



Universidad
Andrés Bello

Gestación subrogada en Chile:

Regulación y experiencias internacionales comparadas.

S.hermosillaluengo@gmail.com

Samuel Hermosilla Luengo

Tamarairribarrag@gmail.com

Tamara Irribarra Gómez

Fernanda.ravas@gmail.com

Fernanda Ramos Vásquez

Resumen

La gestación subrogada o también conocido como “vientre de alquiler”, es aquella práctica en la que una mujer gesta un hijo en su vientre para ser entregado a otra familia que adquiere la paternidad legal y jurídica sobre dicho hijo. Esta es una práctica moderna y que ha venido de la mano con la popularización de diversas formas de reproducción humana asistida. Sin embargo, el componente ético en que

una madre entrega el fruto de su vientre es un tema que ha resultado extremadamente complejo de legislar y regular. Es el caso de Chile y varios otros países que no poseen una legislación al respecto y las posiciones entre países son contradictorias.

Palabras clave

Gestación subrogada, reproducción asistida, normativa internacional, natalidad, fertilidad.

Sumario

1. Introducción 2. Problematización 3. Metodología de investigación 4. Estado de la cuestión 5. Gestación por sustitución en Chile 6. Legislación comparada 7. Conclusiones 8. Bibliografía.

I. Introducción

La reproducción es uno de los instintos más básicos del ser humano y resulta sustancial para perpetuar la especie en el mundo, especialmente al considerar el abrupto decaimiento en las tasas de natalidad, en donde se estima que para finales de siglo, más de 180 países tendrán nacimientos por debajo de los niveles requeridos para el reemplazo poblacional. Aunque si bien, los estudios reconocen que esta caída se relaciona más bien con una decisión personal, la fertilidad también decrece a pasos agigantados¹.

En este contexto, una de las mayores transformaciones en el marco de la natalidad, son las técnicas de reproducción asistida que han venido a subsanar la problemática de la infertilidad que aqueja a millones de personas alrededor del mundo y que limitan las opciones de estas personas de proyectarse a partir del nacimiento de un hijo o hija, esto especialmente si se consideran también a aquellos individuos que optan por formar familias monoparentales, así como también parejas que debido a su orientación sexual y/o identidad de género, se ven en la dificultad de procrear.

Sin embargo, la necesidad de descendencia biológica no es la única arista dentro del debate de la reproducción asistida, y resulta extremadamente necesario considerar los lineamientos éticos que esta técnica conlleva para con la persona gestadora y el no nacido. En este contexto, resulta imperativo cuestionar si a través de la gestación subrogada, se estarían utilizando a mujeres vulnerables social y económicamente como incubadoras vivientes para satisfacer los deseos y necesidades reproductivas de sectores acomodados y elitistas.

Por este motivo, en el siguiente trabajo se propone estudiar la actual normativa chilena y la internacional, en orden de abrir un debate que considere las múltiples aristas que conlleva la gestación subrogada y la peligrosidad en torno a que en Chile no exista una ley que regule esta materia, la cual tampoco ha sido explorada analíticamente, y que resulta imperativa en consideración de las consecuencias socioculturales que conlleva la implementación o prohibición de esta técnica reproductiva.

II. Problemática y objetivos de investigación

En Chile no existe actualmente una ley que regule procedimientos de reproducción humana asistida de gestación subrogada. A nivel reglamentario, sólo existe una Resolución Exenta del Ministerio de Salud del año 1985, que dicta "Normas Aplicables a la Fertilización in Vitro y la Transferencia Embrionaria", y una Norma General Técnica N° 159 sobre

¹ BBC News (15 de julio de 2020). *El dramático descenso de los nacimientos en el mundo (y cuáles serán sus profundas consecuencias)*. BBC News Mundo. Recuperado de: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-53417504>

Orientaciones Técnicas para el manejo de la Infertilidad de Baja Complejidad de 2013, del mismo Ministerio.

La reproducción humana asistida se incluyó por primera vez en la legislación chilena en 1998, enmarcada en la discusión de la Ley N° 19.585, que terminó con la modificación del Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación, y que derivó en la introducción del artículo 182 del Código Civil, cuyo objetivo fue regular la filiación del hijo concebido mediante técnicas de reproducción asistida.

Actualmente, la gestación subrogada es una realidad innegable². Sin embargo, son pocos los países que actualmente regulan de forma expresa esta materia ya sea para permitir o rechazarla; mientras que otros, entre ellos Chile, no han adoptado una posición dentro de la normativa legal. En consecuencia, deriva una dificultad en derecho para responder a tiempo a las realidades que surgen como consecuencia de los avances tecnológicos en materia de reproducción humana asistida, debido a la imposibilidad del legislador para conocer los riesgos vinculados a estos nuevos desarrollos.

Esta problemática se ve situada en la disciplina jurídica del Derecho de Familia, siendo definido por el abogado Manuel Carmona como: “el estatuto jurídico que regula las relaciones de las personas que se encuentran unidas por vínculo matrimonial, por acuerdo de unión civil o por parentesco”³. Este derecho lo encontramos consagrado tanto en la Constitución Política como en el Código Civil Chileno.

Por consiguiente, urge una revisión profunda sobre las regulaciones y legislaciones en torno a la reproducción asistida en Chile. Atendiendo al vertiginoso desarrollo de las nuevas tecnologías y las experiencias internacionales de países que se han puesto a la vanguardia de la gestación subrogada como forma legitimada de reproducción.

Al día de hoy existen países que sí han desarrollado leyes específicas (como es el caso de Francia, España, Alemania, algunos estados de EE.UU, entre otros) para regular la gestación subrogada y algunos de ellos derechamente la prohíben. Es por ello que se torna necesario observar y comparar la legislación internacional en orden de vislumbrar la realidad del tema en aquellos lugares donde se ha analizado.

En consecuencia, se propone desarrollar de manera comparada un estudio sobre las diferentes experiencias (nacionales e internacionales) en torno a la gestación subrogada, considerando que los factores en juego son la vida, libertad y dignidad humana, las que deben subyacer a toda discusión jurídica. Por lo tanto, un análisis de las legislaciones y regulaciones internacionales debe ser siempre visto desde una perspectiva holística, que entienda que el

² CHIPAERO, S. (2012). *Maternidad subrogada*. Editorial Astrea. Argentina

³ CARMONA, M. (19 de diciembre de 2020). *Concepto de Derecho de Familia y algunos de sus principios básicos*. Diario Constitucional. Santiago. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/concepto-de-derecho-de-familia-y-algunos-de-sus-principios-basicos/>

contexto chileno, con sus particularidades, hace de este un tema sensible y delicado, donde toda perspectiva y aporte debe considerar a la persona gestante como sujeto de pleno derecho.

Con lo cual, se propone en primera instancia, esclarecer ¿cuál es el estado actual de la legislación chilena sobre la gestación subrogada? En consiguiente, resulta necesario preguntarse ¿qué elementos pueden ser rescatados de las legislaciones internacionales sobre el tema? en orden de sumar a la discusión sobre la gestación subrogada en Chile.

Estas interrogantes, se desprenden de la hipótesis inicial que en Chile la legislación al respecto de la gestación subrogada es insuficiente y está notoriamente retrasada con respecto a otros países. La falta de regulación efectiva sobre el tema pone un punto de tensión sobre la modernización del derecho, la contractualización del derecho de familia⁴ y la adaptación del cuerpo legal chileno a las transformaciones sociales.

En consiguiente, la siguiente investigación tiene como objetivo general contrastar la regulación vigente sobre la gestación subrogada en Chile con la legislación y regulación en diversos países sobre el tema, a través de la revisión de la regulación chilena vigente sobre la gestación subrogada; el análisis de experiencias internacionales sobre la gestación subrogada, a través de la revisión de la actividad legislativa y judicial de algunos países; y la comparación de puntos de interés en casos internacionales que puedan ser trasladados a la experiencia chilena.

III. Metodología de investigación

Para la presente investigación, se pretende llevar adelante un análisis comparativo sobre las regulaciones presentes en la legislación chilena sobre la gestación subrogada y contrastarlas con otras experiencias mundiales sobre las decisiones jurídicas en torno al mismo fenómeno; por consiguiente, se aplicará el método comparativo para su abordaje, el cual consiste en el “procedimiento de comparación sistemática de objetos de estudio que, por lo general, es aplicado para llegar a generalizaciones empíricas y a la comprobación de hipótesis”⁵

Al desarrollar el objetivo general de esta investigación, se enfatiza en el contraste entre dos objetos de estudio (en este caso, las legislaciones y regulaciones sobre la gestación subrogada, tanto en Chile como en otros países del mundo). La idoneidad del método seleccionado está basado, además, en que los objetos de estudio a comparar son de la misma naturaleza y su diferencia central es la ubicación geográfica de dichos objetos.

Por ello y a partir de la definición anterior, se comparará la regulación de la gestación subrogada, tanto en Chile como en cada uno de los países mencionados en el siguiente apartado,

⁴ KEMELMAJER ET AL. (2015). *El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación*. Editorial Infojus. Buenos Aires.

⁵ NOLHEN, D. (2013). *Capítulo Quinto: El método comparativo*. En *Ciencia política comparada. El enfoque histórico-empírico* (pp. 111-128), Universidad de Granada, España.

con el objetivo de establecer con claridad las diferentes decisiones regulatorias sobre la materia, en base a su realidad social y a ciertos consensos éticos construidos sobre su propia historia.

IV. La gestación subrogada y su relación con el concepto de familia.

En Chile y el mundo, la discusión en torno a la gestación subrogada es relativamente nueva y está en actual debate y cuestionamiento. Este trabajo pretende aportar al análisis hacia la legislación sobre esta materia, dentro del territorio chileno, recogiendo experiencias de otros países.

La carencia de un marco legal regulatorio suficiente en torno a la reproducción asistida, conlleva a la necesidad de analizar miradas externas al problema, recogiendo experiencias extranjeras y junto a ellas analizar los intentos legislativos chilenos sobre la maternidad subrogada que no han visto luz verde.

En este contexto, no sólo se carece de una legislación, sino que tampoco existe un grueso investigativo que permita entregar un marco académico que pueda sentar las bases para una discusión en profundidad en torno a la regulación de la temática en cuestión. Sin embargo, a pesar de la poca documentación y estudio en torno a la materia, en el siguiente trabajo se rescatan los análisis e informaciones entregadas por la plataforma jurídica Vlex, así como también en la Biblioteca del Congreso Nacional, Revista de Derecho Privado, y la Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política.

Asimismo, se consideran como autores relevantes sobre la materia a Cristóbal Santander, abogado de la excelentísima Corte Suprema de Chile, experto en derechos sexuales y reproductivos y maternidad subrogada. Santander realizó un estudio denominado “Maternidad subrogada: Entre la verdad biológica y la voluntad procreacional”, en el cual enfatiza en el conflicto que supone la prohibición, sanción o nulidad de un contrato de gestación subrogada y que hace evidente la incapacidad de la legislación chilena. Al respecto concluye

“...que exista una legislación que declare nulo el contrato de maternidad subrogada o se sancione penalmente dicha práctica, no impide que en los hechos se produzcan acuerdos de gestación subrogada cuya nulidad deja a la deriva al niño, vulnerando no sólo su dignidad como individuo sino que también la de la mujer que lo gestó”⁶

⁶ SANTANDER. C. (2019). *Maternidad Subrogada: Entre la verdad biológica y la voluntad procreacional*. En VIII Congreso Internacional de Derecho: Desafíos de Colombia y el Mundo. Universidad Simón Bolívar de Cúcuta. Colombia. pp. 39.

Adicionalmente, la originalidad de la temática planteada se ve plasmada en el hecho de que actualmente no existen tratados internacionales sobre la materia⁷.

V. Gestación por sustitución en Chile

Inicialmente, se comprende el concepto de “gestación subrogada” o “gestación por sustitución” a partir de la definición de la ONU (2018) que indica:

“Es una práctica de reproducción mediante un tercero, en la que el aspirante o aspirantes a progenitor y la madre de alquiler, convienen en que esta se quede embarazada, geste y dé a luz a un niño. Esto se formaliza mediante contratos o acuerdos de maternidad subrogada, los que suelen contemplar la expectativa o el acuerdo a efectos de que la madre de alquiler traslade jurídica y físicamente al niño al aspirante o aspirantes a progenitor, sin conservar la patria potestad ni la responsabilidad paterna”⁸.

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

Por otra parte, debemos detenernos a abordar el concepto de familia y como entendemos a quienes componen un núcleo familiar que pueda acudir a distintas formas de reproducción asistida, y entre ellas, la gestación subrogada. En este sentido, entendemos en primera instancia que la familia es reconocida por el derecho internacional de derechos humanos y debe ser protegida por el Estado y la sociedad. Por su parte, en Chile, ni la constitución ni la legislación expresan y definen un concepto de familia. Sin embargo, con el correr de los años y los casos particulares que se han ido suscitando en el transcurso del tiempo invitan a la comprensión de un concepto amplio de familia.

Según los diferentes casos que puedan suceder en tanto familias acudan a la gestación subrogada para poder concretar el nacimiento de un hijo a través de otro vientre, nos pone en diversos casos posibles. Sin embargo, generalmente las personas involucradas en la gestación por sustitución son, por una parte: la mujer gestante (madre gestante, sustituta, mujer o madre

⁷ INSTITUTO VASCO DE LA MUJER EMAKUNDE (2018). *¿Gestación subrogada o vientres de alquiler?*. Disponible en: <http://bcn.cl/2b7zh>

⁸ ONU. Consejo de Derechos Humanos. (2018). *Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños*. Disponible en: <http://bcn.cl/2b5m9>. p. 9

portadora) y el aspirante o aspirantes a progenitor (padres potenciales, padres de intención, comitentes). Respecto a los aspirantes a progenitor, se pueden dar diversos supuestos⁹

a. Pareja heterosexual, en que ambos aportan su material genético, y mandatan la gestación a una mujer, que mediante el procedimiento de fecundación in vitro se embaraza.

b. Pareja heterosexual u homosexual, en la que solo uno de ellos aporta su material genético, y mandatan la gestación a una mujer, la que puede aportar o no sus propios óvulos.

c. Pareja heterosexual u homosexual, en la que ninguno de ellos aporta su material genético. Los gametos con los que se realiza la gestación son ajenos a la pareja, y el gameto femenino podría o no ser aportado por la mujer gestante.

d. Persona sola, hombre o mujer que aporta o no su material genético y necesita la gestación de una mujer para llevar a cabo el embarazo.

La Constitución Política de la República reconoce a la familia como el "núcleo fundamental de la sociedad" y dispone el deber del Estado de protegerla y propender a su fortalecimiento: La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Es deber del Estado darle protección y propender a su fortalecimiento¹⁰

Para contextualizar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹¹, el año 2014, recuerda que no existe un modelo único de familia. Por ello, la definición de familia no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, sino que debe considerar también formas más amplias y diversas de familia, recordando inclusive a otros parientes cercanos con quienes se tengan vínculos en incluso casos en que puede existir entre personas que no estén jurídicamente emparentados.

Antecedentes Normativos

En octubre de 1998 se prorrogó la Ley N° 19.585, la cual modificó el Código Civil, derivando en la introducción del artículo 182, cuyo objetivo fue regular la filiación del hijo concebido mediante técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, esta normativa no considera la gestación subrogada para la impugnación de la filiación materna, expuesta en el artículo 217 del Código Civil.

No obstante, a pesar de no existir una ley que regule procedimientos de reproducción humana asistida a través de la gestación subrogada, se encuentran vigentes las resoluciones

⁹ FUGARDO, Josep (2018). Procreación humana y acciones de responsabilidad. Derecho español y comparado. <https://www.jstor.org/stable/j.ctvr33d4h>. pp. 46

¹⁰ art. 1, CPR

¹¹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano competente para conocer los asuntos relacionados con el cumplimiento de la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 33, CADH).

dictaminadas por el Ministerio de Salud Pública de Chile: la Resolución Exenta N° 1072 "Normas aplicables a la fertilización in vitro y la transferencia embrionaria" de 1985¹²; la Resolución Exenta N° 814 que aprueba la Norma General Técnica N° 159, "Orientaciones técnicas para el manejo de la infertilidad de baja complejidad", de 2013¹³; la Resolución Exenta N° 241, que aprueba la Guía para el Estudio y Tratamiento de la Infertilidad¹⁴.

Sin embargo, se piensa que estas medidas han sido tomadas y tratadas únicamente desde una mirada técnica, atendiendo a orientar a los centros de salud sobre cómo abordar los casos de reproducción asistida. Por ser normas de rango inferior a la ley, no puede referirse a efecto legal alguno como consecuencia de la aplicación de estas técnicas.

En conclusión, ante las características de los antecedentes normativos en la regulación chilena sobre la gestación subrogada se evidencia una débil y tardía respuesta al desarrollo de estas técnicas. Por su parte, podemos ver que ninguno de los elementos principales en juego ante una regulación legislativa de la maternidad subrogada es incompatible con el actual ordenamiento jurídico.

Proyectos de Ley

En el Congreso Nacional, desde el año 1993, se han presentado seis proyectos de ley sobre la materia, todos de iniciativa parlamentaria. De los seis proyectos de ley, tres de ellos están archivados y tenían como objetivo regular en forma integral las técnicas de reproducción asistida, así como las consecuencias jurídicas y éticas que de estos procedimientos se derivan.

1.- Proyecto de ley contenido en el Boletín 1026-07. Regula los principios jurídicos y éticos de las técnicas de reproducción humana asistida y establece sanciones para los infractores de sus normas (Archivado). Autor: Ex Senador Sebastián Piñera Echeñique.

2.- Boletín 4346-11 Sobre reproducción humana asistida (Archivado) Autor: Ex Senador Mariano Ruiz-Esquide Jara.

¹² RESOLUCIÓN EXENTA N° 1072 de 1985 del Ministerio de Salud Pública de Chile [en línea] [http://webhosting.redsalud.gov.cl/transparencia/public/sra/marconormativo2%20\(2\).html](http://webhosting.redsalud.gov.cl/transparencia/public/sra/marconormativo2%20(2).html)

¹³ RESOLUCIÓN EXENTA N° 814 de 2013 del Ministerio de Salud Pública de Chile [en línea] [http://webhosting.redsalud.gov.cl/transparencia/public/sra/marconormativo2%20\(2\).html](http://webhosting.redsalud.gov.cl/transparencia/public/sra/marconormativo2%20(2).html)

¹⁴ RESOLUCIÓN EXENTA N° 241 de 2015 del Ministerio de Salud Pública de Chile [en línea] [http://webhosting.redsalud.gov.cl/transparencia/public/sra/marconormativo2%20\(2\).html](http://webhosting.redsalud.gov.cl/transparencia/public/sra/marconormativo2%20(2).html)

3.- Boletín 4573-11 Regula la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida (Archivado). Autores: Senador Guido Girardi Lavín; y ex Senadores Roberto Muñoz Barra; y Carlos Ominami Pascual

Los tres proyectos restantes, actualmente en tramitación pero detenidos o estancados su desarrollo, tratan en particular de resolver los problemas y dilemas que emergen en los casos donde se utiliza alguna forma de gestación por sustitución.

1.-Boletín 6306-07 Sanciona la utilización del vientre materno para el embarazo por encargo de terceros, incorporando un nuevo tipo penal denominado: de la sustitución de la maternidad.

2.-Boletín 11576-11 Regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida (Primer trámite constitucional Cámara de Diputados. Comisión de Salud).

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

VI. Legislación Comparada

Alrededor del mundo, la maternidad o gestación subrogada es una problemática que no ha sido abordada de manera uniforme y al día de hoy encontramos un amplio abanico de posturas que van desde la nula legislación, la regulación técnica (como es el caso de Chile), su admisión con fines altruistas y/o con fines comerciales, hasta aquellas que prohíben cualquier forma de gestación subrogada. A continuación, se aborda de manera sucinta una serie de países que han abordado el tema y han establecido regulaciones jurídicas al respecto.

Países donde se prohíbe cualquier tipo de gestación por sustitución

i. Alemania

En Alemania, la maternidad subrogada es ilegal, tanto la altruista como la comercial, según la Ley Número 745/90 de Protección al Embrión, del 13 de diciembre de 1990. Estableciendo que su incumplimiento es un delito penal, sancionado con una pena de cárcel de hasta 3 años y multa. Se señala, inclusive para darle más sentencia al asunto, que “ la madre de un niño es aquella que lo da a luz”. Esta expresión define tajantemente la filiación materna y descarta de plano cualquier forma de subrogación o de contrato legal para acceder a la maternidad subrogada.

ii. España

España es otro de los países que prohíbe expresamente la maternidad subrogada, a través de la ley 14 de 2006, que define y regula las diferentes técnicas de reproducción humana asistida. En el artículo 10, esta ley menciona en forma específica a la ilegalidad de los mecanismos de gestación por sustitución, estableciendo que es “nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”.

Además, la legislación española va más allá y tipifica como un delito aquella conducta que proceda a la entrega a otra persona de un hijo o hija mediando una compensación económica, eludiendo así los procedimientos legales de guarda y filiación.

iii. Francia

En Francia la maternidad subrogada es ilegal, tanto la altruista como la comercial. La Ley de Bioética de 1994 consagró formalmente la prohibición de la práctica en el seno del código civil.

Por su parte, el artículo 16-1 de dicha ley mantiene el principio de no patrimonialidad del cuerpo humano, de sus elementos y de sus productos. Mientras que el artículo 16-5 declara nulas las convenciones que tienen por efecto conferirles un valor patrimonial.

Países donde se acepta solo la gestación por sustitución altruista

i. Canadá

En Canadá se permite sólo la subrogación altruista y las madres deben ser reembolsadas de los gastos en los que incurran por causa del embarazo, sin embargo, cualquier otro pago es ilegal.

Al mismo tiempo, promueve que no se discrimine a las personas que buscan someterse a procedimientos de reproducción asistida, ya sea por su orientación sexual o estado civil, lo cual permitiría que en Canadá pertenecientes a la comunidad LGTBIQ+ o personas solteras pueden también acceder a estos procedimientos de reproducción.

Health Canadá es responsable de la elaboración de políticas y la reglamentación en virtud de “Assisted Human Reproduction Act”

La madre subrogante es quien detenta la maternidad del nacido por el hecho del nacimiento, sin embargo, los padres de intención pueden reclamar la filiación, y se procede a rectificar el acta de nacimiento con una sentencia judicial.

iii. Estados Unidos

La maternidad subrogada en Estados Unidos no se encuentra reglamentada universalmente. Sin embargo, los siguientes Estados autónomos, poseen un marco jurídico particular en torno a la temática, que permite la regularización de la materia en cuestión.

California

En el estado de California se permite la maternidad subrogada tanto comercial como altruista, según lo establecido en el Código de Familia de California. La filiación del hijo se puede determinar en un contrato que exprese que los padres de intención son, en efecto, los padres del nacido, sin embargo, sólo se hará efectivo tras el nacimiento.

En este sentido, la gestación por sustitución se encuentra permitida legalmente desde el año 2013, en conformidad a lo establecido en California Family Law, Sections 7960–7962.

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

Nueva Jersey

Por su parte, el Estado Nueva Jersey posee la “Ley del Acuerdo de Portador Gestacional”, que fue promulgada recientemente, el 30 de mayo de 2018, y entró en vigencia de inmediato. Esta ley permite la subrogación por razones comerciales y altruistas pero

establece una serie de restricciones, entre ellas la que excluye específicamente la subrogación tradicional, es decir aquella en que la mujer gestante es además donadora de su óvulo, exigiendo que a lo menos uno de los padres potenciales debe estar relacionado genéticamente con el niño.

En relación con la mujer gestante, la ley prescribe que debe ser mayor de 21 años; haber dado a luz a lo menos un niño antes; asimismo, debe ser evaluada médica y psicológicamente antes de celebrar cualquier contrato y requiere la asesoría legal de un abogado. En relación con los padres potenciales, estos también requieren efectuar una evaluación psicológica antes de celebrar cualquier acuerdo, así como el asesoramiento de un abogado.

Conclusiones

Para comenzar a extraer las principales conclusiones de esta investigación debemos remitirnos a las interrogantes que se plantearon al inicio de la misma. En primer lugar, el estado actual y los antecedentes jurídicos sobre el problema en Chile, donde se revisaron las normativas vigentes al respecto de la reproducción asistida (agregar que estas regulaciones solo se remiten al sistema público de salud, dejando estos asuntos desregulados en el sector privado) además de los proyectos de ley que buscaron regular estos asuntos.

En este sentido, podemos argumentar que en Chile aún no existe legislación que permita ni que prohíba estos procedimientos de gestación por sustitución y se torna necesario y urgente que Chile modernice su legislación para adaptarse a las transformaciones del mundo moderno y que coopere en dar solución a aquellas parejas que buscan acudir a estos procedimientos. En este sentido, existen muchos aspectos que quedan desregulados y vulnerables a conflictos futuros, como la filiación de los hijos y el reconocimiento de las paternidades.

Por su parte, se revisó y expuso de manera sucinta la legalidad al respecto en otros países del mundo, donde el tema continúa siendo debatido intensamente en distintas instancias y por lo tanto encontramos países que prohíben expresamente en sus legislaciones cualquier tipo de gestación por sustitución, sea comercial o altruista, como es el caso de Alemania, Francia, España. Todos estos países establecen sanciones privativas de libertad y/o pecuniarias en caso de incumplimiento. Por otra parte, existen países o Estados que permiten la gestación por sustitución sólo con fines “altruistas”, pero con distintos niveles de requisitos para que esta se lleve a cabo, como es el caso de Canadá. Finalmente, hay países en que se permite también la gestación por sustitución con fines “comerciales”, como es el caso de algunos estados de Estados Unidos, como California y Nueva Jersey. Al menos en la legislación europea, el rechazo a la maternidad subrogada es mucho más tajante y (al menos en los países cuyas legislaciones al respecto se analizaron) prohíbe en forma terminante cualquier forma de subrogación para acceder a la reclamación de filiación de un niño o niña. De esta forma, y casi de manera unánime, en los países que componen la Unión Europea, la gestación subrogada está prohibida en todas sus formas.

Dentro de aquellos países anteriormente mencionados es del caso referirnos particularmente a España ya que es un país que culturalmente es similar a Chile; En España, la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida, se refiere en el artículo 10 en forma específica a la gestación por sustitución, estableciendo que es “nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”. Luego el mismo artículo señala que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución está determinada por el parto, quedando a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales. En relación con lo anterior, Chile tiene la opción de abordar este tema con seriedad y luego de un profundo análisis y discusión que recoja las experiencias internacionales pero que, al mismo tiempo, considere las particularidades del país y cuáles son las condiciones para legalizar o prohibir la gestación subrogada.

Finalmente, podemos observar que la percepción y legalidad del mecanismo de gestación subrogada no es uniforme en el mundo y por cierto tampoco lo es en Chile. En este sentido es importante generar espacios de discusión y análisis al respecto para conocer los alcances de esta problemática que sigue sin solución en Chile, como es lo que se intenta hacer en esta investigación. Es necesario analizar, con una amplia mirada, cuáles son los alcances que podría tener a futuro este tema, como, por ejemplo, a partir de la eventual aprobación del matrimonio igualitario en Chile, medida anunciada por el Presidente de la República y que pondría otra arista más al tema. Es por ello que es tan necesario que el marco legal chileno considere estos elementos para su modernización y adaptación a las transformaciones sociales, puesto que es menester del Derecho regular la vida en sociedad, pero sin oponerse a su desarrollo armónico y justo.

Bibliografía

- I. BBC News (15 de julio de 2020). *El dramático descenso de los nacimientos en el mundo (y cuáles serán sus profundas consecuencias)*. En: BBC News Mundo. (En línea): <https://www.bbc.com/mundo/noticias-53417504> [Última consulta 20 de junio de 2021]
- II. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2013). *Historia de la Ley: Código Civil DFL N°1 Artículo 182: Filiación Determinada Mediante Aplicación de 86 Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. (En línea) : <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6627/> [Última consulta 21 de junio de 2021]
- III. Cáceres, M. (2018). *Legislación comparada sobre gestación subrogada en el continente americano*. Asesoría técnica parlamentaria. En: Biblioteca del Congreso Nacional. (En línea): https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26024/1/BCN_gestacion_subrogada.pdf [Última consulta 14 de junio de 2021]

- IV. Carmona, M. (19 de diciembre de 2020). *Concepto de Derecho de Familia y algunos de sus principios básicos*. En: Diario Constitucional. Santiago. (En línea) <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/concepto-de-derecho-de-familia-y-algunos-de-sus-principios-basicos/> [Última consulta 20 de mayo de 2021]
- V. Castillo, A. (2020). *La gestación por sustitución y el problema de su acceso al Registro Civil español*. En: elderecho.com (En línea): <https://elderecho.com/la-gestacion-por-sustitucion-y-el-problema-de-su-acceso-al-registro-civ-il-espanol> [Última consulta 16 de mayo de 2021]
- VI. Chiapero, S. (2012). *Maternidad subrogada*. Editorial Astrea. Argentina
- VII. Cifuentes, P. y Guerra, P. (2019). *Gestación por sustitución o maternidad subrogada. Chile y la legislación comparada*. Asesoría técnica parlamentaria. En: Biblioteca del Congreso Nacional. (En línea) https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27928/1/BCN_gestacion_por_sustitucion_o_maternidad_subrogada_DEFINIT.pdf [Última consulta 10 de junio de 2021]
- VIII. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014), Opinión Consultiva OC-21/14. (En línea): http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf [Última consulta 25 de junio de 2021]
- IX. Hermosilla Blanco, S. y Varela Patiño, A. (2019). *Una propuesta desde el derecho privado para la aplicación de la maternidad subrogada en Chile*. (En línea): <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/171109> [Última consulta 16 de junio de 2021]
- X. Instituto Vasco de la Mujer, Emakunde (2018). *¿Gestación subrogada o vientres de alquiler?*. (En línea) <http://bcn.cl/2b7zh> [Última consulta 20 de junio de 2021]
- XI. Kemelmajer et al. (2015). *El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación*. Editorial Infojus. Buenos Aires.
- XII. Ministerio de Salud de Chile (2013). *Orientaciones técnicas para el manejo de la infertilidad de baja complejidad*. (En línea) <http://bcn.cl/2b7tg> [Última consulta 10 de junio de 2021]
- XIII. Martínez-Muñoz, K. X. y Rodríguez-Yong, C. A. (2021). *La maternidad subrogada: tendencias de regulación en Latinoamérica*. En: Revista Jurídicas, (En línea): <https://revistasoj.s.ucaldas.edu.co/index.php/juridicas/article/view/4206/3869> pp. 74-90. [Última consulta 25 de junio de 2021]
- XIV. Nohlen, D. (2013). *Capítulo Quinto: El método comparativo*. En *Ciencia política comparada. El enfoque histórico-empírico* (pp. 111-128), Universidad de Granada, España.
- XV. ONU. Consejo de Derechos Humanos. (2018). *Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños*. (En línea) <http://bcn.cl/2b5m9> [Última consulta 25 de junio de 2021]
- XVI. Riesco, M. (2013). *Análisis del proyecto de ley que regula los principios jurídicos y éticos de las técnicas de reproducción humana asistida y establece sanciones para los infractores de sus normas, y del proyecto de ley sobre reproducción humana asistida*. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Concepción.

- XVII. Santander. C. (2019). *Maternidad Subrogada: Entre la verdad biológica y la voluntad procreacional*. En VIII Congreso Internacional de Derecho: Desafíos de Colombia y el Mundo. Universidad Simón Bolívar de Cúcuta. Colombia

Textos normativos

- I. Constitución Política de la República. : <http://bcn.cl/24nex> [Última consulta el 29 de mayo de 2021]
- II. Código Civil. (En línea): <http://bcn.cl/25o5v> [Última consulta el 29 de mayo de 2021]