



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

**UNA PROPUESTA DESDE EL DERECHO PRIVADO PARA LA APLICACIÓN DE LA
MATERNIDAD SUBROGADA EN CHILE**

Memoria para optar al grado de Licenciadas en Ciencias Jurídicas y Sociales

**SOFÍA MABEL HERMOSILLA BLANCO
ALEJANDRA PAZ VARELA PATIÑO**

PROFESOR GUÍA: CARLOS URQUIETA SALAZAR

Santiago, Chile

2019

AGRADECIMIENTOS

*A Alejandra, por creer en mí;
A Marcelina y Héctor, por su apoyo
incondicional;
A Isaías, Julio, Nelson, Nicolás y Parra, por
su amistad.*

*A Sofía, por soñar en grande;
A Viviana, Claudia y Darío, por todo el
apoyo, fuerza y cariño del mundo;
A Patricio, por todo su amor;
A Gaudí, por su fiel compañía.*

Al Profesor Carlos Urquieta Salazar, por aspirar a nuestra excelencia.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I. LOS ACTUALES MÉTODOS DE REPRODUCCIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA Y SU REGULACIÓN EN CHILE	10
1. Definiciones relevantes	10
2. Situación actual en Chile	13
3. Regulación en Chile de métodos de reproducción médicamente asistida	16
CAPÍTULO II. MATERNIDAD SUBROGADA EN EL MUNDO: LEGISLACIÓN COMPARADA	25
1. Países en los cuales la maternidad subrogada está prohibida	25
2. Países en los cuales la maternidad subrogada está permitida	28
3. Estados Unidos	35
3.1. Estados en los cuales la maternidad subrogada está prohibida por legislación o jurisprudencia	35
3.2. Estados en los cuales la maternidad subrogada está permitida	35
3.2.1. Estados en los cuales la maternidad subrogada está permitida, con regulación expresa	35
3.2.2. Estados en los cuales la maternidad subrogada está permitida, sin regulación expresa	37
CAPÍTULO III. ANÁLISIS DE LOS PROYECTOS DE LEY EN MATERIAS RELACIONADAS A TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA HASTA EL AÑO 2019	38
1. Análisis de los proyectos de ley tramitados hasta el año 2019	38
1.1. Proyectos de ley archivados	39
1.1.1. 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	39
1.1.2. Boletín número 4346-11, de fecha 18 de julio de 2006, sobre Reproducción Humana Asistida	42

1.1.3. Boletín número 4573-11, de fecha 3 de octubre de 2006, que Regula la Aplicación de Técnicas de Reproducción Asistida	44
1.1.4. Sobre los proyectos de ley archivados que fueron analizados	45
1.2. Proyectos en actual tramitación	46
1.2.1. 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	46
1.2.2. Boletín número 11604-11, de fecha 5 de marzo de 2018, que Regula la Crioconservación de Embriones	48
CAPÍTULO IV. DIRECTRICES PARA LA REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN CHILE: ANÁLISIS CRÍTICO DEL PROYECTO DE LEY QUE REGULA LA GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN O GESTACIÓN SUBROGADA COMO MECANISMO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA; PROPUESTA INSTITUCIONAL; Y, PROPUESTA CONTRACTUAL	52
1. Análisis crítico del proyecto sobre maternidad subrogada en actual tramitación y propuesta regulatoria	54
1.1. Carácter de la maternidad subrogada	54
1.2. Requisitos para la aplicación de la técnica de maternidad subrogada	59
1.3. Partes: padres de intención y madre subrogante	61
1.4. Filiación	65
1.5. Centros médicos	68
1.6. Consentimiento	69
1.7. Confidencialidad	70
1.8. Crioconservación	71
2. Directrices para la regulación de la maternidad subrogada en Chile	71
2.1. Propuesta institucional	71
2.2. Propuesta contractual	72
2.2.1. Clasificación del contrato de maternidad subrogada	72
2.2.2. Requisitos de existencia y validez del contrato de maternidad	73

subrogada	
2.2.3. Contenido del contrato	75
2.2.4. Solemnidades	80
2.2.5. Efectos del contrato	81
CONCLUSIÓN	82
BIBLIOGRAFÍA	85

RESUMEN

El propósito del presente trabajo consiste en una propuesta de directrices para una regulación integral de la maternidad subrogada en Chile, contemplando una propuesta institucional y también una contractual.

Con este objetivo, en primer lugar analizaremos el estado actual de la práctica de técnicas de reproducción médicamente asistida en Chile, luego el escueto su tratamiento legislativo en el país sobre las mismas, y la forma en que se regula la maternidad subrogada en el derecho comparado. Además, revisaremos los intentos legislativos en nuestro país, plasmados en proyectos de ley que han sido archivados o cuya tramitación se encuentra pendiente en relación a las técnicas de reproducción asistida, y dando especial énfasis al proyecto de ley sobre maternidad subrogada que se encuentra en actual tramitación. Con todo ello, a través de un análisis crítico, se determinará cuáles elementos son necesarios regular para la aplicación de esta técnica, y de esa manera podremos proponer el marco regulatorio e institucional armónico con nuestro ordenamiento jurídico actual, junto con una propuesta contractual mediante la cual pueda efectuarse válidamente esta técnica de reproducción asistida.

INTRODUCCIÓN

El concepto de familia ha ido evolucionando con el pasar del tiempo. La familia, que tradicionalmente se consideraba una familia nuclear basada en un matrimonio heterosexual con descendencia, es decir, padre, madre, e hijos biológicos matrimoniales, ha ido mutando y ha tomado distintas formas, tales como, una familia extendida, acoplada, monoparental, familias biparentales del mismo sexo, entre otras, en las cuales los vínculos afectivos priman sobre el vínculo matrimonial o el biológico. Esta evolución, se ha visto plasmada en modificaciones legales, y como modo de ejemplo se puede señalar la abolición de la distinción entre hijos naturales y matrimoniales, y la creación del acuerdo de unión civil.

Si bien el concepto actual de familia no exige tener hijos para ser considerada como tal, es un hecho que muchas de ellas buscan tenerlos. Sin embargo, ya que tan sólo una pareja heterosexual fértil puede procrear naturalmente, el llegar a tener hijos resulta problemático para las personas solas, parejas heterosexuales con problemas de infertilidad o parejas homosexuales. Si bien la adopción es una posibilidad, no puede ser dejada como el único método alternativo para poder tener descendencia ya que no todas las personas están dispuestas a someterse a los procesos de adopción, más aún si consideramos que en nuestro país es un proceso largo y restringido del que, además, se encuentran excluidos los convivientes civiles.

Así las cosas, la evolución de la ciencia ha surgido como una alternativa, y hoy en día existen procedimientos de reproducción medicamente asistida que permiten a parejas o personas que naturalmente no pueden procrear, la posibilidad de ser padres. Lamentablemente en nuestro país la legislación no ha evolucionado a la par con la ciencia, encontrándonos con prácticas médicas que se encuentran autorreguladas y cuyos efectos se rigen por normativas ad hoc.

Se han perfeccionado estas técnicas con el pasar del tiempo y así es como, actualmente la reproducción medicamente asistida no se limita únicamente a la pareja que tiene problemas de fertilidad, sino que también se ha extendido su uso para personas solteras que pueden no tener problemas de fertilidad e incluso a parejas homosexuales, transformándose en un método alternativo en lugar de tan sólo terapéutico. Es así como nos encontramos con

procedimientos en que es necesaria la participación de un tercero, como por ejemplo en los casos de donación de gametos o en la maternidad subrogada.

En Chile, como se mencionó anteriormente, no existe una regulación acabada sobre técnicas de reproducción asistida, más allá de lo que establece el artículo 182 del Código Civil, que indica 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 y que dicha filiación es inimpugnabile. Por lo tanto, nos encontramos con situaciones problemáticas, toda vez que la filiación del niño o niña que nazca de técnicas de reproducción asistida no siempre podrá ser determinada conforme a lo señalado en la referida disposición legal, al referirse este artículo únicamente a los casos de donación de gametos, y, en consecuencia, nos encontramos con casos en que el niño o niña nacido tendrá una filiación indeterminada o una filiación determinada que no se condice con la realidad familiar.

Con este contexto en mente, en este trabajo nos centraremos en la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida, ya que en nuestra legislación la maternidad está determinada por el parto, y así cabría preguntarse: ¿qué sucedería si una pareja acude a una tercera mujer para que sea madre subrogante? ¿Quién es legalmente la madre de ese niño o niña? A mayor abundamiento, la maternidad puede impugnarse sólo en los casos contemplados en el artículo 217 del Código Civil, por lo que la filiación materna del niño o niña nacido de esta técnica tendría como madre legal a una mujer con la que no comparte ningún vínculo familiar efectivo. Lo anterior es problemático no sólo en lo relativo a la identidad del niño o niña nacido a través de esta técnica, sino que también por todos los efectos legales que surgen de la filiación, tales como, la patria potestad, el cuidado personal, la relación directa regular, el derecho de alimentos, entre otros asuntos que requerirían de una solución derivada de la filiación.

El presente trabajo, pretende efectuar una propuesta de las directrices que debieran considerarse para una regulación completa de los requisitos y efectos de la maternidad subrogada, revisando legislación comparada y los proyectos de ley sobre la materia, destacando sus virtudes e intentando corregir sus vacíos, con especial énfasis en las características que debe tener el contrato de maternidad subrogada, ya que dicho contrato será el mecanismo por el cual las personas podrán y deberán acceder a esta técnica. Así las cosas, pretendemos realizar una propuesta institucional junto con dotar de contenido al

contrato de maternidad subrogada, el cual no sólo deberá establecer los derechos y obligaciones que surgen de relación contractual de maternidad subrogada, sino que también, producto de la fuerza obligatoria de los contratos y de los principios generales de contratación, se podrían llenar los posibles vacíos legales, evitando y solucionando, de esta manera, futuros conflictos.

CAPÍTULO I. LOS ACTUALES MÉTODOS DE REPRODUCCIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA Y SU REGULACIÓN EN CHILE

1. Definiciones relevantes

Dentro el estudio de los actuales métodos de reproducción medicamente asistida existen ciertos conceptos relevantes, y para la mejor comprensión del presente trabajo se requiere de la exposición de sus definiciones. Es por ello que en este capítulo se expondrán algunas de las definiciones contempladas en el Glosario de Terminología en Técnicas de Reproducción Asistida de la Organización Mundial de la Salud (OMS), tales como:

- a) **“Reproducción Médicamente Asistida (RMA):** reproducción lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación, técnicas de reproducción asistida (TRA), inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen del esposo/pareja o un donante.”¹
- b) **“Técnicas de Reproducción Asistida (TRA):** todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado. TRA no incluye inseminación asistida (inseminación artificial) usando espermatozoides ni de la pareja ni de un donante.”²
- c) **“Transferencia de embriones (TE):** procedimiento mediante el cual uno o más embriones son colocados en el útero o en la trompa de Falopio.”³
- d) **“Fecundación in vitro (FIV):** técnica de reproducción asistida (TRA) que involucra fecundación extracorpórea.”⁴

¹ International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology y Organización Mundial de la Salud (2010). *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)*. [en línea] https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/es/ [consulta: 05 julio 2019]. p. 9.

² *Ibidem*. p. 10.

³ *Ibidem*. p. 10.

⁴ *Ibidem*. p. 6.

- e) **“Implantación:** la unión y subsecuente penetración del blastocito libre de zona pelúcida usualmente en el endometrio, que comienza a 5 a 7 días después de la fecundación.”⁵
- f) **“Transferencia intratubárica de gametos:** un procedimiento de TRA en el cual ambos gametos (ovocitos y espermatozoides), son transferidos a la trompa de Falopio.”⁶⁷
- g) **“Gestante subrogada:** mujer que lleva adelante un embarazo habiendo acordado que ella entregará el bebé a los padres previstos. Los gametos pueden originarse de los padres previstos y/o de terceros.”⁸
- h) **“Criopreservación:** la congelación o la vitrificación y el almacenamiento de gametos, zigotos, embriones o tejido gonadal.”⁹
- i) **“Infertilidad:** enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas.”¹⁰

Teniendo en cuenta estas definiciones, se puede concluir que reproducción medicamente asistida y técnicas de reproducción medicamente asistidas no son sinónimos. Así, por ejemplo, la estimulación ovárica y la inseminación artificial son procedimientos de baja complejidad y no son **técnicas** de reproducción médicamente asistida, no obstante ser **métodos** de reproducción medicamente asistida, teniendo una relación de género-especie.

En lo relativo a las técnicas de reproducción asistida, el Dr. Zegers Hochschild se refiere a ellas y proporciona una breve explicación señalando que estas “pueden clasificarse en dos grandes grupos. La fecundación *in vitro* con transferencia de los embriones al útero (FIV/TE) y la transferencia de gametos a la trompa (GIFT) (...) La diferencia se establece en el lugar donde ocurre la fecundación. En la FIV/TE la fecundación tiene lugar en un medio de cultivo que simula el fluido tubárico y los embriones resultantes son transferidos al útero. El GIFT (procedimiento aprobado por la Iglesia Católica) que requiere de al menos de una trompa

⁵ International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology y Organización Mundial de la Salud (2010). *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)*. [en línea] https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/es/ [consulta: 05 julio 2019] p. 7.

⁶ *Ibidem.* p. 10

⁷ En adelante nos referiremos a esta técnica por su sigla en inglés: GIFT (Gamete Intrafallopian Transfer)

⁸ International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology y Organización Mundial de la Salud (2010). *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)*. [en línea] https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/es/ [consulta: 05 julio 2019] p. 7.

⁹ *Ibidem.* p. 5

¹⁰ *Ibidem.* p. 7.

normal donde son transferidos los óvulos y los espermatozoides procurando que allí tenga lugar la fundación”.¹¹

Es necesario precisar que cuando se habla de FIV, ésta se refiere a la fecundación in vitro propiamente tal y a la inyección intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI). La fecundación in vitro “consiste en incubar en un mismo medio de cultivo los ovocitos con 50.000 a 100.000 espermatozoides por cada ovocito que se intente fecundar, [mientras que la inyección intracitoplasmática de espermatozoide] es una técnica de fecundación in vitro que se creó para los casos en que los espermatozoides no tienen capacidad de fecundar. Consiste en inyectar un espermatozoide en el interior del ovocito.”¹²

Se debe tener presente que la maternidad subrogada siempre tendrá la calificación de técnica de reproducción médicamente asistida, sin perjuicio de que el embarazo sea logrado por medio de inseminación artificial, fecundación in vitro, transferencia intratubárica de gametos o cualquier otro método.

Por otro lado, es importante recalcar que tampoco son sinónimos transferencia embrionaria e implantación. La transferencia embrionaria tiene como propósito la implantación, sin embargo, no siempre es exitosa.

Finalmente, es necesario poner énfasis en que la criopreservación es indispensable para lograr tratamientos con menos riesgos y costos para las y los pacientes. Ésta permite realizar menos ciclos de estimulación ovárica porque hace posible la conservación de los ovocitos no utilizados para posibles ciclos nuevos de la técnica de reproducción asistida que corresponda y sirve para evitar la multigestación, ya que se puede realizar la transferencia embrionaria de un número seguro de embriones, pudiendo congelar el resto para potenciales ciclos futuros. Lo anterior, sin perjuicio de que la criopreservación es indispensable para casos de donación de gametos, cuando la transferencia no es realizada de manera inmediata.

¹¹ ZEGERS HOCHSCHILD, F. *Consideraciones Médicas e Implicancias Ético Legales de la Reproducción Asistida en Chile*. [en línea] <http://uchile.cl/u76970> [consulta: 04 julio 2019]. p. 2.

¹² CLÍNICA LAS CONDES. *Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria (FIV/TE)*. [en línea] <https://www.clinicalascondes.cl/CENTROS-Y-ESPECIALIDADES/Especialidades/Departamento-de-Ginecologia-Obstetricia/Unidad-de-Medicina-Reproductiva/Programa-Reproduccion-Asistida/Fertilizacion-In-Vitro-transferencia-embrionaria.aspx> [consulta: 04 julio 2019].

2. Situación actual en Chile

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,¹³ y que, 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.”¹⁴ 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 espermio y criopreservación de pronúcleos y embriones) y la

¹³ CORPORACIÓN 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/wp-content/uploads/2019/01/Primer-Informe-de-SSR-y-DDHH-2016.pdf> [consulta: 05 julio 2019] p. 101.

¹⁴ Ministerio de Salud (2018). *Minuta Programa Fertilización Asistida*. Santiago. p. 1.

transferencia embrionaria.¹⁵ 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 575.¹⁶

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.”¹⁷ 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.

El sector privado de salud proporciona una variedad más amplia de métodos de fertilización asistida, toda vez que no existe un límite más allá de lo que está prohibido por la ley para los servicios que éstos pueden ofrecer. Sin embargo, el número de prestadores es limitado, y la mayoría de ellos se encuentran situados en el sector oriente de Santiago¹⁸, lo que tiene

¹⁵FONASA. *Programa de Fertilización Asistida*. [en línea] <https://www.fonasa.cl/sites/fonasa/beneficiarios/coberturas/especiales/fertilizacion> [consulta: 04 julio 2019].

¹⁶GOB.CL. (2019). *Gobierno anunció avances en el acceso y cobertura de tratamientos de fertilidad de alta complejidad*. [en línea] <https://www.gob.cl/noticias/gobierno-anuncio-avances-en-el-acceso-y-cobertura-de-tratamientos-de-fertilidad-de-alta-complejidad/> [consulta: 04 julio 2019].

¹⁷ CORPORACIÓN 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/wp-content/uploads/2019/01/Primer-Informe-de-SSR-y-DDHH-2016.pdf> [consulta: 05 julio 2019] p.105.

¹⁸ Actualmente en Chile existen tan sólo nueve centros médicos acreditados por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida o RED LARA (institución científica y educacional que reúne 195 centros médicos que

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.

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.”¹⁹ 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 codificación²⁰ 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.

A mayor abundamiento, FONASA no contempla la maternidad subrogada como terapia, este es un método que se deberá seguir costeando de manera particular, sin importar si se trata de una persona soltera, una pareja heterosexual o una pareja homosexual. Además, cabe destacar que en general, en los centros “sólo se realiza [esta técnica] cuando es ‘altruista’, es decir, cuando la mujer gestante lo hace gratuitamente.”²¹ Por lo tanto, si bien el sector privado ofrece mayores oportunidades para la realización de técnicas de reproducción medicamente asistida, éste sigue siendo insuficiente ya que el acceso a ellas sigue siendo desigual.

realizan técnicas de reproducción asistida en Latinoamérica, que corresponde al 90% de dichos centros médicos). Fuente: http://redlara.com/aa_espanhol/quem_centros.asp

¹⁹ Ministerio de Salud (2018). *Minuta Programa Fertilización Asistida*. Santiago. p. 1.

²⁰ Nomenclatura que se le otorga a cada prestación médica para otorgar cobertura en sistema público y privado de salud, mediante códigos.

²¹ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. Maternidad en el Vacío Legal. 2018 [en línea] <http://uchile.cl/d147229> [consulta: 05 julio 2019]

En suma, sin perjuicio de las desigualdades para acceder a la reproducción medicamente asistida, pareciera ser que en Chile la tendencia va al alza, tanto en sector público como en el privado²².

3. Regulación en Chile de métodos de reproducción médicamente asistida

No obstante lo visto en el apartado anterior, es importante reconocer que el ordenamiento jurídico no siempre evoluciona al mismo paso que la realidad, por lo cual es necesario indagar y hacer una breve exposición respecto de la legislación vigente que regula estas materias.

En Chile no hay una regulación integral de la reproducción medicamente asistida. Actualmente las únicas menciones que existen respecto de ella son la Resolución Exenta N° 1072 de 1985 del Ministerio de Salud, que establece Normas Aplicables a la Fertilización In Vitro y la Transferencia Embrionaria, la Resolución Exenta N° 814 de 2013 del Ministerio de Salud, que aprueba la Norma General Técnica N° 159 sobre Orientaciones Técnicas para el Manejo de la Infertilidad de Baja Complejidad, la Resolución Exenta N° 241 de 2015 del Ministerio de Salud, que aprobó la Guía para el Estudio y Tratamiento de la Infertilidad, y el artículo 182 del Código Civil.

En cuanto a la Resolución Exenta N° 1072 de 1985 del Ministerio de Salud, que establece Normas Aplicables a la Fertilización In Vitro y la Transferencia Embrionaria, tiene gran relevancia porque en su parte considerativa reconoce el derecho a procrear y por consiguiente el derecho al acceso a los medios médicos para superar las causas que impiden o dificultan la concepción, siendo esta la primera manifestación formal acerca del reconocimiento de la relevancia de la aplicación de métodos de reproducción medicamente asistida para garantizar el derecho a procrear.

Esta Resolución Exenta para poder proporcionar la debida orientación a los organismos afectos a la función normativa del Ministerio de Salud respecto de los procedimientos relativos al manejo de la infertilidad, señala en qué casos la medicina recomienda la

²²SOCIEDAD CHILENA DE MEDICINA REPRODUCTIVA 2009. *20 Años de Reproducción Asistida en Chile - 1990-2009* [en línea] Santiago, Chile <<http://www.socmer.org/uploads/registro-chileno-1990-2009.pdf>> [consulta : 05 julio 2019]

aplicación de la fertilización in vitro y la transferencia embrionaria. Luego, procede a señalar los requisitos mínimos que deben cumplir las instituciones que practiquen estas técnicas para poder materialmente realizarlas y para manejar responsablemente la interacción con pacientes, y finalmente, establece la obligación de otorgar al Ministerio de Salud información completa y fidedigna del funcionamiento y realización de las técnicas en las respectivas instituciones.

La Resolución Exenta N° 1072 de 1985 forma parte de un escueto marco regulatorio de la reproducción medicamente asistida, puesto que establece únicamente directrices mínimas para los centros médicos que realicen estas técnicas. Por otra parte, los temas que regula son tratados de manera general y sólo se refiere a la fertilización in vitro y la transferencia embrionaria específicamente, sin referirse a otros métodos de reproducción medicamente asistida. Además, tampoco es suficiente para regular adecuadamente las TRA, ya que al ser una norma de rango inferior a la de ley, no puede regular efectos legales, como por ejemplo, la filiación. Por lo tanto, queda en evidencia que no es suficiente para poder afirmar que existe una regulación completa de los métodos de reproducción asistida, sobre todo considerando que tiene un ámbito de aplicación limitado, que la hace obligatoria únicamente para el sector público de salud.

Por la misma línea encontramos la Resoluciones Exentas N° 814 de 2014 y N° 241 de 2015, ambas del Ministerio de Salud, las que aprobaron la norma general técnica sobre “Orientaciones Técnicas para el Manejo de la Infertilidad de Baja Complejidad” y la “Guía para el Estudio y Tratamiento de la Infertilidad” respectivamente. Nuevamente encontramos que éstas normas administrativas Exentas proporcionan orientación a los centros médicos encargados de realizar los tratamientos contra la fertilidad y establecen reglas técnicas que estos deben cumplir, pero dichas materias son tratadas únicamente desde una óptica técnica, y por ser normas de rango inferior a la ley, no puede referirse a efecto legal alguno como consecuencia de la aplicación de éstas técnicas.

También cabe referirnos al artículo 182 del Código Civil el que señala: “El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta”.

Esta norma es bastante problemática, ya que su sentido literal levanta dudas tales como ¿Qué se entiende por técnicas de reproducción humana asistida? y ¿Quién es el hombre y la mujer que se sometieron a ellas? Así las cosas, para aclarar el sentido y alcance de esos conceptos es necesario recurrir a las reglas de interpretación que el propio Código Civil proporciona.

En primer lugar, en cuanto al elemento gramatical, cabe señalar que como el concepto de técnica de reproducción humana asistida no ha sido definida por la ley, hay que remitirse al artículo 21 del mismo Código que establece que “Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso.” Tomando en cuenta lo indicado en el glosario de la OMS, el concepto de técnica de reproducción asistida se podría referir a la fertilización in vitro, transferencia embrionaria, transferencia de gametos y la maternidad subrogada, entre otras, pero se excluye necesariamente la inseminación artificial, ya sea homóloga (inseminación con gametos de la pareja) como heteróloga (inseminación con donación de gametos), porque éstas son terapias o métodos y no técnicas. Por lo tanto, y ya que de la redacción del artículo no se puede desprender una intención de usar el término en un sentido alternativo, se colige que se entiende necesariamente desde la perspectiva del glosario la OMS. Por lo tanto, en base a esta interpretación, el presente artículo no regula materias de inseminación artificial con o sin donación de gametos, lo que excluye cualquier método de reproducción asistida de baja complejidad utilizado por una mujer sin pareja o una pareja lesbiana.

Continuando con el elemento gramatical, cuando el artículo 182 del Código Civil señala al “hombre y la mujer que se someten a ellas”, se refiere a la manera de determinar quién es “el padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida”, y al usar la conjunción “y” en lugar de “y/o” se puede entender que necesariamente se determinará la filiación materna y paterna del hijo o hija, no pudiendo, según la redacción de esta norma, quedar el hijo o hija con una filiación materna o paterna indeterminada ante casos de reproducción médicamente asistida.

Otra vez, al usar la conjunción “y” para referirse en este caso al hombre y la mujer que se someten a ellas (las técnicas de reproducción humana asistida), se debe entender que se trata de un hombre y una mujer copulativamente, por lo que es necesario que exista un

hombre y una mujer que se sometan a ésta técnica. Por lo tanto, el artículo tiene aplicación sólo ante casos en que parejas heterosexuales se sometan a técnicas de reproducción asistida, lo cual excluye a personas sin pareja y a parejas homosexuales.

Sin embargo, aún no existe claridad respecto de la determinación de quién es ese hombre y esa mujer que se someten a las técnicas de reproducción asistida, sobre todo considerando que, por ejemplo, en casos de maternidad subrogada puede intervenir una mujer que da a luz a un niño o niña; otra mujer que proporciona el material genético e incluso, una tercera mujer que a veces, pero no siempre, puede ser la misma que proporciona el material genético, que es quién tiene la intención ser madre; o en casos de fertilización in vitro con donación de esperma, puede intervenir un donante y un hombre que tiene la intención de ser padre.

Por lo tanto, ya que el elemento gramatical no es suficiente para dar luz a la identificación de quién es el hombre y la mujer a los que se refiere el artículo, y siguen existiendo dudas respecto de su alcance, es necesario continuar con los demás elementos de interpretación de la ley.

En cuanto al elemento histórico, el inciso segundo del artículo 19 establece que se podrá recurrir a la intención o espíritu de la ley manifestado en la historia fidedigna de su establecimiento. En consecuencia, tras recurrir al documento de la Historia de la Ley que da cuenta de la tramitación de la creación del artículo 182 del Código Civil elaborado por la Biblioteca del Congreso Nacional, no se puede sino concluir que no existe claridad sobre la determinación de la filiación del niño o niña nacida por técnicas de reproducción asistida, toda vez que “con el objeto de no anticipar pronunciamiento alguno sobre la regulación sustantiva de los distintos temas asociados a dichas técnicas, que corresponderá realizar en ese otro proyecto de ley” (sic).²³ Cabe destacar que el otro Proyecto de Ley al que se refiere es el Boletín N° 1026-2007 que Regula los principios jurídicos y éticos de las técnicas de reproducción humana asistida y establece sanciones para los infractores de sus normas originado en una moción del entonces senador Sebastián Piñera Echeñique, el cual fue archivado el 20 de agosto de 2008.

²³ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2013). *Historia de la Ley: Código Civil DFL N°1 Artículo 182: Filiación Determinada Mediante Aplicación de Técnicas de Reproducción Humana Asistida* [en línea] <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6627/> [consulta: 5 julio 2019] – Discusión en Sala: Senado. Fecha 06 de mayo, 1998. Sesión 12, Legislatura 337. Discusión Particular. p. 15.

Sin embargo, de la historia de la ley se puede afirmar con cierta claridad que la donación de gametos no genera parentesco²⁴, y que al momento de la discusión se buscaba “dar primacía a la ‘**voluntad de acogida**’ que tuvieron esos padres por sobre los derechos que pudieran reclamar los que hubieran aportado material genético”,²⁵ por lo que el hombre será el padre de intención, y no así el hombre que proporciona el material genético. Sin embargo, al momento de la discusión de este artículo del Código Civil, no era posible plantearse como una posibilidad cierta la práctica de la maternidad subrogada (ya sea con donación o sin donación de gametos – de terceros o de la madre subrogante-), y por ello no se puede afirmar que la mencionada “voluntad de acogida” prima por sobre todo elemento y no simplemente por sobre el factor biológico. En consecuencia, aún no existe claridad respecto de qué mujer es la madre del niño o niña nacido de la maternidad subrogada: la madre de intención o la madre gestante.

Como aún no hay respuesta a la interrogante anterior, debemos referirnos al elemento lógico, el cual busca la correspondencia y armonía entre el precepto analizado y el resto del cuerpo normativo.

El artículo 183 del Código Civil establece que la maternidad queda legalmente determinada por el parto, por lo que la mujer que da a luz a un niño o niña será legalmente su madre. En el caso del artículo 182 del mismo cuerpo normativo, sin embargo, existen dudas respecto si la madre legal será la madre gestante que es la mujer que da a luz, o la madre de intención. En ese sentido, si aceptamos que la madre legal del niño o niña sea la madre que da a luz, éste precepto no sería más que una repetición de la regla contemplada en el artículo 183 del Código Civil, por lo que no se justificaría la existencia de esa parte del artículo 182 (aquella parte que menciona a la madre). Por lo tanto, para que exista una cohesión entre dichos preceptos, debemos entender que la madre de intención será legalmente la madre del niño o niña nacido por vía de maternidad subrogada.

²⁴ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2013). *Historia de la Ley: Código Civil DFL N°1 Artículo 182: Filiación Determinada Mediante Aplicación de Técnicas de Reproducción Humana Asistida* [en línea] <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6627/> [consulta: 5 julio 2019] – Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. p. 9

²⁵ *Ibidem* – Discusión en Sala: Senado. Fecha 06 de mayo, 1998. Sesión 12, Legislatura 337. Discusión Particular. p. 13.

Por consiguiente, dado que se han logrado aclarar los elementos oscuros del artículo 182 del Código Civil, no es necesario acudir a los demás elementos de interpretación en esta oportunidad.

Sin embargo, ya que la interpretación realizada de este precepto no es auténtica²⁶, su aplicación podría resultar no uniforme y, por ende, problemática. Es así como, lamentablemente, en la práctica siguen existiendo problemas en casos de maternidad subrogada, a la hora de inscribir el nacimiento en el Registro Civil. No existen protocolos disponibles para la inscripción de la partida de nacimiento de un niño o niña concebido por medio de maternidad subrogada (el único caso de reproducción asistida en que la madre de intención es distinta a la madre gestante). No hay reglamentación alguna que permita una instancia para acreditar que existe un acuerdo de maternidad subrogada, por lo que la filiación materna, conforme al artículo 183 del Código Civil, será determinada por el hecho del parto. Esto es problemático ya que como se puede desprender del artículo 211 del mismo código, la filiación quedará sin efecto sólo a través de la impugnación, y sólo se puede impugnar la filiación materna en los casos legalmente previstos, esto es, aquellos señalados en el artículo 217 del Código Civil, el cual no contempla el caso de la maternidad subrogada. En consecuencia, en términos prácticos, ante estos casos puede que incluso no se de curso a la demanda de impugnación de maternidad, quedando al criterio del tribunal aceptarla o no.

A modo de ejemplo, corresponde referirse a un caso reciente de impugnación de filiación por maternidad subrogada, en donde el Tribunal permitió la tramitación de la acción y falló en base a la equidad. En el fallo del 8 de enero de 2018, dictado por la magistrada Macarena Rebolledo Rojas, Jueza Titular del Segundo Juzgado de Familia de Santiago,²⁷ se determinó que en base al interés superior de las niñas de autos, específicamente en función de su derecho de identidad, era necesario que ellas tuvieran la filiación materna de la demandante (madre de intención), y no la de la madre de la demandante (madre subrogante), puesto que la maternidad afectiva y social fue ejercida por la primera, y de otra forma resultaría vulneratorio que la ley impidiera que la filiación legal fuera reflejo de la verdadera situación familiar de las niñas y sus padres.

²⁶ Aquella interpretación realizada por el legislador que tendrá fuerza obligatoria por tratarse de una interpretación de la ley realizada por vía de una norma interpretativa.

²⁷ 2º Juzg. Fam. de Santiago, 08.01.2018. Disponible en línea http://web.derecho.uchile.cl/documentos/mailings/maternidad_subrogada_fallo.pdf [consulta: 05 de julio 2019].

Si bien “en la práctica, esta falta de regulación ha sido suplida por la autorregulación de los centros clínicos y por sus términos contractuales [y] aquellos centros que son miembros de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida se adhieren a un marco consensuado por la comunidad médica internacional, la cual fija una especie de protocolo,”²⁸ esta reglamentación no es suficiente porque consiste en tan solo protocolos y procedimientos, pero no se refiere, ni podría referirse, a los requisitos ni efectos legales de la maternidad subrogada. Esto es de particular relevancia, ya que como se adelantó anteriormente, la filiación dice relación con normas de orden público del derecho de familia, y por lo tanto son indisponibles y no pueden modificarse por vía de la autonomía contractual.

No obstante lo anterior, antes de entrar de lleno a una propuesta regulatoria que consistente en una parte institucional y otra contractual que rijan la maternidad subrogada, primero es imperativo preguntarse si efectivamente cabe la posibilidad de legislar al respecto, es decir, si existe algún tipo de impedimento en nuestro ordenamiento jurídico que haga improcedente su regulación y que por lo tanto haga necesaria su prohibición.

Conforme a lo planteado por Antonio Bascuñán, se podría afirmar que respecto de la regulación de las técnicas de reproducción asistida, lo cual se haría extensivo a la maternidad subrogada, “hay como mínimo tres bienes o intereses en conflicto: la autonomía reproductiva positiva de la mujer (...), la autonomía reproductiva negativa de la mujer a quien se hará la transferencia de los embriones fecundados *in vitro* y la supervivencia de los embriones.”²⁹

En primer lugar, en cuanto a la libertad positiva de la mujer³⁰, es decir, respecto de la existencia del derecho a procrear, para poder determinar si existe algún impedimento legal para su regulación, es necesario distinguir si estamos ante un caso de parejas infértiles. Respecto de éstas últimas, existe un deber de parte del Estado de proporcionar acceso a procedimientos de reproducción médicamente asistida, toda vez que la infertilidad es

²⁸ ESPADA MALLORQUÍN, S. (2017). Las principales tensiones de una futura regulación de las técnicas de reproducción asistida en Chile: especial referencia a la filiación*. [en línea] *REVISTA IUS*, 11(39) <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100004> [consulta: 04 julio 2019] pp. 2-3.

²⁹ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. (2013). La Fecundación In Vitro Ante el Derecho Penal Chileno. En: M. Gómez de la Torre Vargas y C. Lepín Molina, ed., *Técnicas de Reproducción Humana Asistida - Desafíos del Siglo XXI: Una Mirada Transdisciplinaria*, 1ra ed. Santiago: Abeledo Perrot Legal Publishing Chile; Thomson Reuters.p. 265.

³⁰ Las autoras prefieren el término “persona” o “pareja”.

considerada una enfermedad. A mayor abundamiento, Chile ha participado en acuerdos internacionales que se refieren a la materia, entre los cuales se destaca la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo celebrada en el Cairo, Egipto (1994) en donde se acordó que “mediante el sistema de atención primaria de salud, todos los países deben esforzarse por que la salud reproductiva esté al alcance de todas las personas de edad apropiada lo antes posible y a más tardar para el año 2015. La atención de la salud reproductiva en el contexto de la atención primaria de la salud debería abarcar, entre otras cosas: (...) tratamiento adecuado de la infertilidad.”³¹

Sin perjuicio de aquello, la pregunta persiste respecto a personas que no sufren de infertilidad, pero que sin el acceso a la maternidad subrogada no serían capaces de procrear, como en el caso de las parejas homosexuales masculinas. Sin embargo, no cabe sino señalar que, producto de la igualdad ante la ley, no puede existir una norma que opaque su derecho a procrear.

Por otro lado, en cuanto a la libertad negativa de la madre gestora, es decir, “si existe o no un deber de tolerar la transferencia del embrión fecundado *in vitro* [o de gametos a la trompa de Falopio] o si aceptamos la revocabilidad del consentimiento inicialmente otorgado”³² se debe distinguir entre la revocación del consentimiento antes de la implantación o con posterioridad a ella. Si se trata de una retractación con anterioridad a la implantación, actualmente no existe norma que impida una posible regulación al respecto; mientras que si se trata de una retractación con posterioridad a la implantación serían pertinentes las normas sobre el aborto. A pesar de que puede existir una pugna entre principios y derechos, en ningún caso se podría decir que la regulación de la maternidad subrogada es absolutamente incompatible con nuestro ordenamiento jurídico.

Finalmente, en relación a la supervivencia de los embriones no implantados, nos encontramos con que “el estatus jurídico constitucional del embrión pre-implantatorio, especialmente cuando se trata de embriones que se encuentran fuera del cuerpo de la mujer, tampoco está lógicamente zanjado en Chile (...) Ni la jurisprudencia del Tribunal

³¹ Naciones Unidas (1995). *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo*. El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994. Nueva York [en línea] <<https://www.un.org/es/development/devagenda/population.shtml>> p. 38.

³² ESPADA MALLORQUÍN, S. (2017). Las principales tensiones de una futura regulación de las técnicas de reproducción asistida en Chile: especial referencia a la filiación*. [en línea] *REVISTA IUS*, 11(39) <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100004> [consulta: 04 julio 2019] p. 11.

Constitucional, ni la de la Corte Suprema puede llevar a concluir que la Constitución chilena prohíbe las técnicas de reproducción asistida, en razón del estatus constitucional del embrión.”³³ Por ello, es que en la práctica no siempre se implantan todos los embriones formados dentro del contexto de reproducción médicamente asistida, pudiendo desechar, donar o criopreservar indefinidamente los embriones inutilizados.

En conclusión, ninguno de los elementos principales en juego ante una regulación legislativa de la maternidad subrogada es incompatible con nuestro ordenamiento jurídico actual. Por lo tanto, ya que no existe una razón para prohibir la maternidad subrogada, y que existen razones de peso para proceder con su regulación es que ésta se hace absolutamente necesaria.

³³ ESPADA MALLORQUÍN, S. (2017). Las principales tensiones de una futura regulación de las técnicas de reproducción asistida en Chile: especial referencia a la filiación*.[en línea] *REVISTA IUS*, 11(39) <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100004> [consulta: 04 julio 2019]. pp. 9-10.

CAPÍTULO II. MATERNIDAD SUBROGADA EN EL MUNDO: LEGISLACIÓN COMPARADA

Alrededor del mundo, la maternidad subrogada es un tema que no se ha abordado de forma uniforme, puesto que la variedad de posturas van desde la nula legislación, que deja dudas respecto de su aplicación y la legalidad de la misma; una legislación restringida que sólo admite la aplicación de la técnica de manera altruista; otras de carácter amplio que admiten tanto la aplicación de la técnica de forma altruista y de forma comercial (retribuyendo pecuniariamente a la madre subrogante); otras leyes que además de permitir la aplicación de la técnica, regulan el contrato que media entre los padres de intención y la madre subrogante; otras normativas que permiten la aplicación de la técnica con previa aprobación de un Tribunal; y, finalmente aquellas que prohíben de forma expresa cualquiera sea la forma de aplicación de la técnica, tanto altruista como comercial. Así las cosas, es imprescindible hacer una revisión de lo que ocurre en otras latitudes en la búsqueda de directrices.

Este capítulo abarca toda la información posible de recopilar de fuentes públicas y de libre acceso respecto de países de los cinco continentes que regulan expresamente la maternidad subrogada. Así, se analizan las naciones en las cuales la maternidad subrogada está prohibida; para luego exponer la situación en los países en los cuales la maternidad subrogada está permitida; y, finalmente, tratar la regulación de la técnica en Estados Unidos, tanto en los estados donde está expresamente regulada (estando permitida o prohibida), como en aquellos que no tienen regulación expresa.

1. Países en los cuales la maternidad subrogada está prohibida

Tabla 1. Alemania

Legalidad	La maternidad subrogada es ilegal, tanto la altruista como la comercial, según la Ley Número 745/90 de Protección al Embrión, de 13 de diciembre de 1990 ³⁴ .
Sanciones	Sanción penal. Desde multa a 3 años de cárcel.

³⁴ Ley Alemana número 745/90, de 13 de diciembre de 1990, sobre Protección al Embrión. Disponible en línea <<https://www.bioeticaweb.com/alemania-ley-de-protecciasn-del-embriasn-n-74590-del-131290>> [Consulta 5 de julio de 2019]

Reconocimiento de maternidad subrogada en el extranjero	S/I
--	-----

Tabla 2. España

Legalidad	La maternidad subrogada es ilegal, tanto la altruista como la comercial.
Sanciones	Sanción civil. Los contratos celebrados sobre la aplicación de la técnica son nulos, según lo dispuesto en la Ley de Reproducción Asistida de 2006 ³⁵ .
Reconocimiento de maternidad subrogada en el extranjero	Los acuerdos hechos en el extranjero son reconocidos, sin embargo por Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de España, para que el niño obtenga la nacionalidad española, los padres deben tener aprobación judicial del país en el que se aplicó la técnica que confirme que la madre subrogante renunció a sus derechos filiales sobre el nacido.

Tabla 3. Francia

Legalidad	La maternidad subrogada es ilegal, tanto la altruista como la comercial.
Sanciones	Sanción civil. Los contratos celebrados sobre la aplicación de la técnica son nulos según lo dispuesto en el artículo 16-7 del Código Civil francés ³⁶ .

³⁵ Ley Española sobre Reproducción Asistida del año 2006. Disponible en línea <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>> [Consulta 5 de julio de 2019]

³⁶ Código Civil de la República de Francia. Disponible en línea <https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code_41.pdf> [Consulta: 5 julio 2019]

Reconocimiento de maternidad subrogada en el extranjero	En julio de 2015, se reconoció por la Corte de Casación que los niños nacidos en el territorio francés son franceses, sin perjuicio de haber sido concebidos por esta técnica en el extranjero ³⁷ .
--	--

Tabla 4. Italia

Legalidad	La maternidad subrogada es ilegal, tanto la altruista como la comercial.
Sanciones	Desde 3 meses hasta 2 años de cárcel y/o multa desde 600.000 hasta 1.000.000 de Euros a quien organice, promueva o publicite la donación de gametos/embriones, según la Ley Número 40 de 19 de febrero de 2004 ³⁸ .
Reconocimiento de maternidad subrogada en el extranjero	Los acuerdos sobre maternidad subrogada no son reconocidos en Italia, sin embargo no está contra la ley salir del territorio nacional para aplicar la técnica en el extranjero, según la Ley Número 40 precitada.

³⁷ *French Court to rule over Surrogacy and Legal Parenthood*. Disponible en línea <<https://www.alliancevita.org/en/2017/06/french-court-to-rule-over-surrogacy-and-legal-parenthood/>> [consulta: 5 julio 2019]

³⁸ Ley Número 40 de Italia, de fecha 29 de enero de 2004. Disponible en línea http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2004-02-24&atto.codiceRedazionale=004G0062&queryString=%3FmeseProvvedimento%3D02%26formType%3Dricerca_semplice%26numeroArticolo%3D%26numeroProvvedimento%3D40%26testo%3D%26annoProvvedimento%3D2004%26giornoProvvedimento%3D19¤tPage=1 [consulta: 5 julio 2019]

2. Países en los cuales la maternidad subrogada está permitida

Tabla 5. Australia³⁹

Legislación	Todos los estados y el Territorio de la Capital Australiana ⁴⁰ (ACT) permiten la subrogación altruista y permiten el reembolso de los costos. Mientras algunos estados tienen regulaciones autónomas, otros han modificado su legislación para incluir la maternidad subrogada.
Tipo de subrogación permitida	Se permite la subrogación altruista.
Sanciones	Se sanciona la subrogación comercial, la cual está prohibida en todas las jurisdicciones, excepto en Northern Territory donde la subrogación no está regulada. En el Territorio de la Capital Australiana, Queensland ⁴¹ , y en Nueva Gales del Sur, se prohíbe la aplicación extraterritorial. También está prohibida la intermediación para la aplicación de la técnica.
Criterios para los padres de intención	En Nueva Gales del Sur, Queensland, Tasmania ⁴² y Victoria ⁴³ , los padres de intención deben estar casados, puede ser un matrimonio heterosexual o del mismo sexo, también se permite a las parejas de

³⁹ Se tocará la legislación del Territorio de la Capital Australiana, Queensland, Nueva Gales del Sur, Tasmania y Victoria.

⁴⁰ Parentage Act 2004 del Territorio de la Capital Australiana <https://www.legislation.act.gov.au/DownloadFile/a/2004-1/current/PDF/2004-1.PDF> [consulta: 5 julio 2019]

⁴¹ Surrogacy Act 2010 de Queensland. Disponible en línea [https://www.legislation.qld.gov.au/view/html/inforce/current/act-2010-002?query=\(\(Repealed%3DN+AND+PrintType%3D%22act.reprint%22+AND+PitValid%3D%40pointInTime\(20190528000000\)\)+OR+\(Repealed%3DN+AND+PrintType%3D%22reprint%22+AND+PitValid%3D%40pointInTime\(20190528000000\)\)\)+AND+Content%3D\(%22surrogacy%22\)&dQuery=Document+Types%3D%22%3Cspan+class%3D%27dq-highlight%27%3EActs%3C%2Fspan%3E%2C+%3Cspan+class%3D%27dq-highlight%27%3ESL%3C%2Fspan%3E%22%2C+Search+In%3D%22%3Cspan+class%3D%27dq-highlight%27%3EAll+Content%3C%2Fspan%3E%22%2C+All+Words%3D%22%3Cspan+class%3D%27dq-highlight%27%3ESurrogacy%3C%2Fspan%3E%22%2C+Point+In+Time%3D%22%3Cspan+class%3D%27dq-highlight%27%3E28%2F04%2F2019%3C%2Fspan%3E%22](https://www.legislation.qld.gov.au/view/html/inforce/current/act-2010-002?query=((Repealed%3DN+AND+PrintType%3D%22act.reprint%22+AND+PitValid%3D%40pointInTime(20190528000000))+OR+(Repealed%3DN+AND+PrintType%3D%22reprint%22+AND+PitValid%3D%40pointInTime(20190528000000)))+AND+Content%3D(%22surrogacy%22)&dQuery=Document+Types%3D%22%3Cspan+class%3D%27dq-highlight%27%3EActs%3C%2Fspan%3E%2C+%3Cspan+class%3D%27dq-highlight%27%3ESL%3C%2Fspan%3E%22%2C+Search+In%3D%22%3Cspan+class%3D%27dq-highlight%27%3EAll+Content%3C%2Fspan%3E%22%2C+All+Words%3D%22%3Cspan+class%3D%27dq-highlight%27%3ESurrogacy%3C%2Fspan%3E%22%2C+Point+In+Time%3D%22%3Cspan+class%3D%27dq-highlight%27%3E28%2F04%2F2019%3C%2Fspan%3E%22) [consulta: 05 julio 2019]

⁴² Surrogacy Contracts Act 1993 de Tasmania. Disponible en línea https://web.archive.org/web/20130921055726/http://www.thelaw.tas.gov.au/tocview/content.w3p;doc_id=4++1993+AT@EN+20091228000000;rec=0 [consulta: 05 julio 2019]

⁴³ Assisted Reproductive Treatment Act 2008 de Victoria. Disponible en línea [http://www.legislation.vic.gov.au/Domino/Web_Notes/LDMS/PubStatbook.nsf/f932b66241ecf1b7ca256e92000e23be/3ADFC9FBA2C0F526CA25751C0020E494/\\$FILE/08-076a.pdf](http://www.legislation.vic.gov.au/Domino/Web_Notes/LDMS/PubStatbook.nsf/f932b66241ecf1b7ca256e92000e23be/3ADFC9FBA2C0F526CA25751C0020E494/$FILE/08-076a.pdf) [consulta: 05 julio 2019]

	hecho y a las personas sin pareja. En estos estados, se permite la aplicación de la maternidad subrogada por elección, además de los casos en que existe necesidad médica; en los demás estados, sólo se admite por necesidad médica.
Criterios para la madre subrogante	Existe diversidad de criterios: en Queensland, Tasmania, Victoria y Australia Occidental ⁴⁴ , la madre subrogante debe tener a lo menos 25 años; mientras que en South Australia, la edad de la madre debe ser de, a lo menos, 18 años.
Contratación	S/I
Filiación	La filiación del nacido respecto de los padres de intención se reconoce luego del nacimiento, mediante la solicitud que éstos hagan de la “transferencia” de la paternidad/maternidad, según sea el caso, en caso de no realizar esta solicitud, la madre subrogante es quien detenta la maternidad por el hecho del nacimiento. Todos los estados han regulado el proceso mediante el cual se solicita y se transfiere la filiación; los prerequisites para transferir la paternidad/maternidad varían entre estados, así como el tiempo de caducidad de la solicitud (que varía entre 4 a 6 meses desde el nacimiento).

Tabla 6. Canadá

Legislación	“Assisted Human Reproduction Act”, del 29 de marzo de 2004 ⁴⁵
Tipo de subrogación permitida	Se permite sólo la subrogación altruista y las madres deben ser reembolsadas de los gastos en los que incurran por causa del embarazo, sin embargo, cualquier otro pago es ilegal.
Sanciones	Se prohíbe la retribución económica a la madre subrogante. También

⁴⁴ Surrogacy Act 2008 de Western Australia. Disponible en línea [https://www.legislation.wa.gov.au/legislation/prod/filestore.nsf/FileURL/mrdoc_14284.pdf/\\$FILE/Surrogacy%20Act%202008%20-%20%5B00-b0-08%5D.pdf?OpenElement](https://www.legislation.wa.gov.au/legislation/prod/filestore.nsf/FileURL/mrdoc_14284.pdf/$FILE/Surrogacy%20Act%202008%20-%20%5B00-b0-08%5D.pdf?OpenElement) [consulta: 05 julio 2019]

⁴⁵ Assisted Human Reproduction Act, del 29 de marzo de 2004 de Canadá. Disponible en línea <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/A-13.4/index.html> [consulta: 05 julio 2019]

	se prohíbe la publicada y la intermediación en la subrogación.
Criterios para los padres de intención	En el Assisted Human Reproduction Act, en el número 2, letra d) se establece que ninguna persona puede ser discriminada para la aplicación de la técnica.
Criterios para la madre subrogante	La madre subrogante debe ser mayor de 21 años y consentir en la aplicación de la técnica.
Contratación	S/I
Filiación	La madre subrogante es quien detenta la maternidad del nacido por el hecho del nacimiento, sin embargo los padres de intención pueden reclamar la filiación, y se procede a rectificar el acta de nacimiento con una sentencia judicial.

Tabla 7. Grecia

Legislación	Ley 3305/2005 “Enforcement of Medically Assisted Reproduction” Artículo 1458 Código Civil Griego ⁴⁶
Tipo de subrogación permitida	Se permiten ambos tipos de maternidad subrogada
Sanciones	N/A
Criterios para los padres de intención	Los padres de intención deben ser una pareja heterosexual o una mujer soltera.
Criterios para la madre	La madre subrogante debe probar que está en condiciones de gestar un hijo y debe ser menor de 50 años al momento de celebrar el

⁴⁶ HATZIS, Aristides. The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece. Disponible en línea <https://www.academia.edu/358571/The_Regulation_of_Surrogate_Motherhood_in_Greece> [consulta: 5 julio 2019]

subrogante	contrato.
Contratación	Debe celebrarse un contrato entre los padres de intención y la madre subrogante que debe ser aprobado judicialmente.
Filiación	Los padres de intención tienen la paternidad y maternidad legal (según sea el caso) del nacido desde el momento de la concepción. La madre subrogante no es mencionada en el certificado de nacimiento.

Tabla 8. Portugal

Legislación	Ley 25/2016, de 26 de julio de 2016, que regula la gestación por sustitución o gestación subrogada, que modifica la Ley número 32/2006 sobre la misma materia. ⁴⁷
Tipo de subrogación permitida	Sólo altruista. Sin perjuicio del carácter de la subrogación, está permitido hacer pago de los gastos médicos derivados del embarazo y también del transporte, siempre que sea justificado.
Sanciones	En caso de recibir pagos no justificados, la ley impone sanciones de multa. Si el contrato no respeta las disposiciones previstas por la ley pero se mantiene la naturaleza altruista del mismo, las penas pueden ser de hasta 1 año de cárcel y 120 días-multa para los padres de intención y hasta 120 días-multa (sin pena de cárcel) para la gestante. Hacer de intermediario o promover directamente la realización de contratos de gestación subrogada puede acarrear hasta 2 años de prisión. Finalmente, obtener beneficios económicos de la celebración de contratos de gestación subrogada o de su promoción se puede sancionar con hasta 5 años de prisión.
Criterios para	La ley 25/2016 regula la maternidad subrogada para mujeres que no

⁴⁷ Ley Portuguesa número 25/2016, de 26 de julio de 2016. Disponible en línea http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2590&tabela=leis&so_miolo= [consulta: 5 julio 2019]

<p>los padres de intención</p>	<p>pueden embarazarse por ausencia de útero, que sufran algún tipo de lesión o dolencia en ese órgano que se lo impida o cuando exista una situación clínica que lo justifique.</p> <p>Los padres de intención pueden ser parejas heterosexuales o parejas lesbianas.</p>
<p>Criterios para la madre subrogante</p>	<p>Según la Ley 25/2016, prohíbe que la madre subrogante tenga una relación laboral o de subordinación económica con uno o ambos futuros padres. La madre subrogante debe cumplir con estándares médicos y psicológicos para celebrar el contrato, además debe ser mayor de edad.</p>
<p>Contratación</p>	<p>Los padres de intención deben celebrar un contrato con previa autorización del Consejo Nacional de Reproducción Asistida (CNPMA), deberán enviar la documentación necesaria, esto es:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Copia de los documentos de identidad de los dos miembros de la pareja y de la gestante; - Aceptación conjunta de las condiciones previstas por el contrato-tipo; - Certificado médico establecido por el centro que va a realizar el tratamiento de fertilidad; - Dictamen favorable del psiquiatra o psicólogo; - Acuerdo del director del centro de fertilidad donde se va a llevar a cabo el tratamiento. <p>El CNPMA dispone de un plazo de 60 días para deliberar después del envío del formulario. En caso de admisión, envía la documentación a la Orden de los Médicos (Ordem dos Médicos) que dispone a su vez de 60 días para dar su opinión. Este dictamen no es vinculante; si es negativo o si no se emite en el plazo establecido, el procedimiento puede seguir. El CNPMA decide entonces autorizar o no la realización del contrato, en un nuevo plazo máximo de 60 días.</p>
<p>Filiación</p>	<p>Los padres de intención tienen la paternidad y maternidad legal (según sea el caso) del nacido desde el momento de la concepción.</p>

	La madre subrogante no es mencionada en el certificado de nacimiento.
--	---

Tabla 9. Reino Unido

Legislación	“Surrogacy Arrangements Act” ⁴⁸ , de 16 de julio de 1985.
Tipo de subrogación permitida	Se permite la subrogación altruista y se prohíbe la subrogación comercial.
Sanciones	Multa de hasta 5.000 Libras y prisión de hasta 3 meses para quien participe o promueva la subrogación comercial.
Criterios para los padres de intención	Los padres de intención deben ser mayores de 18 años, casados, en convivencia civil o en una relación de hecho; uno de los padres de intención debe ser padre biológico del nacido.
Criterios para la madre subrogante	No se expresan en la legislación.
Contratación	Los acuerdos que se celebren para la aplicación de la técnica son anulables.
Filiación	Los padres de intención deberán reclamar la maternidad/paternidad, según sea el caso, a un Tribunal de justicia dentro de las 6 semanas siguientes al nacimiento.

Tabla 10. Sudáfrica

Legislación	Capítulo 19 del “Children’s Act 38 de 2005” ⁴⁹
--------------------	---

⁴⁸ Surrogacy Arrangements Act del Reino Unido, de 16 de Julio de 2019. Disponible en línea <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49> [consulta: 5 julio 2019]

⁴⁹ Children’s Act 38 del año 2005, de Sudáfrica. Disponible en línea <http://www.justice.gov.za/legislation/acts/2005-038%20childrensact.pdf> [consulta: 5 julio 2019]

Tipo de subrogación permitida	Se permiten ambos tipos de subrogación, con limitaciones ⁵⁰ .
Sanciones	N/A
Criterios para los padres de intención	Cualquiera sea la modalidad de subrogación, uno de los padres de intención debe ser inhábil para procrear (infértil), siendo su condición permanente e irreversible. Así, el otro padre de intención debe ser padre o madre biológico del nacido.
Criterios para la madre subrogante	La madre subrogante debe haber dado a luz, a lo menos, a un hijo que viva con ella, y cumplir con requisitos de salud (física y psicológica) para actuar como tal. Está expresamente establecido que la madre subrogante no puede lucrar con la aplicación de la técnica.
Contratación	La aplicación de la técnica requiere de la celebración de un contrato que establezca, en su caso, los pagos que se efectuarán a la madre subrogante, entre otros temas, tales como la filiación del hijo; situación del nacido en caso de fallecimiento de los padres de intención antes de su nacimiento, su divorcio o separación.
Filiación	Debe ser regulada en el contrato y confirmada por un Tribunal, según lo anteriormente mencionado.

⁵⁰ Ver “Criterios para los padres de intención” y “Criterios para la madre subrogante”

3. Estados Unidos

3.1. Estados en los cuales la maternidad subrogada está prohibida por legislación o jurisprudencia

Indiana	De conformidad al artículo 20 del Título 19 del Código de Indiana ⁵¹ , la maternidad subrogada y cualquier acuerdo que se celebre para la aplicación de la técnica, están prohibidos.
Michigan	La maternidad subrogada está prohibida por estar en contra del orden público, según el Surrogate Parenting Act de 1988. ⁵²
Nueva Jersey	Prohibida por jurisprudencia, conforme al caso Baby M. ⁵³
Nueva York	La maternidad subrogada está prohibida por estar en contra del orden público, según el artículo 8 de la Domestic Relations Law. ⁵⁴

3.2. Estados en los cuales la maternidad subrogada está permitida

3.2.1. Estados en los cuales la maternidad subrogada está permitida, con regulación expresa

California	Se permite la maternidad subrogada tanto comercial como altruista, según lo establecido en el Código de Familia de California. ⁵⁵ La filiación del hijo se puede determinar en un contrato que exprese que los padres de intención son, en efecto, los padres del nacido, sin embargo sólo se hará efectivo tras el nacimiento.
Florida	Se permite la maternidad subrogada total sólo para parejas casadas o para quienes soliciten la aplicación de la técnica y sean aprobados

⁵¹Código del Estado de Indiana, Estados Unidos. Disponible en línea <http://iga.in.gov/legislative/laws/2018/ic/titles/031> [consulta: 5 de julio 2019]

⁵² Surrogate Parenting Act del Estado de Michigan, de 1988. Disponible en línea [http://www.legislature.mi.gov/\(S\(mrpy3perfd0lhrew3oaafe3\)\)/documents/mcl/pdf/mcl-act-199-of-1988.pdf](http://www.legislature.mi.gov/(S(mrpy3perfd0lhrew3oaafe3))/documents/mcl/pdf/mcl-act-199-of-1988.pdf) [consulta: 5 de julio 2019]

⁵³ Baby M Case, New Jersey. Disponible en línea <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1988/109-n-j-396-1.html> [Consulta 5 de julio de 2019]

⁵⁴ Domestic Relations Law del Estado de New York. Disponible en Línea <https://www.nysenate.gov/legislation/laws/DOM/A8> [consulta: 5 de julio 2019]

⁵⁵ Código de Familia del Estado de California. Disponible en línea http://leginfo.ca.gov/faces/codes_displayexpandedbranch.xhtml?tocCode=fam&division=12.&title=&part=&chapter=&article= [consulta: 05 julio 2019]

	<p>según el Estatuto de Florida sobre Maternidad Subrogada.</p> <p>En este estado se permite la compensación a la madre subrogante por los gastos en lo que incurra por el hecho del embargo, y se determina la filiación en el contrato, que se hace efectivo tras el nacimiento.⁵⁶</p>
Texas	<p>Se permite la maternidad subrogada total a parejas casadas que cumplan con los procedimientos especificados en el estatuto que regula la aplicación de la técnica, junto con obtener la aprobación judicial del contrato celebrado con la madre subrogante antes del nacimiento, so pena de que la filiación del nacido recaiga en la madre subrogante y no en los padres de intención, esto de conformidad al Capítulo 160 del Código de Familia de Texas.⁵⁷</p>
Washington	<p>Se permite la maternidad subrogada total, y se permite la celebración de contratos entre los padres de intención y la madre subrogante. Sólo se permite la maternidad subrogada altruista y se prohíbe que en los contratos se pacten pagos o compensaciones, so pena de nulidad. Todo esto de conformidad al capítulo 26, sección 26, artículos 210 y siguientes del Código de Washington.⁵⁸</p>

⁵⁶ Estatuto del Estado de Florida sobre maternidad subrogada. Disponible en https://www.lawserver.com/law/state/florida/statutes/florida_statutes_742-15 [consulta: 05 julio 2019]

⁵⁷ Código de Familia del Estado de Texas Disponible en línea https://www.lawserver.com/law/state/texas/tx-codes/texas_family_code_chapter_160 [consulta: 05 julio 2019]

⁵⁸ Código del Estado de Washington. Disponible en línea <https://app.leg.wa.gov/RCW/default.aspx?cite=26.26> [consulta: 05 julio 2019]

3.2.2. Estados en los cuales la maternidad subrogada está permitida, sin regulación expresa

Arizona	En este estado se declaró inconstitucional el estatuto que prohibía los acuerdos sobre maternidad subrogada en el 2016, dicho estatuto se modificó para la aplicación de la técnica. ⁵⁹
Oregón	Los Tribunales en Oregón permiten las rectificaciones de partidas de nacimiento para que los padres de intención aparezcan como padres biológicos del nacido, puesto que la madre subrogante es quien detenta la maternidad del nacido. En este estado no existe ley o estatuto que regule o prohíba la maternidad subrogada, tampoco los acuerdos que celebren los padres de intención con la madre subrogante.
Tennessee	El Código de Tennessee define la maternidad subrogada, sin embargo no permite ni prohíbe la aplicación de dicha técnica. ⁶⁰ En este estado, no se permiten los contratos entre los padres de intención y la madre subrogante.

De la revisión del derecho comparado es posible dar cuenta de la existencia de una tendencia que se dirige a la autorización y amparo de la realización de la técnica de maternidad asistida. Sin perjuicio de esto, cabe notar la falta de legislación sobre el tema, asunto que no es ajeno a nuestro país –como podrá verse en el siguiente capítulo-. De esto, es posible cuestionarse sobre la voluntad de legislar sobre estas materias, si es que hoy en día es relevante para la comunidad internacional el derecho a la procreación y a formar una familia. Ciertamente, es una cuestión que está siendo postergada, lo cual resulta problemático a la luz de los avances científicos y la necesidad de las personas de formar una familia sin importar su estado civil o su orientación sexual.

⁵⁹ Código del Estado de Arizona. Disponible en línea <https://law.justia.com/codes/arizona/2011/title25/section25-218/> [consulta: 5 julio 2019]

⁶⁰ Código del Estado de Tennessee. Disponible en Línea <https://law.justia.com/codes/tennessee/2010/title-36/chapter-1/part-1/36-1-102/> [consulta: 05 julio 2019]

CAPÍTULO III. ANÁLISIS DE LOS PROYECTOS DE LEY EN MATERIAS RELACIONADAS A TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA HASTA EL AÑO 2019

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 Crioconservación 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.

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 crioconservación 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 Crioconservación de Embriones, respectivamente.

1. Análisis de los proyectos de ley tramitados hasta el año 2019

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 el ejemplo legislativo paradigmático de Portugal ya que de las legislaciones estudiadas en el capítulo anterior, es la que consideramos 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

⁶¹ Este proyecto de ley será objeto de análisis en el capítulo 4.

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 alternativo⁶²; 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; crioconservación; consentimiento; confidencialidad; carácter de la TRA de la cual trate el proyecto de ley (subsidiaria o alternativa); filiación; centros autorizados para la ejecución.

1.1. Proyectos de ley archivados

1.1.1. 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

Este proyecto de ley nace por moción del entonces senador Sebastián Piñera, y pretendía regular la aplicación de TRA bajo una mirada discriminatoria en cuanto a sus beneficiarios, prohibiendo la maternidad subrogada y la crioconservación de embriones, la donación de gametos y la destrucción de embriones.

Así, establece en su artículo segundo que tendrán acceso a las TRA “sólo parejas matrimoniales que no puedan tener hijos”, es decir, sólo parejas heterosexuales unidas únicamente de conformidad a las normas del Título IV del Libro I del Código Civil. También dispone que las TRA serán de aplicación sustitutiva y no alternativa, por lo que se excluyen

⁶² En su artículo número 4, se indica expresamente que es un método subsidiario y no alternativo de procreación, es decir, que dicha TRA “sólo puede verificarse mediante diagnóstico de infertilidad o, en su caso, para tratamiento de enfermedad grave o del riesgo de transmisión de enfermedades de origen genético, infeccioso u otras.”

no sólo a las parejas heterosexuales fértiles o parejas de hecho infértiles, sino que también a las personas sin pareja y a las parejas homosexuales.

Asimismo, declara en su artículo primero que el embrión “es un ser humano desde el momento de la fecundación hasta el nacimiento”, lo mismo señala en la moción cuando dice que “el proyecto cuya aprobación proponga comienza por señalar que debemos entender por embrión, dejando en claro que se trata de una vida humana y que ésta se encuentra presente desde la concepción misma, por lo que merece la protección legal garantizada por la Constitución Política de la República” (sic), dejando entrever un fuerte contenido ideológico, ético y moral de los redactores de dicha moción. Lo mismo se colige en la moción cuando dice que “cualquier proyecto de ley que pretenda regular la materia debe tomar en cuenta tres principios jurídicos básicos, sin los cuales, y ateniéndonos a la legislación chilena, sería abiertamente inconstitucional. Ellos son: a) la protección a la vida y a la dignidad humanas; b) la protección al interés superior del niño; y c) la protección a la familia y al matrimonio.”

Este proyecto de ley, por su fuerte contenido ideológico, excluye la aplicación de TRA de carácter alternativo, impidiendo de esta manera el acceso a las parejas o personas solas que por su voluntad quieran retrasar la paternidad o la maternidad, o que simplemente prefieren optar por ellas.

En cuanto a la regulación de la donación de gametos, ella está expresamente prohibida en su artículo tercero cuando establece que “la capacidad generativa es personalísima. En consecuencia, es contrario al orden público chileno todo acto en virtud del cual una persona ceda a otra a cualquier título gametos propios.” Asimismo, en su artículo 21, se sanciona la donación de gametos, la destrucción de embriones y la maternidad subrogada estableciendo que “serán sancionados con presidio menor en sus grados mínimo a medio los que de cualquier forma tomen parte en la ejecución de los siguientes hechos: 1° Criopreservación de embriones; 2° Comercialización de embriones; 3° Destrucción de embriones; 4° Experimentación genética de embriones; 5° Utilización de embriones para un fin distinto del de la reproducción humana; 6° Utilización del vientre de una mujer para la gestación y/o posterior desarrollo en él de un embrión que será luego entregado, gratuita u onerosamente, a otra u otras personas, sea en calidad de tal o como un ser humano ya nacido.”

Sin perjuicio de lo anterior, la regulación propuesta consideraba en su párrafo segundo situaciones de hecho llevadas a cabo en contravención a lo establecido en el proyecto. Así, en cuanto a la donación de gametos, en su artículo 13 “Se prohíbe a la mujer con cuyos óvulos ha sido concebida una persona y que no es su madre, adoptarla en cualquier forma,” y, en cuanto a la maternidad subrogada, la norma del artículo 10 estipulaba que “es madre es un hijo aquella mujer que lo parió, y es padre aquel varón cuyos gametos participaron en la concepción de su vida.”

Por otra parte, señala sobre el consentimiento, en su artículo 6 inciso primero, que éste debe ser libre e informado, y establece una solemnidad: “En los actos jurídicos que se celebren en relación a la aplicación de una técnica de reproducción asistida, será necesario siempre el consentimiento de los cónyuges solicitantes, y éste deberá ser libre, consciente, solemne e informado. La solemnidad, en estos casos, consistirá en su otorgamiento por escrito, autorizado ante notario.” En su inciso segundo, señala que “La información debe ser proporcionada por el establecimiento médico respectivo y contener los datos necesarios para que los solicitantes adquieran un serio y correcto entendimiento de la decisión que toman. De esta manera, la información debe contener los distintos aspectos e implicancias de las técnicas, los resultados previsibles, los riesgos de toda clase que involucran y, en general, todas aquellas consideraciones jurídicas, médicas, éticas y religiosas - esto último si los pacientes lo piden expresamente - involucradas en las técnicas que esta ley regula.”

Respecto de la filiación, sólo toca este tema cuando se refiere a los efectos de las reproducciones asistidas practicadas en contravención a esta ley, en específico en su artículo 9, estableciendo que: “Es madre de un hijo aquella mujer que lo parió, y es padre aquel varón cuyos gametos participaron en la concepción de su vida.” ¿Cómo saber quién es el padre del hijo nacido de una TRA practicada en contravención a las disposiciones de este proyecto de ley? Su artículo 14 señala que “Para el solo efecto de investigar las identidades de su padre y de la mujer con cuyos óvulos fue concebida, toda persona podrá exigir al juez competente la práctica de exámenes de ADN, pero sólo cuando se trate de confirmar hechos que consten en documentos auténticos o que hayan sido declarados por testigos presenciales.”

Sobre la confidencialidad, su artículo 7 señala que: “Los centros médicos en que se efectúen estas técnicas deberán guardar la historia clínica de cada caso, manteniendo siempre a

resguardo y en secreto la esterilidad de los pacientes y la individualización y demás circunstancias del hijo nacido.” Continúa estableciendo en su artículo 8 inciso primero que no se podrá divulgar la circunstancia de la procreación mediante TRA, salvo consentimiento expreso de quienes hayan sido pacientes: “En ningún medio de comunicación de aquellos que define el artículo 16 de la Ley 16.643 de abusos de publicidad, se podrá individualizar, mencionar, sugerir o indicar a una persona o varias como concebidos mediante técnicas de reproducción asistida, sin el consentimiento previo y escrito de ellas o de su representante legal”, sancionando, en su inciso segundo, de acuerdo a las reglas del artículo 418 del Código Penal a quienes contravengan lo dispuesto.

Finalmente, en cuanto a los centros autorizados, los establece y regula en sus artículos 15 y siguientes, siendo relevante destacar que éstos deben informar permanentemente al Ministerio de Salud sobre la realización de estos programas.

Este proyecto de ley fue archivado el 22 de abril de 2002, en virtud del inciso segundo del artículo 36 bis del Reglamento del Senado. Sin embargo, fue desarchivado con fecha 8 de agosto de 2006 para tramitarse conjuntamente con el proyecto de ley sobre reproducción humana asistida, Boletín N°4346-11, según lo informado en el Oficio N° L/75/06, de fecha 16 de agosto de 2006.

1.1.2. Boletín número 4346-11, de fecha 18 de julio de 2006, sobre Reproducción Humana Asistida

Este proyecto de ley archivado prohíbe expresamente la maternidad subrogada de carácter comercial en su artículo 11 número 8, estableciendo que “Artículo 11. Será sancionado con presidio menor en cualquiera de sus grados y multa de cien a quinientas unidades tributarias mensuales el que: 8) La mujer que se sometiere a la técnica con el propósito de que se desarrolle en su cuerpo un embrión que luego, como criatura nacida, sea entregada **a título oneroso** -la negrilla es nuestra-, a otra persona; así como aquél que la indujere directamente a consentir en ello y el que haya aceptado recibir el niño.” Sin embargo, dejaba espacio para la maternidad subrogada de carácter altruista toda vez que la prohibición se refería únicamente a la maternidad subrogada realizada a título oneroso.

En cuanto a los beneficiarios y la donación de gametos, el proyecto de ley indica en su artículo 6 inciso primero que “Los gametos femeninos y masculinos, deberán provenir de los miembros de la pareja. Sólo en caso de ausencia de gametos o que éstos no sean útiles al fin reproductivo, se podrá recurrir a gametos de donantes.” De lo anterior se desprende que se excluyen a las personas solas y a las parejas homosexuales ya que se refiere a gametos femeninos y masculinos, copulativamente. Además, resulta interesante que cuando este proyecto de ley se refiere a “las parejas”, no distingue en el vínculo que comparten “las parejas” dejando en suspenso si se refiere a sólo a parejas matrimoniales o también a las de hecho.

Respecto de la criopreservación de los embriones humanos, este proyecto de ley la prohíbe expresamente en su artículo 9, disponiendo que deberán ser utilizados, según se señaló más arriba, y además señala que los centros que mantengan embriones procreados y criopreservados deberán informar de la situación y “no podrán destruirlos, ni aun a pretexto de incumplimiento de las obligaciones económicas asumidas por los integrantes de la pareja que les dio origen.” Sin embargo, lo señalado en el artículo 9 no da lugar a la investigación científica con dichos embriones, sino sólo a la libre adopción, sin considerar la donación en virtud a la Ley de Donación de Órganos.

En cuanto al consentimiento, en su artículo tercero inciso primero indica que “Las técnicas de reproducción asistida sólo podrán aplicarse previo consentimiento libre, expreso e informado otorgado personalmente, y por separado, por las personas que se someterán a ella.” Este consentimiento debe constar por escrito, según dispone su inciso segundo; y, en su inciso tercero, así como el anterior proyecto de ley analizado, indica la participación del centro que provee las TRA, señalando que “...dicho consentimiento deberá ser dado previa información por parte del prestador acerca de todos los aspectos involucrados en la aplicación de estas técnicas, en particular de las posibilidades de éxito y de fracaso y de los aspectos emocionales y psicológicos involucrados, así como las disposiciones legales y reglamentarias relativas a la aplicación de estas técnicas y las referentes a formas alternativas de paternidad.”

Sobre los centros autorizados a la realización de las TRA, se expone en su párrafo tercero, siendo similar a la regulación propuesta en el proyecto de ley anterior, en cuanto a la información y autorización del Ministerio de Salud.

Respecto de la filiación, este proyecto de ley se remitía expresamente a las reglas del artículo 182 del Código Civil, en su artículo 10.

Por último, en cuanto a la confidencialidad, éste también es un principio rector, recogido expresamente en el inciso segundo del artículo 8 indicando que “Por regla general esta información tendrá el carácter de reservada y será considerada dato sensible de acuerdo a lo indicado en la ley N° 19.628, sin perjuicio del ejercicio de las facultades que la ley le señale a los organismos o servicios públicos, y la solicitud de información que requieran los Tribunales Ordinarios de Justicia para la resolución de un caso sometido a su conocimiento.”

Este proyecto de ley fue archivado el 20 de agosto de 2008, archivándose con él el Boletín N° 1026-07, según lo dispuesto en el artículo 36 bis inciso segundo del Reglamento del Senado.

1.1.3. Boletín número 4573-11, de fecha 3 de octubre de 2006, que Regula la Aplicación de Técnicas de Reproducción Asistida

En el mensaje enviado al Senado para la tramitación de este proyecto de ley se propuso tácitamente una perspectiva únicamente sustitutiva de las TRA, diciendo que en nuestro país “Tampoco nos hemos hecho cargo (...) del drama existencial que implica para 1 de cada 8 parejas chilenas el ver limitadas o frustradas son (sic) posibilidades de procrear por problemas de infertilidad que en la práctica se traducen en un problema de acceso a las técnicas biomédicas de fertilización y por tanto de injusticia social.” Añade en un párrafo siguiente que “...el presente proyecto de ley no tiene otra finalidad que la de resolver un problema de orden práctico, cual es, facilitar el uso y acceso a las TRA por y para todas aquellas parejas que se ven enfrentadas al drama y a las dificultades de no poder concebir.”

Este proyecto de ley es muy amplio e intentó regular de forma genérica la aplicación de las TRA, señalando en el inciso segundo de su artículo 5 que éstas serían la fecundación in vitro, la criopreservación u otras admisibles mientras sean terapéuticamente necesarias y eficaces para el fin de la procreación y no siendo contrario a la Constitución, las leyes o al derecho de terceros. Con ello, a pesar de tener una causal genérica de aplicación, se procede a la exclusión de la aplicación de las TRA con fines alternativos. Este mismo

principio de sustitución está recogido en el artículo 4 indicando que serán beneficiarios de las TRA una mujer o un hombre que presenten algún grado de infertilidad que hagan aconsejable su uso terapéutico con fines de procreación.

Por otra parte, manifiesta un carácter gratuito y altruista de las TRA en su artículo 6, señalando que “El patrimonio genético y germinal del ser humano están fuera el comercio humano.”

Cabe destacar que este escueto proyecto de ley, de 8 artículos, también recoge el principio del consentimiento informado, en su artículo 7.

Finalmente, es interesante señalar que este proyecto de ley destaca y expresa en su artículo 3 que el Estado tiene una obligación para con las personas que padecen de infertilidad: “El Estado garantizará el acceso libre, informado, seguro e igualitario, a las técnicas de reproducción humana asistida, cuando médicamente se requieran.” Esta moción legislativa es el único proyecto de ley archivado que da cuenta de que existe un vacío sobre las TRA, pretendiendo “establecer reglas básicas sobre los derechos humanos en relación a la procreación y particularmente sobre el uso y acceso a las técnicas de reproducción asistida (TRA)”. Lo cual está en sintonía con los tratados internacionales que reconocen el derecho a formar una familia, como son la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto de San José de Costa Rica, los que se encuentran incorporados en nuestro ordenamiento jurídico de acuerdo al inciso segundo del artículo 5 de la Constitución Política de la República.⁶³

Este proyecto de ley fue archivado en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 36 bis del Reglamento del Senado, cuando se encontraba en el Primer Trámite Constitucional, con fecha 5 de enero de 2009.

1.1.4. Sobre los proyectos de ley archivados que fueron analizados

Como se ha visto, todos los proyectos de ley archivados que han sido analizados regulan de forma similar el consentimiento de los padres de intención y de aquellos quienes donen sus gametos (en el caso de que se permita su aplicación), indicando que éste debe ser un

⁶³ Sin perjuicio de lo aquí indicado, esta materia se desarrollará en mayor profundidad en el capítulo IV.

consentimiento informado. Asimismo, tienen una visión prácticamente unificada en cuanto a los centros que aplican las TRA, indicando que deben ser centros autorizados por el Ministerio de Salud, siendo susceptibles de ser sancionados en caso de no contar con dicha autorización. También, tienen normas similares en cuanto a la filiación de los hijos concebidos mediante TRA, estableciendo la renuncia a las acciones de filiación (cuando admita la donación de gametos), y remitiéndose a las normas generales del artículo 182 del Código Civil. Por último, todos estos proyectos suponen el principio de confidencialidad, el cual puede resultar reñido con el derecho a la identidad y a la libre investigación de los orígenes ya que “el anonimato concebido como secreto absoluto y no como una protección a la intimidad de las personas, implica cercenar el interés del hijo por conocer sus orígenes biológicos. Esa inmunidad jurídico-familiar del donante de semen o de óvulos carece de razón si tomamos en cuenta los intereses en conflicto: iría en contra de la Convención de los Derechos del Niño de la ONU. En estos casos, la identificación del progenitor biológico (no sólo con sus datos biogenéticos) no debe convertirlo en el padre legal. Debe permanecer como una mera declaración.”⁶⁴

1.2. Proyectos de ley en actual tramitación

1.2.1. 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

Este proyecto de ley resulta controversial en cuanto a los fines de este ensayo, puesto que pretende sancionar la aplicación de la TRA 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.

⁶⁴ Espada Mallorquín, S. (2017). Las principales tensiones de una futura regulación de las técnicas de reproducción asistida en Chile: especial referencia a la filiación*. *REVISTA IUS*, 11(39). p. 20.

- 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’.”

Discrepamos respecto de estos motivos de ilegalidad, por los siguientes motivos: 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**” -las negrillas son nuestras- 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 misma.

Consideramos que este proyecto de ley tiene su foco en la ponderación del ánimo de los padres de intención y de la madre subrogante, más allá de velar por el derecho a formar una familia o el interés superior del niño, esto queda de manifiesto cuando dice: “(...) surgen interrogantes relativas a la sanción que deberían tener los intervinientes en esta triangulación

que generará una vida humana, lo que hace necesario distinguir el ánimo y la intención que mueve a las partes a realizar un acto reñido con la naturaleza humana. No obstante lo anterior, para los efectos de regular la conducta que la presente moción pretende sancionar no considerarán bajo ningún respecto, los móviles directos o indirectos que lleven a las partes a celebrar cualquier acto tendiente a la gestación de una ser humano, de tal manera que para todos los efectos de esta ley la intermediación económica como asimismo, cualquier otro aspecto relativo a la solidaridad en aspectos de filiación, o simplemente, por motivos que no impliquen una contraprestación en dinero. Interés para todos los efectos de la ley implica cualquier provecho, utilidad o ganancia que tenga alguna persona por concepto de gestar un hijo y que en virtud de esta relación se encargue la gestación.” Así las cosas, cabe hacer presente que quienes propusieron este proyecto de ley desconocen que todas las personas tienen derecho a formar una familia y que la maternidad subrogada no necesariamente persigue fines comerciales. Podemos concordar en sancionar la maternidad subrogada que tenga éste último carácter, sin embargo, penalizar ésta TRA por ser “reñida con la naturaleza humana” parece ser un extremo teñido por consideraciones morales y éticas que no compartimos.

1.2.2. Boletín número 11604-11, de fecha 5 de marzo de 2018, que Regula la Crioconservación de Embriones

En su mensaje, este proyecto de ley, deja cuenta de la necesidad de regular esta técnica, dado que es una situación de hecho que actualmente ocurre y porque la regulación vigente resulta insuficiente: “En la actualidad el Ministerio de Salud elaboró la correspondiente Guía Clínica para el Estudio y Tratamiento de la Infertilidad, en el marco del Programa Nacional Salud de la Mujer del año 2015. Siguiendo a dicha guía, la atención integral de la salud sexual y reproductiva incluye el conjunto de modos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivo, al prevenir y resolver los problemas relacionados con la sexualidad y la reproducción.” Además establece que los TRA se efectúan para asistir a las personas con problemas de infertilidad, vale decir, los TRA tienen un carácter sustitutivo y no alternativo.

Este proyecto de ley busca una solución para aquellos embriones crioconservados en procedimientos de fecundación in vitro: “Estos embriones podrían ser donados a otras personas con problemas de fertilidad o bien donados para ser estudiados y lograr avances

en materia de terapia celular con células madres, y aunque es la medicina pionera y más prometedora, en términos de recuperación de pacientes graves, por ejemplo, diagnosticados con cáncer, Parkinson, insuficiencia cardíaca (...). Pretende, además, regular la donación de embriones y pronúcleos congelados, proponiendo el principio de altruismo y confidencialidad: “La donación de embriones o de pronúcleos debiese estar gobernada por la solidaridad, altruismo sin coste para la futura pareja o para los investigadores y el anonimato, al igual que ocurre con las donaciones de órganos o tejidos humanos que, inmemorialmente se ha regido por dichos principios. Entonces, los embriones sobrantes de procesos de reproducción asistida podrán ser utilizados para investigación mediando el consentimiento informado de los progenitores con el fin de que éstos puedan cederlos a la ciencia, es decir, se podrá investigar con las garantías, de la información previa y la autorización de los progenitores.”

Si bien el proyecto de ley en su mensaje propone como estándar mínimo para los programas de fecundación in vitro la diversidad de género de las parejas que accedan a ella, respecto de la crioconservación de embriones, señala en su artículo 1 que “Esta ley tiene por objeto regular los requisitos de utilización de embriones y pronúcleos crioconservados en las técnicas de fecundación humana asistida en todas las parejas o personas solas interesadas.” Así, deja abierta la posibilidad para que mujeres solas o parejas (hétero u homosexuales) accedan a la utilización de la maternidad subrogada mediante la implantación del embrión crioconservado en una madre subrogante.

En su artículo segundo, el proyecto de ley establece sus principios rectores, entre los cuales se encuentran algunos de los que hemos recogido como ejes centrales del análisis, estos son: confidencialidad y consentimiento, en sus números 4 y 5 respectivamente: “4. Anonimato: No podrán facilitarse ni divulgarse informaciones que permitan identificar al donante, su madre, su padre, su hijo(s) o hija(s) ni otros parientes por consanguinidad y afinidad hasta el tercer grado inclusive; los familiares antedichos del donante ni el donante podrán conocer la identidad del receptor o donatario. Tampoco podrán divulgarse información que permita identificar al receptor o donatario ni a ninguno de sus familiares antedichos, ninguno de ellos podrá conocer la identidad del donante y de los parientes referidos del donante y, en general, queda prohibida cualquier difusión e información que pueda relacionar directamente la donación previa con la fecundación o investigación científica posterior. La información relativa a donantes y receptores, de sus parientes

antedichos y de los investigadores será recogida, tratada y custodiada con la más estricta confidencialidad y se considerará un dato sensible, conforme a lo dispuesto en la ley N° 16.628 sobre protección de la vida privada⁶⁵. 5. Consentimiento voluntario e informado: El donante de embriones congelados o de pronúcleos deberá manifestar su consentimiento a donar, para ello requiere ser plenamente capaz y expresar que está dispuesto a donar de modo libre, expreso e informado. Del consentimiento se dejará constancia en un acta suscrita ante el director del establecimiento donde haya de efectuarse los procedimientos médicos correspondientes, el director tendrá, para estos efectos, el carácter de ministro de fe, la calidad de ministro de fe se hará extensiva a quien el referido director delegue tal cometido o lo subrogue. El acta deberá ser firmada por el donante, junto con su huella dígito pulgar, el ministro de fe deberá dejar constancia que, en su criterio, él o la donante se encuentran en pleno uso de sus facultades mentales.” Agrega sobre el consentimiento, en su artículo 5 inciso primero que “Las personas que se sometan a estas técnicas de reproducción asistida tendrán derecho a ser informados íntegramente y formar con ello, su consentimiento informado.” Además en su artículo sexto se indica que dicho consentimiento de “la pareja o persona sola” deberá constar por escrito. También, en su artículo 10, reconoce la facultad de retracto de la mujer que fuera a someterse a la implantación de embriones: “La mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspenda su aplicación en cualquier momento de su realización anterior a la transferencia embrionaria, debiendo accederse inmediatamente a esta petición.”

Además, sobre la regulación de los centros autorizados se recoge sólo en el último inciso del artículo 5: “Los centros autorizados que provean de estas prestaciones médicas estarán obligados a proporcionar la información referida en las condiciones adecuadas que faciliten su comprensión, tanto a quienes deseen recurrir a estas técnicas, a quienes vayan a actuar como donante y a los equipos médicos que lleven a cabo su aplicación, por escrito en conformidad a las reglas anteriores.” Sin perjuicio de esto, en su mensaje da cuenta de la actual regulación del Ministerio de Salud, mediante un reglamento ad hoc (la “Guía para el Estudio y Tratamiento de la Infertilidad” del Programa Nacional Salud de la Mujer, del año 2015), sin destinar parte de su propuesta a una nueva institucionalidad.

⁶⁵ Lo mismo está recogido por el artículo 12: “Todos los datos relativos a la utilización de estas técnicas deberán recogerse en historias clínicas individuales o fichas clínicas. Esta información relativa a los donantes, receptores, sus parientes, de los investigadores, de las circunstancias que concurran en el origen o nacimiento de los hijos así concebidos será recogida, tratada y custodiada con la más estricta confidencialidad y se considerará un dato sensible, conforme a lo dispuesto en la ley N° 19.628 sobre protección de la vida privada.”

Finalmente, regula expresamente la determinación de la filiación en su artículo 13, remitiéndose a las reglas generales del artículo 182 del Código Civil. Además, resulta interesante el número 4 del artículo en comento, puesto que se pronuncia sobre la averiguación de la identidad del donante, “la cual procederá únicamente en los supuestos en que el Servicio de Registro Civil e Identificaciones debe comprobar que no existe impedimento o prohibición legal para contraer matrimonio, rigiéndose por la ley de registro civil para estos efectos”, restringiendo la libre investigación sobre los orígenes y la identidad a una situación específica.

En conformidad a lo expuesto en este capítulo, es menester resaltar el nulo esfuerzo legislativo en materia de reproducción humana asistida, esto se puede colegir a propósito del abandono de los proyectos de ley o su archivo sin mayor tramitación ni discusión. Si bien actualmente se encuentra en tramitación el proyecto de ley sobre maternidad subrogada –el cual es de especial importancia para efectos de este trabajo– este se encuentra detenido en su tramitación. Todo lo anterior puede responder a otras necesidades legislativas que den prioridad a otros asuntos, sin embargo nos preguntamos si realmente el legislador pretende regular estas materias dentro del corto plazo o dejarlo en suspenso hasta que las necesidades sobre procreación, fertilidad y familia del país se hagan patentes.

**CAPÍTULO IV. DIRECTRICES PARA LA REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD
SUBROGADA EN CHILE: ANÁLISIS CRÍTICO DEL PROYECTO DE LEY QUE REGULA
LA GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN O GESTACIÓN SUBROGADA COMO
MECANISMO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA; PROPUESTA INSTITUCIONAL; Y,
PROPUESTA CONTRACTUAL**

En cuanto a las TRA y, en específico la maternidad subrogada, existe una necesidad legislativa que, según se pudo expresar en los capítulos anteriores, no se encuentra satisfecha, que surge a partir de una situación fáctica presente en Chile -la aplicación de las TRA sin ley expresa que las autorice o prohíba- de manera que basta que las clínicas u hospitales que practiquen esta técnica la ofrezcan a los padres de intención como servicio para poder aplicarlas. Sin perjuicio de lo anterior, destacamos que en nuestro país es urgente que se legisle sobre todas las TRA disponibles y que se realizan hoy en Chile, que en situaciones extremas, por la falta de regulación y la consiguiente incertidumbre que esta trae aparejada, llevan a los padres de intención a realizar *turismo reproductivo*, viajando a otros países para poder acceder a las TRA que el Estado de Chile no les garantiza, sea porque no son susceptibles de optar a ellas por no padecer de infertilidad, por no tener los medios económicos suficientes, o por otros motivos.

Cabe hacer presente que “si toda persona es titular de un derecho reproductivo, entonces el ordenamiento debe reconocérselo y abrirle todas las posibilidades para su libre ejercicio y amparo. Por consiguiente, las TRA deberían estar a disposición de cualquiera que las solicite, sea una mujer sola o con pareja, hétero u homosexual. De lo contrario, estaríamos conculcando su derecho en franca oposición a lo que le ocurre a la mujer con pareja heterosexual. Si la reproducción asistida tiene como fundamento de su acceso el ‘derecho a procrear’ como emanación de la garantía constitucional del derecho a la vida (artículo 19, número 1), habría que reconocer el derecho de las mujeres solas a someterse a ellas.”⁶⁶ Asimismo, agregamos a esto último a los hombres solos y a las parejas de hombres homosexuales, quienes también son titulares del derecho a procrear, como emanación del derecho a la vida consagrado en nuestra Carta Fundamental.

⁶⁶ Espada Mallorquín, S. (2017). Las principales tensiones de una futura regulación de las técnicas de reproducción asistida en Chile: especial referencia a la filiación*. *REVISTA IUS*, 11(39). p. 21.

Como se indicó en el capítulo anterior, actualmente se encuentra en tramitación el proyecto de ley que “Regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida”, Boletín N° 11576-11, el cual fue ingresado el 10 de enero de 2018. Cabe señalar que el único trámite hasta junio de 2019 ha sido la solicitud del primer informe de la Comisión de Salud, solicitado el 18 de enero de 2018, que se encuentra pendiente.

El proyecto de ley en cuestión busca establecer un marco legal que permita ampliar los modelos de familia a través de la regulación de las características, requisitos, y prohibiciones, entre otros aspectos, relativos a la maternidad subrogada específicamente. Por consiguiente, y en consideración a que este es el único intento de regulación de la materia actualmente en tramitación, y que potencialmente podría transformarse en ley, el presente capítulo tiene como propósito realizar un análisis del proyecto de ley antedicho, destacando sus virtudes e intentando corregir las deficiencias que logramos identificar haciendo un análisis comparado con la legislación vigente de Portugal sobre la Reproducción Médicamente Asistida (Ley 32/2016), que tal como se mencionó en el capítulo anterior, es aquella que proporciona la regulación más completa y armónica con nuestro ordenamiento jurídico. De esta manera, podemos sugerir directrices y contenidos principales para una regulación completa de la maternidad subrogada.

Así las cosas, el proyecto de ley, tanto por su nombre y contenido, se encuentra limitado a la maternidad subrogada, excluyendo otras TRA, mientras que la legislación de Portugal regula la maternidad subrogada dentro de un marco más amplio consistente en todas las TRA. A propósito de esto, cabe destacar que en la maternidad subrogada una mujer lleva a cabo un embarazo acordando que entregará el niño o niña a los padres de intención, y este embarazo se puede haber logrado con conformidad a cualquier método de reproducción asistida, ya sea IA, GIFT, FIV, e ICSI (las últimas tres con transferencia embrionaria o transferencia de gametos), pudiendo lograrse con donación o sin donación de gametos o embriones. Por lo tanto, una regulación completa de la maternidad subrogada necesariamente tocará, ya sea expresa o tácitamente, la aplicación del resto de los métodos de reproducción asistida.⁶⁷

⁶⁷ Sin perjuicio de lo señalado, este trabajo acota sus límites entregando propuestas sólo respecto de la regulación de la maternidad subrogada y no de las demás TRA.

Cabe adelantar que en nuestra opinión, la manera más adecuada para la concreción de la aplicación de la maternidad subrogada es mediante dos etapas: la primera dice relación con una instancia técnica que consiste en la autorización del centro médico que realizará la TRA, y la segunda trata de la celebración de un contrato (así se ha regulado primordialmente en el extranjero). Por lo tanto, reiteramos que existe una necesidad de regulación legislativa en cuanto a las TRA y, para efectos de este trabajo, de la maternidad subrogada, que determine el contenido del contrato antedicho, ya que la autonomía de la voluntad puede eventualmente colisionar con normas de orden público relacionadas a la protección de bienes jurídicos relacionados con la maternidad subrogada; y que se refiera también a la propuesta institucional, para una permitir una aplicación de ésta técnica de manera más óptima.

En este capítulo, por lo tanto, haremos un análisis crítico, refiriéndonos a los ejes que en el capítulo anterior se describieron, a saber: beneficiarios; donación de gametos; crioconservación; consentimiento; confidencialidad; carácter de la maternidad subrogada (sustitutivo o alternativo); filiación; y centros autorizados, entre otros, para luego proponer directrices para un eventual marco legislativo, considerando una propuesta institucional y contractual.

1. Análisis crítico del proyecto de ley sobre maternidad subrogada en actual tramitación y propuesta regulatoria

1.1. Carácter de la maternidad subrogada

En primer lugar, es de particular relevancia determinar qué tipo de maternidad subrogada es la que se estará permitiendo con ésta ley, ya que la maternidad subrogada tiene varias clasificaciones.

Así las cosas, la maternidad subrogada puede ser total o parcial. “En la primera, la mujer gestante proporcionará su útero y donará su óvulo [resultando en un vínculo genético entre la mujer gestante y el niño o niña]; y tratándose de tipo parcial, la mujer gestante únicamente proporciona su útero para la gestación.”⁶⁸ El proyecto de ley en tramitación permite que la

⁶⁸Callejas Arreguin, N. y Gómez Tapia, J. (2017). *Maternidad Subrogada y la Situación Jurídica de las Mujeres en México*. XIII Congreso Nacional Sobre Empoderamiento Femenino. Pachuca: Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo. Disponible en línea en:

madre gestante aporte sus propios óvulos, según consta en el primer numeral del artículo 7. En cambio, la legislación vigente de Portugal prohíbe en su artículo 8 que la mujer gestante sea la “dadora de cualquier ovocito usado en el concreto procedimiento en que es participante” (sic).

En este aspecto pareciera ser más apropiada la regulación de Portugal ya que no se puede ser indiferente a las dificultades que vienen aparejadas con la práctica de la maternidad subrogada. Esto encuentra su razón en un fundamento evolutivo, ya que “es fácil demostrar que los parientes cercanos —familiares— tienen una probabilidad mayor que la común de compartir los genes. Desde hace bastante tiempo ha quedado claro que ésta debe ser la causa de por qué es tan común el altruismo de los padres hacia sus hijos.”⁶⁹ En caso de permitir que la madre gestora sea además quién proporciona el ovocito, se crearía un lazo genético con el niño o niña gestada, lo que probablemente resultaría en un apego instintivo y primitivo entre ellos, haciendo que la separación sea aún más difícil.

La maternidad subrogada también puede ser clasificada como homóloga o heteróloga. Se dice ser de tipo “homóloga, cuando se usan los gametos de la pareja solicitante; o bien heteróloga, cuando se usa uno o ambos gametos ajenos a la persona o personas solicitantes.”⁷⁰ Por lo tanto, cuando la maternidad subrogada es heteróloga pueden existir casos que resultan en la inexistencia de un vínculo genético entre el niño o niña gestada y los beneficiarios de la técnica, por haber utilizado tanto ovocitos como espermatozoides donados por terceros. A propósito de esto, se debe señalar que el proyecto de ley chileno, en su artículo 3, establece en la definición de mujer gestante por subrogación o subrogada, que ésta técnica podrá realizarse con gametos de los padres de intención y/o de terceros, por lo que contempla ambas clasificaciones de maternidad subrogada. Por otra parte, la ley de Portugal señala en su artículo 8 que necesariamente debe realizarse con los gametos de al menos uno de los padres de intención, limitando la aplicación de la maternidad subrogada heteróloga.

En este aspecto, parece más adecuada la propuesta del proyecto de ley sobre maternidad subrogada en Chile, ya que exigir que los padres de intención deban proporcionar material

https://www.uaeh.edu.mx/xiii_congreso_empoderamiento_fem/documentos/pdf/C033.pdf [Consulta 4 Jul. 2019]. p. 4.

⁶⁹ Dawkins, R. (1985). *El Gen Egoísta - Las Bases Biológicas de Nuestras Conductas*. 1ra ed. Barcelona: Salvat Editores S.A. p.102.

⁷⁰ GÁRCIA, Horacio y LIMÓN, L. (2009). *Bioética General*, México: Trillas. p 174.

genético para la gestación de un niño o niña puede resultar en una norma discriminatoria. Ante igual razón, debe existir igual disposición, y no parece justo que, por ejemplo, una pareja donde ambos son infértiles no puedan acceder a ésta técnica por una razón que no pueden controlar, mientras que una pareja fértil si sea susceptible de realizarse esta TRA.

Otra clasificación de maternidad subrogada es aquella que distingue entre la de tipo altruista y comercial. En la primera, la mujer gestante lleva a cabo el embarazo sin recibir dinero por ello, mientras que en la segunda, los padres de intención pagan a la mujer gestante para llevar a cabo el embarazo. El proyecto de ley prohíbe la comercialización de la maternidad subrogada, de gametos, embriones e incluso de servicios de intermediación para la realización de TRA, sin embargo no establece una sanción a la infracción de dicha prohibición. La ley de Portugal también prohíbe la maternidad subrogada comercial, estableciendo penas privativas de libertad para los infractores de esta prohibición.

Nos parece correcto exigir que la maternidad subrogada tenga carácter altruista y no comercial por una razón fundamental: el riesgo de que se transforme en una comercialización del cuerpo de la mujer. A baja escala se puede producir un abuso de derecho de parte de la mujer gestante, pudiendo crearse una industria de vientre de alquiler. Las madres gestantes ya no estarían limitadas por elementos socioeconómicos para determinar el número de niños y niñas que darán a luz a lo largo de su vida reproductiva fértil (ya que no tendrán que criarlos a todos), sino que el límite de las posibilidades estará determinado sólo por elementos biológicos y médicos. Por lo tanto, podría ser atractivo para algunas madres gestantes abusar de la gestación subrogada ya que estarían amparadas por el pre y post natal garantizado a toda mujer embarazada en nuestro país, recibiendo la remuneración de su trabajo habitual y adicionalmente el dinero que recibiría de los padres de intención. Esto afectaría aún más la brecha de desigualdad remuneracional y de acceso laboral entre hombres y mujeres, ya que los empleadores preferirán contratar a hombres por sobre mujeres. Por otra parte, y tomando la forma más grave de la comercialización del cuerpo de la mujer, ante casos de extremo abuso, se podrían construir redes de trata de personas con fines reproductivos, ya que los acuerdos de maternidad subrogada comercial son extremadamente onerosos y lucrativos.

Sin perjuicio de lo anterior, a pesar de que la maternidad subrogada sea altruista, nos parece correcto permitir compensaciones e indemnizaciones en caso de que procedan. La ley

portuguesa en su artículo 8 N° 5 señala que podrá compensarse los gastos médicos e incluso los de transporte, siempre que sean debidamente justificados. Sin embargo, “los legisladores no resolvieron quién deberá ser responsable por cualquier tipo de discapacidad o problema médico que sufra la madre gestante como resultado de la gestación.”⁷¹ En cambio, el proyecto de ley chileno contempla la posibilidad de compensaciones de gastos derivados del embarazo (gastos médicos, medicamentos, prendas de vestir de prenatal, gastos de desplazamiento, entre otros) en su artículo sexto. El mismo artículo también contempla la contratación de un seguro en beneficio de la mujer gestante y a cargo de los padres de intención para poder cubrir las contingencias que puedan surgir como consecuencia de la aplicación de la técnica de reproducción asistida, particularmente en caso de fallecimiento, invalidez o secuelas físicas.

A nuestro parecer, para poder garantizar la verdadera naturaleza altruista de la práctica de la maternidad subrogada, es necesario que se siga un sistema similar al propuesto por la legislación de Portugal, es decir, que se podrán compensar los gastos debidamente respaldados en documentos pertinentes para la acreditación de los gastos.

Por otra parte, en cuanto a las posibles indemnizaciones en caso de que exista un daño a la madre gestante durante cualquier etapa de la realización de la maternidad subrogada, nos parece adecuado el seguro a favor de la mujer gestora, y que sea de carácter obligatorio. El embarazo por subrogación consta de varias etapas, en donde los posibles daños pueden ser multicausales, por lo que eventualmente se estaría dejando a la madre subrogante en un estado de indefensión, ya que difícilmente podría acreditar la causalidad entre la acción u omisión y el daño. Además, atendida la gravedad de los daños que pueden surgir de esta práctica, estos pueden ser catastróficos, resultando en cuantiosas indemnizaciones que podrían tener como resultado la ruina económica de los padres de intención, o el aumento del costo de la realización de la TRA.

Finalmente, la última clasificación es aquella que distingue entre la maternidad subrogada subsidiaria o sustitutiva y la alternativa. El proyecto de ley regula una maternidad subrogada subsidiaria ya que exige en su artículo 4 que los padres de intención hayan agotado o sean

⁷¹ Traducción libre de las autoras de Raposo, V. (2017). The new Portuguese law on surrogacy - The story of how a promising law does not really regulate surrogacy arrangements. *JBRA Assisted Reproduction*, 21(3). p.14.

incompatibles con las otras TRA. La legislación de Portugal también plantea una maternidad subrogada subsidiaria ya que se permite sólo en situaciones clínicas que la justifiquen.

La maternidad subrogada sustitutiva necesariamente sugiere un factor limitativo que es condición necesaria para que proceda su realización. Ese factor limitativo puede ser más o menos estricto, como por ejemplo exigir que las personas sean infértiles o exigir que exista un impedimento biológico para procrear. Esta limitación discrimina a ciertas personas, por no cumplir con ciertos requisitos, siendo en algunos casos una restricción arbitraria, puesto que la determinación de estas condiciones necesarias responden a criterios que no sólo son médicos, sino que también pueden ser políticos o morales, afectando el derecho a procrear. Así, por ejemplo, exigir que la maternidad subrogada sea procedente sólo en caso de que biológicamente sea imposible o muy difícil la procreación (ya sea porque hay infertilidad o ausencia de una persona del sexo opuesto) restringe arbitrariamente el derecho de la mujer fértil que tiene una pareja heterosexual fértil, pero que no desea embarazarse por ser incompatible con su trabajo o estilo de vida ya que parte del derecho de ser padre o madre, viene aparejado del derecho a decidir cuándo se quiere serlo; o también en el caso de las parejas homosexuales a quienes se les restringe el acceso a las TRA por ser incompatibles con el modelo de familia tradicional. Por lo tanto, a nuestro juicio, la única manera de no coartar ambos derechos, es permitiendo la maternidad subrogada alternativa.

Por lo tanto, el tipo de maternidad subrogada que creemos oportuno permitir y regular en Chile es aquella que es parcial, heteróloga u homóloga, altruista y alternativa. Para poder garantizar eso, creemos necesario la existencia de una norma que establezca que son jurídicamente inexistentes los acuerdos de maternidad subrogada que no respeten lo dispuesto en la ley que corresponda, y por lo tanto la filiación del niño o niña nacido por medio de ésta técnica será determinada conforme a las normas generales del Código Civil, con exclusión del artículo 182 del mismo ente normativo.

Lo anterior encuentra su fundamento en que la gran motivación para la regulación de la maternidad subrogada dice relación con el aspecto filiativo puesto que en la práctica, sin una regulación de la maternidad subrogada, el niño o niña gestada será hijo o hija de la madre gestora, y no de los padres de intención. Si se establece la nulidad como sanción, existirá un período en que el acto produzca efectos (ya que el acto produce plenos efectos hasta la declaración de nulidad), siendo éste el momento el más crucial ya que corresponde al

momento de la inscripción de la partida de nacimiento del niño o niña. Contemplar la nulidad como sanción implicaría dejar al niño o niña con una filiación materna indeterminada una vez declarada la nulidad, lo cual va en contra de su derecho de identidad y de su interés superior.

A mayor abundamiento, aparece como necesario establecer que el artículo 182 del Código Civil no se aplica cuando de determinar la filiación del niño o niña nacido a través de la maternidad subrogada se trate (situación fáctica que existe, pero que es inexistente para el Derecho), ya que conforme a la interpretación realizada en el primer capítulo de éste trabajo, podría eventualmente determinarse la filiación materna respecto de la madre de intención. Debe existir un elemento disuasivo en esta sanción (que la madre gestora será la madre legal del niño o niña gestado) ya que no se puede permitir que se realice ésta práctica en contra de los límites, requisitos y elementos establecidos en consideración de la protección de los distintos bienes jurídicos de orden público atinentes a la maternidad subrogada.

1.2. Requisitos para la aplicación de la técnica de maternidad subrogada

En relación a los requisitos necesarios para la maternidad subrogada, cabe señalar que el proyecto de ley los define en su artículo 4: En el N°1 se desprenden los dos primeros requisitos: que existan posibilidades razonables de éxito, sin poner en riesgo la salud física o psíquica de la mujer gestante o de la posible descendencia y que la mujer gestora debe otorgar su consentimiento libre e informado; en el N°2 se establece que los padres de intención deberán haber agotado o ser incompatibles con otras TRA; en el N°3 se exige que la mujer gestante no podrá tener vínculo de consanguinidad con los padres de intención; y en el N°4 se establece que la gestación por subrogación se debe llevar a cabo en centros habilitados para ese fin y en conformidad a la ley.

Por otro lado, la legislación sobre reproducción médicamente asistida de Portugal regula la maternidad subrogada en su artículo 8, estableciendo en el mismo los requisitos, obligaciones y prohibiciones. Establece que la maternidad subrogada se permitirá siempre que sea altruista; respecto de mujeres que tengan una lesión, enfermedad o ausencia de útero que impida absolutamente y definitivamente el embarazo o situaciones clínicas justificadas; que se utilicen gametos al menos de uno de los padres de intención; que la madre subrogante no sea gestora y donante del ovocito; y que se cuente con autorización

previa del Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida y que conste en un contrato escrito supervisado por dicho consejo.

En primer lugar el proyecto de ley exige que existan posibilidades razonables de éxito en la realización de la técnica y que no exista un riesgo la salud de la mujer ni el niño o niña gestada por subrogación. Las posibilidades razonables de éxito y los posibles riesgos a la salud de la madre subrogante y niño o niña gestado dicen relación con las características que tienen la mujer subrogante y los gametos utilizados para que se produzca la fecundación, dependiendo de elementos médicos y no jurídicos, y que sólo pueden ser definidos caso a caso. Evidentemente la finalidad que tiene esta norma se encuentra en la protección de la integridad física y psíquica tanto de la mujer gestante como del niño o niña gestado, pero establecer esto como un requisito va en contra de la abstracción que caracteriza a toda jurídica. En lo que respecta a la medicina, no existe forma de identificar qué es lo razonable o qué constituye un riesgo para la salud en forma abstracta para que sea aplicable para cada caso.

Sin perjuicio de aquello, evidentemente debe existir un control para cada caso respecto a las posibilidades de éxito y los riesgos de salud. Por ello, creemos que en lugar de exigir eso como un requisito, se debería exigir una autorización para poder realizar la técnica, que será otorgada por el centro médico que realizará la TRA.

Continuando con los requisitos señalados en el proyecto de ley, en el mismo numeral se exige el consentimiento libre e informado de la madre gestora. Estimamos que éste es un requisito más bien del contrato, el que tendrá sus propios requisitos, y respecto del cual nos referiremos con posterioridad en éste capítulo.

El número 2 del artículo 4to del proyecto de ley establece que los padres deben haber agotado o ser incompatibles con las otras técnicas. Por las mismas líneas se regula éste aspecto en la ley de Portugal. Sin embargo, a nuestro parecer, más que tratarse de un requisito, esto se refiere a un ámbito de limitación de la legislación, expuesto a propósito de la maternidad subrogada subsidiaria, por lo que no es necesario referirse a esto nuevamente.

El número 3 del artículo 4to del proyecto de ley establece un requisito que más bien tiene carácter de prohibición, la cual consiste en que no se permite la existencia de un vínculo de consanguinidad entre la madre de intención con el o los padres de intención. En este sentido, estimamos que dicha prohibición es acertada ya que “el mismo postulado [señalado a propósito de la maternidad subrogada total] es aplicable a otros parientes cercanos tales como hermanos y hermanas, sobrinos y sobrinas, primos cercanos.”⁷² Evidentemente existiría un vínculo genético entre la madre gestora y el niño o niña gestada, por lo que la separación sería extremadamente difícil. Además, dicho vínculo podría afectar negativamente la dinámica familiar entre madre gestora, padres de intención y el niño o niña gestada.

Finalmente, el proyecto de ley exige los procedimientos para la maternidad subrogada se lleve a cabo en los centros habilitados para ello, en conformidad a la ley. La ley de Portugal también lo considera en su artículo 5to, norma que aplicable a todos los métodos de reproducción asistida. Creemos que dicho requisito es relevante ya que garantiza una supervisión médica para garantizar la seguridad del niño o niña, la madre gestora, los padres de intención, los gametos y los embriones.

Por último, cabe señalar que no es necesario referirse a los demás requisitos exigidos por la ley portuguesa, ya que fueron tratados anteriormente respecto del ámbito de aplicación de la maternidad subrogada.

Por lo tanto, estimamos que los requisitos necesarios para que la maternidad subrogada sea reconocida por el Derecho son: Existencia de un contrato de maternidad subrogada; la autorización del centro médico; y que la los procedimientos médicos para esta TRA se realice en centros médicos autorizados para ello. Hacemos hincapié en que estos requisitos tienen a su vez sus propios requisitos, los cuales serán expresados con posterioridad.

1.3. Partes: padres de intención y madre subrogante

En primer lugar, el proyecto de ley señala en la definición de progenitor o progenitores subrogantes, que son la persona o personas que acceden a la paternidad o maternidad

⁷² Dawkins, R. (1985). *El Gen Egoísta - Las Bases Biológicas de Nuestras Conductas*. 1ra ed. Barcelona: Salvat Editores S.A. p. 102.

mediante la gestación por subrogación. No establece ningún tipo de limitación respecto de quiénes pueden acceder a ésta técnica, por lo que los beneficiarios pueden ser personas solas, o parejas, sin distinguir respecto de su sexo ni orientación sexual.

Por otro lado, la ley de Portugal establece quiénes serán los beneficiarios de tanto la maternidad subrogada como también del resto de los tratamientos de reproducción asistida, en su artículo 6to. Señala que pueden recurrir a las TRA las parejas de sexo diferente; las parejas de mujeres unidas en matrimonio o en una relación de hecho estable análoga al matrimonio; y las mujeres en general, independientemente de su estado civil u orientación sexual.

A propósito de la determinación de los beneficiarios, creemos importante permitir que la maternidad subrogada sea una TRA disponible para personas con pareja de hecho, convivientes civiles, y matrimonios, tanto heterosexuales u homosexuales, y personas sin pareja, como se propone implícitamente en el proyecto de ley chileno. La exclusión del género masculino en la legislación portuguesa nos parece infundada y discriminatoria y por lo tanto la rechazamos.

Más aún, el proyecto de ley establece en el artículo 10 que los padres de intención deberán cumplir los siguientes requisitos: haber agotado o ser incompatibles con otras TRA; ser mayor de 25 años de edad y menor de 50; cumplir con condiciones de salud, psicológicas, económicas y de habilidades parentales; no tener antecedentes de uso de drogas o alcohol; poseer la nacionalidad chilena o ser residentes legales de Chile; y en caso de ser parejas, deben estar unidas por vínculo matrimonial o acuerdo de unión civil.

Al respecto cabe distinguir entre los requisitos técnicos y los requisitos categóricos⁷³. En cuanto a los requisitos técnicos, no nos parece correcto que una ley pueda establecer requisitos técnicos genéricos, que tienen su fundamento en circunstancias médicas y socioeconómicas, ya que éstas dependen de múltiples factores y varían caso a caso. Estas circunstancias deben ser ponderadas caso a caso, circunstancia que no se puede lograr por medio de una norma jurídica, que se caracteriza por ser abstracta. Sin embargo, debe existir

⁷³ Por requisitos técnicos nos referimos a aquellos que dicen relación con la aplicación de las ciencias naturales y sociales, y que por lo tanto pueden variar caso a caso. En cambio, por requisitos categóricos nos referimos a aquellos que no admiten objeción o discusión, y que por lo tanto tienen una respuesta simplemente afirmativa o negativa.

una evaluación de la idoneidad de los padres de intención, realizada por aquella institución que esté autorizada para la ejecución de las TRA, puesto que el acceso a la aplicación de la técnica sería limitado en base a la interpretación de dichas condiciones, que no siempre son de control exclusivo de los intervinientes. Si bien esto es algo que no se exige respecto de padres que procrean naturalmente, y podría eventualmente ser considerado como un acto de discriminación, es importante realizarlo en virtud de la protección del interés superior del niño.

Por otra parte, en cuanto a los requisitos categóricos, estimamos que tienen la suficiente abstracción para poder contemplarlos como requisitos propiamente tales. Entre estos requisitos categóricos, en primer lugar encontramos que el proyecto exige que los padres de intención hayan agotado o sean incompatibles con otras técnicas de reproducción asistida. Éste requisito es una manifestación del principio sustitutivo que inspira la maternidad subrogada planteada en éste proyecto, respecto del cual ya expresamos nuestra disconformidad cuando nos referimos a los límites de la maternidad subrogada.

También se exige que los padres de intención deberán poseer la nacionalidad chilena o ser residentes legales de Chile, lo cual es relevante para evitar lo que se llama vulgarmente *turismo reproductivo*.

A mayor abundamiento se señala que en caso de ser parejas, los padres de intención deben estar unidos por un vínculo matrimonial o por un acuerdo de unión civil. Éste requisito es arbitrario ya que no se puede excluir sin razón a las parejas de hecho.

En cuanto al requisito etario contemplado en el proyecto de ley chileno en su artículo 10 número 2, concordamos con la exigencia de ser mayor de 25 años de edad y menores de 50 años para los padres de intención.

Además, aunque el proyecto de ley no lo contempla como requisito, creemos que los padres de intención también deberán ser plenamente capaces, toda vez que no creemos oportuno que puedan actuar representados, ya que la maternidad subrogada tiene como resultado el reconocimiento de la filiación materna y/o paterna del niño o niña gestado en relación a los padres de intención, y el artículo 182 del Código Civil establece que no se podrá impugnarse la filiación determinada por la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida.

Finalmente, nos parece correcto exigir que los padres de intención no tengan antecedentes penales o de violencia intrafamiliar, para que así el niño o niña gestado no esté expuesto a un ambiente riesgoso.

Por otro lado, en cuanto a la madre subrogante, el proyecto de ley señala en su artículo 8vo que la mujer gestante deberá cumplir con los siguientes requisitos: 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; no haber sido madre gestante por subrogación en más de dos ocasiones; e informar de cambio de domicilio y de circunstancias, siendo éste último en realidad una obligación y no requisito.

Nuevamente es importante distinguir entre los requisitos técnicos y los requisitos categóricos. En cuanto a los requisitos técnicos, creemos que deberían formar parte de un análisis técnico y casuístico realizado por una institución especializada ya que debe existir una evaluación de la idoneidad de la madre subrogante.

En cuanto a los requisitos categóricos, se señala que la madre subrogante debe ser plenamente capaz. Compartimos dicha exigencia ya que la maternidad subrogada se llevaría a cabo por medio de un contrato, por lo que requeriría ser plenamente capaz para poder actuar sin autorización o representación, sobre todo considerando que estimamos que la disposición del cuerpo de una mujer debe ser un acto personalísimo.

El proyecto también exige que la madre gestante haya tenido al menos un hijo con anterioridad y que no haya sido madre gestante por subrogación en más de dos ocasiones. Estas exigencias tienen un fundamento médico (físico y/o psicológico), por lo que, estimamos que son requisitos que deberán ser considerados por la institución especializada.

Además el proyecto de ley exige que la madre subrogante sea chilena o que tenga su residencia legal en Chile. Nuevamente concordamos con dicho requisito, por la razón indicada anteriormente en éste capítulo.

También se exige que la madre gestante no tenga antecedentes penales ni de violencia intrafamiliar. Creemos que estos requisitos están correctamente determinados para poder proteger mayormente la integridad de la mujer gestante, los padres de intención, y sobre todo, del niño o niña gestados por vía de ésta técnica.

Por otro lado, cabe señalar que la legislación de Portugal no señala requisitos que deberá cumplir la madre gestora más allá de la prohibición del artículo 8vo N° 6 que establece que no se permite la celebración de un acuerdo de maternidad subrogada cuando exista una relación de subordinación económica entre los participantes. El proyecto de ley chileno también lo contempla en su artículo 14. Ésta prohibición nos parece digna de replicar para no afectar la libertad en el consentimiento de las partes.

Por lo tanto, estimamos que la maternidad subrogada deberá estar establecida a favor de cualquier persona, sola o en pareja, sin distinguir entre el tipo de pareja o la orientación sexual que tengan. De esa manera, se podrá garantizar el derecho a procrear a todas las personas. En cuanto a sus requisitos, la regulación de la maternidad subrogada debería recoger todos los requisitos categóricos estudiados, dejando los técnicos para ser evaluados por la institución que otorgue la aprobación requerida.

1.4. Filiación

En cuanto a la filiación de los niños o niñas nacidos por gestación subrogada, tanto el proyecto de ley como la legislación de Portugal establecen que son hijos de los padres de intención; el primero en su artículo 17 y la segunda en el artículo 8 N°7. El proyecto de ley va más allá y señala que en ningún momento se establecerá un vínculo de filiación entre el niño o niña y la madre gestante; que la inscripción del nacimiento en el Servicio de Registro Civil e Identificación no incluirá ningún dato que pueda inferir que se realizó una gestación por subrogación; y en caso que los padres de intención estén unidos por un vínculo matrimonial o de acuerdo de unión civil, la filiación del niño o niña será determinada respecto de ambos progenitores, incluso si el padre no proporcionó material genético. A propósito de lo anterior,

el proyecto de ley también señala en su artículo 18 que la filiación determinada por ésta forma no se podrá impugnar ni declararse una distinta.

En este sentido, concordamos completamente con lo señalado por el proyecto de ley, salvo lo último. Evidentemente la filiación debe quedar determinada respecto de los padres de intención, y no respecto de la madre subrogante, ya que ella tan sólo se encarga de la gestación del niño o niña⁷⁴. Además, considerando que los padres de intención podrán ser incluso parejas homosexuales, es necesario que se modifique el Título V De los Nacimientos del Reglamento Orgánico del Servicio de Registro Civil para permitir la doble filiación materna o paterna en la partida de nacimiento del niño o niña nacido por maternidad subrogada.

En los casos de parejas unidas por vínculo matrimonial o de unión civil, la filiación quedaría determinada respecto de ambos padres por una disposición legal, y no por la presunción que aplica para la reproducción natural, ya que la base de dicha presunción supone que la pareja heterosexual sea fértil. Concordamos con esta forma de determinación de filiación, toda vez que dejar a un niño o niña con filiación materna o paterna indeterminada afecta su derecho de identidad.

Por otra parte, cabe hacer presente que la filiación del niño o niña se determina a partir del nacimiento de éste, toda vez que la filiación dice relación con la relación de descendencia que existe entre dos personas, y se es persona desde el hecho del nacimiento. Por ello, es necesario determinar quién podrá tomar decisiones médicas respecto del niño o niña en gestación. En éste sentido, estimamos que corresponde que sean los padres de intención quienes tomen esas decisiones, siempre y cuando no exista oposición respecto de la madre gestante y no se le exponga a un riesgo. En caso de que no haya consenso, deberá decidir un juez tras una evaluación y recomendación médica.

⁷⁴ "If the surrogate does not contribute with her own genetic material, and if she has provided her free and informed consent to the arrangement (i.e., she was fully informed of the biological effects of pregnancy and the legal consequences attached to the surrogacy contract), her right to regret should not be recognised. **She is simply a carrier**, and no matter how attached she may become to the child, even believing that the child is hers, the fact is that it is not her child and she is legally committed to relinquish the baby to the contracting parents, who are often the genetic parents as well." (las negrillas son nuestras). Raposo, V. (2017). The new Portuguese law on surrogacy - The story of how a promising law does not really regulate surrogacy arrangements. *JBRA Assisted Reproduction*, 21(3). p.5.

No obstante lo anterior, respecto de la filiación, también debemos referirnos a que sucede en caso del fallecimiento de uno o ambos padres de intención antes del nacimiento del niño o niña gestada. El proyecto de ley chileno se refiere a estas materias en los artículos 20 a 22. A propósito de esto señala que en caso de que fallezca alguno de los padres de intención antes del nacimiento, no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse ningún tipo de relación jurídica con el niño o niña nacido, a menos que al momento de su muerte se haya realizado la transferencia embrionaria y ya se hubiera celebrado el contrato de gestación por subrogación. También señala que en caso de que fallezca un padre de intención antes del nacimiento del niño o niña, pero que hubiese prestado su consentimiento previamente en el contrato de maternidad subrogada, y hubiese prestado su material genético, éste podrá ser utilizado en los 12 siguientes meses siguientes a su fallecimiento, y será legalmente el padre o madre del niño o niña gestado. Finalmente señala que en el caso del fallecimiento del único o de ambos padres de intención durante la gestación, el contrato de gestación por subrogación mantendrá su validez para determinar la filiación.

La legislación portuguesa se refiere a esto en sus artículos 22 y 23, donde prohíbe la inseminación y transferencia embrionaria después de la muerte de los padres de intención, a menos que se enmarque dentro de un proyecto parental claramente establecido por escrito antes del fallecimiento del padre de intención, y haya transcurrido un plazo considerable para la adecuada ponderación de la decisión. Sin embargo, incluso si se contraviene éste precepto, la filiación igual será determinada respecto del niño o niña para con el difunto, salvo que el padre de intención sobreviviente vuelva a contraer matrimonio y la nueva pareja otorgue su consentimiento para ser padre o madre del niño o niña gestada.

Considerando que se ha determinado la existencia del contrato como un requisito para que se pueda proceder con la maternidad subrogada, en éste los padres de intención manifestarán su voluntad de ser padres del niño o niña de manera previa a la transferencia embrionaria, y por ello es correcto que se mantenga la filiación determinada respecto del padre o madre que fallece, incluso si aún no se ha procedido con la transferencia embrionaria e implantación del embrión. No obstante aquello, en caso de que fallezca un padre o madre de intención (que haya proporcionado sus gametos con el propósito de engendrar descendencia) antes de que exista un embrión para transferir, no se puede mantener la opción de realizar esta TRA indefinidamente, ya que si señalamos que se mantiene la filiación, esto puede tener repercusiones sobre todo en lo que respecta a

materias sucesorias. Por lo tanto, concordamos en que la realización de la FIV y la transferencia embrionaria a la mujer gestante deberán efectuarse dentro de los doce meses siguientes al fallecimiento del padre o madre de intención, pero a ello agregamos que debe ir aparejada de una reevaluación de la institución correspondiente.

1.5 Centros médicos.

El proyecto de ley no se refiere a los centros médicos encargados de realizar la TRA en cuestión, en cambio, la ley de procedimiento médicamente asistido de Portugal se refiere a los centros médicos cualificados en su artículo quinto. A propósito de ello señala que todas las técnicas de reproducción médicamente asistida se deberán realizar en centros públicos o privados específicamente autorizados para ello por la institución pública correspondiente. Concordamos con lo señalado por la ley portuguesa, toda vez que debe existir una regulación de estándares mínimos para garantizar una mejor atención a los pacientes.

Sin embargo, lamentablemente no existe una normativa específicamente aplicable a los centros médicos especializados en técnicas de reproducción médicamente asistida con la fuerza obligatoria necesaria para ser eficaces. No obstante lo anterior, han existido esfuerzos para regular esta materia por medio de Resoluciones Exentas del Ministerio de Salud y también a través de estándares mínimos para conseguir acreditaciones por parte de instituciones privadas, tales como la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (REDLARA).

La Resolución Exenta N° 241 de 2015 del Ministerio de Salud aprobó la “Guía para el Estudio y Tratamiento de la Infertilidad”, orientada a los distintos niveles de atención del sistema nacional de salud público y privado dedicados al tratamiento de infertilidad, la que señala que las TRA constituyen tratamientos de alta complejidad que requieren del trabajo en equipos multidisciplinarios, pero también de personal, infraestructura y equipamientos especializados y apropiados para la realización de los ciclos terapéuticos que correspondan. Por ello, dichos tratamientos deberán realizarse en “centros de alta complejidad certificados para realizar TRA. Dicha certificación será otorgada por un equipo conformado por representantes del Ministerio de Salud (MINSAL) y la Sociedad Chilena de Medicina

Reproductiva (SOCMER) siguiendo los procedimientos desarrollados por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (REDLARA).⁷⁵

Las áreas sujetas a evaluación para la acreditación de los centros médicos, según los estándares de la REDLARA, son: 1) Personal: experiencia y responsabilidades; 2) Instalaciones médicas; 3) Laboratorio de Embriología; 4) Laboratorio de Andrología; y 5) Resultados.⁷⁶

Si bien estimamos que las materias evaluadas y los estándares exigidos para la correspondiente acreditación son materias exclusivas de los órganos públicos correspondientes, nos parece apropiado proponer que se exija una acreditación especial para permitir el correcto funcionamiento de centros médicos dedicados exclusivamente a la reproducción médicamente asistida, tanto para el sector público como el privado de salud.

1.6 Consentimiento

En cuanto al consentimiento, el proyecto de ley lo menciona en reiteradas ocasiones. En primer lugar, lo menciona en su artículo 2 como un principio que inspira el proyecto; señala que: “los profesionales tratantes están obligados a proporcionar información completa y comprensible de manera verbal y por escrito.” También se refiere al consentimiento en el artículo 4 N°1, pero esta vez respecto de la utilización de gametos, e indica que: “ninguna persona podrá hacer uso de material reproductivo humano con el propósito de crear un embrión a menos que el donante del material haya dado su consentimiento por escrito.” Finalmente se refiere al consentimiento en el artículo 11 N° 2 letra b), donde establece que el contrato de gestación por subrogación contendrá el consentimiento informado, libre, expreso e irrevocable de los intervinientes.

Por otro lado, la ley portuguesa se refiere al consentimiento en su artículo 14. Establece que éste debe ser libre, informado, de forma expresa y por escrito. El documento que contiene la información otorgada para la manifestación de voluntad de los intervinientes debe ser

⁷⁵ Subsecretaría de Salud Pública - División Prevención y Control de Enfermedades: Departamento de Ciclo Vital (2015). *Guía para el Estudio y Tratamiento de la Infertilidad*. Santiago. p. 41.

⁷⁶ REDLARA. Normas Para la Acreditación de Centros de Reproducción Asistida y sus Laboratorios de Embriología y Andrología. [en línea] Santiago, Chile <http://www.redlara.com/aa_espanhol/acreditacao.asp> [consulta : 05 julio 2019]. p. 5.

aprobado por el Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida. Señala además, que se deben informar todos los beneficios y riesgos conocidos resultantes de la TRA, junto con todas las implicancias éticas, sociales y jurídicas de su aplicación. Finalmente, permite que el consentimiento es libremente revocable hasta el inicio de los procesos terapéuticos de la TRA.

De lo señalado anteriormente, se debe distinguir entre el consentimiento relevante a la intervención médica de la TRA, el consentimiento para la donación de gametos, y el consentimiento para la celebración del contrato de maternidad subrogada. El primer tipo de consentimiento señalado no es más que una reiteración del derecho/obligación de información y consentimiento que rigen todos los procedimientos médicos, y el consentimiento relativo a la donación de gametos excede el alcance de éste trabajo. El tercer tipo de consentimiento, en cambio, merece mayor análisis, y se tratará en la sección de éste capítulo correspondiente a la propuesta contractual.

1.7 Confidencialidad

Respecto de la confidencialidad, el proyecto de ley no se refiere expresamente a él como un principio, sin embargo subyace al número 8 de su artículo 2 cuando dice: “8) La recopilación, almacenamiento, tratamiento y difusión de la información de las personas que acceden usar o someterse a los procedimientos de reproducción humana asistida de esta ley o ser donantes de las células requeridas o gametos, se ajustará a las disposiciones de la ley N° 19.628, sobre protección de datos de carácter personal, considerándola como datos sensibles y no podrán facilitarse ni divulgarse informaciones que permitan identificar al donante. Asimismo, el donante ni sus familiares podrán conocer la identidad del o de los progenitores subrogantes, ni ellos o sus familiares la identidad del donante y, en general, queda prohibida cualquier difusión de información que pueda relacionar directamente la donación de gametos con el ulterior proceso de gestación.” De esta manera, podemos sostener que este, como todos los proyectos de ley estudiados, tanto en este capítulo como en el anterior, adhieren y establecen como uno de sus principios el de la confidencialidad y el tratamiento de los datos personales según la Ley N° 19.628 que regula la materia, respecto de los donantes de gametos (en su caso), y de la madre subrogante. Sin embargo, como se dijo en el capítulo anterior, éste principio puede resultar reñido con el derecho a la identidad y a la libre investigación de los orígenes.

A propósito de lo anterior cabe preguntarse: ¿Qué ocurriría si una persona nacida mediante ésta TRA quisiera investigar sobre sus orígenes mediante una solicitud de transparencia pasiva ante la entidad pública que lleve el registro de la aplicación de la técnica de maternidad subrogada? Si bien, como ya adelantamos, dicha entidad será pública y toda la información que sea procesada o almacenada por un organismo público, tiene dicho carácter, la información sobre los datos personales de los intervinientes, tendrá el carácter de sensible, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, motivo por el cual se resguardará la información de quienes participaron en esta técnica.

Así las cosas, consideramos que lo más apropiado es seguir el ejemplo de Portugal, que en su artículo 15 dispone que la persona interesada sólo podrá tener acceso a los datos personales de quienes hayan sido partes de esta TRA en dos casos: 1) En cuanto se permita conocer la identidad de la madre subrogante por disposición expresa en el contrato celebrado entre la mujer y los padres de intención; y, 2) En el caso en que una sentencia judicial lo disponga.

1.8 Crioconservación

Finalmente, cabe destacar que este proyecto de ley no se refiere a la crioconservación de embriones ni pronúcleos. No obstante lo anterior, estimamos que éste procedimiento debería ser permitido expresamente por ley, toda vez que se ha demostrado en la comunidad científica que aporta grandes beneficios a la investigación y a los avances de la reproducción médicamente asistida. Cabe destacar que actualmente existe un proyecto de ley en tramitación (Boletín N° 11604-11), revisado en el capítulo anterior.

2. Directrices para la regulación de la maternidad subrogada en Chile

2.1. Propuesta institucional

Proponemos la creación del Registro Nacional de Maternidad Subrogada, dependiente del Instituto Nacional de Salud Pública que tendría dos libros. El primero consiste en un registro de mujeres que quieran ser madres gestantes y que cumplan con los requisitos

correspondientes. Así, los padres de intención podrán acudir a este registro, evitando que terceros puedan lucrar con la publicidad de éstos servicios.

Por otra parte, siguiendo la línea de lo expuesto en el proyecto de ley sobre maternidad subrogada en su artículo 23 y el ejemplo de la ley de Portugal, el segundo registro será de los contratos de maternidad subrogada, ya que como se verá más adelante, la inscripción será una solemnidad del contrato de maternidad subrogada

2.2. Propuesta contractual

2.2.1. Clasificación del contrato de maternidad subrogada

De acuerdo a lo propuesto en este trabajo, 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)⁷⁷. 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.

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

⁷⁷ Esto será objeto de análisis más adelante en referencia al objeto y la causa del 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, como en el caso visto en Tribunales de Familia el año 2018, enunciado previamente.

¿Qué ocurre con la autonomía de la voluntad como principio informador del Derecho Civil?
¿No existe libertad contractual para las partes que participen en la aplicación de ésta TRA?
La libertad de las partes que celebren un contrato sobre maternidad subrogada debe ser limitada a los contenidos, requisitos, efectos y sanciones determinada por la legislación que corresponda, idealmente según las directrices que aquí proponemos, toda vez que existen elementos que no pueden depender únicamente de la voluntad de las partes, tales como, la filiación del nacido mediante la maternidad subrogada, el tiempo en el cual se puede presentar la retractación de cualquiera de las partes, entre otras materias. Dichas materias necesariamente requieren de una guía, tal como propone el Proyecto de Ley sobre maternidad subrogada en su artículo 13, cuando dispone que “El Reglamento de esta Ley, podría establecer el modelo de contrato de gestación por subrogación”, dando cuenta de que este contrato no puede dejarse al mero arbitrio de las partes.

Por lo tanto, expondremos los contenidos del contrato de maternidad subrogada, siempre desde la perspectiva de nuestras directrices para una propuesta legislativa e institucional, considerando los organismos que hemos planteado.

2.2.2. Requisitos de existencia y validez del contrato de maternidad subrogada

Siguiendo la Teoría del Acto Jurídico del profesor Víctor Vial, el contrato de maternidad subrogada debe contener requisitos de existencia y requisitos de validez, los cuales aplicados a este contrato serían los que se exponen a continuación.

Tal como señalamos más arriba, un requisito de la existencia y de validez de este contrato es que las partes (padres de intención y madre subrogante), manifiesten su voluntad de manera informada y exenta de vicios mediante la celebración de un contrato de maternidad subrogada. Las partes, además deberán ser plenamente capaces.

Por otro lado, el objeto de este contrato es la gestación de un embrión por parte de una mujer (madre subrogante) quien, por medio de la celebración del contrato de maternidad subrogada, se obliga a dicho cometido, en favor de una persona o pareja homosexual o heterosexual, unida o no por un vínculo de matrimonio o acuerdo de unión civil (padres de intención), y la posterior entrega del nacido o nacida por esta técnica a dichos padres de intención.

La causa de este contrato es la intención positiva de ser padre o madre, que debe ser manifestada en la celebración del contrato por parte de los padres de intención. Así como el ánimo altruista de la madre subrogante de servir como madre sustituta⁷⁸.

Finalmente, sobre la licitud del objeto y de la causa de este contrato, cabe referirnos a lo planteado por el profesor Hernán Corral cuando sostiene que: “el acuerdo contractual por el cual una mujer se presta para gestar una criatura, darla a luz todo bajo la supervisión de la otra parte, y entregarla a los que le encargaron el servicio, debe ser considerado nulo absolutamente por varias razones. En primer lugar, porque recae sobre un servicio que es personalísimo e inescindible de la persona, y luego hay objeto intransferible o imposible moralmente (cfr. artículo 1461 del Código Civil). Una segunda razón es que vulnera un principio general de derecho, cual es el de la indisponibilidad del estado civil. Nadie puede renunciar, transigir, o negociar su calidad de hijo o progenitor de otra persona. Tales condiciones son siempre de orden público y se sustraen de la libre contratación (cfr. artículo 2450 del Código Civil). Luego contra la madre gestante no puede hacerse valer un contrato previo en que ella se compromete a renunciar al hijo una vez nacido, y entregarlo a los que le encargaron el servicio de gestación. Así lo ha sostenido con jurisprudencia constante la Corte de Casación francesa a fines de los ochenta con un fallo que prohibió las asociaciones de madres portadoras.”⁷⁹

Sin embargo, revisados los argumentos esgrimidos por este autor, se puede colegir que aquel contrato de naturaleza onerosa, vale decir, la maternidad subrogada comercial, adolecería de objeto ilícito, sin embargo, no se puede extender dicho argumento a la

⁷⁸ Op. cit. RAPOSO, Vera Lúcia (2017)

⁷⁹ Corral Talciani, H. (2013). Maternidad Subrogada: Sobre la Pretensión de Formalizar la Filiación perseguida Mediante la Adopción o la Recepción de su Práctica en el Extranjero. En: M. Gómez de la Torre Vargas y C. Lepín Molina, ed., *Técnicas de Reproducción Humana Asistida - Desafíos del Siglo XXI: Una Mirada Transdisciplinaria*, 1ra ed. Santiago: Abeledo Perrot Legal Publishing Chile; Thomson Reuters. p.170 y 171.

maternidad subrogada altruista. Así también lo sostuvo la Magistrada Macarena Rebolledo en su sentencia de ocho de enero de 2018, cuando dejó establecido que en Chile, si bien existen causales de ilicitud del objeto y de la causa que podrían afectar este contrato, existe además un vacío legislativo referente a las TRA, dentro de las cuales se puede incluir la maternidad subrogada altruista que pretendemos regular. Así las cosas, las razones expuestas por el profesor Corral resultan de una postura ética y moral que pretende que esta técnica no sea aplicable en nuestro país. Existen razones de Derechos Humanos, tales como el derecho a procrear y el derecho a la identidad que son útiles para entender que este contrato, en calidad de gratuito, sería válido, tal como declara la Magistrada en su considerando undécimo: “(...) Estos argumentos tienen asidero en el caso de los pactos onerosos, puesto que, en el caso de los contratos de maternidad gestacional subrogada gratuitos (...) ya no se estaría transformando en ‘objeto de comercio’ el cuerpo de la mujer que gesta a la criatura, ni a las hijas.”⁸⁰

En cuanto a la causa, es lícito que los padres de intención quienes se valen del derecho a procrear pueden celebrar este tipo de contratos, y el ejercicio de un derecho legítimo no puede ser considerado causa ilícita. Respecto a esto, cabe destacar lo establecido en el Considerando Noveno de la sentencia antedicha cuando se refiere al criterio volitivo que engendra este contrato: “(...) la intención de engendrar nace de los padres comitentes y que sin esta voluntad no se hubiera celebrado el contrato, ni se hubiera llevado a cabo la aplicación de la maternidad gestacional subrogada como técnica de reproducción asistida, es decir, 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. Teniendo en cuenta además que la voluntad y aporte que presta la madre sustituta sólo tiene relevancia una vez que la madre comitente ha manifestado su intención de procrear (...)”⁸¹

2.2.3. Contenido del contrato

Así las cosas, el contenido de este contrato debe ser completo, en el sentido de regular cada uno de los elementos que hemos analizado en los proyectos de ley que han sido tramitados en Chile, de acuerdo a los ejes centrales identificados en la ley portuguesa sobre TRA. Esto es:

⁸⁰ Considerando undécimo.

⁸¹ Considerando noveno.

- A. Las partes del contrato: comprendiendo tanto a los beneficiarios, entendidos en el contrato como los padres de intención, como a la madre subrogante, entendida ésta como una portadora del embrión fecundado o pronúcleo.
- B. Requisitos legales que deben cumplir las partes para la celebración del contrato: Concordamos con los requisitos que propone el 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.
- C. Consentimiento: 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.

Respecto a la madre gestante, su manifestación de voluntad se refiere a la aceptación a realizarse el tratamiento médico para gestar al niño o niña, seguir las indicaciones médicas durante el potencial embarazo y la posterior entrega del niño o niña a los padres de intención.

Por otro lado, en cuanto a los padres de intención, la manifestación de voluntad entregada se refiere a la aquiescencia a la práctica de la maternidad subrogada con

una mujer gestante determinada, resultando en la determinación de la filiación materna y/o paterna respecto del niño o niña que nace de dicha TRA.

Ésta manifestación de voluntad tiene alcances distintos según cual sea el caso. Por ejemplo, la manifestación de voluntad se puede extender a la autorización para la utilización de gametos de terceros, o respecto de qué se hará con los gametos y/o embriones sobrantes tras la práctica de la maternidad subrogada. Por lo tanto deberá ser expresa y completa.

Adicionalmente, en cuanto a los padres de intención, se debe identificar quiénes deben manifestar su voluntad. Por ejemplo, en caso de que acuda una persona sin pareja, bastaría con que ella otorgue su consentimiento. Sin embargo, en caso de que acuda una persona sola, pero que está unida a otra por vínculo matrimonial o por un acuerdo de unión civil, necesariamente deberán contar con el consentimiento de su pareja, ya que en caso de faltar el cónyuge o conviviente civil, éste se puede ver afectado por la presunción de paternidad y en caso de que no acuda la cónyuge o conviviente civil, el niño o niña puede quedar sin filiación materna determinada, ya que la mujer gestante no será la madre de ese niño o niña y el artículo 182 (que se refiere a la determinación de la filiación en caso de TRA) se refiere a hombre y mujer (copulativamente) que se someten a una TRA.

D. Derechos y obligaciones de las partes:

1) Padres de intención:

1.1.) Antes del parto: los padres de intención tendrán como derecho el 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.

E. 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 subinscripción en el certificado de nacimiento.

- F. 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.

La retractación posterior a la transferencia embrionaria acarrea una serie de problemas como son: a) Retracción de la madre subrogante una vez implantado el embrión: ¿Qué solución se puede proponer para este evento? ¿Sería el aborto una opción para el retracto o pedir el cumplimiento forzoso de la obligación pactada? Pensamos que dada la naturaleza del servicio prestado, ninguna de las soluciones mencionadas pueden ser viables ya que la primera es ilegal y la segunda va en contra del derecho a la inviolabilidad del cuerpo de la mujer gestante; b) Retracción de los padres de intención una vez implantado el embrión: ¿Qué solución posible existe? Tal como en el caso de la madre subrogante, ¿puede pedirse el cumplimiento forzoso a los padres de intención? ¿Qué ocurre si los padres de intención de retractan una vez nacido el hijo o hija? Respecto de esto último lo más eficaz sería pensar en dar en adopción al nacido mediante esta técnica, sin embargo daría cuenta de la poca seriedad de la misma, además de dejar a un niño o niña a una suerte que no fue la pactada; c) Retracción de la madre subrogante después del parto: ¿Podría la madre gestante no entregar al niño o niña nacido por ésta vía? Estimamos que no corresponde que la madre gestante se retracte después del parto ya que legalmente no sería madre del nacido, y en caso de resistirse a dicha entrega, podría eventualmente constituir un delito.

Los problemas mencionados, 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.

G. Confidencialidad: sobre esta materia, deberá estipularse expresamente que las partes permitirán que su información personal será de acceso libre al nacido mediante esta técnica, siguiendo las directrices que se mencionaron en el análisis crítico del proyecto de ley sobre maternidad subrogada, y de acuerdo a lo que se verá en el punto 3.2.4. sobre solemnidades.

H. 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 parte.⁸²
- 5) En caso del fallecimiento de la madre gestante.

2.2.4. Solemnidades

En primer lugar, cabe señalar que el contrato de maternidad subrogada debe ser escrito, por medio de un instrumento privado, a propósito del principio de confidencialidad, puesto que en el caso de que éste tomara la forma de escritura pública o de instrumento privado protocolizado, estos serían de libre acceso público, vulnerándose la privacidad de los datos personales de los contratantes y la esfera de su intimidad. A mayor abundamiento, los datos personales de los intervinientes no son objeto de protección de acuerdo a la Ley de Protección de Datos Personales y tampoco en conformidad a la Ley de Acceso a la Información Pública,

⁸² En el caso de que la madre subrogante se practique un aborto, los padres de intención podrán querellarse contra ella por el delito de aborto, y pedir ante un juez civil la indemnización por incumplimiento contractual e incluso exigir una reparación por daño moral.

Como se mencionó anteriormente, en el caso de existir el Registro de Maternidad Subrogada, éste órgano administrativo contará con Oficiales facultados para dar fe pública del contrato suscrito entre las partes, mediante la certificación que éste funcionario realizará mediante el estampado ministerial. Luego efectuado éste trámite, las partes deberán realizar la inscripción necesaria en el Registro, dentro del plazo de 8 días corridos, para efectos de la aplicación de la técnica conforme a Derecho. En el caso de que llegase a faltar dicha inscripción, o esta sea efectuada defectuosa o fraudulentamente, el contrato no existirá para el Derecho, de manera que la técnica no podrá efectuarse en ninguna institución autorizada para realizarla, so pena de multa administrativa, además de que la filiación del niño o niña producto de la aplicación de la TRA será determinada según las reglas generales del Código Civil, con exclusión del artículo 182.

2.2.5. Efectos del contrato

Respecto a los efectos del contrato, cabe señalar que se refieren al nacimiento de las obligaciones propias de éste, que ya fueron analizadas previamente. Adicionalmente, cabe señalar que otra consecuencia jurídica de la celebración de este contrato es la determinación de la filiación del nacido mediante esta técnica de reproducción asistida.

En suma, las ideas tratadas en este capítulo para una propuesta legislativa, institucional y contractual tienen como base el interés superior del niño y aquellos principios que han sido enunciados: derecho a procrear y el derecho a formar una familia. Por otra parte, se manifiesta la necesidad de legislar sobre esta materia, creando los organismos necesarios para efectuar de manera correcta y conforme a Derecho la técnica de maternidad subrogada, toda vez que es un acto que debe ser supervigilado para garantizar la protección tanto de los padres de intención como de la madre subrogante y del nacido, ya que inciden elementos de orden público, como, por ejemplo, la filiación, regulando tanto sus requisitos de existencia y de validez, como son su escrituración mediante instrumento privado y la certificación por un Ministro de Fe del Registro de Maternidad Subrogada, y su posterior inscripción, como de sus efectos y sanciones.

CONCLUSIÓN

Los avances de la ciencia han permitido que métodos de reproducción médicamente asistida, que en un momento fueron impensables, estén ampliamente disponibles para la sociedad. Entre estos encontramos a la maternidad subrogada que aparece como una opción a las personas que no quieren o pueden procrear naturalmente.

Evidentemente la maternidad subrogada tiene una arista terapéutica en el caso de que la madre de intención tenga una enfermedad o condición médica que le impida gestar a un niño o niña, como por ejemplo, la ausencia de útero en una mujer; pero también tiene una arista social, cuando se trata de mujeres que, siendo fértiles, no desean gestar a un niño o niña; parejas homosexuales masculinas; y mujeres y hombres sin pareja.

De acuerdo con lo estudiado, resulta particularmente importante la arista social, ya que con la alternativa de la maternidad subrogada se ha podido proteger el Derecho a Procrear y el Derecho a formar una familia que antes se veía mermado. A propósito de aquello, cabe señalar que si bien la Constitución Política de la República no reconoce expresamente el derecho a procrear, conforme al artículo 5 inciso 2 de la misma, se deben promover y salvaguardar los derechos garantizados en tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile, y la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de San José de Costa Rica, entre otros, establecen el derecho a fundar una familia y por consiguiente el derecho a procrear.

En suma, ya sea por su arista terapéutica o la social, existe una situación fáctica que no se puede ignorar, y es que la maternidad subrogada se está aplicando en Chile porque es una alternativa a la procreación natural (la cual puede ser imposible o simplemente inconveniente para un grupo importante de personas).

Sin embargo, para los chilenos sigue siendo una técnica de difícil aplicación, y así se han documentado casos de parejas que han viajado a otros países para fines de acceder a ella, sin perjuicio de los riesgos civiles y penales que esto conlleva. Tal es el caso del matrimonio Tovar - Madueño quienes viajaron a Perú con fines de traer a Chile a sus hijos concebidos mediante esta técnica, sin embargo, al no estar regulado en dicho país y tampoco en Chile, fueron detenidos, encarcelados y acusados por tráfico de personas. Si bien el matrimonio fue

excarcelado y pudieron volver a Chile, tienen expresa prohibición de volver al territorio peruano.

Por lo tanto, y como se expuso en este trabajo, dada la falta de regulación legal de la maternidad subrogada, la jurisprudencia ha tenido que resolver asuntos relativos a esta TRA, en base a la equidad natural. Un ejemplo paradigmático de esto es el fallo dictado por el Segundo Tribunal de Familia de San Miguel, por impugnación y reclamación de maternidad. En este caso, la acción fue ejercida por la madre de intención de dos niñas nacidas mediante la aplicación de maternidad subrogada, siendo la abuela materna (genética) de las niñas, madre de la actora, quien hizo las veces de madre subrogante. En esta causa, al existir un vacío legal respecto de esta técnica, la Magistrada Rebolledo falló de acuerdo a la equidad natural y recurriendo a Tratados Internacionales que pudieran servir para efectos de determinar la maternidad en virtud de quién es la madre de intención, y quién sirvió como subrogante. Este fallo es muy importante en cuanto la laguna legal obliga a nuestros magistrados a recurrir a normas de rango constitucional, en cuanto sean Tratados suscritos por nuestro país, dando cuenta de la necesidad de una legislación positiva.

En base a aquello, este fallo determina que existe una verdad formal que está por sobre la verdad biológica o aquella que sea determinada por el hecho del parto, que debe prevalecer para fines de proteger a los nacidos mediante ésta técnica de reproducción asistida que es la maternidad subrogada. Sin perjuicio de la intención de esta sentencia, se debe tener presente que la jurisprudencia no es una fuente directa del derecho y, además, esta resolución no podría entenderse como jurisprudencia en un sentido formal, ya que es un fallo de primera instancia. También es problemático que se encuentre fundado en la equidad natural, ya que este no es un concepto uniforme. Además, cabe recordar que la jurisprudencia no es una fuente directa del Derecho y no proporciona seguridad jurídica en lo relativo a esta materia, donde convergen y están en juego el derecho a procrear, el derecho de identidad del nacido por técnicas de reproducción asistida, el principio de la protección a la familia y el de protección del interés superior del niño, entre otros.

En consecuencia, como se ha dicho, es necesaria una regulación de orden legal eficiente y adecuada de la maternidad subrogada. Sin embargo, como se puede colegir de nuestro trabajo, los intentos legislativos que han existido respecto de la materia (con excepción del proyecto de ley que “Regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como

mecanismo de reproducción asistida”, Boletín N° 11576-11), son anacrónicos, poco serios y arbitrarios, lo cual es mucho menos que óptimo.

Además del problema de la falta de regulación legislativa de la realización de la técnica, cabe agregar lo relativo a los efectos de su ejecución. De manera que, si no se regula por legalmente la maternidad subrogada, en cuanto a sus requisitos, efectos y fiscalización, se corre el riesgo de que se comercialice el cuerpo de la mujer; se excluya el pleno ejercicio del derecho a procrear a una parte importante de la población; se ignore el interés superior del niño; y se perturbe el derecho de identidad del nacido; entre otros riesgos mencionados a lo largo de éste trabajo. En ese sentido, siguiendo la tendencia del derecho comparado, estimamos que la forma más óptima para la regulación de la maternidad subrogada es por medio de la autorización de ésta, pero con limitaciones. La maternidad subrogada debería ser parcial, heteróloga u homóloga, altruista y alternativa. Por otra parte, el vehículo correcto para la concreción de esta práctica ha de ser por medio de un contrato bilateral, gratuito, actual y solemne, el cual tendrá que ser inscrito en el Registro Nacional de Maternidad Subrogada, dependiente del Instituto Nacional de Salud Pública. De esta manera se podrá encontrar el balance entre el derecho a procrear, el interés superior del niño y el orden público.

A mayor abundamiento, como se dijo más arriba, la falta de una normativa expresa deja otros asuntos sin resolver, como es la inscripción de la filiación de padres del mismo sexo o de hombres sin pareja, quienes encontrarían un obstáculo de acuerdo a lo que hoy se encuentra previsto en el Título V De los Nacimientos del Reglamento Orgánico del Servicio de Registro Civil, como mencionamos en el capítulo cuatro de este trabajo. Sólo la modificación de este Título permitiría la doble filiación materna o paterna en la partida de nacimiento del niño o niña nacido por maternidad subrogada, lo cual sólo sería posible mediante la promulgación de una norma de rango legal que derogue tácitamente o modifique expresamente dichas reglas.

BIBLIOGRAFÍA

- 2º Juzg. Fam. de Santiago, 08.01.2018. Disponible en línea http://web.derecho.uchile.cl/documentos/mailings/maternidad_subrogada_fallo.pdf [consulta: 05 julio 2019]
- Assisted Human Reproduction Act, del 29 de marzo de 2004 de Canadá. Disponible en línea <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/A-13.4/index.html> [consulta: 05 julio 2019]
- Assisted Reproductive Treatment Act 2008 de Victoria. Disponible en línea [http://www.legislation.vic.gov.au/Domino/Web_Notes/LDMS/PubStatbook.nsf/f932b66241ecf1b7ca256e92000e23be/3ADFC9FBA2C0F526CA25751C0020E494/\\$FILE/08-076a.pdf](http://www.legislation.vic.gov.au/Domino/Web_Notes/LDMS/PubStatbook.nsf/f932b66241ecf1b7ca256e92000e23be/3ADFC9FBA2C0F526CA25751C0020E494/$FILE/08-076a.pdf) [consulta: 05 julio 2019]
- Baby M Case, New Jersey. Disponible en línea <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1988/109-n-j-396-1.html> [consulta: 05 julio 2019]
- BARCIA LEHMANN, R. y RIVEROS FERRADA, C. (2013). El Derecho al Conocimiento del Origen Biológico como un Derecho Fundamental de Naturaleza Civil - Constitucional Derivado del Derecho a la Identidad y de la Dignidad Humana. En: M. Gómez de la Torre Vargas y C. Lepín Molina, ed., Técnicas de Reproducción Humana Asistida - Desafíos del Siglo XXI: Una Mirada Transdisciplinaria, 1ra ed. Santiago: Abeledo Perrot Legal Publishing Chile; Thomson Reuters.
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. (2013). La Fecundación In Vitro Ante el Derecho Penal Chileno. En: M. Gómez de la Torre Vargas y C. Lepín Molina, ed., Técnicas de Reproducción Humana Asistida - Desafíos del Siglo XXI: Una Mirada Transdisciplinaria, 1ra ed. Santiago: Abeledo Perrot Legal Publishing Chile; Thomson Reuters.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2013). Historia de la Ley: Código Civil DFL N°1 Artículo 182: Filiación Determinada Mediante Aplicación de

Técnicas de Reproducción Humana Asistida [en línea]
<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6627/> [consulta: 5 julio 2019]

- 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. Disponible en línea <https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=80&prmTIPO=INICIATIVA> [consulta: 05 julio 2019]
- Boletín número 4346-11, de fecha 18 de julio de 2006, sobre Reproducción Humana Asistida. Disponible en línea <https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=4533&prmTIPO=INICIATIVA> [consulta: 05 julio 2019]
- Boletín número 4573-11, de fecha 3 de octubre de 2006, que Regula la Aplicación de Técnicas de Reproducción Asistida. Disponible en línea <https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=4758&prmTIPO=INICIATIVA> [consulta: 05 julio 2019]
- 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. Disponible en línea <https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=6494&prmTIPO=INICIATIVA> [consulta: 05 julio 2019]
- Boletín número 11576-11, de fecha 10 de enero de 2018, que Regula la Gestación por Subrogación o Subrogada. Disponible en línea <https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=11887&prmTIPO=INICIATIVA> [consulta: 05 julio 2019]
- Boletín número 11604-11, de fecha 5 de marzo de 2018, que Regula la Crioconservación de Embriones. Disponible en línea

<https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=11919&prmTIPO=INICIATIVA>
[consulta: 05 julio 2019]

- BORRAJO, M. (2015). La "Maternidad Subrogada" ¿Una Técnica de Reproducción Asistida Más? [en línea] Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja", Año IX Núm. 14 <<http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/2>> [consulta: 04 julio 2019]
- CALLEJAS ARREGUIN, N. y GÓMEZ TAPIA, J. (2017). Maternidad Subrogada y la Situación Jurídica de las Mujeres en México. XIII Congreso Nacional Sobre Empoderamiento Femenino. Pachuca: Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo. [en línea] https://www.uaeh.edu.mx/xiii_congreso_empoderamiento_fem/documentos/pdf/C033.pdf [consulta: 04 julio 2019].
- Children's Act 38 del año 2005, de Sudáfrica. Disponible en línea <http://www.justice.gov.za/legislation/acts/2005-038%20childrensact.pdf> [consulta: 05 julio 2019]
- CLÍNICA LAS CONDES. Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria (FIV/TE). [en línea] <https://www.clinicalascondes.cl/CENTROS-Y-ESPECIALIDADES/Especialidades/Departamento-de-Ginecologia-Obstetricia/Unidad-de-Medicina-Reproductiva/Programa-Reproduccion-Asistida/Fertilizacion-In-Vitro-transferencia-embrionaria.aspx> [consulta: 04 julio 2019].
- Código Civil de la República de Chile.
- Código Civil de la República de Francia. Disponible en línea https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code_41.pdf [consulta: 05 julio 2019]
- Código del Estado de Arizona. Disponible en línea <https://law.justia.com/codes/arizona/2011/title25/section25-218/> [consulta: 05 julio 2019]

- Código del Estado de Indiana, Estados Unidos. Disponible en línea <http://iga.in.gov/legislative/laws/2018/ic/titles/031> [consulta: 05 julio 2019]
- Código del Estado de Tennessee. Disponible en Línea <https://law.justia.com/codes/tennessee/2010/title-36/chapter-1/part-1/36-1-102/> [consulta: 05 julio de 2019]
- Código del Estado de Washington. Disponible en línea <https://app.leg.wa.gov/RCW/default.aspx?cite=26.26> [consulta: 05 julio 2019]
- Código de Familia del Estado de California. Disponible en línea http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayexpandedbranch.xhtml?tocCode=fam&division=12.&title=&part=&chapter=&article= [consulta: 05 julio de 2019]
- Código de Familia del Estado de Texas Disponible en línea https://www.lawserver.com/law/state/texas/tx-codes/texas_family_code_chapter_160 [consulta: 05 julio 2019]
- CORRAL TALCIANI, H. (2013). Maternidad Subrogada: Sobre la Pretensión de Formalizar la Filiación perseguida Mediante la Adopción o la Recepción de su Práctica en el Extranjero. En: M. Gómez de la Torre Vargas y C. Lepín Molina, ed., Técnicas de Reproducción Humana Asistida - Desafíos del Siglo XXI: Una Mirada Transdisciplinaria, 1ra ed. Santiago: Abeledo Perrot Legal Publishing Chile; Thomson Reuters.
- DAWKINS, R. (1985). El Gen Egoísta - Las Bases Biológicas de Nuestras Conductas. 1ra ed. Barcelona: Salvat Editores S.A.
- ESCOBAR FORNOS, I. (2007). Derecho a la Reproducción Humana (Inseminación y Fecundación In Vitro). [en línea] Cuestiones Constitucionales, Núm. 16, enero - junio 2007 <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932007000100005> [consulta: 04 julio 2019].

- Estatuto del Estado de Florida sobre maternidad subrogada. Disponible en https://www.lawserver.com/law/state/florida/statutes/florida_statutes_742-15 [consulta: 05 julio 2019]
- Domestic Relations Law del Estado de New York. Disponible en Línea <https://www.nysenate.gov/legislation/laws/DOM/A8> [consulta: 05 julio 2019]
- ESPADA MALLORQUÍN, S. (2017). Las principales tensiones de una futura regulación de las técnicas de reproducción asistida en Chile: especial referencia a la filiación*. [en línea] REVISTA IUS, 11(39) <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100004> [consulta: 04 julio 2019]
- French Court to rule over Surrogacy and Legal Parenthood. Disponible en línea <<https://www.alliancevita.org/en/2017/06/french-court-to-rule-over-surrogacy-and-legal-parenthood/>> [consulta: 05 julio 2019]
- FINKELSTEIN, A., MAC DOUGALL, S., KINTOMINAS, A., et. al. Surrogacy Law and Policy in the U.S.: A national conversation informed by Global Lawmaking. [en línea]: <https://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/gender-sexuality/files/columbia_sexuality_and_gender_law_clinic_-_surrogacy_law_and_policy_report_-_june_2016.pdf> [consulta: 05 julio 2019]
- FONASA. Programa de Fertilización Asistida. [en línea] <https://www.fonasa.cl/sites/fonasa/beneficiarios/coberturas/especiales/fertilizacion> [consulta: 04 julio 2019].
- GOB.CL. (2019). Gobierno anunció avances en el acceso y cobertura de tratamientos de fertilidad de alta complejidad. [en línea] <https://www.gob.cl/noticias/gobierno-anuncio-avances-en-el-acceso-y-cobertura-de-tratamientos-de-fertilidad-de-alta-complejidad/> [consulta: 04 julio 2019].
- GÁRCIA, Horacio y LIMÓN, L. (2009). Bioética General, México: Trillas. p 174.

- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. (2013). El Derecho a Conocer los Orígenes en la Filiación Adoptiva y por Aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. En: M. Gómez de la Torre Vargas y C. Lepín Molina, ed., Técnicas de Reproducción Humana Asistida - Desafíos del Siglo XXI: Una Mirada Transdisciplinaria, 1ra ed. Santiago: Abeledo Perrot Legal Publishing Chile; Thomson Reuters.
- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. Maternidad en el Vacío Legal. 2018 [en línea] <http://uchile.cl/d147229> [consulta: 05 julio 2019]
- HATZIS, Aristides. The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece. Disponible en línea
<https://www.academia.edu/358571/The_Regulation_of_Surrogate_Motherhood_in_Greece> [consulta: 05 julio 2019]
- International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology y Organización Mundial de la Salud (2010). Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA).[en línea] https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/es/ [consulta: 05 julio 2019]
- JARUFE CONTRERAS, D. (2013). Las Filiaciones "No Biológicas" Derivadas de la Aplicación de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA). En: M. Gómez de la Torre Vargas y C. Lepín Molina, ed., Técnicas de Reproducción Humana Asistida - Desafíos del Siglo XXI: Una Mirada Transdisciplinaria, 1ra ed. Santiago: Abeledo Perrot Legal Publishing Chile; Thomson Reuters.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M. y LAMM, E. (2013). Los Criterios Tradicionales de Determinación de la Filiación en Crisis. En: M. Gómez de la Torre Vargas y C. Lepín Molina, ed., Técnicas de Reproducción Humana Asistida - Desafíos del Siglo XXI: Una Mirada Transdisciplinaria, 1ra ed. Santiago: Abeledo Perrot Legal Publishing Chile; Thomson Reuters.

- LAMPERT, M. (2018). Asesoría Técnica Parlamentaria: Acceso a Tratamientos para la Infertilidad en Chile, España, Estados Unidos. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
- LASARTE, C. (2013). La Regulación de las Técnicas de Reproducción Asistida en el Derecho Español Contemporáneo. En: M. Gómez de la Torre Vargas y C. Lepín Molina, ed., Técnicas de Reproducción Humana Asistida - Desafíos del Siglo XXI: Una Mirada Transdisciplinaria, 1ra ed. Santiago: Abeledo Perrot Legal Publishing Chile; Thomson Reuters.
- Ley Alemana número 745/90, de 13 de diciembre de 1990, sobre Protección al Embrión. Disponible en línea <<https://www.bioeticaweb.com/alemania-ley-de-protecciasn-del-embriasn-n-74590-del-131290>> [consulta: 05 julio 2019]
- Ley Española sobre Reproducción Asistida del año 2006. Disponible en línea <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>> [consulta: 05 julio 2019]
- Ley Portuguesa Número 32/2006, de 26 de julio de 2006, sobre Procedimiento Médicamente Asistido.
- Ley Portuguesa número 25/2016, de 26 de julio de 2016. Disponible en línea http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2590&tabela=leis&so_miolo= [consulta: 05 julio 2019]
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. Los Contratos Parte General. 6ta ed., Santiago: Thomson Reuters.
- CORPORACIÓN 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/wp-content/uploads/2019/01/Primer-Informe-de-SSR-y-DDHH-2016.pdf> [consulta: 05 julio 2019]
- Ministerio de Salud (2018). Normas Nacionales Sobre Regulación de la Fertilidad. Disponible en línea <https://www.minsal.cl/wp->

content/uploads/2015/09/2018.01.30_NORMAS-REGULACION-DE-LA-FERTILIDAD.pdf [consulta: 05 julio 2019]

- Ministerio de Salud (2013). Orientaciones Técnicas para el Manejo de la Infertilidad de Baja Complejidad. Disponible en línea https://www.minsal.cl/sites/default/files/files/INFERTILIDAD_corregido%202014%2006%2026_web.pdf [consulta: 05 julio 2019]
- Ministerio de Salud (2018). Minuta Programa Fertilización Asistida. Disponible en línea <http://www.camara.cl/pdf.aspx?prmTIPO=PACUERDORESPUESTA&prmID=2850&prmNUMERO=2850&prmRTE=27> [consulta: 05 julio 2019]
- Naciones Unidas (1995). Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994. Nueva York [en línea] <<https://www.un.org/es/development/devagenda/population.shtml>>
- “Pareja chilena que recurrió a vientre de alquiler en Perú recuperó sus hijos”, Bío Bío Chile, Disponible en línea <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2018/09/09/pareja-chilena-que-recurrio-a-ventre-de-alquiler-en-peru-recupero-a-sus-hijos.shtml> [consulta: 05 julio 2019]
- RAMOS VERGARA, P., ARENAS MASSA, Á. and SANTOS ALCÁNTARA, M. (2014). La persona y su dignidad al inicio de la vida: el concebido por técnicas de fertilización in vitro en Chile. [en línea] Acta bioethica, 20(2). <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2014000200004> [consulta: 04 julio 2019]
- RAPOSO, V. (2017). The new Portuguese law on surrogacy - The story of how a promising law does not really regulate surrogacy arrangements. [en línea] JBRA Assisted Reproduction, 21(3). <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5574646/>>[consulta: 04 julio 2019]

- REDLARA. Normas Para la Acreditación de Centros de Reproducción Asistida y sus Laboratorios de Embriología y Andrología. [en línea] Santiago, Chile <http://www.redlara.com/aa_espanhol/acreditacao.asp> [consulta : 05 julio 2019]
- RESOLUCIÓN EXENTA N° 1072 de 1985 del Ministerio de Salud Pública de Chile [en línea] [http://webhosting.redsalud.gov.cl/transparencia/public/sra/marconormativo-2%20\(2\).html](http://webhosting.redsalud.gov.cl/transparencia/public/sra/marconormativo-2%20(2).html) [consulta: 04 julio 2019].
- RESOLUCIÓN EXENTA N° 814 de 2013 del Ministerio de Salud Pública de Chile [en línea] [http://webhosting.redsalud.gov.cl/transparencia/public/sra/marconormativo-2%20\(2\).html](http://webhosting.redsalud.gov.cl/transparencia/public/sra/marconormativo-2%20(2).html) [consulta: 04 julio 2019].
- RESOLUCIÓN EXENTA N° 241 de 2015 del Ministerio de Salud Pública de Chile [en línea] [http://webhosting.redsalud.gov.cl/transparencia/public/sra/marconormativo-2%20\(2\).html](http://webhosting.redsalud.gov.cl/transparencia/public/sra/marconormativo-2%20(2).html) [consulta: 04 julio 2019].
- ROJAS PASCUAL, J. (2015). Sumario del fallo Artavia Murillo - Corte Interam. de DDHH. [Blog] Maternidad Subrogada. Disponible en línea en : <<http://www.maternidadsubrogada.cl/index.php/publicaciones/44-artavia-murillo-sumario>> [consulta: 04 julio 2019].
- SOCIEDAD CHILENA DE MEDICINA REPRODUCTIVA 2009. 20 Años de Reproducción Asistida en Chile -1990-2009 [en línea] Santiago, Chile <<http://www.socmer.org/uploads/registro-chileno-1990-2009.pdf>> [consulta : 05 julio 2019]
- Subsecretaría de Salud Pública - División Prevención y Control de Enfermedades: Departamento de Ciclo Vital (2015). Guía para el Estudio y Tratamiento de la Infertilidad. Disponible en http://www.repositoriodigital.minsal.cl/bitstream/handle/2015/827/GUIA-PARA-EL-ESTUDIO-Y-TRATAMIENTO-DE-LA-INFERTILIDAD_2015-FF1.pdf?sequence=1&isAllowed=y [consulta: 05 julio 2019]
- Surrogacy Act 2010 de Queensland. Disponible en línea

[https://www.legislation.qld.gov.au/view/html/inforce/current/act-2010-002?query=\(\(Repealed%3DN+AND+PrintType%3D%22act.reprint%22+AND+PitValid%3D%40pointInTime\(2019052800000\)\)+OR+\(Repealed%3DN+AND+PrintType%3D%22reprint%22+AND+PitValid%3D%40pointInTime\(2019052800000\)\)\)+AND+Content%3D\(%22surrogacy%22\)&dQuery=Document+Types%3D%22%3Cspan+class%3D%27dq-highlight%27%3EActs%3C%2Fspan%3E%2C+%3Cspan+class%3D%27dq-highlight%27%3ESL%3C%2Fspan%3E%22%2C+Search+In%3D%22%3Cspan+class%3D%27dq-highlight%27%3EAll+Content%3C%2Fspan%3E%22%2C+All+Words%3D%22%3Cspan+class%3D%27dq-highlight%27%3Esurrogacy%3C%2Fspan%3E%22%2C+Point+In+Time%3D%22%3Cspan+class%3D%27dq-highlight%27%3E28%2F04%2F2019%3C%2Fspan%3E%22](https://www.legislation.qld.gov.au/view/html/inforce/current/act-2010-002?query=((Repealed%3DN+AND+PrintType%3D%22act.reprint%22+AND+PitValid%3D%40pointInTime(2019052800000))+OR+(Repealed%3DN+AND+PrintType%3D%22reprint%22+AND+PitValid%3D%40pointInTime(2019052800000)))+AND+Content%3D(%22surrogacy%22)&dQuery=Document+Types%3D%22%3Cspan+class%3D%27dq-highlight%27%3EActs%3C%2Fspan%3E%2C+%3Cspan+class%3D%27dq-highlight%27%3ESL%3C%2Fspan%3E%22%2C+Search+In%3D%22%3Cspan+class%3D%27dq-highlight%27%3EAll+Content%3C%2Fspan%3E%22%2C+All+Words%3D%22%3Cspan+class%3D%27dq-highlight%27%3Esurrogacy%3C%2Fspan%3E%22%2C+Point+In+Time%3D%22%3Cspan+class%3D%27dq-highlight%27%3E28%2F04%2F2019%3C%2Fspan%3E%22) [consulta: 05 julio 2019]

- Surrogacy Act 2008 de Western Australia. Disponible en línea [https://www.legislation.wa.gov.au/legislation/prod/filestore.nsf/FileURL/mrdoc_14284.pdf/\\$FILE/Surrogacy%20Act%202008%20-%20%5B00-b0-08%5D.pdf?OpenElement](https://www.legislation.wa.gov.au/legislation/prod/filestore.nsf/FileURL/mrdoc_14284.pdf/$FILE/Surrogacy%20Act%202008%20-%20%5B00-b0-08%5D.pdf?OpenElement) [consulta 5 julio 2019]
- Surrogacy Arrangements Act del Reino Unido, de 16 de Julio de 2. Disponible en línea <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49> [consulta: 05 julio 2019]
- Surrogacy Contracts Act 1993 de Tasmania. Disponible en línea https://web.archive.org/web/20130921055726/http://www.thelaw.tas.gov.au/tocview/content.w3p;doc_id=4++1993+AT@EN+20091228000000;rec=0 [consulta: 05 julio 2019]
- Surrogate Parenting Act del Estado de Michigan, de 1988. Disponible en línea [http://www.legislature.mi.gov/\(S\(mrpy3perfdo0lhrew3oaafe3\)\)/documents/mcl/pdf/mcl-act-199-of-1988.pdf](http://www.legislature.mi.gov/(S(mrpy3perfdo0lhrew3oaafe3))/documents/mcl/pdf/mcl-act-199-of-1988.pdf) [consulta: 05 julio 2019]
- Vial del Río, Víctor. Teoría General del Acto Jurídico, 5ta ed. Santiago: Editorial Jurídica.

- ZEGERS HOCHSCHILD, F. Consideraciones Médicas e Implicancias Ético Legales de la Reproducción Asistida en Chile. [en línea] <http://uchile.cl/u76970> [consulta: 04 julio 2019].
- Zegers Hochschild, F., Crosby, J., Schwarze, J., Mursi, C. and Schwarze, K. (2014). Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida (RLA/REDLARA). Disponible en línea en: <www.rla-registry.org> [consulta: 04 julio 2019].
- Zegers Hochschild, F., Crosby, J., Schwarze, J., Mursi, C. and Schwarze, K. (2015). Estado actual de la reproducción asistida en Latinoamérica y el mundo. Disponible en línea en: <www.rla-registry.org> [consulta: 04 julio 2019].