Gestación por sustitución, maternidad subrogada o "vientre de alquiler"

Chile y la legislación extranjera

Autores

Pamela Cifuentes V.
pcifuentes@bcn.cl

Pedro Guerra A.
pguerra@bcn.cl

Marcela Cáceres L.
mcaceres@bcn.cl

Nº SUP: 138092

Nota aclaratoria

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

Resumen

El procedimiento de gestación por sustitución, llamado también "vientre de alquiler" no se encuentra legislado en **Chile.** Ante la ausencia de una ley de reproducción humana, solo cabe constatar que el artículo 182 del Código Civil, cuyo objetivo es regular la filiación del hijo concebido mediante técnicas de reproducción asistida, definiendo que esta queda determinada respecto de las dos personas que se han sometido a dichas técnicas, pero no desarrolla una regulación sobre este procedimiento. En ese sentido, como se expondrá, la legislación chilena, sólo se ha preocupado hasta la fecha de dar una solución al problema filiativo respecto de los hijos nacidos a partir de técnicas de reproducción asistida, sin referirse específicamente al problema de los acuerdos o contratos de gestación por sustitución.

Por otra parte, en la legislación comparada no existe un único criterio para legislar sobre esta materia. Cada país ha legislado en base a su realidad social y convencimientos éticos. Sin embargo, es posible distinguir tres grupos de países. Algunos **prohíben expresamente** en su legislación cualquier tipo de gestación por sustitución, sea altruista o comercial, 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, pero solo **con fines "altruistas"**, penalizando si esta se efectúa con fines comerciales. Es el caso de Australia, Canadá, Portugal, Países Bajos, Sudáfrica, Uruguay. Y finalmente hay países que –además— permiten también la gestación por sustitución **con fines "comerciales**", como es el caso de algunos estados de Estados Unidos como California y Nueva York., o en México, el estado de Tabasco y el estado de Sinaloa.

Contenido

1. Introducción ... 3
2. La gestación por sustitución. Consideraciones conceptuales y teóricas previas ... 5
2.1. Terminología utilizada: Gestación por sustitución, maternidad subrogada o vientre de alquiler 5
2.2. Concepto de gestación por sustitución ... 6
2.3. Partes involucradas ... 7
2.4. Tipos de gestaciones por sustitución ... 7
2.5. Filiación en la gestación por sustitución ... 8
3. La gestación por sustitución en Chile ... 9
3.1. Antecedentes normativos ... 9
3.2. Proyectos de ley ... 10
3.3. Filiación del hijo concebido mediante técnicas de reproducción asistida ... 11
4. La gestación por sustitución en la legislación extranjera ... 11
4.1. Países donde se prohíbe cualquier tipo de gestación por sustitución ... 13
4.1.1. Alemania ... 13
4.1.2. España ... 14
4.1.3. Francia ... 15
4.2. Países donde se acepta solo la gestación por sustitución altruista ... 15
4.2.1. Australia ... 15
4.2.2. Canadá ... 18
4.2.3. Países Bajos ... 20
4.2.4. Portugal ... 23
4.2.5. Sudáfrica ... 26
4.2.6. Uruguay ... 28
4.3. Países donde además se permite la gestación por sustitución con fines comerciales ... 29
4.3.1. Estados Unidos ... 29
4.3.2. México ... 33
Referencias ... 38

1. Introducción

La infertilidad es actualmente un problema de salud y considerada una enfermedad desde el 2009 por la OMS[1], y que ha ido aumentando progresivamente, principalmente por la cada vez más común postergación del embarazo (MINSAL, 2013). A nivel internacional, entre el 10% y el 15% de las parejas son infértiles: entre un 40% y un 45% de los casos afecta a mujeres; entre un 35% y un 40% a hombres y, entre un 20% y un 30% de casos, a ambos miembros de la pareja (MINSAL, 2013). En nuestro país, la infertilidad afecta a aproximadamente un 15% de la población en edad fértil (LAMPERT, 2018).

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

En ese contexto entonces, los desarrollos recientes y la investigación en el área de la medicina reproductiva han dado como resultado varias opciones de tratamiento disponibles para las parejas infértiles. Uno de ellos, es el uso de una gestante sustituta en los casos en que la pareja no pueda tener hijos y es lo que se conoce como maternidad subrogada o **gestación por sustitución**.

Este tema no ha estado exento de debates en la mayoría de los países en el mundo pues, aunque ofrece nuevas oportunidades para que las personas ejerzan sus derechos de procreación, presenta también

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

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

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

dilemas de carácter ético y legal. Al respecto, el Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada en España del Comité de Bioética español: "*La maternidad o gestación subrogada es uno de los temas bioéticos más controvertidos del momento por su carácter disruptivo sobre el modo en que la procreación humana, y las consecuentes relaciones de maternidad y filiación, han sido entendidas y reguladas hasta la actualidad. Por primera vez en la historia se plantea la posibilidad de disociar la gestación de la maternidad"* (EMAKUNDE; 2018, citado por COMITÉ DE BIOÉTICA ESPAÑOL, 2018: 2).[4]

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

Desde la perspectiva jurídica aparecen dos cuestiones relevantes que deben ser resueltas por el derecho. La primera es la relativa a la forma, validez y exigibilidad de los acuerdos a los que llegan los progenitores potenciales y persona gestante, o subrogada. La segunda es la relativa a la forma en que se asienta jurídicamente la filiación del hijo o hija nacido a partir de esa técnica.

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

A propósito de ello, Satz ofrece un minucioso análisis del problema del mercado que se produce sobre el trabajo reproductivo de la mujer, a propósito de las técnicas de reproducción asistida y sus variantes. Este mercado resulta para la autora más problemático que otros mercados laborales vigentes, debido a la asimetría que se produce entre las partes. Si bien la autora concuerda con esa posición, discute la

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

tesis de la asimetría, que tradicionalmente ha devaluado la idea de que deba existir un mercado a propósito del trabajo reproductivo[5]. Satz, por el contrario, considera que la venta del trabajo reproductivo de la mujer no posee ninguna diferencia sustancial con otras formas de trabajo y que no constituye *per se* una situación degradante. Ello debido a que no existiría nada esencial en el trabajo reproductivo que lo diferencie de otras formas laborales. Estas formas de transacción "solo resulta problemática en el marco de un determinado contexto político y social" (SATZ; 2015; 158): este marco es el de las relaciones de género intrínsecamente jerárquicas y en este contexto específico es que los embarazos contractuales resultan problemáticos, dado que vendrían a reconfirmar dichas relaciones.

Por último, respecto a algunas estadísticas sobre maternidad subrogada en el mundo del año 2017, en Georgia, la Oficina de Defensa del Pueblo, en una estimación no oficial, señalaba que desde 1997 podrían haber nacido alrededor de 3.000 niños por maternidad subrogada (Observatorio de Bioética Instituto de Ciencias de la Vida. Universidad Católica de Valencia, 2017). Por su parte, de acuerdo a un artículo de la revista The Lancet, se estima que en la India han nacido más de 25.000 niños por gestaciones subrogadas. En tanto, entre 1999 y 2013, en Estados Unidos, se practicaron 30.927 gestaciones subrogadas que dieron lugar a 13 mil 380 alumbramientos, de los cuales 8.581 fueron de embarazos de un solo niño, 4 mil 566 de embarazos gemelares y 233 de triples, alcanzando un total de 18 mil 400 niños nacidos (Observatorio de Bioética Instituto de Ciencias de la Vida. Universidad Católica de Valencia, 2017).

En Rusia, por su parte, gracias a "vientres de alquiler" han nacido unos 550 niños, aunque algunos expertos elevan la cifra a 700 considerando que muchas clínicas privadas no informan a las autoridades respecto de los nacimientos (Hebrero, 2017).

2. La gestación por sustitución. Consideraciones conceptuales y teóricas previas

2.1. Terminología utilizada: Gestación por sustitución, maternidad subrogada o vientre de alquiler

En relación con esta materia, se advierte que en la literatura usa distintos términos para referirse a ella, sin existir un acuerdo al respecto. Se habla, por ejemplo, de: "maternidad subrogada", "gestación por subrogación", "vientre de alquiler" y "úteros de alquiler", entre otros[6]. Se sostiene también que dependiendo de la valoración ética que se haga, se tiende a recurrir a uno u otro término y cada uno de ellos posee cierta carga valorativa que puede contribuir a reforzar una u otra posición (EMAKUNDE, 2018).

Sin embargo, los términos más usados en la doctrina y legislación son: **"gestación por sustitución"** o **"maternidad subrogada**". Al respecto, es conveniente para tener presente la distinción que introduce

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

[6] Para más información sobre terminología utilizada véase LAMM, E. (2013).

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

Por lo tanto, el autor propone que la denominación más apropiada debiera ser **"gestación por sustitución"**, ya que la mujer que actúa como gestante, precisamente gesta un hijo para otro. Y la palabra "sustitución" especifica que se gesta para otro, y por otro que no puede hacerlo. Esta terminología de gestación por sustitución, es también la utilizada por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, como también por el Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (EMAKUNDE, 2018; 8)[7].

En cuanto a la terminología **"vientre de alquiler"**, se sostiene que quienes la utilizan lo hacen para dar cuenta de lo polémico del tema, ya que lleva implícita una intencionalidad crítico-reivindicativa, y que remite a la relación mercantil, de compraventa, que tiene lugar entre los padres y madres de intención y la madre gestante (EMAKUNDE, 2018).

2.2. Concepto de gestación por sustitución

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

Así entonces, las partes formalizan mediante contratos o acuerdos, los derechos, responsabilidades e intenciones, antes del traslado jurídico y físico del niño gestado. Pueden también contemplar en esos

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

acuerdos los derechos de los padres, las obligaciones prenatales de parte de la madre sustituta y el reembolso de los gastos productos del embarazo.

2.3. Partes involucradas

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

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

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

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

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

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

2.4. Tipos de gestaciones por sustitución

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

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

i. **gestación por sustitución tradicional**, en la que la mujer gestante no solo aporta su gestación sino también sus gametos. En estos casos se recurre a la inseminación artificial.

ii. **gestación por sustitución gestacional,** en que la mujer no tiene conexión genética con el niño, ya que se utilizan los gametos de los potenciales padres o de terceros donantes. En estos casos se debe recurrir necesariamente a la fecundación *in vitro*. Las hipótesis que podrían darse aquí son las siguientes:

- Se utilizan los gametos de ambos padres potenciales, en cuyo caso ambos padres potenciales estarán genéticamente relacionados con su hijo.
- Se utiliza un óvulo donado y fertilizado con esperma del padre potencial, en cuyo caso ese padre estará relacionado genéticamente con el niño.

- Se utiliza un óvulo de la futura madre, fertilizado con esperma de un donante, en cuyo caso la futura madre estará genéticamente relacionada con el niño.
- Se utiliza un embrión de donantes, en cuyo caso ninguno de los padres potenciales estará genéticamente relacionado con el niño, como tampoco lo estará la mujer subrogante.

b) Dependiendo de si median o no fines de lucro, la gestación por sustitución puede ser (AEGES, Agencia española de Gestación Subrogada[8]):

i. **de carácter comercial,** en que la madre gestante recibe una compensación económica por gestar, durante todo el proceso. Si la madre aporta su propio óvulo la cantidad que recibirá como compensación será mayor.

ii. **con fines altruistas.** La madre gestante de una forma altruista, no recibe compensación económica, por la gestación del bebe. Los padres biológicos se responsabilizan de los gastos relacionados con manutención, apoyo psicológico, o necesidades relacionadas con el embarazo durante todo el proceso.

2.5. Filiación en la gestación por sustitución

Tradicionalmente, en la procreación estaban involucrados sólo un hombre y una mujer. Sin embargo, en la actualidad, a partir del desarrollo de las técnicas de reproducción asistida, la determinación de la filiación ha planteado una serie de interrogantes jurídicas y prácticas. Algunos autores más tradicionales señalan que el favorecimiento de estas técnicas implica el quiebre del sistema filiativo tradicional, dado que amenaza con ser sustituido por otro, que ve en los lazos entre padre, madre e hijo, no la fuerza del amor incondicionado, sino solo la de una voluntad negocial (CORRAL, 2000:113). Estas técnicas generan un cuestionamiento del elemento biológico en la filiación, tanto en el plano conceptual, dada la diferencia que se produce entre las nociones de padre y de progenitor, por consecuencia de la distinción entre filiación real o biológica y filiación legal; y, por otra parte, en el plano de las consecuencias jurídico-prácticas asociadas, principalmente vinculadas a determinar la filiación del nacido (ACUÑA, 2013:413).

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

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

[8] Disponible en: http://bcn.cl/2bf8u

a. Teoría de la contribución genética: Sostiene que, si la mujer gestante solo aporta la gestación, entonces, la madre potencial que aportó el gameto debe ser considerada madre. Como argumentos a favor de esta teoría está el hecho de que existe certeza genética "científicamente verificable". Sin embargo, esta solución es difícil de aplicar en los casos de gestación por sustitución, cuando hay una tercera mujer que dona el óvulo o es la misma mujer gestante quien además de gestar fue donante.

b. Teoría de la preferencia de la gestante: Sostiene esta teoría que la maternidad se define por la gestación y se determina por el parto. Por lo tanto, será siempre la madre legal y la que tiene todas las responsabilidades respecto del hijo, la madre gestante que da a luz a un hijo, aunque el óvulo provenga de otra mujer. Ello no impide a la gestante cumplir con acuerdos de gestación por sustitución y, por ejemplo, dar en adopción al hijo. De este modo, esta presunción de gestación puede servir como una garantía judicial contra los contratos de gestación por sustitución injustos en que se explota a las mujeres gestantes.

c. Teoría de la intención: Esta teoría sostiene que es madre quien desea serlo, de forma de que existe una "voluntad procreacional", que es independiente del de su aporte genético. Esta teoría es la que más se acercaría según la autora, a dar una respuesta a las problemáticas que enfrentan en la actualidad las técnicas de reproducción asistida, donde la voluntad debe considerarse como un elemento determinante a efectos de determinar la filiación. Quienes apoyan esta teoría sostienen que distinguir la filiación según se aporte material genético dilata y condiciona la filiación respecto de los padres potenciales, generando situaciones discriminatorias, por ejemplo, respecto de una pareja en que uno solo aportó el material genético, debiendo el otro, para ser considerado legalmente padre o madre, recurrir por ejemplo a la adopción. Por último, sostienen que en la actualidad el concepto de familia no gira en torno al vínculo matrimonial, sino que se ha ampliado también a los vínculos solo de afectividad o nuevos modelos de familias (padres solteros, homosexuales, etc.). De esta forma, esta teoría sobre la maternidad subrogada abona posiciones políticas frente a quién debe controlar y en base a qué criterios, la determinación de la filiación, acentuando la libertad de las personas en las nuevas configuraciones familiares que surgen en las sociedades postmodernas.

3. La gestación por sustitución en Chile

3.1. Antecedentes normativos

En nuestro país, no existe actualmente una ley que regule los procedimientos de reproducción humana asistida y, por ende, tampoco una que regule los acuerdos de gestación por sustitución y sus efectos jurídicos. A nivel reglamentario, sólo existe la Resolución Exenta 1072 del Ministerio de Salud de 1985, que dicta "Normas Aplicables a la Fertilización in Vitro y la Transferencia Embrionaria"[9], y la Norma

[9] Véase en http://bcn.cl/3cq28

General Técnica Nº 159 sobre Orientaciones Técnicas para el manejo de la Infertilidad de Baja Complejidad de 2013, del mismo Ministerio[10].

3.2. Proyectos de ley

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

- Boletín 1026-07[11] Regula los principios jurídicos y éticos de las técnicas de reproducción humana asistida y establece sanciones para los infractores de sus normas (Archivado);
- Boletín 4346-11[12] Sobre reproducción humana asistida (Archivado);
- Boletín 4573-11[13] Regula la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida (Archivado).
- Boletín 6306-07[14] Sanciona la utilización del vientre materno para el embarazo por encargo de terceros, incorporando un nuevo tipo penal denominado: de la sustitución de la maternidad (Primer trámite constitucional Cámara de Diputados. Comisión de Constitución, Legislación y Justicia).
- Boletín 11576-11[15] Regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida (Primer trámite constitucional Cámara de Diputados. Comisión de Salud).
- Boletín 12106-07[16] Modifica el Código Civil para determinar la identidad de niños y niñas nacidos en gestación subrogada. (Primer trámite constitucional Senado. Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento)

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

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

[10] Véase en http://bcn.cl/2b7tg
[11] Autor: Ex Senador Sebastián Piñera.
[12] Autor: Ex Senador Mariano Ruiz-Esquide.
[13] Autores: Ex Senador Guido Girardi; Roberto Muñoz Barra; y Carlos Ominami.
[14] Autores: Diputado Gastón Von Mühlenbrock; y Ex Diputados Claudio Alvarado; Enrique Estay; Marcelo Forni, Javier Hernández, José Antonio Kast, Claudia Nogueira, Felipe Ward, Patricio Melero, e Ignacio Urrutia;
[15] Autores/as: Diputada Daniella Cicardini; Diputado Vlado Mirosevic; Ex Diputada y actual Senadora Loreto Carvajal; ex Diputada Marcela Hernando; y Ex Diputados Miguel Ángel Alvarado; Guillermo Ceroni, Daniel Farcas, Manuel Monsalve, y Marco Antonio Núñez. Es pertinente señalar que con fecha 3 de abril de 2023, la diputada señora Cicardini retiró su patrocinio al proyecto.
[16] Autores/as: Senadoras Yasna Provoste, y Ximena Rincón; y ex Senadores Felipe Harboe y Jorge Pizarro.

3.3. Filiación del hijo concebido mediante técnicas de reproducción asistida

El tema de reproducción humana asistida se planteó por primera vez en nuestra legislación a propósito de la discusión de la **Ley N° 19.585, de 1998,** que modificó el Código Civil y otros cuerpos legales en **materia de filiación**, y que derivó en la introducción de un nuevo **artículo 182 del Código Civil** (CC), cuyo objetivo fue regular la filiación del hijo concebido mediante técnicas de reproducción asistida. En esa primera versión, el texto de dicho artículo aludía al hombre y la mujer que se sometían a las técnicas de reproducción humana asistida, respecto de quienes quedaba establecida la filiación en términos de paternidad-maternidad. Con la nueva reforma al Código Civil de 2021 por la Ley 21.400, que introdujo el matrimonio entre personas del mismo sexo, la versión actual del artículo 182 del CC señala lo siguiente:

> *"Art. 182. La filiación del hijo que nazca por la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, quedará determinada respecto de las dos personas que se hayan sometido a ellas.*
> *No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta".*[17]

De este artículo y la historia de su introducción en la legislación de familia en Chile, se pueden desprender las siguientes ideas:
En primer lugar, señala que son padres del niño, nacido bajo estos procedimientos, las dos personas que se sometieron a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.
Por tanto, en esta materia nuestro legislador sostiene que primaría la llamada "voluntad procreacional". A partir de esto, se puede identificar un cambio de paradigma social, pues se establece una excepción a la regla general en el derecho chileno de familia, según la cual para acreditar la maternidad y paternidad en las acciones de filiación, "propende a realizar el principio de la verdad biológica o real" (ORREGO, A. 2007:78). Al respecto, debemos tener presente que el artículo 198 del Código Civil, a propósito de las pruebas que acreditan filiación, señala que esta puede acreditarse judicialmente mediante toda clase de pruebas, norma que no ha sido modificada. No obstante, las pruebas periciales biológicas pueden por sí solas, tener valor suficiente para establecer la paternidad o la maternidad (artículo. 199 CC).

4. La gestación por sustitución en la legislación extranjera

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

[17] La redacción actual que aquí se reproduce es la que se introdujo mediante la reforma de la Ley 21.400.-, de 10 de diciembre de 2021 (disponible en https://bcn.cl/2ucii), que modificó diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Sin embargo, de la investigación efectuada en la legislación extranjera, es posible distinguir tres grupos de países, según alguna de las tres formas generales que adoptan para abordar jurídicamente el problema de la gestación por sustitución: 1) prohibirla; 2) permitirla, pero solo con fines altruistas, y 3) permitirla, además, con fines comerciales.

En primer término, existen países que **prohíben** expresamente en sus legislaciones cualquier tipo de gestación por sustitución. Como es el caso de **Alemania, España, Francia**. Estos países han condenado cualquier práctica de gestación por sustitución, por ser contraria a la dignidad humana de la mujer, y consideran que su autorización implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros, especialmente respecto de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo donde esta práctica está legalizada, creándose una verdadera "industria" al respecto (Parlamento Europeo, 2016).

Por otra parte, existen países que **permiten** la gestación por sustitución, pero solo **con fines altruistas**, siendo ilegal la sustitución comercial. Dentro de estos países que la permiten, los hay con distintos matices, más o menos restrictivos. Así, encontramos países como **Canadá** donde se acepta realizar este procedimiento sin exigencias médicas, aceptando incluso que estos procedimientos lo efectúen no solo parejas heterosexuales, sino que también homosexuales, lesbiana y personas solteras. En el caso de **Australia**, no hay una ley nacional, cada estado lo resuelve en forma independiente, siendo *Queesland* uno de los estados más liberales, ya que no solo personas heterosexuales pueden optar a este procedimiento, sin embargo, exige que existan razones médicas de no poder concebir para poder realizarla. En **Portugal**, se señala que los acuerdos de subrogación se deben llevar a cabo en forma excepcional, cuando la mujer no puede embarazarse por razones médicas, y además se impone autorización previa del Consejo Nacional de Reproducción Asistida. En **Sudáfrica,** la legislación admite tan sólo su modalidad altruista, y requiere un acuerdo escrito y aprobado por los tribunales de justicia, de lo contrario es inválida la subrogación, teniendo efectos en la paternidad del niño nacido. En **Países Bajos** existen leyes que prohíben expresamente la subrogación comercial, y nada dicen respecto a la altruista aun cuando existe actualmente un proyecto de ley sobre la materia. En la práctica se efectúa gestación por sustitución altruista siendo aplicables disposiciones dictadas por la Asociación Holandesa de Obstetricia y Ginecología. Por último, en **Uruguay**, el legislador estableció una excepción que permite realizar acuerdos de gestación por sustitución pero solo con fines altruistas, y con determinados requisitos como que la madre no pueda gestar y que el acuerdo solo puede celebrarse con un familiar.

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

esta manera, la maternidad subrogada podría estar funcionando como una alternativa a sistemas de adopción que no logran cumplir las expectativas que generan (MILLBANK, 2013).

Finalmente, existen países que **permiten, además, la gestación por sustitución comercial**, como es el caso de algunos estados de Estados Unidos, como California y Nueva York; y en México, solo dos estados lo permiten: estado de Tabasco y el estado de Sinaloa.

Respecto de **Estados Unidos**, debemos señalar que es un caso particular, pues a nivel federal no existe ninguna ley que permita ni prohíba la gestación por sustitución, sea esta altruista o comercial[18]. Por lo tanto, cada estado ha adoptado diversas soluciones respecto a la gestación por sustitución, principalmente respecto de la comercial, pues la gestación por sustitución altruista, con determinados requisitos, es aceptada por todos los estados. Así entonces, existen estados que han prohibido expresamente la gestación por sustitución comercial, declarándose nulos los contratos que se celebren. Estos estados son Michigan, Luisiana y Nebraska.

A su vez, dentro de los estados que permiten la gestación por sustitución comercial, puede identificarse una gradiente de restricciones, a partir de los requisitos que se establecen para llevarla a cabo, ya que hay estados que se permite que tenga fines comerciales solo cuando la **subrogación es gestacional**, es decir la madre sustituta no ha aportado material genético; a diferencia de la **gestación tradicional**, en que la mujer además de gestar es también donante del embrión que se creó, ya que se utilizó su propio óvulo y el esperma del padre potencial o de un donante elegido por los padres potenciales. En ese contexto se dice que, hay estados más amigables con la subrogación que otros, como el estado de California en que se permite que sea comercial tanto en la subrogación gestacional como la tradicional a diferencia del estado de Nueva York, que cuenta con una legislación reciente y que permite la subrogación comercial pero solo para la subrogación gestacional, como veremos.

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

4.1.1. Alemania

La **Ley de protección del embrión 745 de 1990** (*Gesetz zum Schutz von Embryonen*), prohíbe expresamente (artículo 1.7) la gestación por sustitución, estableciendo que quien efectúe esa técnica será sancionado con una pena de cárcel de hasta 3 años y multa. Por lo tanto, la ley señala que solo pueden ser procesadas aquellas personas que lleven a cabo las técnicas reproductivas, pero no la madre sustituta ni las personas que quieren acoger al niño en forma permanente.

Por su parte, la Ley de Adopción (*Adoptionsvermittlungsgesetz – AdVermiG*), señala que la gestación subrogada se define como la unión de personas que desean adoptar o cuidar permanentemente a un niño nacido de una madre subrogada, con una mujer que está dispuesta a asumir la maternidad

[18] En esta materia se consultó en gran parte la información en Creative Family Connections LLC. Disponible en: http://bcn.cl/3ctal

subrogada. Y esta ley señala nuevamente que dicha acción, así como la búsqueda u oferta de madres sustitutas o padres designados a través de declaraciones públicas, en particular a través de anuncios o reportajes periodísticos, está prohibida (§§ 13c, 13d AdVermiG).

Esta ley además dispone sanciones, pero al igual que en la Ley de Protección Embrionaria, estas sanciones no se aplican ni a la madre sustituta ni a los padres que solicitan la gestación subrogada. Las sanciones que se aplican son las siguientes: 1) Cualquier persona que opere una agencia de madres subrogadas en violación de la Sección 13c AdVermiG, puede ser castigada con prisión de hasta un año o una multa de acuerdo con la Sección 14b (1) AdVermiG. 2) Cualquiera que reciba o prometa una ventaja pecuniaria por realizar acciones de gestación por subrogación, es castigado con pena de prisión de hasta dos años o multa de conformidad con el § 14b párrafo 2 AdVermiG, y en el caso de actividades comerciales o empresariales con pena de prisión de hasta a tres años o con multa.

Por último, en materia de Obligaciones en Derecho Civil, el Código Civil Alemán, señala que los negocios jurídicos que violen una prohibición legal son nulos si la ley no dispone lo contrario. Debido a esto, los contratos de tratamiento médico para la maternidad subrogada y los correspondientes contratos de maternidad subrogada, son nulos de conformidad con el § 134.

En materia de derecho de familia, según el § 1591, la madre de un niño es la mujer que lo dio a luz.

4.1.2. España

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

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

Si los hechos se cometieren utilizando guarderías, colegios u otros locales o establecimientos donde se recojan niños, se impondrá a los culpables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las

referidas actividades por tiempo de dos a seis años y se podrá acordar la clausura temporal o definitiva de los establecimientos. En la clausura temporal, el plazo no podrá exceder de cinco años.

4.1.3. Francia

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

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

4.2.1. Australia

Si bien a nivel nacional, en Australia no existe una ley marco que regule la maternidad subrogada y la filiación que se sigue de ella, esta materia se encuentra regulada por todos los gobiernos estatales, así como por los territoriales.[19], y en todos se encuentra solo permitida la subrogación sin fines de lucro.

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

- Territorio de la Capital Australiana: Ley de parentesco, de 2004 (*Parentage Act 2004*);
- Queensland: Ley de subrogación, de 2010 *(Surrogacy Act* 2010);
- Nueva Gales del Sur: Ley de subrogación, de 2010 (*Surrogacy Act* 2010);
- Victoria: Ley de tratamiento de reproducción asistida, de 2008 (*Assisted Reproductive Treatment Act 2008);*
- Tasmania: Ley de subrogación, de 2012 (Surrogacy Act 2012);
- Australia del Sur: Ley de relaciones familiares, de 1975 (*Family Relationships Act)*;
- Australia Occidental: Ley de subrogación, de 2008 (*Surrogacy Act 2008*).
- Territorio del Norte (*The Northern Territory*): Ley de Subrogación de 2022 (*Surrogacy Act, 2022)*

En este orden, se tratará en el punto siguiente la legislación del Estado de Queensland y sus aspectos más relevantes.

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

4.2.1.1. Estado de Queensland (QLD)

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

Conceptos

Uno de los aspectos más relevantes de esta ley es la definición del acuerdo de subrogación (*surrogacy arrangement*) en la sección 7. Este se entiende como un acuerdo, arreglo o entendimiento entre una mujer (madre gestante) y otra persona o pareja, donde por una parte, la mujer, acepta quedar embarazada o tratar de quedar embarazada, con la intención de que el niño nacido de ese embarazo sea considerado como hijo de la persona o pareja con la que se celebró el acuerdo y no de la mujer gestante, obligándose esta última ceder a las otras personas la custodia y tutela del niño. Por otra parte, los padres potenciales se obligan a ser responsables permanentes de la custodia y tutela de ese niño.

Requisitos del acuerdo

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

Filiación: traslado de la paternidad

Cuando el niño nace, la ley considera que es madre la mujer gestante, y lo será hasta que la paternidad se transfiera a los padres potenciales, de tal manera que el registro de nacimiento se hace por la mujer o padres gestantes, si es que la mujer es casada. El niño puede vivir con los padres potenciales desde que nace, pero legalmente no serán los padres, sino hasta que un Tribunal se pronuncie mediante una sentencia ("*parentage order").* La paternidad de un niño nacido como resultado de un acuerdo de subrogación solo puede transferirse a un padre potencial (mujer u hombre), que sea soltero (a) o 2 padres potenciales que sean una pareja.

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

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

Prohibiciones y sanciones

La ley prohíbe la subrogación comercial (Sección 56) estableciendo, en caso de incumplimiento, penas de multa[20] o de 3 años de presidio para las partes que realizan el acuerdo. Solo se permite el pago respecto a los reembolsos de los gastos médicos incurridos como efecto del embarazo. También se sanciona con las mismas penas a quienes presten sus servicios profesionales para un acuerdo de subrogación comercial.

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

4.2.2. Canadá

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

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

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

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

Concepto de madre sustituta

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

Requisitos para efectuar una gestación subrogada

La ley dispone que se requiere:

a) Que la madre sustituta sea mayor de 21 años (artículo 5).
b) Que el material genético del feto o embrión debe ser aportado por los mismos solicitantes o por tercero donantes, pudiendo también ser de la mujer gestante, pero debe hacerlo en forma gratuita.
c) Se permite realizarla a ciudadanos canadienses como a extranjeros.

d) Admite su aplicación a todos los modelos de familia, es decir, parejas heterosexuales, homosexuales y lesbianas (independientemente de que estén o no casados), así como a hombres y mujeres que quieren ser padres y madres solos.

Prohibiciones y sanciones

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

Excepciones a la prohibición de pago

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

Respecto a los gastos propios del embarazo, estos se encuentran detallados en el Reglamento respectivo (*Reimbursement Related to Assisted Human Reproduction Regulations: SOR/2019-193)*. Se debe tener presente que este artículo 12 entró en vigencia en junio de 2020[21]. El reglamento precisa aquellos gastos, en los que incurre una madre sustituta en relación con su subrogación, que pueden ser reembolsados, previa presentación de facturas.[22]

En relación a los reembolsos que una mujer sustituta pueda imputar por la pérdida de ingresos relacionados con el trabajo, la ley lo permite siempre y cuando un profesional médico calificado certifique, por escrito, que continuar trabajando puede representar un riesgo para su salud o la del feto.

Finalmente, la ley contempla sanciones altas si se infringen estas prohibiciones, que van desde una multa, hasta 500.000.- dólares canadienses o prisión de hasta diez años o ambas inclusive.

Acuerdos de subrogación

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

[21] Para más información ver: http://bcn.cl/2b502

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

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

4.2.2.1. Quebec

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

4.2.2.2. British Columbia

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

a. Antes de la concepción**:** los padres potenciales deben firmar un acuerdo por escrito antes de la concepción de un niño mediante técnica de reproducción asistida. En ese acuerdo se debe establecer que la mujer sustituta es la madre biológica del niño concebido mediante reproducción asistida, y que al momento del nacimiento la mujer sustituta entregará al niño a los padres potenciales, no será más la madre del niño y la paternidad quedará traspasada a los padres potenciales.

b. Después del nacimiento: cuando nazca el niño, el padre o los padres potenciales serán los padres, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones: 1) antes de que el niño sea concebido, ninguna de las partes del acuerdo puede retirarse de este; y 2) después del nacimiento del niño: la madre sustituta da su consentimiento por escrito para entregar al niño a los padres potenciales, y los padres previstos tienen el niño bajo su cuidado.

4.2.3. Países Bajos

En Países Bajos actualmente no existe una ley específica sobre gestación por sustitución. La materia no se encuentra tratada en el Código Civil y solo se encuentra regulada en el **Código Penal holandés**, el cual prohíbe expresamente la gestación por sustitución con fines comerciales.

Sin embargo, se debe tener en consideración, que en la práctica se permite la gestación por sustitución con fines altruistas, y se hace actualmente bajos los estándares que determina la Asociación Holandesa de Obstetricia y Ginecología (*Nederlandse Vereniging voor Obstetrie & Gynaecologie*), como veremos ás adelante.

También debe considerarse que el 12 de julio de 2019 el Gobierno presento un proyecto de ley sobre la materia: *Wet kind, draagmoeder en afstamming*[23], teniendo como argumento que cada vez son más los niños que crecen en nuevas formas familiares y que médicamente, también se han incrementado las posibilidades para ayudar a las personas con un hijo a querer formar una familia, de tal manera que una regulación de la gestación subrogada y un fortalecimiento del derecho a la información sobre el origen e identidad de los niños, van en la línea con los cambios y necesidades de la sociedad actual.

La propuesta propone modificar el Libro 1 y el Libro 10 del Código Civil con el objetivo de una mejor protección del niño, la madre sustituta y los futuros padres. Para ello regula la paternidad de un niño que haya sido traído al mundo por una madre sustituta en los Países Bajos, como también regula el reconocimiento de la filiación tras la gestación subrogada en el extranjero. También se propone una serie de delitos penales, incluidos los relativos a la concesión de determinadas prestaciones a una madre sustituta, para evitar la gestación por subrogación comercial. Además, el proyecto de ley pretende fortalecer el derecho del niño a saber de quién desciende y ajusta diversas materias relativas a la paternidad en un sentido más general.

Este proyecto de ley sigue en tramitación, su última gestión registrada es el asesoramiento solicitado al Consejo de Estado (*Raad van State*)[24]. El 2 de junio de 2021, la Sala Consultiva del Consejo de Estado emitió dictamen sobre este proyecto de ley, el cual se hizo público el 19 de mayo de 2022[25]. El dictamen señala que el gobierno debería considerar más a fondo el proyecto de ley, y precisa que por la envergadura, naturaleza y complejidad del asunto, la regulación de la gestación subrogada merece un proyecto de ley aparte. Además, indican que el legislador debe proporcionar garantías adecuadas, en parte debido a los diversos derechos fundamentales de las personas directamente involucradas en la gestación subrogada. En cualquier caso, se trata de salvaguardias para garantizar que:

- el interés superior del niño debe ser una consideración primordial, y
- la madre sustituta debe estar protegida contra presiones antes y durante el embarazo, así como durante el parto.

Concepto

En el Código Penal se define lo que se entiende por gestación subrogada, señalando que se considera madre subrogante (*draagmoeder)* a una mujer que ha quedado embarazada con la intención de dar a luz a un niño para otra persona que desea adquirir la patria potestad sobre ese niño, o que de otro modo desea asumir el cuidado y la crianza a largo plazo de ese niño. (Art. 151b numeral 3).

Prohibiciones y sanciones

El Código Penal precisa que la subrogación comercial está prohibida: “El que, en el ejercicio de una profesión o negocio, induzca o promueva intencionadamente que una madre sustituta o una mujer que desee serlo, directa o indirectamente negocie o pacte con otra persona para llevar a cabo la referida

[23] Más información en: http://bcn.cl/3ctav
[24] Más información en: http://bcn.cl/3ctav
[25] Más información en: http://bcn.cl/3ctaw

acción, incurrirá en pena de prisión no mayor de un año o multa de cuarta categoría" (Art.151b). Por lo tanto, su promoción o publicidad es ilegal, y las agencias de gestantes son ilegales. Se prohíbe también anunciar en sitios web y redes sociales la subrogación, tanto para quien ofrece los servicios de mujer sustituta como para las personas que buscan madres gestantes.

Procedimiento médico para la gestación por sustitución con fines altruistas

Cabe consignar que los médicos participan en cada procedimiento de reproducción asistida que se lleva a cabo en los Países Bajos. En 2018, la Asociación Holandesa de Obstetricia y Ginecología (*Nederlandse Vereniging voor Obstetrie & Gynaecologie*), emitió un nuevo Reglamento modelo (*Modelreglement Embryowet)* respecto de la Ley de Embriones (*Embryowet)* y que aborda también el tema de la gestación por sustitución. El año 2020 este Reglamento ha tenido algunas modificaciones, sin embargo estas no dicen relación con la gestación por sustitución[26].

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

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

Filiación

Finalmente, en materia de filiación, se aplican las normas generales establecidas en el Código Civil. En consecuencia, actualmente la madre es quien da a luz, independientemente de si comparte o no material genético con el niño nacido. Por tanto, los padres potenciales deben someterse al

[26] Ver Modelreglement Embryowet Nederlandse Vereniging voor Obstetrie & Gynaecologie (NVOG). Vereniging voor Klinische Embryologie (KLEM). 2018 + aanpassing 2020.

procedimiento de derecho común de adopción, que es la única manera de garantizar que la responsabilidad parental se transfiera de la gestante, a ellos.

4.2.4. Portugal

En Portugal, la gestación por sustitución está permitida desde el año 2016, solo con fines altruistas, y pueden recurrir a ella las parejas de diferente sexo o las parejas de mujeres, respectivamente casadas o que convivan en condiciones análogas a las de los cónyuges, así como todas las mujeres independientemente de su estado civil y orientación sexual.

La ley que regula esta materia es **la Ley 32/2006 de Reproducción asistida** (*Procriação medicamente assistida*). Esta ley desde su aprobación ha sido objeto de varias modificaciones, la última de ellas es *la Lei nº 90/2021 (Altera o regime jurídico aplicável à gestação de substituição, alterando a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, que regula a procriação medicamente assistida).*

Concepto

Gestación por sustitución, está definida en la ley (art. 8 numeral 1) como “cualquier situación en que la mujer está dispuesta a tener un embarazo por otro y entregar al niño después del parto, renunciando a los poderes y deberes propios de la maternidad”.

Situaciones en que se permite

La celebración del acuerdo de gestación subrogada, sólo es admisible con carácter excepcional en los siguientes casos: a) ausencia de útero; b) lesión o enfermedad del mismo órgano, u otra situación clínica que impida absoluta y definitivamente el embarazo de la mujer.

La ley señala también que la gestación subrogada, sólo puede autorizarse mediante una técnica de reproducción asistida, y en centros públicos o privados expresamente autorizados al efecto por el Ministro de Sanidad. Y respecto a la técnica de reproducción asistida, se señala que solo se permite utilizando los gametos de al menos uno de los respectivos beneficiarios, y la gestante no podrá, en ningún caso, ser donante de ningún ovocito utilizado en el procedimiento específico en el que sea partícipe. Por lo tanto, solo se permite una subrogación gestacional.

Debe ser gratuito, de tal manera que la ley prohíbe cualquier tipo de pago o donación a la gestante, salvo el monto correspondiente a los gastos derivados del control de salud efectivamente prestado, incluido el transporte, siempre que estén debidamente acreditados. Además, la ley dispone que no está permitido celebrar contratos que involucren gestación subrogada cuando exista una relación de subordinación económica, es decir, de carácter laboral o de prestación de servicios, entre las partes involucradas.

Requisitos

a) La gestante debe ser preferentemente una mujer que ya haya sido madre, sin perjuicio de las circunstancias concretas del caso que lo impidan.
b) La celebración de contratos que involucren gestación subrogada requiere autorización previa del Consejo Nacional de Reproducción Asistida (*Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida)*, entidad que supervisa todo el proceso, que siempre es precedido por una audiencia por el Colegio Médico (*Ordem dos Médicos*) y el Colegio de Psicólogos (*Ordem dos Psicólogo*).
c) La solicitud de autorización previa para la celebración de contratos de gestación subrogada se presenta a través de un formulario disponible en el sitio web del Consejo Nacional de Reproducción Asistida, que crea el respectivo modelo, firmado conjuntamente por los beneficiarios y la gestante, y deberá acompañarse de la siguiente documentación: i) Identificación de los beneficiarios y de la gestante; ii) Aceptación de las condiciones previstas en el contrato de gestación subrogada por parte de los beneficiarios y de la gestante; iii) Documentación médica, procedente del Consejo Nacional de Reproducción Asistida, donde se realizarán las técnicas de reproducción asistida necesarias para la realización de la gestación subrogada, destinada a acreditar que se cumplen los requisitos señalados; iv) Declaración del director del Consejo Nacional de Reproducción Asistida donde se realizarán las técnicas de reproducción asistida necesarias para la realización de la gestación subrogada, aceptando la implantación en dicho centro de los tratamientos a realizar.

Derechos y deberes fundamentales de la gestante

La ley contempla derechos y deberes para la madre sustituta (art. 13 A y 13 B) que no pueden ser alterados en las cláusulas del contrato de subrogación.

Dentro de los derechos que tienen se señalan: a) Ser correctamente informada sobre las probables implicaciones médicas, psicológicas, sociales y legales resultantes de la celebración del contrato de subrogación, es decir, los riesgos de posibles complicaciones en el embarazo; b) Ver la transferencia de embriones realizada en un centro de reproducción asistida debidamente autorizado; c) Ser asistida en un ambiente médico adecuado que cuente con todas las condiciones materiales y humanas necesarias y adecuadas para el seguimiento del embarazo resultante del cumplimiento del contrato de embarazo de reemplazo; d) Tener seguimiento psicológico antes, durante y después del parto; e) Estar acompañada y tener acceso a las recetas que le haga el médico responsable del seguimiento de las enfermedades que pueda padecer durante el embarazo, aunque esto pueda comprometer la viabilidad del embarazo.

Por otra parte, se señala que son deberes de la gestante sustituta: a) Proporcionar toda la información que le solicite el equipo médico responsable de la transferencia del embrión y toda otra información que estime pertinente para el éxito de la técnica a la que se someterá; b) Seguir todas las prescripciones médicas determinadas por el equipo médico; c) Proporcionar toda la información solicitada por el médico

responsable del seguimiento del embarazo y seguir todas las prescripciones médicas que éste determine; d) Observar las precauciones consideradas normales, de acuerdo con las buenas prácticas médicas, respecto de su condición de mujer embarazada, incluso respecto de viajar en determinados medios de transporte en el tercer trimestre del embarazo y el estilo de vida a mantener durante el embarazo.

Contrato de subrogación

Se realiza mediante contrato escrito, libremente establecido entre las partes, supervisado por el Consejo Nacional de Reproducción Asistida, y debe contener, a lo menos las siguientes cláusulas:

a) Las obligaciones de la gestante subrogada en cuanto al cumplimiento de las orientaciones médicas del obstetra que acompañe el embarazo y la realización de los exámenes y actos terapéuticos considerados imprescindibles por el obstetra para el correcto seguimiento clínico del embarazo, con miras a asegurar la evolución normal del embarazo y el bienestar del niño:
b) Los derechos de la gestante a participar en las decisiones relativas a la elección del obstetra que acompaña el embarazo, el tipo de parto y el lugar donde se realizará;
c) El derecho de la madre sustituta a apoyo psicológico antes, durante y después del parto;
d) Las obligaciones y derechos de la madre sustituta, como la posibilidad de negarse a someterse a pruebas diagnósticas, como la amniocentesis, o la posibilidad de viajar en determinados medios de transporte o fuera del país en el tercer trimestre del embarazo;
e) Suministro de información completa y adecuada sobre las técnicas clínicas y sus posibles riesgos para la salud;
f) Suministro de información a la pareja beneficiaria y a la gestante sobre el significado y las consecuencias de la influencia del estilo de vida de la gestante en el desarrollo embrionario y fetal;
g) Las disposiciones que deban observarse respecto de las incidencias de salud ocurridas durante el embarazo, ya sea a nivel fetal o a nivel de la gestante;
h) Las disposiciones que deben observarse en caso de interrupción voluntaria del embarazo de conformidad con la legislación vigente;
i) La posibilidad de resolución del contrato por cualquiera de las partes, en caso de que se verifique un determinado número de intentos fallidos de embarazo y en qué términos podrá efectuarse dicha denuncia;
j) Condiciones de revocación del consentimiento o contrato de conformidad con esta ley;
k) La gratuidad del negocio jurídico y la ausencia de cualquier tipo de imposición, pago o donación por parte de la pareja beneficiaria a favor de la gestante con motivo del embarazo del niño, además de la cantidad correspondiente a los gastos derivados de la efectiva seguimiento de la salud proporcionado, incluido el transporte;
l) Los subsistemas o seguros de salud que puedan estar asociados al objeto del contrato;
m) La forma de resolución de conflictos a adoptar por las partes en caso de desacuerdo sobre la interpretación o ejecución del negocio jurídico.

Filiación

La ley en el artículo 8 numeral 9, considera padres del niño que naciera mediante el uso de la gestación subrogada a la pareja o mujer que haya recurrido a la técnica de gestación por subrogación.

4.2.5. Sudáfrica

En Sudáfrica, la maternidad subrogada está regulada en los artículos 292 a 303 de **la Ley de la Infancia N°38** (*Children's Act 38* del año 2005), que admite tan sólo su modalidad altruista, pero permitiendo abonar a la madre subrogada los gastos derivados del trámite (médicos, hospitalarios, etc.), así como los ingresos que la gestante dejara de percibir como consecuencia de la gestación[27]. Esta se lleva a cabo mediante la celebración de un acuerdo de materinidad subrogada (*surrogate motherhood agreement*), y que la legislación lo regula estableciendo una serie de requisitos, siendo el más relevante el de la autorización de los tribunales de justicia.

Requisitos exigidos para celebrar un acuerdo de subrogación

Para que un acuerdo de subrogación tenga validez se requiere que:

(a) el acuerdo sea por escrito y firmado por todas las partes del mismo;
(b) el acuerdo se celebre en el país;
(c) al menos uno de los padres que encarga la sustitución, o cuando el padre comitente es una sola persona, esa persona, en el momento de celebrar el acuerdo, tengan domicilio en el país;
(d) la madre sustituta y su esposo o compañero, si lo hubiere, se encuentran al momento de celebrar el contrato, domiciliados en el país. Sin embargo, un tribunal puede, si se demuestra una buena causa, no exigir este requisito;
(e) el acuerdo **sea confirmado por el Tribunal Superior** (*High Court*), en cuya jurisdicción estén domiciliados o residan habitualmente el o los progenitores comitentes.

Por otra parte, la ley exige que las partes que suscriban el acuerdo (padre o madre que encarga la sustitución, y la madre sustituta), tengan el consentimiento del esposo, esposa o pareja, de lo contrario el tribunal no podrá confirmar el acuerdo, salvo que la pareja rehúse injustificadamente su consentimiento, y en ese caso el tribunal puede confirmar el acuerdo.

Por último, la ley señala que ningún acuerdo de maternidad subrogada es válido, a menos que la concepción del niño contemplada en el acuerdo, se efectúe mediante el uso de los gametos de ambos padres que encargan la subrogación o, si eso no es posible por razones biológicas, médicas u otras válidas, se debe usar el gameto de al menos uno de los padres. Lo mismo sucede cuando el padre o madre que encarga la subrogación, sea soltero o sin pareja, en ese caso se debe usar el gameto de esa persona.

Aspectos evaluados por el Tribunal para confirmar un acuerdo de subrogación

El Tribunal debe verificar varios antecedentes antes de aprobar el acuerdo, tales como:

[27] *Ibíd.* Artículo 301.

a) que el padre o los padres encargados no pueden dar a luz a un niño y que la condición es permanente e irreversible;
b) los padres que solicitan la subrogación, son en todos los aspectos personas idóneas para aceptar la paternidad del niño que se va a concebir, y comprenden y aceptan las consecuencias jurídicas del acuerdo;
c) que la madre sustituta es una persona idónea para hacer de madre sustituta y que comprende las consecuencias jurídicas del acuerdo;
d) que la madre sustituta no utiliza la subrogación como fuente de ingresos, y que ha celebrado el acuerdo solo por motivos altruistas;
e) que la madre sustituta tiene antecedentes documentados de al menos un embarazo y parto viable;
f) que la madre sustituta tiene un hijo vivo propio;
g) que el acuerdo incluye disposiciones adecuadas para el cuidado, la crianza y el bienestar general del niño que nacerá en un entorno familiar estable, incluida la posición del niño en caso de fallecimiento de los padres que encargan la subrogación o de uno de ellos, o de su divorcio o separación antes del nacimiento del hijo.

Por último, la ley dispone que no puede haber fecundación artificial de la madre subrogada antes de que el acuerdo de maternidad subrogada sea confirmado por el tribunal; y luego señala que esta se puede efectuar después del transcurso de 18 meses, contados a partir de la fecha de la confirmación del acuerdo en cuestión por el tribunal (art. 296).

Filiación

Respecto de los efectos de un acuerdo de maternidad subrogada en el estatus de un menor de edad, se señala que cualquier hijo de madre subrogada o gestante, será hijo del padre o padres contratantes, desde el momento de su nacimiento. La madre sustituta, está obligada a entregar el niño al padre o padres que encargan la subrogación, tan pronto como sea razonablemente posible después del nacimiento, y la ley dispone que ni ella o su esposo, pareja o parientes tienen derecho de paternidad o cuidado del niño nacido. Tampoco tienen derecho de contacto con el niño, salvo que en el acuerdo de subrogación se haya dispuesto alguna cláusula al respecto. Po su parte, el niño tampoco tiene ningún derecho de alimentos o de sucesión contra la madre sustituta, su marido o pareja o cualquiera de sus parientes.

Se debe tener en consideración que cualquier acuerdo de maternidad subrogada que no cumpla con las disposiciones de la ley es inválido y cualquier niño nacido como resultado de cualquier acción tomada antes que ese acuerdo sea aprobado, es considerado para todos los efectos como hijo de la mujer que dio a luz a ese niño.

Terminación del acuerdo de maternidad subrogada

La ley permite que una madre sustituta, cuando es también donante de un gameto puede, en cualquier momento antes de que transcurra un período de 60 días después del nacimiento del niño, rescindir el

acuerdo de maternidad sustituta presentando una notificación por escrito ante el tribunal, y en ese caso el niño nacido será hijo de la madre subrogante, su esposo o pareja (si lo tuviera).

El tribunal debe rescindir la confirmación del acuerdo y determinar, después de la notificación a las partes del acuerdo y de una audiencia, que la madre sustituta ha rescindido voluntariamente el acuerdo y que comprende los efectos de la rescisión, de todas maneras el tribunal puede emitir cualquier otra orden apropiada, si es en interés del niño. En este caso la madre sustituta no incurre en ninguna responsabilidad al respecto, debiendo tan sólo devolver a los padres que encargaron la subrogación, los gastos que estos le hayan abonado durante el embarazo[28].

Por otra parte, la ley también permite que la madre sustituta, tome la decisión de terminar el embarazo, pero debe informar a los padres encargados de su decisión antes de la terminación y consultarlo con ellos. En este caso, la madre sustituta tampoco incurre en responsabilidad ante los padres encargados por ejercer su derecho a interrumpir un embarazo, excepto la compensación por los pagos realizados por los padres encargados para su mantención y gastos médicos, y siempre y cuando la decisión de interrumpir se toma por cualquier motivo que no sea médico.

4.2.6. Uruguay

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

Esta ley no define la gestación por sustitución ni los acuerdos. Sin embargo, define qué se entiende por técnicas de reproducción humana asistida "el conjunto de tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación de gametos o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo" (artículo 1°). Luego, la misma ley en el artículo 1°, enumera estas técnicas señalando una lista taxativa sobre qué técnicas hace referencia la ley, y dentro de las técnicas a que hace referencia la ley, es la **gestación subrogada**, la que procede solo excepcionalmente, como se verá más adelante.

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

Excepcionalidad de los acuerdos de gestación por sustitución

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

[28] *Ibíd*. Artículo 298.

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

a) La madre potencial no puede gestar un embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas.
b) La incapacidad señalada debe ser diagnosticada por el equipo tratante, el que debe elevar un informe a la comisión creada para esta materia, la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida[29] para su conocimiento, la que evaluará si se cumplen las condiciones.
c) El acuerdo de implantación y gestación del embrión, solo puede celebrarse con un familiar de la madre potencial, en segundo grado de consanguinidad, o de su pareja en su caso.
d) El embrión que se implanta debe ser propio, esto es aquel que es formado como mínimo por un gameto de la pareja o en el caso de la mujer sola, por su óvulo.
e) Respecto a la suscripción del acuerdo propiamente tal, la ley señala que este debe ser de naturaleza gratuita y suscrito por todas las partes intervinientes (artículo 26).

Filiación

En relación con la filiación que se produce en esta excepción, la ley señala que serán padres, los que hayan solicitado y acordado la subrogación de la gestación. Por su parte, la filiación materna estará determinada por el parto o la cesárea de la madre biológica o en su caso por la mujer cuya gestación ha sido subrogada (Arts. 27 y 28).

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

4.3.1. Estados Unidos

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

A su vez, dentro de los estados que permiten la gestación por sustitución comercial, puede identificarse una gradiente de restricciones, a partir de los requisitos que se establecen para llevarla a cabo, ya que hay estados que se permite que tenga fines comerciales solo cuando la subrogación es gestacional, es decir la madre sustituta no ha aportado material genético; a diferencia de la gestación tradicional, en que la mujer además de gestar es también donante del embrión que se creó, ya que se utilizó su propio óvulo y el esperma del padre potencial o de un donante elegido por los padres potenciales. En ese contexto se dice que, hay estados más amigables con la subrogación que otros, como el estado de California en que se permite que sea comercial tanto en la subrogación gestacional como la tradicional, a diferencia

[29] Ver capítulo V de la ley que se refiere a la Comisión señalada.

del estado de Nueva York, que cuenta con una legislación reciente y que permite la subrogación comercial solo para la subrogación gestacional[30].

4.3.1.1. California

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

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

Las Secciones 7960 y 7962 de la ley de familia señalada, definen en primer lugar lo que se entiende por acuerdo de reproducción asistida o "*Assisted reproduction agreement*". La ley señala que es un contrato escrito, suscrito por una persona que pretende ser el padre legal de un niño o niños nacidos a través de reproducción asistida y que define los términos de la relación entre las partes del contrato.

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

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

Acuerdo de subrogación

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

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

[30] En esta materia se consultó en gran parte la información en Creative Family Connections LLC. Disponible en: http://bcn.cl/3ctal

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

Filiación: Traslado de la paternidad

La Ley de California permite obtener una sentencia judicial que nombra a los padres potenciales como padres legales del niño gestado (y por lo tanto establece la filiación) mediante técnica de reproducción asistida, antes de que este nazca. Es lo que se conoce como orden prenatal "*Pre-birth parentage orders".* A través de estas se permite que durante el embarazo un juez reconozca que de acuerdo con el contrato firmado, el padre del niño es el padre potencial y deja establecido cómo debe ser inscrito en la partida de nacimiento. Cuando nazca, la paternidad legal de esta manera está blindada, por lo que se evitaría conflictos de interés respecto de quien es el verdadero padre cuando ocurra el nacimiento.

4.3.1.2. Nueva York

La subrogación gestacional en Nueva York está permitida por la Ley de Seguridad de los Padres e Hijos (*Child Parent Security Act, CPSA*, su sigla en inglés) a partir del 15 de febrero de 2021. La Ley modifica la Ley de Tribunales de Familia (*NY Family Court Act §§ 581-203, 581-401, 581-406*).

Esta ley permite por primera vez en el estado, la subrogación gestacional compensada, derogando entonces la ley existente de Nueva York que declaraba nulos los contratos de subrogación compensada (*Domestic Relations Act, Sección 8 - 122*). El objetivo concreto de la ley es permitir por primera vez, legalizar los acuerdos de subrogación gestacional, en los que la madre sustituta no ha aportado material genético, y delinear los procedimientos para establecer la filiación de los niños concebidos como resultado de dichos acuerdos o mediante reproducción asistida.

Respecto a la gestación subrogada tradicional, es decir cuando la madre sustituta además de gestar aporta material genético, esta solo es legal en casos altruistas, es decir no se puede compensar económicamente a la gestante. Además, según la ley de Nueva York, debido a que la madre sustituta tradicional sería la madre genética del niño, ella se considera la madre legal del niño y debe dar su consentimiento para la adopción del niño por parte de un padre potencial que no esté relacionado genéticamente con el niño. Por lo tanto, la subrogación tradicional compensada todavía está prohibida en Nueva York y las partes que celebran dichos acuerdos están sujetas a sanciones penales y civiles.

Acuerdo de Subrogación

Los contratos de subrogación son legales y exigibles en Nueva York siempre y cuando cumplan con un determinado conjunto de requisitos.

En primer lugar se señala que los futuros padres y la madre sustituta deben estar representados por abogados independientes, para garantizar que los derechos e intereses de ambas partes estén protegidos. Este acuerdo debe formalizarse antes de la transferencia del embrión, y debe incluir, entre otras cosas:

- Un reconocimiento de que la gestante ha recibido una copia de la "Declaración de derechos de la gestante subrogada", como se establece en la Parte 6 del Artículo 5-c de la Family Court Act;
- Debe estipular que la madre sustituta tiene derecho a tomar todas las decisiones de salud y bienestar con respecto al embarazo, a utilizar personal médico de su elección. Respecto a esta materia es importante consignar que los contratos de subrogación en Nueva York no pueden limitar la decisión de una portadora gestacional de interrumpir o continuar un embarazo gestacional; ella conserva el derecho de tomar todas las decisiones médicas y de atención médica sobre su cuerpo durante el proceso.
- También debe disponer que el padre o los padres intencionales deben asumir la custodia y responsabilidad de la manutención de todos los hijos que resulten del embarazo, responsabilidades indelegables, y debe obligarlos a otorgar un testamento previo a la transferencia del embrión definiendo un tutor para todos.
- Si la gestante subrogada va a recibir una compensación, esa compensación debe depositarse en una cuenta de depósito en garantía antes de firmar el acuerdo. Si se acuerda una compensación económica, esta debe ser razonable, debe negociarse de buena fe, no debe depender de ninguna característica del niño nacido y no procede cuando se compra gametos o embriones (gestación subrogada tradicional). Esta compensación puede cubrir el período de embarazo y un período de recuperación de hasta ocho semanas.

Para ser **madre sustituta de un acuerdo gestacional** compensado se exige: (i) tener al menos 21 años de edad: (ii) ser ciudadano estadounidense o residente permanente legal; (iii) ser residente de Nueva York durante al menos seis meses, si uno de los futuros padres no es residente del Estado de Nueva York; (iv) no haber proporcionado el óvulo para la concepción; (v) completar una evaluación médica realizada por un profesional de la salud con licencia; (vi) dar su consentimiento informado después de haber sido informado de los riesgos médicos; (vii) ser representada por un abogado independiente, junto con su cónyuge, si corresponde; (viii) tener pólizas de seguro médico integral y de vida que entran en vigencia antes de tomar medicamentos o comenzar cualquier transferencia de embriones; (viii) El cónyuge de la madre subrogada también debe dar su consentimiento informado a menos que hayan vivido separados durante tres años o hayan vivido separados en virtud de una orden, sentencia o acuerdo de separación reconocido en forma de escritura.

Respecto a los **futuros padres** estos deben: (i) Al menos uno de los futuros padres debe ser ciudadano de los Estados Unidos o residente permanente legal y residente de Nueva York durante al menos seis meses; (ii) Los futuros padres deben estar representados por un asesor legal independiente; (iii) Un

futuro padre puede ser un adulto soltero o, si es una pareja, puede estar casado o tener una relación íntima: (iv) El futuro progenitor puede celebrar un contrato de gestación subrogada sin su cónyuge si han vivido separados durante tres años o si han sido separados en virtud de una orden, sentencia o acuerdo de separación reconocido en escritura pública.

Filiación: petición de Paternidad

La petición de paternidad en caso de un acuerdo de subrogación se puede presentar en cualquier momento, después de la ejecución del acuerdo de subrogación y debe incluir alegaciones:

(i) por parte de los futuros padres y madre sustituta, que al menos uno de ellos ha sido residente de Nueva York durante al menos seis meses y que acredite su conocimiento y consentimiento voluntario al acuerdo y solicitud de un juicio de paternidad, y

(ii) por los abogados de todas las partes, que señalan se han cumplido los requisitos para los acuerdos de subrogación establecidos en la Parte 4 del artículo. [FCA §581-203(c)].

Si las declaraciones de los abogados no indican el cumplimiento total, el tribunal puede hacer cumplir el acuerdo si encuentra "cumplimiento sustancial" o puede adjudicar la paternidad de acuerdo con los "mejores intereses" del niño. [FCA §581-203(e), 581-407].

4.3.2. México

En México la gestación subrogada ha sido regulada en solo dos estados: Tabasco y Sinaloa. A continuación veremos la gestación por subrogación en el estado de Tabasco, donde se encuentra regulada desde el año 2016 en el Código Civil del Estado de Tabasco, artículo 380 bis y siguientes.

4.3.2.1. Estado de Tabasco

Conceptos

El artículo 92 del **Código Civil de Tabasco**, en primer lugar define lo que se entiende por **madre gestante sustituta**, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la **madre subrogada** provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera **madre contratante** a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso.

Luego la misma normativa en el artículo 380 Bis 1, define la **Gestación por contrato** señalando que: "la gestación por contrato se efectuará a través de la práctica médica, mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por los padres contratantes, cuando la madre pactante padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero".

Respecto de las formas de gestación por contrato, el artículo 380 Bis 2, indica que éstas admiten las siguientes modalidades:

- **Gestación por contrato subrogada**, que implica que la gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos y que, después del parto, entregue el recién nacido a la madre contratante mediante adopción plena y;
- **Gestación por contrato sustituta**, que implica que la gestante sea contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión obtenido por la fecundación de gametos de la pareja o persona contratante.

Requisitos para ser madre gestante sustituta

a) La Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, debe determinar el perfil clínico, psicológico y social de la madre gestante, previamente a su contratación, a fin de comprobar que su entorno social sea estable, libre de violencia y su condición física y psicológica sea favorable para el adecuado desarrollo de la gestación[31].
b) Tener entre veinticinco y hasta treinta y cinco años de edad, buena salud bio-psicosomática y el haber dado su consentimiento de manera voluntaria para ser gestante subrogada o sustituta.

Contrato de Gestación

La ley establece que el contrato de gestación debe ser suscrito por las partes, previo cumplimiento por parte de los contratantes de los siguientes requisitos:
a) Ser ciudadanos mexicanos;
b) Poseer plena capacidad de goce y ejercicio de sus derechos;
c) La mujer contratante debe acreditar, mediante certificado médico expedido por el médico tratante de la institución acreditada, que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que cuenta entre veinticinco y cuarenta años de edad;
d) La mujer gestante debe otorgar su aceptación pura y simple para que se lleve a cabo en su útero la Implantación de la mórula y reconocer su obligación de procurar el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional y a concluir la relación contratada, respecto al o los recién nacidos y los padres contratantes una vez producido el nacimiento.
e) La gestante, para poder celebrar contrato de gestación, debe acreditar, mediante dictamen médico expedido por institución oficial de salud, que no estuvo embarazada durante los 365 días previos a la implantación de la mórula y que no ha participado en más de dos ocasiones consecutivas en dicho procedimiento; lo que no impediría que pueda donar el óvulo para la fecundación in vitro o portar al producto fecundado en su vientre mediando conocimiento del cónyuge o concubino.

Por otra parte se señala que en el contrato de gestación debe constar de manera indubitable y expresa la voluntad de las partes. Los derechos y obligaciones que de él emanen son personalísimos, no

[31] Artículo 380 Bis 3.

habiendo lugar a la representación legal; no obstante las partes podrán ser asesoradas por sus abogados, si así lo requieren.

El contrato de gestación lo deben firmar la madre y el padre contratantes con la gestante y, si fuera el caso, su cónyuge o concubino, así como un intérprete, de ser necesario, debiendo quedar asentados el lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento.

El contrato debe **ser firmado ante notario público**, quien estará obligado a exigir de los contratantes la presentación del dictamen médico que demuestre el cumplimiento de los requisitos y condiciones señalados. Una vez que sea suscrito el instrumento jurídico ante Notario Público, debe ser **aprobado por el Juez competente,** a través de procedimiento judicial no contencioso, en el que se reconozca el vínculo entre los contratantes y el feto, a su vez que la gestante y, en su caso, su cónyuge o concubino renuncien a cualquier derecho de parentesco con el recién nacido. El Instrumento aprobado deberá ser notificado en sus efectos a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado.

Filiación

El certificado de nacimiento será expedido por el médico autorizado o tratante que haya asistido a la mujer gestante en el nacimiento del o los recién nacidos; también llenará el formato expedido para tal efecto por la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, el que contendrá, en este caso, la constancia que la gestación fue asistida a través de una técnica de apoyo a la reproducción humana o práctica médica, denominada gestación por contrato.

El asentamiento del recién nacido debe realizarse mediante la figura de la **adopción plena** aprobada por Juez competente, en los términos del presente Código.

Se establece que en caso de que la gestante sustituta o su cónyuge demanden la paternidad o maternidad, solamente pueden recibir, previo reconocimiento de su cónyuge, la custodia del niño nacido, únicamente cuando se acredite la incapacidad o muerte de la madre o padre contratantes.

Nulidad del contrato de gestación

Existen algunas circunstancias que ocasionarían la nulidad del contrato de gestación, tales como, la existencia de algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas, el no cumplimiento de los requisitos exigidos, el establecimiento de compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del niño y la dignidad humana; la intervención de agencias, despachos o terceras personas; y de compromisos o cláusulas que contravengan el orden social y el interés público[32].

Efectos del contrato de gestación

La nulidad del documento no exime a las partes contratantes de las responsabilidades adquiridas y derivadas de su existencia. En ese contexto, es obligación de los padres contratantes garantizar con una póliza de seguro de gastos médicos mayores, expedido por una institución de seguros establecida

[32] Artículo 380 Bis 4.

legalmente en territorio nacional, que cubra los gastos originados en la atención del embarazo, parto y puerperio, a favor de la gestante sustituta o subrogada.

Asimismo, podrá la gestante demandar a la madre y al padre contratantes el pago de gastos médicos, en caso de patologías genéticas y las que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y postnatal. Se harán acreedores a las responsabilidades civiles aquellos médicos tratantes que realicen la implantación o fecundación de embriones humanos sin su consentimiento y sin la plena aceptación de las partes que intervienen.

Por último, la ley señala que los notarios públicos que indebidamente den fe o certifiquen contratos de gestación sin apego a las disposiciones jurídicas aplicables, serán separados definitivamente de su encargo.

Obligaciones especiales producto del contrato de gestación

La ley señala que las instituciones que brinden atención obstétrica, en razón del procedimiento de reproducción asistida, deben informar el nacimiento a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, durante las primeras veinticuatro horas de ocurrido el mismo y el tipo de atención brindada. Esta notificación debe incluir la copia del certificado de nacimiento del o los recién nacidos. Se debe consignar también que la ley señala que, las instituciones y clínicas de reproducción humana asistida, así como el personal médico especializado en esta materia, deben estar previamente acreditados y autorizados por la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado para la prestación de esos servicios; las clínicas deben contar con la licencia sanitaria correspondiente.

Por otra parte, respecto a los notarios públicos que participen en la celebración de contratos para estos procedimientos, deben informarlo en un plazo de veinticuatro horas a la Secretaría de Salud y al Registro Civil del Estado, mediante copia certificada del instrumento celebrado entre las partes.

4.3.2.2. Estado de Sinaloa

Por su parte, el Código Familiar del Estado de Sinaloa, Decreto N° 742 de 2013, permite en el Capítulo V, gestación subrogada.

Conceptos

La ley señala que la maternidad subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando ésta padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento (art. 283).

Esta maternidad subrogada admite diversas modalidades (art. 284):

a) Subrogación total, esta implica que la mujer gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos, y que después de la gestación y el parto, entregue el hijo a la pareja o persona contratante.
b) Subrogación parcial, se da cuando la gestante es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado, pero que proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja o persona contratante.
c) Subrogación onerosa, se produce cuando una mujer acepta embarazarse en lugar de otra, tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de la gestación.
d) Subrogación altruista, ocurre cuando una mujer acepta gestar por cuenta de otra de manera gratuita

Requisitos para ser madre gestante

a) Mujeres entre veinticinco y treinta y cinco años de edad;
b) Que tengan al menos, un hijo consanguíneo sano;
c) Buena salud psicosomática. No podrá padecer alcoholismo ni ninguna toxicomanía, y deberá acreditar vía dictamen médico que no estuvo embarazada durante los 365 días previos a la implantación de la mórula, y que no ha participado en más de dos ocasiones consecutivas en dicho procedimiento.

Contrato de gestación

El instrumento de maternidad subrogada será firmado por la madre y padre subrogados, la madre subrogada gestante, el intérprete si fuera necesario uno, el Notario Público, el director de la clínica o centro hospitalario quedando asentados el lugar, año, mes, día y hora en que hubiere sido otorgado

Para suscribir un contrato de gestación, las partes deben cumplir con ciertos requisitos que incluyen ser ciudadanos mexicanos; poseer capacidad de goce y ejercicio, la acreditación por parte de la madre subrogada y, vía certificado médico, de su imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero; y la aceptación de la mujer gestante de implantar en su útero la mórula, junto con concluir la relación contratada, respecto a la persona menor y los padres subrogados con el nacimiento.

Nulidad del contrato de gestación

Las circunstancias que ocasionarían la nulidad del contrato de gestación son, al igual que en el Estado de Tabasco, la existencia de algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas, el no cumplimiento de los requisitos exigidos, el establecimiento de compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del niño y la dignidad humana, y de compromisos o cláusulas que contravengan el orden social y el interés público.

Efectos del contrato de gestación

Se establece que una vez que se suscriba el instrumento, deberá ser notificado a la Secretaría de Salud y al oficial del registro civil, para que el estado de la persona menor nacida, sea contemplado en su filiación como hijo desde el momento de la fecundación de sus progenitores biológicos, es decir, madre y padre o madre subrogados.

Se establecen responsabilidades civiles y penales para aquellos médicos que realicen la implantación o fecundación de embriones humanos sin el consentimiento y plena aceptación de las partes que intervienen.

Referencias

ACUÑA SAN MARTÍN, MARCELA. (2013). Técnicas de Reproducción humana asistida, desafíos del siglo XXI: una mirada transdisciplinaria. Maricruz Gómez de la Torre (dir.). Revista de derecho (Coquimbo), 20(1), 413-419. Disponible en: http://bcn.cl/2bf8t

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. LAMPERT, MARÍA PILAR (2018). Acceso a Tratamientos para la Infertilidad en Chile, España, Estados Unidos. Disponible en: http://bcn.cl/2b7ht

COMITÉ DE BIOÉTICA ESPAÑOL (2017). Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada en España. Disponible en: http://bcn.cl/2b801

CORRAL TALCIANI, HERNAN (2000). La filiación en las técnicas de reproducción humana asistida. Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte. Año 7 p. 113.

FUGARDO ESTIVILL, JOSEP M (2018). Procreación humana y acciones de responsabilidad. Derecho español y comparado. Disponible en: https://www.bcn.cl/catalogo

GOVERMENT OF THE NETHERLANDS. Legal and illegal aspects of surrogacy. Disponible en: http://bcn.cl/2bblx

GUIMARÃES, MARIA RAQUEL (2018). As particularidades do regime do contrato de gestação de substituição no direito português e o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 225/20181. Rev Bio y Der. 2018; 44: 179-200. Disponible en: http://bcn.cl/2baoe

HEBRERO, V. (28 de Marzo de 2017). *Proponen prohibir en Rusia los vientres de alquiler hasta regularlos mejor*. Disponible en: http://bcn.cl/3ctr1

HOUSE OF REPRESENTATIVES STANDING COMMITTEE ON SOCIAL POLICY AND LEGAL AFFAIRS. Inquiry into the regulatory and legislative aspects of international and domestic surrogacy arrangements (2016). Disponible en: http://bcn.cl/2b4gr

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

LAMM, ELEONORA (2013). UNESCO, colección de Bioética Universitat de Barcelona. “Gestación por sustitución Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”. Disponible en: http://bcn.cl/2b63z

MILLBANK, JENNI (2013) "Resolving the Dilemma of Legal Parentage for Australians Engaged in International Surrogacy". Disponible en: http://bcn.cl/2b5wn

MINSAL-Chile (2013) Orientaciones técnicas para el manejo de la infertilidad de baja complejidad. Disponible en: http://bcn.cl/2b7tg

OBSERVATORIO DE BIOÉTICA INSTITUTO DE CIENCIAS DE LA VIDA. Universidad Católica de Valencia. (7 de Abril de 2017). *Maternidad subrogada. Visión actual*. España. Disponible en: http://bcn.cl/3ctr6

ONU. Consejo de Derechos Humanos. 37º período de sesiones 26 de febrero a 23 de marzo de 2018. Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños. Disponible en: http://bcn.cl/2b5m9

PACHECO, Sara (2019). La gestación subrogada y la dignidad de la mujer. Universitat Autónoma Barcelona. Disponible en: http://bcn.cl/2ba02

PARLAMENTO EUROPEO (2012) El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE. Disponible en: http://bcn.cl/2b9z3

PARLAMENTO EUROPEO (2016). Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2016, sobre la lucha contra la trata de seres humanos en las relaciones exteriores de la Unión (2015/2340(INI). Disponible en: http://bcn.cl/2b5wl

PARLAMENTO ALEMAN (2022) Gesetzliche Regelung Titel: Gesetzliche Regelung der Ersatzmutterschaft in Deutschl. Disponible en: http://bcn.cl/3cq0h

SILVA PEREIRA, MARIA M. (2017). Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição. Disponible en: http://bcn.cl/2baok

SALAZAR BENITEZ, OCTAVIO (2017). UNED. Revista de Derecho Político Nº 99, mayo-agosto 2017, págs. 79-120. La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos. Disponible en: http://bcn.cl/2b632

SATZ, Debra (2015) “Por qué algunas cosas no deberían estar en venta: Los límites morales del mercado”. Siglo XXI, Buenos Aires, Argentina.

Legislación

Alemania

Ley de protección del embrión 745 de 1990 (Gesetz zum Schutz von Embryonen). Disponible en: http://bcn.cl/3corj

Código Civil Alemán (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB). Disponible en: http://bcn.cl/2ba69
(Adoptionsvermittlungsgesetz – AdVermiG). Disponible en: http://bcn.cl/3cpzt

Australia

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

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

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

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

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

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

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

Canadá

Assisted Human Reproduction Act (S.C. 2004, c. 2). Disponible en: http://bcn.cl/3cq3e

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

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

España

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

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

Estados Unidos

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

Creative Family Connections. Disponible en: https://www.creativefamilyconnections.com/us-surrogacy-law-map/

Francia

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

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

México

Código Civil del Estado de Tabasco. Disponible en: http://bcn.cl/3ctpw

Decreto N°742-Código Familiar del Estado de Sinaloa. Disponible en: http://bcn.cl/3ctq8

Países Bajos

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

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

Modelreglement Embryowet Nederlandse Vereniging voor Obstetrie & Gynaecologie (NVOG) Vereniging voor Klinische Embryologie (KLEM) 2018 + aanpassing 2020. Disponible en: http://bcn.cl/3cqcq

Portugal

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

Uruguay

Ley Nº 19.167 técnicas de reproducción humana asistida. Disponible en: https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19167-2013

Nota aclaratoria

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

Creative Commons Atribución 3.0
(CC BY 3.0 CL)