



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

LA GESTACIÓN SUBROGADA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Constanza Isabel Fuentes López

Profesor guía: Eduardo Picand Albónico.

Santiago, Chile
2019

Para mamá.

Resumen

La presente investigación tiene como objeto analizar la mal llamada maternidad subrogada, partiendo por ilustrar que el correcto término para entender este fenómeno es el de gestación subrogada. Abordando este tema desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, se pretende responder la siguiente interrogante ¿Cuál debe ser la respuesta del Estado chileno ante la filiación que derive de una gestación subrogada transfronteriza? Para esto, se analiza cómo se ha abordado este tema en el derecho comparado, contraponiéndose dicha regulación con la carencia de norma que resuelva estos conflictos en el derecho chileno. Finalizando con una propuesta de regulación acerca de la determinación de una filiación, derivada de gestación subrogada transfronteriza.

Palabras Clave

Técnicas de reproducción humana asistida- Gestación subrogada- Derecho internacional privado- Orden público internacional- Interés superior del niño.

ÍNDICE

I. Introducción.....	5
II. Cuestión Previa N° 1: Terminología.....	6
III. Cuestión Previa N° 2: Técnicas de reproducción humana asistida y nuevas formas de determinar la filiación.....	8
a) Inseminación artificial.....	9
b) Fecundación In Vitro.....	10
c) Donación de gametos.....	11
d) ¿Qué criterios determinan la filiación en la actualidad?.....	12
IV. Gestación subrogada: posturas en contra y a favor de esta TRHA.....	14
a) Argumentos en contra.....	14
b) Argumentos a favor.....	16
V. Importancia de abordar el tema de la gestación subrogada desde el DIPRI: Un caso real.....	19
VI. Respuestas al problema dependiendo del país que sea el Estado de Recepción.....	21
a) Estados prohibicionistas en materia de gestación subrogada.....	22
b) Estados que regulan y aprueban la gestación subrogada.....	27
c) Estados que no regulan la gestación subrogada.....	34
VII. Los impactos de una filiación derivada de la gestación subrogada en el DIPRI.....	39
a) Orden público internacional.....	40
b) Fraude a la Ley.....	44
VIII. Respuesta del Estado Chileno a la gestación subrogada y al reconocimiento de filiaciones que deriven de esta gestación cuando ella se produzca en el extranjero.....	46
IX. Propuesta de regulación desde el Derecho Internacional Privado Chileno.....	53
a) Competencia judicial internacional.....	54
b) Derecho aplicable a la filiación y a su impugnación.....	56
c) Reconocimiento de decisiones extranjeras o resoluciones judiciales.....	57
X. Conclusiones.....	66
XI. Bibliografía.....	70

I. Introducción.

El debate en Chile acerca de la -mal llamada- maternidad subrogada, recientemente llegó a uno de sus puntos más álgidos cuando una pareja de chilenos viajó a Perú con el objetivo de tener a sus hijos por medio de la técnica de reproducción humana asistida llamada -correctamente- gestación subrogada. Es evidente que cuando aquellos padres decidan retornar a Chile, buscarán el reconocimiento de la filiación de aquellos bebés.

Entonces ¿Cuál será la respuesta del Estado Chileno ante aquella filiación derivada de una gestación subrogada transfronteriza? El objetivo principal de este trabajo es, justamente, analizar las posibles alternativas de respuesta que el ordenamiento jurídico chileno entrega, ante la pregunta formulada.

Debido a que en Chile no existe una regulación expresa sobre la gestación subrogada, se busca con este proyecto de memoria, entregar luces para una futura regulación y, sobre todo, un reconocimiento a las filiaciones determinadas en el extranjero, que deriven de esta técnica.

Para esto, el análisis comenzará con aclarar dos cuestiones previas fundamentales para este trabajo, por un lado, distinguir la terminología correcta para abordar el problema y, por otro lado, revisar sucintamente las técnicas de reproducción humana asistida más relevantes del siglo XXI, y su impacto en las formas de determinar la filiación de quienes nacen gracias a ellas.

Enseguida, se abordará el tratamiento de la gestación subrogada y cómo sus efectos son importantes de estudiar a partir del Derecho Internacional Privado (“DIPRI”). Posteriormente se estudiará la normativa de derecho comparado, donde aparece que algunos de los Estados prohíben, otros acogen o simplemente se encuentran en la desregulación de esta técnica. A continuación, se revisará qué efectos puede tener en el estudio del DIPRI, una regulación dispar de esta materia en otros Estados.

Finalmente, se aborda la respuesta que otorgaría actualmente el Estado Chileno ante el problema del reconocimiento de las filiaciones extranjeras que deriven de esta práctica. Para concluir con una propuesta de regulación, la cual recogerá los fundamentos que emanen de esta investigación.

II. Cuestión Previa N° 1: Terminología.

Existe una constante confusión en el uso de los términos asociados al presente tema de investigación. El uso común del lenguaje ha llevado a que la forma de referirse al fenómeno estudiado no sea la más adecuada. Personas no instruidas en este asunto probablemente duden, no conozcan o no entiendan el significado de “gestación por subrogación” o “maternidad subrogada”. Esto, porque se ha hecho más recurrente hablar del tema, utilizando un erróneo concepto, a saber, “vientre de alquiler” o “arrendamiento de útero”¹.

Desde este momento, queremos dejar en claro que es más adecuado hacer uso del concepto de gestación por subrogación², antes que el de vientre de alquiler, por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, aludir exclusivamente al vientre de una mujer que tendrá que gestar por nueve meses al feto, es inexacto. Cuando una mujer atraviesa por un periodo de gestación, no será únicamente su vientre el que participará del proceso, sino que será todo su cuerpo el involucrado. Así, se ha considerado más correcto referir a la capacidad gestacional de la mujer, cuando hablamos del objeto de un acuerdo de gestación por subrogación³. Cabe destacar, que la gestación involucra por completo a la mujer gestante incluyendo tanto su cuerpo como sus emociones durante nueve meses de embarazo⁴.

¹ SILVA, Paulina (1996) “Arrendamiento de útero”. Editorial jurídica Conosur Ltda. Chile.

² VILAR GÓNZALEZ, Silvia (2018) “La gestación subrogada en España y en el derecho comparado”. Bosch. p.33

³ SANTANDER, Cristóbal (2012) “El Contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad?”. Universidad Alberto Hurtado. Chile. p.50

⁴ SILVA (1996) p. 82.

En segundo lugar, el concepto de alquiler, que criticamos del aludido término, no abarca todas las posibilidades que se pueden dar, en este tipo de acuerdos. Lo anterior, porque no existe solamente la llamada gestación por subrogación en su variante comercial -es más, ella es una de las razones por las que se suele criticar esta técnica de reproducción humana asistida-, sino que también pueden darse casos de gestación por subrogación del tipo altruista, donde no mediará una contraprestación pecuniaria.

Por último, es necesario para dejar en claro nuestra discrepancia con el concepto de “vientre de alquiler”, ya que intenta deshumanizar esta técnica, denotando una cosificación sobre el útero de la mujer.

En lo que refiere a la terminología, también debe descartarse el concepto de “maternidad subrogada”. El cual, si bien se acerca de mejor medida al tema en cuestión al mencionar maternidad, pareciera ser que dicho término alude a un espectro más amplio que lo que realmente realizará la mujer gestante, esto es, únicamente el proceso gestacional.

Para distinguir gestación de maternidad, se debe entender que esta última es aquella ligazón que existirá entre una madre y su bebé, cuando la mujer que quiere hacerse cargo de éste, también lo criará, lo verá crecer y, en definitiva, se responsabilizará de él. En una gestación por subrogación la función de la mujer gestante no será reemplazar la maternidad de la madre legal (aquella que, sin haber procreado al bebé, ejercerá como madre ante el Derecho).

En definitiva, en muchos casos, puede suceder que la mujer gestante, solamente reciba el embrión, lo gaste y luego cumpla el deseo de la madre legal, que se hará cargo de tal bebé, entregándoselo luego del nacimiento.

En todo caso, cuando nos referimos a la maternidad, incluimos en este término a la paternidad deseada, pues parejas de varones o de mujeres pueden optar por someterse a esta técnica de reproducción.

Como vemos, la terminología que se utilice será relevante. Si hablamos entonces de gestación por sustitución o gestación subrogada, nos referimos a aquel acto por medio del cual, encontraremos al menos dos partes involucradas. Por un lado, los padres comitentes (que podrían ser dos hombres, dos mujeres, una sola mujer u hombre; o un hombre y una mujer) quienes tendrán la voluntad procreacional⁵, es decir, los que quieran hacerse cargo del bebé que nacerá por medio del acuerdo de gestación subrogada. Y, por otra parte, encontraremos a la mujer gestante, quien será la persona que facilitará su capacidad gestacional para que una vez nacido este niño o niña, lo entregue a los padres comitentes, renunciando a los derechos de maternidad que habría tenido sobre este.

Por último, se ha distinguido entre *subrogación tradicional*, donde la mujer gestante aportará su óvulo y será únicamente inseminada artificialmente por el gameto masculino del comitente-o un donante-; de la *subrogación gestacional*, en virtud de la cual, la gestante efectivamente solo aportará su capacidad gestacional, siendo los padres comitentes los que aportan el material genético o algún donante. En esta segunda variante, la fecundación se produce in vitro y se implanta el embrión en el útero de la gestante⁶.

III. Cuestión Previa N° 2: Técnicas de reproducción humana asistida y nuevas formas de determinar la filiación.

Como hemos señalado previamente, la gestación subrogada forma parte de las técnicas de reproducción humana asistida (“TRHA”). Por lo que corresponde que hagamos referencia a las demás TRHA existentes, que nos ayudarán a resolver un tema de mayor importancia, a saber, la determinación de la filiación cuando esta proviene de las TRHA.

Es relevante hacer alusión a otras TRHA, porque se vinculan y hacen posible la gestación subrogada. Por ejemplo, gracias a los avances científicos desarrollados en las últimas

⁵ KRASNOW, Adriana (2017) “La filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el Código Civil y Comercial Argentino. Un avance que permite armonizar la norma con la realidad”. Revista Derecho Privado N°175. p.181. “La voluntad procreacional es el deseo e intención de crear una nueva vida, tutelándose así el derecho de toda persona a decidir con plena libertad el tener o no un hijo”

⁶ ALVAREZ, Henar (2019). “Aspectos civiles más relevantes de la gestación por subrogación: La inscripción en el registro civil”. Revista Jurídica de Castilla León N°49. p.88.

décadas se puede lograr que en la gestación por sustitución solamente existan gametos de los padres comitentes y que no exista vinculación genética con la mujer gestante.

De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, estas técnicas serán todos los procedimientos de manipulación de espermatozoides, ovocitos y embriones humanos destinados al establecimiento de un embarazo⁷. En principio, estos métodos se vincularon únicamente a personas que eran estériles o infértiles y que tenían dificultades para concebir naturalmente. Sin embargo, hoy no necesariamente una pareja tendrá que ser estéril para recurrir a estos procesos.

Una forma de clarificar los tipos de técnicas que existen refiere a aquellos que son *homólogos* o *heterólogos*. El primer término indica que en la técnica seleccionada se utilizará el componente genético de la pareja o cónyuge -si se quiere- para tener un hijo. En cambio, en el método que sea heterólogo, se utilizará material genético de un tercero, ajeno al proyecto familiar⁸. Haremos un breve análisis de estas técnicas antes de abocarnos al tema central de nuestro trabajo.

a) Inseminación artificial.

Esta técnica comprende la introducción de espermatozoides al útero de la mujer, por medio de instrumentos médicos. Así, una vez procesado el semen en un laboratorio para mejorar su calidad, se insertarán en el útero de la mujer con la ayuda de los médicos. En estos casos, la mujer tendrá que ser capaz de ovular espontáneamente, o mediante un tratamiento, y deberá tener al menos una trompa de falopio útil, porque la fecundación se producirá dentro de su cuerpo⁹.

⁷ HERRERA, TEITELBOM, RUSSO, SALAS, y ZEGERS (2013) “Encuesta de opinión pública sobre reproducción humana y usos de tecnología de reproducción asistida en habitantes de Santiago, Chile.” Revista médica de Chile N° 141(7) p.853.

⁸ GONZÁLEZ, Ana Cecilia (2016) “Técnicas de reproducción humana asistida heterólogas: El derecho a conocer los orígenes. ¿Legislación versus subjetividad?” Acta Bioética. p.222.; KEMELMAJER de Carlucci, Aida, HERRERA Marissa, LAMM Eleonora. (2013) “Los criterios tradicionales de determinación de la filiación en crisis” En: Técnicas de Reproducción humana asistida, desafíos del siglo XXI: una mirada interdisciplinaria. Thomson Reuters. Santiago. p.133

⁹ VILAR (2018) p.20

No seremos estrictos al señalar que tendrá que ser el semen del marido, porque ya hemos señalado que existen variantes homólogas y heterólogas, las que sin duda tendrán efectos a la hora de determinar la filiación del bebé producto del embarazo.

La mayor utilización de este procedimiento se produce en mujeres con vaginismo¹⁰ y en varones que, por su parte, tengan problemas con la movilidad o escasez de espermios¹¹. Y por lo demás, ha sido catalogada como una técnica de baja complejidad que tiene altas tasas de efectividad cuando se utiliza¹².

b) Fecundación In Vitro.

Con la unión del ovocito y el espermatozoide se produce la fecundación, pero cuando esta unión se crea fuera del útero de la mujer, en una cápsula de Petri, recibe el nombre de fecundación *in vitro*¹³. En todo caso, se puede implantar el embrión fecundado, tanto en el útero de la mujer, como en una trompa de falopio.

Esta técnica es de alta complejidad y fue utilizada con éxito en Chile por primera vez, el año 1984 (el mismo año en que se dio a conocer el primer caso en el mundo, de gestación por subrogación, cuando los óvulos de una mujer sin útero fueron transferidos al útero de una amiga que dio a luz al bebé sin que tuvieran relación genética alguna)¹⁴.

¹⁰MOLTEDO-PERFETTI, CITADDINI, NARDI, ARIMATEA Y MOLTEDO-PERFETTI (2014)“Evaluación de la calidad de vida en mujeres con vaginismo primario mediante el WHOQOL-BREF” Revista chilena de obstetricia y ginecología, 79-6. “El vaginismo puede ser definido como una contracción muscular involuntaria del primer tercio de la vagina que impide la penetración y la realización del coito a pesar del deseo y del grado de excitación de la mujer. Se produce en el momento que la mujer anticipa que se producirá la penetración, siendo un espasmo condicionado por la fobia a la penetración, generalmente asociada cognitivamente al dolor”

¹¹ SANTOS, Rubén (2013) “Derecho Civil internacional y de familia”. Asociación de Escribanos del Uruguay. p. 288

¹² Ministerio de Salud (2015) “Guía para el estudio y tratamiento de infertilidad”. Programa Nacional Salud de la Mujer. p.35.

¹³ VILAR (2018) p.20. “Tras haber llevado a cabo un tratamiento hormonal en la mujer, se procede a la extracción de óvulos de sus ovarios con una aguja fina a través de la vagina, mediante la técnica de la aspiración guiada ecográficamente. Los espermatozoides, preparados fuera de la esperma, se colocan sobre discos de cultivo junto con los óvulos y el proceso de fertilización se observa en un laboratorio. Una vez fecundados y tras un período de entre dos a cinco días, se transfieren o depositan los embriones en la cavidad uterina de la gestante con las condiciones apropiadas para la anidación denominándose embrión.”

¹⁴ LAMM, Eleonora (2012) “Gestación por sustitución”. Realidad y Derecho. Barcelona. p.5.

En nuestro país, la verdadera regulación para estas dos técnicas fue encargada al Ministerio de Salud, el cual por medio de los protocolos establecidos en el Fondo Nacional de Salud (“FONASA”), dispuso los métodos y formas de acceder a estas técnicas, tanto en la red pública como privada. De acuerdo con los criterios de inclusión, se previene que los beneficiarios de estas técnicas deben haber tenido la imposibilidad de concebir, durante un periodo de al menos 12 meses- habiendo tenido relaciones sexuales sin protección-. Es decir, se instauró únicamente para personas infértiles.

c) Donación de gametos

No podemos dejar de lado que las dos técnicas anteriores, muchas veces funcionan gracias a que existe la donación de gametos (la cual de su nombre se comprende que involucra la entrega de material genético a otros por medio de la extracción médica).

Promoviéndose esta técnica, se logra que parejas que no tienen la posibilidad natural de generar esperma u óvulos, sean elegibles para llevar a cabo una de las técnicas ya mencionadas anteriormente, gracias al componente genético aportado por un donante.

Este tipo de donación será siempre de forma gratuita, con la única excepción de poder exigir compensación económica ante las dificultades que podrían deparar del procedimiento. Por regla general, existen centros médicos que manejarán esto de forma confidencial, conservando no solo el anonimato del donante para los futuros padres, sino que a su vez el donante no tendrá conocimiento de quién será el hijo que se creará con su material genético.

Ahora, si nos referimos a estas técnicas en conjunto, comprenderemos que los mayores debates se producen cuando las variantes son heterólogas, es decir, con la donación de componente genético ajeno a la pareja que pretende ser padres. Esto, por los potenciales conflictos que se pueden producir entre los padres y el progenitor genético. Dichos conflictos surgen, porque no siempre será sencillo determinar la filiación de quien ha nacido

gracias a la utilización de TRHA. Debido a esto es que la doctrina le ha puesto un nombre controversial a este problema, a saber, la “*determinación de la filiación en crisis*”¹⁵.

d) ¿Qué criterios determinan la filiación en la actualidad?

Para hablar acerca de la determinación de la filiación, siempre hay que partir del origen. En este caso, la forma originaria y más sencilla de fijar la filiación de un ser humano, consistía en equiparar la relación biológica con la genética. Es decir, hasta antes de que las TRHA existieran, los seres humanos solo podían ser reproducidos por medio del coito heterosexual.

De este modo, el nuevo individuo era el resultado de la combinación del material genético del varón y de la mujer, producido a partir de una relación sexual. Dicho de otro modo, el bebé que naciera solamente tendría aportes genéticos de aquella pareja, por lo que el elemento biológico y el genético, solían ir de la mano.

Ahora bien, en cuanto al elemento biológico, al que se le dio un rol preponderante a la hora de determinar la filiación, debemos recordar que este ya no es el único componente que cuenta, para decidir quién es padre o madre de un hijo. Desde el momento en que existe la filiación determinada por la adopción.

En esta última, al igual que en la gestación subrogada o en otra TRHA, el elemento volitivo deberá primar, cuando lo genético o lo biológico no goce del rol protagónico que ha tenido en la determinación de la filiación¹⁶.

Lo anterior, se refiere a una realidad actual, donde vale mucho más el elemento volitivo, denominado *voluntad procreacional*, que el componente genético. Por ejemplo, cuando una persona decide ser padre o madre, se comprometerá a llevar a cabo un plan de vida en torno a ese niño o niña. La genética o la biológica no será lo que dará la paternidad o maternidad de un hijo.

¹⁵ KEMELMAJER de Carlucci, Aida, HERRERA Marissa, LAMM Eleonora (2013)

¹⁶ *Ibíd.* p.139.

El tener el mismo ADN que una persona no dará necesariamente una familia. La única cosa que dará tal categoría será la responsabilidad que se decide tomar, para formar parte de la vida de ese hijo, cuidándolo y amándolo de manera constante en el tiempo. Así, la doctrina ha señalado que *“la filiación corresponde a quien desea ser “parent”, a quien quiere llevar un proyecto parental, porque así lo ha consentido”*¹⁷.

Fuera de los criterios que hemos abordado, genético, biológico o volitivo. Suele tomarse en consideración el vínculo matrimonial o su ausencia, para determinar la filiación. Sin embargo, se les ha dado un tratamiento más bien equivalente, porque de lo contrario resultaría discriminatorio determinar la filiación de una pareja casada, con condiciones más favorables que para aquellos que no estuvieran casados.

Respecto al tema que más nos interesa, es decir, qué criterio utilizar para determinar la filiación de aquellos que nacen producto de una TRHA, el elemento que primará será sin lugar a dudas el **elemento volitivo**.

Esto, porque no siempre estará presente el elemento biológico para determinar la filiación de los padres (como sucedería en la gestación subrogada, cuando la gestación la lleva a cabo otra mujer) sino que también pueden haber casos en que ni siquiera exista el elemento genético (como en una inseminación artificial que para completar el material genético masculino, se utilice la espermia de un donante anónimo porque el padre comitente no podía aportarla a la gestación de su mujer, y la forma en que el padre debiese reclamar su paternidad es por el hecho de haberse sometido a la TRHA).

Todos estos elementos, tendrán una vital importancia para juzgar cómo habrá que reconocer aquella filiación que ya se determinó en el Estado extranjero, producto de una THRA.

¹⁷ KEMELMAJER de Carlucci, Aida, HERRERA, Marissa, LAMM, Eleonora (2013) p. 140.

IV. Gestación subrogada: posturas en contra y a favor de esta TRHA.

Primero que todo, queremos reconocer el valor que han tenido las discusiones doctrinales y políticas respecto de este tema. Tan fuertes han sido los argumentos esgrimidos por la dogmática en la materia, que sería poco fructífero avanzar sin tenerlos en mente a la hora de buscar las mejores soluciones para el ordenamiento jurídico chileno.

a) Argumentos en contra.

En general, las principales objeciones planteadas a esta práctica se centran en el rol que juega esta técnica de reproducción y su impacto en la dignidad de la mujer gestante y el bebé que surge como resultado de la gestación subrogada.

Considerando a la mujer gestante como principal afectada, se cuestiona fuertemente que aquella ponga a disposición de los padres comitentes toda su capacidad gestacional, ya sea por una suma de dinero o por un fundamento altruista. De forma tal, que la gestante se encontraría en posición de ser considerada una verdadera “*incubadora humana*”¹⁸. Siendo alarmante que la cosificación o manipulación del cuerpo femenino- como sería este caso- se permitiera en el siglo XXI.

Si bien es cierto que aquella es una de las objeciones más potentes que se esgrimen acerca de esta técnica, existen otras asociadas a la desigualdad social. Se ha planteado que lo verdaderamente criticable es que dichas prácticas ponen una vez más en evidencia, la explotación de un sector más acomodado de la sociedad, respecto de personas del tercer mundo que se verían obligadas a prestar su capacidad gestacional a cambio de un pago, al cual no tendrían la posibilidad de acceder en condiciones normales dentro de sus países de origen.

¹⁸ VAN NIEKERK et al. (1995) pp. 345-349.

A modo de ejemplo, se han resaltado casos en que mujeres europeas recurrían a otras de la India, para que llevaran a cabo la gestación de sus bebés. Como resultado, se efectuaba el pago a la mujer gestante, por montos superiores hasta en 10 veces de lo que podría llegar a ganar su marido como salario anual¹⁹.

Respecto del niño que nace gracias a esta técnica, se sostiene, de forma similar a lo que veníamos comentando respecto de la mujer gestante, que se cosificaría su existencia, llegando a ser un verdadero producto²⁰. Incluso, se indica que se estaría camuflando una venta ilegal de niños, en el caso que hubiese mediado una contraprestación pecuniaria en su gestación.

En el mismo sentido, se ha esgrimido que esta TRHA lleva a considerar al bebé como el mero producto de un mercado, fruto de un negocio pactado entre la gestante y los padres comitentes. En el caso de que hubiese algún problema con el bebé ad-portas de nacer, los padres comitentes podrían cambiar de opinión y no cumplir las prestaciones contractuales si, por ejemplo, el bebé padeciese una enfermedad inesperada²¹.

Con una larga lista de casos reales, se ha constatado la crudeza de estos conflictos de difícil solución. Cabe destacar, el caso de una pareja de Estados Unidos que encargó a una mujer británica la gestación de su embrión, pero con la condición de seleccionar de forma previa que no se produjera un embarazo múltiple. Cuando la mujer gestante quedó embarazada de gemelos, los padres comitentes le solicitaron que se deshiciera de uno de los fetos²².

¹⁹ LAMM (2012) p.6.

²⁰ RODRIGUEZ, María Sara (2019) "Ilicitud y fraude en la maternidad subrogada: Problemas éticos y legales sin solución". p.411: "*Un hijo no es un bien o un servicio que el Estado pueda garantizar o suministrar, sino un ser humano titular de derechos, de ahí que ofrecer "un derecho a tener un hijo", suponga una denegación fundamental de los derechos humanos del niño*"

²¹ NEWMAN, A. (2010) What happens when surrogacy meets abortion? RH Reality Check. Ejemplo de una pareja canadiense que requirió a la gestante abortar luego de descubrir que el feto padecía de síndrome de Down.

²² SOUTO, Beatriz (2006) "Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación de sustitución." *Feminismo/s* N°8. pp: 189-290. En dicho caso, la pareja amenazó con no cumplir sus obligaciones financieras, pero cuando la mujer gestante dio a luz a los gemelos, ellos demandaron la custodia. Primero el Tribunal Californiano otorgó la custodia a los padres comitentes, pero en un final se señaló que como los bebés no habían tenido residencia habitual en EE.UU, podrían mantenerse en Inglaterra, con la mujer gestante.

Este y otros casos como el indicado, implantan una seria duda acerca de la idoneidad ética y moral asociada a esta TRHA.

b) Argumentos a favor.

Si bien los argumentos de las posturas en contra de la regulación de esta TRHA son bastante crudos y atendibles, existen algunos matices que debemos destacar que juegan a favor de una posibilidad de regulación.

Para empezar, la autonomía de la mujer gestante y su capacidad para decidir libremente si quiere someterse a lo que sería la “disposición de su cuerpo”. Incluso aceptando que existiese una contraprestación de dinero, puesto que podría catalogarse como un verdadero servicio y, por lo mismo, debiera ser remunerado²³.

En el mismo sentido, se ha señalado que se subestimaría de un modo paternalista, la capacidad que tiene la mujer para consentir²⁴ al creer que aquella estaría influenciada, sin que pudiera decidir libremente sobre cómo servirse de su cuerpo. Es más, dentro de las razones por las que esta práctica se diferenciaría de otras en las que se dispone del cuerpo humano, se plantea positivamente el respeto estricto que han de tener los padres comitentes respecto a la salud de la gestante debido a que cualquier problema de salud que ella pudiera tener, le afectaría al bebé en gestación²⁵.

Por otra parte, se ha señalado que el ver al niño como un producto del mercado estaría omitiendo el hecho de que los padres comitentes desean a este hijo con todas sus esperanzas, y el deseo de responsabilizarse de ellos es mayor a aquellos casos en donde se “exagerarían”

²³ Sobre este punto, argumenta SHALEV, Carmen (1989) “Birth Power: The case for Surrogacy” New Haven, Yale University Press.

²⁴ ERGAS, Yasmine (2013) “Babies without borders: Human rights, human dignity, and the regulation of international commercial surrogacy”. *Emory International Law Review*, 27(1), 117-188. WERTHEIMER, A. (1997) “Exploitation and commercial surrogacy”, *Denver University Law Review* N° 74. P. 1215-1229.; CAMACHO, J. (2009) “Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores”.

²⁵ BRUGGER, Kristiana (2012) “International law in the gestational surrogacy debate”. *Fordham International Law Journal* 35 (3) p. 676.

los desastres que plantean quienes desaprueban esta técnica. Ahora bien, la fuerza de la realidad juega en contra de este argumento, por la sencilla razón de que estos casos han sucedido y nadie puede asegurar que no volverán a suceder.

Sin embargo, es cierto que la criatura que nazca producto de una gestación subrogada no quedará en desprotección si es que las cosas salen fuera del plan²⁶. Debido a que será el juez quien siempre estará apelando por el interés superior del niño, para protegerlo en caso de que las cosas no salgan como se previeron.

Ahora bien, como se plantea en la postura en contra, que se atentaría directamente a la dignidad humana de la mujer gestante y del niño por nacer. Se argumenta que los derechos sobre los que se erige la gestación subrogada estarían implícitos en el derecho a fundar una familia, en el libre desarrollo de la personalidad, para deparar en un final, en el derecho a procrear.

Desde el derecho a la igualdad y no discriminación se argumenta que, en definitiva, esta técnica sería la única viable para que dos varones puedan tener un hijo genéticamente suyo, en contraposición a dos mujeres lesbianas que no tendrían que recurrir a esta técnica, si quisieran ser madres, por tener a su disposición, por ejemplo, la fecundación in vitro, para unir uno de sus óvulos con un gameto masculino que sea donado por un tercero.

Respecto a la postura que se sostiene en este trabajo, parece pertinente señalar que es del tipo ecléctica. Si bien entendemos y apoyamos los cuestionamientos éticos de esta técnica, creemos que la moralidad en el siglo XXI no puede quedar materializada en la regulación legal de los Estados.

Mucho menos podemos aprobar la desregulación que se mantiene tanto a nivel local de cada Estado como en el internacional (si es que no hay una Convención que explicita su prohibición o aprobación). Porque aun cuando existan argumentos muy poderosos en contra

²⁶ Como plan ideal entendemos a los padres comitentes, convirtiéndose en padres legales de sus hijos deseados.

de esta técnica, la realidad se abre camino y ésta se sigue produciendo aun cuando nos parezca reprochable.

Es por lo anterior, que nos interesa que esta técnica se regule²⁷ y se tomen en consideración los aspectos favorables de ella. A saber, el hecho de que los padres puedan vincularse a la paternidad/maternidad desde la fase inicial del crecimiento de su hijo, o que exista un vínculo genético con la pareja comitente o con al menos uno de sus miembros²⁸.

Lo que nos parece más contundente para apoyar su regulación, es que el legislador no puede rehuir a la realidad, más aun sabiendo que esta técnica tiene aplicación en los hechos. Consecuentemente, tampoco puede seguir amparando la clandestinidad que proviene de los efectos de la desregulación, porque la técnica seguirá produciéndose, y aquello hace aun más necesaria su reglamentación. En efecto, la prohibición de esta técnica en determinados Estados ha deparado en la creación de una demanda que los comitentes intentan satisfacer en algún mercado -desregulado- donde prima la clandestinidad²⁹.

La regulación entonces es la que previene a las partes involucradas de más abusos³⁰. En definitiva, la madre gestante tiene más protección a la hora de someterse a un acuerdo de gestación subrogada si lo hace con conocimiento de sus derechos y deberes, lo mismo que para los padres comitentes y, por, sobre todo, la persona más vulnerable que necesita de esta regulación es el bebé que nacerá producto de esta gestación subrogada, a quien le urge poder tener una filiación determinada y reconocida en el Estado en que se encuentre.

²⁷ Con una postura a favor de la regulación, encontramos en nuestro país ALBORNOZ, Laura (2019) “*Como regular la maternidad subrogada por razones humanitarias?*”. texto presentado en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, Universidad Adolfo Ibañez, 4 de octubre 2019. “*Creo que una reforma a esta materia debiera ajustarse a lo que en doctrina y en debate legislativo comparado se ha planteado como grandes nudos para su regulación y dice relación con ciertas premisas en que la identidad o filiación del sujeto en gestación no podría ser reclamada ni en etapas previas ni etapas coetáneas*”

²⁸ SÁNCHEZ, Rafael (2010) “*La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos*”. Revista Humanitas humanidades médicas N°49. pp.18-19.

²⁹ ERGAS (2013) p.137. “Los mercados de personas o partes del cuerpo humano, como aquellos que involucran trabajo sexual, ilustran el riesgo que la prohibición, especialmente cuando va acompañada de sanciones penales, puede simultáneamente activar el rol de empresarios y funcionarios estatales dispuestos a intervenir en actividades ilícitas e incrementar así, la explotación de los que provean el servicio, tanto como los precios pagados por los clientes”. (Traducción simple)

³⁰ LAMM, Eleonora (2017) “*Argumentos para la necesaria regulación de la gestación por sustitución*”. Elsevier España. p.539.

Por lo señalado, debemos promover una regulación lo suficientemente completa para una técnica que se promueve día a día en el mundo. Principalmente, para proteger de la clandestinidad a los menores que nacen por medio de la gestación subrogada.

V. Importancia de abordar el tema de la gestación subrogada desde el DIPRI: Un caso real.

Pareciera que el Derecho Internacional Privado se ha adelantado a los civilistas en esta materia y, sobre todo -como suele suceder-, es la realidad la que se ha adelantado al Derecho.

Si analizamos el tipo de regulación que existe en derecho comparado, llegaremos a una estructura con cuatro variables: primero que existen países que prohíben a toda costa la institución de la gestación subrogada dentro de sus fronteras; por otra parte, aquellos que regulan solamente la modalidad altruista; luego, aquellos que regulan esta institución en la modalidad altruista y comercial; y por último, existen países que no regulan esta materia, dentro de los cuales encontramos a nuestro país.

¿Por qué importa referirnos a la regulación que tengan los demás países respecto al tema? Precisamente porque gracias al vacío legal o prohibición que existe en determinados Estados, los propios padres comitentes se trasladarán a otro país en la búsqueda de una jurisdicción que les permita llevar a cabo su voluntad de ser padres³¹.

Esto se ilustró brevemente al inicio de esta presentación, al mencionar el caso de aquella pareja de chilenos que, luego de infructuosos intentos en su búsqueda de maternidad/paternidad, decidieron viajar a Perú. Lugar en el que se sometieron a la gestación subrogada con una mujer gestante peruana, que renunciaría a sus derechos derivados de la maternidad una vez que los bebés nacieran.

Este caso, desató un revuelo mediático tanto en el mundo jurídico como en la opinión pública chilena. Así, se señaló que el padre comitente -Sr. Tovar- era padre biológico de los bebés,

³¹ VILAR (2018) p.57.

al haber donado su esperma, mientras que la madre comitente -Sra. Madueño- no pudo aportar su material genético, sino que recurrió a un óvulo donado. Los bebés nacieron en Perú el 28 de julio del 2018 y los padres comitentes intentaron traerlos a Chile, el 25 de agosto del mismo año³².

Como en la legislación peruana la gestación subrogada no está regulada -al igual que en nuestro país-, la situación derivó en un problema penal, donde se acusó a los padres comitentes de trata de personas, por haber ingresado a su país solos los dos, e intentado salir de Perú con dos bebés que no habían sido registrados en su ingreso.

Felizmente, la situación de aquellos padres mejoró al demostrarse la relación biológica entre el Sr. Tovar y los bebés, pero se señaló que la justicia peruana seguiría investigando el caso por eventual falsedad ideológica³³, derivada del acta de nacimiento en donde es probable que se hubiera inscrito a los padres comitentes en vez de a la madre gestante.

Como vemos, en este caso el problema se produjo en el *Estado de Nacimiento*³⁴ de los niños, pero no se resolvió si es que, en Chile, aquellos niños tendrían una filiación determinada. Ya sea por el acta de nacimiento peruana, por el reconocimiento voluntario de los padres comitentes o por la dictación de una sentencia que reconociera la filiación de aquellos niños.

En otras palabras, el problema más clave que se identifica al hablar de gestación subrogada transfronteriza, será cómo el *Estado de Recepción*³⁵, reconocerá la filiación de aquellos niños nacidos en otro país, por medio de la TRHA en comento.

³² <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/relaciones-exteriores/chilenos-en-el-exterior/caso-vientre-de-alquiler-autoridades-entregaron-mellizos-a-pareja-chilena/2018-09-09/202928.html> (Última revisión 1 de noviembre 2019) <https://www.latercera.com/nacional/noticia/detienen-chilenos-peru-vientre-alquiler/299097/> (Última revisión 1 de noviembre 2019)

³³ *Ibíd.*

³⁴ GONZÁLEZ, Nuria; ALBORNOZ, María (2016) “Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución”. Universidad Nacional Autónoma de México. Anuario Mexicano de Derecho internacional vol. XVI. p.174

³⁵ *Ibíd.* p. 175. Para estos efectos, utilizamos el concepto de la profesora Nuria González, quien define Estado de Recepción: “generalmente será el país donde los padres intencionales tienen su centro de vida.”

En particular, porque un sinnúmero de países regula en su legislación interna que la maternidad se rige por el principio de “*mater semper certa est*”, siendo la maternidad determinada por el hecho del parto³⁶ y la mujer que ha dado a luz. Por ende, siempre dicha mujer siempre será conocida y entendida como la madre legal del bebé.

Esa aproximación a la filiación se ve fuertemente tensionada por las THRA, tal como hemos podido apreciar en el acápite previo. Habría que considerar si en un caso como el analizado en esta sección, no debiese primar el elemento volitivo o la voluntad procreacional de los padres, de modo que se plasme dicha voluntad en los certificados de nacimiento otorgados por la autoridad competente.

VI. Respuestas al problema dependiendo del país que sea el Estado de Recepción.

Teniendo presente lo anterior, queremos recalcar que la búsqueda de respuestas hacia el reconocimiento de las decisiones o resoluciones judiciales extranjeras, referidas a la filiación derivada de la gestación subrogada, van orientadas a ilustrar nuestro ordenamiento jurídico chileno y en particular, la regulación desde el DIPRI chileno hacia este tema.

Así las cosas, queremos delimitar el campo de posibles respuestas, principalmente a algunos Estados latinoamericanos (porque al tener una distancia geográfica menor con estos Estados, es más probable que los chilenos que recurran a esta técnica en el extranjero, lo hagan en países de la región). Sin perjuicio de lo anterior, como la regulación en nuestro continente no ha alcanzado el nivel de desarrollo que sí han logrado otros Estados, también se utilizarán -para efectos de completar el esquema- países fuera del continente.

³⁶ Principio recogido por la legislación de Chile, Reino Unido, Argentina, España, entre otros.

a) Estados prohibicionistas en materia de gestación subrogada.

En este subcapítulo analizaremos la regulación de España, Francia y Alemania³⁷, por ser algunos de los países que han tomado la vía de la prohibición a esta práctica y luego nos referiremos a cómo aquellos países podrían responder al reconocimiento de la filiación extranjera, derivada de la gestación subrogada.

Primero, en **España** su ordenamiento jurídico inició los estudios respecto a la gestación subrogada con el *Informe Palacios* que se aprobó en 1986, el que entre sus recomendaciones (letra H) indicaba expresamente: “115. Deberá prohibirse la gestación de sustitución en cualquier circunstancia. 116. Deberán ser objeto de sanción penal o del tipo que procediera, las personas que participen en un contrato de gestación de sustitución, aunque no sea escrito, así como las personas, agencias o instituciones que las propicien, y los equipos médicos que las realicen.³⁸”.

Como las regulaciones de la materia requirieron adaptación, se legisló en el año 2006 la norma que se mantiene vigente hasta la fecha. A saber, la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida que concisamente establece en su artículo 10: “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”. Para luego, en su inciso segundo señalar que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.”

Lo anterior, parecería cerrar la puerta a la filiación de los padres comitentes. Pero no del todo, ya que en el inciso tercero se otorga una acción de reclamación de paternidad, al padre biológico, conforme a las reglas generales.

³⁷ European Parliament (2013) “A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States.” En: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf). (Última revisión 1 de noviembre 2019) pp. 105-106.

³⁸ Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in vitro y la Inseminación artificial humanas, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 10 de abril de 1986. España.

Por el momento, indicaremos solamente la legislación vigente de España, porque el tratamiento de su jurisprudencia más reciente la estudiaremos en el capítulo siguiente, donde resulta más útil analizar el alcance de la excepción de orden público internacional, con casos que se han suscitado en el territorio español.

En segundo lugar, si revisamos el derecho aplicable en **Francia** o más precisamente al Código Civil Francés, se encuentran reglas que se encargan de anular todo tipo de convenciones que confieran valor patrimonial al cuerpo humano, a sus elementos o sus productos e, incluso, especifican que cualquier acuerdo relacionado con la reproducción humana o el embarazo será nulo, siendo estas normas de orden público³⁹.

Por lo que siguiendo la línea normativa de aquellas normas, desde el año 1994 en Francia se prohíben todas las formas de maternidad subrogada⁴⁰, asignándoles nulidad de pleno derecho a los acuerdos que tengan por fin su regulación, además de determinadas penas en sede criminal para sus intervinientes.

Así, el Código Penal francés establece dos disposiciones distintas en las que se tipifican sanciones en contra de los involucrados en un acuerdo de gestación subrogada. Por un lado, en el Artículo 227-12 se castiga a quienes inciten a abandonar a un hijo, nacido o no nacido. Por otro lado, y con un poco más de claridad, el Artículo 227-13 del mismo cuerpo legal, castiga “*la sustitución, falsa representación u ocultación que infrinja el estado civil de hijo*” con tres años de prisión y multa de 45.000 euros.

En tercer lugar, en **Alemania** encontramos tres principales fuentes normativas de las que se extrae que la gestación subrogada, está prohibida. Primero, encontramos los artículos 134 y 138 del BGB, donde se consagra que cualquier transacción que infrinja normas de orden público será nula.

³⁹ Artículos del Código Civil Francés: 16- 5 “Los convenios que tengan por objeto conferir un valor patrimonial al cuerpo humano, a sus elementos o sus productos, son nulos”, 16-7 “Todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo” y 16-9 “Las disposiciones del presente capítulo son de orden público”

⁴⁰ Ley N°94653 de 29 julio 1994 sobre el Respeto al Cuerpo Humano.

Luego, el Acta de 1990 de Protección Embrionaria, indica que se castiga con cárcel o multa a quien pretenda llevar a cabo una inseminación artificial en una mujer que esté preparada para renunciar a su hijo permanentemente, luego del nacimiento (lo que es un presupuesto de la gestación subrogada). Sin embargo, como se ve, a quien se castiga es al intermediario y no a la mujer gestante o a los padres comitentes.

Por último, encontramos el Acta de Promoción de Adopción, donde se regula expresamente que, si una mujer es inseminada artificialmente con el embrión de otro, para luego entregar al bebé en adopción, dicha práctica no estará prohibida. Pero en el caso que se intermedie por una persona que ponga en contacto a la mujer gestante y a los padres que se quieran hacer cargo del bebé, dicho intermediario podrá ser castigado con un año de cárcel o multa y la pena va en aumento si se busca un beneficio pecuniario por tal intermediario. Sin embargo, se reitera que ni la mujer gestante ni los padres comitentes serán sancionados⁴¹.

Ahora bien, todo lo señalado apunta a la regulación en materia interna de esta TRHA, y de acuerdo con la regulación de los Estados que hemos analizado brevemente, sería lógico que se negara el reconocimiento a las filiaciones extranjeras, que deriven de esta técnica.

Sin embargo, no ha sido tan tajante la jurisprudencia de aquellos países -principalmente de Alemania y Francia- para rechazar el reconocimiento de las filiaciones extranjeras en comento. Como muestra de aquello, podemos mencionar la sentencia del Tribunal Federal Alemán de 2014, donde se muestra justamente lo señalado⁴².

De acuerdo con los hechos del caso, se identifica como padres comitentes a una pareja de alemanes -del mismo sexo-, que decidió celebrar un contrato de gestación subrogada con una mujer gestante del Estado de California, Estados Unidos. Uno de los padres aportó su material genético y el óvulo fue conseguido de un donador anónimo. Luego y con anterioridad al nacimiento, se reconoció la paternidad de los padres comitentes ante el

⁴¹ European Parliament (2013) p.107.

⁴² Sentencia del BGH Alemania 10 de diciembre de 2014. Resumen y comentario en inglés en: Dina Reis, Albert-Ludwigs-University Freiburg, Alemania <http://conflictoflaws.net/2015/german-federal-court-of-justice-on-surrogacy-and-german-public-policy/> (Última revisión 1 de noviembre 2019)

Consulado Alemán de San Francisco y por la sentencia de la Suprema Corte del Estado de California. Sin embargo, al retornar a Berlín, los padres comitentes se encontraron con el rechazo del registro civil del país, lo que se reiteró en los tribunales de primera instancia.

Fue el Tribunal Federal Alemán (BGH), el que dio un vuelco a esta decisión, señalando que no podía negarse el reconocimiento de la filiación de la Corte de California basándose en una violación al orden público alemán, porque aun cuando existiera un acuerdo de maternidad subrogada -que es prohibido en Alemania-, igualmente uno de los padres comitentes era el padre biológico del bebé, mientras que la mujer gestante no tenía relación genética con el niño, por lo que debía aprobarse aquella inscripción.

Este fallo además estudió detenidamente los presupuestos en los cuales la mujer gestante había prestado su consentimiento dentro del acuerdo de gestación subrogada, descartando que se pudiera vulnerar el orden público internacional alemán, por el solo hecho de reconocer la filiación de los menores, a favor de los padres comitentes. Lo que reafirma que -como veremos en el capítulo destinado a ella- una excepción de orden público internacional, debe analizarse conforme a las características del caso concreto⁴³.

En Francia, por su parte, las Cortes en reiteradas ocasiones rechazaron el reconocimiento de filiaciones extranjeras que provinieran de acuerdos de gestación subrogada. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“TEDH”) ya ha reprochado dichas decisiones, ordenando al Estado francés a registrar debidamente los certificados de nacimiento de los niños a favor de los padres comitentes, poniendo énfasis en el respeto y promoción del interés superior del niño⁴⁴.

⁴³ CALVO-CARAVACA, Alfonso; CARRASCOSA, Javier (2015). “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. Cuadernos de Derecho Transnacional. Octubre Volumen 7. p.77.

⁴⁴ *Mennesson y otros c. Francia* (asunto 65192/11) y *Labasse y otros c. Francia* (65941/11): *The effects also extended to the situation of the children themselves, whose right to respect for their private life – which implied that everyone should be able to establish the essence of his or her identity, including his or her parentage – was significantly affected. There was therefore a serious issue as to the compatibility of that situation with the children’s best interests, which must guide any decision concerning them.* Ver más en: https://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2014_06_175_ENG.pdf (Última revisión 1 de noviembre 2019)

En estos dos emblemáticos casos, el TEDH realizó un detallado análisis del tema que nos convoca. A saber, el reconocimiento de la filiación derivada de la gestación subrogada.

Un primer caso es el de los *Mennesson*, quienes eran una pareja de franceses que se trasladaron a California, Estados Unidos, para lograr ser padres de gemelas el año 2000. En el mismo sentido, encontramos el caso de los *Labasse*, quienes también eran una pareja de franceses que recurrió en este caso al Estado de Minnesota, para ser padres de Juliette Labasse el año 2001.

Sin embargo, en ambos casos cuando retornaron a Francia con sus bebés, las autoridades se negaron a validar sus certificados de nacimiento, en virtud de que provenían de casos de gestación subrogada, práctica prohibida en el territorio francés.

De acuerdo con el TEDH, de forma unánime se falló que el derecho al respeto de la vida familiar de los padres no había sido vulnerado. Sin embargo, al considerar el derecho al respeto de la vida privada de los niños (Artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos⁴⁵) se señaló que aun cuando el referido artículo no incluyera una garantía para obtener una nacionalidad, los niños se enfrentaban a una incertidumbre preocupante ante la posibilidad de no obtener la nacionalidad francesa-aun cuando sus padres biológicos fueran franceses-, lo que impactaba directamente en la definición de su propia identidad.

Luego, de manera contundente, el TEDH resolvió que aun cuando el Estado Francés intentara desincentivar a sus ciudadanos a recurrir a la gestación subrogada en otro país, por medio de los rechazos a autorizar los certificados extranjeros dictados en esas condiciones. Dicho actuar, impacta directamente en la vida privada de los niños que nacen por medio de esta técnica, quienes deben tener el derecho a establecer la esencia de su identidad, lo que incluye su filiación, que al momento era negada por el Estado Francés.

⁴⁵ Article 8 CEDH– Right to respect for private and family life: Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. (Todos tienen el derecho al respeto por su vida privada y su vida familiar, su hogar y correspondencia)

Por lo tanto, de forma unánime el TEDH considera una violación al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto de los niños y les concede una indemnización de 5.000 euros por daño moral⁴⁶.

De acuerdo con lo anterior, se desprende que aun en un Estado en que la gestación subrogada esté expresamente prohibida por la legislación interna, hay alternativas que, basadas en el interés superior del niño, lograrán reconocer una filiación acreditada en el extranjero si es proveniente de la técnica en comento.

b) Estados que regulan y aprueban la gestación subrogada.

Como se señaló previamente, interesa particularmente la regulación latinoamericana comparada, por lo que estudiaremos en primer lugar la legislación de Uruguay. Este Estado ha reglamentado la variante altruista de la gestación subrogada, al igual que la legislación del Reino Unido, que revisaremos en segundo lugar y por último el Estado de California, Estados Unidos, que regula incluso la variante comercial dentro de sus fronteras.

Partiendo con **Uruguay**, su regulación es bastante particular, porque la regla general ante un acuerdo de gestación subrogada será que este adolece de nulidad, como señala el artículo 25 de su Ley 19.167 sobre TRHA: *“Serán absolutamente nulos los contratos a título oneroso o gratuito entre una pareja o mujer que provea gametos o embriones, sean estos propios o de terceros para la gestación en el útero de otra mujer, obligando a esta a entregar el nacido a la otra parte o a un tercero”*⁴⁷.

Sin embargo, como excepción, en el inciso segundo de la mencionada ley, se permite la llamada gestación por subrogación altruista para aquella *“mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, quien podrá acordar con un*

⁴⁶ SCOTTI, Luciana (2015a) “La gestación por sustitución y el Derecho Internacional Privado: Perspectivas a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina”. Revista de la Facultad de Derecho N°38. pp. 232-233.

⁴⁷ Inciso primero artículo 25 ley 19.167.

familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, o de su pareja en su caso, la implantación y gestación del embrión propio.”

De acuerdo con el profesor Rubén Santos, esta posibilidad altruista es un modo que tiene el legislador uruguayo para combatir la comercialización indebida de esta técnica, o incluso para prevenir lo que él llama “*industria productora de bebés por encargo*”⁴⁸. Adelantando nuestra posición, creemos que la legislación uruguaya tomó el camino correcto, como veremos más adelante (adelantándose varios años a nuestro país).

Continuando con nuestra investigación, respondiendo la pregunta de cómo debiese reconocer el estado uruguayo, una filiación extraterritorial que derive de una gestación subrogada, el profesor Rubén Santos, nos entrega un análisis desde el DIPRI de su país, distinguiendo si tal reconocimiento se hace respecto de sentencias judiciales o de documentos auténticos extranjeros.

Empieza señalando que, si fuera jurisdiccional el procedimiento a seguir por los padres comitentes al momento de efectuar el reconocimiento de la filiación, esta acción tendría naturaleza voluntaria y no contenciosa (lo que podría deparar en contencioso si existiera alguna discrepancia), por tanto, en la ejecución de la jurisdicción voluntaria, las sentencias podrían tener dos tipos: declarativas o constitutivas.

En el caso de las sentencias declarativas, el magistrado del Estado de Nacimiento, por ejemplo, se limitaría a constatar que ambos padres comitentes aportaron el material genético del bebé y que la mujer gestante no tiene vínculo genético. Sobre la base de esos hechos, el juez debería reconocer inmediatamente a los padres comitentes como los padres legales del recién nacido, siempre que la técnica no esté prohibida en dicho Estado⁴⁹.

⁴⁸ SANTOS, Rubén (2015) “El respeto a la diversidad cultural en el derecho internacional privado de familia”. Revista Chilena de Derecho Internacional Privado N°1. p. 16.

⁴⁹ SANTOS, Rubén (2014) “Cómo asegurar una eficacia internacional a las filiaciones producto de una maternidad subrogada”. p. 691.

En cambio, si la sentencia es constitutiva, significa que se crea una nueva situación jurídica, ya que el juez reconocerá como padres legales a los comitentes y no a la mujer gestante. Lo anterior sucede cuando, por ejemplo, uno de los padres comitentes aporta su esperma y se fecunda un óvulo de la mujer gestante, siendo ésta la madre genética. En este sentido, la nueva relación jurídica se revela cuando el magistrado reconoce como padres legales a los comitentes -el varón que aportó el material genético y su pareja- y no a la mujer gestante⁵⁰.

Ante esta distinción, Santos señala que desde el DIPRI uruguayo, la posibilidad de que no se reconozcan estas sentencias es bastante baja, considerando que solamente las sentencias de condena⁵¹ (de pago o de cumplimiento de una obligación de hacer o no hacer) son las que se someten al trámite de exequatur, no así las constitutivas o declarativas de derechos que hemos mencionado.

Luego, correspondería estudiar el caso de los documentos públicos auténticos como, por ejemplo, un acta de nacimiento en que se reconozca la filiación del recién nacido como hijo de los padres comitentes. El catedrático uruguayo ya mencionado, señala que aun cuando los documentos públicos hayan sido emitidos por autoridad competente y dentro de su área legal de actuación, su aplicación directa no parece el método más correcto de resolver este tema. En su opinión, un tema tan delicado como la filiación requiere de la intervención de un magistrado, el que debe pronunciarse por medio de una resolución judicial, para así asegurar el debido proceso legal en todos los casos⁵².

En resumen, el reconocimiento de la filiación en Uruguay, derivada de un acuerdo de gestación subrogada transfronteriza, sería válido mientras cuente con un pronunciamiento judicial. Al menos de acuerdo con la postura doctrinal que hemos abordado.

Respecto al **Reino Unido**, es menester que tengamos presente que existe legislación expresa, tanto en el Acta de Acuerdos de Subrogación (1985) como en el Acta de Fertilización y

⁵⁰ SANTOS, Rubén (2013) “Derecho Civil internacional y de familia”. Asociación de Escribanos del Uruguay, p.332.

⁵¹ SANTOS (2014) p. 692.

⁵² SANTOS (2013) p. 337.

Embriología Humana (2008). En dicha normativa, se permite únicamente aquellos acuerdos de gestación subrogada que sean altruistas, sin perjuicio de “gastos razonables” que se pudieran haber pagado a la mujer gestante⁵³.

Sobre la filiación de los bebés que nazcan a través de esta técnica, la regulación tiene el carácter de *ex post*, siendo la madre gestante la madre legal del bebé, hasta que los padres comitentes no se sometan a un procedimiento judicial en el que obtengan una “orden parental”. Esto, porque si toca resolver uno de los casos en comento, la doctrina ha establecido que se utilizará la *lex fori*, es decir la ley del Reino Unido⁵⁴.

Sin embargo, debemos volver a la pregunta central de este trabajo y analizar el eventual reconocimiento de la filiación extranjera derivada de una gestación subrogada. Para ello, vale la pena analizar el siguiente precedente, que demuestra como el Reino Unido ha resuelto el tema.

El año 2008, The High Court of Justice (“HCJ”), discutía en un caso de gestación por sustitución la procedencia de la orden parental de los padres comitentes (cuando la mujer gestante proveniente de Ucrania habría recibido pago por ciertos gastos). La HCJ, falló reconociendo favorablemente aquella orden, en nombre del interés superior de los menores, quienes no podrían quedarse como apátridas, cuestión que ocurriría si es que se negaba su filiación acorde con la ley inglesa. Por último, La HCJ reconoció que el pago a la mujer gestante había sido un gasto razonable que cumplía con los requisitos del Acta de Fertilización y Embriología, por lo que también lo validó.⁵⁵

Ahora bien, sobre el **Estado de California**, Estados Unidos- que ya se ha mencionado para ilustrar una serie de casos-. Debemos partir señalando que es uno de los Estados más liberales

⁵³ VILAR (2018) p.214.

⁵⁴ ALGHRANI, Amel; GRIFFITHS, Danielle (2017) “The regulation of surrogacy in the United Kingdom: The case for reform. Basado en “Surrogacy Law Reform Conference in the 21st Century: Rethinking assumptions, reforming law” el 6 mayo 2016. p. 11 “Parental orders”: Si la orden parental se obtiene, los padres comitentes se convertirán en los padres legales del bebé y extinguirán el estatus de madre legal de la mujer gestante.

⁵⁵ Foreign surrogacy [2008] EWHC 3030 (Fam). <https://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed28706>

y con mayores garantías para todos quienes recurran a esta práctica⁵⁶. Estas garantías han ido quedando plasmadas tanto en su Código de Familia, como en las numerosas sentencias de sus tribunales que han desarrollado aún más los requisitos y límites de esta práctica. En todo caso y para efectos de esta investigación, solo nos concentraremos en aquellos casos que digan relación con problemas en la determinación de la filiación.

Como punto de partida debemos destacar que en la legislación californiana no se consagran requisitos expresos para la elección de la mujer gestante. Pero la “*American Society for Reproductive Medicine*” creó un informe el año 2015 que aplica para todo el territorio estadounidense, dando pautas sobre la elección de las mujeres gestantes y que además recomienda efectuar estudios psicosociales a los padres intencionales. Estableciendo, por ejemplo, el rechazo a aquellos padres intencionales que no sean capaces de sobrellevar una relación respetuosa con la mujer gestante⁵⁷.

Ahora bien, en el Código de Familia de California, se incorporó el año 2012 un nuevo artículo 7962 donde se plasma como requisito indispensable que, en las negociaciones del acuerdo de gestación subrogada, tanto los padres comitentes como la madre gestante tendrán que estar acompañados por un abogado, en orden de garantizar los derechos de cada parte. Además, se consagra que ninguno de los tratamientos médicos podrá iniciarse sin el cumplimiento de los requisitos legales del contrato. Se estipula entonces que estos acuerdos de gestación subrogada deberán incluir como mínimo: fecha de celebración del contrato, origen de los gametos (salvo si hubiera donantes, porque en tal caso solamente se hará mención a que son donados), identidad del progenitor o progenitores intencionales y la declaración de los padres comitentes sobre cómo cubrirán los gastos médicos de la gestante⁵⁸.

⁵⁶ TEMAN, Elly (2016) “Surrogacy in Israel: State- Controlled Surrogacy as a Mechanism of Symbolic Control”. Sills, Eric Scott (ed.), “Handbook of Gestational Surrogacy: International Clinical Practice & Policy Issues” Cambridge University Press.

⁵⁷ Practice Committee of the American Society for Reproductive Medicine. Recommendations for practices utilizing gestational carriers: a committee opinion. Vol. 107 N°2. Febrero 2017

⁵⁸ VILAR (2018) p. 228.

Para avanzar al tema que nos convoca, es decir, la determinación de la filiación. En California se establece en el artículo 7633 que habrá que recurrir a los tribunales para establecer el vínculo paterno filial, acompañando el acuerdo y una declaración de los padres y de la mujer gestante donde se asegure que se han cumplido los estándares del contrato. Cuando se hubiere obtenido la sentencia, queda establecida la relación legal de filiación entre los padres comitentes y a su vez, cesan todos los derechos y deberes que hubiese tenido la mujer gestante respecto del bebé⁵⁹.

Un punto que vale la pena mencionar, al obtener una sentencia favorable que determine la filiación *ex ante* -y que esté en estado de ejecución al nacimiento- permitirá que se inscriba a los padres comitentes inmediatamente en el certificado de nacimiento del bebé, otorgándoles mayor seguridad jurídica respecto al eventual arrepentimiento de la gestante.

Si ahora analizamos algunos ejemplos de los fallos resueltos en el Estado de California, encontraremos casos que surgieron hace más de una década⁶⁰, por ejemplo, el caso “*Adoption of Matthew B*”⁶¹ del año 1991 en que la mujer gestante se arrepiente de su decisión y reclama la custodia del bebé, luego de ocho meses del nacimiento. En aquella sentencia, tanto la corte de primera instancia como la de apelaciones, fallaron a favor de los padres comitentes, resguardando el interés superior del niño, que ya se estaba criando con ellos.

Avanzando hasta uno de los casos más recientes y controvertidos que se han producido en California, encontramos el caratulado “*Cook v. Harding*”⁶². En este caso, la mujer gestante Melissa Cook de 47 años, ya era madre de cuatro niños y había actuado como gestante en otro procedimiento. El padre comitente, por su parte, era un padre soltero de 50 años.

⁵⁹ VILAR (2018) p.229.

⁶⁰ Para mayor desarrollo en los casos de gestación subrogada de California véase VILAR (2018) “La gestación subrogada en España y en el derecho comparado” pp: 230-242.

⁶¹ *Adoption of Matthew B*, a minor. Court of Appeal of the State of California, First Appellate district división three. A044280, A045711 (Cal. App. Jul. 23, 1991)

⁶² Case No 2:16-cv-00742-ODW (AFM) United States District Court, C.D. California. *Cook v. Harding* 190 F. Supp. 3d 921 (C.D. Cal. 2016) Junio 6, 2016.

Por medio de una fecundación in vitro el comitente insistió en que se implantaran tres embriones (intentando asegurar el éxito de la gestación de al menos uno de ellos por la avanzada edad de la gestante) los que fueron implantados en la gestante, perseverando y deparando en trillizos. En ese momento, el padre comitente, solicitó a Melissa que abortara al menos a uno de los embriones por medio de una reducción embrionaria, dado que no era capaz de mantener económicamente a tres bebés. Dicho procedimiento implicaba graves riesgos tanto para los restantes embriones como para la gestante, por lo que Melissa Cook se negó ante esta solicitud y el padre comitente incluso sugirió que daría en adopción a uno de los bebés si es que no cumplía con esta solicitud.

El 22 de febrero de 2016, nacieron los trillizos. Sin embargo, un poco antes del nacimiento se había iniciado un proceso judicial con una acción que presentó la gestante, alegando vulneraciones por parte del Estado de California, a sus derechos y a los de sus bebés (acción que fue rechazada). Al mismo tiempo, el padre comitente solicitó ante el tribunal de la instancia del Distrito Central de California que se le tuviera como el único padre legal de los niños que estaban por nacer. Esta última acción fue resuelta a favor del comitente, el 6 de junio de 2016, señalándose que al cumplir con cada uno de los requisitos que establecía el artículo 7692 del Código de Familia, el contrato de gestación subrogada era plenamente ejecutable y que, por lo tanto, se otorgaba la calidad de padre legal al padre intencional.

Con este caso se demostró de forma clara, la priorización que se le puede dar a un acuerdo de gestación subrogada, en un Estado como el de California, donde la fuerza obligatoria de un acuerdo de esta naturaleza será tal, que aun cuando existieren antecedentes de una eventual vulneración de los derechos de la gestante, primaría el acuerdo.

Considerando la regulación de los Estados anteriormente revisados, podemos adelantar nuestra posición acerca de la preferencia a la regulación de gestación subrogada de carácter altruista, con la que nos podríamos posicionar con mayor facilidad ante un reconocimiento de las filiaciones que deparen de ella en el extranjero, como veremos más adelante en el capítulo referido a las respuestas desde el Estado Chileno.

c) Estados que no regulan la gestación subrogada.

Hemos llegado a uno de los puntos más importantes de este trabajo, dado que en esta categoría encontramos al Estado chileno. Para analizar la situación actual de nuestro país, primero indagaremos los avances que se han mostrado en Colombia, Brasil y Argentina, aun cuando no se hayan plasmado en normas expresas sobre la gestación por sustitución.

Comenzando por **Colombia**, ya en el año 2012, era posible encontrar manifestaciones que buscaban la promoción de estos acuerdos, aun sin contar con una regulación legal expresa⁶³. Pero al analizar con mayor detención la regulación colombiana, encontraremos proyectos de Ley que intentaron hacerse cargo de esta práctica, desde el N°46 del año 2003 del Senado, o el N°196 de 2008 de la Cámara de Representantes y N°37 del año 2009⁶⁴. Es más, su propia Corte Constitucional señaló el año 2009, que “*no podía desconocerse el fenómeno de la maternidad subrogada, al no ser ajena a la sociedad colombiana*”⁶⁵.

Aquel, no fue el único pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional Colombiana, sino que se hizo cargo del problema de la gestación transfronteriza en la sentencia SU-696⁶⁶ del año 2015. El caso se basó en una pareja de hombres que habrían logrado su paternidad, mediante un acuerdo de gestación por subrogación en California, Estados Unidos. Los que, al retornar a su país de residencia, Colombia, solicitaron el registro como padres biológicos de los niños concebidos. Dicha inscripción fue negada por el registro civil de nacimiento, por no existir, dos casillas que refirieran a dos padres, sino solo a una madre y un padre. Luego, la Corte, acogió el recurso interpuesto por los recurrentes y ordenó al Registro civil

⁶³ “¿Quieres ser madre subrogada? Preferentemente que viva en Medellín o sus alrededores. Obligatoria mayor de edad, sin antecedentes delictivos y con disponibilidad de atender el proceso legal en juzgados. Página de internet que no se encuentra disponible actualmente, contenido citado por RODRIGUEZ-YONG, MARTÍNEZ-MUÑOZ (2012) “El contrato de maternidad subrogada: la experiencia estadounidense”. Revista de Derecho diciembre. Pie de página 7 en página 62.

⁶⁴ RODRIGUEZ-YONG, MARTÍNEZ-MUÑOZ (2012) p.62.

⁶⁵ Corte Constitucional Colombiana T-96/09. De 18 de diciembre 2009.

⁶⁶ <https://www.ambitojuridico.com/noticias/civil/civil-y-familia/publican-fallo-que-ordena-registro-de-hijos-biologicos-de-familias>. Noticia de 23 diciembre 2015. (Último acceso: 4 junio 2019.)

de Nacimiento que inscribiera a los menores e instó a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que en un plazo de 30 días, implementara un nuevo formato de registro⁶⁷.

Aquel fallo, no se emitió sin prevenciones y en Colombia se ha mantenido la disputa para prohibir esta TRHA, presentándose el Proyecto de Ley N° 202⁶⁸ el año 2016 y, posteriormente, el 2018, un nuevo proyecto de Ley Estatutaria para prohibir esta TRHA, el que fue instado por dos senadores del Partido Centro Democrático⁶⁹.

Respecto a **Brasil**, el estado de cosas varía de forma radical si lo comparamos al anterior Estado latinoamericano. Esto porque, aun sin existir regulación legal de la materia, ha habido reiterados pronunciamientos de parte del Consejo Federal de Medicina (“CFM”), que rigen y limitan la gestación subrogada en el territorio brasileño. La razón de esta regulación no legal es que la práctica es realizada de facto, y los centros médicos han debido adaptarse a esta nueva técnica.

Desde el año 1992 han existido pronunciamientos de parte del CFM, pero es más importante abocarnos a las resoluciones más actuales, por ejemplo, en la Resolución N°1957 del año 2010 que permitió a las mujeres recurrir a la gestación subrogada, no solamente por razones de infertilidad, sino que también por el riesgo para la mujer o para el bebé que pudiese concretarse de llevar a cabo una gestación a término, denominándosele a la técnica “*donación temporal de útero*”. Además, en aquella resolución, se estableció como requisito que la mujer comitente donara sus ovocitos de ser posible y que la mujer gestante fuera un miembro de la familia de la comitente al menos hasta el segundo grado colateral⁷⁰.

Si continuamos cronológicamente revisando estas resoluciones, encontraremos grandes avances como por ejemplo que se ampliara hasta el cuarto grado colateral, el vínculo de

⁶⁷ *Ibíd.* Pronunciamiento que tuvo el voto de minoría del magistrado Jorge Pretelt, quien señaló: *Con la postura adoptada se legitiman procedimientos que son ilegales en Colombia, como el alquiler de vientres y la inscripción de “imposibles jurídicos”, expresión que utiliza para calificar el hecho de que un niño pueda tener dos padres biológicos.*

⁶⁸ CADAVID, K; BARRERA, A. (2017) “Maternidad subrogada en el sistema jurídico colombiano y principales aportes internacionales al tema”. Facultad de Derecho de la Universidad CES-Medellín.p.20.

⁶⁹ María del Rosario Guerra de la Espriella y Santiago Valencia González.

⁷⁰ VILAR (2018) p. 187

quién pudiese ser gestante o aún más, que con la Resolución N°2121/2015, se permitió que accedieran a esta técnica no solo mujeres a las que se le fuese a producir un riesgo si seguían adelante con la gestación, sino que también a parejas homosexuales. Considerando que estas resoluciones solo buscan resguardar los acuerdos de gestación subrogada cuando sean del tipo altruista, es que han establecido el requisito de parentesco entre la gestante y los comitentes.

En todo caso, el año 2016 existió un pronunciamiento de parte del Consejo Nacional de Justicia de Brasil N° 52⁷¹, sobre el registro de nacimiento o emisión de certificados de los niños nacidos por reproducción asistida⁷². Y para las hipótesis de gestación por sustitución se estipuló que bastaría con la presencia de los padres comitentes ante el Registro Civil acreditando su unión estable o vínculo matrimonial si va uno solo de ellos, sin necesidad de que un proceso judicial determine su filiación. Incluso, se señala en este informe que no se requerirá que conste el nombre de la gestante que ha dado a luz al bebé, en el certificado de nacimiento.

Por su parte, nuestro país vecino, **Argentina**, también se ha mostrado más avanzado que nosotros, pues ya en el año 2012, intentó incluir en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, un artículo que hubiese permitido la gestación subrogada contando con un proceso judicial, que tuviera reglas propias, para luego culminar con una decisión judicial de autorización⁷³. Lamentablemente, el legislador argentino, decidió eliminar aquel artículo⁷⁴ del Código Civil y Comercial.

⁷¹<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1c6535e1.pdf> (Último acceso 12 de octubre de 2019)

⁷² Declaración de que el niño ha nacido vivo; una declaración con firma del director del centro médico o clínica en la que fue realizada la práctica, el nombre de los donantes; un certificado de matrimonio de los padres o unión estable de los comitentes.

⁷³ SCOTTI, Luciana (2015b) “La filiación internacional en el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina”. Ediciones Universidad de Salamanca. p. 100.

⁷⁴ Artículo 562: Gestación por sustitución: El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces; h) la gestante ha dado

Sin embargo, a pesar de aquella negativa por legislar la gestación subrogada dentro de su Código Civil, han existido avances en su proposición legislativa en su actual Código y además su jurisprudencia ilustra el reconocimiento de filiaciones derivadas de gestaciones subrogadas transfronterizas y también a la gestación subrogada cuando se produce dentro de su territorio⁷⁵.

Entonces, primero debemos destacar la labor que han tomado los legisladores argentinos, al impulsar un Proyecto de Ley que favorece la regulación de la inscripción en el Registro Civil de niños nacidos producto de una gestación por sustitución, realizada en el extranjero⁷⁶. Este proyecto de ley admite una autorización a aquellas inscripciones siempre que la legislación del Estado de Nacimiento así lo permita y que exista una orden judicial en tal sentido. Por lo demás, en aquel Proyecto, existe un proceso en virtud del cual, el solicitante obtendrá su “*Declaración de Co-parentalidad*” una vez acreditados sumariamente una serie de datos⁷⁷, dentro de los cuales nos parece relevante mencionar que se debería adjuntar el convenio por medio del cual se pactó el proceso de gestación por sustitución, debidamente legalizado y también el documento que incluya la renuncia de la madre gestante de sus derechos filiativos otorgada ante un oficial público del lugar de otorgamiento.

Además, cabe resaltar el artículo 2634 del Código Civil y de Comercio Argentino, que en su capítulo de normas sobre DIPRI se hace cargo del reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero, en los siguientes términos:

a luz, al menos un hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.

⁷⁵ KRASNOW (2017) p.199. Refiere a una serie de casos en el año 2015: Juzgado Familia Mendoza, 31/7/2015, Infojus.

⁷⁶ SCOTTI, Luciana (2013) “La maternidad subrogada en la legislación y jurisprudencia argentinas” p. 63.

⁷⁷ a) Domicilio real en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires;

b) Acta de nacimiento del niño expedida por autoridad competente del país de origen;

c) Convenio por medio del cual se haya pactado la realización del proceso de gestación por sustitución debidamente legalizado;

d) Declaración de la renuncia de la madre de gestación a sus derechos filiatorios y futuros reclamos en tal sentido, otorgada ante un escribano u oficial público del lugar de otorgamiento;

e) Documentación probatoria de la validez jurídica de dichos convenios en el lugar de otorgamiento;

f) Datos de la madre de gestación, y los datos del donante o donantes, en caso de que los hubiere; y

g) Datos de la institución o sitio donde se hubiere llevado a cabo el procedimiento.

“Todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño.

Los principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño.⁷⁸”

Adelantamos, que de acuerdo con la profesora Luciana Scotti, este artículo tuvo en su origen, una orientación de “*favor filiationis*”, es decir, que se reconocieran favorablemente aquellos emplazamientos filiales, cuando aquellos vayan en pos del interés superior del niño⁷⁹. Por la utilidad que nos entrega este artículo, se tratará con mayor profundidad en el capítulo IX sobre propuesta de regulación para nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, respecto a la jurisprudencia argentina, existen dos casos muy interesantes por revisar. El primero, una gestación subrogada realizada en India, con una madre comitente argentina y el padre, un español. Quienes, en la embajada argentina de Nueva Delhi, no lograron inscribir a la recién nacida, por lo que se instó a la justicia argentina de primera instancia, para que se pronunciara sobre aquella inscripción, resolviendo entonces el Juzgado de Familia de San Lorenzo, aprobar la inscripción de la niña, como argentina nativa, porque de lo contrario se avasallaría el derecho de la menor, a tener una nacionalidad y a su identidad⁸⁰.

El segundo caso, se refiere a cómo, un matrimonio de argentinos no logró llevar a cabo un embarazo natural luego de varios intentos, por lo que una de sus amigas, se ofreció a gestar

⁷⁸ Artículo 2634 Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

⁷⁹ SCOTTI (2015a) p, 239.

⁸⁰ KRASNOW, Adriana (2014) “*El derecho de familia en el proyecto de Código Civil y Comercial 2012 en Argentina*”. Revista Chilena de Derecho vol N° 41. Refiriéndose a: Juzgado de Primera Instancia de Distrito Familia, San Lorenzo, 2 de julio de 2012, la Ley Online, AR/JUR/62130/2012.

al embrión que habían creado mediante una fecundación in vitro. Luego, al momento de registrar al bebé, en su certificado de nacimiento, se dejaron espacios en blanco sobre los reglones que indicarían a los padres, pero indicando información respecto de la gestante. El matrimonio, solicitó su reconocimiento como padres legales de la niña, lo que fue accedido por la magistrada del Juzgado Nacional de Primera instancia en lo Civil, de Argentina⁸¹.

De acuerdo con lo abordado en este subcapítulo, podemos llegar a confirmar una de las premisas sobre las que se funda nuestra intención de regulación. Es decir, que aun cuando en varios Estados no se haya legislado a favor o en contra de esta técnica, la realidad muestra un claro desarrollo a favor de esta práctica, teniendo incluso que recurrir a organismos reglamentarios -como en Brasil- para prescribir lo que debería estar claramente impuesto por el legislador.

VII. Los impactos de una filiación derivada de la gestación subrogada en el DIPRI.

Cuando la legislación mundial es divergente en torno a un tema tan sensible como el que hemos tratado, se produce un importante efecto consistente en un incentivo a buscar legislaciones donde los intereses de los padres comitentes puedan satisfacerse legalmente. En concreto, el traslado de los ciudadanos de un país a otro, como hemos visto, es una práctica no poco recurrente y la forma en que los Estados resuelven esta problemática es bastante impredecible⁸².

Cuando los ciudadanos se sirven de la regulación de otros Estados para conseguir tener a su hijo por medio de la gestación subrogada, se dice que se verificaría el llamado “*turismo reproductivo*” que, en la práctica, importaría un turismo de circunvalación o un fraude a la ley⁸³.

⁸¹ KRASNOW (2014) p. 342.

⁸² PERTUSA, Luis (2018) “Dimensión Consular de la gestación por sustitución en el derecho internacional privado”. Cuadernos de Derecho Transnacional Vol. 10 N°2. pp.597-614.

⁸³ GARCÍA, Javier; MARTÍN, María (2017) “Turismo reproductivo y maternidad subrogada.” Volumen. 27. XXVI Congreso.

Así, desde el DIPRI entre las objeciones que se plantean a esta TRHA -y para impedir el reconocimiento de filiaciones por gestación subrogada en los estados prohibicionistas- encontramos como herramientas las excepciones de orden público internacional y de fraude a la ley, que se exponen a continuación.

a) Orden público internacional.

Corresponde, primeramente, definir lo que se entiende por orden público internacional, ya que es un concepto jurídicamente indeterminado. En términos generales, se puede entender como los principios básicos y fundamentales en los que se basa un ordenamiento jurídico⁸⁴. En específico, ha sido definido como “*el conjunto de principios jurídicos, públicos, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación de un modelo de sociedad en un pueblo y época determinada*”⁸⁵. Es menester, recalcar que en nuestro país, el orden público también ha sido catalogado como un conjunto de disposiciones o de normas, en virtud del cual, se previene la aplicación del derecho extranjero, cuando aquel atente contra los intereses superiores de la colectividad⁸⁶.

Ahora bien, cabe resaltar la naturaleza de este concepto como en que este concepto como una excepción. Esto quiere decir, que aquellos principios basales de un ordenamiento autorizarán, a los órganos administrativos o tribunales competentes, a descartar los efectos que una ley extranjera pueda producir en el Estado de recepción. Siempre que su aplicación contravenga dichos principios fundamentales.

Para efectos del análisis de este concepto, queremos utilizar la jurisprudencia del Estado español, que ilustra claramente el uso que puede dársele orden público internacional como

⁸⁴ CALVO-CARAVACA, Alfonso; CARRASCOSA Javier (2017) “Derecho Internacional Privado”. Volumen II Décimo séptima edición p. 795.

⁸⁵ STC 54/1989 España de 23 de febrero de 1989. Revisado en: HERNÁNDEZ, Aurora. (2014) “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España?” Cuadernos de Derecho Transnacional. Octubre Volumen N°6 p. 158.

⁸⁶ VILLARROEL, Carlos; VILLARROEL, Gabriel (2015) “Derecho Internacional Privado”. Editorial Jurídica de Chile, p.145.

excepción, para efectos de denegar el reconocimiento de una filiación extranjera derivada de la gestación subrogada.

Así, en el año 2009, las instituciones españolas resolvieron un importante caso para el tema en análisis. Para empezar, la Dirección General de Registros y del Notariado (“DGRN”) emitió una decisión favorable sobre el valor que podría tener una certificación registral extranjera (proveniente de California, Estados Unidos) para operar como título de inscripción en el Registro Civil Español. En esa oportunidad, además se indicó que el orden público internacional español, no impedía los efectos jurídicos de la filiación determinada por la legislación californiana⁸⁷.

Posteriormente, en Valencia, por oficio del Ministerio Fiscal, se dictaron dos sentencias que declararon nula la resolución de la DGRN. Se estimó que al no ajustarse al artículo 10 de la Ley 14/2006, la filiación debía determinarse a favor de la madre que dio a luz al recién nacido.

Luego de aquellos pronunciamientos, el Tribunal Supremo Español (“TSE”) planteó una tesis restrictiva, en la sentencia del 6 de febrero de 2014. En ella, estableció que la aceptación de la filiación contenida en la certificación registral dañaba el orden público internacional español al derivar de un acuerdo de gestación por sustitución, prohibido en la regulación interna⁸⁸.

El TSE fundó la afectación al orden público internacional español, afirmando que con la gestación por sustitución, la dignidad de la mujer gestante y la del niño se mercantilizarían, posibilitando entonces *“la creación de un estado de necesidad en que se encontrarían mujeres jóvenes en situación de pobreza; creando una ciudadanía censitaria en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos podrían establecer aquellas relaciones paterno-filiales, vedadas a la mayoría de la población”*⁸⁹.

⁸⁷ CALVO-CARAVACA, Alfonso; CARRASCOSA, Javier (2015). “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. Cuadernos de Derecho Transnacional. Octubre Volumen 7. p.52.

⁸⁸ CALVO-CARAVACA; CARRASCOSA (2017) p.444.

⁸⁹ Considerando Sexto Sentencia Tribunal Supremo Español Sala en Lo Civil STS Rol 247/2014, 6 de febrero de 2014.

De este modo, aun cuando la certificación en que consta dicha filiación sería una “decisión extranjera”, el TSE prohibió que aquella certificación pudiera ser un título apto para su debida inscripción, determinando que la madre de los niños nacidos era la mujer que había tenido lugar en el parto (*mater semper certa est*).

Afortunadamente, no solo han existido pronunciamientos doctrinales que critican aquel fallo⁹⁰, sino que también pronunciamientos -ya revisados- de tribunales internacionales. En base al razonamiento del TEDH (en los casos *Mennesson* y *Labasse*), se establece que el reconocimiento de una certificación registral que acredite una filiación extranjera derivada de la gestación por subrogación no basta para dañar el orden público del Estado de destino. Por el contrario, esta constituye justamente una solución necesaria para proteger el interés superior del niño⁹¹.

Tan importante es dotar de contenido este concepto de orden público internacional dependiendo de cada caso⁹², que parece relevante que recordemos una serie de instrumentos internacionales que, justamente, sirven para entender de qué forma ha de utilizarse una excepción de esta naturaleza⁹³.

Cabe destacar, el rol protagónico que tiene en este asunto la Convención sobre los Derechos del Niño, cuando nos indica claramente desde su Artículo 7 que “*El niño será **inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad** y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos*”.

Por lo demás, existe el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que entró en vigencia el año 1976, y señala en su Artículo 24 “1. *Todo niño tiene derecho, sin*

⁹⁰ CALVO-CARAVACA; CARRASCOSA (2017) p.446.

⁹¹ *Ibíd.* p.447.

⁹² VILLARROEL; VILLARROEL (2015) p.137. “*El orden público es esencialmente variable según los países y los tiempos. El que una determinada situación se ajuste o no al orden público es una cuestión que se aprecia al momento del litigio*”.

⁹³ SCOTTI (2015a) p.241.

discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.”

Esto, sin mencionar que la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), consagra un artículo muy similar al Artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, sobre la que el TEDH ha fundado sus razonamientos, para proteger la vida privada de los niños. Nos referimos en este momento al Artículo 11 de la CADH que en su numeral segundo establece: “2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.”

Precisamente, ese debe ser un fundamento clave para no obviar lo relevante de este asunto. Una cosa puede ser la opinión que cada persona o Estado tenga respecto de esta TRHA, pero otra cosa muy distinta, y que no puede dejarse de lado, es no entregar una regulación que contemple alternativas de reconocimiento a aquellos menores que nacen producto de esta técnica y a los que se debe respetar sus derechos. Más aun, si el sistema jurídico occidental ha decidido darle un rol -justificadamente- preponderante, al interés superior del niño.

Dicho de otra forma, “*si el menor nacido en el extranjero tras una gestación por sustitución tiene legalmente atribuida en dicho país extranjero una identidad jurídica, una filiación y unos nombres y apellidos. Si dicha identidad no se admite en el Estado de destino, se vulnera el derecho a la vida privada del menor que comprende el derecho a su identidad personal*⁹⁴”.

En efecto, al intentar interponer la excepción de orden público internacional habrá que dotar de contenido este concepto y luego ponderar los principios que en él convivan, para verificar, en el caso concreto⁹⁵, si es que efectivamente se han vulnerado dichos principios o no.

⁹⁴ CALVO-CARAVACA; CARRASCOSA (2017) p.447.

⁹⁵ CALVO-CARAVACA; CARRASCOSA (2015) p.80.

b) Fraude a la Ley.

El fraude a la ley se crea como una excepción a partir del caso de la princesa de Bauffremont de 1878⁹⁶, quien evadiendo la ley francesa que únicamente la catalogaba de separada de cuerpos de su marido, se trasladó a Alta Sajonia. Ello, con el objeto de nacionalizarse como alemana para efectos de divorciarse de aquel sujeto y poder casarse con el príncipe rumano del cual estaba enamorada. Sin embargo, la excepción de fraude a la ley solo se creó cuando retornó a Francia y la Corte de Casación de ese país falló que *“la demandante había solicitado y obtenido esta nueva nacionalidad no para cumplir los deberes y ejercer los derechos que derivan de ella, sino para escapar a las prohibiciones de la ley francesa”*⁹⁷.

Como vemos, esta excepción aparece como una buena herramienta para limitar el acceso de aquellas prácticas que hayan sido prohibidas por la ley del país de origen de los padres comitentes. En otras palabras, evita que se concrete la intención de los ciudadanos de un Estado que deciden trasladarse a otro para evitar la aplicación de la ley interna.

Como hemos podido revisar, en diversos casos ciudadanos franceses o españoles se trasladan a California, Estados Unidos para cumplir su deseo de paternidad o maternidad. Luego, retornan a su legislación de origen, con la intención de que se reconozca el acto celebrado en el extranjero y sus efectos. Es evidente que están creando un supuesto artificial para que la jurisdicción y la ley de otro Estado, regule sus necesidades^{98 99}.

Asimismo, y a modo ejemplar, se puede revisar en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado del año 1979, que señala en su artículo 6: *“No se aplicará el Derecho extranjero de un Estado Parte cuando artificiosamente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado Parte. Quedará a juicio*

⁹⁶ SANTOS (2014) p.703.

⁹⁷ Journal de droit international. (1880) pp. 215-221 y 508-514 y 1882 p.365.

⁹⁸ JÍMENEZ, María (2012). La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales. Anuario Facultad de Derecho Universidad de Alcalá. pp. 365-381.

⁹⁹ De acuerdo con la profesora de la Universidad de Cantabria, HERNÁNDEZ (2014): *“La situación descrita más que con un “fraude de ley” (art. 6.4 Cc) se corresponde con lo que en DIPr. se conoce como Forum Shopping, consecuencia del principio de exclusividad y de relatividad. El Forum Shopping tiene lugar cuando los sujetos de una relación jurídica privada nacional, la internacionalizan con vistas a encontrar la jurisdicción que más les conviene y conseguir con ello, en la mayoría de las ocasiones, una solución más beneficiosa.”*

de las autoridades competentes del Estado receptor el determinar la intención fraudulenta de las partes interesadas”

De la lectura del artículo citado, rescatamos que se sigue la concepción subjetiva del fraude a la ley, que incluye el elemento intencional de las partes que modifican el punto de contacto para desviar la legislación que hubiere sido la normalmente aplicable.

Sin embargo, cabe preguntarse si es posible que el “*turismo reproductivo de circunvalación*”¹⁰⁰ exista de parte de los padres comitentes en el caso de que su país de origen no regule la materia de la cual requieren para que se reconozcan los efectos de aquella nueva relación jurídica.

En el caso de que un Estado no regule una situación de hecho que merece protección y regulación, parece no ser correcto castigar a las partes involucradas con la excepción de fraude a la ley. Más aún, si lo que han hecho los padres comitentes es buscar una legislación que, efectivamente, les otorgue una protección que no encuentran en su Estado de origen.

Por lo demás, no resulta acorde al principio de interés superior del niño, el descartar la inscripción de una filiación que ya ha sido determinada en el extranjero. Menos si es que un tribunal competente ha fallado dicho vínculo paterno filial, por cuanto existirían derechos adquiridos.

Además, este efecto reconocido será uno de los principales derivados de la gestación por subrogación transfronteriza. Entonces la excepción de fraude a la ley en los Estados de recepción en que no se consagra una prohibición o aprobación del acuerdo de gestación subrogada, parece ser inaplicable. Porque, en definitiva, ¿se produce una violación a la normativa del Estado de origen, si es que en aquel Estado la regulación no existe?

¹⁰⁰ GARCÍA, Javier. MÁRTIN, María. (2017) “Turismo reproductivo y maternidad subrogada” Volumen. 27. XXVI Congreso. p. 204.

VIII. Respuesta del Estado Chileno a la gestación subrogada y al reconocimiento de filiaciones que deriven de esta gestación, cuando ella se produzca en el extranjero.

A modo de ordenar la exposición de este capítulo, primero, veremos los considerandos más importantes de un controversial fallo dictado en Chile, referido a la materia; luego, se revisará la legislación chilena y; por último, se analizarán las posturas doctrinarias que se han manifestado al respecto.

El precedente jurisprudencial a analizar es una clara demostración de cómo la realidad se adelanta al Derecho. En efecto, nuestro país no cuenta con una regulación expresa acerca de la materia, pero ello no fue un impedimento para la ejecución de esta técnica dentro de nuestras fronteras. El caso al que nos referimos tuvo por protagonistas a dos mellizas nacidas el 27 de noviembre de 2016 que fueron gestadas por su abuela, en Santiago de Chile.

Sobre este caso, se pronunció el Segundo Juzgado de Familia de Santiago, el que siguió una línea de argumentación correcta en torno a los derechos fundamentales que se encuentran en juego.

La sentencia referida¹⁰¹ resuelve una acción de impugnación y reclamación de maternidad interpuesta por una mujer de 28 años, quien luego de infructuosos intentos por alcanzar la maternidad sufrió la pérdida de su útero a la edad de 27 años. La alternativa que esta mujer y su pareja vieron, gracias a los avances de la medicina, fue someterse a un proceso de reproducción asistida en el que la madre de la mujer anidaría óvulos de su hija fecundados por espermatozoides de su pareja, en su útero. Siendo en este caso, la madre gestante de las gemelas, quien al mismo tiempo sería su abuela.

Luego del nacimiento de las niñas, se inscribieron como hijas legales de la madre de la demandante (esto es, la abuela de las niñas). En el primer considerando del fallo, se señala correctamente que *“atendida la falta de regulación en este tipo de casos, a la fecha y*

¹⁰¹ Sentencia del Segundo Juzgado de Familia de Santiago, 8 de enero de 2018.

legalmente, la abuela de las niñas es su madre legal”¹⁰². El fallo continúa señalando que la compleja situación en la que se encuentran las niñas cuando su madre genética es considerada a la vez, su hermana legalmente. Procediendo, siempre, con un análisis desde la perspectiva de la vulneración de derechos de las niñas, por el hecho de no crecer como hijas de quienes son sus padres intencionales. Quienes, por lo demás han ejercido la maternidad y paternidad respectivamente desde el inicio de su gestación.

Continuando con el análisis del razonamiento del tribunal, vemos que en el Considerando Séptimo se incorpora -bajo el alero de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de San José de Costa Rica- una noción amplia del derecho a fundar una familia y en él implícitamente el derecho a procrear. Derechos que, en concordancia con el artículo 5 inciso segundo de la Constitución Política de la República, se entienden incorporados a nuestro ordenamiento jurídico.

Cabe destacar, lo señalado por el fallo en atención a que el derecho a procrear puede ser ejercido, tanto mediante la capacidad natural de fecundar, como en virtud de las TRHA. Si complementamos esta posición, debemos entender por derecho a procrear “*aquella facultad de tener un hijo cuando se quiera, como se quiera y en cualquier circunstancia*”¹⁰³.

Por su parte, en el Considerando Octavo se pone de manifiesto el interés por resguardar el derecho a la identidad de las niñas, el que involucra el derecho que tiene cada persona a conocer su origen, saber de dónde proviene, lo que incluirá a su vez, el derecho a gozar de un emplazamiento familiar.

Todo lo señalado, conforma a la identidad como una parte esencial del derecho a la personalidad recogido por la Convención Internacional de Derechos del Niño¹⁰⁴; por el Pacto

¹⁰² Ibid. Considerando primero.

¹⁰³ MEULDERS-KLEIN, Marie (1988) “Le droit de l’enfant face au droit à l’enfant et les procreations medicalment assistées”. Revue Trimestralle de droit civil N°87. p.645.

¹⁰⁴ Artículo 7: “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento, tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos”. Artículo 8 N°1: “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”.

San José de Costa Rica¹⁰⁵; y, en nuestro ordenamiento jurídico, concretado en la Ley 19.585 que establece el derecho a la identidad, donde prevalece la verdad biológica o real por sobre la verdad formal, y por sobre cualquier consideración familiar, social o moral que entorpezca dicha identidad.

Asimismo, el fallo advierte el alcance que tiene el derecho a la identidad desde una vertiente dinámica, que involucra las relaciones sociales que la persona va generando a lo largo de su vida, comprendiendo su historia personal, su estructura social y cultural. Señalando que en materia de filiación no existiría una única verdad, sino múltiples verdades: *“la afectiva (verdadero padre o madre es el que ama); la biológica (los lazos sagrados); la sociológica (posesión de estado); la volitiva (para ser padre o madre es necesario quererlo) y la del tiempo (cada nuevo día se refuerza el vínculo)”*¹⁰⁶.

Para concluir, el fallo también se hace cargo de la postura de algunos autores que han catalogado a estos acuerdos de gestación subrogada como nulos o inexistentes en el derecho chileno. Dichos cuestionamientos -ya estudiados¹⁰⁷- se fundan en la ilicitud que provendría del objeto si se transformara al cuerpo humano de la gestante en un objeto del comercio. Sin embargo, la magistrada de forma clara establece que los únicos pactos que podrían suscitar dicha discusión son los pactos onerosos, en los que medie una contraprestación pecuniaria, lo que, en el caso alguno, ocurriría en este caso.

Por todo lo anterior, se termina por acoger las demandas de impugnación y reclamación de maternidad interpuestas y se declara como madre de las niñas a la mujer que aportó su material genético, ordenando su correcta inscripción en el certificado de nacimiento de las mismas y corrigiendo sus apellidos por los que correspondieran.

Pasando al análisis de la regulación interna, nuestra legislación en lo que respecta a la reproducción humana y la filiación, contiene dos normas en el Código Civil que sirven de

¹⁰⁵ Artículo 18: “Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o a uno de ellos”.

¹⁰⁶ Kemelmaker de Carlucci, A; Herrera, M; Lamm, E. “Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incomodo y actual”.

¹⁰⁷ Revisara acápite III.

base para responder a la interrogante central de este trabajo. Para empezar, vale la pena analizar el artículo 183, el cual señala lo siguiente:

“Art. 183. La maternidad queda determinada legalmente por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil.

En los demás casos la maternidad se determina por reconocimiento o sentencia firme en juicio de filiación, según disponen los artículos siguientes.¹⁰⁸”

De lo anterior, se entiende que en principio si una mujer gestante da a luz a un bebé en Chile, ella sería considerada madre legal del bebé -tal como vimos en el caso recién planteado-, si es que constan estos datos en la partida de nacimiento del Registro Civil. Sin embargo, podría suceder que se determinara la maternidad de la madre comitente por medio de un juicio de filiación (el que resultará favorable si, además, la madre comitente ha aportado su material genético).

Por su parte, de la naturaleza del referido artículo se desprende una presunción a favor del hecho del parto para la determinación de la maternidad. Presunción que se ha entendido como una del tipo simplemente legal que admitiría prueba en contrario, si el acto del parto no se condice con la realidad de la filiación o con las diversas verdades que existen para determinar la filiación. Siendo rebatible dicha presunción en caso de existir prueba que acredite una verdad del vínculo de filiación (como lo sería la voluntad procreacional) de forma más contundente que el mero hecho de dar a luz.

La segunda norma que se debe analizar es el artículo 182 del Código Civil, donde se recoge una regla que regula la filiación en las técnicas de reproducción humana asistida:

“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.¹⁰⁹”

¹⁰⁸ Artículo 183 del Código Civil Chileno.

¹⁰⁹ Artículo 182 del Código Civil Chileno.

Sin duda, pareciera que esta regla nos entrega una respuesta positiva, respecto de los efectos que podrían derivarse de su aplicación en la determinación de la filiación emanada de una gestación subrogada. Pero lamentablemente, este artículo, que podría fácilmente determinar la filiación de los padres comitentes como padres legales de los hijos nacidos por la técnica, no puede utilizarse.

Lo anterior, en función de lo señalado en la historia de la Ley¹¹⁰, donde se restringió la aplicación de este artículo exclusivamente a la determinación de la filiación de quienes provengan de gametos donados por extraños, sin que aquellos donantes pudieran reclamar la filiación de dichos hijos nacidos, por medio de técnicas de reproducción asistida posibilitada gracias a la donación anónima de gametos.

Para finalizar el análisis desde la perspectiva interna, corresponde referirse a las posturas doctrinales sobre este tema y, en específico, intentaremos responder a la reiterada interrogante del reconocimiento de una filiación extranjera, derivada de una gestación subrogada transfronteriza.

Así, primero daremos cuenta de la postura de profesores chilenos que han expresado su opinión al respecto y luego expondremos la nuestra.

Uno de los primeros autores en pronunciarse respecto a esta interrogante fue el profesor Hernán Corral Talciani¹¹¹, quien analiza el reconocimiento de la filiación, distinguiendo si se busca la inscripción directa en el Registro Civil Chileno o si dicha filiación proviene de una resolución judicial extranjera.

Por un lado, respecto a la inscripción directa, la rechaza porque los antecedentes primero deberían remitirse ante el cónsul respectivo en el extranjero. Debido a que la madre

¹¹⁰ CORRAL, Hernán (1999) “Reproducción Humana asistida y filiación. Un análisis del nuevo artículo 182 del Código Civil.”. p.1.

¹¹¹ CORRAL, Hernán (2013) “Maternidad subrogada: Sobre la pretensión de formalizar la filiación perseguida mediante la adopción o la recepción de su práctica en el extranjero.” Técnicas de reproducción humana asistida. Legal Publishing. pp. 186-188

comitente y solicitante de aquella inscripción no sería la mujer que dio a luz al niño, debería denegarse la inscripción, aun cuando la madre comitente quiera reconocer al hijo y haya aportado el óvulo, que la catalogaría como madre genética del bebé. Además, el profesor Corral, señala que, si un hombre se sometiera a la mencionada práctica, debería admitirse que el hijo sea reconocido como hijo no matrimonial del varón, si es que ha aportado su semen. Lo anterior parece bastante injusto, ya que solo se permitiría a los hombres el acceso al reconocimiento legal como padres cuando se someten a esta técnica¹¹².

Por otro lado, sobre el reconocimiento de una resolución judicial extranjera, niega que, por medio del procedimiento del exequátur, se pudiese abrir las puertas a una filiación derivada de gestación subrogada, porque atentaría contra el orden público chileno.

Analizando a un segundo autor -el profesor Pablo Cornejo Aguilera-, quien comentando la sentencia del Tribunal Supremo Español Rol 247/2014, señaló que, para rechazar la posibilidad de reconocer una filiación derivada de gestación subrogada en una jurisdicción extranjera, en Chile podría recurrirse a argumentos centrados en la mercantilización de la procreación, en la explotación de la mujer y, con ello, la afectación de la mujer gestante y del niño¹¹³.

Luego, el profesor Cornejo señala que en virtud de lo dispuesto en el artículo 15 del Código Civil, se excluye el reconocimiento que se pudiera dar a una de estas filiaciones, cuando

¹¹² En todo caso, el autor señala que, al negarle a su hijo, la determinación de la maternidad podría perder la tuición de este, por afectar su interés superior, por no asegurarle el derecho a conocer a ambos padres y ser cuidado por ellos. (Ibid. pág. 188) Sobre este punto, nos parece cuestionable de parte del autor asumir que la mujer gestante es la madre de ese niño, por ejemplo, si un hombre soltero, recurre a tener su hijo, por medio de esta práctica, aportando su esperma y consiguiendo un donante anónimo de óvulo, ¿por qué habría de considerarse por el solo hecho que la gestante dio a luz a dicho hijo, como su madre? Si salimos del ámbito de aplicación del artículo 182, por un momento, ¿Es realmente la mujer que gestó al feto por 9 meses su madre, aun cuando no tenga una ligazón biológica con el bebé ni pretendiera hacerse cargo de él por el resto de su vida? Creemos que no, y esto lo fundamos en el derecho de las familias, en las que no es apropiado hoy en día, hablar únicamente de tener un padre y una madre, ni tampoco vamos a creer que se requiere que la mujer gestante se haga cargo del bebé si ni siquiera ha aportado su material genético. (Distinto sería si la mujer gestante quisiese reclamar la filiación por haber aportado su material genético, o por haber cambiado de parecer, respecto a la forma de cumplir con el encargo.) El punto es que, en la actualidad, las familias pueden entenderse como uniparentales, homoparentales o incluso multiparentales.

¹¹³ CORNEJO, Pablo (2016) "Protección del orden público y en materia de filiación sentencia tribunal supremo español sala de lo civil STC Rol 247/2014 de 6 de febrero de 2014". Revista Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado N°2. p. 92.

sean chilenos los que recurran a la gestación subrogada en el extranjero, como señala dicha norma:

“A las leyes patrias que reglan las obligaciones y derechos civiles, permanecerán sujetos los chilenos, no obstante, su residencia o domicilio en país extranjero. (...) 2°. En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes chilenos.”

Al ser el factor de conexión en aquella norma, el de la nacionalidad, se impondría a todos los chilenos que recurriesen a esta práctica en el extranjero, las normas del Código Civil, sin poder sustraerse de la aplicación de las reglas nacionales en materia de filiación¹¹⁴.

De acuerdo con el texto legal, pareciera ser que cuando se señala que a los chilenos los seguirán rigiendo las reglas nacionales en esta materia, se refiere a que seguirá primando el artículo 182 del Código Civil, quedando la mujer gestante como la madre legal del bebé. Sin embargo, como hemos analizado, aquella norma resulta insuficiente en caso de existir prueba en contrario que permita acreditar la determinación de la maternidad por otros medios.

En todo caso, si esa es la norma que rige a los padres comitentes chilenos que recurran a la gestación subrogada en el extranjero ¿en qué posición quedarían los padres comitentes que -habiendo practicado una gestación subrogada en el exterior- sean extranjeros, y pretendan asentarse en Chile para hacer, de este país su residencia habitual? En aquel caso ¿podrían ingresar los padres comitentes extranjeros con un certificado de nacimiento reconocido en el extranjero por la autoridad competente del Estado de nacimiento del bebé, e inscribirlo en el Registro Civil Chileno?

Lo que queremos mostrar aquí, es que existiría igualmente una solución que no deja felices a todos los involucrados que requieran de esta práctica y es algo de lo que debe hacerse cargo nuestro ordenamiento jurídico.

¹¹⁴ CORNEJO (2016).

Aun más, si tomamos en cuenta la postura que ha tenido la jurisprudencia internacional, que ha considerado que el tema debe ser resuelto teniendo como presupuesto base, en primer lugar, el respeto primordial al menor que está en medio de una disputa; y, en segundo lugar, a una mujer gestante que no debe ser vulnerada al momento de llevarse a cabo estos acuerdos, junto con la intención de evitar que quede como madre legal de un menor, una mujer cuya única voluntad fue llevar a término el embarazo, mas no hacerse cargo de la criatura.

Consideramos que la postura más correcta respecto al tema de fondo, debe ser la regulación de la gestación por sustitución de manera altruista como sucede actualmente en Uruguay. Y que tal como hemos visto, ya se ha producido al interior del Estado Chileno, con positivos resultados. Por su parte, como detallaremos en el siguiente capítulo, tenemos convicción acerca de que una propuesta que provenga del DIPRI, cooperará sustancialmente con el tratamiento que reciba esta técnica, cuando haya que reconocerse sus efectos si proviene del extranjero.

Sin tal regulación, se siguen produciendo en Chile estas prácticas, pero solamente en la clandestinidad, sin asegurar que los derechos de todas las personas involucradas no se pasen a llevar y, sobre todo, sin asegurar que se resguarde al único involucrado que no tendría voz ni voto en esta toma de decisiones, es decir, al niño o niña nacido producto de esta técnica.

IX. Propuesta de regulación desde el Derecho Internacional Privado Chileno.

En el Derecho Internacional Privado se identifican tres interrogantes que intenta resolver esta rama del derecho. A saber: a) ¿Qué tribunal es competente para resolver el conflicto que se produce en situaciones privadas internacionales?; b) ¿Cuál será el derecho aplicable al caso? Y; por último, c) ¿Qué efecto producirá tal resolución del conflicto en un Estado extranjero? ¹¹⁵ .

¹¹⁵ CALVO-CARAVACA; CARRASCOSA (2017) p.2.

Así las cosas, considerando todo lo revisado anteriormente, intentaremos dar respuesta a cada una de estas preguntas en torno a la gestación subrogada y al reconocimiento de las filiaciones que deriven de ella en el extranjero, para dar claridad acerca del modo en que el DIPRI chileno debiese abordar el tema.

a) **Competencia judicial internacional.**

De acuerdo con el profesor Erik Jayme, existiría una vinculación entre los derechos humanos y la competencia judicial internacional, al plantearse como punto de partida el derecho a la defensa¹¹⁶. Principalmente, lo que se trata de delimitar aquí, es que el tribunal competente que termine conociendo y resolviendo el asunto, tenga al menos un grado de proximidad con el conflicto por resolver. Así, estos vínculos de proximidad han deparado en la creación de foros, donde factores específicos determinarán cuándo un tribunal o autoridad pública tendrá el conocimiento del caso¹¹⁷.

En casos de gestación subrogada, como hemos visto en los casos enunciados, los principales conflictos que se pueden crear tendrán relación con el reconocimiento, impugnación o reclamación de filiación -entre otros que tengan que ver con la dinámica contractual-.

Por tanto, se necesita identificar los factores de conexión para aplicar un foro u otro. Antiguamente, el principal factor de conexión era el de la nacionalidad del padre, sin embargo, hoy hay diversos puntos de conexión para determinar la competencia internacional para impugnar la filiación. Por ejemplo, la profesora Nuria González identifica el Estado de residencia habitual del niño, la residencia habitual o nacionalidad de un padre putativo que impugna la filiación, el Estado de nacimiento del niño, la residencia de la madre, entre otros¹¹⁸.

¹¹⁶ JAYME, Erik (2000) *Identité culturelle et integration: Le droit international privé postmoderne. Cours de droit international privé. "Les critères permettant de déterminer la compétence des juridictions d'un Etat suivent l'idée que les droits de la défense font partie des droits de l'homme"*. p.52.

¹¹⁷ VILLARROEL; VILLARROEL (2015) p.387. Además, se ha contemplado que el triple fundamento de estos foros será la seguridad jurídica internacional, el principio de proximidad y la buena administración de justicia. CALVO-CARAVACA; CARRASCOSA (2017) p. 171.

¹¹⁸ GONZALEZ; ALBORNOZ (2016) p.172.

Uno de los foros de mayor relevancia en estos casos es el *foro de necesidad*, que tiene como principal objetivo evitar la indefensión de las partes que no encuentren un tribunal competente. Un ejemplo de aplicación de este foro se da en el caso -ya explicado- de la pareja compuesta por un español y una argentina en Nueva Dehli, que tuvo que recurrir a un Juzgado de Familia de San Lorenzo, Argentina, para obtener el reconocimiento de la filiación derivada de la gestación subrogada realizada¹¹⁹.

Por su parte, otro foro importante es el *foro de protección*, que tiene en su centro de atención, a la parte débil del conflicto. En los casos de gestación por sustitución, las partes débiles involucradas creemos que serían la mujer gestante y el niño nacido.

De esta forma, sostenemos que, si se quiere impugnar una filiación que provenga del extranjero y en la cual ha participado una mujer gestante para lograr el nacimiento del niño, debería impugnarse esta filiación ante los Juzgados de Familia del país, en el caso de que los niños ya tengan como residencia habitual el territorio chileno. Por lo que una norma que consagre la competencia judicial internacional podría implementarse de esta forma:

“Podrá interponerse la acción de reclamación o impugnación de la filiación ya determinada en el extranjero, ante los jueces del domicilio del niño nacido a través de la gestación subrogada o ante los jueces del domicilio de quien reclama del emplazamiento filial¹²⁰”.

De acuerdo con el artículo recién propuesto, se parte otorgando una elección a quien reclame o impugne una filiación ya determinada en el extranjero, respecto del foro que se utilizará. Por ejemplo, si una mujer gestante, quisiera impugnar una filiación que ya ha quedado determinada a favor de padres comitentes en el extranjero, tendría la posibilidad de accionar ante los tribunales del domicilio del niño o niña que haya nacido por medio de esta técnica o ante el tribunal de su propio domicilio. Esta opción se otorga para dar un mayor ámbito de protección a la mujer gestante, si quisiese revertir el proceso o incluso se le entrega al niño que en el futuro quisiese impugnar su propia filiación, al conocer sus orígenes.

¹¹⁹ KRASNOW (2014) p.341.

¹²⁰ Este artículo hipotético ha sido elaborado inspirado en el Artículo 2631 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

Los conflictos de naturaleza contractual, por su parte, deberían resolverse en el foro de residencia habitual de la gestante, pero que, para efectos de este trabajo, escapan de la órbita central de la propuesta.

b) Derecho aplicable a la filiación y a su impugnación.

En este punto, debemos distinguir si se permitirá la aplicación del derecho extranjero, o si prevalecerá en Chile la utilización de las normas chilenas para resolver el problema derivado de la filiación que provenga de una gestación subrogada.

Si seguimos a los profesores Villarroel, habría que distinguir si una filiación se crea y constituye en Chile, porque en tal caso, regirá la Ley chilena de acuerdo con el artículo 14 del Código Civil: “*La ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros*”¹²¹.

Luego, si el acto o la filiación son constituidos en el extranjero, tendría que distinguirse si los implicados son chilenos o extranjeros, en el primer caso, en virtud del artículo 15 del Código Civil, los derechos derivados de las relaciones de familia y el estado civil se regirán por la Ley chilena, si el solicitante es nacional de Chile. En cambio, si es que es un extranjero, se aplicaría la ley del lugar donde se originó el acto¹²².

En este punto, cuando el foro chileno llegue a resolver un conflicto de impugnación de la filiación, sería relevante desde nuestra perspectiva, que se equiparara el trato tanto para extranjeros como para chilenos que salgan al exterior en la búsqueda por la maternidad o paternidad. Lo anterior, con el objeto de no crear una diferencia discriminatoria entre los chilenos y extranjeros que necesiten una respuesta de parte del ordenamiento jurídico del Estado de destino.

¹²¹ VILLARROEL (2015) p. 267.

¹²² *Ibíd.*

Por lo tanto, creemos que una norma que pudiere hacerse cargo de esta problemática acerca del derecho aplicable podría seguir la siguiente estructura:

“El reconocimiento y la impugnación de la filiación se regirá por el derecho del lugar de celebración del acuerdo de gestación subrogada, o el derecho de la residencia del hijo al tiempo de su nacimiento, o el derecho del domicilio del progenitor o pretendido progenitor, el que tenga soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo.

El derecho aplicable en razón de esta norma determina la legitimación activa y pasiva para el ejercicio de las acciones, el plazo para interponer la demanda, así como los requisitos de la filiación que este derecho determine”¹²³.

Respecto a la redacción de este artículo- inspirado en el Código Civil Argentino- entregamos al juez que resuelva la controversia, una herramienta que incluye el parámetro más relevante para efectos de fundar su decisión, a saber, que se interese por resguardar en todo momento, que la filiación que se reconozca o se impugne, sea resuelta mirando al interés superior del niño.

Así, la legislación que favorezca de mejor forma una vinculación filial entre los padres comitentes y su hijo o bien que se impugne por la mujer gestante la filiación que aquellos -padres intencionales- han obtenido (porque se ha probado que los padres comitentes no han cumplido todas sus obligaciones y hagan perjudicial los efectos del contrato), siempre habrá que alcanzar la salida más satisfactoria para el bienestar del niño o niña.

c) Reconocimiento de decisiones extranjeras o resoluciones judiciales.

Este es el punto central del trabajo, pues este acápite busca dar respuesta a casos como el de los padres chilenos que se trasladaron a Perú para lograr la paternidad y maternidad que deseaban, en virtud de la gestación subrogada celebrada. Entonces, convendrá distinguir si es que nos enfrentaremos a un documento auténtico en el que conste esta filiación -ya determinada en el extranjero- o si en cambio contamos con una resolución judicial.

¹²³ Artículo 2632 Código Civil y Comercial Argentino.

En todo caso, como podemos vislumbrar, el análisis de este acápite se funda en un reconocimiento de la filiación ya determinada en el extranjero, lo que implica que no se tratará aquí de establecer desde cero el vínculo de filiación, sino que este ya ha sido construido en base al derecho extranjero y debería reconocerse en virtud de la teoría de los derechos adquiridos¹²⁴.

Así las cosas, siguiendo con el ejemplo, el certificado de nacimiento emitido por la autoridad competente de Perú debería valer como título suficiente para homologar ante el Estado chileno la filiación que se le reconozca a tales padres comitentes.

En efecto, de no reconocerse el valor de dichos certificados o documentos auténticos que emanan de los Registros Civiles de otros países, se les quitaría el rol de otorgar la certeza legal y seguridad jurídica que han sido encargados de brindar¹²⁵.

Respecto de estos documentos auténticos, la Ley del Registro Civil, en su artículo 3 N° 3 dispone que los padres tendrán que inscribir ante el Cónsul del Estado de Nacimiento, el nacimiento del bebé y que aquel funcionario deberá examinar la autenticidad de los documentos. Posterior a eso, la Primera Sección del Registro Civil de Santiago debe autorizar dicha inscripción. En ambas etapas, ya sea ante el Cónsul o el Registro Civil se puede rechazar la inscripción si se identifica algún problema con la determinación de la filiación¹²⁶ (como sería el caso de no figurar el nombre de la mujer gestante como la madre legal del niño, según el artículo 183 del Código Civil Chileno y el artículo 31 de la Ley del Registro Civil).

Ante dicha negativa, los padres comitentes podrían impugnar esta decisión ante los Juzgados de Familia chilenos y si seguimos la lógica del caso que se produjo en nuestro país (que

¹²⁴ VILLARROEL; VILLARROEL (2015) p.445.

¹²⁵ OYARZÁBAL, Mario (2004) “Los actos de estado civil en el derecho internacional privado y la competencia específica de los agentes diplomáticos y consulares argentino”. Anuario Argentino de Derecho Internacional, vol. XIII, Asociación Argentina de Derecho Internacional, Córdoba.

¹²⁶ JARUFE, Daniela (2014) “La problemática de la determinación de la filiación derivada de la práctica de la maternidad por subrogación: supuestos que amenazan la estabilidad del sistema filial”. p. 294.

detallamos en el capítulo anterior), el resultado no necesariamente debiese ser negativo, si se utiliza correctamente el Derecho de Familia en base a los principios modernos como en el referido caso.

Ahora bien, si la determinación de filiación proviene de la resolución de un tribunal extranjero, señalando a los padres comitentes como los padres legales del bebé nacido, esta resolución tendría que superar el trámite del exequatur para ser acogida y reconocida en nuestro país.

Así, los requisitos para la procedencia de un exequátur o reconocimiento de sentencias extranjeras serán: i) la existencia de un tratado entre los Estados parte que regule la materia; ii) en caso de no existir, se pasará a la regularidad internacional¹²⁷ y; iii) por último, como regla supletoria -pero de gran aplicación- encontramos el artículo 245 del Código de Procedimiento Civil Chileno¹²⁸.

Dentro de los supuestos de este último artículo, encontramos un requisito especial para que la sentencia extranjera tenga valor en nuestro país, a saber, “*que no contenga nada contrario a las leyes de la República.*” Luego, si quisiéramos saber concretamente a qué se refiere este requisito, de acuerdo con la doctrina mayoritaria nacional, quiere decir que no se oponga al orden público chileno¹²⁹.

Por tanto, debemos preguntarnos, ¿qué principios han sido recogidos por el orden público chileno? para así dotar de contenido este concepto, antes de llegar a conclusiones equivocadas. A partir de este paso, habrá que estudiar el caso concreto que estaría por

¹²⁷ Lo que implica el cumplimiento de las sentencias chilenas en el país del que se pretende hacer cumplir una resolución judicial.

¹²⁸ Artículo. 245 (242). En los casos en que no pueda aplicarse ninguno de los tres artículos precedentes, las resoluciones de tribunales extranjeros tendrán en Chile la misma fuerza que si se hubieran dictado por tribunales chilenos, con tal que reúnan las circunstancias siguientes: 1a. Que no contengan nada contrario a las leyes de la República. Pero no se tomarán en consideración las leyes de procedimiento a que haya debido sujetarse en Chile la substanciación del juicio; 2a. Que tampoco se opongan a la jurisdicción nacional; 3a. Que la parte en contra de la cual se invoca la sentencia haya sido debidamente notificada de la acción. Con todo, podrá ella probar que, por otros motivos, estuvo impedida de hacer valer sus medios de defensa. 4a. Que estén ejecutoriadas en conformidad a las leyes del país en que hayan sido pronunciadas.

¹²⁹ GUZMÁN, Diego (1989) “Tratado de Derecho Internacional Privado”, Editorial Jurídica de Chile, p.583.

“vulnerar” el orden público chileno o, dicho de otro modo, cómo la excepción de orden público internacional pudiere ser acogida o rechazada.

Sin embargo, como adelantábamos brevemente, el hecho de que la filiación ya haya sido determinada por un tribunal extranjero implicará indudablemente que el orden público que se aplique tenga menos intensidad al solo efectuar un reconocimiento, y a este concepto se le denomina *orden público atenuado*¹³⁰⁻¹³¹. Su intensidad reducida se contrapone por ejemplo a “*constituir una relación jurídica en base a una ley extranjera*”¹³².

Resta entonces colmar de contenido al concepto de orden público para resolver el caso concreto, a partir de la materia que se discute, esto es, con los principios más importantes del *Derecho de las familias*¹³³. En este punto, resulta muy útil usar la recopilación realizada el año 2014 por el profesor Cristián Lepin Molina¹³⁴, sobre los nuevos principios del derecho de familia chileno. Afortunadamente, enumeró algunos que resultan plenamente aplicables a nuestra labor, a saber, el principio de protección a la familia, principio de protección del más débil, donde incorpora el principio del interés superior del niño y a su vez el principio de autonomía de la voluntad en el derecho de familia, entre otros.

De acuerdo con el primer principio enunciado, se protege la familia por ser una de las instituciones que contribuye a la socialización de los individuos y al mayor desarrollo de todo ser humano, al cumplir ella un rol económico, educativo y protector para el beneficio de sus propios integrantes¹³⁵.

¹³⁰ ALVARÉZ GONZÁLEZ, Santiago (2013) “Reconocimiento de la filiación derivada de la gestación por sustitución”. Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum alegría borrás. Marcial Pons, Madrid. p.85.

¹³¹ VILLARROEL (2015) p.445.

¹³² SCOTTI (2015 a) p. 222.

¹³³ Recogemos este concepto que ha sido utilizado por el profesor Rubén Santos Belandro hace ya varios años, para ilustrar que no existe un modelo único de familia, para ser aceptado en la actualidad. Sino que las familias tendrán múltiples composiciones y todas ellas deberían ser protegidas por nuestro ordenamiento jurídico. VILAR (2018) “*En pleno siglo XXI, ya no puede hablarse de una única concepción de familia. El concepto tradicional, apoyado en la institución del vínculo jurídico-formal del matrimonio heterosexual con estructura jerarquizada, monógama y nuclear, superordinado a los intereses particulares de sus integrantes, con una fuerte división de los roles asignados al hombre y a la mujer, ha dado paso a un concepto de familia amplio, con base contractual o voluntarista, estructura igualitaria y configuración plural, subordinada a la satisfacción de los intereses individuales de cada uno de sus componentes*”

¹³⁴ LEPIN MOLINA, Cristián (2014) “Los nuevos principios del derecho de familia”. Revista Chilena de Derecho Privado N°23. pp.9-55.

¹³⁵ LEPIN MOLINA (2014) p.15.

Luego, al referirse al principio de interés superior del niño, el profesor Lepin lo identifica como el principio rector en materia de familia¹³⁶. Siendo éste tan fundamental, que “*alude a asegurar al menor el ejercicio y protección de sus derechos fundamentales, en todos los aspectos de su vida, en perspectiva de su autonomía y orientado a asegurar el libre desarrollo de su personalidad; concepto en todo caso, cuyos contornos deben delimitarse en concreto, en cada caso*”¹³⁷.

Cabe destacar, que al establecer que es un interés superior, se trata de evidenciar que todas las soluciones que se otorguen a los conflictos en que se involucre a un niño, deben ser orientadas al mayor beneficio personal de *ese* niño -de ahí la relevancia de analizar caso por caso estos temas-. Entonces, si este principio se cataloga como un principio rector es porque posee una superioridad valorativa que lo hace prevalecer ante otros principios del derecho de familia¹³⁸. Y esta superioridad se justifica en la medida que el niño necesita protección y cuidados especiales por su falta de madurez física y mental¹³⁹.

En tercer lugar, se encuentra el principio de la autonomía de la voluntad en el derecho de familia, donde progresivamente el legislador ha reconocido, a partir de la voluntad de las personas, que surjan actos jurídicos propiamente tales, por ejemplo, en la adopción o en el reconocimiento de un hijo, entre tantos otros¹⁴⁰. Con este principio además se debiese fomentar una regulación que acoja los acuerdos de gestación subrogada, pero con el resguardo del legislador, sobre todo, si es que día tras día se generaliza aún más la cantidad de adherentes a esta nueva TRHA.

¹³⁶ *Ibíd.* p. 30.

¹³⁷ Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de octubre de 2004, Rol 7166-2003.

¹³⁸ CALVO-CARAVACA; CARRASCOSA (2015) p.82.

¹³⁹ Preámbulo de la Convención sobre los Derechos de los Niños, que hace referencia a la Declaración de los Derechos del Niño.

¹⁴⁰ LEPIN MOLINA(2014)p. 46.“*Se permite a los cónyuges regular la procedencia del derecho a compensación económica (...) a las relaciones de los padres con los hijos, celebrar acuerdos sobre el cuidado persona, la patria potestad y los alimentos.*”

Además, es perentorio incorporar en este concepto del orden público, una serie de instrumentos internacionales como la Convención Internacional del Niño¹⁴¹, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁴² y la Convención Interamericana de Derechos Humanos, los que, a su vez, han reconocido el valor de los principios ya mencionados¹⁴³. Tratados que han sido ratificados por Chile y, que en aplicación del artículo 5 de la Constitución Política de la República, gozan de un rango supralegal.

Con una postura contraria, encontramos a profesores -Hernán Corral¹⁴⁴ y Daniela Jarufe¹⁴⁵- que incorporarían en este concepto del orden público, una noción de dignidad que se vería trastocada en el caso de permitirle a una mujer gestante que lleve a cabo este acuerdo y, luego, que además se podría terminar comercializando al niño que naciera producto de esta técnica. Adoleciendo el acuerdo de objeto o causa ilícita, en los términos que establece el Código Civil Chileno¹⁴⁶, normas que impedirían que los acuerdos de gestación subrogada produjeran efecto dentro de nuestras fronteras.

Corresponde entonces que analicemos ahora el caso concreto, ya que hemos delimitado cómo se podría dotar de contenido al orden público internacional chileno.

Los padres comitentes chilenos Tovar y Madueño, que recurrieron a Perú para conseguir su maternidad y paternidad respectivamente, a través de esta TRHA, celebraron un acuerdo con la mujer gestante. Por lo que al ser detenidos y quedar en prisión preventiva, la mujer gestante se manifestó a favor de la pareja en un comunicado de prensa, señalando entre otras

¹⁴¹ Artículo 3. Convención Internacional de los derechos de las Niñas y los Niños de 1989. “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”.

¹⁴² Artículo 24 N°1 PIDCP: “*Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza o color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado*”.

¹⁴³ Por ejemplo, en el Preámbulo de la Convención sobre los derechos de los Niños, se señaló: “*convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad*.”

¹⁴⁴ CORRAL (2013) p.171.

¹⁴⁵ JARUFE (2014) p. 295.

¹⁴⁶ Artículo 1464 Código Civil N°1, por ser el objeto del contrato la disposición del cuerpo humano “capacidad gestacional” podría configurar una hipótesis de cosas que se encuentran fuera del comercio. Y Artículo 1467 del Código Civil referido a causa ilícita, si aquella causa que contraviene las buenas costumbres o el orden público.

cosas, que los gemelos que nacieron no eran de ella, sino que eran hijos de la señora Rosario de los Ángeles Madueño Atalaya y Jorge Tovar Pérez, por cuanto los embriones eran de ellos, y ella solamente había realizado un acto humanitario para apoyarlos¹⁴⁷.

Entonces a partir del caso concreto, si pretendemos negarle eficacia al acuerdo voluntario celebrado entre la mujer gestante y los comitentes, tendríamos que asegurar, por un lado, que se ha utilizado fuerza o manipulación para aprovecharse de la situación vulnerable de la mujer para disponer de su cuerpo o, por otro lado, que las circunstancias lleven a concluir que el bebé ha sido considerado como un producto del comercio¹⁴⁸. Esto, considerando que efectivamente hubo un pago llevado a cabo por los comitentes, para costear gastos de alimentos, médicos y transportes para que la gestante no pagara nada entre la gestación y el parto.

Ahora bien, dentro de los supuestos del caso, además, existía una vinculación genética absoluta entre el Sr. Tovar y los gemelos. A diferencia de la Sra. Madueño que únicamente podía vincularse a los bebés en virtud del elemento volitivo que primaba en ella, que por lo demás se mantuvo desde el año 2013, con sus fallidos embarazos que la hicieron preferir esta TRHA.

No conocemos el resultado final del caso, pero hipotéticamente podemos imaginar que, si efectivamente se reconociese la filiación a favor de los comitentes en Perú, no pareciera lógico creer que el orden público internacional chileno se pudiese afectar al reconocer una sentencia que determinare la filiación a favor de aquellos padres.

En primer lugar, debido a que los comitentes han tenido la voluntad procreacional (elemento volitivo primordial en la determinación de filiación por TRHA), para convertirse en padres. Además, de no encontrar supuestos que afectaran directamente la dignidad de la mujer gestante o los niños que nacieron producto de la técnica, vemos una consecuencia difícil de

¹⁴⁷ <https://www.eldesconcierto.cl/2018/09/06/no-son-mis-hijos-mujer-que-arrendo-su-vientre-insistio-en-que-hubo-acuerdo-previo-con-matrimonio-de-chilenos-detenido/> (Último acceso 16 de noviembre de 2019)

¹⁴⁸ Se ha considerado que los niños pueden ser vistos como un mero producto, que satisface necesidades, cuando se rechaza que padezca alguna enfermedad, como por ejemplo el síndrome de Down. Op cit. 21.

resolver en el caso de que no se reconociera su filiación, porque aquellos niños quedarían con una filiación que no les conviene en el caso concreto, debido a que su padre biológico es efectivamente el comitente, pero que la mujer gestante no se autodenomina su madre, sino que ha hecho una completa diferenciación entre la disposición de su capacidad gestacional y la clásicamente entendida “maternidad”.

En virtud del principio del interés superior del niño que queda incorporado en el concepto de orden público internacional chileno, el no reconocer tal filiación solamente trae a un sujeto como principal afectado: el niño, quien vivirá con su derecho a la identidad y al respeto de su vida privada menoscabado, hasta que no se reconozca la filiación legal que en derecho corresponde.

Por tanto, utilizando los principios modernos del derecho de familia, es posible entender que el solo reconocimiento de una filiación determinada en el extranjero no merece ser considerado un acto que atente contra el orden público chileno y, por ende, debiese promoverse su acogida¹⁴⁹.

Ante un eventual rechazo de parte de la Excelentísima Corte Suprema, desconociendo la filiación derivada de una gestación subrogada transfronteriza, creemos que persistiría la opción de recurrir ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el objeto de combatir la vulneración de derechos a la que se estaría exponiendo al niño o niña a quien no le reconozcan su filiación.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, parece necesario ofrecer, al igual que en los otros dos acápites anteriores, una norma que avance en el sentido de reconocer el emplazamiento filial ya constituido en el extranjero:

“Toda filiación constituida de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocida en la República, de conformidad con los principios de orden público

¹⁴⁹ CALVO-CARAVACA; CARRASCOSA (2015) p.82.

chileno, especialmente, aquellos que sirvan para adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño.”¹⁵⁰

Justamente, la redacción del artículo recoge las problemáticas a las que hemos tratado de responder en este último acápite. Parece lógico que el orden público chileno tenga una consideración primordial para el principio de interés superior del niño, si es que aquel es un principio fundamental no solo en la órbita internacional, sino que además es el principio rector de nuestro ordenamiento jurídico interno, en materia de familia¹⁵¹.

Finalmente, nos parece correcto plantear una propuesta alternativa, que de forma similar a lo planteado por nuestros vecinos trasandinos¹⁵², incluyera un trámite judicial para el reconocimiento de la filiación de los hijos nacidos mediante esta técnica.

En efecto, creemos que un proceso judicial que quede a cargo de los Juzgados de Familia del país sería el método más adecuado para el tema en análisis. Los jueces especializados en esta materia son los que están mejor capacitados para llegar a la correcta solución, determinando, caso a caso, la filiación de los niños. Proceso que deberá tener en cuenta su interés superior, la voluntad procreacional de los padres comitentes y el resguardo de los derechos de la mujer gestante, en el caso de que se hubiere intentado abusar de su capacidad gestacional de una manera clandestina.

¹⁵⁰ Artículo inspirado en el actual artículo 2634 del Código Civil y Comercial Argentino.

¹⁵¹ LEPIN (2014) p. 35 “*Es un principio inspirador de diversas disposiciones del Código Civil, como los artículos 222 inciso 1, 225, 225-2, 226, 229, 234, 240, 242, 244, 245, 268 y 272*”

¹⁵² SCOTTI (2015); SANTOS (2014)

X. Conclusiones.

El acuerdo de gestación subrogada, como hemos visto, involucra al menos a dos partes: a los padres comitentes que poseen la voluntad procreacional -o deseo de crear una nueva vida- y a la mujer gestante que dispondrá de su capacidad gestacional, con el objeto de que los primeros concreten su voluntad de ser padres. Como resultado de este acuerdo, nacerá un niño o una niña. La fórmula más común -que involucra la utilización de técnicas de reproducción humana asistida-, es que se implante un embrión en el útero de la gestante, que contenga el componente genético de los comitentes.

Aun cuando existan objeciones de índole moral o ética, referidos a la imposibilidad de someter a la mujer gestante a este tipo de “explotación”, por cuanto los padres comitentes podrían abusar de su posición económicamente superior, e inducir a la mujer a disponer de su capacidad gestacional, influenciada por factores económicos. O, por otro lado, que de tolerarse esta técnica, se podría considerar al bebé que nazca, como un mero producto del mercado (dada la variante comercial de estos acuerdos). Debemos reiterar que también han existido argumentos que promueven su aprobación, fundándose en la libertad que tendría la mujer gestante para decidir si someterse o no a esta técnica y que la protección de su salud es esencial, desde que a los comitentes les interesa que el bebé nazca sin problemas.

En particular, consideramos que si esta técnica se ha hecho una realidad que cada vez alcanza mayor popularidad alrededor del mundo. En nuestra opinión, la salida más preferible es promover la regulación que incorpore los derechos y deberes de las partes involucradas, y que, de esa forma, se proteja a quienes, en la clandestinidad, o a la sombra de sus Estados, han recurrido a esta técnica con la sola intención de convertirse en padres.

Luego, si desde el Derecho Internacional Privado se comenzó a utilizar el término *derecho de las familias*, que reconocería una amplia aceptación de ellas, cualquiera fuere la composición de las mismas ¿qué otra rama del derecho podría ser más indicada para regular una práctica que justamente impacta en las familias y que produce efectos internacionales?

La gran interrogante a la que intenta responder esta rama del derecho viene derivada de la diversa regulación que existe en los Estados acerca de esta técnica.

En efecto, la prohibición, aprobación o desregulación de aquellos, promueve que los padres comitentes se trasladen a otros estados del mundo, para conseguir su deseo de paternidad o maternidad. Y al momento de retornar aquellos padres, a sus Estados de origen, tendrán que reconocer los efectos de un acuerdo de gestación subrogada en aquel Estado, llevándonos el quid de la cuestión, a saber, ¿se reconocerá o no la filiación que se constituyó en el extranjero, producto de esta técnica?

Para responder a dicha interrogante, primero se planteó el caso de padres comitentes chilenos que se trasladaron a Perú para concretar su deseo de paternidad/maternidad y luego estudiamos la regulación de Estados prohibicionistas (España, Francia y Alemania), Estados que aprueban la gestación subrogada (Uruguay, Reino Unido y California) y por último se analizó la regulación de Estados que- al igual que Chile- carecen de regulación en la materia (Colombia, Brasil y Argentina).

Dicho análisis, nos permitió concluir: primero, que una desregulación o prohibición en la materia no contribuye a la disminución de casos que en la realidad se producen. Segundo, que aun cuando los acuerdos de gestación subrogada se celebren en un determinado Estado, el debido reconocimiento de las filiaciones derivadas de dichos acuerdos en otro Estado es necesario, pues en caso de que no se le reconozca la filiación a los padres comitentes que pretenden hacerse cargo del niño, solamente se vulnerará el derecho a la identidad del menor, quien no ha tenido ninguna responsabilidad con el acuerdo celebrado previamente. Y, en tercer lugar, que a partir de lo señalado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en los casos de Labbasse y Mennesson) un reconocimiento de aquella filiación no depara en una vulneración al orden público internacional del Estado de Recepción, desde que el interés superior del niño prevalece antes que la desincentivación que intentare el Estado de Recepción, al prohibir la práctica de la técnica respecto de sus ciudadanos (como pasó en Francia).

Posterior a dicho análisis se revisaron las excepciones de orden público internacional y de fraude a la ley, que son herramientas entregadas por el Derecho internacional privado, para impedir la aplicación de la ley extranjera dentro del territorio.

Luego, se revisó la jurisprudencia y normativa actual de nuestro país respecto a la materia. En dicha oportunidad, se constató que dentro de nuestras fronteras se ha llevado a cabo la práctica comentada, pese a que no contamos con una regulación expresa de aquella. Por lo mismo, sostenemos que cerrar los ojos ante los cambios que ha ofrecido la realidad global, no es aceptable y consideramos prudente regular favorablemente una técnica que, en definitiva, protegerá a los involucrados.

Por último, se ofreció una propuesta de regulación para responder a la principal interrogante que se planteó respecto al caso de los padres comitentes chilenos que se trasladaron a Perú, incluyendo criterios de competencia judicial internacional, derecho aplicable y el reconocimiento de decisiones extranjeras. Respecto a este último punto, logramos abordar el prisma de la directa inscripción del certificado de nacimiento, como un instrumento auténtico merecedor de registro y a su vez, el procedimiento del exequatur, para reconocer las resoluciones judiciales que ya hubieren determinado la filiación en el extranjero, cuando ella proviniere de gestación subrogada.

Al respecto, concluimos que el requisito del exequatur¹⁵³ sobre la resolución judicial que pretende ser reconocida, es decir, “*que no contenga nada contrario a las leyes de la República*” primero, se identifica con el concepto de orden público y a su vez, este orden público será atenuado, por cuanto solo se pretende reconocer una relación jurídica ya constituida en el extranjero.

Segundo, que cabe dotar de contenido a dicho concepto para lo cual es necesario incluir principios modernos del derecho de familia actual, tales como el principio de protección a la familia, interés superior del niño y autonomía de la voluntad en derecho de familia. Sumando a esto, los tratados internacionales que ha suscrito Chile para que lográramos

¹⁵³ Artículo 245 Código de Procedimiento Civil Chileno.

concluir que el reconocimiento de la filiación derivada de una gestación subrogada transfronteriza es perfectamente posible a partir del exequatur, mirándolo desde la óptica del interés superior del niño.

Siendo favorable entonces, la respuesta que debiese entregarle el ordenamiento jurídico chileno, a los padres protagonistas del caso en Perú que estudiábamos, cuando decidan retornar a Chile con aquellos niños, como sus legítimos hijos.

En síntesis, creemos que, si la realidad ha superado al legislador chileno del siglo XXI, el Derecho Internacional Privado como una rama del derecho que se ha entendido siempre como una rama facilitadora de soluciones o *ius communicationis*¹⁵⁴, podrá dar respuesta a los conflictos que seguramente surgirán, en particular, porque tal predicción se condice con lo que se ha vivenciado en otros países.

¹⁵⁴ SÁNCHEZ, Sixto (2010) “Estado Democrático, postmodernismo y el Derecho Internacional Privado”. Revista de Estudios Jurídicos. p. 7

XI. Bibliografía.

- ALBORNOZ, Laura (2019) “Como regular la maternidad subrogada por razones humanitarias”. texto presentado en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, Universidad Adolfo Ibañez, 4 de octubre 2019.
- ALGHRANI, Amel; GRIFFITHS, Danielle (2017) “The regulation of surrogacy in the United Kingdom: The case for reform”. Basado en: “Surrogacy Law Reform Conference in the 21st Century: Rethinking assumptions, reforming law”.
- ALVAREZ, Henar (2019) “Aspectos civiles más relevantes de la gestación por subrogación: La inscripción en el registro civil”. Revista Jurídica de Castilla León N°49.
- ALVARÉZ GONZÁLEZ, Santiago (2013) “Reconocimiento de la filiación derivada de la gestación por sustitución”. Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum alegría borrás. Marcial Pons, Madrid.
- BRUGGER, Kristiana (2012) “International law in the gestational surrogacy debate”. Fordham International Law Journal 35 (3).
- CADAVID, K; BARRERA, A. (2017) “Maternidad subrogada en el sistema jurídico colombiano y principales aportes internacionales al tema.” Tesis Facultad de Derecho de la Universidad CES-Medellín.
- CAMACHO, Javier (2009) “Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores”. Disponible en: <https://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf> (Último acceso 14 de octubre 2019)
- CALVO-CARAVACA, Alfonso; CARRASCOSA, Javier (2017) “Derecho Internacional Privado”. Volumen II, Décimo séptima edición. España.
- CALVO-CARAVACA, Alfonso; CARRASCOSA, Javier (2015) “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. Cuadernos de Derecho Transnacional. Octubre Volumen 7.
- CORRAL, Hernán (1999) “Reproducción Humana asistida y filiación. Un análisis del nuevo artículo 182 del Código Civil”.
- CORRAL, Hernán (2013) “Maternidad subrogada: Sobre la pretensión de formalizar la filiación perseguida mediante la adopción o la recepción de su práctica en el extranjero”. En: Técnicas de reproducción humana asistida. Legal Publishing.

- CORNEJO, Pablo (2016) “Protección del orden público y en materia de filiación sentencia tribunal supremo español sala de lo civil STC Rol 247/2014 de 6 de febrero de 2014.” Revista Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado N°2 2016.
- European Parliament (2013) “A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States.” Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf) (Último acceso 10 de noviembre 2019)
- ERGAS, Yasmine (2013) “Babies without borders: Human rights, human dignity, and the regulation of international commercial surrogacy”. Emory International Law Review, 27(1)
- GARCÍA, Javier; MARTÍN, María (2017) “Turismo reproductivo y maternidad subrogada.” Volumen. 27. XXVI Congreso.
- GONZÁLEZ, Ana Cecilia (2016) “Técnicas de reproducción humana asistida heterólogas: El derecho a conocer los orígenes. ¿Legislación versus subjetividad?” Acta Bioética.
- GONZÁLEZ, Nuria; ALBORNOZ, María (2016) “Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución”. Universidad Nacional Autónoma de México. Anuario Mexicano de Derecho internacional vol. XVI.
- GUZMÁN, Diego (1989) “Tratado de Derecho Internacional Privado”, Editorial Jurídica de Chile.
- HERRERA; TEITELBOM; RUSSO; SALAS; ZEGERS (2013) “Encuesta de opinión pública sobre reproducción humana y usos de tecnología de reproducción asistida en habitantes de Santiago, Chile.” Revista médica de Chile N° 141(7)
- HERNÁNDEZ, Aurora (2014) “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España?” Cuadernos de Derecho Transnacional. Octubre Volumen N°6
- JAYME, Erik (2000) Identité culturelle et integration: Le droit international privé postmoderne. Cours de droit international privé.
- JARUFE, Daniela (2014) “La problemática de la determinación de la filiación derivada de la práctica de la maternidad por subrogación: supuestos que amenazan la estabilidad del sistema filial”. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Thomson Reuters.
- JÍMENEZ, María (2012) “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”. Anuario Facultad de Derecho Universidad de Alcalá.
- KEMELMAJER de Carlucci, Aida, HERRERA Marissa, LAMM Eleonora (2013) “Los criterios tradicionales de determinación de la filiación en crisis” En: Técnicas de

Reproducción humana asistida, desafíos del siglo XXI: una mirada interdisciplinaria. Thomson Reuters. Santiago.

- KRASNOW, Adriana (2014) “El derecho de familia en el proyecto de Código Civil y Comercial 2012 en Argentina”. Revista Chilena de Derecho vol N° 41.
- KRASNOW, Adriana (2017) “La filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el Código Civil y Comercial Argentino. Un avance que permite armonizar la norma con la realidad”. Revista Derecho Privado N°175.
- LAMM, Eleonora (2012) “Gestación por sustitución”. Realidad y Derecho. Barcelona.
- LAMM, Eleonora (2012) “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”. Revista de Bioética y Derecho. N°24.
- LAMM, Eleonora (2017) “Argumentos para la necesaria regulación de la gestación por sustitución”. Elsevier España.
- LEPIN MOLINA, Cristián (2014) “Los nuevos principios del derecho de familia”. Revista Chilena de Derecho Privado N°23.
- MEULDERS-KLEIN, Marie (1988) “Le droit de l’enfant face au droit a l’enfant et les procreations medicalment assistées”. Revue Trimestralle de droit civil N°87.
- MOLTEDO-PERFETTI; CITADDINI; NARDI; ARIMATEA Y MOLTEDO-PERFETTI (2014) “Evaluación de la calidad de vida en mujeres con vaginismo primario mediante el WHOQOL-BREF” Revista chilena de obstetricia y ginecología, 79-6.
- NEWMAN, A (2010) “What happens when surrogacy meets abortion?” RH Reality Check.
- OLIVERA, Martina (2016) “Reconocimiento de la filiación derivada de la gestación por sustitución y su contradicción con el silencio legislativo. Una perspectiva desde los derechos Humanos”. Revista lecciones y ensayos facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires.
- OYARZÁBAL, Mario (2004) “Los actos de estado civil en el derecho internacional privado y la competencia específica de los agentes diplomáticos y consulares argentino”. Anuario Argentino de Derecho Internacional, vol. XIII, Asociación Argentina de Derecho Internacional, Córdoba.
- PERTUSA, Luis (2018) “Dimensión Consular de la gestación por sustitución en el derecho internacional privado”. Cuadernos de Derecho Transnacional Vol. 10 N°2.

- RODRIGUEZ, María Sara (2019) “Ilícitud y fraude en la maternidad subrogada: Problemas éticos y legales sin solución”. Estudios de Derecho de Familia IV. Cuartas jornadas nacionales Facultad de Ciencias Jurídicas Universidad Católica del Norte.
- RODRIGUEZ-YONG, MARTÍNEZ-MUÑOZ (2012) “El contrato de maternidad subrogada: la experiencia estadounidense”. Revista de Derecho diciembre.
- SANTANDER, Cristóbal (2012) “El Contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad?”. Universidad Alberto Hurtado. Chile.
- SÁNCHEZ, Sixto (2010) “Estado Democrático, postmodernismo y el Derecho Internacional Privado”. Revista de Estudios Jurídicos.
- SÁNCHEZ, Rafael (2010) “La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos”. Revista Humanitas humanidades médicas N°49.
- SANTOS, Rubén (2013) “Derecho Civil internacional y de familia”. Asociación de Escribanos del Uruguay.
- SANTOS, Rubén (2014) “Cómo asegurar una eficacia internacional a las filiaciones producto de una maternidad subrogada”. Estudios de Derecho Internacional Privado Chileno y comparado. Thomson Reuters.
- SANTOS, Rubén (2015) “El respeto a la diversidad cultural en el derecho internacional privado de familia”. Revista Chilena de Derecho Internacional Privado N°1.
- SCOTTI, Luciana (2012) “El reconocimiento extraterritorial de la maternidad subrogada: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”. Revista Pensar en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
- SCOTTI, Luciana (2015a) “La gestación por sustitución y el Derecho Internacional Privado: Perspectivas a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina”. Revista de la Facultad de Derecho N°38.
- SCOTTI, Luciana (2015b) “La filiación internacional en el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina” Ediciones Universidad de Salamanca.
- SHALEV, Carmen (1989) “Birth Power: The case for Surrogacy” New Haven, Yale University Press.
- SILVA, Paulina (1996) “Arrendamiento de útero”. Editorial jurídica Conosur Ltda. Santiago, Chile.
- SOUTO, Beatriz (2006) “Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación de sustitución.” Feminismo/s N°8.

- TEMAN, Elly (2016) “Surrogacy in Israel: State- Controlled Surrogacy as a Mechanism of Symbolic Control”. Sills, Eric Scott (ed.), “Handbook of Gestational Surrogacy: International Clinical Practice & Policy Issues” Cambridge University Press.
- VAN NIEKERK, A. Et al. (1995) “The ethics of surrogacy: Women's reproductive labour”. Journal of Medical Ethics, 21.
- VILAR GONZÁLEZ, Silvia (2018) “La gestación subrogada en España y en el derecho comparado”. Bosch. Wolters Kluwer. España.
- VILLARROEL, Carlos; VILLARROEL, Gabriel (2015) “Derecho Internacional Privado”. Editorial Jurídica de Chile.
- VISSANI, Andrea; CACCIAMANO, M. (2017) “¿Madre para quién? Una mirada práctica en relación al reconocimiento de emplazamientos filiales extranjeros, solicitados en nuestro país”. Congreso Argentino de Derecho Internacional.
- WERTHEIMER, A (1997) “Exploitation and commercial surrogacy”, Denver University Law Review N° 74.

Jurisprudencia citada.

Alemania

- Sentencia del BGH Alemania de 10 de diciembre de 2014. Resumen y comentario en inglés en: Dina Reis, Albert-Ludwigs-University Freiburg, Alemania. Disponible en: <http://conflictoflaws.net/2015/german-federal-court-of-justice-on-surrogacy-and-german-public-policy/> (Último acceso 10 de noviembre de 2019)

Argentina

- Sentencia de Juzgado de Primera Instancia de Distrito Familia, San Lorenzo, 2 de julio de 2012, la Ley Online, AR/JUR/62130/2012.

Colombia

- Sentencia Corte Constitucional Colombiana N° SU-696, Nov. 12/15. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/civil/civil-y-familia/publican-fallo-que-ordena-registro-de-hijos-biologicos-de-familias>. Noticia de 23 diciembre 2015. (Último acceso: 4 junio 2019.)

Chile

- Sentencia del Segundo Juzgado de Familia de Santiago, 8 de enero de 2018, N° de rol no disponible, documento publicado en el Mercurio Legal el 7 de mayo de 2018. Disponible

en: Último acceso el 12 de octubre de 2019.
<http://static.elmercurio.com/Documentos/Legal/2018/05/07/20180507172951.pdf>.

- Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de octubre de 2004, Rol 7166-2003.

España

- Sentencia Tribunal Supremo Español Sala en Lo Civil STS Rol 247/2014, 6 de febrero de 2014.

Estados Unidos, California

- Adoption of Matthew B, a minor. Court of Appeal of the State of California, First Appellate district división three. (Cal. App. Jul. 23, 1991)
- Case No 2:16-cv-00742-ODW (AFM) United States District Court, C.D. California. *Cook v. Harding* 190 F. Supp. 3d 921 (C.D. Cal. 2016) Junio 6, 2016 <https://www.leagle.com/decision/infdco20160607774> (Último acceso 14 de octubre 2019)

Reino Unido

- Foreign surrogacy [2008] [2008] EWHC 3030 (Fam) Case No: FD08P01466 EWHC 3030 (Fam) <https://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed28706> (Último acceso 10 de noviembre 2019)

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- *Mennesson y otros c. Francia* (asunto 65192/11)
 - *Labasse y otros c. Francia* (65941/11)
- Disponibles en: https://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2014_06_175_ENG.pdf
(Última revisión 1 de noviembre 2019)