ndiciones de justicia y equidad
la gestación por subrogación no comercial

Pablo Aguayo Westwood · Facultad de Derecho, Universidad de Chile
Comisión de Mujer y Equidad de Género del Senado
Boletín N.º 18.546-34 · 31 de agosto de 2026 · Proyecto FONDECYT N.º 1260293



La pregunta que orienta la exposición

¿Qué condiciones de justicia y equidad deben concurrir para que la gestación por subrogación no comercial sea moralmente aceptable?

¿Cómo deberían traducirse esas condiciones en el diseño de la ley y su reglamento?

FONDECYT 1260293

Para responder las preguntas anteriores hay que situar la práctica

Justicia reproductiva

• La justicia reproductiva articula tres dimensiones: derecho a no tener hijos; derecho a tener hijos; derecho a criar a los hijos en condiciones sociales justas.

• El proyecto se relaciona principalmente con el derecho a tener hijos y, por tanto, con las condiciones institucionales que permiten ejercer decisiones reproductivas.

• Esto exige considerar a las personas requirentes, a la gestante y al niño o niña.

FONDECYT 1260293

Autonomía y necesidad económica de la gestante

• Que la autonomía depende de condiciones sociales no significa que toda decisión motivada por razones económicas carezca de libertad.

• Trabajar para obtener ingresos no convierte a esa decisión en una decisión coaccionada.

• Si la necesidad económica puede afectar la autonomía y, por extensión, al consentimiento, la ley debe identificar cuándo se transforma en una restricción relevante de la autonomía.

• La tarea institucional consiste en mejorar, garantizar y supervisar las condiciones de decisión, no en presumir la ausencia de agencia (paternalismo).

FONDECYT 1260293

De lo anterior se sigue una primera precisión sobre el proyecto: «altruista» no equivale a «no comercial»

- «Altruista» describiría una motivación moral de la gestante.
- «No comercial» describe una característica del régimen jurídico de la práctica.
- Una persona puede actuar altruistamente y recibir una compensación económica.
- Asimismo, una práctica puede ser no comercial sin que ello implique que quien gesta deba asumir todos los costos que la actividad genera.
- Por eso propongo revisar el título del artículo 17 y preferir «no comercial».

FONDECYT 1260293

La distinción importa al momento de regular las *compensaciones* económicas

- **El artículo 14 declara nulas** las cláusulas que contemplen **pagos por la gestación**, por el resultado del embarazo o por la entrega del niño o niña.
- Esas situaciones no son equivalentes. Una transferencia económica puede cumplir funciones diferentes:

  i. **Precio**: pago por la gestación o por la entrega del niño o niña.
  ii. **Incentivo**: suma destinada a generar un beneficio o inducir la participación.
  iii. **Reembolso:** restitución de gastos médicos u otros costos efectivos.
  iv. **Compensación:** reparación por pérdida de ingresos u otras cargas derivadas de la gestación.

- La transferencia económica no permite por sí sola determinar que la práctica sea comercial.
- El artículo 18 ya reconoce expresamente la pérdida efectiva de ingresos laborales como gasto reembolsable. Por tanto, el problema no es que el proyecto permita compensar pérdidas económicas; el problema es ***cómo distingue las distintas transferencias económicas***

FONDECYT 1260293

La pregunta decisiva no es si existe dinero

ESHRE (European Society of Human Reproduction and Embryology): compensar costos no es lo mismo que crear un incentivo

- ESHRE (2025) distingue entre costos efectivos y pérdida de ingresos, compensación por cargas e incentivos o pagos que generan un beneficio neto.
- Considera aceptable (vinculado con la justicia) compensar gastos médicos y pérdidas de ingresos asociadas al embarazo y al parto.
- La cuestión moral pasa por la función de la transferencia: **compensar consecuencias de la gestación no equivale a establecer un precio por ella.**
- Esta distinción permite anticipar la objeción de que toda transferencia económica implica mercantilización.
- El proyecto debería distinguir con suma claridad entre la existencia de una **motivación económica**, que es compatible con la libertad, y una situación de **coerción o vulnerabilidad** que haga defectuosa la formación del consentimiento (Debra Satz: mercados nocivos).

FONDECYT 1260293

La cuestión económica nos devuelve a la autonomía y al consentimiento

Si distinguimos entre las condiciones que hacen justa una práctica y las condiciones que hacen libre una decisión, ¿qué ocurre con el consentimiento?

- Si las condiciones de la decisión importan, también importa que la autonomía pueda ejercerse a lo largo del proceso.
- El proyecto permite revocar el consentimiento hasta antes de la transferencia embrionaria.
- Después de la transferencia, la voluntad procreacional de las personas requirentes es irrevocable; la gestante conserva su autonomía corporal durante el embarazo.
- Esto plantea una pregunta: el consentimiento prestado antes de la transferencia ¿agota todas las decisiones relevantes que deberán adoptarse posteriormente?
- El problema es de[illegible]n del consentimiento como proceso.

FONDECYT 1260293

El derecho comparado muestra que el consentimiento puede tener relevancia después del nacimiento

Inglaterra y Gales: *parental order*

- En Inglaterra y Gales, la gestante es la madre legal al momento del nacimiento, incluso sin vínculo genético con el niño.
- La transferencia de la parentalidad requiere posteriormente una *parental order*.
- El consentimiento de la gestante para esa orden no puede prestarse antes de seis semanas después del nacimiento.
- Las seis semanas no significan que el niño deba permanecer con la gestante: puede pasar al cuidado de las personas requirentes desde el nacimiento con su consentimiento.
- La comparación plantea una pregunta para Chile: ¿debe el nacimiento constituir una instancia jurídicamente relevante para el consentimiento sobre la filiación?

FONDECYT 1260293

De lo anterior se siguen cuatro propuestas

1. Sustituir «altruista» por «no comercial» en la definición y el título del régimen.

2. Precisar la relación entre necesidad económica, libertad y consentimiento: necesidad económica no equivale por sí sola a coerción.

3. Revisar el tratamiento de las transferencias económicas: distinguir precio e incentivo comercial de reembolso, pérdida de ingresos y otras compensaciones reguladas.

4. Examinar la temporalidad del consentimiento y considerar una instancia institucional de verificación durante el proceso, incluida la cuestión de la filiación después del nacimiento.

La finalidad es construir condiciones institucionales que hagan posible una decisión autónoma y un régimen efectivamente no comercial y de ese modo respetar las condici

FONDECYT 1260293