nuestro país, la infertilidad afecta a aproximadamente un 15% de la población en edad fértil (LAMPERT, 2018).

Este problema de salud debe necesariamente contrastarse con el derecho legítimo que tienen las personas de formar una familia, y por ende el derecho a procrear. Si bien nuestro ordenamiento jurídico no contempla de manera explícita el “derecho a procrear”², ni tampoco hay una referencia explícita en el Derecho Internacional. En ese sentido, se sostiene que en la concepción iusnaturalista este derecho, puede comprendérselo como uno de los derechos inherentes a la naturaleza humana y que el ordenamiento jurídico está obligado a reconocer (FUGARDO, 2018:25). Este mismo autor señala que, incluso este derecho a procrear cabe relacionarlo genéricamente dentro de los denominados *derechos sociales* o de tercera generación, y también dentro de los *derechos biotecnológicos*, considerados parte de los derechos de cuarta generación. De manera tal que, el derecho de procrear, podría hacerse efectivo mediante la utilización de **Técnicas de Reproducción Asistida**, pudiendo adquirir dos dimensiones: la manifestación de un derecho a procrear, donde la persona tiene derecho a reproducirse de la forma que prefiera, convirtiéndose estas técnicas en un modo alternativo a la procreación normal, o bien, son una expresión del derecho a la salud cuando hay infertilidad, por lo que su uso estaría justificado por esa circunstancia (FUGARDO, 2018:27).³

En ese contexto entonces, los desarrollos recientes y la investigación en el área de la medicina reproductiva han dado como resultado varias opciones de tratamiento disponibles para las parejas

¹ Enfermedad del Sistema Reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas.

² El Código Civil en el artículo 102 a propósito del concepto de matrimonio señala que: “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente”.

³ Al respecto, véase el fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra Costa Rica, en el caso conocido como Artavia Murillo contra Estado de Costa Rica (<http://bcn.cl/2bbzh>). La Sentencia se dicta en torno al caso de Grettel Artavia Murillo que junto a su pareja y a varios matrimonios más, todos imposibilitados de tener hijos por medios naturales, recurrieron en 2011 ante la CIDH para revertir una prohibición establecida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica respecto del uso de técnicas de fertilización *in vitro* (FIV). En ese sentido, la CIDH estableció que “la Sala Constitucional tuvo el efecto de interferir en el ejercicio de estos derechos de las presuntas víctimas, toda vez que las parejas tuvieron que modificar su curso de acción respecto a la decisión de intentar tener hijos por medio de la FIV”. Ello en aplicación del artículo 11.2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que dispone que “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas, en su vida privada, la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

infértiles. Uno de ellos, es el uso de una gestante sustituta en los casos en que la pareja no pueda tener hijos y es lo que se conoce como maternidad subrogada o **gestación por sustitución**.⁴

Este tema no ha estado exento de debates en la mayoría de los países en el mundo pues, aunque ofrece nuevas oportunidades para que las personas ejerzan sus derechos de procreación, presenta también dilemas de carácter ético y legal. Al respecto, el Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada en España del Comité de Bioética español: *“La maternidad o gestación subrogada es uno de los temas bioéticos 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. Por primera vez en la historia se plantea la posibilidad de disociar la gestación de la maternidad”* (EMAKUNDE; 2018, citado por COMITÉ DE BIOÉTICA ESPAÑOL, 2018: 2).⁵

Por lo tanto, al momento de discutir estos temas, se debe tener muy presente lo que señala también Josep FUGARDO (2018: 48), a propósito de los aspectos éticos que esta forma de gestación plantea. Estos se resume en determinar la importancia de la gestación dentro del proceso procreativo, como también la importancia de la interacción entre el ser humano en formación y la madre gestante, tanto desde el punto de vista biológico como afectivo, teniendo en cuenta el interés superior del niño. Por otra parte, el mismo autor plantea que en este problema debe considerarse la posible comercialización del cuerpo femenino así como el riesgo de explotación de las mujeres, especialmente aquellas de escasos recursos.

Desde la perspectiva jurídica aparecen dos cuestiones relevantes que deben ser resueltas por el derecho. La primera es la relativa a la forma, validez y exigibilidad de los acuerdos a los que llegan los padres potenciales y la mujer gestante. La segunda es la relativa a la forma en que se asienta jurídicamente la filiación del hijo o hija nacido a partir de esa técnica. Este segundo asunto es, en ese sentido, resuelto por el sistema de filiación chileno, a partir del artículo 182 del Código Civil. Esta norma, introducida a partir de la reforma a la filiación a fines de la década del noventa, hace primar lo que se denomina la voluntad procreacional, al disponer que son padre y madre de un hijo concebido a partir de técnicas de reproducción asistida, aquel hombre y aquella mujer que se sometieron a dichas técnicas, impidiendo además un reclamo filiativo posterior de la paternidad o maternidad que se fijen de acuerdo a dicha regla.

Asimismo, el problema de la maternidad sustituta o subrogada ofrece una interesante perspectiva de filosofía política. En especial, la cuestión someter la maternidad – paternidad y las relaciones de filiación que se suceden a partir de estas, a relaciones de intercambio mediadas o no por dinero, es un problema

⁴ Una magnífica y cruda ficción sobre el problema de una pareja en la búsqueda de la maternidad – paternidad es la que presenta Tamara Jenkins en su *film* de 2018 *“Private Life”*, protagonizada por Paul Giamatti y Kathryn Hahn (disponible en Netflix). La cinta no sólo narra en tono de tragicomedia los devenires de un matrimonio de urbanitas neoyorkinos con dificultades para concebir hijos, sino que además indaga en los problemas morales de la fertilización asistida y los límites de la maternidad por subrogación.

⁵ Comité de Bioética Español (2017). Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada en España. Disponible en: <http://bcn.cl/2b801>

respecto del cual los Estados han adoptado posiciones valóricas que se pueden resumir en la cuestión de extender o no el mercado a ese tipo de relaciones humanas. Se trata de una pregunta fundamental sobre si el mercado debe actuar como mediador de ese tipo de relaciones de reproducción entre las personas, que han sido tradicionalmente reservadas a una forma de intercambio no mediada por el dinero. En ese sentido, Debra Satz identifica algunos criterios para determinar cuándo un mercado puede ser considerado como nocivo en términos individuales o sociales. Ya sea que estos produzcan resultados extremadamente perjudiciales (tanto para los participantes como para terceros) o bien sean extremadamente perjudiciales para la sociedad (produciendo, por ejemplo, un socavamiento de la igualdad de las personas): ya se trate de mercados con grandes asimetrías de información entre los participantes o bien que sean el reflejo o la exacerbación de vulnerabilidades subyacentes a una de las partes de la transacción (SATZ; 2015; 131 – 134). Todos estos son parámetros teóricos que permiten tomar una decisión de política pública sobre qué límites establecer al mercado.

A propósito de ello, Satz ofrece un minucioso análisis del problema del mercado que se produce sobre el trabajo reproductivo de la mujer, a propósito de las técnicas de reproducción asistida y sus variantes. Este mercado resulta para la autora más problemático que otros mercados laborales vigentes, debido a la asimetría que se produce entre las partes. Si bien la autora concuerda con esa posición, discute la tesis de la asimetría, que tradicionalmente ha devaluado la idea de que deba existir un mercado a propósito del trabajo reproductivo⁶. Satz, por el contrario, considera que la venta del trabajo reproductivo de la mujer no posee ninguna diferencia sustancial con otras formas de trabajo y que no constituye *per se* una situación degradante. Ello debido a que no existiría nada esencial en el trabajo reproductivo que lo diferencie de otras formas laborales. Estas formas de transacción “solo resulta problemática en el marco de un determinado contexto político y social” (SATZ; 2015; 158): este marco es el de las relaciones de género intrínsecamente jerárquicas y en este contexto específico es que los embarazos contractuales resultan problemáticos, dado que vendrían a reconfirmar dichas relaciones.

⁶ La tesis de la asimetría que tradicionalmente ha sostenido el feminismo consiste en que el embarazo por acuerdo o embarazo contractual “supone una extensión del mercado dentro de la esfera privada de la sexualidad y la reproducción, y se considera impropia esa intrusión de lo económico en lo personal: no respeta la naturaleza intrínseca y especial del trabajo reproductivo” (SATZ; 2015; 158).

I. Antecedentes preliminares

1. Terminología utilizada: ¿Gestación por sustitución, maternidad subrogada o vientre de alquiler?

En relación con esta materia, se advierte que en la literatura usa distintos términos para referirse a ella, sin existir un acuerdo al respecto. Se habla, por ejemplo, de: “maternidad subrogada”, “gestación por subrogación”, “vientre de alquiler” y “úteros de alquiler”, entre otros⁷. Se sostiene también que dependiendo de la valoración ética que se haga, se tiende a recurrir a uno u otro término y cada uno de ellos posee cierta carga valorativa que puede contribuir a reforzar una u otra posición (EMAKUNDE, 2018).

Sin embargo, los términos más usados en la doctrina y legislación son: “**gestación por sustitución**” o “**maternidad subrogada**”. Al respecto, es conveniente para tener presente la distinción que introduce Octavio Salazar (2017) respecto a la terminología a utilizar. El autor indica que, según el diccionario de la Real Academia Española, la palabra “subrogado” significa “sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona”. Sin embargo, esta definición no alcanza a cubrir el horizonte que se abre con las prácticas de reproducción asistida. Agrega que, en el ámbito jurídico, el término “subrogación” evoca la idea de sustitución, ya sea de una cosa o persona por otra, o de una mujer por otra para el caso. Sin embargo, precisa que la subrogación en el ámbito jurídico es también una forma de transmisión de las obligaciones, como cuando se sustituye un acreedor por otro. Esta lógica no puede adjudicarse a la maternidad subrogada, ya que la mujer que contrata no puede ser sustituida por otra mujer contratante. Señala también que, en relación con la maternidad subrogada, la palabra “subrogada”, por su significado, se asocia más bien con aquellos supuestos en los que la gestante, aporta ambas cosas: gestación y material genético (es decir, es también donante de ese material representado en uno o más óvulos que se implantan en su útero). Además, agrega que, hablar de “maternidad” también sería incorrecto, ya que englobaría una realidad mucho más extensa que la gestación, en el entendido de que ser madre supone mucho más que gestar y dar a luz un niño.

Por lo tanto, el autor propone que la denominación más apropiada debiera ser “**gestación por sustitución**”, ya que la mujer que actúa como gestante, precisamente gesta un hijo para otro. Y la palabra “sustitución” especifica que se gesta para otro, y por otro que no puede hacerlo. Esta terminología de gestación por sustitución, es también la utilizada por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, como también por el Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (EMAKUNDE, 2018; 8)⁸.

En cuanto a la terminología “**vientre de alquiler**”, se sostiene que quienes la utilizan lo hacen para dar cuenta de lo polémico del tema, ya que lleva implícita una intencionalidad crítico-reivindicativa, y que

⁷ Para más información sobre terminología utilizada véase LAMM, E. (2013). Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. Barcelona: Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions.

⁸ Se señala que “La singularidad de la práctica conocida como gestación subrogada en sentido pleno o vientre de alquiler radica en que el vientre que acoge el embrión no es el de la mujer propietaria del óvulo fecundado, el vientre es el de una mujer que se presta a gestar el embrión de otra mujer, de modo que la mujer gestante no guarda relación genética con la o el niño.(EMAKUNDE; 2018: 9)

remite a la relación mercantil, de compraventa, que tiene lugar entre los padres y madres de intención y la madre gestante (EMAKUNDE, 2018).

2. Concepto de gestación por sustitución

Para definir la gestación por subrogación, se remitirá a lo establecido por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: “Es una práctica de reproducción mediante un “tercero”, en la que el aspirante o aspirantes a progenitor y la madre de alquiler, convienen en que esta se quede embarazada, geste y dé a luz a un niño. Esto se formaliza mediante contratos o acuerdos de maternidad subrogada, los que suelen contemplar la expectativa o el acuerdo a efectos de que la madre de alquiler traslade jurídica y físicamente al niño al aspirante o aspirantes a progenitor, sin conservar la patria potestad ni la responsabilidad paterna” (ONU, 2018: 3).

Así entonces, las partes formalizan mediante contratos o acuerdos, los derechos, responsabilidades e intenciones, antes del traslado jurídico y físico del niño gestado. Pueden también contemplar en esos acuerdos los derechos de los padres, las obligaciones prenatales de parte de la madre sustituta y el reembolso de los gastos productos del embarazo.

3. Partes involucradas

Generalmente, las personas involucradas en la gestación por sustitución son, por una parte: la mujer gestante (madre gestante, sustituta, mujer o madre portadora) y el aspirante o aspirantes a progenitor (padres potenciales, padres de intención, comitentes).

Respecto a los aspirantes a progenitor, se pueden dar diversos supuestos (FUGARDO, 2018:46):

- a. Pareja heterosexual, en que ambos aportan su material genético, y mandatan la gestación a una mujer, que mediante el procedimiento de fecundación *in vitro* se embaraza.
- b. Pareja heterosexual u homosexual, en la que solo uno de ellos aporta su material genético, y mandatan la gestación a una mujer, la que puede aportar o no sus propios óvulos.
- c. Pareja heterosexual u homosexual, en la que ninguno de ellos aporta su material genético. Los gametos con los que se realiza la gestación son ajenos a la pareja, y el gameto femenino podría o no ser aportado por la mujer gestante.
- d. Persona sola, hombre o mujer que aporta o no su material genético y necesita la gestación de una mujer para llevar a cabo el embarazo.

4. Tipos de gestaciones por sustitución

La gestación por sustitución puede clasificarse conforme a varios criterios donde destacamos los siguientes:

- a) Dependiendo de si existe una relación genética o no con el niño, la gestación por sustitución puede ser (FUGARDO, 2018:44)::

- i. **gestación por sustitución tradicional**, en la que la mujer gestante no solo aporta su gestación sino también sus gametos. En estos casos se recurre a la inseminación artificial.
 - ii. **gestación por sustitución gestacional**, en que la mujer no tiene conexión genética con el niño, ya que se utilizan los gametos de los potenciales padres o de terceros donantes. En estos casos se debe recurrir necesariamente a la fecundación *in vitro*. Las hipótesis que podrían darse aquí son las siguientes:
 - Se utilizan los gametos de ambos padres potenciales, en cuyo caso ambos padres potenciales estarán genéticamente relacionados con su hijo.
 - Se utiliza un óvulo donado y fertilizado con esperma del padre potencial, en cuyo caso ese padre estará relacionado genéticamente con el niño.
 - Se utiliza un óvulo de la futura madre, fertilizado con esperma de un donante, en cuyo caso la futura madre estará genéticamente relacionada con el niño.
 - Se utiliza un embrión de donantes, en cuyo caso ninguno de los padres potenciales estará genéticamente relacionado con el niño, como tampoco lo estará la mujer subrogante.
- b) Dependiendo de si median o no fines de lucro, la gestación por sustitución puede ser (AEGES, Agencia española de Gestación Subrogada⁹):
- i. **de carácter comercial**, en que la madre gestante recibe una compensación económica por gestar, durante todo el proceso. Si la madre aporta su propio óvulo la cantidad que recibirá como compensación será mayor.
 - ii. **con fines altruistas**. La madre gestante de una forma altruista, no recibe compensación económica, por la gestación del bebe. Los padres biológicos se responsabilizan de los gastos relacionados con manutención, apoyo psicológico, o necesidades relacionadas con el embarazo durante todo el proceso.

5. Filiación en la gestación por sustitución

La filiación se define como el “vínculo jurídico que une a un hijo con su padre o madre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su inmediato descendiente, o sea su descendiente en primer grado” (RAMOS, 2010: 399). Su determinación es fundamental en el derecho, porque “de él derivan un conjunto de derechos, deberes, funciones, y en general, relaciones entre las personas, que, en muchos casos, perduran para toda la vida” (SCHMIDT C. VELOSO P. 2001: 81)

Tradicionalmente, en la procreación estaban involucrados solo un hombre y una mujer. Sin embargo, en la actualidad, a partir del desarrollo de las técnicas de reproducción asistida, la determinación de la filiación ha planteado una serie de interrogantes jurídicas y prácticas. Algunos autores más tradicionales señalan que el favorecimiento de estas técnicas implica el quiebre del sistema filiativo tradicional, dado

⁹ Disponible en: <http://bcn.cl/2bf8u>

que amenaza con ser sustituido por otro, que ve en los lazos entre padre, madre e hijo, no la fuerza del amor incondicionado, sino solo la de una voluntad negocial (CORRAL, 2000:113). Estas técnicas generan un cuestionamiento del elemento biológico en la filiación, tanto en el plano conceptual, dada la diferencia que se produce entre las nociones de padre y de progenitor, por consecuencia de la distinción entre filiación real o biológica y filiación legal; y, por otra parte, en el plano de las consecuencias jurídico-prácticas asociadas, principalmente vinculadas a determinar la filiación del nacido (ACUÑA, 2013:413).

Por otra parte, todas estas interrogantes se complejizan aún más en la gestación por sustitución, porque tal como señala Eleonora Lamm, podrían eventualmente llegar a intervenir incluso hasta seis personas: “el donante de esperma, la donante de óvulo, la gestante, su marido —si tiene— y el padre y madre potenciales” (LAMM, 2013:28). Por lo tanto, a la pregunta de “¿quién es la verdadera madre?”, aparecen varias posibles respuestas: la mujer que gestó; la mujer que no gestó, pero que sin embargo fue la que aportó el gameto; o podría serlo incluso aquella mujer que no participa directamente en el acuerdo de subrogación, pero participa como un 3° donante.

Con el objeto de dilucidar estas interrogantes, la doctrina establece diferentes teorías especialmente respecto a la determinación de la maternidad en estos casos, para tener en consideración (LAMM, 2013:33 - 47):

- a. **Teoría de la contribución genética:** Sostiene que, si la mujer gestante solo aporta la gestación, debe ser considerada madre, la madre potencial que aportó el gameto. Como argumentos a favor de esta teoría está el hecho de que existe certeza genética “científicamente verificable”. Sin embargo, esta solución es difícil de aplicar en los casos de gestación por sustitución, cuando hay una tercera mujer que dona el óvulo o es la misma mujer gestante quien además de gestar fue donante.
- b. **Teoría de la preferencia de la gestante:** Sostiene esta teoría que la maternidad se define por la gestación y se determina por el parto. Por lo tanto, será siempre la madre legal y la que tiene todas las responsabilidades respecto del hijo, la madre gestante que da a luz a un hijo, aunque el óvulo provenga de otra mujer. Ello no impide a la gestante cumplir con acuerdos de gestación por sustitución y, por ejemplo, dar en adopción al hijo. De este modo, esta presunción de gestación puede servir como una garantía judicial contra los contratos de gestación por sustitución injustos en que se explota a las mujeres gestantes.
- c. **Teoría de la intención:** Esta teoría sostiene que es madre quien desea serlo, de forma de que existe una “voluntad procreacional”, que es independiente del de su aporte genético. Esta teoría es la que más se acercaría según la autora, a dar una respuesta a las problemáticas que enfrentan en la actualidad las técnicas de reproducción asistida, donde la voluntad debe considerarse como un elemento determinante a efectos de determinar la filiación. Quienes apoyan esta teoría sostienen que distinguir la filiación según se aporte material genético dilata y condiciona la filiación respecto de los padres potenciales, generando situaciones discriminatorias, por ejemplo, respecto de una pareja en que uno solo aportó el material genético, debiendo el otro, para ser considerado legalmente padre o madre, recurrir por ejemplo a la adopción. Por último, sostienen que en la actualidad el concepto de familia no gira en torno al

vínculo matrimonial, sino que se ha ampliado también a los vínculos solo de afectividad o nuevos modelos de familias (padres solteros, homosexuales, etc.). De esta forma, esta teoría sobre la maternidad subrogada abona posiciones políticas frente a quién debe controlar y en base a qué criterios, la determinación de la filiación, acentuando la libertad de las personas en las nuevas configuraciones familiares que surgen en las sociedades postmodernas.

II. La Gestación por Sustitución en Chile

1. Antecedentes normativos

En nuestro país, no existe actualmente una ley que regule los procedimientos de reproducción humana asistida y, por ende, tampoco una que regule los acuerdos de gestación por sustitución y sus efectos jurídicos. A nivel reglamentario, solo existe una Resolución Exenta del Ministerio de Salud del año 1985, que dicta "Normas Aplicables a la Fertilización in Vitro y la Transferencia Embrionaria", y una Norma General Técnica Nº 159 sobre Orientaciones Técnicas para el manejo de la Infertilidad de Baja Complejidad de 2013, del mismo Ministerio.

2. Proyectos de ley

En el Congreso Nacional, desde el año 1993, se han presentado seis proyectos de ley sobre la materia, todos de iniciativa parlamentaria, a saber:

- [Boletín 1026-07](#)¹⁰ Regula los principios jurídicos y éticos de las técnicas de reproducción humana asistida y establece sanciones para los infractores de sus normas (Archivado);
- [Boletín 4346-11](#)¹¹ Sobre reproducción humana asistida (Archivado);
- [Boletín 4573-11](#)¹² Regula la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida (Archivado).
- [Boletín 6306-07](#)¹³ Sanciona la utilización del vientre materno para el embarazo por encargo de terceros, incorporando un nuevo tipo penal denominado: de la sustitución de la maternidad (Primer trámite constitucional Cámara de Diputados. Comisión de Constitución, Legislación y Justicia).
- [Boletín 11576-11](#)¹⁴ Regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida (Primer trámite constitucional Cámara de Diputados. Comisión de Salud).

¹⁰ Autor: Ex Senador Sebastián Piñera Echeñique.

¹¹ Autor: Ex Senador Mariano Ruiz-Esquide Jara.

¹² Autores: Senador Guido Girardi Lavín; y ex Senadores Roberto Muñoz Barra; y Carlos Ominami Pascual.

¹³ Autores: Diputado Patricio Melero Abaroa; Diputado Ignacio Urrutia Bonilla; Diputado Gastón Von Mühlenbrock Zamora; y Ex Diputados señores Claudio Alvarado Andrade; Enrique Estay Peñaloza; Marcelo Forni Lobos; Javier Hernández Hernández; José Antonio Kast Rist; Claudia Nogueira Fernández; y Felipe Ward Edwards.

¹⁴ Autores/as: Diputadas Marcela Hernando Pérez; Loreto Carvajal Ambiado; y Daniella Cicardini Milla; Diputados señores Vlado Mirosevic Verdugo; Manuel Monsalve Benavides; y Ex Diputados señores Miguel Ángel Alvarado; Guillermo Ceroni Fuentes; Daniel Farcas Guendelman; Marco Antonio Núñez Lozano.

- [Boletín 12106-07](#)¹⁵ Modifica el Código Civil para determinar la identidad de niños y niñas nacidos en gestación subrogada. (Primer trámite constitucional Senado. Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento)

De los seis proyectos de ley, tres de ellos están archivados. Estos tenían como objetivo regular en forma integral las técnicas de reproducción asistida, así como las consecuencias jurídicas y éticas que de estos procedimientos se derivan, en especial, proyecto de ley contenido en el Boletín 1026-07.

Respecto de los tres proyectos restantes, actualmente en tramitación, estos tratan en particular de resolver los temas que genera la gestación por sustitución. Sin embargo, lo hacen con distintos objetivos y se fundan en distintas filosofías sobre el problema: uno de ellos plantea su prohibición absoluta incluso con sanción penal (Boletín 6306-07); el otro permite su regulación, pero solo tratándose de una sustitución altruista (Boletín 11576-11), y finalmente, el tercero plantea resolver el vacío legal sobre la filiación aplicable a los niños que nacen mediante la utilización de la técnica de fertilización *in vitro* con transferencia embrionaria en una tercera persona (Boletín 12106-07).

3. Filiación del hijo concebido mediante técnicas de reproducción asistida

El tema de reproducción humana asistida se planteó por primera vez en nuestra legislación a propósito de la discusión de la **Ley N° 19.585, de 1998**, que modificó el Código Civil y otros cuerpos legales en **materia de filiación**, y que derivó en la introducción de un nuevo **artículo 182 del Código Civil** (CC), cuyo objetivo fue regular la filiación del hijo concebido mediante técnicas de reproducción asistida. En ese sentido CORRAL (1999), haciendo historia de la norma en cuestión y a partir de la discusión legislativa en torno a la Ley N°19.585, indica que el objetivo de esta norma fue precisamente el de resolver el problema filiativo que se estaba produciendo en la época a partir de la introducción de nuevas técnicas reproductivas. El autor desestima que el fin haya sido el de legitimar dichas técnicas, y más bien pretende que la norma busca otorgar protección frente a situaciones de hecho que se pudieran dar. Esta protección consiste fundamentalmente, como se verá, en zanjar el problema de la filiación del hijo que nace de aquellas técnicas e impedir que la filiación que se determine sea impugnada. En el mismo se establece que:

*“Art. 182. El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas.
No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta”.*

De este artículo y la historia de su introducción en la legislación de familia en Chile, se pueden desprender las siguientes ideas:

¹⁵ Autores/as: Senadores señores Felipe Harboe Bascuñán; Jorge Pizarro Soto; y Senadoras Yasna Provoste Campillay; y Ximena Rincón González.

- a) En primer lugar, señala que son padres del niño, nacido bajo estos procedimientos, la mujer y el hombre que se sometieron a estas técnicas.

Por tanto, en esta materia nuestro legislador sostiene que primaría la llamada “voluntad procreacional”. A partir de esto, se puede identificar un cambio de paradigma social, pues se establece una excepción a la regla general en el derecho chileno de familia, según la cual para acreditar la maternidad y paternidad en las acciones de filiación, “propende a realizar el principio de la verdad biológica o real” (ORREGO, A. 2007:78). Al respecto, debemos tener presente que el artículo 198 del Código Civil, a propósito de las pruebas que acreditan filiación, señala que esta puede acreditarse judicialmente mediante toda clase de pruebas. No obstante, las pruebas periciales biológicas pueden por sí solas, tener valor suficiente para establecer la paternidad o la maternidad (artículo. 199 CC). Refuerza la idea de la *verdad biológica*, el artículo 183 del Código Civil que, cuando se refiere a la determinación de la maternidad, lo hace a partir de un hecho biológico, esto es el parto, estableciendo que: “*La maternidad queda determinada legalmente por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil*”.

Esta idea la encontramos incluso en la propia Historia de la ley N° 19.585¹⁶. En el Segundo Informe de la Comisión de Constitución del Senado, de 30 de septiembre de 1997, se constata que esta norma se introdujo en el segundo trámite constitucional, seguido en el Senado. Se consigna en el Informe respectivo que, los efectos en materia de filiación derivados de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida fueron largamente debatidos por las Comisiones de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento y de Salud, el año 1997, cuando estudiaron, unidas, las indicaciones formuladas al proyecto de ley que regulaba los principios jurídicos y técnicos de esas nuevas formas de reproducción humana (Boletín N° 1026-07).

Se dejó constancia, que las comisiones unidas coincidieron en la necesidad de establecer con absoluta claridad que la donación de gametos –aceptada por la mayoría de sus integrantes— no genera parentesco, y que el hombre y la mujer que se sometieron a las técnicas de reproducción humana asistida, no pueden posteriormente impugnar su paternidad o maternidad, invocando el hecho de que no son los progenitores biológicos más aun en condiciones de que aceptaron previamente que en ellas se utilizaran gametos donados. Los parlamentarios estuvieron de acuerdo también en que era conveniente establecer, en el Código Civil en materia de filiación, una norma que disponga que los padres del hijo concebido mediante la aplicación de estas técnicas son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas; que se prohibiera impugnar la filiación determinada de acuerdo a esa regla, así como reclamar una distinta y que se puntualizara que el uso de gametos de otra persona en la fecundación no generaría parentesco alguno, y no se admitiría la alegación de paternidad o maternidad de aquélla.

Por último, hay que destacar también lo señalado en la Historia de la Ley que cuando se discutía la Ley N° 19.585 en la Sala del Senado¹⁷, por la señora Josefina Bilbao, Ministra Directora del Servicio

¹⁶ Véase la Historia de la Ley N° 19.585, de 1998, que modificó el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación en: <http://s.bcn.cl/21z3z>

¹⁷ Discusión en Sala, 06 de mayo, 1998. Diario de Sesión en Sesión 12. Legislatura 337.

Nacional de la Mujer en el gobierno de Eduardo Frei Ruiz Tagle. Aquí se refuerza la idea de que este artículo 182 que se venía a introducir en el Código Civil, le da primacía a la “voluntad procreacional” por sobre “la contribución genética”. Esto, al señalar expresamente que: *“La idea que subyace a esta norma, compartida plenamente por el Ejecutivo, es dar primacía a la “voluntad de acogida” que tuvieron esos padres por sobre los derechos que pudieran reclamar los que hubieran aportado material genético. Éste no es un principio nuevo, ya que la voluntad de acogida está en la base de la elaboración de las normas sobre adopción, que hoy también se discuten”*.

- b) No se permite impugnar la filiación ni se admite reclamar una diferente en los casos en que haya tenido lugar estas técnicas. De esta manera, se dejaría fuera la posibilidad de que los donantes de óvulos o de espermatozoides puedan reclamar la paternidad, con lo que se refuerza la voluntad procreacional. Citando a Schmidt C. y Veloso P. (2001: 127), parece atendible que la ley establezca, sin posibilidad de discutirlo que prime una paternidad formal como vínculo jurídico. En cambio, es discutible la solución de negar el derecho del menor a conocer su origen biológico¹⁸, pues se le estaría privando de su derecho de identidad. Asimismo, la norma legal es suficientemente amplia para “en principio” sostener que este artículo se refiere a cualquier procedimiento de reproducción asistida, incluido la donación de gametos e incluso la gestación por sustitución. (SCHMIDT C. y VELOSO P. 2001: 126).
- c) En cuanto a la relación conyugal de las personas, si bien no se exige una relación de matrimonio entre las personas que se someten a las técnicas de reproducción, permite que estos procedimientos solo sean efectuados por un hombre “y” una mujer (usa la conjunción “y”), lo que pareciera indicar que excluiría a las personas solteras y parejas del mismo sexo.
- d) Finalmente, es preciso dar cuenta de una posible cuestión de legalidad respecto de los acuerdos contractuales que se puedan producir entre una pareja y una posible madre gestante. Como se ha visto, la norma del artículo 182 es lo suficientemente amplia como para reconocer la existencia de una multiplicidad de técnicas de reproducción asistida que son hábiles para producir filiación. Entre ellas, como el mismo Corral advierte (1999: 2) se encuentra la de la subrogación o gestación por cuenta ajena. El autor, con todo, llama la atención acerca de la legitimidad de los acuerdos de maternidad subrogada, los que en su concepto adolecen de causa y objeto ilícito y en consecuencia no son ejecutables, quedando la madre gestante que da a luz, amparada en su maternidad por el hecho del parto, a partir del artículo 183 del Código Civil. Esto tiene importantes consecuencias filiativas: la más importante es que, como Corral afirma, no podría negarse al hijo la acción de filiación en contra de la madre que lo dio a luz, en cuyo caso no tendría lugar la prohibición de impugnar la filiación que establece el artículo 182, inciso 2º, que ya se ha analizado anteriormente. Este problema ha sido esbozado por Corral en una nota al pie del texto referido, pero ha sido tratado de modo más sistemático en su trabajo de 2013, *“Maternidad Subrogada: Sobre la Pretensión de Formalizar la Filiación Perseguida Mediante la Adopción o Recepción de su Práctica en el Extranjero”*, incluido en el volumen editado por Gómez de la Torre y Lepín. En este trabajo, Corral

¹⁸ Las mismas autoras señalan que SCHMIDT C. y VELOSO P. (2001: 128), en el derecho comparado hay países que han legislado señalando que se reconoce el derecho del niño a conocer la identidad del progenitor biológico, aunque ello no signifique atribuirle responsabilidades jurídicas de la paternidad (Alemania, Suecia, Austria, Suiza).

afirma que el acuerdo contractual para gestar un hijo debe considerarse nulo, pues recae sobre un servicio personalísimo que es intransferible o moralmente imposible, recogiendo en el supuesto del artículo 1461 del Código Civil sobre objeto ilícito. Asimismo, para Corral esta clase de acuerdos vulneraría el principio de indisponibilidad del estado civil, el que no es negociable de acuerdo al derecho de familia chileno pues obedece a normas de orden público que se sustraen de la libre contratación (CORRAL; 2013; pág. 170 - 171). No obstante, la ilicitud de esta clase de acuerdos a la luz del actual derecho de familia, puede someterse evidentemente a discusión.

III. Legislación comparada

Actualmente no existe un único principio político a partir del cual se haya legislado respecto de esta materia. Cada país ha adoptado decisiones regulatorias en base a su realidad social y a ciertos consensos éticos construidos sobre su propia historia. Incluso en algunos países federados, el tema se encuentra solo resuelto a nivel de estados, lo cual hace que exista en el mismo país variables soluciones jurídicas. Al mismo tiempo, no existen actualmente tratados internacionales sobre la materia (EMAKUNDE, 2018:20).

Por lo tanto, de la investigación efectuada, y basándonos en el criterio de si la gestación por sustitución es comercial o altruista, podemos distinguir lo siguiente:

1. Existen países que **prohíben** expresamente en sus legislaciones cualquier tipo de gestación por sustitución. Como es el caso de **Alemania, España, Francia**. Estos países han condenado cualquier práctica de gestación por sustitución, por ser contraria a la dignidad humana de la mujer, y consideran que su autorización implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros, especialmente respecto de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo donde esta práctica está legalizada, creándose una verdadera “industria” al respecto (Parlamento Europeo, 2016).
2. Por otra parte, existen países que **permiten** la gestación por sustitución, pero solo **con fines altruistas**, siendo ilegal la sustitución comercial. Dentro de estos países que la permiten, los hay con distintos matices, más o menos restrictivos. Así, encontramos países como **Canadá** donde se acepta realizar este procedimiento sin exigencias médicas, aceptando incluso que estos procedimientos lo efectúen no solo parejas heterosexuales, sino que también homosexuales, lesbiana y personas solteras. En el caso de **Australia**, no hay una ley nacional, cada estado lo resuelve en forma independiente, siendo *Queensland* uno de los estados más liberales, ya que no solo personas heterosexuales pueden optar a este procedimiento, sin embargo, exige que existan razones médicas de no poder concebir para poder realizarla. En **Portugal y Uruguay**, expresamente se señala que se debe llevar a cabo en forma excepcional, cuando la mujer no puede embarazarse por razones médicas que deben justificarse, y además se impone que la mujer gestante sea un familiar. En **Países Bajos y en Estados Unidos**, en los estados de **Michigan y Nueva York**, existen leyes que prohíben expresamente la subrogación comercial, y nada dicen respecto a la altruista, sin embargo, en la práctica se acepta.

De los países que aceptan la subrogación altruista, la razón podría radicar en que esta constituye una práctica reproductiva para solucionar mayormente la infertilidad de las mujeres o parejas que recurren a ellas. Sostienen que es una solución para aquellas mujeres que desean ser madres, pero que presentan una condición médica que no les permite embarazarse (ausencia de útero, tratamiento contra el cáncer, abortos involuntarios frecuentes, etc.). Por otra parte, se trata de un método no solo buscado por parejas heterosexuales, sino también por hombres y mujeres solteros o en parejas del mismo sexo que desean tener sus propios hijos, aunque esto último no se permite aun de forma general en países de Occidente. Por último, se señala que se ha generado una mayor demanda de este método debido a las dificultades que presentan los procedimientos de adopción en cuanto a los requisitos y plazos, De esta manera, la maternidad subrogada podría estar funcionando como una alternativa a sistemas de adopción que no logran cumplir las expectativas que generan (MILLBANK, 2013).

3. Existen países que **permiten la gestación por sustitución comercial**, como es el caso de algunos estados de Estados Unidos.

Respecto de **Estados Unidos**, debemos señalar que es un caso particular, pues a nivel federal no existe ninguna ley que permita ni prohíba la gestación por sustitución, sea esta altruista o comercial¹⁹. Por lo tanto, cada estado ha adoptado diversas soluciones respecto a la gestación por sustitución, principalmente respecto de la comercial, pues la gestación por sustitución altruista, con determinados requisitos, es aceptada por todos los estados. Así entonces, existen estados que han prohibido expresamente la gestación por sustitución comercial, declarándose nulos los contratos que se celebren. Estos estados son, el estado de Nueva York, Michigan, Arizona²⁰ e Indiana²¹.

Por otra parte, respecto de aquellos estados que permiten la gestación por sustitución comercial puede identificarse una gradiente de restricciones a la gestación por sustitución, a partir de los requisitos que se establecen para llevarla a cabo. En ese contexto se dice que, hay estados más amigables con la subrogación ("*surrogacy friendly*"), que otros, aun cuando ambos la permitan²². Esto significa que otorgan órdenes prenatales independientemente del estado civil de los padres, la orientación sexual y, en algunos casos, la relación genética con el bebé. Estos estados son: California, Connecticut, Delaware, Distrito de Columbia, Maine, Nuevo Hampshire, Nevada, Oregón, Rhode Island y Washington. Mientras que hay otros que también la permiten pero con más restricciones, tales como Alabama, Alaska, Arkansas, Colorado, Florida, Georgia, Hawai, Idaho, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Luisiana, Massachusetts, Maryland, Minnesota, Misisipí, Misuri, Montana, New Jersey, Nebraska, Carolina del Norte, Dakota del Norte, Nuevo Mexico, Ohio, Oklahoma, Pensilvania, Carolina del Sur, Dakota del Sur, Texas, Utah, Tennessee, Vermont, Wisconsin, Virginia del Oeste, Virginia y Wyoming.

¹⁹ En esta materia se consultó en gran parte la información en Creative Family Connections LLC. Disponible en: <https://www.creativefamilyconnections.com/us-surrogacy-law-map/>

²⁰ [Arizona Revised Statutes Title 25 Marital and Domestic Relations](#)

²¹ [Código de Indiana §31 art. 20](#)

²² Información disponible en: <https://surrogate.com/intended-parents/surrogacy-laws-and-legal-information/surrogacy-laws-by-state/>

4. Finalmente, existen también países en que aún **no existe legislación** que permita ni que prohíba estos procedimientos de gestación por sustitución, como es el caso de **Chile**. Una de las consecuencias de ello es que los tribunales y autoridades competentes para poder resolver estos temas, deben aplicar las normas generales sobre filiación y adopción.

1. Países donde se prohíbe cualquier tipo de gestación por sustitución

A. Alemania

La **Ley de protección del embrión 745 de 1990** (*Gesetz zum Schutz von Embryonen*), prohíbe expresamente (artículo 1.7) la gestación por sustitución, estableciendo que su incumplimiento es un delito penal, sancionado con una pena de cárcel de hasta 3 años y multa. Por su parte, el Código Civil Alemán (artículo 1591) señala que “la madre de un niño es la mujer que la dio a luz”. Por lo tanto, en caso de producirse la gestación por sustitución, se establece que la madre legal es la madre sustituta, aun cuando no comparta material genético con el niño.

B. España

La **Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida**, se refiere en el artículo 10 en forma específica a la gestación por sustitución, estableciendo que es “nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”. Luego el mismo artículo señala que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución está determinada por el parto, quedando a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

Por su parte, el Código Penal (Ley Orgánica 10/1995) en el artículo 221, tipifica como delito la conducta de quienes, mediando compensación económica, entreguen a otra persona una hija o hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación. La violación de esta prohibición se sanciona con pena de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a diez años.

C. Francia

En Francia, se encuentra prohibida la gestación por sustitución (*gestation pour autrui, GPA*) desde 1994, mediante la **Ley relativa al respeto del cuerpo humano** (*Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain*). Esta Ley introdujo en el Código Civil un artículo 16-7, que establece que: “cualquier convención relacionada con la procreación o la gestación a causa de otro, es nula”. Su incumplimiento es sancionado penalmente, con seis meses de prisión y una multa de € 7.500 (artículo 227-12 Código Penal).

2. Países donde se acepta solo la gestación por sustitución altruista

A. Canadá

En Canadá es posible distinguir una regulación a nivel nacional y varios casos de legislaciones regionales en las provincias.

Nivel Nacional

A nivel nacional, la gestación por sustitución se encuentra regulada en la **Ley de Reproducción Humana Asistida de 2004** (*Assisted Human Reproduction Act, AHR 2004*), formando parte de las hipótesis de los tipos de procedimientos de reproducción asistida, contemplados en la ley. Esta ley constituye un marco legislativo integral y establece como principio fundamental la salud y el bienestar de los niños nacidos mediante la aplicación de tecnologías de reproducción humana asistida. Al mismo tiempo, promueve que no se discrimine a las personas que buscan someterse a procedimientos de reproducción asistida, ya sea por su orientación sexual o estado civil, lo cual permitiría que en Canadá las personas *gay* o solteras pueden también acceder a estos procedimientos de reproducción.

Por otra parte, la ley precisa qué actividades relacionadas con la reproducción humana asistida se encuentran prohibidas, ya sea porque pueden presentar riesgos significativos para la salud y la seguridad humana o bien porque son éticamente inaceptables o incompatibles con los valores canadienses. Estas prohibiciones son consistentes con uno de los principios claves que sustenta esta ley, esto es “se prohíbe el comercio de las capacidades reproductivas de hombres y mujeres”, (artículo 2, letra f).

Dicho lo anterior entonces, la **Ley de Reproducción Humana Asistida de 2004**, permite solo la subrogación con fines altruistas; para lo cual define el concepto de madre sustituta, los requisitos que deben cumplirse; así como prohibiciones y sanciones correspondientes. Se exponen a continuación algunos de los tópicos más relevantes:

Concepto de madre sustituta

Esta ley no define ni señala nada respecto al acuerdo de subrogación que pueda sostener la mujer gestante con los padres potenciales, como ya lo señalamos. Sin embargo, define qué se entiende por **madre sustituta** (*surrogate mother*), estableciendo que es una persona de sexo femenino que, lleva un embrión o un feto concebido mediante un procedimiento de reproducción asistida, y cuyos genes de ese embrión son de los donantes que solicitan la subrogación (o terceros donantes), y que efectúa ese procedimiento con la intención de entregar el niño una vez nacido nacer (artículo 3º).

Requisitos

Se requiere que:

- a) La mujer que será madre sustituta sea mayor de 21 años (artículo 5).
- b) Que el material genético del feto o embrión debe ser aportado por los mismos solicitantes o por tercero donantes, pudiendo ser la mujer gestante, pero debe hacerlo en forma gratuita.
- c) Se permite realizarla a ciudadanos canadienses como a extranjeros.
- d) Admite su aplicación a todos los modelos de familia, es decir, parejas heterosexuales, homosexuales y lesbianas (independientemente de que estén o no casados), así como a hombres y mujeres que quieren ser padres y madres solos.

Prohibiciones y sanciones

En Canadá solo está permitida la subrogación por razones altruistas y se prohíbe expresamente la gestación subrogada comercial (artículos 6 y 7). Así entonces, la ley dispone que ninguna persona puede pagar, ofrecer pagar o anunciar pagos a la madre sustituta. Esta prohibición se extiende también a personas que oficien como intermediarios. Del mismo modo, está prohibido comprar espermias u óvulos de donantes.

Excepciones

La ley contempla excepciones a la prohibición de pago a la mujer gestante, permitiendo reembolsar determinados gastos propios del embarazo o bien reembolsar las pérdidas de ingresos relacionados con el trabajo producto del embarazo (artículo 12).

Respecto a los gastos propios del embarazo, estos se encuentran detallados en el Reglamento respectivo (*Reimbursement Related to Assisted Human Reproduction Regulations: SOR/2019-193*). Se debe tener presente que este artículo 12 entrará en vigencia en junio de 2020²³. El reglamento precisa aquellos gastos, en los que incurre una madre sustituta en relación con su subrogación, que pueden ser reembolsados, previa presentación de facturas.²⁴

En relación a los reembolsos que una mujer sustituta pueda imputar por la pérdida de ingresos relacionados con el trabajo, la ley lo permite siempre y cuando un profesional médico calificado certifique, por escrito, que continuar trabajando puede representar un riesgo para su salud o la del feto. Finalmente, la ley contempla sanciones altas si se infringen estas prohibiciones, que van desde una multa, hasta 500.000.- dólares canadienses²⁵ o prisión de hasta diez años o ambas inclusive.

²³ Para más información ver: <http://bcn.cl/2b502>

²⁴ Aquí se encuentran gastos tales como: gastos de viaje, incluidos los gastos de transporte, estacionamiento, comidas y alojamiento; gastos para el cuidado de dependientes o mascotas; gastos por servicios legales; gastos para obtener cualquier medicamento o dispositivo médico que se requiera; gastos para obtener productos o servicios que son proporcionados o recomendados por escrito, por una persona autorizada por las leyes de una provincia para evaluar, controlar y brindar atención médica a una mujer durante su embarazo, parto o posparto; gastos por los servicios de una partera o doula; gastos de alimentos; gastos de ropa de maternidad; gastos de telecomunicaciones; gastos para clases de ejercicio prenatal; gastos de salud, discapacidad, viajes o cobertura de seguro de vida.

²⁵ \$ 268.494.716 Pesos chilenos

Nivel provincial

La legislación nacional no contempla nada respecto a cómo se regulan los **acuerdos o contratos de subrogación**, y si estos son válidos o no. La regulación de esta materia es competencia de las regiones, pese a lo cual la mayoría de estas (aún) carece de una solución legal expresa que defina la filiación tras un acuerdo o contrato de gestación por sustitución.

No obstante, dos casos de regulación provincial son los de **Quebec y la Columbia Británica**, como se expone a continuación:

1. Quebec

En esta provincia se dispone que los acuerdos de gestación por sustitución son nulos, y se recurre a la adopción por consentimiento especial para determinar la filiación de los padres potenciales (LAMM, 2013:149). Lo establecido en Quebec es concordante con las normas de filiación establecidas en el Código Civil, cuyo artículo 541 señala que “Cualquier acuerdo por el cual una mujer se compromete a procrear un hijo para otra persona es absolutamente nulo”. Por lo tanto, no está prohibida la gestación por sustitución, pero sus acuerdos no tienen validez alguna.

2. British Columbia

En esta provincia, estos acuerdos se encuentran permitidos. La Ley de Derecho de Familia de British Columbia (*Family Law Act*) contempla un procedimiento en dos etapas:

- a. Antes de la concepción:** los padres potenciales deben firmar un acuerdo por escrito antes de la concepción de un niño mediante técnica de reproducción asistida. En ese acuerdo se debe establecer que la mujer sustituta es la madre biológica del niño concebido mediante reproducción asistida, y que al momento del nacimiento la mujer sustituta entregará al niño a los padres potenciales, no será más la madre del niño y la paternidad quedará traspasada a los padres potenciales.
- b. Después del nacimiento:** cuando nazca el niño, el padre o los padres potenciales serán los padres, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones: 1) antes de que el niño sea concebido, ninguna de las partes del acuerdo puede retirarse de este; y 2) después del nacimiento del niño: la madre sustituta da su consentimiento por escrito para entregar al niño a los padres potenciales, y los padres previstos tienen el niño bajo su cuidado.

B. Australia

Nivel Nacional

Si bien a nivel nacional, en Australia no existe una ley marco que regule la maternidad subrogada y la filiación que se sigue de ella, esta materia se encuentra regulada por todos los gobiernos estatales, así como por los territoriales, con excepción de Territorio del Norte (*The Northern Territory*) que no tiene aún regulación sobre la materia²⁶.

Así, pueden distinguirse los siguientes cuerpos legales, según territorios o estados:

- Territorio de la Capital Australiana: Ley de parentesco, de 2004 (*Parentage Act 2004*);
- Queensland: Ley de subrogación, de 2010 (*Surrogacy Act 2010*);
- Nueva Gales del Sur: Ley de subrogación, de 2010 (*Surrogacy Act 2010*);
- Victoria: Ley de tratamiento de reproducción asistida, de 2008 (*Assisted Reproductive Treatment Act 2008*);
- Tasmania: Ley de subrogación, de 2012 (*Surrogacy Act 2012*);
- Australia del Sur: Ley de relaciones familiares, de 1975 (*Family Relationships Act*);
- Australia Occidental: Ley de subrogación, de 2008 (*Surrogacy Act 2008*).

Sin embargo, hay que señalar que, en abril de 2016, el Comité Permanente de la Cámara de Representantes de Australia, que examina temas sobre política social y asuntos jurídicos (*House of Representatives Standing Committee on Social Policy and Legal Affairs*), presentó un informe sobre la regulación y los aspectos legislativos de los acuerdos de subrogación de maternidad de las distintas jurisdicciones señaladas. Dentro de las recomendaciones del informe hay que destacar la que señala que Australia debe seguir manteniendo la prohibición de la subrogación comercial. Otra recomendación clave es que el Gobierno de la Commonwealth, junto con el Consejo de Gobiernos de Australia (COAG), considere el desarrollo de un modelo de ley nacional sobre la subrogación altruista en Australia.

En relación al análisis que el Comité citado hace de las legislaciones estatales y territoriales, podemos destacar lo siguiente:

- En todas las jurisdicciones solo se encuentra permitida la subrogación por razones altruistas, siendo completamente ilegal la subrogación comercial.
- En todas las jurisdicciones, la mujer gestante es la que se presume la madre, de tal manera que se debe solicitar a los tribunales una sentencia que reconozca el acuerdo de subrogación para hacer la transferencia de paternidad. De esta forma, el modelo tiende a que el acuerdo reciba un reconocimiento judicial y la filiación se siga de este reconocimiento.

²⁶ Se debe tener presente que Australia está dividida en seis estados y dos territorios continentales. Los estados son Nueva Gales del Sur (NSW), Queensland (QLD), Australia Meridional o Australia del Sur (SA), Tasmania (TAS), Victoria (VIC) y Australia Occidental (WA). Mientras que los dos territorios continentales son el Territorio del Norte (NT) y el Territorio de la Capital Australiana (ACT).

- Los acuerdos de subrogación no son exigibles en virtud de la ley. Esto significa que los padres potenciales no tienen ninguna acción contra una mujer gestante si decide quedarse con el niño o interrumpir un embarazo. Al mismo tiempo, la mujer gestante tampoco puede emprender acciones legales contra los futuros padres para hacer cumplir el acuerdo de subrogación.
- En Queensland, Victoria y Australia Occidental se exige expresamente que este acuerdo lo puedan suscribir los padres potenciales que por razones médicas no pueden concebir o llevar un embarazo a término, de manera que no es una forma de procreación abierta a la población general.
- En las jurisdicciones de Australia Occidental y Victoria, se requiere que estos acuerdos de subrogación sean previamente aprobados por un Consejo de Revisión y en el contexto de un tratamiento de fertilidad (*Western Australian Reproductive Technology Council y Patient Review Panel*).
- En general, solo está permitida la subrogación para parejas heterosexuales. Sin embargo, en algunas jurisdicciones se permite que los padres potenciales puedan ser del mismo sexo, como es el caso de Queensland, Territorio de la Capital Australiana (ATC), Victoria y Tasmania.
- Respecto a permitir que estos acuerdos de subrogación puedan ser suscritos por padres solteros, la ley expresamente lo prohíbe en las jurisdicciones del Territorio de la Capital Australiana, Australia Occidental y Australia del Sur, mientras que si es permitido en Queensland, Nueva Gales del Sur y Tasmania.
- Finalmente, en tres jurisdicciones, Territorio de la Capital Australiana, Queensland y Nueva Gales del Sur, su legislación incorpora disposiciones extraterritoriales, que prohíben realizar acuerdos de subrogación comercial internacional a los residentes de esas jurisdicciones.

En este informe, analizaremos con mayor profundidad la legislación de Queensland, por ser esta una de las más recientes en las jurisdicciones señaladas, y que regula específicamente el acuerdo de subrogación en el procedimiento de gestación subrogada. Además es uno de los estados que permite la sustitución por gestación tanto gestacional como tradicional.

Nivel estatal:

Queensland (QLD)

Desde el año 2010 entró en vigencia la **Ley de Subrogación de 2010** (*Surrogacy Act 2010*). Esta solo permite la subrogación por razones altruistas y prohíbe la subrogación comercial. Solo se permite que a la madre gestante se le reembolsen los costos razonables asociados a la gestación, tales como gastos médicos, legales y de asesoramiento.

Concepto de acuerdo de subrogación

Uno de los aspectos más relevantes de esta Ley es la definición del acuerdo de subrogación (*surrogacy arrangement*) en la sección 7. Este se entiende como un acuerdo, arreglo o entendimiento entre una mujer (madre gestante) y otra persona o pareja, donde por una parte, la mujer, acepta quedar embarazada o tratar de quedar embarazada, con la intención de que el niño nacido de ese embarazo sea considerado como hijo de la persona o pareja con la que se celebró el acuerdo y no de la mujer

gestante, obligándose esta última ceder a las otras personas la custodia y tutela del niño. Por otra parte, los padres potenciales se obligan a ser responsables permanentes de la custodia y tutela de ese niño.

Requisitos del acuerdo

- a. Para llevar a cabo este acuerdo de subrogación se requiere que exista una necesidad médica o social de parte de los potenciales padres. Para ello la ley prevé tres hipótesis de este estado de necesidad: 1) Que se trate de una pareja compuesta por un hombre y una “mujer elegible” (*eligible woman*). La ley define que *eligible woman*, es una mujer que no puede concebir, o bien que, pudiendo hacerlo, no puede llevar un embarazo a término, o por razones de salud es probable que no sobreviva un parto, o que dado un embarazo se afecte considerablemente su salud; por último, es considerada *eligible woman* la mujer que se encuentre en riesgo de concebir a un niño afectado por una condición genética atribuible a la mujer o con bajas posibilidades de sobrevivir al parto; 2) Que sean dos hombres, por lo tanto la ley permite estos acuerdos para parejas gay homosexuales (necesidad social); y 3) Que sean dos mujeres “elegibles”, es decir esta es la hipótesis de parejas lesbianas en que ninguna de las dos puede por razones médicas tener un embarazo.
- b. Puede ser donante la mujer gestante, solo se exige que sea altruista.
- c. El acuerdo debe realizarse antes del embarazo.
- d. La madre subrogante y los potenciales padres deben ser mayores de 25 años y ser residentes en Queensland.
- e. Se requiere la intervención de un consejero debidamente calificado para ambas partes, que asesore sobre el acuerdo de subrogación, principalmente en lo relativo a sus implicancias sociales y psicológicas. Este consejero, debe emitir una declaración jurada al respecto la cual debe ser acompañada en la solicitud de paternidad (sección 25).
- f. Finalmente, se requiere la intervención de un abogado, que asesore sobre el acuerdo de subrogación, principalmente en lo relativo a sus implicancias legales. Este abogado debe emitir una declaración jurada al respecto, la cual debe ser acompañada en la solicitud de paternidad (Sección 25).

Cómo se traslada la paternidad

Cuando el niño nace, la ley considera que es madre la mujer gestante, y lo será hasta que la paternidad se transfiera a los padres potenciales, de tal manera que el registro de nacimiento se hace por la mujer o padres gestantes si es que la mujer es casada. El niño puede vivir con los padres potenciales desde que nace, pero legalmente no serán los padres sino hasta que un Tribunal se pronuncie mediante una sentencia (“*parentage order*”).

Por lo tanto, producido el nacimiento, si las partes acuerdan continuar con el acuerdo suscrito, los padres potenciales solicitan a los tribunales de familia que se pronuncie, y que les permita transferir la paternidad legal del niño a los padres potenciales, en cumplimiento del acuerdo de subrogación. La solicitud debe hacerse dentro de un período de no menos de 28 días y no más de seis meses después del nacimiento, salvo que se justifique que el incumplimiento del plazo se produjo por circunstancias excepcionales, debiendo el juez tener en cuenta también el bienestar y el interés superior del niño.

Dictada la sentencia, la mujer gestora deja de ser legalmente la madre de ese niño y los padres potenciales pasan a ser los verdaderos padres. Asimismo, se consolidan todas las relaciones de parentesco que puedan derivarse de la paternidad – maternidad. Sin embargo, la ley dispone que este vínculo con los padres gestantes no se pierde si se produjera un delito de abuso sexual, imputable a los padres a los que se transfirió la paternidad; en cuyo caso se considera que el niño mantendrá las relaciones familiares que existieron antes de la realización del pedido de parentesco, como las nuevas relaciones familiares que produce la orden de parentesco dictada por el Tribunal (Sección 39).

Prohibiciones y sanciones

La ley prohíbe la subrogación comercial (Sección 56) estableciendo, en caso de incumplimiento, penas de multa²⁷ o de 3 años de presidio para las partes que realizan el acuerdo. Solo se permite el pago respecto a los reembolsos de los gastos médicos incurridos como efecto del embarazo. También se sanciona con las mismas penas a quienes presten sus servicios profesionales para un acuerdo de subrogación comercial.

C. Portugal

En Portugal, la gestación por sustitución está permitida desde el año 2016, solo con fines altruistas y con ciertas restricciones como veremos. Sin embargo, esta ley desde su aprobación ha sido objeto de varias polémicas, lo cual ha afectado su aplicación en la práctica.

Historia de la legislación

Para contextualizar el tema, Portugal aprobó la **Ley 32/2006 sobre la utilización de técnicas de reproducción asistida** (*Lei n.º 32/2006, procriação medicamente assistida*), en la cual al igual que otros países europeos declaraban la nulidad de los contratos de gestación por sustitución.

Diez años después, el legislador aprobó la **Ley N° 25/2016 que regula el acceso a la gestación por sustitución** (*Lei n° 25/2016 Regula o acesso à gestação de substituição*), la cual modificó la Ley 32/2006, incorporando un criterio absolutamente diferente al anterior, al aceptar la validez de los contratos de gestación por sustitución. Específicamente, en el artículo 8 original de esta ley, el legislador **define gestación por sustitución** (*Gestação de substituição*), como “cualquier situación en que la mujer está dispuesta a tener un embarazo por otro y entregar al niño después del parto, renunciando a los poderes y deberes propios de la maternidad”.

Luego, establece como **requisitos** para que proceda la gestación por sustitución, los siguientes:

²⁷ La ley establece como multa 100 unidades de pena (*penalty unit*). Una *penalti unit* (PU) es una cantidad fija de dinero que se fija anualmente y de valores distintos dependiendo el estado o territorio, para establecer el valor de las multas. Se calcula multiplicando el valor de 1 unidad de penalización por el número de unidades de penalización establecidas para el delito. El valor de la unidad de penalización en Queensland es de \$ 133.45 (vigente desde el 1 de julio de 2019). Si la persona no puede pagar la multa existe una equivalencia de cárcel equivalente para Nicumplir la sentencia. Más información en: <http://bcn.cl/2b4h6>

- a. Que sea efectuada de manera excepcional. Esto es cuando la mujer no puede embarazarse por ausencia de útero, lesión o enfermedad que impida absoluta y permanentemente un embarazo, o en situaciones clínicas que lo justifiquen;
- b. Solo puede llevarse a cabo mediante una técnica de reproducción médicamente asistida y utilizando los gametos de al menos uno de los padres potenciales.
- c. Se prohíbe a la mujer gestante sustituta donar sus óvulos para este procedimiento.
- d. Para que se pueda ejecutar el contrato se requiere autorización previa del Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida (*Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida*), *previo informe médico*;
- e. Debe ser gratuito. Se prohíbe cualquier pago a la mujer gestante, excepto los gastos derivados del embarazo, incluido transporte.
- f. Se prohíbe también que se lleve a cabo cuando entre las partes existe una relación de subordinación económica, ya sea laboral o de prestación de servicios;

En materia de filiación, se dispone que el niño nacido a través de un embarazo mediante gestación por sustitución se considerará hijo de los padres potenciales.

Por último, el artículo 39 de la Ley 25/2016, establece las sanciones para el caso de infracción:

- Si el tratamiento tiene lugar fuera de los centros autorizados por el Ministerio de Salud, la sanción puede ser de hasta 3 años de prisión.
- La gestación subrogada comercial está prohibida, por lo que si los padres de intención ofrecen una remuneración o compensación a la gestante más allá del reembolso de los gastos ocasionados por la transferencia embrionaria, el embarazo y el parto, arriesgan una pena de hasta 2 años de prisión y 240 días-multa. Mientras, a la gestante se puede imponer una sanción de hasta 240 días multa²⁸ si acepta dinero por sus servicios.
- Si el contrato no respeta las disposiciones previstas por la ley, pero se mantiene la naturaleza altruista del mismo, las penas pueden ser de hasta 1 año de cárcel y 120 días-multa para los padres de intención y hasta 120 días-multa (sin pena de cárcel), para la gestante.
- Ser intermediario o promover directamente la realización de contratos de gestación subrogada contrarios a la legislación portuguesa, puede ser sancionado por 2 años de prisión.
- Obtener beneficios económicos de la celebración de contratos de gestación subrogada o de su publicidad, se puede sancionar con hasta 5 años de prisión.

Modificaciones legales

Sin embargo, esta ley aprobada por el Parlamento (*Assembleia da República*), fue revisada por el Tribunal Constitucional a petición del CDS - Partido Popular²⁹. Así, el año pasado, mediante sentencia Nº 225/2018, el Tribunal Constitucional se pronunció declarando esta ley parcialmente inconstitucional, en relación con ciertos artículos³⁰, entre ellos el artículo 8º que regula la gestación por sustitución. En

²⁸ Un día-multa o multa por días, es el pago de cierta cantidad de dinero, establecida por un juez, durante los días determinados.

²⁹ Partido político conservador de Portugal.

³⁰ Sugiero ver respecto de este fallo del Tribunal Constitucional: "*Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição*" de María Margarida Silva Pereira y "Las particularidades del contrato de gestación

este sentido, sostuvo principalmente que en caso de gestación por sustitución se debía considerar la posibilidad de arrepentimiento de la mujer gestante, hasta el final del embarazo, y no, hasta que fuesen iniciados los tratamientos de fertilidad como disponía la ley. La decisión del TC hizo que las parejas que ya habían iniciado los trámites tuvieran que suspender. No obstante, el Tribunal Constitucional permitió que siguiera adelante el único caso en el que ya se había empezado el tratamiento médico: se trataba de una abuela que se prestó para gestar y dar a luz a su nieto, que sin embargo no consiguió quedar embarazada (SILVA, 2017).

En noviembre de 2018, el Bloque de la izquierda (*Bloco de Esquerda*) de Portugal, presentó un nuevo proyecto de ley al Parlamento (Proyecto de ley 1030 / XIII³¹), en el que se modifica el régimen legal, de conformidad con la decisión del TC. En especial el proyecto de ley propone que la madre sustituta puede arrepentirse hasta que el niño esté inscrito en el Registro Civil, que se elimine el régimen de nulidad, y que la ley defina el contenido de los contratos que se celebrarán entre la mujer embarazada y la pareja beneficiaria. El proyecto de ley fue aprobado con indicaciones, el 9 de agosto de 2019. Sin embargo, no se aprobó lo que dice relación con el plazo de arrepentimiento de la mujer sustituta gestante, tal como lo solicitaba el TC, lo que vuelve a poner en duda la efectividad de la ley.

El proyecto de ley aprobado, hizo las siguientes modificaciones al artículo 8°:

- a. Solo se permiten razones médicas excepcionales con un carácter taxativo para poder llevar a cabo este procedimiento: ausencia de útero, lesión o enfermedad de este órgano que impida absoluta y permanentemente un embarazo. Queda fuera la opción de otras situaciones clínicas que lo justifiquen.
- b. Se agrega un nuevo requisito para la mujer gestante, esto es, que haya sido madre antes.
- c. Se debe preferir como mujer gestante un familiar hasta el segundo grado o hasta el cuarto grado en la línea colateral, hasta el segundo grado o adoptante de al menos uno de los padres potenciales.
- d. Se establece taxativamente el contenido que deben tener los contratos de gestación por sustitución³².

por sustitución en la ley portuguesa y la sentencia n° 225/2018 del Tribunal Constitucional” de María Raquel Guimarães.

³¹ Disponible en: <http://bcn.cl/2bali>

³² Las cláusulas deben contener los siguientes puntos:

- Las obligaciones de la mujer sustituta con respecto al cumplimiento de las instrucciones médicas del embarazo y la realización de exámenes y actos terapéuticos considerados indispensables para el correcto seguimiento clínico del embarazo, a fin de garantizar el curso normal del embarazo y el bienestar del niño;
- Los derechos de la mujer sustituta, a participar en las decisiones sobre la elección del obstetra, el tipo de parto y el lugar donde se llevará a cabo;
- Los derechos de la mujer gestante a recibir asesoramiento psicológico antes y después del parto;
- Las obligaciones y derechos de la mujer sustituta, como la posibilidad de negarse a someterse a pruebas de diagnóstico, como la amniocentesis, o la posibilidad de viajar en ciertos medios de transporte o fuera del país en el tercer trimestre del embarazo;
- El suministro de información completa y adecuada, sobre técnicas clínicas y sus posibles riesgos para la salud;
- Proporcionar información a los padres potenciales y a la mujer sustituta sobre el significado y las consecuencias de la influencia del estilo de vida de la mujer embarazada en el desarrollo embrionario y fetal;

D. Uruguay

La **Ley N° 19.167 de regulación de las técnicas de reproducción humana asistida**, es la ley que regula esta materia.

Esta ley no define la gestación por sustitución ni los acuerdos. Sin embargo, define qué se entiende por técnicas de reproducción humana asistida “el conjunto de tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación de gametos o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo” (artículo 1°).

Luego, la misma ley en el artículo 1°, enumera estas técnicas señalando una lista taxativa sobre qué técnicas hace referencia la ley, esto es: la inducción de la ovulación, la inseminación artificial, la microinyección espermática (ICSI), el diagnóstico genético preimplantacional, la fecundación in vitro, la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de gametos y embriones y la donación de gametos y embriones. La última de las técnicas a que hace referencia la ley, es la **gestación subrogada**, la que procede solo excepcionalmente, como se verá más adelante.

Cabe consignar antes que la ley precisa que cualquier otra técnica que no esté incluida en este listado, requiere una autorización del Ministerio de Salud Pública, previo informe favorable de la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida.

Excepcionalidad de los acuerdos de gestación por sustitución. Requisitos.

Como regla general, la legislación uruguaya establece que son nulos los acuerdos o contratos de gestación por sustitución, sean estos gratuitos u onerosos, e incluso si los gametos o embriones de la mujer o pareja que solicita la gestación subrogada, son propios (artículo 25).

Sin embargo, el legislador estableció una excepción que permite realizar acuerdos de **gestación por sustitución pero solo con fines altruistas**, y con determinados requisitos:

a. La madre potencial no puede gestar un embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas.

-
- Las disposiciones que deben observarse con respecto a cualquier evento de salud que ocurra durante el embarazo, ya sea a nivel fetal o al nivel de la mujer gestante;
 - Las disposiciones que deben observarse en caso de interrupción voluntaria del embarazo de conformidad con las leyes vigentes;
 - La posibilidad de rescisión del contrato por cualquiera de las partes, si hay varios intentos fallidos de embarazo y bajo qué términos puede tener lugar dicha rescisión;
 - Los términos de revocación de consentimiento o contrato de acuerdo con esta ley;
 - La gratuidad del negocio legal y la ausencia de cualquier tipo de imposición, pago o donación por parte de los padres potenciales a favor de la mujer gestante debido al embarazo del niño;
 - Los seguros de salud que puedan estar asociados con el objeto del contrato; y
 - La forma de resolución de disputas a ser adoptada por las partes en caso de desacuerdo sobre la interpretación o ejecución de la transacción legal.

- b. La incapacidad señalada debe ser diagnosticada por el equipo tratante, el que debe elevar un informe a la comisión creada para esta materia, la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida³³ para su conocimiento, la que evaluará si se cumplen las condiciones.
- c. El acuerdo de implantación y gestación del embrión, solo puede celebrarse con un familiar de la madre potencial, en segundo grado de consanguinidad, o de su pareja en su caso.
- d. El embrión que se implanta debe ser propio, esto es aquel que es formado como mínimo por un gameto de la pareja o en el caso de la mujer sola, por su óvulo.

Respecto a la suscripción del acuerdo propiamente tal, la ley señala que este debe ser de naturaleza gratuita y suscrito por todas las partes intervinientes (artículo 26).

Por otra parte, en relación con la Filiación que se produce en esta excepción la ley señala que serán padres, los que hayan solicitado y acordado la subrogación de la gestación.

E. Países Bajos

Es menester destacar que no existe una ley específica sobre gestación por sustitución. La materia se encuentra regulada solo en el **Código Penal holandés**, donde se prohíbe expresamente la gestación por sustitución con fines comerciales. Por lo tanto, *a contrario sensu* se permite la gestación por sustitución con fines altruistas, bajos los estándares que determina la Asociación Holandesa de Obstetricia y Ginecología (*Nederlandse Vereniging voor Obstetrie & Gynaecologie*).

Concepto

En el Código Penal (artículos 151b y 151c) se define lo que se entiende por mujer gestante: “Se considera como tal una mujer que ha quedado embarazada con la intención de dar a luz a un niño en beneficio de otra persona, la cual desea obtener la patria potestad y cuidado del niño a largo plazo”.

Prohibiciones y sanciones

El Código Civil precisa que la subrogación comercial está prohibida, y su promoción o publicidad es ilegal, estableciendo un delito sancionado con prisión o multa para los intermediarios que puedan mediar en este acuerdo; por lo tanto, las agencias de gestantes son ilegales. Se prohíbe también anunciar en sitios web y redes sociales la subrogación, tanto para quien ofrece los servicios de mujer sustituta como para las personas que buscan madres gestantes.

Procedimiento médico para la gestación por sustitución con fines altruistas

Cabe consignar que los médicos participan en cada procedimiento de reproducción asistida que se lleva a cabo en los Países Bajos. En 2018, la Asociación Holandesa de Obstetricia y Ginecología (*Nederlandse Vereniging voor Obstetrie & Gynaecologie*), emitió un nuevo Reglamento modelo (*Modelreglement Embryowet*) respecto de la Ley de Embriones (*Embryowet*) y que aborda también el tema de la gestación por sustitución.

³³ Ver capítulo V de la ley que se refiere a la Comisión señalada.

El procedimiento de la Asociación Holandesa de Obstetricia y Ginecología contempla principalmente los siguientes aspectos:

- a. Se establece que pueden usar este procedimiento las mujeres que reúnan las siguientes condiciones médicas: ausencia de útero, útero no funcional, o trastorno grave que no hace posible un embarazo. Además, se dispone que los hombres (parejas *gay*) también pueden acceder a este tipo de procedimiento.
- b. Con el objeto de evitar embarazos múltiples se propone la transferencia de solo un embrión.
- c. La decisión de iniciar un procedimiento de mujer sustituta la debe tomar un equipo que se conforma al menos por un ginecólogo y un consejero psicosocial, ambos con conocimiento y afinidad en subrogación. Se requiere también un abogado con conocimiento y afinidad en subrogación que asesore a las partes sobre las implicancias legales.
- d. Se realiza una investigación previa sobre el bienestar físico y psicológico de los futuros padres, madres sustitutas y parejas, así como cualquier donante de células sexuales y parejas involucradas. Las mujeres sustitutas deben tener una edad máxima de 50 años.
- e. Se recomienda que, de acuerdo con el Comité Estatal de Revisión de la Familia (*Staatscommissie Herijking ouderschap*), al menos uno de los futuros padres y la madre sustituta vivan en los Países Bajos, para no obstaculizar la transferencia de la paternidad legal.
- f. Al menos uno de los futuros padres debe estar relacionado genéticamente con el niño. Si esto no es posible, se sugiere previamente consultar al Comité Estatal de Revisión de la Familia si esto puede causar problemas en la transición de la paternidad legal.
- g. Solo se pagan a la madre sustituta los gastos propios del embarazo.

Finalmente, en materia de filiación, se aplican las normas generales establecidas en el Código Civil. En consecuencia, la madre es quien da a luz, independientemente de si comparte o no material genético con el niño nacido. Por tanto, los padres potenciales deben someterse al procedimiento de derecho común de adopción, que es la única manera de garantizar que la responsabilidad parental se transfiera de la gestante, a ellos.

F. Estados Unidos: Michigan y Nueva York

En el **estado de Michigan**, la *Surrogate Parenting Act* declara nulos los contratos de gestación por sustitución comercial (Sección 722.855). Se establece, en caso de incumplimiento, sanciones pecuniarias de hasta USD 10.000.- y/o penas de cárcel de hasta 1 año (Sección 722.859). Además, establece una sanción más grave si se celebra, induce o ayuda en la celebración de un contrato de gestación por sustitución con una mujer menor de edad o que padezca una enfermedad mental o discapacidad. En estos casos la multa puede llegar hasta USD 50.000.- y/o prisión hasta 5 años (Sección 722.857). Respecto de la gestación por sustitución no compensada esta se encuentra permitida pero el proceso debe hacerse con familiares o amigos.

En el caso del **estado de Nueva York**, su legislación establece expresamente en la *Domestic Relations Act* (Sección 8 - 122): "Los contratos de padres sustitutos se declaran contrarios a la política pública de este estado y son nulos e inaplicables". Su incumplimiento impone multas (desde los USD 10.000.-) y

penas de cárcel, no solo para los padres potenciales sino que a todos lo que participen ayudando en este acuerdo.

Respecto a los contratos de subrogación gestacional no comerciales, no están prohibidos, y en ese caso se permite solo recibir pagos y reembolsos permitidos según las leyes de adopción de Nueva York, como, por ejemplo, gastos médicos y hospitalarios relacionados con el embarazo, y gastos de vida ejecutados 60 días antes y 30 días después de la implantación del embrión. Todos los demás pagos están expresamente prohibidos y sujetos a sanciones penales en el caso de que tenga lugar.

3. Países donde se permite la gestación por sustitución con fines comerciales

ESTADOS UNIDOS: California y Nueva Jersey

El caso más emblemático y conocido donde se permite la gestación por sustitución con fines comerciales es Estados Unidos. Sin embargo, como señalamos anteriormente, a nivel federal no existe ninguna ley que permita ni prohíba la gestación por sustitución, sea esta altruista o comercial, por lo tanto, cada estado ha adoptado diversas soluciones respecto a la gestación por sustitución, con considerables variaciones regionales, existiendo incluso estados que prohíben expresamente la gestación por sustitución comercial, como vimos en los casos de los estados de Nueva York y de Michigan.

A su vez, dentro de los estados que permiten la gestación por sustitución comercial, puede identificarse una gradiente de restricciones a la gestación por sustitución, a partir de los requisitos que se establecen para llevarla a cabo. En ese contexto se dice que, hay estados más amigables con la subrogación (“*surrogacy friendly*”;) que otros. A continuación, veremos el caso de dos estados, por una parte California, señalado dentro de los estados amigables y el caso del estado de Nueva Jersey que la permite también en su legislación, pero con mayores restricciones³⁴:

A. California

California es considerado uno de los Estados más “amigables” para la sustitución. La gestación por sustitución se encuentra permitida legalmente desde el año 2013, en conformidad a lo establecido en *California Family Law, Sections 7960–7962*.

California, permite a los padres potenciales establecer derechos legales de paternidad antes del nacimiento de su hijo, sin tener que pasar por procedimientos de adopción, como en los demás estados. Además, permite suscribir este acuerdo independientemente de si los padres están o no casados o si son parejas del mismo sexo, o incluso personas LGBT.

Concepto

Las Secciones 7606 y 7962 de la ley de familia señalada, definen en primer lugar lo que se entiende por acuerdo de reproducción asistida o “*Assisted reproduction agreement*”. La ley señala que es un contrato

³⁴ En esta materia se consultó en gran parte la información en Creative Family Connections LLC. Disponible en: <https://www.creativefamilyconnections.com/us-surrogacy-law-map/>

escrito, suscrito por una persona que pretende ser el padre legal de un niño o niños nacidos a través de reproducción asistida y que define los términos de la relación entre las partes del contrato.

Luego, la ley señala que **padre potencial (“Intended parent”)** es una persona, casada o soltera, que, como resultado de una técnica de reproducción asistida, manifiesta su intención de estar legalmente obligado como padre del niño que se concibe mediante esa técnica. Asimismo, se habla de **mujer sustituta (“surrogate”)**, como aquella que mediante una técnica de reproducción asistida, procrea y da luz para otro, en virtud de un acuerdo por escrito. La ley distingue claramente que puede haber dos tipos de mujeres sustitutas:

- a. **Sustituta tradicional (“Traditional surrogate”)**. La mujer además de gestar es también donante del embrión que se creó, ya que se utilizó su propio óvulo y el espermatozoides del padre potencial o de un donante elegido por los padres potenciales.
- b. **Portadora gestacional (“Gestational carrier”)**. La mujer que mediante un acuerdo de reproducción asistida acepta gestar un embrión que no está genéticamente relacionada con ella.

Requisitos del acuerdo

Si bien California es un estado que permite acuerdos de subrogación con relativa facilidad, existen requisitos que todas las partes involucradas deben cumplir antes, durante y después del nacimiento, para que el acuerdo sea válido y pueda dar lugar a la filiación respecto de los padres y madres potenciales.

Así, se exige que antes de la administración de los medicamentos que se utilizan en reproducciones asistidas o de los procedimientos de transferencia de embriones, se cumpla con los siguientes requisitos:

- a. Tanto los padres potenciales como la mujer gestante estén representados en forma separada por un abogado, esto con el objeto de que se entienda el contrato y sus consecuencias.
- b. Se requiere también de la intervención de un médico y un psicólogo, que resguarden la aplicación de los estándares éticos al proceso.
- c. Los acuerdos de subrogación gestacional deben ser suscritos ante Notario para ser considerados válidos por la ley.
- d. Se requiere que el contrato de subrogación contenga, a lo menos: la fecha de ejecución del contrato; el origen de los gametos; la identidad de los padres potenciales; y el proceso que se seguirá para órdenes prenatales pertinentes.
- e. La ley no señala límites de edad para la mujer que gesta.

Traslado de la paternidad

La Ley de California permite obtener una sentencia judicial que nombra a los padres potenciales como padres legales del niño gestado (y por lo tanto establece la filiación) mediante técnica de reproducción asistida, antes de que este nazca. Es lo que se conoce como orden prenatal “*Pre-birth parentage orders*”. A través de estas se permite que durante el embarazo un juez reconozca que de acuerdo con el contrato firmado, el padre del niño es el padre potencial y deja establecido cómo debe ser inscrito en la partida

de nacimiento. Cuando nazca, la paternidad legal de esta manera está blindada, por lo que se evitaría conflictos de interés respecto de quien es el verdadero padre cuando ocurra el nacimiento.

B. Nueva Jersey

La **Ley del Acuerdo de Portador Gestacional de Nueva Jersey** (*New Jersey Gestational Carrier Agreement Act*), fue promulgada recientemente, el 30 de mayo de 2018, y entró en vigencia de inmediato. Esta ley permite la subrogación por razones comerciales y altruistas, pero establece más restricciones, por ejemplo, excluye específicamente la subrogación tradicional, es decir aquella en que la mujer gestante es además donadora de su óvulo, exigiendo que a lo menos uno de los padres potenciales debe estar relacionado genéticamente con el niño.

Requisitos del acuerdo

En esta ley se manda expresamente que la mujer gestante debe renunciar a todos los derechos respecto del niño que da a luz, y que son los padres potenciales quienes asumen toda la responsabilidad y paternidad del niño al nacer, siempre y cuando se cumpla con los requisitos de exigibilidad que la ley ordena para ser mujer gestante y padre potencial. En relación a la mujer gestante, la ley prescribe que debe ser mayor de 21 años; haber dado a luz a lo menos un niño antes; asimismo, debe ser evaluada médica y psicológicamente antes de celebrar cualquier contrato y requiere la asesoría legal de un abogado, quien la asesora respecto a los términos del acuerdo y posibles consecuencias legales.

En relación a los padres potenciales, estos también requieren efectuar una evaluación psicológica antes de celebrar cualquier acuerdo, así como el asesoramiento de un abogado.

Referencias

- ACUÑA SAN MARTÍN, MARCELA. (2013). Técnicas de Reproducción humana asistida, desafíos del siglo XXI: una mirada transdisciplinaria. Maricruz Gómez de la Torre (dir.). Revista de derecho (Coquimbo), 20(1), 413-419. Disponible en: <http://bcn.cl/2bf8t>
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. LAMPERT, MARÍA PILAR (2018). Acceso a Tratamientos para la Infertilidad en Chile, España, Estados Unidos. Disponible en: <http://bcn.cl/2b7ht>
- COMITÉ DE BIOÉTICA ESPAÑOL (2017). Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada en España. Disponible en: <http://bcn.cl/2b801>
- CORRAL TALCIANI, HERNAN (2000). La filiación en las técnicas de reproducción humana asistida. Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte. Año 7 p. 113.
- CORRAL TALCIANI, HERNAN (2013). Maternidad subrogada: sobre la pretensión de formalizar la filiación perseguida mediante la adopción o la recepción de su práctica en el extranjero. En Gómez de la Torre M. | Lepin Molina, C. (eds). Técnicas de reproducción humana asistida: desafíos del siglo XXI: una mirada transdisciplinaria. Editorial Legal Publishing Chile.
- FUGARDO ESTIVILL, JOSEP M (2018). Procreación humana y acciones de responsabilidad. Derecho español y comparado. Disponible en: <https://www.bcn.cl/catalogo>

- GUIMARÃES, MARIA RAQUEL (2018). As particularidades do regime do contrato de gestação de substituição no direito português e o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 225/20181. Rev Bio y Der. 2018; 44: 179-200. Disponible en: <http://bcn.cl/2ba0e>
- LAMM, ELEONORA (2013). UNESCO, colección de Bioética Universitat de Barcelona. "Gestación por sustitución Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres". Disponible en: <http://bcn.cl/2b63z>
- MILLBANK, JENNI (2013) "Resolving the Dilemma of Legal Parentage for Australians Engaged in International Surrogacy". Disponible en: <http://bcn.cl/2b5wn>
- PACHECO, Sara (2019). La gestación subrogada y la dignidad de la mujer. Universitat Autònoma Barcelona. Disponible en: <http://bcn.cl/2ba02>
- SILVA PEREIRA, MARIA M. (2017). Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição. Disponible en: <http://bcn.cl/2baok>
- SALAZAR BENITEZ, OCTAVIO (2017). UNED. Revista de Derecho Político N° 99, mayo-agosto 2017, págs. 79-120. La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos. Disponible en: <http://bcn.cl/2b632>
- SATZ, Debra (2015) "Por qué algunas cosas no deberían estar en venta: Los límites morales del mercado". Siglo XXI, Buenos Aires, Argentina.
- INSTITUTO VASCO DE LA MUJER, EMAKUNDE (2018). ¿Gestación subrogada o vientres de alquiler?. Disponible en: <http://bcn.cl/2b7zh>
- MINSAL-Chile (2013) Orientaciones técnicas para el manejo de la infertilidad de baja complejidad. Disponible en: <http://bcn.cl/2b7tg>
- ONU. Consejo de Derechos Humanos. 37º período de sesiones 26 de febrero a 23 de marzo de 2018. Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños. Disponible en: <http://bcn.cl/2b5m9>
- PARLAMENTO EUROPEO (2012) El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE. Disponible en: <http://bcn.cl/2b9z3>
- PARLAMENTO EUROPEO (2016). Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2016, sobre la lucha contra la trata de seres humanos en las relaciones exteriores de la Unión (2015/2340(INI)). Disponible en: <http://bcn.cl/2b5wl>

Legislación

Alemania

- Ley de protección del embrión 745 de 1990 (Gesetz zum Schutz von Embryonen). Disponible en: <http://bcn.cl/2ba69>
- Código Civil Alemán (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB). Disponible en: <http://bcn.cl/2ba69>

Australia

Territorio de la Capital Australiana, Ley de parentesco de 2004 (*Parentage Act 2004*). Disponible en: <http://bcn.cl/2b3d9>

Queensland, la Ley de Subrogación de 2010 (*Surrogacy Act 2010*). Disponible en: <http://bcn.cl/2b4fm>

Nueva Gales del Sur, la Ley de Subrogación de 2010 (*Surrogacy Act 2010*). Disponible en: <http://bcn.cl/2b4gh>

Victoria, la Ley de Tratamiento de reproducción asistida de 2008 (*Assisted Reproductive Treatment Act 2008*). Disponible en: <http://bcn.cl/2b4fv>

Tasmania, en la Ley de Subrogación de 2012 (*Surrogacy Act 2012*). Disponible en: <http://bcn.cl/2b4gj>

Australia del Sur, la Ley de Relaciones Familiares de 1975 (*Family Relationships Act 1975*). Disponible en: <http://bcn.cl/2b4gl>

Australia Occidental, la Ley de Subrogación de 2008 (*Surrogacy Act 2008*). Disponible en: <http://bcn.cl/2b4gn>

House of Representatives Standing Committee on Social Policy and Legal Affairs. Inquiry into the regulatory and legislative aspects of international and domestic surrogacy arrangements (2016). Disponible en: <http://bcn.cl/2b4gr>

Canadá

Civil code of Québec. Disponible en: <http://bcn.cl/2b8mx>

Family Law Act British Columbia. Disponible en: <http://bcn.cl/2b8oe>

España

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Disponible en: <http://bcn.cl/2ba6t>

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, Código Penal. Disponible en: <http://bcn.cl/2bado>

Estados Unidos

Domestic Relations Act New York State. Disponible en: <http://bcn.cl/2b911>

California Family Law, Sections 7960–7962. Disponible en: <http://bcn.cl/2b93u>

Francia

Código Civil. Disponible en: <http://bcn.cl/2bae2>

Código Penal. Disponible en: <http://bcn.cl/2bae2>

Países Bajos

Código Penal Wetboek van Strafrecht. Disponible en: <http://bcn.cl/2baou>

Government of the Netherlands. Legal and illegal aspects of surrogacy. Disponible en: <http://bcn.cl/2bbbx>

Modelreglement Embryowet NVOG en KLEM definitief augustus 2018. Disponible en: <http://bcn.cl/2bbm1>

Portugal

Lei n.º 25/2016 de 22 de agosto Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida). Disponible en: <http://bcn.cl/2bao8>

Uruguay

Ley Nº 19.167 técnicas de reproducción humana asistida. Disponible en: <http://bcn.cl/2bae4>

Disclaimer

Asesoría Técnica Parlamentaria, está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley. Con lo cual se pretende contribuir a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.



Creative Commons Atribución 3.0
(CC BY 3.0 CL)