



EL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADO
UN DERECHO A PROCREAR NO LEGISLADO

ESCUELA DE DERECHO

Profesor Guía: Alejandro Alarcón

Alumno: Paul Oliver Torrealba Barrera

Santiago, Chile noviembre de 2020

DEDICATORIA

Siempre y en primer lugar a DIOS, porque de Él depende nuestra existencia.

A mi esposa Vanessa Sepúlveda C. porque de ella fue la idea y motivación para emprender este nuevo viaje en insertarme en el estudio del Derecho, y en el tema a desarrollar de esta Tesis

A mis hijos, por su paciencia y espera en los momentos que hoy dejé y no pude estar presente al dedicar concentración y responsabilidad para esta carrera.

Finalmente, a mis Padres, porque nunca dudaron de mí y su ayuda moral, espiritual e incondicional, manifestada como un pilar fundamental en este proceso.

	INDICE	Página
INTRODUCCION	5
1. Capítulo I	8
1.1 Historia de la Maternidad Subrogada		8
1.2 Gestación por sustitución en el Antiguo Testamento.....		8
1.3 Gestación subrogada en Mesopotamia		8
1.4 Casos previos de subrogación gestacional.....		9
1.5 Países de Occidentes, Europa y América Central.....		12
2. Capítulo II	19
2.1 Conceptos:		19
2.2 Maternidad		19
2.3 Subrogación		20
2.4 Contrato		21
2.5 Alquiler		22
2.6 Familia		22
2.7 Matrimonio		22
3. Capítulo III:	24
3.1 Legislación comparada sobre gestación..... Subrogada en Sudamérica.		24
3.2 Argentina		24
3.3 Brasil		26
3.4 Colombia.		28
3.5 Uruguay		30
3.6 Chile		37

3.7 El debate sobre la mesa	37
4. Capítulo IV:	40
4.1 La Constitucionalidad de la Maternidad Subrogada.....	40
4.2 La Dignidad	40
4.3 Dignidad de la persona y maternidad..... Gestacional subrogada	41
4.4 El bloque constitucional de derechos fundamentales.....	46
4.5 Derechos fundamentales consagrados en la..... Constitución Política de la República En derechos discutidos en Maternidad Subrogada	53
4.6 Derecho a la vida	54
4.7 Derecho a Procrear	54
5. Capítulo V:	57
5.1 Análisis del Chile actual y los proyectos de Ley..... en la Materia	57
5.2 La Razón en que se considera un Delito la práctica.....	62
5.3 La maternidad subrogada como un contrato individual..... de trabajo	65
5.4 Problemas generados por la Maternidad Subrogada..... en su variante Contractual	70
6. Capítulo VI	76
6.1 Propuesta para legislar el Derecho a Procrear.....	76
6.2 Un tipo de Contrato para la Maternidad Subrogada.....	77
6.3 Requisitos Legales	78
6.4 Derechos y obligaciones de las partes.....	80
CONCLUSION	85
BIBLIOGRAFIA	87

INTRODUCCIÓN

En Chile, hoy en día no es indiferente hablar el tema de la Maternidad Subrogada ya que las normas de nuestro país son de carácter coercitivo, y que en muchos casos involucra problemas de índole moral. En Chile no existe una ley que regule el Contrato de Maternidad Subrogada, es necesario crearla, más allá de la innovación y avance de la ciencia y porque no, también de la tecnología, es importante tomar en cuenta, que el Derecho también debe innovar, adaptarse e incorporarse en estos avances tomando en consideración principalmente el bien común.

En este trabajo se detallarán los conceptos y hasta las discusiones suscitadas y leyes que impiden el legislar sobre esta materia, que se interpreta para algunos como delitos y que para otros basados en recopilaciones de experiencias y jurisprudencias que podrán avalar la necesidad y oportunidad empírica de crear una ley que no tan solo autorice, sino que también pueda otorgar una protección para esta institución Contratos de Maternidad Subrogada.

Es una oportunidad en dar esperanzas a muchas familias que se ven imposibilitadas de lograr ser Madres y Padres, una oportunidad que es necesario legislar pero antes, es también necesario hacernos las siguientes interrogantes en que sus respuestas nos brindaran la ayuda necesaria para avanzar en este planteamiento, como por ejemplo: ¿cuáles son los inconvenientes o trabas que tiene nuestra legislación que ha ocasionado la demora o el poco interés en trabajar en crear una ley para un contrato de estas características?, ¿se tiene una mala interpretación en la finalidad de legislar en esta materia? ¿Existe un real interés de la población chilena en querer legislar sobre el Contrato de Maternidad Subrogada? Es posible tomar en cuenta por varios autores las definiciones de Maternidad Subrogada conocida también por Gestación por Sustitución, o por el nombre de

Vientre de Alquiler lo cual, se define como La práctica por la que una mujer decide quedar embarazada, lo cual, lleva la gestación a término y da a luz a un bebé que es y será para otra persona o pareja, las cuales se convierten en progenitores del bebé. Hoy en día la definición tiene insertada la frase “Mediante un contrato económico” esto es independiente del sentido u objetivo final que la Maternidad Subrogada quiere alcanzar, cabe distinguir y separar cada concepto para así lograr entender, desde cómo, cuándo y porque nace la idea de crear una norma. Además, es necesario agregar la historia, no tan solo en Chile, sino que también de donde nace la iniciativa de legislar sobre esta materia, de esta forma lograr establecer en derecho comparado el cómo se logró incorporar, las discusiones y controversias que tuvieron tales países.

Sin duda alguna el Estado tiene el deber de garantizar los derechos reproductivos; lamentablemente en Chile la seguridad social no ofrece la posibilidad de que las parejas afiliadas a la misma, con problema de fertilidad accedan a la posibilidad de engendrar en un vientre de alquiler, esto refleja la negatividad de las políticas estatales para procrear y ciertamente favorece a la política económica la reducción de pobreza por medio de la reproducción de la población.

En nuestra Constitución Política de la República en su artículo 19, resultan relevantes en la discusión acerca de la procedencia de la maternidad subrogada en nuestro país. De este modo se analizarán el derecho a la vida y el derecho a procrear, el derecho a la igualdad y la no discriminación arbitraria, el derecho al respeto de la vida privada de la persona y su familia, y el derecho a la salud en relación con los problemas de infertilidad y esterilidad, con el objetivo de comprender sus alcances y límites. Para ello, apoyaremos nuestro estudio en la revisión de la doctrina nacional más destacada en el ámbito constitucional. Cabe mencionar que un contrato de adhesión sobre esta materia, sin una ley que lo regule o fiscalice carecería de seguridad jurídica para las partes ya que versaría sobre

materias que son de orden público, indisponibles para las partes (tanto para un centro médico como para los padres de intención y la madre subrogante) y estaría sujeto a un pronunciamiento judicial para determinar su eficacia, como en el caso visto en Tribunales de Familia

De acuerdo a estas y muchas interrogantes se basarán las hipótesis que nos pondrá en brecha y esperanza de alcanzar la oportunidad de entender del porque y cómo es posible establecer más allá de las conciencias, sino que también dejar plasmado en una ley que nos dará protección en el Derecho de Procrear.

CAPÍTULO I:

1.1 Historia de la maternidad subrogada

Es necesario considerar para esta investigación la Génesis de esta institución, de esta manera nos dará sentido en determinar no tan solo su objetivo o necesidad de la Procreación subrogada, sino que también podemos establecer que no tan solo se trata de algo nuevo para legislar. A través de esta investigación en la historia nos pone en la brecha y dirección exacta que fue creada la idea y que solo hoy en día se perfecciona para el sentido jurídico y al fin crear un derecho.

1.2 Gestación por sustitución en el Antiguo Testamento

En la Biblia del antiguo testamento encontramos lo que se podría considerar como la primera mención a la gestación subrogada. En el Génesis 16:1-16 se relata un caso de infertilidad entre la pareja formada por el Patriarca Abram y su esposa Saray.

Al ver que no pueden concebir, es la propia mujer la que propone a su marido que pruebe con otra mujer:

Saray, la esposa de Abram, no le había dado hijos. Pero, como tenía una esclava egipcia llamada Agar. Saray le dijo a Abram:

“El Señor me ha hecho estéril. Por lo tanto, ve y acuéstate con mi esclava Agar. Tal vez por medio de ella podré tener hijos.¹” El hijo fruto de esta relación sería Ismael.

¹ Génesis capítulo 16, versículo 2 Biblia Reina Valera 1960

² <https://babygest.com/es/historia-casos-previos-gestacion-subrogada/#la-gestacion-por-sustitucion-en-el-antiguo-testamento>

1.3 Gestación subrogada en Mesopotamia

Más concreta es la mención que se halló en unas tablillas cuneiformes descubiertas en 1948 en el yacimiento de Kültepe-Kanesh, en Turquía. Los investigadores descifraron una de las 25.000 tablillas y afirman que se trata de un contrato matrimonial².

Dicho contrato estipula que el marido tiene la opción de recurrir a una prostituta sagrada (una hieródula) o a una esclava en caso de que su esposa legítima no le pueda dar descendencia. El bebé se convierte entonces en el legítimo heredero y la mujer gestante recibe una importante donación o la libertad.

Se trata del primer caso documentado de gestación subrogada conocido hasta la fecha.

A su vez, algunas leyes del Código de Hammurabi (1750 A. C.) indican los procedimientos en caso de infertilidad de la esposa. Se contempla la posibilidad de recurrir a una esclava con fines reproductivos.

Se especifica que la esclava no podrá ser vendida si ha tenido hijos con el marido, lo que se podría considerar como la primera medida conocida de protección de los derechos de la gestante.

La existencia de la gestación subrogada queda así demostrada desde antes de la era cristiana.

1.4 Casos previos de subrogación gestacional

En los últimos 30 años, los avances en las técnicas de reproducción asistida han permitido transformar una práctica antigua en un tratamiento reproductivo real.

Sin embargo, no ha sido un proceso lineal y sencillo. En la mayoría de los casos, no se ha legislado de una manera clara a fin de regular futuros nacimientos por gestación subrogada.

Por el contrario, se han llevado a los tribunales casos conflictivos que, poco a poco, han ido creando jurisprudencia y han hecho avanzar la legislación.

Estados Unidos (en particular el estado de California) es un país pionero en el sector de la gestación subrogada.

Es en Estados Unidos donde se produjeron eventos claves para la realización de la gestación subrogada tal como la entendemos hoy en día.

Comienza el año 1970 gracias a la inseminación artificial, se abrió una nueva y polémica forma de crear una familia gracias a la maternidad subrogada. Uno de los pioneros de esta práctica en Estados Unidos fue el abogado Noel Keane. En 1976, Michigan, un amigo de su hermana preguntó a Keane si podía conseguir que una mujer fuese inseminada por un hombre y gestase un bebé para él y su propia mujer que no podía concebir. Keane puso un anuncio en periódicos para estudiantes y contactó con una mujer dispuesta a dicho acuerdo. Fue entonces cuando Keane negoció y escribió el primer acuerdo formal entre una pareja casada y una gestante subrogada en Estados Unidos. Keane abrió una clínica para dedicarse al negocio de la gestación subrogada³.

En 1984, en Nueva Jersey, Mary Beth Whitehead contactó, por un anuncio en prensa, con el Centro de Infertilidad de Nueva York, dirigido por Keane. En este caso, una pareja (los Sterns) llegaron a un acuerdo de subrogación por el que la Whitehead se sometería a un proceso de inseminación artificial con el esperma de William Stern. Whitehead dio a luz en 1986 y entregó el bebé, conocido a partir de entonces como Baby M. Un día después de la entrega, Whitehead se arrepintió e

intentó recuperarlo. En 1987 los juzgados dieron validez al acuerdo de subrogación y concedieron la custodia legal a los Stern. Un año después, en 1988 la Corte Suprema de Nueva Jersey revocó la validez del acuerdo de subrogación, pero mantuvo la custodia legal para los Sterns considerando que era en el mejor interés para el niño y concedió a Whitehead un régimen de visitas

En 1988, debido a la repercusión del caso Baby M, el estado de Michigan aprobó una ley para prohibir completamente la gestación subrogada. Lo cual llevaría a Keane a cerrar su clínica en Michigan y continuar el negocio en otros estados. Entre 1976 y 1997, Keane arregló alrededor de 600 acuerdos de este tipo, en los que él cobraba 10.000 dólares y la madre sustituta otros 10.000 dólares, además de unos 5.000 dólares en gastos médicos.

³ <http://people.com/archive/childless-couples-seeking-surrogate-mothers-call-michigan-lawyer-noel-keane-he-delivers-vol-27-no-13/>

⁴ http://articles.latimes.com/1988-06-28/news/mn-5095_1_surrogate-mother

Desde entonces, surgieron en Estados Unidos muchas otras agencias de gestación subrogada. El fenómeno empezó a ser llamado *SUBROGACIÓN*

En 1994 se dio a conocer el primer caso de subrogación gestacional en India. Desde entonces la subrogación gestacional comercial en India fue en aumento debido a distintos factores.

La subrogación gestacional gana popularidad cada año. La aceptación social también ha ido en aumento, a diferencia de lo que ocurría con la subrogación tradicional. Sin embargo, la subrogación está prohibida o altamente restringida en la mayoría de los países industrializados, con la notable excepción de algunos estados de Estados Unidos.

1.5 Países de Occidentes, Europa y América Central.

Existe una gran diversidad de regulaciones entre los distintos países. Entre los países europeos que prohíben expresamente la gestación por sustitución se encuentran España, Francia, Italia, Alemania, Suiza y Suecia. Entre los que la han dotado de un marco legal se encuentran: Portugal, Grecia, Reino Unido, Bélgica y Países Bajos, aunque con distintos matices. Así, por ejemplo, en Bélgica se exige que sea altruista, que haya una relación biológica de alguno de los dos padres, y que no haya sido posible la maternidad con alguna de las técnicas de reproducción asistida. Igualmente en los Países Bajos, es nulo el contrato comercial, solo puede ser altruista, la gestante puede quedarse con el hijo, el material genético debe provenir del padre y la madre intencionales, y deben ser aprobados por una Comisión Nacional.

Algunas iniciativas ciudadanas se oponen a la subrogación por considerar que se basa a menudo en la explotación de las mujeres más desfavorecidas. Entre ellas, una declaración conjunta de la Asamblea General en 2011 del Lobby de Mujeres

Suecas y sus organizaciones miembros declararon su apoyo a la Resolución del Parlamento Europeo de 5 de abril de 2011, sobre las prioridades y líneas generales del nuevo marco político de la UE para combatir la violencia contra las mujeres (2010/2209 (INI)). La resolución aprobada establece que la subrogación es una explotación del cuerpo de la mujer y sus órganos reproductivos. Francia ha sido muy activa en este debate planteando una campaña internacional en apoyo de la decisión del Gobierno francés que ha legislado para evitar otorgar la nacionalidad a los niños concebidos por esta técnica con el fin de desincentivar esta práctica entre los ciudadanos franceses.

En India

En 2005, el gobierno indio aprobó el borrador de 2002 de las directrices nacionales para la acreditación, supervisión y regulación de clínicas. En 2013, se prohibió la subrogación por parejas homosexuales y padres solteros. En 2015, el gobierno prohibió la remuneración a las mujeres que gestaban los embriones de terceros. En 2016, Lok Sabha, la cámara baja del parlamento indio, presentó y aprobó un proyecto de ley de subrogación, que proponía permitir que solo las parejas indias heterosexuales casadas durante al menos cinco años con problemas de infertilidad accedan a gestación subrogada no remunerada. Sin embargo, este proyecto de ley caducó debido al aplazamiento sine die de la sesión del parlamento. El proyecto de ley fue reintroducido y aprobado por la Lok Sabha en 2019 pero requiere ser aprobado por Rajya Sabha, la cámara alta del parlamento indio y la aprobación presidencial antes de que se convierta en una ley.

México

En México la Gestación Subrogada es permitida y actualmente (2020) se llevan casos completamente legales tanto para familias heterosexuales, homoparentales e incluso extranjeros. Esto se deriva de la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) 24 que en 2015 declaró que las leyes que prohíben el matrimonio a personas del mismo sexo es anticonstitucional, así como el artículo 1° y 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece la igualdad y la protección de la familia sin importar raza, preferencia sexual o religión.

En México, el 27 de enero de 2017, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) emitió la tesis jurisprudencial 08/2017, cuya aplicación se volvió obligatoria a partir del 30 de enero del mismo año. En ésta, la SCJN determinó que, "la vida familiar entre personas del mismo sexo no se limita únicamente a la vida en pareja, sino que puede extenderse a la procreación y a la crianza de niños y niñas según la decisión de los padres.

Existe una amplia legislación en el estado de Sinaloa para parejas casadas, heterosexuales, mexicanas, mientras que para los extranjeros y homoparentales los casos son administrados en la capital del país (CDMX) a través de una sentencia judicial que puede ser previa, durante o posterior al nacimiento del bebé.

La inversión promedio para un caso de gestación subrogada en México que cubra lo indispensable y sin sorpresas para los padres es de 35 a 45 mil dólares americanos

Ucrania

La maternidad subrogada, incluso la comercial, es plenamente legal en Ucrania. El nuevo Código de Familia de Ucrania (art. 123, punto 2) dispone que, en caso de que el embrión generado por los cónyuges sea transferido a otra mujer, precisamente los cónyuges serán los padres del niño, incluso en los programas de gestación por sustitución. El punto 3 de dicho artículo consagra a los cónyuges la posibilidad de realizar la fecundación in vitro con ovocitos donados. En cualquier caso, se considerará que el embrión procede de los cónyuges. De tal modo, habiendo dado su consentimiento a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, los cónyuges ejercerán sin limitación alguna la patria potestad sobre los niños nacidos a consecuencia de dichas técnicas. El aspecto médico de esta cuestión viene regulado por la Orden del Ministerio de Salud de Ucrania nº 771, del 23 de diciembre de 2008.

En 2013, la Resolución del Ministerio de Salud de Ucrania Nº 771 perdió su fuerza al promulgarse una nueva ley. Ahora la gestación subrogada y la donación de óvulos en Ucrania están reguladas por la Resolución del Ministerio de Salud de Ucrania Nº 787.2627

Después del nacimiento la pareja obtiene el certificado ucraniano de nacimiento, en el cual los dos constan como padre y madre. En caso de que han recurrido a una donación, no tiene importancia alguna la relación genética incompleta con el nacido. Si la relación genética es solo con el padre de intención, la gestante deberá renunciar a su maternidad, para que la madre de intención pudiera adoptar al bebé.

Si ninguno de los padres pudiera aportar los gametos, la gestación subrogada no se podría llevar a cabo, ya que tendría que tener vínculo genético con al menos uno

de los cónyuges, normalmente, el padre. Asimismo, estaría prohibida para parejas homosexuales y madres o padres solteros.

Unión Europea

La gestación subrogada no está regulada a nivel europeo.

El Parlamento Europeo, en el Informe anual de 2014 sobre los derechos del hombre y la democracia y sobre la política de la UE en esta materia, “Condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo”.

Posteriormente el Parlamento Europeo, en la 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, matiza la condena a la trata de seres humanos para la gestación subrogada forzada e insta a los Estados miembros a analizar las implicaciones de sus políticas reproductivas restrictivas.⁵

España

En España los contratos de gestación por sustitución son nulos de pleno derecho, de manera que la filiación corresponde a los padres biológicos, según el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Sin embargo, en España, la filiación de un niño nacido mediante gestación subrogada, a favor de los padres intencionales es posible si se cumplen una serie de requisitos recogidos en la Instrucción del 5 de octubre de 2010 de la Dirección

General de los Registros y del Notariado, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

En España es a partir del denominado caso cero en 2009 cuando cobra relevancia por la universalización de su práctica y porque ha dejado de ser un procedimiento reproductivo que se ocultaba, a veces incluso a la propia familia.

Dos sentencias del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo de 26 de junio de 2014 obligarían al Ministerio de Justicia a dar la orden a los consulados de España de volver a inscribir en el registro civil a bebés nacidos por gestación subrogada en el extranjero después de que el Tribunal Supremo dictase una sentencia en febrero del mismo año por la cual los bebés nacidos mediante esta técnica no podían ser inscritos como españoles por no ser legal esta práctica de reproducción en España. El mismo tribunal, el 20 de octubre de 2016, dio un paso más allá y falló a favor de reconocer la equiparación de derechos laborales de los padres de hijos nacidos mediante la técnica de gestación subrogada en el extranjero, reconociendo por primera vez su derecho a cobrar las prestaciones por maternidad de la Seguridad Social.

El 19 de mayo de 2017, el Comité de Bioética de España publicó un informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada y su conclusión fue la del rechazo a esta práctica basándose en razones éticas y en sentencias del Tribunal Supremo contra la inscripción de bebés nacidos mediante esta práctica, aunque obviando otras sentencias posteriores del mismo tribunal en sentido contrario. Como destaca el profesor de Verda, el Informe se muestra, con toda claridad, en favor de mantener la nulidad del contrato de gestación por sustitución establecida en el art. 10.1 de la Ley 14/2006, por entender que dicho contrato es contrario a la dignidad de la mujer y al interés superior del niño. Dice, así, que atenta “contra la dignidad de la mujer porque permite que su cuerpo se convierta durante

nueve meses en mero instrumento para satisfacer los deseos de otros. Así sucede en todo caso en la maternidad subrogada comercial, pero también (para la mayoría de los miembros de esta comisión) en la altruista. En ambas modalidades el parto supone la ruptura del vínculo humano más fuerte que pueda existir, como es el que une a una madre con su hijo, porque está basado tanto en la voluntad como en el cuerpo. También atenta contra el interés superior del niño porque rompe su vínculo materno tras el parto y le expone a un riesgo frecuente y grave de cosificación". Pero, además, llama la atención al Estado sobre la necesidad de intervenir para garantizar "la nulidad de los contratos de gestación subrogada independientemente del lugar en que se celebren". Denuncia que "Aprovechando las leyes permisivas de algunos países, ciudadanos españoles celebran este tipo de contratos en el extranjero y, a continuación, logran inscribir la filiación de los niños obtenidos por esta vía en el Registro Civil de España" y constata que "Este tipo de contratos e inscripciones contradicen el parecer del Tribunal Supremo, que se manifestó sobre este asunto en 2014 y 2015, declarando su nulidad y los demás efectos que ésta comporta". Ante ello recomienda que España promueva en la Comunidad Internacional medidas tendentes a lograr una prohibición universal de la maternidad subrogada y acometa una reforma legal orientada a conseguir "que la nulidad de esos contratos sea también aplicable a aquellos celebrados en el extranjero, refiriéndose concretamente a "la posibilidad de sancionar a las agencias que se dedicaran a esta actividad"⁶

⁵ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2016-0300_ES.html?redirect

⁶ <http://idibe.org/doctrina/la-filiacion-derivada-las-tecnicas-reproduccion-asistida-espana/>

Capítulo II

2.1 Conceptos

"La importancia de definir conceptos" Un concepto definido, bien utilizado (oportunamente esgrimido) implica la estrecha relación entre ambos elementos. Es decir, que la palabra se ajuste a aquello que interpretamos de ella (que la representación mental se corresponda con la imagen fónica que la expresa), esto quiere decir que cada palabra deberá ser usada para concepto literal formando todas ellas la frase que le dé sentido a gramatical y literal por lo cual es creada.

2.2 Maternidad

La maternidad es la vivencia que tiene una mujer por el hecho biológico de ser madre. Si bien el sentimiento maternal se desarrolla a partir del nacimiento de un hijo, con anterioridad al embarazo es muy frecuente que la mujer desarrolle un instinto maternal, es decir, el anhelo de tener un hijo, cuidarlo y educarlo.⁷

Desde el punto de vista Etimológico.

Madre proviene del latín Mater "Matriz" derivada del griego utilizado para nombrar a las mujeres que vivían honestamente y según las buenas costumbres, las que podían ser solteras, casadas o viudas. Para el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la maternidad es "Estado o cualidad de madre" mientras que madre significa "Hembra que ha parido"

Desde el punto de vista Jurídico

En el Código Civil Chileno, Artículo 183 *“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”*.

Nuestro Código Civil chileno, define a la Maternidad como hecho de ser mujer y dar a luz, o sea determina el parto como el inicio de la maternidad, pero no tiene una definición o propuesta que sustituya la libertad y responsabilidad de procreación que coinciden con la voluntad de la pareja por lo que siempre en este caso se defenderá el Interés Superior del Niño.

2.3 Subrogación

Según la RAE: Acto por el que una persona sustituye a otra en los derechos y obligaciones propios de determinada relación jurídica.⁸

Subrogación es un término empleado en Derecho relacionado con la delegación o reemplazo de competencias hacia otros; es un tipo de sucesión. Se trata de un negocio jurídico mediante el cual una persona sustituye a otra en una obligación.

En concordancia con esta última línea respecto que la Subrogación se trataría de un negocio jurídico es importante precisar que para todo negocio jurídico debe existir un Contrato, y no solo el consensual si no que para la magnitud que nos lleva la definición de Subrogación de Maternidad, en esta oportunidad hablamos de un contrato que contemple el carácter de especial incluso de acuerdo a las solemnidades y competencias correspondientes.

2.4 Contrato

Un contrato es un acuerdo jurídico de voluntades por el que se exige el cumplimiento de una cosa determinada. Se trata de un acto privado entre dos o más partes destinado a crear obligaciones y generar derechos.⁹

Definición de acuerdo a la legislación Chilena Código Civil Artículo 1438. *“Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”*¹⁰

Más adelante, veremos las diversas clasificaciones que tienen los contratos y de acuerdo a nuestra legislación cuál de estas clasificaciones pueden adecuarse a convertir un contrato marco de maternidad subrogada.

⁷ <https://definicion.mx/maternidad/>: página virtual de Definiciones

⁸ <https://dej.rae.es/lema/subrogaci%C3%B3n>: Diccionario Español Jurídico 2020 Civ: Subrogación

⁹ <https://www.conceptosjuridicos.com/contrato/> Contrato, Derecho Mercantil

¹⁰ Art. 1438, Código Civil República de Chile

¹¹ <https://www.rae.es/dpd/alquilar> Diccionario panhispánico de dudas 2005 Real Academia Española

2.5 Alquiler

Ceder, o adquirir, temporalmente el uso de algo por un precio convenido. El sujeto puede ser tanto quien cede algo en alquiler como quien lo toma.¹¹

Arrendamiento es el sinónimo de la palabra Alquiler, y en nuestro Código Civil encontramos la siguiente definición: Artículo 1915 “El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado”.¹²

2.6 Familia

Grupo de personas formado por una pareja (normalmente unida por lazos legales o religiosos), que convive y tiene un proyecto de vida en común, y sus hijos, cuando los tienen,¹³ lo que lleva implícito los conceptos de parentesco y convivencia, aunque existen otros modos, como la adopción. Según la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es el elemento natural, universal y fundamental de la sociedad, tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado¹⁴

2.7 Matrimonio

El término matrimonio proviene del latín *matrimonium*. Se trata de la unión de un hombre y una mujer que se concreta a través de determinados ritos o trámites legales. Al contraer matrimonio, los cónyuges adquieren diversos derechos y obligaciones. En los últimos años, cada vez más Estados han aceptado el matrimonio entre personas del mismo sexo, con lo que esta unión conyugal ha dejado de ser patrimonio de la heterosexualidad.¹⁵

Desde el punto de vista Jurídico

La palabra Matrimonio no se encuentra insertada o definida en la Constitución Política de la República de Chile, solo es posible determinar una definición que concuerda con la expresión Matrimonium, esto, es dado que en el Artículo 102 del Código Civil lo define: *“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 mutuamente¹⁶”*.

Tomando en consideración cada una de las palabras ya definidas podemos encaminar y determinar un objetivo más allá de lo ideológico, sino más bien de acuerdo al sentido común que debiera ser enfocado, del porque su determinación de lo que hoy en día nuestro país entiende como el Contrato de Maternidad Subrogado.

Era indispensable agregar la definición de Familia y Matrimonio, esto, porque toma vital importancia en determinar hacia que institución corresponde insertar el concepto literal de Contrato de Maternidad subrogado, y desde que perspectiva avocar la investigación.

¹² Código Civil República de Chile, Título XXVI, Libro III

¹³ https://es.wikipedia.org/wiki/Familia#cite_note-2

¹⁴ Declaración_Universal_de_los_Derechos_Humanos, artículo 16: La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado

¹⁵ <https://definicion.de/matrimonio/>

¹⁶ Artículo 102 Código Civil Libro I título IV

Capítulo III

3.1 Legislación comparada sobre gestación subrogada en Sudamérica

En este contexto, la siguiente fundamentación da cuenta de la existencia de legislación en esta materia en algunas naciones del continente americano. Para este efecto, se ha considerado a Argentina, Brasil, Colombia y Uruguay, en América Latina donde, a excepción de Uruguay, no existe normativa legal, pero si Proyectos de Ley sobre gestación subrogada.¹⁷

3.2 Argentina

Ni la Ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas médico-asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida N° 26.862, ni el Código Civil y Comercial del año 2014, mencionan la Gestación por Sustitución como un tratamiento de reproducción humana asistida. En este país, el alquiler de vientre no está legislado, aun cuando han existido diversas iniciativas legislativas.¹⁸

- Proyecto de Ley de Regulación de la Técnica de Gestación Solidaria 5700-D-2016:

Señala que la gestación solidaria “es un tipo de técnica de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, que consiste en el compromiso que asume una persona, llamada gestante, de llevar a cabo la gestación a favor de una persona o pareja, denominada/s "comitante/s"; sin que se produzca vínculo de filiación alguna con la gestante, sino únicamente y de pleno derecho con él/la o los/as "comitante/s"

- Proyecto de Ley 5759-D-2016 de Gestación por Sustitución:

Esta iniciativa destaca el carácter no lucrativo o comercial de la gestación por sustitución. La compensación económica a cargo de los comitentes, y en beneficio de la gestante es válida sólo para compensar sus gastos médicos, de traslados, de asesoramiento legal y psicológico, y todos aquellos que sean consecuencia directa de la gestación por sustitución y que no deban ser cubiertos por los agentes o entidades de salud

- Proyecto de Ley 3202-2017:

En junio del año 2017, se presentó este proyecto con el objeto de modificar algunos artículos del Código Civil y Comercial argentino en lo referente a técnicas de reproducción humana asistida, y que hoy excluyen la gestación subrogada. No se refiere al contrato de base en que se plasman los compromisos de la gestante y los comitentes

Argentina ha logrado grandes avances legales en materia reproducción asistida y maternidad subrogada. No sólo existe numerosa jurisprudencia que avala y hace posible la maternidad subrogada para todo tipo de familias, sino que también se está avanzando legislativamente, es decir, desde el ámbito de las leyes.

Actualmente se encuentra vigente una norma dictada por el Registro Civil de la Ciudad de Buenos Aires (disposición 93/DGRC/17) que establece que los niños y niñas nacidas mediante gestación solidaria (maternidad subrogada) serán inscriptos ante el registro civil directamente como hijos de los comitentes (es decir, de sus padres intencionales, de sus verdaderos padres). Ello significa que el

registro civil emitirá la partida de nacimiento del recién nacido y en ella figurarán sus padres como padres legales del bebé.

Esta inscripción no requiere la realización de trámites judiciales previos ni posteriores. Aunque sí se debe realizar un trámite administrativo ante el mismo registro civil, luego del nacimiento del menor, en el cual se debe demostrar el cumplimiento de los requisitos que exige la norma.

Esos requisitos son:

- Que el nacimiento se haya producido dentro de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
- Que se hayan exteriorizado y suscripto los correspondientes consentimientos informados
- Que la técnica reproductiva se haya realizado en el país
- Que la gestante haya manifestado en forma previa al proceso, que no posee voluntad pro creacional.

La norma comentada no hace diferencia entre parejas de distinto sexo o igual sexo, tampoco exige que los progenitores estén casados, ni que sean ciudadanos argentinos o residentes de la Ciudad de Buenos Aires, por lo cual, podemos decir que se trata de una normativa absolutamente igualitaria e inclusiva para todo tipo de familias.

3.3 Brasil

En Brasil, no existe una legislación específica que norme la práctica de reproducción asistida de maternidad substituta. Ésta, estaba regulada tan sólo por

la Resolución nº 1.358 / 92 del Consejo Federal de Medicina, la cual no tenía fuerza de ley, no implicaba sanciones, pero promovía su reglamentación estableciendo parámetros, sin que hubiese intención mercantil . No obstante, la Resolución CFM N°1.358 /92, después de 18 años de operación, fue reemplazada por la Resolución CFM nº 1.957 / 2010 que en lo relacionado en la gestación de sustitución mantiene el mismo articulado¹⁹

Ésta establece que:

“Clínicas, o centros de servicios de reproducción humanos pueden utilizar técnicas de Reproducción Asistida para crear la condición conocida como gestación de sustitución, siempre que exista una condición médica que impida o contraindique el embarazo en donante genético.

- 1.- Las donantes temporales del útero deben pertenecer a la familia de la donante genética, en un parentesco de hasta segundo grado, siendo los demás casos sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina.
2. - La donación temporal del útero no puede tener carácter rentable o lucrativo.

¹⁷ <http://www.encyclopediadebioetica.com/index.php/todas-las-voces/210-maternidad-subrogada> (octubre, 2018)

¹⁸ <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=5700-D-2016&tipo=LEY> (octubre, 2018)

¹⁹Ámbito jurídico.com.br. Maternidade de substituição no ordenamento jurídico brasileiro e no direito comparado. Disponible en: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6607&revista_caderno=6 (octubre, 2018)

3.4 Colombia

No existen normas legales en Colombia que regulen el tema de maternidad subrogada, pero por su relevancia puede citarse la sentencia T-968/09 de la Corte Constitucional, en la cual se realizó una autorización de esta técnica de reproducción asistida.²⁰

En virtud de ésta, aunque no está regulada, tampoco está prohibida expresamente.

El año 2016, se presentó un Proyecto de Ley Estatutaria mediante el cual se prohíbe la práctica de la maternidad subrogada con fines lucrativos y se crean controles para prevenir esta práctica”. Se considera como una categoría de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos.

En la fundamentación del proyecto se afirma que “la maternidad subrogada con fines económicos, constituye una objetivación de los cuerpos de las mujeres, pues los convierte en máquinas para hacer bebés, que pueden arrendarse y explotarse para satisfacer los deseos de otros. Asimismo, la práctica transforma a los niños en objetos de consumo o productos comerciales que se compran, se venden e incluso se devuelven o se cambian si no se satisface al cliente ya que se rigen con los procesos de producción normales”²¹.

Por su parte, el Proyecto de Ley 88 de 2017, Ley Lucía, reglamenta la reproducción humana asistida, la procreación con asistencia científica y en su capítulo IX establece disposiciones sobre el Uso Solidario de Vientre, señalando que “el vientre de una mujer, de manera sustituta, podrá utilizarse únicamente a fin de sustituir

artificialmente la imposibilidad natural de procrear cuando una mujer sufra de esterilidad por ausencia congénita de útero; antecedentes de histerectomía; presencia de útero patológico y no apto para recibir embriones u otras; o condiciones médicas que impidan el embarazo”.

Deberá existir un convenio por escrito entre la mujer gestante sustituta y la madre sustituida por el cual se obliga a la primera a practicarse previamente al tratamiento de RHA los exámenes necesarios para establecer qué enfermedades padece a fin de evitar la transmisión de patologías prevenibles al futuro niño. En el acuerdo, la mujer gestante sustituta renuncia al hijo que está por nacer y a cualquier clase de impugnación de la maternidad.

²⁰ La sentencia dice relación con una pareja formada por Salomón, colombiano y Raquel-, que contactan a una mujer colombiana –Sarai- para gestionar el alquiler del vientre, dado que no podían tener hijos. El tratamiento de fertilización con óvulos y espermatozoides de los esposos fracasa y Sarai no queda embarazada. Por lo anterior, el hombre se dirige al Valle del Cauca, donde vive Sarai y después de un tiempo de conocerse concibieron dos gemelos a través del proceso de fertilización in vitro. La madre registró a los menores, ya que el padre no estaba en el país en el momento del parto. A partir de esto, empezó un camino de enfrentamientos, denuncias y demandas, que culminó con la asignación de la custodia provisional al padre, ya que el Juez Décimo de Familia considero que “a) entre Salomón y Sarai, existió un contrato verbal, cuyo objeto era el alquiler de vientre, en donde ella permitía la fecundación de un óvulo propio con semen del contratante, obligándose a entregar el fruto que resultase de la fecundación a la pareja conformada por Salomón y Raquel. b) Sarai después de recibir una alta suma de dinero, un tratamiento adecuado y la afiliación a una EPS, incumplió el contrato y decidió quedarse con los niños. c) Desconoció los derechos del padre al no permitir inicialmente el registro de los niños con su apellido, e impedirle las visitas.

²¹ Congreso de la República de Colombia. Proyecto de Ley Estatutaria. Disponible en:

<http://www.camara.gov.co/sites/default/files/2017-11/P.L.E.186-2017c%20%28maternidad%20subrogada%29.pdf> (octubre, 2018)

3.5 Uruguay

La Ley 19.167 regula las técnicas de reproducción humana asistida acreditada científicamente, así como los requisitos que deben cumplir las instituciones públicas y privadas que las realicen²²

Respecto de la gestación subrogada, la normativa señala, en resumen:

- La maternidad subrogada está permitida en Uruguay, aunque en ciertos casos.
- Se exige que la madre tenga un impedimento médico para gestar un embrión propio.
- Se exige que la mujer gestante tenga vínculo familiar directo (hasta el 2º grado de consanguinidad) con la futura madre o su pareja.
- Debe ser autorizada por la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida, organismo administrativo creado por la ley expresada.
- La filiación del nacido corresponderá a quienes hayan solicitado y acordado la subrogación de la gestación.

Las parejas heterosexuales de nacionalidad uruguaya, que quieran formar su familia mediante gestación subrogada, podrán realizar este proceso en Uruguay, debido a que se encuentra debidamente regulado.

Sin embargo, se debe tener en cuenta, que la legislación uruguaya establece una autorización previa a los fines de realizar el proceso de gestación por sustitución, y entre otros requisitos, se establece la exigencia indispensable de que la mujer gestante sea familiar directo de la pareja que va a formar su familia. Es decir, se

requiere consanguinidad, debe haber un vínculo de sangre entre la mujer gestante y el futuro padre o la futura madre. Podrá ser hermana de alguno de ellos, por ejemplo.

En este caso, podrá realizarse el proceso íntegramente dentro de territorio uruguayo.

La Constitución de la República Oriental de Uruguay²⁴, reconoce numerosos derechos y garantías relacionadas con la libertad, la igualdad, y los derechos a la salud y reproductivas. A continuación, los conoceremos²³.

El artículo 7 garantiza el derecho a la vida, el honor y la libertad.

Artículo 7º.- Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general.

El principio de reserva y de legalidad.

Artículo 10.- Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados.

Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

La Constitución de Uruguay también protege la familia como la base de la sociedad, y establece la obligación estatal de velar por su estabilidad.

Artículo 40.- La familia es la base de nuestra sociedad. El Estado velará por su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad.

Artículo 41.- El cuidado y educación de los hijos para que éstos alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social, es un deber y un derecho de los padres. Quienes tengan a su cargo numerosa prole tienen derecho a auxilios compensatorios, siempre que los necesiten.

La ley dispondrá las medidas necesarias para que la infancia y juventud sean protegidas contra el abandono corporal, intelectual o moral de sus padres o tutores, así como contra la explotación y el abuso.

Artículo 42.- Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto a los nacidos en él.

²² IMPO. Centro de Información Oficial. Ley 19167. Regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida disponible en: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19167-2013> (octubre, 2018)

²³ Constitución de la República Oriental del URUGUAY: Igualdad, Libertad, Familia, Publicado: Viernes, 20 Octubre 2017 21:20 Escrito por Dr. Juan Pablo Rojas Pascual

²⁴Los artículos citados en la publicación, son los artículos 7º, 10º, 40º y 44º de la Constitución de Uruguay.

La maternidad, cualquiera sea la condición o estado de la mujer, tiene derecho a la protección de la sociedad y a su asistencia en caso de desamparo.

La salud también es un derecho constitucional y debe ser garantizada por el Estado

Artículo 44.- El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país.

Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad. El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes.

Es importante señalar que, para una maternidad asistida en Uruguay no tan solo en su Constitución se encuentra establecida la protección y la seguridad que el estado propende en estos casos, existen además una la ley N° 19.167 de *TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA REGULACIÓN*, y que dice en su Artículo 1° que tiene por objeto regular las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente así como los requisitos que deben cumplir las instituciones públicas y privadas que las realicen.

A tales efectos 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.

Quedan incluidas dentro de las técnicas de reproducción humana asistida la inducción de la ovulación, la inseminación artificial, la micro inyección espermática (ICSI), el diagnóstico genético pre implantacional, 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, la donación de gametos y embriones y la gestación subrogada en la situación excepcional prevista en el artículo 25 de la presente ley.

Es preciso señalar que en esta Ley es el Estado de Uruguay quien garantiza, o sea ser así queda demostrado en su artículo 3° de la presente Ley.

Artículo 3°. (Deber del Estado). - El Estado garantizará que las técnicas de reproducción humana asistida queden incluidas dentro de las prestaciones del Sistema Nacional Integrado de Salud con el alcance dispuesto en la presente ley.

Asimismo, promoverá la prevención de la infertilidad combatiendo las enfermedades que la puedan dejar como secuela, así como la incidencia de otros factores que la causen²⁵.

En el caso de la Maternidad Subrogada, es en esta misma Ley N° 19.167, donde se establecen los parámetros, es en su Capítulo IV que se refiere a la condición exclusiva y los requisitos específicos para que pueda ser factible Maternidad Subrogada como vientre de alquiler.

Artículo 25. (Nulidad). - Serán absolutamente nulos los contratos a título oneroso o gratuito entre una pareja o mujer que provea gametos o embriones, sean estos propios o de terceros para la gestación en el útero de otra mujer, obligando a esta a entregar el nacido a la otra parte o a un tercero.

Exceptuase de lo dispuesto precedentemente, únicamente la situación de la mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, quien podrá acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, o de su pareja en su caso, la implantación y gestación del embrión propio.

Entiéndase por embrión propio aquel que es formado como mínimo por un gameto de la pareja o en el caso de la mujer sola por su óvulo.

La incapacidad referida deberá ser diagnosticada por el equipo tratante, el que deberá elevar un informe a la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida para su conocimiento, la que evaluará si se cumplen las condiciones establecidas en el inciso segundo de este artículo.

Artículo 26. (Suscripción de acuerdo). - El acuerdo a que refiere el inciso segundo del artículo anterior deberá ser de naturaleza gratuita y suscripto por todas las partes intervinientes.

Artículo 27. (Filiación). - En el caso previsto como excepción en el artículo 25 de la presente ley, la filiación del nacido corresponderá a quienes hayan solicitado y acordado la subrogación de la gestación.

Artículo 28. (Filiación Materna). - La filiación materna estará determinada por el parto o la cesárea de la madre biológica o en su caso por la mujer cuya gestación ha sido subrogada.

Para toda Ley y sobre todo que se encuentra involucrado específicamente el sistema de salud deberá existir un reglamento²⁶ y es así como en Uruguay se creó Decreto N° 311/014, llamado REGLAMENTACION DE LA LEY 19.167, TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA²⁷, en cada artículo de este reglamento se detallan los procedimientos de reproducción asistida de baja complejidad, de la donación de gametos y su conservación y hasta de su con fidelidad.

²⁵ Ley 19.167 TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA, Publicada D.O. 29 nov/013 - N° 28854

²⁶ autorías del presentador

²⁷ Decreto N° 311/014, llamado REGLAMENTACION DE LA LEY 19.167, TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA, Promulgación: 30/10/2014, Publicación: 11/11/2014

3.6 Chile

Actualmente, no existe en Chile ninguna legislación específica sobre gestación subrogada, técnica popularizada con el nombre de vientre de alquiler. Sin embargo, una propuesta de ley entregada a finales de 2017 recomienda autorizar esta técnica de reproducción asistida.

Para ello, propone un texto con normas claras de inclinación solidaria, con el propósito de luchar contra la infertilidad.

3.7 El debate sobre la mesa

El 29 de noviembre de 2017, tres diputados del Partido por la Democracia (PPD) presentaron un proyecto de ley para regular la gestación subrogada en Chile. Al hacerlo, una de sus prioridades consistía en poner el debate sobre la mesa, asumiendo que la tramitación de la ley no iba a ser ni fácil ni rápida

La ambición de los diputados del PPD es que Chile reflexione sobre el tema al igual que lo han hecho otros países como Canadá, Estados Unidos, Rusia, Portugal o México

Uno de los objetivos del PPD es proponer soluciones para impulsar la tasa de natalidad nacional. En efecto, en los últimos 10 años, dicha tasa ha disminuido de manera significativa, pasando de 3 hijos por familia a 1,6.

Entre las causas avanzadas para explicar esta caída de la natalidad en Chile, además de los cambios de mentalidad en la sociedad, figura la infertilidad creciente

de las parejas, sin embargo, el sistema sanitario todavía no reconoce como enfermedad los problemas para concebir y gestar. Por eso, al impulsar el debate de la gestación subrogada, los diputados del PPD pretenden proponer soluciones. A nivel técnico y clínico, estiman que Chile está plenamente preparado para que se pueda realizar este método de reproducción asistida.

Como se ha mencionado, todavía no se puede realizar legalmente un procedimiento de gestación subrogada en Chile por las complicaciones legales después del nacimiento del niño. La gestante sería considerada como la madre legal, aunque el bebé no fuera genéticamente suyo. Por lo tanto, no se recomienda buscar a una mujer dispuesta a hacerlo allí.

Teniendo en cuenta que no es posible pretender que la filiación en los casos de maternidad subrogada esté regulada conforme al régimen general, dado que su particular modo de proceder, exige una regla distinta como es el artículo 182 del código civil que determina la filiación derivada de estas técnicas.²⁸

En Chile el contrato de maternidad subrogada permite otorgar el piso constitucional desde donde se presenta y evalúa uno de los fundamentos de su existencia a saber, el derecho a procrear.

Siguiendo la tendencia mundial, muchos han sido los países que han rechazado semejante convención²⁹, y entre ellos Chile que con su Boletín 6306-07 sanciona la utilización del vientre materno para el embarazo por encargo de terceros, señalando en su artículo único que³⁰:

“Todo aquél que, disponiendo de su cuerpo a través de un procedimiento de fertilización asistida geste un hijo por encargo de terceros, será sancionado con presidio mayor en su grado medio.

Además, tendrá como pena accesoria el sometimiento a un procedimiento psicológico relativo a terapias consistente en maternidad responsable.

Asimismo, se sancionará con presidio mayor en su grado mínimo a quien tenga calidad de terceros comitentes, sea que proporcionen el todo o parte del material genético a la madre sustituta y faciliten su conducta.”

Lo anterior, sólo se presenta para preguntarnos brevemente ¿Que bien jurídico se estaría protegiendo con el tipo penal de la sustitución de la maternidad?

²⁸ 196 Código Civil, Artículo 182, 2007, Editorial Jurídica de Chile, p. 41.

²⁹ Austria, Alemania, Noruega, Suecia, Francia y algunos Estados norteamericanos como Arizona, Michigan, Nueva Jersey, han rechazado cualquier modalidad de la maternidad subrogada. En cambio, sólo se permite la modalidad altruista de la maternidad subrogada; en Australia, Gran Bretaña donde se permite cubrir los gastos corrientes de la madre de alquiler, Dinamarca donde se admite con serias limitaciones, Israel, España, Canadá, Países Bajos donde quedan prohibidas la publicidad de maternidad subrogada, las ofertas de los servicios de madres de alquiler y la selección de estas últimas, algunos Estados norteamericanos como New Hampshire y Virginia. Véase en Martínez –Pereda Rodríguez y J.M. Massigofe Benegiu, J.M. La maternidad Portadora, Subrogada o de encargo en el Derecho Español, Editorial Dyckinson, Madrid, 1994, pp. 26-63.

³⁰ Proyecto de Ley N° 6306-07, que sanciona la utilización del vientre materno para el embarazo por encargo de terceros incorporando un nuevo tipo penal denominada “De la sustitución de la Maternidad” en el Código Penal, ingreso el 18 de diciembre de 2008.

Capítulo IV

4.1 La Constitucionalidad de la Maternidad Subrogada

En esta sección no tan solo se pretende demostrar que la base fundamental para comenzar ya a legislar sobre esta materia de Maternidad Subrogada, se encuentra precisamente en nuestra Constitución Política de la República de Chile, sino que también se expondrá el derecho Internacional relevante en materias de derechos fundamentales sobre la maternidad subrogada, esto tomando especial consideración los instrumentos internacionales apropiados que no se encuentran consagrados de manera expresa en la constitución pero si en el ordenamiento jurídico.

4.2 La Dignidad

Nuestra constitución en su capítulo I que corresponde a la Bases de la institucionalidad que establece una declaración de los principios y valores fundamentales que definen las características de nuestro Estado³¹, dispone que: *“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*. En estas líneas no nos entrega una definición sobre la igualdad como también no da un concepto de la palabra Dignidad.

El término de Dignidad tiene su origen en el ámbito de lo Moral y desde allí ingresa al campo jurídico, lo cual este concepto tiene un gran valor para ser utilizado como una barrera o límite al ejercicio abusivo de los derechos fundamentales por parte de los individuos y la potestad estatal, sin embargo, hoy en día la noción de dignidad se ha usado para justificar las más diversas posiciones sobre derechos del hombre y su interpretación admite muchas lecturas, dependiendo del contenido moral e ideológico con que se le mire.

Al intentar establecer un concepto de dignidad, nos encontramos con diversos autores que intentan dar una definición, de lo que a su juicio comprende la idea de dignidad. A modo de ejemplo podemos citar a González Pérez quien señala que la dignidad de la persona “es el rango de la persona como tal. Ser persona es un rango, una categoría que no tienen los seres irracionales. Esta prestancia o superioridad del ser humanos sobre los que carecen de razón es lo que se llama dignidad de la persona humana³²”

En el ámbito nacional, Humberto Nogueira establece que la dignidad de la persona “es el rasgo distintivo de los seres humanos respecto de los demás seres vivos, la que constituye a la persona como un fin en sí mismo, impidiendo que sea considerada un instrumento o medio para otro fin, además de dotarlo de capacidad de autodeterminación y de realización del libre desarrollo de la personalidad”. La dignidad es así un valor inherente a la persona humana que se manifiesta a través de la autodeterminación consciente y responsable de su vida y que exige el respeto de ella por lo demás³³

4.3 Dignidad de la persona y maternidad gestacional subrogada

Luego de exponer una breve definición de la palabra Dignidad, demás está decir respecto de la ambigüedad y poco clara que es tanto para la definición de su origen como la que nos demuestra Humberto Nogueira, ya que sólo confunde con términos como rasgos o categoría del hombre, los cuales no pueden ser definidos por el sentido común menos por la cultura, cuando esta última se presenta hoy por hoy como diversa y plural.

Si bien se establecen diversas nociones de dignidad del ser humano, como señalábamos anteriormente, todos ellos comparten ciertos elementos básicos, sin embargo, se pondrá énfasis en ciertos componentes dependiendo del criterio ideológico con que se analice, así por ejemplo desde una perspectiva liberal los ejes centrales del concepto de dignidad serán la libertad y la autodeterminación, mientras que desde mirada conservadora se pondrá énfasis en la dignidad como condición frente a los demás individuos, consecuencia de la creación divina.

³¹ Documento de apoyo: bases de la institucionalidad en la constitución de 1980 disponible en: <http://enlaces.ucv.cl/educacioncivica/apoyoalu/document/docud1-1/docu1-11.rtf>

³² González, J., La dignidad de la persona, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1986, p. 24.

³³ Nogueira, H., Derechos fundamentales y garantías constitucionales, Editorial Librotecnia, Santiago, 2007, . p. 14

Es así, como en la discusión en torno a la maternidad gestacional subrogada se produce un fenómeno similar, de acuerdo a la noción de dignidad con la cual se aborde el problema, o más bien de acuerdo a los elementos del concepto de dignidad que se consideren más relevantes, se entenderá afectada o no la dignidad del ser humano.

La mayoría de la doctrina chilena sostiene que la maternidad gestacional subrogada atenta contra la dignidad de la persona ya que transforman al hijo nacido mediante esta técnica de reproducción humana asistida, como a la madre sustituta, en objetos o instrumentos del derecho sin embargo, de la lectura de las definiciones de dignidad antes examinadas, es posible encontrar presente en todas ellas, la autodeterminación, la racionalidad y la libertad como elementos del concepto, los cuales no pueden ser vulnerados sin atentar necesariamente contra la dignidad del ser humano.

Llegamos a un punto en que muchas veces se tiene por la calificación de Indignidad a la persona en el querer ser parte de una maternidad subrogada, esto dado que la subrogación de útero en su variante onerosa atenta contra la dignidad humana, ya que se incluye como objeto del contrato a una parte del cuerpo que está fuera del comercio, pues la mujer no es un receptáculo ni él bebe una mercancía.

Es importante destacar el planteamiento del Profesor Pantaleón lo que se comercializa no es él bebe, sino que la capacidad gestacional de la mujer, esto, porque es ella quien ejerce tanto su *derecho a procrear como aquella libertad que la autoriza a disponer de su propio cuerpo*³⁴

Desde un enfoque liberal del concepto de dignidad, la maternidad gestacional subrogada no puede convertir a la madre sustituta en objeto del derecho, y por ende

atentar contra su dignidad, mientras ésta, mediante su consentimiento y en uso de racionalidad y libertad de autodeterminación, decida someterse a esta técnica de reproducción asistida

Hoy en día se sostiene que no se atentaría tampoco contra la dignidad del hijo concebido mediante la maternidad gestacional subrogada, ya que no se trataría de una obligación de dar un hijo, en el sentido de transferir la propiedad de una persona, sino más bien de una obligación de entregar un hijo (a sus padres genéticos) el cual es un fin en sí mismo, dicha obligación es similar a la que se contiene en un contrato de internado, sala cuna o jardín infantil, cuando el pupilo abandona el hogar familiar y donde nace la obligación de entregar al niño al término del contrato, debemos dejar claro que, el desarrollo que experimenta el embrión no altera de manera alguna la obligación de la arrendadora, ya que, se trata del mismo ser humano desde la concepción hasta el nacimiento.

Se debe tener en cuenta, además, en la subrogación de la maternidad, el bienestar del menor, en atención a este mismo principio no se puede atentar contra la dignidad de un ser humano el cual se ha engendrado mediante la voluntad procreacional, para entregarle el amor y los cuidados propios de una madre a su hijo, a la cual la naturaleza la ha privado de concebir naturalmente. No se trata de derechos o intereses opuestos entre el hijo y la madre comitente, ésta se somete a las técnicas de reproducción asistida aportando sus óvulos, para dar vida a un nuevo ser humano con dignidad y derechos.

Nadie puede asegurar al hijo nacido mediante las técnicas de reproducción humana asistida, la felicidad y el desarrollo pleno de la libertad, su autodeterminación e igualdad como elementos básicos de la noción de dignidad, como tampoco se pueden asegurar en el caso del niño nacido mediante la concepción natural a través del acto sexual.

Se ha sostenido además, que las técnicas de reproducción asistida hacen desaparecer el contenido humano de la procreación³⁵, ya que hoy en día es posible plantearnos la idea de tener hijos al margen de la relación sexual, sin embargo, la voluntad es una de las características del ser humano que nos diferencian del resto de los seres vivos, es por ello que la voluntad de la madre comitente, indispensable para la realización de la maternidad gestacional subrogada, es un hecho mucho más humano que el simple acto sexual necesario para la procreación natural.

De acuerdo a los argumentos expuestos, es posible sostener que la maternidad gestacional subrogada no atenta contra la dignidad de la madre sustituta ni del hijo nacido a través de esta técnica, ya que, como señala Jesús González “la dignidad de la persona no excluye la posibilidad, dentro de ciertos límites y para determinados fines, de disposición³⁶ sobre ciertos productos corporales (sangre, leche, esperma)...”, desde una perspectiva liberal, la cual compartimos, dichos límites y fines, son los fijados por el propio ser humano en ejercicio de su racionalidad, libre determinación y libertad

³⁴ Cfr. en Pantaleón, E. Técnicas de reproducción asistida y Constitución, RCEC, 15 (mayo-agosto, 1993)

³⁵ Cfr. Banda, A., “Dignidad de la persona y reproducción humana asistida”, en Revista de derecho (Valdivia), vol. 9 n°1, 1998, p. 15

Esto explica que el objeto de un contrato maternidad subrogada, el cuerpo de la mujer, y en particular su útero, se rechace dada la imposibilidad de vender o alquilar partes que están fuera del comercio, como el Sol o la Luna³⁷. Además, puede dar lugar a casos de explotación de mujeres vulnerables, tomando en cuenta que, y a pesar del precio que se pague, el cuerpo humano no es una incubadora

En este mismo orden de ideas, se plantea desde la doctrina española que:

El alquiler de útero vulnera la dignidad de la mujer y del hijo nacido. [Señala además] que la dignidad de ambos constituye el argumento principal para rechazar la práctica de la gestación por sustitución. (...) la dignidad representa el minimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar

4.4 El bloque constitucional de derechos fundamentales

El catálogo de derechos fundamentales que establece la Constitución Política de la República en su artículo 19, no es taxativo puesto que, son además parte del contenido material de la Constitución los derechos establecidos en los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, según lo establece el artículo 5 inciso 2 CPR.

Humberto Nogueira señala que “tanto los derechos fundamentales (atributos) contenidos en la norma constitucional formal como los tratados internacionales constituyen un bloque en materia de derechos fundamentales de acuerdo con el cual deben ser interpretadas las leyes y demás normas infraconstitucionales³⁸”. En este sentido, cuando hablamos de bloque constitucional de derechos fundamentales nos estamos refiriendo al “conjunto de derechos de la persona (atributos) asegurados por fuente constitucional o por fuentes del derecho internacional de los derechos humanos (tanto del derecho convencional como del

derecho consuetudinario y los principios de ius cogens) y los derechos implícitos, expresamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por vía del artículo 29 literal c) de la CADH³⁶, todos los cuales, en el ordenamiento constitucional chileno, constituyen límites a la soberanía, como lo especifica categóricamente el artículo 5 inciso segundo de la Constitución chilena vigente

³⁶ <https://silo.tips/download/capitulo-2-maternidad-subrogada>

³⁷ Cfr. en Rodríguez, Dina. Nuevas Técnicas de Reproducción Humana: El útero como objeto de contrato en: Revista de Derecho Privado Nueva Época, año IV, N° 11, 2005, p. 117.

Resulta una tarea compleja establecer todas las convenciones, declaraciones, pactos o conferencias que resultan relevantes en torno a la discusión sobre la subrogación de la maternidad, es por ello que se realizará una selección, teniendo como criterio de discriminación la incorporación de derechos que no se encuentran expresamente consagrados en nuestra constitución, y que resultan relevantes al momento de determinar la procedencia de la maternidad gestacional subrogada en nuestro ordenamiento jurídico, sin perjuicio, de que se hará referencia a normas internacionales que complementen o interpreten derechos que ya se encuentran regulados en nuestra Constitución.

Chile, se ha hecho parte de una serie de declaraciones, convenciones y pactos internacionales sobre protección de la familia y los niños, destacándose los siguientes:

- **Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)** el cual, en su artículo 16.1 establece que “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”.

-**Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)**, el que se encuentra ratificado por nuestro país y que en su artículo 23. 2 reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

El comité de derechos humanos establece en la observación General nº 19 que “el derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos.

-**Convención Americana de Derechos Humanos (1969)**, en el numeral 2 de su artículo 17 reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por

las leyes internas, en la medida en que estas no afecten el principio de no discriminación establecido en esta Convención la cual se encuentra ratificada por nuestro país

Respecto al derecho a fundar una familia consagrado en los tratados anteriormente citados, Paulina Silva sostiene que tal derecho presupone indispensablemente el derecho a procrear, “pues si bien pareciera que no puede afirmarse la existencia de una estructura familiar de carácter universal, sí resulta posible sostener que la presencia de descendencia constituye un elemento de la esencia de cualquier forma familiar

-Convención sobre los Derechos del Niño (1989), La cual se encuentra ratificada por nuestro país estableciéndose una serie de derechos para los menores de 18 años salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable según su nacionalidad, hayan alcanzado antes la mayoría de edad, el interés superior del menor se establece como principio inspirador de todas las normas contenidas en la convención⁴⁰, con el fin de cautelar la integridad física y síquica de los menores como sujetos de derecho, que se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad.

Asimismo, nuestro país ha suscrito diversos instrumentos y acuerdos internacionales en materia de salud sexual y reproductiva, dentro de los cuales podemos mencionar los siguientes:

-Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) en su artículo 12 dispone que los Estados Partes del pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, mientras que el artículo 15 establece el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, se comprometen además los Estados Partes, entre ellos Chile, a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

Mientras que la observación nº 14 del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que “Para suprimir la discriminación contra la mujer es preciso elaborar y aplicar una amplia estrategia nacional con miras a la promoción del derecho a la salud de la mujer a lo largo de toda su vida. Esa estrategia debe prever en particular las intervenciones con miras a la prevención y el tratamiento de las enfermedades que afectan a la mujer, así como políticas encaminadas a proporcionar a la mujer acceso a una gama completa de atenciones de la salud de alta calidad y al alcance de ella, incluidos los servicios en materia sexual y reproductiva

-Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, 1979), la que se encuentra ratificada por nuestro país, disponiendo en su artículo 16 el compromiso que asumen los estados partes de la convención a adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

Por su parte, Recomendación general nº 24, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, establece que “La negativa de un Estado parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria⁴¹

Como se ha sostenido en el presente trabajo, la maternidad gestacional subrogada no está expresamente regulada en Chile, como ocurre en el caso de Alemania donde se prohíbe expresamente, por lo tanto, en nuestro país no resulta ilegal acceder a las técnicas de reproducción asistida dentro de las cuales encontramos la maternidad gestacional subrogada.

-Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (CIPD, El Cairo 1994), en la cual el concepto de Salud Sexual y Reproductiva (SSR) reemplazó el concepto de control demográfico del crecimiento de la población⁷⁰. Definiéndola como “un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos. En consonancia con esta definición de salud reproductiva, la atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivo, al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual”

³⁸ Nogueira, H., Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos, Editorial Librotecnia, Chile, 2006, p. 245.

³⁹ Convención Americana de Derechos Humanos.

⁴⁰ Cfr. Baeza, G., “El interés superior del niño: derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, en Revista Chilena de Derecho, vol. 28 n° 2, 2001, p.356.

⁴¹ Recomendación general 24, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 20° período de sesiones, 1999, U.N. Doc. A/54/38/Rev.1.

-Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer (Beijing, 1995), la cual ratifica el concepto de Salud Sexual y reproductiva aprobado en la Conferencia Internacional sobre

Los derechos sexuales y reproductivos son el resultado de la evolución de los derechos humanos, como consecuencia de la preocupación de la comunidad internacional por el crecimiento poblacional de los países subdesarrollados, es así como en la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos celebrada en Teherán en 1968, se reconoce que *“los padres tienen el derecho humano fundamental de determinar libremente el número de sus hijos y los intervalos entre los nacimientos”*. Fijándose las bases para un posterior desarrollo y reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos. Posteriormente, en 1974, en la Conferencia Mundial de Población de Bucarest, se reafirmó la noción de derechos fundamentales en torno a las decisiones reproductivas⁴². Hasta que en 1994 en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo se establece el concepto de salud sexual y reproductiva y se establecen por primera vez los derechos sexuales y Reproductivos como derecho subjetivo.

Hoy en día, es posible sostener a partir del concepto de salud sexual y reproductiva que se establece en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, el derecho de la mujer a acceder a las técnicas de reproducción asistida y en particular a la maternidad gestacional subrogada, sirviéndose de los beneficios que hoy en día son posibles gracias a los avances científicos en el área de la medicina reproductiva, para superar los problemas infertilidad o esterilidad que no le permiten gozar del bienestar físico, mental y social indispensable para todo ser humano.

⁴² Cfr. Rodríguez, L., “Derechos sexuales y reproductivos en el marco de los derechos humanos” disponible en <http://www.puntos.org.ni/sidoc/descargas/basevirtual/Salud/SALUD%20Y%20DERECHOS%20SEXUALES%20Y%20REPRODUCTIVOS.doc>

4.5 Derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de la República en derechos discutidos de Maternidad Subrogada.

En este último capítulo es necesario analizar distintos derechos consagrados en el artículo 19 de la Constitución Política de la República, cuyo análisis resulta relevante al momento de determinar la procedencia de la maternidad gestacional subrogada en nuestro país, es así como se analizará el derecho a la vida y el derecho a procrear, el derecho a la igualdad y la no discriminación arbitraria, el derecho a la intimidad de la persona y su familia y por último, el derecho a la salud en los casos de infertilidad.

4.6 Derecho a la vida

En Chile no existe norma de rango legal, que reconozca expresamente el derecho a procrear, sin embargo, diversos autores sostienen la existencia de este derecho en nuestro ordenamiento jurídico como manifestación o consecuencia necesaria de derechos que sí encuentran consagración en la Constitución Política de la República.

Hay quienes postulan la existencia del derecho a procrear como una manifestación del derecho a formar una familia pues, la descendencia constituiría un elemento de la esencia de cualquier forma familiar. Nuestra constitución no reconoce expresamente este último derecho, sin embargo, como señalamos a propósito del punto relativo al derecho internacional, diversos documentos internacionales sí lo hacen, entre otros la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos. Dichos convenios se encuentran incorporados a nuestro

ordenamiento jurídico por mandato del artículo 5 inciso 2 CPR, en todos ellos se establece el derecho a fundar una familia e implícitamente el derecho a procrear

Es así como parte de la doctrina, si bien reconoce la existencia de un derecho a procrear, le otorga al mismo una dimensión limitada, ligándolo a la familia, señalando que la procreación no puede ser ejercida en forma individual⁴³. Como consecuencia de ello una mujer sola no podría someterse a las técnicas de reproducción asistida. Cabe tener presente que esta interpretación hace equivalente familia a familia matrimonial, sin embargo, en el derecho internacional se distingue claramente el derecho al matrimonio y derecho a fundar familia, lo que pone de manifiesto, que el argumento de fondo dice relación con el concepto de familia, aceptando como única forma familiar, la matrimonial.

Hay quienes sostienen que el derecho a procrear, sería más bien un “derecho al hijo”, el cual sería contrario a nuestro ordenamiento jurídico, ya que convierten al hijo en un objeto de consumo para satisfacer carencias de los padres, se trataría de “un hijo- remedio producto del deseo y de la tecnología⁴⁴”, atentando contra su dignidad. Con lo que volvemos al tema del atentado a la dignidad, ya sea como un límite al ejercicio de determinados derechos o bien como prohibición de ejercerlos

4.7 Derecho a procrear

Hay quienes sostienen que existe el derecho a procrear en nuestro ordenamiento jurídico, aun cuando éste no se encuentre expresamente establecido en la legislación, y que dicho derecho emanaría del derecho a la vida el cual incluiría el derecho a dar vida⁴⁵. Y que, por lo tanto, constituiría una garantía consustancial a la naturaleza humana.

Esta tesis encuentra apoyo expreso en una norma de carácter administrativo, ya que, en defecto de una norma legal que establezca expresamente el derecho a procrear, el Ministerio de Salud dictó la resolución exenta nº 1072, que fija las normas aplicables a la fecundación in vitro y la transferencia embrionaria, dicha resolución establece en su considerando primero: “*Que la garantía constitucional del derecho a la vida y la protección de la vida del que está por nacer, que prevé el artículo 19º, N° 1 de la Constitución Política de la República, incluye el derecho a procrear y, consecuentemente, el acceso a los medios médicos para superar las causas que impiden o dificultan la concepción*”. Con lo que se deja claro que el derecho a procrear no se ve limitado por las formas de concepción natural.

Es preciso destacar, que nuestra Constitución resguarda al que está por nacer⁴⁶, por lo cual lleva entonces también implícito el derecho a procreación tal cual dice, en su artículo 75, “*La ley protege la vida del que está por nacer*”

⁴³ “Admisibilidad jurídica de las técnicas de procreación Artificial”, en Revista Chilena de derecho, 1992, vol. 19, nº 3

⁴⁴ El derecho a procrear en el ordenamiento constitucional chileno”, en Revista Chilena de Derecho, 1994, vol. 21, nº 2, p. 305.

Suponiendo la existencia del derecho a procrear en nuestro sistema jurídico, éste correspondería tanto a la mujer con capacidad de gestación como aquella que no tiene capacidad, asimismo correspondería al hombre que tiene capacidad para fecundar, como al que no la tiene, en virtud de los derechos de igualdad y libertad que consagra nuestra Carta Fundamental. Por lo tanto, su ejercicio no se vería limitado por las formas de concepción natural, sino que también supondrían su ejercicio respecto de las técnicas de reproducción asistida, y la maternidad gestacional subrogada en particular

Es preciso destacar que el derecho a procrear lleva consigo la decisión propia de todo ser humano y se constituye un derecho implícito de la libertad del cuerpo humano.

El derecho a los actos de libre disposición del cuerpo humano es la facultad de hacer con nuestro cuerpo lo que mejor creamos conveniente, siempre que no vaya contra las normas de orden público, las buenas costumbres o implique una disminución de la integridad y salud⁴⁷.

⁴⁵Técnicas de reproducción asistida: Una perspectiva desde los intereses del hijo”, en Revista de derecho (Valdivia), 2000

⁴⁶ El destacado del Autor.

⁴⁷ Los actos de libre disposición del cuerpo humano de Enrique Varsi Rospigliosi

Capítulo V

5.1 Análisis del Chile actual y los proyectos de Ley en la Materia

En Chile en el año 1984 ocurrió el primer nacimiento como resultado de la aplicación de técnicas de reproducción asistida, y desde entonces, cada vez hay más personas que acceden a distintas técnicas y métodos de reproducción asistida tanto en el sector público como en el sector privado de salud. En el año 2016, se estimaba que existía un total de 5.500 niños y niñas nacidos como resultado de tratamientos de reproducción medicamente asistida desde 1990 hasta la fecha. Además, conforme a cifras del Ministerio de Salud, en el año 2019 existen aproximadamente 250 mil parejas que sufren de infertilidad en Chile, y que⁴⁸, por lo tanto, son potenciales pacientes de la reproducción médicamente asistida. Esto ha obligado al Estado a implementar programas que otorgan cobertura a ciertos tratamientos y terapias de reproducción medicamente asistida.

El sistema público a través del Fondo Nacional de Salud (FONASA), ofrece cobertura para determinados Programas de Fertilización Asistida desde el año 1992, producto de un “convenio suscrito entre la Universidad de Chile, el Servicio de Salud Metropolitano Central y el Instituto de Investigaciones Materno-Infantil (IDMI), que tiene como objetivo otorgar atención a parejas beneficiarias del Sistema Público de Salud que requieren de tratamientos de Alta Complejidad proporcionando todas las prestaciones requeridas para el diagnóstico y tratamiento integral de fertilización y reproducción asistida.”⁴⁹ Dicho pacto se ha renovado anualmente desde su implementación, y con la creciente demanda para la aplicación de los tratamientos ofrecidos, FONASA celebró nuevos acuerdos

adicionales para la aplicación de dichos tratamientos en más regiones a lo largo del país, y también ha aumentado los cupos disponibles para la realización de dichos tratamientos para facilitar el acceso tanto en su modalidad de Atención Institucional (MAI) y de Libre Elección (MLE), que constituye la red privada de atención de FONASA.

Dentro de la modalidad de Atención Institucional, se ofrecen programas de fertilización asistida de baja complejidad, dentro de las cuales se encuentra la estimulación ovárica controlada y la inseminación artificial, y también se ofrecen programas de fertilización asistida de alta complejidad, dentro de las cuales está la fertilización in vitro (que incluye la inyección intracitoplasmática de espermatozoides y crio preservación de pronúcleos y embriones) y la transferencia embrionaria. Cabe destacar que para el año 2019, FONASA aumentó los cupos disponibles para las terapias de alta complejidad en el modelo de Atención Institucional de 313 a un total de 575.

Por otra parte, en cuanto a la modalidad de Libre Elección, para el año 2019 a los tratamientos de fertilización de baja complejidad ya existentes, se añadieron los de alta complejidad, sin existir un límite de cupos, sino que garantizando un copago a las parejas que deseen realizarse estos tratamientos, mientras cumplan con los requisitos médicos y administrativos.

Si bien el nuevo presupuesto para los programas de fertilización asistida implica un gran avance hacia el acceso a la fertilidad, la oferta sigue siendo limitada tanto en relación a los métodos que ofrece, como respecto de los requisitos que se exigen de los pacientes destinatarios de estos tratamientos. Estos programas solo están disponibles para parejas heterosexuales dentro de un rango etario de 25-37 años, por lo tanto, quedan excluidas de estos métodos las personas sin parejas, las

parejas homosexuales y las mujeres de un rango etario mayor, que han postergado su maternidad, circunstancia que ha aumentado en Chile producto de “cambios sociales, como el aumento de la escolaridad y vida profesional de las mujeres, y la aparición de tecnologías reproductivas como las TRA.”⁵⁰ Además, estos programas no otorgan cobertura a la donación de gametos o a la maternidad subrogada, siendo éstas técnicas absolutamente indispensable para que parejas homosexuales y personas sin pareja puedan tener hijos, lo cual trae como resultado que no se está garantizando un acceso igualitario a la reproducción asistida.

Como resultado que las personas que tienen el mejor acceso a la reproducción medicamente asistida son las parejas que viven en la Región Metropolitana y tienen mayores ingresos, ya que evidentemente la oferta limitada afecta los valores que se cobra por cada servicio.

⁴⁸CORPORACIÓN MILES (2016). Salud Sexual Salud Reproductiva y Derechos Humanos en Chile. Primer Informe. Santiago: Claudia Dides y Constanza Fernández. [en línea] <http://mileschile.cl/cms/wpcontent/uploads/2019/01/Primer-Informe-de-SSR-y-DDHH-2016.pdf> [consulta: 05 julio 2019] p. 101.

⁴⁹ Ministerio de Salud (2018). Minuta Programa Fertilización Asistida. Santiago. p. 1.

Los centros médicos del sector privado, ofrecen tratamientos de fertilidad que “tienen costos altísimos, que van desde los \$300 mil a los \$6 millones, lo que dificulta el acceso de la población afectada por esta patología.”⁵¹ Ahora bien, con la incorporación de tratamientos de alta complejidad de fertilidad a la modalidad de libre elección de FONASA, más parejas podrán acceder ellas en instituciones de salud privadas, ya que según el artículo 189 letra a) del DFL N°1 de 2005 de Salud, las Isapres deberán otorgar a lo menos las prestaciones y cobertura financiera que se fija como mínimo para la modalidad de libre elección que debe otorgar FONASA. Sin embargo, dado que la codificación⁵² de las técnicas de alta complejidad se produjo recientemente, se desconoce si las Isapres ofrecerán cobertura a personas sin pareja y parejas homosexuales que se sometan a tratamientos de reproducción medicamente asistida, ya que éstas no necesariamente padecen una patología de infertilidad.

En nuestro país, hasta este año 2019 se han tramitado cinco proyectos de ley en materias relacionadas a Técnicas de Reproducción Asistida (en adelante “TRA”) y Crio conservación de embriones y pronúcleos, tres de los cuales se encuentran archivados: 1) Boletín número 1026-07, de fecha 6 de julio de 1993, que Regula los principios jurídicos y éticos de las técnicas de reproducción humana asistida y establece sanciones para los infractores de sus normas; 2) Boletín número 4346-11, de fecha 18 de julio de 2006, sobre Reproducción Humana Asistida; y, 3) Boletín número 4573-11, de fecha 3 de octubre de 2006, que Regula la Aplicación de Técnicas de Reproducción Asistida

⁵⁰ CORPORACIÓN MILES (2016). Salud Sexual Salud Reproductiva y Derechos Humanos en Chile. Primer Informe. Santiago: Claudia Dides y Constanza Fernández.

<http://mileschile.cl/cms/wpcontent/uploads/2019/01/Primer-Informe-de-SSR-y-DDHH-2016.pdf> p.105

⁵¹ Ministerio de Salud (2018). Minuta Programa Fertilización Asistida. Santiago. p. 1.

⁵² Nomenclatura que se le otorga a cada prestación médica para otorgar cobertura en sistema público y privado de salud, mediante códigos

Por otra parte, siguen en tramitación otros tres proyectos de ley, dos de los cuales se refieren a la maternidad subrogada, y el tercero, sobre crio conservación de embriones: 1) Boletín número 6306-07, de fecha 18 de diciembre de 2008 que 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“ en el Código Penal; 2) Boletín número 11576-11, de fecha 10 de enero de 2018, que Regula la Gestación por Subrogación o Subrogada⁶¹; y, 3) Boletín número 11604-11, de fecha 5 de marzo de 2018, que Regula la Crio conservación de Embriones, respectivamente

De la lectura de los proyectos de ley que se han propuesto hasta el presente año 2019, cabe hacer una revisión crítica de aquellos, distinguiendo entre los proyectos de ley archivados y los que se encuentran en actual tramitación, dando cuenta de cuáles han sido las principales falencias relevantes, haciendo un contraste con un ejemplo legislativo paradigmático como el que tiene Portugal ya que, es posible considerar que es más completa y armónica con nuestro ordenamiento jurídico.

En cuanto a la legislación de Portugal, partimos señalando que la Ley 32/2006, de fecha 26 de julio de 2007 nace a partir de la urgencia de regulación de una situación de hecho, cual es la aplicación de las TRA, que se realizaban sin perjuicio de que estuvieran prohibidas, como era el caso de la maternidad subrogada. Ésta ley considera elementos indispensables para la regulación de la TRA que es materia de este trabajo, tales como los centros autorizados; sus beneficiarios; la donación de gametos; su carácter de método subsidiario y no alternativo⁵³ la prohibición de la aplicación de la técnica con fines distintos a la procreación; su carácter altruista y la prohibición de la maternidad subrogada con carácter comercial; los derechos y obligaciones de los beneficiarios; el consentimiento; el principio de confidencialidad;

el registro y la conservación de datos personales; normas de filiación; funcionamiento del Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida; el Diagnóstico Genético Pre-Implantación; sanciones; y otras materias relevantes. Sin embargo, para efectos del análisis de los proyectos de ley que se han tramitado en nuestro país hasta el año 2019, limitaremos las materias señaladas anteriormente y tomaremos los siguientes ejes como referentes de estudio: beneficiarios; donación de gametos; crio conservación; consentimiento; confidencialidad; carácter de la TRA de la cual trate el proyecto de ley (subsidiaria o alternativa); filiación; centros autorizados para la ejecución.

5.2 La Razón en que se considera un Delito la practica

Boletín número 6306-08, de fecha 18 de diciembre de 2008, que 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” en el Código Penal.

Basado en lo que dice en su título III artículo 353,

“La suposición de parto y la sustitución de un niño por otro, serán castigadas con las penas de presidio menor en cualquiera de sus grados y multa de veintiuna a veinticinco unidades tributarias mensuales”⁵³

Este proyecto de ley resulta controversial en cuanto a los fines de este ensayo, puesto que pretende sancionar la aplicación de un tratamiento de maternidad subrogada, teniendo como fundamento que esta técnica constituye un delito por las siguientes razones:

- a) Constituye una conducta que, en la mayoría de los casos busca lucro, obtener ganancias a través de procedimiento que implican crear vida.

- b) No existe en la actualidad sanción para quien gesta en su cuerpo vida ajena con óvulos y espermatozoides de terceros.
- c) Tampoco existe sanción ni penalización para terceros que por diversas causas no pueden engendrar un hijo de manera natural, y recurren a extraños para 'satisfacer' necesidades que dicen llamarse familiares.
- d) No existe ninguna protección para el que está por nacer, lo anterior debido a que en ocasiones es perfectamente posible, que la situación jurídica de las personas que realiza esta petición cambie, es decir, se produzca una separación de hecho o un divorcio con separación de vínculo. El menor queda a la deriva y los eventuales padres sin responsabilidad sobre los derechos del menor.
- e) No es posible disponer de la vida en forma arbitraria, cualquier sea el móvil que lleve al sujeto activo de esta conducta (padres que encargan la creación de un menor) a realizarla. Como asimismo a aquella persona que presta, sea a través de un intercambio de dinero o cualquier otra recompensa su vientre materno para la gestación de un ser humano que posteriormente será entregado a quienes han solicitado este 'servicio'."

Hoy en día, se tienen discrepancias respecto de estos motivos de ilegalidad, dado por los siguientes motivos:

⁵³ Código Penal Chile.

- 1) En cuanto a la letra a), la maternidad subrogada no necesariamente tiene fines lucrativos, como ocurren en el caso altruista;
- 2) Por otra parte, en relación a su letra b), la donación de gametos a la no se encuentra sancionada, por lo que tampoco podría sancionarse la gestación de un embrión ajeno en el vientre de una madre subrogante;
- 3) Según la letra c), se trata de sugerir que ésta técnica tiene fines egoístas, pretendiendo dar cuenta que el derecho de formar una familia tendría alguna otra finalidad cuando dice “satisfacer’ necesidades que dicen “**llamarse familiares**” lo cual es incorrecto;
- 4) Respecto de la letra d), es incorrecto que la situación jurídica del que está por nacer quede al azar o a las circunstancias, puesto que, una regulación integral de esta técnica pretende, precisamente, velar por el interés superior del niño, sin que quede desprovisto de protección en casos de separación, divorcio o muerte de los padres de intención;
- 5) Finalmente, su letra e) sugiere que ésta técnica puede subsumirse en una mera prestación de servicios, soslayando los fines altruistas de la misma⁵⁴

⁵⁴ Una propuesta desde el derecho privado para la aplicación de la maternidad subrogada en Chile, por SOFÍA MABEL HERMOSILLA BLANCO 2019

5.3 La maternidad subrogada como un contrato individual de trabajo

Existen un número importante de autores que tratan la categoría del contrato como marco jurídico que pudiese dar revestimiento a los acuerdos de maternidad subrogada, es por ello que, en el presente apartado se revisará qué señala la doctrina y ley sobre este negocio jurídico y cuál sería su posible relación de este con los acuerdos bajo análisis.

Sabemos bien que respecto al concepto de contrato se encuentra en nuestro Código Civil, en su artículo 1438⁵⁵ que dice:

“Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”

Esta demás precisar que toda convención es un acto de la manifestación de la voluntad, realizada con la intención de producir efectos jurídicos.

Sabemos bien entonces, que la sociedad en general tiene su origen en un contrato, pacto o convenio sea este explícito o tácito, el cual está conformado por el consentimiento de los individuos que forman parte del mismo que están sometido a las leyes y a las justicias siendo administradas con total imparcialidad y moralidad.

Este estilo de definir al contrato responde a la concepción moderna del mismo, que es el resultado de la confluencia de tres presupuestos ideológicos y sociológicos.

El primero es el presupuesto económico de una economía liberal. Esta se erige sobre el enunciado de la *laissez faire* -que puede traducirse como dejar hacer, dejar pasar-. Es aquella doctrina económica que descansa en la proposición de que el funcionamiento de la economía debe dejarse al libre juego de la oferta y la demanda, evitando la intervención del Estado. Y como dice Adam Smith, es a través de ella que las naciones alcanzan la felicidad⁵⁶. El segundo se relaciona con la idea de la esencial igualdad de condiciones de las partes contratantes. En tal sentido, el contrato es la mejor vía para que ellos regulen sus intereses particulares. El tercer y último presupuesto recae sobre la idea de la libertad individual, la cual es promovida y enaltecida por la sociedad post moderna contemporánea

⁵⁵ Artículo 1438 Código Civil Chileno

⁵⁶ La riqueza de las naciones, es la obra más célebre de Adam Smith. Publicado en 1776

⁵⁷ Díez-Picazo; en 1963 cátedra de Derecho Civil en la Universidad de Santiago de Compostela

⁵⁸ Díez-Picazo, citando la obra El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales de Manuel Alonso Martínez

En cuanto a la obligatoriedad de los contratos predicada por el Código Civil, esta proviene de la naturaleza de la persona y el respeto de su dignidad que le es debida, en particular de su autonomía privada. Debe reconocerse a la persona un ámbito de auto soberanía para reglamentar sus propias situaciones jurídicas y a través de ella encaminar sus fines, intereses y aspiraciones⁵⁷. En virtud de ello, precisa que los sujetos haciendo uso de su libertad, de su iniciativa y de su autonomía privada, establecen las reglas bajo las que quieren gobernarse. De modo que, el contrato es una previsión del futuro. Asimismo, añade que este negocio jurídico es el mecanismo a través del cual la persona se expresa en la vida social.

Es por esta razón, que; «no hay quien pueda prever todas las combinaciones que es capaz de crear el ingenio humano estimulado por el aguijón de la necesidad y del interés»⁵⁸; bienes o intereses con naturaleza económica de lo cual resulta que existan en la actualidad un sinnúmero de nuevas formas contractuales. Un claro ejemplo de ello es el acuerdo de maternidad subrogada, que permite el acceso y el uso de los cuerpos de las mujeres, con el fin de satisfacer los deseos de quienes de manera natural no pueden llegar a ser padres.

En este sentido, el acuerdo de maternidad subrogada, se debería plantear como el contrato en virtud del cual una mujer -la madre subrogada- se compromete, a cambio de un precio o no, a llevar a cabo la gestación y nacimiento de un menor, respecto con el cual puede compartir material genético; así como, a entregarlo tras el parto y renunciar a sus derechos de filiación a favor de una persona o pareja comitente, quienes fueron los solicitantes. Estos últimos pueden ser o no los padres biológicos del recién nacido. De igual forma, es pertinente mencionar que en estos acuerdos existe la intervención de una tercera parte, que es la agencia médica que lleva a cabo la técnica, que también asume obligaciones y derechos como las otras partes.

De la definición se desprende que la madre subrogada dispone de su cuerpo, en específico, de su útero para que en él se desarrolle un hijo ajeno. La mujer gestante presta un servicio concreto, que es llevar a cabo el embarazo -gestación y nacimiento- y entrega de una persona que es el recién nacido, como si este fuese un producto final. Este contrato recae sobre elementos configuradores de la identidad femenina, que son el útero y la maternidad; o sobre la misma persona, entendida como aquella unidad sustancial de cuerpo y alma, dotada de naturaleza racional. Del mismo modo, se puede señalar que dichos acuerdos han aparecido, en el siglo anterior, como una reacción a los tres presupuestos ideológicos y sociológicos, mencionados anteriormente. Los acuerdos de maternidad subrogada se desarrollan en un mundo gobernado por la ley de la oferta y la demanda, en el que las personas sin posibilidad de ser padres biológicos y con capacidad económica recurren al mercado de la biotecnología con el fin de hacerse de un hijo, ofrecido por quienes pueden serlo de manera natural y, para ello, en ejercicio de su libertad individual y actuando en sustancial igualdad de condiciones, expresan su voluntad de contratar entre ellos.

En virtud de un negocio jurídico celebrado, las partes asumen obligaciones de dar, hacer o no hacer. Es así, que, por un lado, la madre subrogada se compromete a recibir y conservar en su útero un hijo ajeno; a cuidarse durante el embarazo, a fin de evitar abortar, y culminar exitosamente el proceso de gestación; finalmente, a entregar al recién nacido a la persona o pareja comitente, renunciando a sus derechos de patria potestad a favor de la madre intencional.

De igual forma, la mujer podría comprometerse a aportar su óvulo para la concepción del niño por nacer. Por otro lado, la persona o pareja comitente se obliga a cubrir los gastos surgidos por el tratamiento médico que genera el periodo de gestación y parto; así como, a costear los gastos de trámites administrativos y/o jurídicos para la inserción del recién nacido en su esfera familiar; a acoger al recién

nacido como hijo suyo; y, de ser comercial, a pagar la compensación dineraria pactada.

Asimismo, el contrato del que forma parte, en lugar de ser de naturaleza civil, es mercantil; por ello, en la presente investigación no se abordará este tópico por exceder los límites de la materia de esta. Es así, que, ante el incumplimiento de alguna de las obligaciones mencionadas precedentemente por los contratantes, resulta conveniente plantear la interrogante si estos acuerdos son o no válidos. Ya que, de no serlo, la consecuencia inmediata sería la ineficacia de este. Por el contrario, de ser válidos, se podría exigir su cumplimiento o invocar la rescisión o resolución, de cumplirse los supuestos para ello. Ambas figuras son dos formas de ineficacia funcional del contrato.

Sobre la rescisión, invocada con el fin de obtener la ineficacia del contrato, ante causal existente al momento de la celebración del acuerdo; pues las partes no se encontraron en igualdad de condiciones de negociar sus obligaciones.

Los casos de rescisión según el Código Civil vigente son la lesión (Artículos 1439 – 1545 – 1896), es importante analizar la rescisión por lesión; la cual procede por haber una excesiva desproporción entre las pretensiones, en el momento de la celebración del contrato, que resulta del aprovechamiento de una de las partes del estado de necesidad apremiante de la otra. Con respecto a lo dicho anteriormente, este contrato de maternidad subrogada, evidentemente lo comercial podría ser susceptible de ser rescindido por el posible aprovechamiento de la persona o pareja comitente que contrata con la madre subrogada, a sabiendas de que ella se encuentra en estado de necesidad, por razones económicas, y vulnerable a cualquier abuso, tal como se da en países de Asia⁵⁹ como Singapur o Tailandia, dado en el ámbito de constituir esta acción en delito por la notable explotación de mujeres, esto por su baja calidad de vida vulnerada por la pobreza, y frente a la necesidad de aquellas personas que ostentan de un alto poder adquisitivo.

5.4 Problemas generados por la Maternidad Subrogada en su variante contractual

Otro aspecto de la maternidad subrogada que explica su controversial examen son los problemas derivados del incumplimiento de sus obligaciones contractuales tales como:

- a) Que la mujer gestante desee quedarse con el niño⁶⁰.
- b) Que antes del nacimiento se detecte en el niño alguna anomalía y se solicite aborto terapéutico, negándose a ello la madre gestante.
- c) Que ni la mujer gestante, ni quien solicitó el inicio del proceso quieran quedarse con el niño, por adolecer, por ejemplo, de taras.
- d) Que como consecuencia del parto la gestante muera o contraiga una enfermedad grave.
- e) Si la gestante cede al hijo y ello le produce daños psicológicos de importancia.
- f) Si el hijo reivindica su origen genético y obstétrico.
- g) Si la madre gestante tiene derecho a pedir unilateralmente un aborto, sin consultar previamente a la pareja contratante en caso de contraer una enfermedad por efectos del embarazo que ponga en peligro su vida.
- h) ¿Que sucede si la pareja solicitante se divorcia o muere durante el periodo de embarazo? o si la mujer portadora está casada o forma pareja estable, ¿debe contar con el consentimiento de su cónyuge o pareja antes de someterse a la subrogación de útero?

- i) Que lo contratado por la pareja comitente sea sólo un niño y que fruto del proceso gestacional resulten dos criaturas⁶⁰
- j) ¿Quiénes serían los beneficiarios del permiso postnatal parental en virtud de la Ley 20.545? ¿Surgen dudas acerca de si sólo le corresponde a la madre gestante o también a la madre subrogante, o bien por partes iguales?
- k) Desde el ámbito del Derecho Internacional Privado, ¿Tiene validez la inscripción en el Registro Civil e Identificación de Chile de la certificación registral acreditativa de filiación del niño nacido en el Estado de California, mediante técnica de maternidad subrogada? ¿Está obligado dicho organismo a inscribir la certificación de nacimiento californiana, en virtud del principio del interés superior del niño y el derecho a la identidad del menor?
- l) Si la pareja solicitante se divorcia, o bien muere uno de los miembros o los dos, durante la gestación del bebe encargado.

⁵⁹Un claro ejemplo de ello es la «multimillonaria fábrica de bebés» dirigida por la doctora Patel. WALLIS,L: «multimillonaria y polémica fábrica de bebés en India» en BBC, 2013. (Recuperado de https://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/10/130726_sociedad_india_fabrica_bebes_jp, consultado el 20 de febrero de 2019).

⁶⁰En el famoso caso llamado comunmente “*Baby M*” un matrimonio a través del “*Infertility Center for New York*” contrataron con una mujer casada, un contrato de maternidad subrogada para la gestación en útero ajeno. Fruto de esta gestación nació una niña, la cual no quiso ser entregada por la madre subrogada, que había sido inseminada con esperma del marido de la pareja comitente. Véase en Carcaba, María. Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación asistida, J.M Bosch Editor S.A, 1995, p.167.

Como se puede observar en la letra K, nuestra norma en Chile sólo se limita a establecer los efectos filiativos derivados de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, pero nada señala acerca de los alcances y límites de éstas. Hoy en día es posible que la maternidad se encuentre disociada en tres mujeres distintas:

“La aportante del óvulo o madre genética, la que lleva a cabo el embarazo o madre gestante y la que desea tener el hijo o madre comitente”, en el caso de la maternidad gestacional subrogada es posible que la maternidad se presente disociada en dos mujeres diferentes: la madre comitente, que además será la madre genética y la madre gestante, pero actualmente es evidente que resulta anacrónica.

La disociación de la maternidad presenta problemas para el derecho de filiación, el cual se ve superado por los avances científicos de nuestra época. Es por ello que el legislador pretendió solucionar el problema de la filiación de los hijos nacidos como consecuencia de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, incorporando el artículo 182 a través de la ley 19.585, estableciendo que:

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 distinta⁶¹.

Sin embargo, la norma citada resulta insuficiente para solucionar el problema que presenta la disociación de la maternidad.

⁶¹ Código Civil Chileno

La discusión acerca de la filiación consiste básicamente en dos posibilidades. La primera radica en situar la maternidad subrogada dentro de las clases de filiación tradicional, la segunda, consiste en la necesidad de crear nuevas categorías acordes a la realidad social que hoy vivimos, de este modo las opciones que se abren son tres: entenderla incorporada dentro de la filiación con base biológica, regida fundamentalmente por la regla del parto, considerarla una manifestación de la filiación de origen voluntario, como ocurre por el ejemplo en la filiación adoptiva, o bien, establecer el criterio genético. Según la primera opción, en las hipótesis de maternidad disociada siempre sería la madre quien gesta a la criatura, de acuerdo con la segunda opción, quien manifiesta la voluntad de ser madre y por último de acuerdo al criterio genético será madre quien aporte sus óvulos para la concepción.

Frente a un contrato de maternidad subrogada, hay quienes señalan, que se debe considerar madre a quien ha gestado y parido al hijo y, como consecuencia, se aplican las reglas generales del Código Civil. A pesar de que la maternidad se encuentre disociada, no procede la impugnación de la maternidad, ya que la ley establece causales taxativas para su impugnación, dentro de las cuales no se establece alguna que permita alegar que el óvulo pertenece a otra mujer o bien, que la voluntad pro creacional reside en una mujer distinta a la madre gestante.

Hay quienes, por otra parte, se inclinan por el criterio volitivo, señalando sobre la intención de engendrar, lo cual nace de los padres comitentes y que sin esta voluntad no se hubiera celebrado el contrato, para la aplicación de la maternidad gestacional subrogada como técnica de reproducción asistida, la voluntad de la madre comitente es la que determinará el surgimiento de una serie de hechos que finalmente terminarán con el nacimiento de un niño.

La voluntad y aporte que presta la madre sustituta sólo tiene relevancia una vez que la madre comitente ha manifestado la voluntad de procrear. En por eso que, Moreno- Luque señala que "...en el caso del alquiler del útero sin aportación de óvulo parece más oportuno primar a los padres que desearon tener al hijo sobre la que únicamente lo gestó, y ello sin distinguir si el embrión es fruto de éstos o ha habido un donante de óvulo⁶².

Hay autores que ven en la adopción una forma para determinar la maternidad respecto de madre comitente o genética en el caso que el hombre que aportó el semen para la fecundación del óvulo de la madre comitente (y genética), sea el marido de ésta y ambos decidieran ser padres del hijo concebido mediante la maternidad gestacional subrogada. En este caso, efectivamente, se facilita la determinación de la maternidad a favor de la madre comitente, al existir la posibilidad de que el donante reconozca al hijo por cualquiera de los medios que establece el artículo 120 del Código Civil, y posteriormente ambos adopten al niño en virtud del artículo 11 de la ley 19.620 sobre adopción de menores. Sin embargo, esta solución no resuelve el problema central de la disociación de la maternidad con independencia de quien resulte ser el padre sino que, más bien, resulta ser un mecanismo legal que permite establecer como madre a la comitente, sólo si ésta se encuentra casada y su cónyuge ha participado en el procedimiento de la maternidad gestacional subrogada aportando sus esperma, dependiendo de la voluntad de éste, si reconoce al hijo y posteriormente inicia los trámites de adopción junto con su mujer, para que ésta pueda ser reconocida legalmente como madre del hijo, respecto del cual ambos son padres genéticos y comitentes.

Tiene más coherencia llevar el tema directamente al ámbito evolutivo, por que atribuir la maternidad a una mujer que jamás tuvo el deseo de engendrar un hijo para sí, ni asumir las responsabilidades que de ello conllevan directamente a lo

incoherente poco lógico, debiera tenerse una especial consideración al bienestar del menor, dado que él no puede y no debe porque sacrificarse aun así en virtud de la certeza y seguridad que brinda la regla del parto.

Es por ello, que resulta más coherente establecer el criterio volitivo para la determinación de la maternidad, estableciéndose un sistema de determinación diferente, basado en la “voluntad pro creacional”, mediante el cual el hijo quedará bajo los cuidados de quien, desde un primer momento quiso asumir esta responsabilidad, dando origen a su nacimiento a través de su voluntad.

En Chile no se ha discutido la validez de este tipo de pactos a nivel jurisprudencial, la discusión sólo se ha planteado en sede doctrinal.

⁶² Moreno- Luque, C., “Reflexiones en torno a la gestación por cuenta ajena” , en II Congreso Mundial Vasco “La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción asistida”, Editorial Trivium, Madrid, 1988, p. 441.

Capítulo VI

6.1 Propuesta para comenzar a legislar el Derecho a Procrear.

En Chile, se han creados muchas instituciones y ministerios, para esto tendría una eventual importancia respecto al problema que aqueja directamente a que se habrá una puerta sobre esta legislación.

La propuesta es la creación de un Registro Nacional de Maternidad Subrogada, no autónomo, pero que sea dependiente del Instituto Nacional de Salud Pública, lo cual tendría dos libros.

El primero consiste en un registro de mujeres que quieran y puedan ser madres gestantes obviamente que cumplan con todos los requisitos.

Y un segundo libro de registro deberá ser para aquellas Madres o Padres que no pueden de manera natural engendrar, será este libro llamado Registro de Maternidad Subrogada, pero solo tendrá la consideración de solemnidad, lo cual es el Contrato que dará la ocasión u oportunidad para este registro, de esta manera se limitaría convertir este registro en un sistema comercial, dado que, para estar dentro de tal inscripción, deberán cumplir muchos requisitos y sobre todo el consentimiento de obligarse en un contrato que no tendrá fines de lucros, pero si una considerable indemnización y protección de carácter laboral, tal como lo manifiesta de manera ejemplar el artículo 23 de la Ley de Maternidad Subrogada de Portugal⁶³.

Así las cosas, para establecer de manera inmediata y desechar directamente la clasificación de la conducta como un delito tal y como se expuso anteriormente, el hecho de existir un registro único para la maternidad subrogada, otorga a esto el respaldo único que involucra un Derecho de Propiedad amparado en nuestra

Constitución Política que sería el de procedo de inscripción por la partida de nacimiento.

6.2 Un tipo de Contrato para la Maternidad Subrogada.

De acuerdo a lo expuesto en esta presentación, la maternidad subrogada tiene como principio el altruismo, motivo por el cual, el contrato sería eminentemente gratuito: la madre subrogante presta un servicio sin pretender el pago de una remuneración por gestar al embrión provisto por los padres de intención. Un contrato oneroso, es decir, un contrato de maternidad subrogada de características comerciales, podría adolecer de objeto ilícito por recaer sobre un bien intransferible (el cuerpo humano) Todo lo anterior sin perjuicio de que los gastos que la madre subrogante deba soportar por el hecho del embarazo deberán ser cubiertos por los padres de intención, sin más recompensas, pero si retrocedemos a la importancia que se dio a entender en esta exposición sobre la dignidad y que se inserta cien por ciento en la seguridad social y que sea el Estado quien tenga como carga tales gastos y porque no también beneficios de bonos y alcances subsidiarios que cubra todos los requerimientos que los padres biológicos no puedan lograr cumplir. Dado que; la natalidad del país hoy en día es bastante baja y no existe el ánimo o motivación para la procreación y nuestra república se ve creciente, pero en la estadía de extranjeros radicados en nuestro país y no precisamente en nacimientos, por lo cual si él es el Estado quien resguarda la familia, deberá también ser el Estado quien promueva la misma

De esta manera el contrato de maternidad subrogada es un contrato bilateral, gratuito, actual (puesto que no admite modalidades), y es de medios ya que la madre subrogante sólo tiene como obligación la implantación del embrión, ya que circunstancias ajenas a su voluntad pueden resultar en un aborto espontáneo o en el nacimiento de un feto muerto.

Respecto a las categorías contractuales, proponemos un contrato para este tipo de TRA que, en caso de que su aplicación sea regulada y fiscalizada por una entidad estatal (como ocurre en Portugal con el Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida), tendría el carácter de forzoso ortodoxo; y el carácter de contrato de adhesión, cuando sea redactado por las instituciones que practiquen esta TRA, como es el caso para la realización de todos los procedimientos médicos, en caso de que no exista regulación legal expresa que determine el contenido y las partes que participen en ella. Cabe mencionar que un contrato de adhesión sobre una TRA, sin una ley que lo regule o fiscalice carecería de seguridad jurídica para las partes ya que versaría sobre materias que son de orden público, indisponibles para las partes (tanto para un centro médico como para los padres de intención y la madre subrogante) y estaría sujeto a un pronunciamiento judicial para determinar su eficacia.

6.3 Requisitos Legales

Tal como lo demuestra nuestro Código Civil y variadas doctrinas en que se explica los requisitos que debe tener cada contrato es necesario en esta propuesta de contrato establecer los requisitos legales que las partes deberán tener para la celebración del contrato, concordamos con los requisitos que propone el último Proyecto de Ley en cuanto los padres de intención deben ser mayores de 18 años y menores de 50; y manifestar su voluntad de forma libre e informada respecto de los efectos de la celebración de este contrato -que se verán más adelante-, consideramos que los padres de intención no deben tener antecedentes penales ni de violencia intrafamiliar para acceder a esta TRA. También en cuanto a la madre subrogante, ésta debe ser plenamente capaz, tener al menos 25 años de edad y ser menor de 45 años de edad; cumplir con condiciones de salud, psicológicas y

económicas adecuadas y no tener antecedentes de uso de drogas o alcohol; ser plenamente capaz; haber gestado, al menos un hijo con anterioridad; tener una situación socioeconómica y familiar adecuada para afrontar la gestación en condiciones óptimas de salud, bienestar y seguridad; ser chilena o tener residencia legal en Chile; no tener antecedentes penales ni de violencia intrafamiliar; y, no haber sido madre gestante por subrogación en más de dos ocasiones.

Para esto es de principal importancia el Consentimiento⁶⁴, se debe distinguir entre la manifestación de voluntad emitida la mujer gestante y la otorgada por los padres de intención. Evidentemente, como cualquier acto jurídico, la manifestación de voluntad debe estar exenta de vicios para que produzca pleno efecto

⁶³ Ley portuguesa de gestación subrogada 22 de agosto de 2016 publicada la Ley 25/2016

⁶⁴ Consentimiento su definición no aparece descrita en el Código Civil, pero curiosamente si lo podemos encontrar en el Código de Comercio.

6.4 Derechos y obligaciones de las partes:

1) Padres de intención:

1.1.) Antes del parto: los padres de intención tendrán como los derechos de ser informados respecto del estado del embarazo de la madre subrogante. Como contraparte, tendrán la obligación de compensar económicamente a la madre de intención respecto de todos los gastos médicos y demás gastos en los que incurra por el hecho del embarazo; además, tendrán la obligación de asistir a la madre de intención cuando sea necesario para los fines de la técnica.

También será obligación de los padres de intención contratar un seguro a beneficio de la madre gestante en caso de concretarse cualquier riesgo aparejado a la maternidad subrogada.

1.2.) Después del parto: tendrán la obligación de recibir al nacido y realizar la inscripción del nacimiento dentro del plazo legal acompañando una copia legalizada y autorizada por el Registro Nacional de Maternidad Subrogada del Instituto Nacional de Salud Pública ante el Servicio de Registro Civil

2) Madre subrogante:

En primer lugar, cabe resaltar que el contrato de maternidad subrogada es un contrato de medios y no de resultados, motivo por el cual, la madre subrogante no está obligada al hecho del embarazo, el cual pudiera no producirse por causas ajenas a su voluntad, así como tampoco está obligada a dar a luz, puesto que también pueden ocurrir hechos que lo impidan. Por lo tanto, la obligación principal

de la madre subrogante es la de realizarse la transferencia embrionaria. En caso de que ésta no fuera exitosa y no resulte en un embarazo, no se puede hablar de un incumplimiento de ninguna obligación. Así las cosas, las obligaciones y derechos que devienen del hecho de producirse efectivamente el embarazo pueden clasificarse entre aquellas exigibles antes y después del parto, a saber:

2.1.) Antes del parto: la madre subrogante tendrá como derecho la compensación económica por todos los gastos médicos y generales en los que incurra por el hecho de estar embarazada, de costa de los padres de intención; asimismo, tendrá derecho a ser asistida por los padres de intención cuando sea necesario para fines de cuidado del embarazo. Adicionalmente será beneficiaria del seguro que deberán contratar los padres de intención.

Como contraparte, tendrá la obligación de seguir las indicaciones médicas durante el embarazo, y mantener informados a los padres de intención respecto de éste.

2.2.) Después del parto: será obligación de la madre subrogante el entregar al nacido a los padres de intención dentro de las 48 horas siguientes al parto, a menos que por indicación médica, se establezca otro plazo.

Finalmente, sobre derechos y obligaciones de las partes, cabe mencionar que los padres de intención y la madre subrogante podrán efectuar cualquier pacto referente a compensaciones económicas durante el embarazo siempre que éstos no tengan fines comerciales ni lucrativos.

Derecho a retracto: de conformidad a los fines de este contrato, el retracto es una materia de gran relevancia a la hora de efectuar la técnica de maternidad subrogada, tanto respecto a la retractación de los padres de intención como de la madre subrogante. Así las cosas, como idea matriz que informa este contrato se deberá estipular expresamente que las partes tendrán derecho a retractarse justo antes de la implantación del embrión en el vientre de la madre subrogante, mediante instrumento privado, protocolizado ante notario, so pena de las acciones judiciales tendientes a la indemnización de la contraparte por incumplimiento contractual.

Este problema mencionado, más otros que podríamos imaginar, hacen que el derecho a retracto sólo sea válido antes de la implantación del embrión, todo con miras a proteger la inviolabilidad del cuerpo de la mujer gestante y al nacido en virtud del principio de interés superior del niño.

Respecto de la Filiación del nacido o nacida por medio de la aplicación de esta técnica:

La filiación del nacido por esta técnica se debe estipular expresamente en el contrato, puesto que los padres de intención serán quienes detenten la titularidad de la filiación del nacido, de manera que una vez producido el hecho del parto, la inscripción se efectúe por ellos, sin que sea necesaria una subscripción en el certificado de nacimiento.

Terminación del contrato: el contrato podrá terminar en los siguientes supuestos:

- 1) Una vez que se haga uso del derecho a retracto dentro del plazo estipulado para ello;
- 2) Una vez que los padres de intención comparezcan a la implantación del embrión y la madre subrogante se ausente sin manifestar su retractación. Esta ausencia podrá ser indemnizada mediante las reglas generales de contratación;
- 3) Una vez que se produzca el hecho del parto, entregando la madre subrogante al nacido a los padres de intención;
- 4) En el evento de que la madre subrogante sufra de un aborto sin mediar culpa o dolo de su parte⁶⁵.
- 5) En caso del fallecimiento de la madre gestante.

⁶⁵ a contrario sensu, la madre subrogante por voluntad propia decide efectuarse un aborto, en este caso prima por parte de los Padres querellarse tanto por el delito de aborto como también por el incumplimiento contractual, lo cual conlleva daño y perjuicios.

CONCLUSION

Al estampar en el título de esta presentación “El Contrato de Maternidad Subrogada, “Un derecho a procrear no Legislado”, tuve como principal motivación el investigar y aprender del porque en Chile no existe un incentivo o una preocupación vital sobre aquellas personas que merecen tener una familia.

Es obvio, que si deseamos buscar en los derechos fundamentales que tiene cada persona deberemos insértnos primeramente en el estudio de nuestra Constitución Política, y es allí donde he dejado plasmado que; si nuestra Constitución en su Artículo 1, lo cual nos dice “*Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.*

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”

Cabe de manifiesto que, no tan solo es un derecho no legislado, sino que es más bien un derecho no cumplido para la ciudadanía, dado que la Carta magna se contradice, al decir que, si la familia es núcleo fundamental de la sociedad, nos podemos preguntar entonces ¿Qué han hecho los gobiernos anteriores y actual respecto a este tema? ¿Porque no han propulsado el crecimiento de la vida familiar? ¿Tendremos algún día un derecho fundamental que proteja, fomente y ayude a la creación de una familia? Es así como se logra demostrar en esta presentación desde la dignidad tanto de la madre gestante como también la madre subrogada, y también del punto de vista de la dignidad del padre, ¿y porque dignidad?, bueno porque es la cualidad esencial del que se hace valer como persona entonces para concluir este punto, en Chile, no existe persona alguna indigna de crear una familia, y hoy en día es tiempo de exigir que se cumpla el Derecho a la vida y su inminente ayuda a procrear.

La maternidad gestacional subrogada se encuadra dentro de las técnicas de reproducción asistida, ya sea, como variante de la fecundación in vitro o como una figura autónoma.

Existen otras modalidades dentro de la figura genérica de la maternidad subrogada: la maternidad subrogada propiamente tal y la maternidad gestacional subrogada. Ésta última se define como “una variante dentro de las técnicas de reproducción asistida, que consiste en la implantación a una mujer de un embrión cuyo gameto femenino no fue aportado por ella, sino por la mujer que desea tener un hijo. La mujer se compromete a realizar el proceso de gestación del embrión implantado en su vientre, al término del cual entregará el producto del parto a quien le ha solicitado el servicio”.

La maternidad subrogada en derecho comparado, y como se ha visto, existen distintas corrientes a nivel mundial que aceptan la viabilidad de la procreación por medio de este método, proponiendo un cambio en la gestación y sustituyéndola por la libertad y responsabilidad de ser padres de esta manera defendiendo así el interés superior del niño.

Por su naturaleza jurídica la maternidad subrogada viene a ser un acto jurídico en el cual interviene como característica principal la voluntad, ya que sin esta no se podría llevar a cabo el contrato: es por el consentimiento que se llega a tal acuerdo y se ratifica la voluntad, así la maternidad se basa en una decisión libre de las personas de la cual nacen derechos y obligaciones que benefician a los involucrados en esta relación; es decir los que buscan la paternidad al cumplir su objetivo de poder ser padres y transmitir su material genético y la madre portadora que busca ayudar al prójimo

A pesar que se ha abierto un gran debate de carácter ético, moral, político y jurídico se debe entender que en si es una práctica jurídica que no lesiona derechos y que más bien propende a la procreación responsable.

En base a lo dicho se puede determinar que la finalidad de esta clase de acuerdo sería la gratuidad, a pesar que existen gastos en los cuales la madre subrogada deberá incurrir, tales

como los mínimos gastos ya sea de alimentación, gastos médicos y cuidados personales, pero debemos tener en cuenta que el pilar fundamental de este acuerdo es la ayuda al prójimo y no la base de la contraprestación económica por lo cual, se llega en fin a la buena fe.

En Chile el ordenamiento jurídico no prohíbe tal práctica de manera expresa ni tácita, su impedimento tal como lo hemos vistos se basa desde la partida de la inscripción del nacido que se radica en el parto, y en base a lo propuesto en esta presentación no sería siquiera necesario derogar ni un artículo, ya sea del Código Civil o del Código Penal, si no que más bien se crearía nuevos Códigos y Derechos para la Maternidad Subrogada.

BIBLIOGRAFIA

Normas y otros

- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Conferencia Internacional sobre Población y desarrollo.
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
- Código Civil.
- Código Sanitario.
- Constitución Política de la Republica.
- Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer.
- Scielo.org
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile
- Boletín N° 1026-07. Regula los principios jurídicos y éticos de las técnicas de reproducción asistida y establece sanciones para los infractores de sus normas.
- Boletín: N° 1997-11 Protección de los embriones humanos, estableciendo sanciones penales para quienes practiquen la clonación, elección artificial del sexo, transformación artificial de células reproductoras humanas, la hibridación o mutación, la ontogénesis y la fecundación post mortem.

Revistas y documentos

- Congreso de la República de Colombia. Proyecto de Ley Estatutaria
- IMPO. Centro de Información Oficial. Ley 19167. Regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida
- Génesis capítulo 16, versículo 2 Biblia Reina Valera 1960
- [Ámbito jurídico.com.br](http://ambitojuridico.com.br). Maternidade de substituição no ordenamento jurídico brasileiro e no directo comparado.
- “Dignidad de la persona y reproducción humana asistida”, en Revista de derecho (Valdivia), vol. 9 nº1,1998, p. 15
- Admisibilidad jurídica de las técnicas de procreación Artificial”, en Revista Chilena de derecho, 1992, vol. 19, nº 3
- El derecho a procrear en el ordenamiento constitucional chileno”, en Revista Chilena de Derecho, 1994, vol. 21, nº 2, p. 305.

“Sitios Web”

- <https://www.maternidadsubrogada.cl/index.php/publicaciones/77-ley-19585-filiacion-y-reproduccion-asistida-ley>
- http://profesores.fi-b.unam.mx/jlf/Seminario_IEE/Propuesta_tesis.pdf
- <https://www.bioeticaweb.com/la-maternidad-subrogada-que-es-y-cuales-son-sus-consecuencias/>
- <http://maternidadsubrogada.uy/index.php/publicaciones/80-ley-sobre-maternidad-subrogada-en-Opermitida.tipo%20de%20compensaci%C3%B3n%20ni%20retribuci%C3%B3n>
- <http://www.encyclopediadebioetica.com/index.php/todas-las-voces/210-maternidad-subrogada> (octubre, 2018)