

**UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**  
**CARRERA DE DERECHO**



**MONOGRAFÍA DE GRADO**

(PARA OPTAR AL TÍTULO ACADÉMICO DE LICENCIATURA EN DERECHO)

**“BASES JURÍDICAS DOCTRINALES PARA LA  
REGULACIÓN DEL CONTRATO DE MATERNIDAD  
SUBROGADA”**

**POSTULANTE : Choque Flores, Elma**

**TUTOR ACADÉMICO : Dr. Rios Luna, Juan Orlando**

**La Paz – Bolivia**  
**2013**

### ***Dedicatoria***

*Mi dedicación con gratitud a mi familia, por sus consejos y valores inmersos en la Justicia y el Derecho, recibidos en el seno de mi hogar. A mí amada hija Iveth Nicole quien es mi fortaleza e inspiración por darle un nuevo sentido a mi vida, a mis Victor y Lucia, mis hermanos Edgar, Milton, Agueda por su apoyo confianza y amor, por ayudarme a cumplir mis objetivos como persona y estudiante.*

*Elma Choque Flores*

### ***Agradecimientos***

*Gracias a Dios por permitirme terminar la carrera y estar a mi lado en todo momento. A mi Mentora y tan respetada Facultad de Ciencias Políticas y Derecho de la **Universidad Mayor de San Andrés**, a los distinguidos docentes que inculcado su sabiduría, conocimientos, sapiencias para concluir mi carrera, con vocación de servicio hacia la noble profesión de Abogado, un agradecimiento especial a mí Tutor **Dr. Juan Orlando Rios Luna**, por su ejemplo de distinción, rectitud, integridad en sus años como profesional y docente, por su guía para la culminación de mi carrera aportando con su noble misión y a las personas que me brindaron su Amistad y Cariño en el camino de hacia la profesionalización.*

# BASES JURÍDICAS DOCTRINALES PARA LA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA

## ÍNDICE GENERAL

|   | Pág.      |
|---|-----------|
| Dedicatoria .....                                 | i         |
| Agradecimientos .....                             | ii        |
| ÍNDICE GENERAL .....                              | iii       |
| INTRODUCCIÓN .....                                | vi        |
| <b>TITULO PRIMERO.....</b>                        | <b>1</b>  |
| <b>DESARROLLO O CUERPO DE LA MONOGRAFÍA .....</b> | <b>1</b>  |
| <b>EVALUACIÓN Y DIAGNOSTICO DEL TEMA.....</b>     | <b>2</b>  |
| A. MARCO INSTITUCIONAL.....                       | 2         |
| B. MARCO TEÓRICO .....                            | 2         |
| B.1. Marco Teórico General .....                  | 3         |
| B.2. Marco Teórico Especifico .....               | 5         |
| C. MARCO HISTÓRICO .....                          | 6         |
| C.1. Género humano. ....                          | 6         |
| D. MARCO CONCEPTUAL.....                          | 7         |
| E. MARCO JURÍDICO POSITIVO VIGENTE.....           | 10        |
| E.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO.....        | 10        |
| E.2. CÓDIGO CIVIL.....                            | 10        |
| E.3. CÓDIGO NIÑA NIÑO Y ADOLESCENTE.....          | 11        |
| E.4. CÓDIGO DE FAMILIA .....                      | 12        |
| <b>DIAGNOSTICO DEL TEMA DE MONOGRAFÍA.....</b>    | <b>13</b> |
| A. FUNDAMENTACIÓN O JUSTIFICACIÓN DEL TEMA .....  | 13        |
| A.1. Casos .....                                  | 15        |
| B. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....                | 16        |
| C. OBJETIVOS.....                                 | 18        |
| C.1. Objetivo General .....                       | 18        |
| C.2. Objetivos Específicos.....                   | 18        |
| D. ESTRATEGIA METODOLÓGICA .....                  | 19        |
| D.1. MÉTODOS UTILIZADOS EN LA MONOGRAFÍA .....    | 19        |

|  |           |
|--|-----------|
| D.2.    TÉCNICAS UTILIZADAS EN LA MONOGRAFÍA .....   | 19        |
| <b>TITULO SEGUNDO .....</b>  | <b>20</b> |
| <b>DESARROLLO DEL DIAGNOSTICO DEL TEMA.....</b>  | <b>20</b> |
| <b>CAPÍTULO I.....</b>   | <b>21</b> |
| <b>1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA SUBROGACIÓN MATERNA .....</b>  | <b>21</b> |
| 1.1.    ANTECEDENTES DE PROCEDIMIENTOS EN LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA .....                                   | 21        |
| 1.1.1.    Primer caso de un ser humano concebido fuera del útero materno .....                             | 23        |
| 1.2.    ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONTRATO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA .....                              | 24        |
| 1.2.1.    Casos de maternidad subrogada y conflictos legales de la paternidad .....                        | 26        |
| 1.3.    ANTECEDENTES EN BOLIVIA .....  | 32        |
| 1.3.1.    El primer bebe probeta en Bolivia.....   | 33        |
| 1.3.2.    Primer bebe probeta en la ciudad de La Paz. ....   | 33        |
| 1.3.3.    Primer niño probeta en Santa Cruz. ....  | 34        |
| <b>CAPITULO II .....</b>   | <b>36</b> |
| <b>2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y DOCTRINARIOS DE LA REGULACIÓN CONTRACTUAL DE LA SUBROGACIÓN MATERNA.....</b> | <b>36</b> |
| 2.1.    SUBROGACIÓN MATERNA .....  | 36        |
| 2.1.1.    Definición de subrogación .....  | 36        |
| 2.1.2.    Denominaciones de maternidad subrogada.....  | 39        |
| 2.2.    FAMILIA COMPLEMENTADA CON TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA .....                                  | 50        |
| 2.2.1.    Perfeccionamiento de la familia .....  | 51        |
| 2.3.    PROBLEMÁTICAS JURÍDICAS DE LAS TECNOLOGÍAS REPRODUCTIVAS CON LA MATERNIDAD SUBROGADA .....         | 59        |
| 2.3.1.    Filiación .....  | 66        |
| 2.3.2.    Entre lo público y lo privado.....   | 70        |
| 2.3.3.    Mercantilización en la Reproducción Asistida.....  | 71        |
| 2.4.    REGULACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA .....   | 72        |
| 2.5.    CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA .....   | 74        |
| 2.5.1.    Consentimiento .....   | 75        |
| 2.5.2.    Responsabilidad jurídica .....   | 76        |
| <b>CAPITULO III.....</b>   | <b>79</b> |
| <b>3. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA NORMATIVA INHERENTE A LA SUBROGACIÓN MATERNA .....</b>                       | <b>79</b> |
| 3.1.    NORMATIVA INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE PROCREACIÓN .....                                    | 79        |

|  |   |           |
|--|---|-----------|
| 3.1.1.   | Derecho individual .....  | 79        |
| 3.1.2.   | Derecho a la salud .....  | 79        |
| 3.1.3.   | Derecho a la libertad o autodeterminación personal .....                            | 80        |
| 3.1.4.   | Derecho de fundar una familia .....   | 80        |
| 3.2.   | NORMATIVA NACIONAL DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES, DE<br>REPRODUCCIÓN Y FAMILIA ..... | 81        |
| 3.2.1.   | Constitución Política del Estado .....  | 81        |
| 3.2.2.   | Código Civil .....  | 84        |
| 3.2.3.   | Código de Familia .....   | 85        |
| 3.2.4.   | Código Niño Niña y adolescente.....   | 86        |
| <b>CAPÍTULO IV .....</b>   |   | <b>88</b> |
| <b>4. PROPUESTA JURÍDICA DE REGULACIÓN CONTRACTUAL DE LA<br/>SUBROGACIÓN MATERNA .....</b> |   | <b>88</b> |
|  | ANTEPROYECTO DE LEY.....  | 88        |
|  | LEY DEL REGULACIÓN CONTRACTUAL DE LA SUBROGACIÓN MATERNA .....                      | 88        |
| CONCLUSIONES .....   |   | 95        |
| BIBLIOGRAFÍA .....   |   | 98        |

## INTRODUCCIÓN

Dentro de la evolución de la sociedad, se encuentra la conformación de la familia ligada a la procreación, donde antiguamente solo las parejas casadas o legalmente establecidas podían tener hijos, sin embargo en la actualidad el hecho de procrear está ligado a una serie de derechos individuales y de paternidad, donde ahora el problema no es estar casado o tener bien establecido la situación matrimonial. El problema radica en aspectos físicos que imposibilitan que los padres puedan concebir el embarazo de forma natural, es decir por la vía sexual.

Las posibilidades ofrecidas por la aparición y el desarrollo de las técnicas de fecundación artificial, no sólo permiten separar la procreación de la unión sexual entre el varón y la mujer, sino también que ésta pueda realizarse sin la participación biológico-genética y/o sin el conocimiento del otro miembro de la pareja.

Este hecho cobra particular relevancia en el caso de la mujer, puesto que la realidad biológica de la maternidad y el recurso a las técnicas de procreación asistida, hacen posible que la mujer pueda planificar su propia procreación, sin los condicionamientos a los que la naturaleza somete de una paternidad. De igual manera, en el caso de que la mujer decidiera colaborar en la procreación de terceras personas, la ayuda que aquella puede brindar no se limita a la donación de su material biológico, sino que puede llegar a implicar la disposición de su integridad psico-física.

Para emprender estas y otras problemáticas sociales, sociológicas, psicológicas, económicas y jurídicas, todas derivadas de la maternidad subrogada, para lo cual hay que establecer los tipos de maternidad y paternidad, que conlleven a un adecuado régimen normativo legal, que regule su práctica adecuada, en relación a la aceptación y la responsabilidad jurídica que conlleva la maternidad subrogada y los implicados.

**TITULO PRIMERO**

**DESARROLLO O CUERPO DE LA  
MONOGRAFÍA**



# EVALUACIÓN Y DIAGNOSTICO DEL TEMA

## A. MARCO INSTITUCIONAL

De acuerdo al artículo 33 del Reglamento del PETAENG de la Universidad Mayor de San Andrés aprobado por el HCU5/0217/1160/2003 y en estricto cumplimiento de la Resolución del Honorable Consejo Facultativo N° 0095/2013 de fecha 21 de mayo de 2013, de la Carrera de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Tutor Académico Dr. Juan Orlando Ríos Luna, para optar a la modalidad de Titulación por PETAENG a la Univ. Elma Choque Flores.

## B. MARCO TEÓRICO

La presente investigación se guiará bajo la doctrina y teorías constitucionales de los derechos fundamentales, para las concepciones de orden general. En cuanto a las teorías específicas que sustentaran la investigación, serán enfocadas bajo la corriente liberal de los derechos fundamentales ya que la libertad consiste en hacer todo lo que no perturbe a los otros: en consecuencia el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre sólo tiene los límites que aseguren a los otros miembros de la sociedad, el disfrute de los mismos derechos. Esos límites no pueden estar determinados en la ley<sup>1</sup> sin embargo el ejercicio de esos derechos conllevan responsabilidades, así tenemos el caso de padres que no pueden tener hijos y recurren a medios ya científicos para poder concebir un hijo, donde dentro nuestra legislación no se encuentra regulado el aspecto de subrogación materna, siendo que la misma ya es ejercida dentro la jurisdicción territorial de nuestro país.

---

<sup>1</sup> Vecchio, Giorgio del, La déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans la révolution française, Roma, édition Fondation Européenne Dragan, 1968, p. 39.

## **B.1. Marco Teórico General**

En las últimas décadas, los avances experimentados en el campo de la Ingeniería Genética han llegado al extremo de intervenir, en forma directa y efectiva, en los procesos creativos del hombre, a través de las diversas técnicas de reproducción asistida, como son: La Inseminación Artificial, y La Fecundación Extrauterina.

Aspectos que llevan a recurrir de estos medios científicos por padres que no pueden concebir un hijo, optando para ello un portador o un útero materno de alquiler, que concierne a la maternidad subrogada:

### **B.1.1. Inseminación artificial**

Esta forma de reproducción asistida constituye un procedimiento a través del cual se introducen los gametos masculinos en el órgano genital femenino, sin recurrir a la relación sexual, con el fin de facilitar el encuentro del espermatozoide con el óvulo.

Ahora bien, si tomamos en cuenta esencialmente el estado civil de la mujer es factible clasificar a la inseminación en: Homóloga y Heteróloga. “En el primer caso, el semen procede del marido (o también del varón que vive establemente con la mujer que va a ser inseminada, aunque no estén jurídicamente casados), mientras que, en el segundo, proviene de un donante distinto del marido y generalmente anónimo”<sup>2</sup>.

Actualmente, en nuestro país no existen cifras confirmadas sobre el número de personas con padecimientos de infertilidad o infecundidad, sin embargo, los especialistas estiman que una de cada diez parejas tiene problemas de salud reproductiva, de ahí que esta técnica de inseminación se traduzca en una alternativa real de solución.

---

<sup>2</sup> GAFO, Javier. 10 palabras en Bioética. Editorial Verbo Divino. Quinta edición. España. 2000. P 166.

### **B.1.2. Fecundación in vitro**

La Fecundación Extrauterina, también llamada In Vitro o Extracorpórea, consiste básicamente en la fecundación del óvulo por el espermatozoide en una vasija de laboratorio y la ulterior implantación del embrión resultante en el útero de la mujer para su gestación.

Como puede advertirse, en el caso de la Inseminación Artificial la fertilización se realiza en el interior de la mujer, en tanto que, en la Fecundación In Vitro, ocurre fuera de él, es decir, extra corpore.

En este orden de ideas, si la mujer presenta un problema de obstrucción irreparable en sus trompas de Falopio, pero su índice de ovulación y capacidad para gestar es adecuado, clínicamente sería recomendable la Fecundación Extracorpórea.

Al igual que la Inseminación Artificial, ésta técnica de reproducción asistida admite la clasificación de homóloga y heteróloga.

Por razones obvias, el procedimiento extrauterino es más complejo que el anterior, ya que requiere de una tecnología sofisticada y un personal médico especializado. Su nivel de efectividad oscila entre el 20 y 30 por ciento.

El significativo incremento de los embarazos múltiples, especialmente los dobles y triples, constituye una consecuencia lógica en la aplicación de esta técnica.

Por otra parte, se presume que en 1996, ya habían nacido en el mundo unos 300,000 niños cuya concepción aconteció de forma similar”<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> GARCIA COLORADO, Gabriel. Et Al. Legislar en Bioética. H. Cámara de Diputados. México. 2003. P. 50.

## B.2. Marco Teórico Especifico

### B.2.1. Maternidad subrogada

Ante los problemas de infertilidad, que no pueden ser resueltos vía farmacológica, o bien quirúrgicamente, surge como una nueva alternativa el sustituir en otra mujer la función de gestar, y en casos extremos, el recurrir a la donación del óvulo y a la prestación de vientre, para concebir y gestar a través de otra<sup>4</sup>.

Así, con el nombre de Maternidad Subrogada, Sustituta o Gestación Por Cuenta de Otro, se alude al procedimiento por virtud del cual el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer, quien consciente el embarazo, y llegado el momento pare un hijo en beneficio de aquella. En este sentido, la verdadera subrogación presupone que el embrión no es propio, es decir, que ha sido implantado en una mujer que no ha aportado su material genético para la procreación.<sup>5</sup>

No obstante, diversos autores clasifican esta técnica de reproducción asistida en: total o parcial, según sea el grado de participación de la mujer subrogada. En el primer caso, la persona contratada es inseminada aportando sus propios óvulos – contrato de maternidad, en tanto que, en el segundo, solamente es gestadora del embrión, fecundado in vitro, que le ha sido trasplantado – simple contrato de incubación-:

- Según Jesús Gonzáles Merlo: *“Proceso por el cual una mujer gesta y pare un infante, concebido sin copula y genéticamente ajeno, a cuenta de otra mujer”*.<sup>6</sup>
- Según el Informe Warnock: *“Es la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca”*. (Reino Unido)<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> CATALDO, Fabián. La fecundación “In vitro” en el mundo. La semana. Año X- junio de 87. Buenos Aires.

<sup>5</sup> CHÁVEZ, ASECIO, Manuel. La familia en el derecho. Editorial Porrúa. México. 1987.

<sup>6</sup> KRITCHEVSKY, Bárbara. Citada por DI. Cío. La inseminación artificial y el derecho de familia. Belgrano, Buenos Aires, 1984

<sup>7</sup> Ibidem.

— Según José Carlos Mallma Soto: *Es la Práctica por la cual se sustituye a la madre genética, a efecto de que es otra mujer distinta quien gesta y pare al concebido. Situación jurídica por la cual una mujer dota del material genético para la fecundación, y otra por intermedio de su vientre gesta y pare al nuevo ser. Con la intención de entregarlo.*<sup>8</sup>

Hoy día, la subrogación comercial se ha incrementado en forma por demás alarmante, al extremo de que, un sin número de agencias especializadas ofrecen servicios, vía Internet, prácticamente en todo el mundo, a pesar del rechazo categórico de moralistas y doctrinas religiosas.

## C. MARCO HISTÓRICO

Es difícil señalar con certeza el origen de los procedimientos artificiales aplicables a la reproducción, tanto en animales como en seres humanos. Las referencias en el tiempo y espacio son muy diversas.

### C.1. Género humano.

En este rubro, los datos sobre experiencias e investigaciones son muy diversos. Así, se cuenta que a finales del siglo XV, un galeno español llevó a cabo un procedimiento inseminatorio, en la persona de la reina doña Juana de Portugal, segunda esposa de Enrique IV “el impotente”, auxiliado con una cánula de oro y esperma del monarca; y que el cirujano inglés, John Hunter, en 1799, consiguió la primera inseminación en una mujer.

Ya en un contexto científico, debe evocarse el ensayo que, a mediados del siglo pasado, realizó, en la Universidad de Bolonia, el biólogo Danielle Petrucci, quien “logró el desarrollo de embriones in vitro, uno de los cuales se mantuvo vivo durante casi sesenta días en un tubo de ensayo y cuya evolución fue, incluso, filmada”<sup>9</sup>. Pero, no es sino hasta el año

---

<sup>8</sup> JOSÉ CARLOS MALLMA SOTO: Alquiler de Vientre y sus problemas de filiación, Facultad de Derecho y CC.PP de la UNSCH, Miembro Principal de CINDE, 2008, Pág. 1.

<sup>9</sup> Ibidem pág. 22

de 1978, cuando en el Oldham Hospital de Gran Bretaña, nace Louise Brown, el primer ser humano que fue concebido fuera del seno materno, mediante la fecundación de un óvulo de su madre, lograda en la probeta de un laboratorio.

A partir de ese momento, los casos se han multiplicado, particularmente en Australia, Estados Unidos, Inglaterra y España, resultando celebres los siguientes:

- “En 1983, nace en Inglaterra Clare Fareswam, primer bebé gestado in vitro por un matrimonio mixto: una inglesa rubia y un jamaiquino negro;
- En 1984, nacieron en Barcelona, España, los primeros gemelos fecundados en laboratorio;
- En 1984, nace en California Doron Blake, primer niño procreado con semen de un donante premio Nobel; y,
- En 1986, nacieron en Argentina, Pablo y Elinana de la Ponte, primeros mellizos gestados in vitro »<sup>10</sup>

#### **D. MARCO CONCEPTUAL**

- a) **CONTRATO.-** Pacto o convenio entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas (Dic. Acad.). En una definición jurídica, se dice que hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos. Capitant lo define como acuerdo de voluntades, entre dos o más personas, con el objeto de crear entre ellas vínculos de obligaciones, y también documento escrito destinado a probar una convención. Los contratos han de ser celebrados entre personas capaces y no han de referirse a cuestiones prohibidas o contrarias a la moral o a las buenas costumbres. Los contratos lícitos obligan a las partes contratantes en iguales términos que la ley.<sup>11</sup>
- b) **PERSONA FÍSICA.-** El hombre y la mujer como sujetos de derechos y obligaciones. Se opone el reparo de que personificar al género humano con el adjetivo físico atenta,

---

<sup>10</sup> CATALDO, Fabián. La Fecundación “In vitro” en el mundo. La Semana. Año X – junio de 87. Buenos Aires. p 8

<sup>11</sup> MANUEL OSSORIO: Dicc. de ciencias jurídicas políticas y sociales, Editorial Heliasta, Argentina, 2002.

y no poco, contra su espiritualidad. De ahí la preferencia de otros por persona natural y por persona de existencia visible<sup>12</sup>

- c) **ENGENDRAR.-** Procrear, propagar la propia especie. Causar, ocasionar, formar<sup>13</sup>
- d) **PROCREAR.-** La reproducción es un proceso biológico que permite la creación de nuevos organismos, siendo una característica común de todas las formas de vida conocidas. Las dos modalidades básicas de reproducción se agrupan en dos tipos, que reciben los nombres de asexual o vegetativa y de sexual o generativa.<sup>14</sup>
- e) **PROGENITOR, RA.-** El que procrea o engendra. Antepasados, padres.
- f) **CONSANGUÍNEO.-** Pariente por consanguinidad, o de la misma línea genética sanguínea.<sup>15</sup>
- g) **CONSANGUINIDAD.-** (del lat. consanguinitas, atis.) f. O vínculo de sangre, es aquel existente entre dos personas que se funda en que una desciende de la otra, o en que ambas tienen un ascendiente común. Unión, por parentesco natural, de varias personas que descienden de una misma raíz o tronco.<sup>16</sup>
- h) **MATERNIDAD.-** Relación paternal que une a la madre con el hijo. La maternidad puede ser legítima, cuando el hijo es concebido en el matrimonio, o ilegítima cuando es concebido extramatrimonialmente. (V. HIJO; HIJO ILEGITIMO y LEGITIMO; MADRE y sus especies.) Llámense maternidades los establecimientos públicos o privados en que se presta asistencia a las mujeres parturientas.<sup>17</sup>
- i) **PATERNIDAD.-** “Del latín paternitasatis, condición de padre. Al igual que la maternidad, la paternidad tiene diversos efectos jurídicos: en relación a la filiación, a los alimentos, a la patria potestad, etc. Sin embargo, la figura que más relevancia tiene, por los problemas que conlleva y por ser esta la causa de las otras relaciones, es la filiación.” Calidad del padre (v.). | Procreación por varón. | Relación parental que une al padre con el hijo y que puede ser legítima, cuando está concebido en el matrimonio, o ilegítima, cuando es concebido extramatrimonialmente.<sup>18</sup>
- j) **PARENTESCO.-** La procreación origina una relación biológica entre los progenitores y sus descendientes, pero además vincula a las personas que descienden

---

<sup>12</sup> MANUEL OSSORIO: Dicc. de ciencias jurídicas políticas y sociales, Editorial Heliasta, Argentina, 2002.

<sup>13</sup> Ibidem.

<sup>14</sup> GAFO, Javier. 10 palabras claves de la Bioética. Editorial Verbo Divino, España. 2000.

<sup>15</sup> MANUEL OSSORIO: Dicc. de ciencias jurídicas políticas y sociales, Editorial Heliasta, Argentina, 2002.

<sup>16</sup> Ibidem.

<sup>17</sup> Ibidem.

<sup>18</sup> CHÁVEZ, ASECIO, Manuel. La familia en el derecho. Editorial Porrúa. México. 1987

de un progenitor común. Estas relaciones aparecen en forma espontánea, y el derecho las toma en cuenta para crear un vínculo jurídico denominado parentesco.

**k) FAMILIA.-** (Del latín familia). En sentido muy amplio, la familia es el grupo de personas entre quienes existe un parentesco de consanguinidad por lejano que fuere. Esta noción, por su propia vaguedad y su amplitud, no tiene efectos jurídicos. Éstos pueden percibirse en el campo de la sociología, en la medida en que son el fundamento de ciertos vínculos de solidaridad, o en el ámbito de la psicología, por los sentimientos de afecto que esa situación crea. Se forma así la idea de la familia en sentido amplio, que coincide con el concepto de la gens (linaje). La palabra “familia” tiene una connotación más restringida, a la que se ha llegado.

**l) FAMILIA ILEGÍTIMA.-** La determinada por la procreación de un hijo legítimo (v.). Estrictamente exige por lo menos tres personas: los amantes y el hijo. En los antiguos códigos civiles, la familia ilegítima sólo planteaba las cuestiones de legitimación, alimentos y derechos sucesorios restringidísimos entre el ascendiente y el descendiente ilegítimos. La tendencia jurídica moderna lleva a equiparar, con reservas muy escasas, la familia ilegítima, al menos en la filiación, con la legítima. Así, por ejemplo, el concubinato tiene en el Derecho Penal y en el Laboral una equiparación casi absoluta con el vínculo de familia legítima. Con alguna atenuación, se reconocen también esos efectos a relaciones maritales irregulares pero permanentes.<sup>19</sup>

**m) GENÉTICA.-** La genética es el campo de la biología que busca comprender la herencia biológica que se transmite de generación en generación. Genética proviene de la palabra γένος (gen) que en griego significa "descendencia".

El estudio de la genética permite comprender qué es lo que exactamente ocurre en el ciclo celular, (replicar nuestras células) y reproducción, (meiosis) de los seres vivos y cómo puede ser que, por ejemplo, entre seres humanos se transmitan características biológicas genotipo (contenido del genoma específico de un individuo en forma de ADN), características físicas fenotipo, de apariencia y hasta de personalidad.<sup>20</sup>

El principal objeto de estudio de la genética son los genes, formados por segmentos de ADN (doble hebra) y ARN (hebra simple), tras la transcripción de ARN

---

<sup>19</sup> MANUEL OSSORIO: Dicc. de ciencias jurídicas políticas y sociales, Editorial Heliasta, Argentina, 2002.

<sup>20</sup> KLUG, W.S. & CUMMINGS, M.R. (1.998). Conceptos de Genética. 5ª Edición. Prentice Hall. España.



mensajero, ARN ribosómico y ARN transferencia, los cuales se sintetizan a partir de ADN. El ADN controla la estructura y el funcionamiento de cada célula, con la capacidad de crear copias exactas de sí mismo, tras un proceso llamado replicación, en el cual el ADN se replica.

## **E. MARCO JURÍDICO POSITIVO VIGENTE**

### **E.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO**

#### **Artículo 13.**

I. Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos.

II. Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados.

**Artículo 65.** En virtud del interés superior de las niñas, niños y adolescentes y de su derecho a la identidad, la presunción de filiación se hará valer por indicación de la madre o el padre. Esta presunción será válida salvo prueba en contrario a cargo de quien niegue la filiación. En caso de que la prueba niegue la presunción, los gastos incurridos corresponderán a quien haya indicado la filiación.

**Artículo 66.** Se garantiza a las mujeres y a los hombres el ejercicio de sus derechos sexuales y sus derechos reproductivos.

### **E.2. CÓDIGO CIVIL**

**Art. 450.- (NOCIÓN DE CONTRATO)** Hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo para constituir, modificar o extinguir entre si una relación jurídica.

**Art. 451.- (NORMAS GENERALES DE LOS CONTRATOS, APLICACIÓN A OTROS ACTOS).**

I. Las normas contenidas en este título, son aplicables a todos los contratos tengan o no denominación especial, sin perjuicio de las que se establecen para algunos de ellos en particular y existan en otros códigos o leyes propias.

II. Son aplicables también en cuanto sean compatibles y siempre que no existan disposiciones legales contrarias, a los actos unilaterales de contenido patrimonial que se celebran entre vivos así como a los actos jurídicos en general.

**Art. 452.- (ENUNCIACIÓN DE REQUISITOS)** Son cuatro los requisitos para la formación de los contratos, comunes a todos los negocios jurídicos bilaterales. Tales requisitos son: a) El consentimiento de las partes; b) El objeto; c) La causa; d) La forma, siempre que sea legalmente exigible.

### **E.3. CÓDIGO NIÑA NIÑO Y ADOLESCENTE**

**Artículo 2º (SUJETOS DE PROTECCIÓN).** Se considera niño o niña a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años y adolescentes desde los doce a los dieciocho años de edad cumplidos.

En los casos expresamente señalados por Ley, sus disposiciones Se aplicaran excepcionalmente a personas entre los dieciocho y veintiún años de edad.

**Artículo 5º (GARANTÍAS).**- Los niños, niñas y adolescentes, como sujetos de derecho, gozan de todos los derechos fundamentales y garantías constitucionales inherentes a toda persona, sin perjuicio de la protección integral que instituye este Código.

Además, es obligación del Estado asegurarles por Ley o por otros medios, todas las oportunidades y facilidades tanto a mujeres como a varones, con el fin de garantizarles su desarrollo integral en condiciones de igualdad y equidad

**Artículo 27º (DERECHO A LA FAMILIA).**- Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a desarrollarse y educarse en un ambiente de afecto y seguridad en su familia de origen y, excepcionalmente, en una familia sustituta que le asegure la convivencia familiar y comunitaria.

El niño, niña o adolescente no será separado de su familia, salvo circunstancias especiales definidas por este Código y determinadas por el Juez de la Niñez y Adolescencia, previo proceso y con la exclusiva finalidad de protegerlo.

#### **E.4. CÓDIGO DE FAMILIA**

##### **Artículo 3.- TRATO JURÍDICO**

Los miembros de la familia gozan de un trato jurídico igualitario en la regulación de las relaciones conyugales y de filiación, así como en el ejercicio de la autoridad de los padres y en otras situaciones similares, eliminándose toda mención o criterio discriminatorio que sea incompatible con el valor y dignidad esencial de la persona humana.

##### **Artículo 7.- PARENTESCO**

El parentesco es la relación de familia que existe entre dos o más personas. Es de consanguinidad y civil o de adopción

# **DIAGNOSTICO DEL TEMA DE MONOGRAFÍA**

## **BASES JURÍDICAS DOCTRINALES PARA LA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA**

### **A. FUNDAMENTACIÓN O JUSTIFICACIÓN DEL TEMA**

Uno de los sueños de toda pareja es de ser padres, sin embargo existen una serie de factores que llevan a la infertilidad donde algunos son de carácter social y de tipo médico. Entre las primeras están el retraso en la búsqueda de la descendencia y el estrés al que están sometidos tanto el hombre como la mujer en la vida diaria, todo lo cual facilita la aparición de enfermedades que dificultan o impiden el embarazo.<sup>21</sup>

Entre las causas médicas generales encontramos la obesidad extrema, anorexia nerviosa, enfermedades graves, alteraciones tiroideas, abuso de drogas, medicamentos, alcohol, tabaco y quimioterapia. Un porcentaje significativo son de difícil diagnóstico por los medios usuales.

No se sabe la influencia que pueden tener los trastornos emocionales en la reproducción. El estrés asociado a la reproducción debe ser tratado porque deteriora la calidad de vida de la pareja y facilita la aparición de enfermedades.

La madurez física y psíquica de la mujer hace que la edad perfecta para tener hijos sea entre los veinticinco y los treinta años. Hoy en día, las parejas deciden tener hijos después de estas edades, debido a incorporación de la mujer al mercado laboral. A partir de los treinta y cinco años, la fertilidad femenina disminuye sensiblemente y a partir de los 45, la posibilidad de embarazo es excepcional.

---

<sup>21</sup> Dr. Jorge La Fuente: INFERTILIDAD, Servicio de Esterilidad, Fecundación y Reproducción asistida (SEFRA), La Paz – Bolivia, 2010.

Se dice que 40% sería por causas masculinas: alteraciones en el ámbito testicular, obstrucción de conductos, patologías en la próstata, alteraciones en la eyaculación o erección y alteraciones en el semen. Otro 40% sería por causas femeninas, como la menopausia precoz, la endometriosis, las obstrucciones o lesiones de las trompas de Falopio, anomalías uterinas y cervicales o los problemas ovulatorios. El 20% restante corresponde a causas mixtas o combinadas, en las cuales los dos son responsables. Sin espermograma es imposible un buen manejo de la infertilidad.<sup>22</sup>

Ante este problema de infertilidad y de que las parejas no pueda tener hijos se presenta como una de las ventajas más obvias de recurrir a una mujer que alquilará su vientre para gestar al bebé de una pareja, es la posibilidad de que dicha pareja -que por alguna razón no pueden tener hijos por sí mismos pueda tener un hijo biológico. Esto sucedería si la madre de alquiler fuera inseminada con los embriones provenientes de la unión de los óvulos y de los espermatozoides de la pareja de padres potenciales. Muchas parejas podrían llegar a establecer un fuerte vínculo con la madre de alquiler, y además podrían participar activamente en todas las etapas del embarazo. Desafortunadamente, también existen potenciales desventajas e inconvenientes cuando se elige esta clase de opción, muchas de las cuales podrían terminar desengañando o rompiendo los corazones de los padres potenciales.

Más allá de la ansiedad y del grado de emoción que seguramente caracterizarán a la pareja en cuestión durante el tratamiento y durante todo el transcurso del embarazo; el alquiler de vientres es una de las soluciones más costosas para solucionar el problema de infertilidad, y por ello, es una opción a la cual no todas las parejas podrán acceder ni costear. Además la madre de alquiler y la pareja de padres potenciales podrían entrar en conflicto si se presentara alguna clase de desacuerdo acerca de cómo deberían manejarse cada uno de los temas y de las etapas del embarazo. Algunos padres potenciales podrían llegar a decidir que preferirían ser capaces de controlar de cerca cada una de las fases del embarazo, mientras que por otro lado algunas madres de alquiler podrían llegar a tener su propias ideas acerca de cómo manejar sus embarazos.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Organización Mundial de la Salud: Informe del Estado Mundial de la Salud, Fertilidad y Concepción, 2010.

<sup>23</sup> Dr. Jorge La Fuente: INFERTILIDAD, Servicio de Esterilidad, Fecundación y Reproducción asistida (SEFRA), La Paz – Bolivia, 2010.

En algunos casos excepcionales, los padres potenciales podrían sentirse sumamente preocupados pensando en que la madre de alquiler podría llegar a cambiar de decisión, no queriendo entregarles el bebé una vez que llegara el momento de dar a luz al niño/a. Si el bebé no fuera en su totalidad un hijo biológico de los padres potenciales; la mujer que hubiera accedido a alquilar su vientre para gestar al mismo/a podría poseer alguna clase de derecho legal sobre el bebito/a. A pesar de que no es usual que sucedan esta clase de problemas, ha habido casos en los cuales la madre de alquiler ha decidido quedarse con el bebé, y en algunos de ellos, la ley ha optado por otorgarle la custodia del bebé a la misma.

Esta alternativa de vientre de alquiler ya se encuentra dentro de la realidad boliviana, donde mujeres ofrecen el alquiler de su útero mediante fecundación in-vitro vía páginas de internet, como es el caso de Cochabamba.<sup>24</sup>

### **A.1. Casos**

En Cochabamba no se tiene una estadística exacta del nacimiento de bebés por embarazo delegado, pues son varios los laboratorios que trabajan con los métodos de reproducción asistida y temen revelar el número de procedimientos que han realizado, debido a que en Bolivia no hay legislación acerca de este tema.<sup>25</sup> Es decir no existe un acuerdo o negocio jurídico que regule el cumplimiento de dicho acuerdo.

Sin embargo, según un seguimiento del Diario la Opinión de Cochabamba se pudo acceder a un caso:

*Corresponde a una pareja que vive en la ciudad de La Paz y que llegó a la ciudad del valle para consultar acerca de este método porque la mujer había perdido el útero luego de una histerectomía.*

*El médico le recomendó que el embarazo delegado sea realizado con un familiar, por seguridad. Ella entonces pidió este favor a su hermana que vive en Chile.*

---

<sup>24</sup> LA OPINIÓN; JHENNY NAVA: Mujeres ofrecen su vientre en alquiler por internet en Cochabamba, Informe Especial, Cochabamba, 05 de junio de 2011.

<sup>25</sup> Ibidem.

*La hermana accedió a la petición y fue sometida al método del embarazo delegado, pero sin ninguna transacción económica de por medio. Con esta técnica de reproducción asistida les dio un hijo a su hermana y a su cuñado. Dos años después, volvió a someterse al mismo procedimiento para darle a su hermana un segundo bebé.*

La presente investigación es muy importante, ya que el hecho que implica el alquiler del útero materno con el concurso de una pareja y la madre de alquiler en cuestión, incurre en actos no legislados por nuestra norma legal, además de que la madre subrogada durante el transcurso del embarazo o posterior a ello desistiría de su decisión, conllevando una serie de dificultades de orden legal.

Por otra parte se tiene que ya muchas mujeres ofrecen su útero vía internet u otro tipo de conexiones para realizar la transacción de alquiler uterino por el método de concepción in vitro.

Por lo expuesto se hace fundamental la realización de la presente investigación para establecer las bases jurídicas y doctrinarias que permitirán proponer un mecanismo legal que regule el contrato de subrogación materna o alquiler de útero materno dentro nuestra legislación, ya que esta situación se encuentra en la realidad social de nuestro país, donde es innegable tratar de obviarlo.

## **B. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

En la actualidad se viene resonando un término “madre de alquiler” o “útero de alquiler”, “arrendamiento de útero” pero es demasiado crudo, evoca el dinero. Así que llamémoslo “subrogación materna”, que suena tan neutro como “nacidos por cesárea”.

Este término viene brillando en las marquesinas de estrellas del cine y el canto identifica que la mejor garantía para que una estrella acapare portadas, es tener gemelos. Tras los gemelos de Jennifer López y Marc Anthony, han llegado los de Brad Pitt y Angelina Jolie, quienes

eran ya famosos antes de nacer. Jolie nos fue preparando luciendo su embarazo por toda fiesta y festival que se precie.

Lo novedoso de los gemelos del astro de la canción latina es que no se sabe de qué útero han salido. Las fotos muestran a Ricky Martin jubiloso con un hijo en cada brazo, pero solo. La oficina de prensa del cantante se ha limitado a decir que “nacieron vía método de subrogación gestacional”

Pero la problemática planteada no solamente abarca el mundo artístico pues los diversos avances científicos y tecnológicos, de la última década han obligado a la ciencia jurídica expresada de manera formal en un contexto, a través de las Leyes emanadas de un órgano legislativo, de ir acorde con los nuevos avances jurídicos acordes a nuestro tiempo.

En el caso referente a la posibilidad de la subrogación materna, entiéndase reemplazo de úteros maternos, lo cual hace posible que una mujer literalmente tenga el hijo de otra pareja, involucrándose por ello tres personas en dicho proceso de concepción, es decir, de dar vida a un ser humano, siendo el que aporta el espermatozoide, la que aporta el ovulo, y la que proporciona el útero donde éste habrá de desarrollarse toda la gestación de los nueve meses, para que sea posible el nacimiento de una persona viable jurídicamente hablando.

Si bien esto médicamente es posible, la cuestión ahora, es dar las herramientas jurídicas necesarias para que exista la seguridad jurídica entre las partes que intervienen en este asunto, ya que el mismo rompe los esquemas hasta ahora establecidos en la legislación en la materia, así como de las implicaciones civiles que habrán de tener lugar.

Desde un punto de vista jurídico, existe la presunción de derecho de que la madre es la que “alumbra” al hijo, la que da a luz al hijo mediante el parto. La máxima del derecho romano, cuyo aforismo jurídico en latín es “Mater semper certa est”, atribuye la maternidad por el hecho del parto. Obviamente, este aforismo jurídico del derecho romano clásico que no admitía prueba en contrario, porque hasta no hace más de 30 años no se conocían las técnicas de reproducción médicamente asistida, hoy tiene un panorama diferente en cuanto a presunción.



En la declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la ONU en 1959, se lee en el principio número 6 que el niño “siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y (...), salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre”.

Por otra parte siempre ha habido niños que, por fatalidad o abandono, no han podido contar con sus dos padres; pero lo nuevo del fenómeno actual es la normalización de “huérfanos de encargo” para satisfacer las ansias de maternidad o de paternidad de un adulto.

Sin duda, quien toma esa decisión piensa que con el amor que tiene a ese niño lo va a criar perfectamente y sin que sufra de falencias durante su crecimiento. Pero el cariño no suple la ausencia objetiva de uno de los progenitores.

Partiendo de la premisa expuesta queda plantearnos la problemática:

*¿Dentro de la conformación familiar de padres que no pueden concebir un hijo por problemas de concepción, es ineludible la creación de una norma jurídica contractual que viabilice la subrogación materna o alquiler de útero materno para poder tener un hijo o hija para la constitución de un núcleo familiar completo?*

## **C. OBJETIVOS**

### **C.1. Objetivo General**

— Analizar, la regulación contractual del alquiler de vientre uterino o subrogación materna dentro de la legislación civil.

### **C.2. Objetivos Específicos**

- Conocer la implicancia de la maternidad y la subrogación materna.
- Mostrar los mecanismos jurídicos contractuales dentro de la subrogación materna.

- Indicar los alcances sociales y beneficios de la subrogación materna dentro del eje familiar y su regulación contractual.

## **D. ESTRATEGIA METODOLÓGICA**

### **D.1.MÉTODOS UTILIZADOS EN LA MONOGRAFÍA**

- **Dogmático Jurídico.-** Método con lo cual se estudiara el ordenamiento jurídico vigente para conocerlo, transmitir ese conocimiento y optimizarlo, así orientar de manera práctica la regulación la maternidad subrogada.

### **D.2.TÉCNICAS UTILIZADAS EN LA MONOGRAFÍA**

La técnica a utilizar en la presente investigación son:

La técnica a utilizar en la presente investigación son:

- **Revisión bibliográfica.-** En el campo de recolección de datos doctrinarios y fundamentos jurídicos, en base a libros y publicaciones.
- **Revisión de documentos.-** En la selección y discriminación de documentos, inherentes a los procesos legales en los cuales se presentó la problemática.
- **Análisis jurídico.-** Que se empleara en el análisis de la norma jurídica y su funcionalidad dentro la sociedad.

**TITULO SEGUNDO**

**DESARROLLO DEL  
DIAGNOSTICO DEL TEMA**

# CAPÍTULO I

## 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA SUBROGACIÓN MATERNA

### 1.1. ANTECEDENTES DE PROCEDIMIENTOS EN LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

Es difícil señalar con certeza el origen de los procedimientos artificiales aplicables a la reproducción, tanto en animales como en seres humanos. Las referencias en el tiempo y espacio son muy diversas.

Las investigaciones en materia de fecundación artificial ya se están desarrollando durante varios siglos. En 1677 el inventor del microscopio Antoni van Leeuwenhoek estudió el semen humano y fue el primero en ver espermatozoides. Supuso que el espermatozoide es una suerte de semilla, al tiempo que el útero femenino sólo le crea un ambiente favorable para su “germinación”. En 1790 el eminente cirujano y venereólogo escocés John Hunter recogió en una jeringa caliente el semen de un comerciante con hipospadia y lo inyectó en la vagina de su mujer, realizando la primera inseminación artificial en la historia. El experimento resultó en el nacimiento de un niño sano ese mismo año. En 1880 se llevó a cabo el primer intento de FIV en conejos y conejillos de Indias, en este caso en el sentido pleno de la palabra. Dentro de 11 años el científico británico Walter Haupe realizó con éxito una FIV y transferencia de un embrión de una coneja a otra, haciéndola la primera “madre subrogada”. En la última década del siglo XIX el obstetra ruso Victorín Gruzdev (1866-1936) elaboró la teoría sobre la importancia de la madurez del óvulo para la fecundación y la probó en conejas. La técnica diseñada por Gruzdev llegó a ser prototipo de la GIFT (transferencia simultánea de gametos femeninos y masculinos a la trompa de Falopio).

A partir de los años 20 del siglo pasado en el tratamiento de la infertilidad empezó a utilizarse ampliamente la inseminación artificial con el semen del marido o un donante seleccionado especialmente.

La primera FIV de ovocitos humanos fue realizada en 1944 en Harvard por los ginecólogos J. Rock y M. Minkin que cultivaron un óvulo humano y lo fecundaron en un tubo de laboratorio, lo que se tradujo en el desarrollo de un embrión bicelular.

No obstante todos los logros alcanzados anteriormente, como los fundadores de la fecundación in vitro en el sentido moderno de la palabra son considerados dos científicos británicos, el biólogo Robert Edwards y el ginecólogo Patrick Steptoe. En 1967 Edwards consiguió el primer éxito en la fecundación in vitro de un óvulo humano. Sin embargo, el primer embarazo de un niño “ajeno” que desgraciadamente fue extrauterino sólo se produjo en 1976, después de nueve largos años de investigaciones y experimentos sin cesar. El 10 de noviembre de 1977, cuando el número de intentos fallidos de FIV ya superó la cifra de 600, los médicos transfirieron al útero materno un embrión de ocho células que resultó viable. Al fin y al cabo, el 25 de julio de 1978 en la pequeña ciudad inglesa de Oldham (condado de Lancashire) nació Louise Brown, la primera niña concebida in vitro. Es el día que puede y debe considerarse como la fiesta profesional de los embriólogos y expertos en reproducción. Se requirieron más de 600 intentos de FIV para que Louise Brown viniera al mundo. Usted puede conocer más detalles sobre este hecho y todo lo que le antecedió en el artículo de los propios embriólogos publicado en la revista *The Lancet* (Steptoe PC, Edwards RG. Birth after the implantation of human embryo. *Lancet* 1978; 2:366.)

La continuación no se hizo esperar. Dentro de un año, en 1980 en Melbourne (Australia) en el laboratorio de Carl Wood y Alex Lopata después de ocho años de intenso trabajo nació el segundo “bebé probeta”, esta vez un niño, mientras que en 1981 se realizó el primer programa exitoso de FIV en Estados Unidos.

En la Unión Soviética los experimentos de fecundación de óvulos fueron iniciados a finales de los años 60 por B. Leonov en Moscú y A. Nikitin en Leningrado. La primera

“niña probeta” rusa Lena, procreada en el laboratorio de B. Leonov, nació en Moscú en febrero de 1986, manifestando el comienzo de la famosa “perestroika”. Pasados pocos meses, en Leningrado nació su “hermano” Cirilo.

### **1.1.1. Primer caso de un ser humano concebido fuera del útero materno**

El año de 1978, Louise Brown nació en Inglaterra, en Oldham Hospital de Gran Bretaña fruto del esfuerzo de los médicos Patrick Steptoe, ginecólogo del Oldham General<sup>26</sup>

Hospital, y Robert Edwards, fisiólogo de la Universidad de Cambridge. Sus padres habían intentado durante años tener un hijo pero una obstrucción en las trompas de Falopio de su madre lo impedía. Louise Brown nació sana, con un peso de casi 3 kilos, pero su venida al mundo originó una gran polémica.<sup>27</sup>

El equipo de médicos que fertilizó a la madre de Louise fue objeto de críticas por "falta de ética" y visto con gran escepticismo.

Por constituir el primer ser humano concebido fuera del útero materno, la joven ha estado desde su nacimiento bajo el escrutinio del público y los medios de comunicación.

En una entrevista que cita la BBC, Louise recordó sus años infantiles: "Cuando empecé en la escuela, de inmediato circularon los rumores, y lo niños siempre me preguntaban cómo era posible que yo hubiera salido de una probeta".<sup>28</sup>

Sin embargo, su familia ha hecho todo lo que ha podido para darle a Louise una vida lo más natural posible. Hoy Louise, quien trabaja como empleada de Correos, está comprometida en matrimonio y no se considera "especial". Según ha dicho: "Cuando tenía diez años solía pensar que era 'diferente', pero ahora, después de que tantos niños han nacido de la misma forma, ya no".<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> Folgarait, Alejandra: “de la incómoda tarea de unir un óvulo con un espermatozoide, al nacimiento”, 09 de julio de 2008., Revista Crítica.

<sup>27</sup> Ibidem.

<sup>28</sup> BBC de Londres: Noticia., Feliz cumpleaños 25 bebé probeta, Viernes, 25 de julio de 2003

<sup>29</sup> Ibidem.

## 1.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONTRATO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

En lo que se refiere a la maternidad subrogada como tal, este término fue acuñado por Noel Keane, un abogado de Michigan, que en 1976 abrió la primera agencia de alquiler de vientres.<sup>30</sup> Al principio sólo ofrecía programas de maternidad subrogada tradicional, utilizando un óvulo de la madre de alquiler fecundado con el semen del padre biológico. Debido a los esfuerzos del enérgico abogado, para el año 1988 nacieron 302 niños.

El primer programa coordinado de maternidad subrogada tradicional en Estados Unidos y en el mundo fue realizado en 1980 en Louisville con asistencia de la compañía Surrogate Parenting Associates, Inc. constituida un año antes por el Dr. Richard M. Levin. El proceso de pruebas médicas y coordinación de la documentación legal, previa al comienzo del programa, tardó nueve largos meses pero el embarazo fue conseguido en el primer intento y terminó con el nacimiento de un niño sano. Desde entonces Surrogate Parenting Associates, Inc. ha contribuido al nacimiento de más de 500 niños, mientras que el propio Dr. Levin ha llegado a ser una persona mediática, al igual que el abogado Keane.

En abril de 1986 en Ann Arbor (Michigan) nació la primera bebé fruto de un programa de maternidad subrogada gestacional que consiste en que la madre de alquiler gesta un niño que no tiene ningún vínculo genético con ella.<sup>31</sup> La niña fue concebida in vitro a partir del semen y óvulo de sus padres biológicos. La FIV se llevó a cabo en el centro médico Mount Sinai de Cleveland bajo la dirección del Dr. Wolf Utian. La madre biológica de 37 años de edad con el útero extirpado recurrió a su amiga de 22 años, madre de dos hijos, para que le gestara el feto. El programa se desarrolló bajo la supervisión del referido Noel Keane, y una de sus principales condiciones fue el mantenimiento de la confidencialidad total.

---

<sup>30</sup> Maternidad subrogada en Rusia y en el Mundo, Historia, ver en: <http://surrogacy.ru/es/history.php>, Consultado en 13/09/2011.

<sup>31</sup> Ibidem.

En Sudáfrica en octubre de 1987, cuando Pat Anthony, de 48 años, gestó y dio a luz sus propios nietos para su hija Karen Ferreira-Jorge, de 25 años. Karen y su marido Alcimo ya tenían un hijo pero soñaban con tener otros tres más. Karen, a la que en 1984 se le extirpó el útero como consecuencia de una fuerte hemorragia posparto, pensaba que su sueño nunca se haría realidad. Al haberse enterado de la maternidad subrogada, los cónyuges seleccionaron a una madre de alquiler, pero luego tuvieron que desistir de sus servicios por el temor de que se quedara con el nacido. Fue entonces cuando Patricia se decidió a prestar su vientre e insistió en que se le hiciera una FIV. Le fueron implantados cuatro embriones de los once que se habían obtenido, tres de ellos resultaron viables y continuaron su desarrollo. El parto realizado mediante cesárea era filmado por un canal británico que había pagado 500.000 dólares por tener derechos exclusivos sobre este reportaje. A los nacidos les pusieron los nombres de David, José y Paula. De acuerdo con la Ley Child Status Bill vigente entonces en la República de Sudáfrica, la señora Anthony se consideraba la madre de los trillizos y, por tanto, tuvo que ceder la patria potestad a favor de su hija y yerno, que se vieron obligados a adoptar a sus propios hijos.

No son pocos los casos en que familiares han actuado como madres subrogadas. En el estado norteamericano de Carolina del Norte una mujer prestó el útero a su hermana que durante seis años siguió un tratamiento infructuoso contra la infertilidad, y en mayo de 1994 dio a luz un hijo. A Edith Jones, una británica de 51 años, fueron implantados dos embriones formados con óvulos de su hija que no podía gestar debido a una malformación congénita. En 2005 en Sudáfrica la cuñada de la cardiocirujana Susan Vosloo le dio a luz a las mellizas Nina y Laila.

Desde 1976 sólo en Estados Unidos han nacido más de 40.000 niños probeta que en su mayoría fueron engendrados mediante programas de maternidad subrogada tradicional. Hasta ahora se conocen 15 casos de madres de alquiler que se han negado a entregar el niño a sus padres biológicos. El caso más sonado, el de Baby M, tuvo lugar en Nueva Jersey en 1988, cuando la madre de alquiler “tradicional” Mary Beth Whitehead optó por quedarse con el bebé que venía gestando para la pareja de William y Elizabeth Stern. Después del parto la madre subrogada huyó con la niña a Florida, donde fue localizada por un detective privado contratado por los Stern y fue devuelta a su hogar. El Tribunal



Supremo de Nueva Jersey reconoció a Mary Beth como madre genética de la menor, pero otorgó la custodia de Baby M a los Stern, concediendo aunque concedió a Mary Beth un derecho de visitarla de vez en cuando.

Sólo en cuatro casos las madres subrogadas han logrado ganar la batalla judicial y obtener la custodia de su hijo. También se ha dado un caso en que los progenitores han querido hacerse con sólo uno de los mellizos gestados por una madre de alquiler. Sin embargo, a solicitud de la portadora se le otorgó la patria potestad de ambos hijos, para no separarlos. Cabe destacar que frente a estos cinco hay más de cincuenta casos contrarios, en que los padres biológicos han renunciado a sus propios hijos nacidos mediante maternidad subrogada. Las principales razones de las renunciaciones son el embarazo conseguido por la pareja misma, el nacimiento de mellizos o trillizos en vez de un solo hijo, el sexo “incorrecto” del niño, defectos físicos o, simplemente, la falta de madurez. Sin embargo, un medio centenar de tristes casos no perjudica las brillantes estadísticas, ya que representa sólo un 0,125% del total de programas de gestación subrogada realizados con éxito.

### **1.2.1. Casos de maternidad subrogada y conflictos legales de la paternidad**

#### **1.2.1.1. Baby M. en Estados Unidos de Norteamérica**

El “Baby M” es el nombre que dio la justicia norteamericana a la niña nacida por un contrato de “maternidad subrogada”, entre Mary Beth Whitehead, de 29 años, y los esposos William y Elizabeth Stern. El tema acaparó durante más de un año los titulares de los diarios del mundo. Veamos a continuación el caso, siguiendo la versión periodística, con todas sus imprecisiones y deficiencias terminológicas, pero también con su carga emotiva, porque resulta interesante imaginar cómo esta fuente de información masificada puede influir, para bien o para mal, con su fuerza narrativa y su parcialidad inconsciente, a que la sociedad forme su “propio criterio” y modifique o adopte una posición definida frente a las nuevas técnicas de procreación, redefiniendo de paso, la moral pública.

El proceso por “Baby M” New Cork (ANSA). EL Documento Vaticano sobre la bioética, coincidió con las fases finales del proceso judicial por “Baby M”, que está apasionando a los Estados Unidos, y cuya sentencia constituirá un importante precedente legal en el delicado tema de la llamada “maternidad sustituta” y las técnicas de Fecundación In Vitro.

Mary Beth, que ya tenía dos hijos y estaba regularmente casada, aceptó ser embarazada con su propio embrión, fertilizado en laboratorio con el semen de William Stern, a cambio de diez mil dólares. Sin embargo, al nacer la niña, Mary Beth cambió de idea y no quiso entregar a la niña, a la que llamo Sara, mientras que los Stern la bautizaron como Melissa.

Mary Beth dijo haberse equivocado, y aconsejó a las mujeres que nunca acepten convertirse en madres sustitutas. La rencilla originó un proceso, en el que el juez Harvey Sorkow pronunciara sentencia el 30 de marzo, tres días después de que “Baby M” cumpla un año.

Harold Cassidy, abogado de Mary Beth, expuso en la atestada sala del tribunal de la ciudad de Hackensack que “la Corte no puede ignorar las posiciones sociales prevalecientes en materia de maternidad sustituta”. El juez, según Cassidy, deberá tener en cuenta la condena moral de la Iglesia Católica hacia las técnicas artificiales de reproducción.

A su vez mas, el abogado del matrimonio Stern, insistió en que “entre las partes existe un contrato y este debe ser respetado”. Pero el abogado de la madre sustituta, acusó al matrimonio de “explotación”, diciendo que “William y Elizabeth Stern constituyen un matrimonio con una relativa buena posición, que buscó aprovecharse de una mujer de condición social inferior y, por añadidura, desocupada”.

El abogado Cassidy insistió en que, como se determinó durante el proceso, Elizabeth Stern no es estéril, como se pensaba, sino que, padeciendo una ligera forma de esclerosis múltiple, “temía complicaciones en caso de quedar embarazada”.

A la espera de la sentencia, la prensa norteamericana opina que, casi seguramente, el juez confiará a “Baby M” a los Stern.

“Madre por contrato” Pierde Pleito. Hackensack. Estados Unidos (UP). Un juez decidió que el contrato por el que Mary Beth Whitehead se convirtió en “madre por dinero”, la obliga a renunciar a su hija, y dar la custodia de la bebita a la pareja que pago a Whitehead por tenerla.

El juez del Condado de Bergen, Nueva Jersey, Harvey Sarkow, afirmo que Whitehead violó su contrato, y que una custodia conjunta no es el resultado apropiado para el primer pleito judicial por un niño nacido de un contrato de maternidad.

William Stern, cuyo semen fue usado para fecundar a Whitehead, y su esposa Elizabeth, sonrieron tomados de la mano luego de dictarse el fallo. La pareja que no había tenido hijos, debía pagar a Whitehead diez mil dólares por tener un hijo.

El dinero fue puesto en una cuenta de fideicomiso. La decisión judicial termina con todos los derechos de Whitehead como progenitora, incluidas las visitas a su hija.

Esta decisión fue apelada por la madre portadora y el tribunal supremo del estado procedió a la revocación del fallo declarando la nulidad del contrato, aunque, mantuvo la tenencia a favor de los Stern alegando razones en virtud de las cuales estos podían proporcionar un hogar con mejores condiciones socio-económicas para “baby M”.

Luego de diez años, la corte reconoció a Mary como madre biológica y se le concedió un derecho de visita.

Recientemente, el Tribunal Supremo de Nueva Jersey revocó la anterior decisión, anulando el contrato de 10.000 dólares entre los esposos Stern y White Head. El Tribunal Supremo de ese Estado americano considero ilegal el alquiler de madres, pero devolvió la niña al matrimonio demandante, alegando diversas razones por las que los Stern podrían proporcionar un mejor hogar a la pequeña.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> Miguel Angel soto: 1990

### **1.2.1.2. Kim Cotton en Inglaterra.**

En 1987 en Gran Bretaña la señora Kim Cotton aceptó ser madre portadora, utilizando la técnica de inseminación artificial con semen del marido de la pareja comitente. El acuerdo se efectuó merced a las gestiones realizadas por la agencia Surrogate Parenting Association que cobró la suma de 14.000 libras. Un funcionario del Servicio Social Gubernamental realizó la denuncia ante los tribunales, los cuales decidieron que el menor permaneciera bajo la custodia del hospital hasta tanto el Tribunal de menores se expidiera. Posteriormente, la Corte Superior Civil de Londres decidió que la niña debía ser entregada a la pareja contratante mediante el correspondiente trámite de adopción.

### **1.2.1.3. Maternidad subrogada a distancia**

En 1994, un matrimonio japonés al que por edad y problemas de salud se les había negado la posibilidad de adoptar un niño, contrató el vientre de una mujer norteamericana para gestar un embrión concebido in Vitro producto del óvulo de una donante y del esperma del marido contratante.

Cabe acotar que la legislación nipona prohíbe este tipo de prácticas y, por ello, el esperma debió viajar desde Tokio a San Francisco donde fueron fertilizados 17 óvulos donados por una estudiante norteamericana para ser transferidos a una mujer de 30 años. Los costos por la aplicación de esta técnica ascendieron aproximadamente a 80.000 dólares.

### **1.2.1.4. Maternidad subrogada entre madre e hija en Italia**

La experiencia en Italia nos presenta el singular caso de una mujer que dio a luz a su hermano, ante la imposibilidad física (fundada en problemas de salud) de su madre para sobrellevar el embarazo, quien deseaba tener un hijo de su nueva pareja.<sup>33</sup>

#### **1.2.1.5. Conflicto de la pareja que imposibilita recurrir a la procreación asistida.**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha negado, en sentencia publicada el 7 de marzo de 2006, el derecho de una mujer a gestar los embriones concebidos "in vitro" que luego fueron congelados, toda vez que el padre cambió de opinión y negó la posibilidad de dar nacimiento a ese nuevo ser. La ley británica establece que se necesita el consentimiento de ambos progenitores para implantar los embriones.<sup>34</sup>

La pareja (no casada) formada por Natallie Evans y Howard Johnston decidió recurrir a la fecundación "in vitro" en 2001, cuando ella tenía un cáncer incipiente que obligaba a que le extirparan los ovarios. Obtuvieron así seis embriones que mandaron congelar, con intención de que ella los gestara una vez terminado el tratamiento que la dejaría estéril. Pero poco después los dos se separaron, y aunque ella seguía queriendo tener un hijo, él no se lo permitió. Evans acudió, sin éxito, a la justicia británica, y finalmente al TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

Evans alegó tres motivos en su recurso a los jueces de Estrasburgo: primero, el derecho de los embriones a la vida; segundo, su propio derecho al respeto de la vida privada y familiar; tercero, Evans se quejaba de trato discriminatorio en comparación con la mujer que queda embarazada de modo natural, pues en este segundo caso el embrión habría continuado su desarrollo aunque el padre ya no deseara tener el hijo.<sup>35</sup>

La sentencia rechaza el recurso de Evans; por una parte, niega que el derecho a la vida reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 2) se aplique

---

<sup>33</sup> Las Noticias – México: REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL MUNDO,.

<sup>34</sup> Serrano, Rafael: "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha negado, en sentencia publicada el 7 de marzo, el derecho de una mujer a gestar los embriones concebidos "in vitro" y luego congelados, toda vez que el padre no quiere", Aceprensa, Programa - Continguts del 15 de marzo de 2006.

<sup>35</sup> Ibidem.

necesariamente al embrión. Según los jueces, los Estados europeos tienen al respecto amplio margen para decidir de un modo u otro. Como no hay, dicen, consenso científico y jurídico sobre el inicio de la vida humana, prevalecen las leyes nacionales.<sup>36</sup>

Una vez descartado el derecho de los embriones, la sentencia considera el litigio como un conflicto entre dos voluntades. Cada parte tiene derecho al respeto, a la vida personal y familiar (art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), que incluye –dice la sentencia– "el derecho al respeto de la decisión de tener un hijo o de no tenerlo". Para asegurarlo, la ley británica sobre fecundación artificial estipula que se necesita el consentimiento expreso de los dos progenitores para cada paso del proceso, del que la implantación es el último; pero otros países (Austria, Estonia, Italia) establecen que el consentimiento dado para la fecundación es irrevocable. Vista la diversidad, así como la dificultad de hallar el justo equilibrio entre los intereses de las partes, los jueces concluyen que los Estados tienen también aquí un "amplio margen de apreciación", dentro del cual cabe la solución británica.

Esta misma razón, añade la sentencia, basta para rechazar la tercera alegación, la de discriminación injusta (art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). La diferencia de trato con las mujeres que pueden concebir de modo natural está objetivamente justificada, pues su fin es proteger la libertad de una y otra parte en el peculiar caso de la fecundación artificial.

En consecuencia, los seis embriones de Evans y Johnston serán destruidos, en conformidad con la ley británica, salvo en el improbable caso de que la recurrente logre llevar su demanda a la Gran Sala del TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos) y que allí le den la razón.

En verdad no es fácil dirimir el pleito entre Evans y Johnston. Ella quiere ser madre; iba a serlo con acuerdo de él, pero luego él se retracta y le deja sin su única oportunidad de tener un hijo. Él, por su parte, una vez terminada la relación entre ambos, se niega a que

---

<sup>36</sup> Ibidem.

le hagan padre, contra su voluntad, de un niño al que no va a cuidar. El TEDH, al admitir que el hombre pueda revocar su consentimiento después de la fecundación, da por válida la tesis, mantenida por el Reino Unido, según la cual la responsabilidad parental no se adquiere hasta la implantación, aunque también considera aceptable que otros países definan el asunto de manera diversa.

Por otro lado, la ley británica –y las de otros países– no es del todo coherente al exigir el consentimiento expreso de ambas partes, pues a la vez admite que nazcan niños sin padre legal, mediante semen de donante; entonces, no acaba de explicarse porque Evans no podría tener un hijo sin padre legal, como tantos otros. Johnston simplemente quedaría en una situación similar a la de tantos donantes de semen que, con la bendición de la ley, son padres sin responsabilidad paterna. Pero se ve que no hay problema en crear huérfanos de encargo..., con tal que el padre tenga los ojos vendados. Un observador imparcial se preguntaría si es menos irresponsable: el que no quiere saber, o el que rehúsa la carga conocida.

La procreación asistida tiende a generar paradojas y a conflictos jurídicos que se prestan a pleitos muy difíciles de resolver con equidad.

El problema está en el inicio mismo, la fecundación artificial desvirtúa el sentido de la maternidad y la paternidad, al ponerlas en un contexto técnico y comercial donde pueden surgir problemas como en todos los contratos, operaciones mercantiles y prestación de servicios con precio.<sup>37</sup>

### **1.3. ANTECEDENTES EN BOLIVIA.**

---

<sup>37</sup> Serrano, Rafael: “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha negado, en sentencia publicada el 7 de marzo, el derecho de una mujer a gestar los embriones concebidos "in vitro" y luego congelados, toda vez que el padre no quiere”, Aceprensa, Programa - Continguts del 15 de marzo de 2006.

### **1.3.1. El primer bebe probeta en Bolivia.**

El primer bebé probeta en Bolivia fue Ciro Antonio Segundo Miranda Zapata, Toñito.<sup>38</sup>

Margoth Zapata, madre de Toñito, tenía problemas para embarazarse, hizo toda clase de tratamientos durante cinco años, sin ningún resultado. A través de un programa televisivo se enteró del proyecto que tenía el biólogo-ginecólogo Juan Carlos Montalvo, sobre reproducción humana asistida.

Fue difícil convencer a su esposo de realizar el tratamiento, pero finalmente aceptó. El especialista les dejó muy claro que el problema no es de una sola persona, sino de la pareja.

Como era el primer caso de fertilización in vitro que se hacía en Bolivia, el tratamiento resultó bastante caro. Sin embargo, valió la pena, porque ahora tiene a su lado no solamente a Toñito, sino también a Mariela y a Daniela, que fueron concebidas después sin ningún tipo de tratamiento.

“Era tal mi anhelo de tener un hijo que llevarlo dentro mío a Toñito era algo inexplicable, más aún verlo nacer. Es algo por lo que le voy a estar eternamente agradecida no sólo a Dios, sino también al doctor Montalvo que me controló, cuidó y me guió durante todo mi embarazo”.<sup>39</sup>

### **1.3.2. Primer bebe probeta en la ciudad de La Paz.**

En enero de 1993 nació el primer bebé probeta, como producto de la técnica de fertilización in vitro. De acuerdo con uno de los fundadores del Servicio de Esterilidad, Fertilidad y Reproducción Asistida (SEFRA), Ricardo Udler, el porcentaje de efectividad de esta modalidad es de 32 a 42 por ciento.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> El DEBER, Existen 280 bebés nacidos de probeta, Santa Cruz de la Sierra - Bolivia, Domingo 25, Mayo de 2003

<sup>39</sup> El DEBER, Existen 280 bebés nacidos de probeta, Santa Cruz de la Sierra - Bolivia, Domingo 25, Mayo de 2003

<sup>40</sup> OPS – Bolivia: Reproducción asistida, entre 100 bolivianos y 4 mil dólares, Centro de Noticias OPS/OMS Bolivia, La Paz - Bolivia, Estado Plurinacional de 28 de enero de 2007



En la ciudad de La Paz se utilizan tres métodos para lograr el embarazo con la ayuda de los médicos: coito asistido, inseminación y fertilización in vitro. Sólo ocho clínicas practican la segunda técnica y dos la tercera. Los precios están de acuerdo al método que se utiliza:

- a) El primero que se denomina coito supervisado, se puede hallar desde 100 bolivianos hasta lo que cobre un médico por una consulta. La supervisión de esta técnica puede hallarse en cualquier consultorio gineco-obstetra.
- b) El segundo, inseminación artificial, tiene un precio que oscila entre 200 bolivianos hasta 300 dólares. Existen solo ocho clínicas especializadas para la inseminación artificial.
- c) El tercero, fertilización in Vitro, cuyo costo varía entre 2.500 hasta 4 mil dólares en función de la clínica. En la ciudad de La Paz tan solo contamos con dos clínicas de fertilización in Vitro.

El no poder ser padres es un problema de dos, no individual. Por tanto la medicina reproductiva y la reproducción asistida se toman desde el punto de vista de la pareja. La idea no es que la mujer o el hombre sean los culpables, sino que ambos estén interesados en tener un hijo.

### **1.3.3. Primer niño probeta en Santa Cruz.**

El 1 de junio de 1993 nació el primer niño probeta en Santa Cruz.<sup>41</sup> Desde esa fecha hasta ahora existe un registro de unos 280 casos de bebés que han sido gestados mediante las diversas técnicas de reproducción asistida, como la inseminación artificial, fertilización in vitro y la inyección intracitoplasmática de espermias (ICSI).

El director de la Clínica Bioginecológica Montalvo, Juan Carlos Montalvo, manifestó que de los 500 tratamientos realizados en estos 10 años, hay unos 200 niños nacidos. Los

---

<sup>41</sup> El DEBER, Existen 280 bebés nacidos de probeta, Santa Cruz de la Sierra - Bolivia, Domingo 25, Mayo de 2003

restantes 80 pertenecen a la Unidad de Medicina Reproductiva de la clínica Siraní. Asimismo Gróber Caba, ginecólogo y miembro del equipo de médicos de la Unidad de Medicina Reproductiva, dijo que por año se hace tratamiento a unas 60 parejas. Un 45% logra concebir una criatura.

En Bolivia, está aumentando el problema de esterilidad, esto por el incremento de las enfermedades de transmisión sexual, el estrés, el consumo de tabaco, de drogas, y de bebidas alcohólicas, así como también las enfermedades genéticas.

## CAPITULO II

# 2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y DOCTRINARIOS DE LA REGULACIÓN CONTRACTUAL DE LA SUBROGACIÓN MATERNA

### 2.1. SUBROGACIÓN MATERNA

La maternidad subrogada es una figura que se ha utilizado en diversas partes del mundo, sin embargo, los estudios sobre ellas presenta alta complejidad, para lo cual inicialmente hay que definir el termino subrogación.

#### 2.1.1. Definición de subrogación

Por la discusión de cuál es el vocablo correcto para identificarla, sí *subrogada*, *delegada*, *incubadora o sustituta*, porque de acuerdo con el significado gramatical de dichos términos tenemos:<sup>42</sup>

- "Subrogar" es "Subsistir o poner una persona o cosa en lugar de otra";
- "Delegar" es "Dar una persona a otra la jurisdicción que tiene por su dignidad u oficio, para que haga sus veces o conferirle su representación";
- "Incubar" es "Ponerse el ave sobre los huevos para sacar pollos";
- "Sustituir o "Substituir" es "Poner a una persona o cosa en lugar de otra".

Como puede observarse, con todas estas denominaciones no se contempla en realidad la naturaleza médica de este método de reproducción asistida, pues el mismo consiste en implantar en el útero de una mujer, el embrión para su desarrollo, debiendo ella llevarlo en su seno durante toda la duración del embarazo hasta el parto.

---

<sup>42</sup> LÓPEZ FAUGIER, Irene. "La prueba científica", Pág. 250.

Para López Faugier la acepción más correcta para denominar esta técnica de reproducción asistida, es la de madre gestante, porque "Gestar" significa:

*"Llevar o sustentar la madre en sus entrañas el fruto vivo de la concepción hasta el momento del parto."*<sup>43</sup>

Pero además de todos los aspectos contractuales, penales y éticos de la maternidad gestante, no debe perderse de vista el punto que interesa, es decir, con relación a la imputación de la maternidad. Este rubro, sin duda alguna, implica serios inconvenientes en estos procedimientos pues debe precisarse si la imputación de ese nexo materno filial se hará privilegiando, el lazo biológico o el vínculo de la gestación.<sup>44</sup>

Así, la utilización de esta técnica plantea numerosas interrogantes, tanto en el ámbito de la naturaleza como en el del Derecho, respecto de este último, puedo mencionar la dificultad de las siguientes cuestiones:

- a. La determinación de la maternidad.
- b. El derecho a interrumpir el embarazo.
- c. El derecho de la madre gestante a no entregar al menor.
- d. El derecho a repetir lo pagado, cuando la madre portadora se niega a entregar al menor.
- e. La revocabilidad del contrato (en este caso los momentos en los cuales se puede dar esa revocación).
- f. La aplicabilidad o no de las presunciones de paternidad.'
- g. La necesidad de la autorización expresa del marido de la madre gestante.
- h. La posibilidad de impugnar la maternidad.
- i. Los posibles derechos hereditarios del menor, cuando sus progenitores biológicos mueren durante la gestación.

Precisamente en virtud de todas estas interrogantes, así como de las implicaciones contractuales, penales y éticas derivadas de este tipo de prácticas, y particularmente por la

---

<sup>43</sup> Ibidem. Pág. 286.

<sup>44</sup> RIVERA, Julio, Subrogación Materna, Pág. 360.

incertidumbre que se genera en cuanto a determinación del nexo materno filial, en el cual debe decidirse, si se privilegiará el nexo biológico o el nexo bio-psíquico del embarazo con la madre gestante.

Su significado y lo que indica la ley:

*"El término "subrogación" en cualquier caso, evoca la idea de una sustitución, la cual puede ser de una cosa por otra o de una persona por otra."*<sup>45</sup>

Así, "Subrogar significa precisamente 'sustituir'<sup>46</sup> o cambiar una cosa o persona por otra.

De esta manera, hablar de maternidad subrogada es hacer alusión a la sustitución o cambio de una persona por otra, es decir, de una mujer por otra. Esto resulta muy importante, debido a que suele creerse que la subrogación a que alude la maternidad subrogada es la que menciona la ley y no es así.

La ley señala que la subrogación es una forma de transmisión de las obligaciones, que consiste en sustituir a un acreedor por otro, y esto no puede adjudicarse a la maternidad subrogada, toda vez que esta figura no tiene como fin que la mujer que contrata sea sustituida por otra contratante. En consecuencia, la idea que se debe aplicar a la subrogación es la de sustitución o cambio de una persona por otra, pero sin atribuirle lo que indica la ley.

Para otro autor como es el caso de Delgado Calva:

*"Subrogación es la sustitución o cambio de una cosa o de una persona por otra".*<sup>47</sup>

Se busca integrar elementos como la palabra sustituir, sinónimo de subrogación, debido a que algunos autores manejan la maternidad subrogada como maternidad sustituta, lo que no quiere decir que se hable de algo distinto. El concepto que también señala que la subrogación

---

<sup>45</sup> GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho de las obligaciones, Editorial Porrúa, México, 2002, pág. 1039

<sup>46</sup> BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, Obligaciones civiles, Editorial Oxford, México, 2002, pág. 339.

<sup>47</sup> Ibidem.

no sólo implica la sustitución o cambio de una cosa; es además la sustitución o cambio de una persona.

### **2.1.2. Denominaciones de maternidad subrogada**

En la maternidad subrogada debe ser importante saber quién es la que aporta el óvulo, ya que a este aspecto no se le ha dado la debida importancia, pues si la solicitante no aporta el material genético, o sea, el óvulo, entonces cómo puede alegar ser la madre del niño. Podría serlo sólo si lo adopta, de acuerdo a lo que la ley señale. En cambio, si la solicitante es la que aporta el óvulo, se crean lazos muy fuertes entre ella y el bebé: la consanguinidad, la herencia, las características físicas y de personalidad.<sup>48</sup>

Este aspecto que debe tomarse muy en cuenta, y se pregunta *¿Qué pasará si en un litigio se resolviera que el niño es hijo de la mujer gestante y no de la solicitante?*,<sup>49</sup> en un futuro, el niño se parecerá físicamente a la mujer solicitante, pues el material genético que tiene el bebé pertenece a 'ella, y así como esto habrá muchas cosas afines entre la solicitante y el bebé, Por esta razón, no puede decirse que la única madre es la mujer gestante, pues la aportación de la mujer solicitante al dar su material genético es fundamental.

Por ello, la maternidad no sólo estriba en que una persona geste y dé a luz un bebé, Tan importante es esto como la función de quien cría y educa a un niño, de ahí que popularmente se diga que no es madre quien engendra sino quien educa. De tal manera, que en la maternidad subrogada no encuentro obstáculo para que sea considerada la madre del bebé la mujer solicitante. Esto no quiere decir que la mujer gestante no lo sea, pero si se habla de maternidad subrogada, debe considerarse madre a la mujer solicitante.

A la maternidad subrogada se le comenzó a conocer como tal desde 1975 aproximadamente. A partir de entonces, han surgido diversas denominaciones, en distintas partes del mundo, como son las siguientes:

---

<sup>48</sup> DELGADO CALVA, Ana Soledad. "La Maternidad Subrogada: un Derecho", Pág. 39

<sup>49</sup> Ibidem. Pág. 40.

- 1) alquiler de vientre,
- 2) alquiler de útero,
- 3) arriendo de útero
- 4) arrendamiento de vientre
- 5) donación temporaria de útero
- 6) gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro,
- 7) gestación de sustitución
- 8) gestación subrogada
- 9) madre portadora
- 10) maternidad sustituta,
- 11) maternidad de sustitución,
- 12) maternidad suplente,
- 13) maternidad de alquiler
- 14) maternidad de encargo
- 15) madres de alquiler,
- 16) madres portadoras,
- 17) vientre de alquiler
- 18) surrogated motherhood, (denominación en inglés).

Sin embargo, la que más ha predominado de todas es la de maternidad subrogada.

Todas las denominaciones tienen por objeto indicar la solicitud que se hace a una mujer para que gestar. No obstante, no todas las denominaciones son en realidad correctas, madres de alquiler, madres portadoras, alquiler de vientre y alquiler de útero, apunta Delgado Calva. Así, las denominaciones que a este autor no le parecen correctas son: maternidad de alquiler o En cuanto a la maternidad de alquiler, en virtud de que no se trata de un contrato de arrendamiento.<sup>50</sup>

Existen variados conceptos doctrinales sobre el tema. Sin embargo, expondremos algunos de los que hemos hallado.

---

<sup>50</sup> Ibidem , Pág. 41.

Uno de ellos dice que la maternidad subrogada es:

*"la práctica mediante la cual una mujer gesta un niño por otra, con la intención de entregárselo después del nacimiento".*<sup>51</sup>

Respecto a este concepto, una mujer gestó un niño por otra, a fin de entregárselo al finalizar el embarazo, sin embargo no se especifica qué tipo de mujer va a ser la subrogante ni quién va a ser la subrogada. Es decir, si la subrogante o subrogada son casadas, concubinas o solteras, pues de ser así, cualquier mujer puede convenir con otra para que gestó y conciba un hijo, sin importar si una u otra vive en matrimonio, concubinato, es soltera, incluso podría ser lesbiana.<sup>52</sup> Por eso es importante que se determine claramente qué tipo de mujer es la que puede solicitar la maternidad subrogada y quién puede fungir como madre subrogada.

Algo parecido dice el concepto de Pedro Silva Ruiz y Jaime Vidal. Estos dos autores dicen que la maternidad subrogada:

*"es el caso de la mujer fértil que acuerda ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado y gestar y dar a luz el hijo que una vez nacido será entregado al dador de semen y su esposa".*<sup>53</sup>

En este concepto se habla de una mujer que se presta a gestar y dar a luz un bebé con el semen de un hombre casado. Respecto al óvulo de la esposa no dice nada. De alguna manera, el hecho de que se hable de una pareja unida en matrimonio es ya un avance, sin embargo, no se menciona si la mujer subrogada es casada, concubina o soltera, lo cual si es una importante omisión, debido a que es necesario saber qué tipo de persona será la que dé a luz al niño, pues si esta mujer resulta casada o concubina entonces tiene un esposo o una persona que es como un esposo, entonces por esta simple relación será legalmente el padre del bebé y por eso tendrá derecho a reclamarlo como suyo. Si no existe un concepto que aclare esta situación

---

<sup>51</sup> HURTADO OLIVER. Xavier. El derecho a la vida ¿y la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido. Problemas éticos, legales y religiosos, Editorial Porrúa, México, 1999, pág. 54

<sup>52</sup> Ibidem.

<sup>53</sup> DELGADO CALVA, Ana Soledad. "La Maternidad Subrogada: un Derecho", Pág. 45



y si tampoco en la ley se dice nada al respecto no se podrá determinar quiénes son padres del bebé, sobre todo en lo que concierne al aspecto jurídico.<sup>54</sup>

Otro concepto es el siguiente:

*La maternidad subrogada es el "contrato de una mujer con una pareja casada, para inseminarse artificialmente con el semen del esposo de aquella otra mujer para concebir, gestar y dar a luz un niño a cuya custodia renunciará para que sea adoptado por la esposa de aquél con cuyo semen fue inseminada".*<sup>55</sup>

El concepto que a continuación contiene elementos casi idénticos al anterior, excepto por que en este ya se menciona el contrato de subrogación, el cual denomina contrato de gestación, para lo cual establece ciertas palabras como alquiler o pareja contratante, lo cual ya habla de una relación contractual. Dice lo siguiente:

*"La maternidad subrogada... implica el alquiler de las funciones reproductivas o del organismo de la mujer y la renuncia de sus derechos como madre biológica a favor de la pareja contratante, ora en función del propio contrato de gestación, ora en virtud de la adopción del niño por parte de la mujer o de la pareja contratante".*<sup>56</sup>

Un concepto de Zanoni, que agrega algo interesante, habla del embrión de una pareja que se implanta en el útero de otra mujer, lo cual señala que no es sólo el óvulo de la mujer que solicita el bebé, o únicamente el semen de su esposo, sino ambos, lo cual da origen a un embrión, el cual es colocado en el cuerpo de la mujer subrogada. El concepto dice:

*"La maternidad subrogada se da cuando el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer, que llevará a cabo el embarazo y dará a luz el hijo en beneficio de esa pareja".*<sup>57</sup>

---

<sup>54</sup> Ibidem.

<sup>55</sup> KEANE, N. Y D. Breo, The surrogate mother, Everest House Publishers, New York, 1981, Pág. 12.

<sup>56</sup> DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. La fecundación in vitro y la filiación, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1993, pág. 204.

<sup>57</sup> Jurisprudencia Argentina

Es importante que exista un concepto que contenga los suficientes elementos para que se describa qué es la maternidad subrogada, quienes pueden participar de ella y cuál será el instrumento por medio del cual se obliguen las partes, pues lo que se pone en juego no es una cosa sino la vida y futuro de un bebé y de los involucrados, al cual el Estado protege mediante sus cuerpos jurídicos<sup>58</sup>

La maternidad de sustitución incluye una serie prácticas que han sido ampliamente rechazadas, aunque no unánimemente, y de hecho se realiza de forma habitual sobre todo en los Estados Unidos. Quizás esta casi unanimidad en la condena de una práctica relativamente marginal hace pensar que todos los miedos y reservas con respecto a la reproducción asistida se han concentrado.

Esta práctica consiste en un acuerdo por el que una mujer se compromete a llevar a cabo una gestación para una pareja, abandonando toda pretensión de maternidad al producirse el nacimiento, y permitiendo la adopción por parte de la pareja contratante. El embarazo se consigue por medio de alguna técnica de reproducción asistida, habitualmente usando el semen del hombre de la pareja contratante, que de esta forma se convertirá en padre de la criatura. De esta forma la adopción tendrá que ser realizada únicamente por su esposa, lo cual facilitaría la operación, y más desde el momento en que el hijo o hija convivirá con ellos desde el principio.

Sin embargo se pueden derivar problemas del hecho de que la madre subrogada esté a su vez casada. Sobre todo en el caso de que decida no entregar a la criatura, ya que en general existiría una presunción de paternidad en favor de su marido, que se puede ver reforzada por la posesión de estado. La reivindicación de la paternidad por parte del hombre de la pareja contratante puede ser relativamente sencilla si aportó el semen para la fecundación, pero prácticamente imposible si proviene de un donante anónimo.

De forma habitual la madre gestante acepta realizar la operación a cambio de una determinada suma de dinero, y por medio de un contrato en el que se estipulan distintas

---

<sup>58</sup> Ibidem.

cláusulas en previsión de ciertas eventualidades que se puedan producir. En los Estados Unidos, donde se producen la mayoría de estos acuerdos, la práctica es facilitada por un tercero (el broker) que pone en contacto a las partes y gestiona el contrato. El broker selecciona a las madres subrogadas, supervisa su fecundación, el cuidado médico durante el embarazo y el nacimiento, al tiempo que elabora el contrato especificando los derechos y las obligaciones de las partes. En compensación por sus servicios las parejas le pagan una tarifa sustancial, además del pago a la madre subrogada y de los gastos en que ésta incurra.

Existen varios motivos por los que se suele acudir a esta práctica. Por parte de la gestante generalmente por motivos económicos. Por parte de la pareja contratante los motivos pueden ser que la mujer sea incapaz de concebir o de gestar por causas físicas o psicológicas, o que no desee hacerlo: para no transmitir una enfermedad, por motivos laborales, u otros.<sup>59</sup>

Se puede distinguir entre dos tipos de maternidad subrogada:

- I. Parcial: la madre gesta un embrión genéticamente relacionado con ella
- II. Completa: la madre gesta un embrión que no fue fecundado a partir de un óvulo suyo.

El tratadista Zannoni, dice:

*“...se alude a la maternidad subrogada (del inglés surrogate motherhood) o gestación por cuenta de otro, en el caso de que el embrión de una pareja sea implantado en el útero de otra mujer, quien llevará a cabo el embarazo y dará a luz al hijo en beneficio de esa pareja. Del mismo modo, agrega, se conocen casos de mujeres que han consentido en ser inseminadas para concebir un hijo, una vez nacido, entregarán gratuitamente o por un precio al matrimonio constituido por el dador del semen y su esposa.*

*La maternidad subrogada o maternidad sustituta, se da en el primer caso, ya que en el segundo, la mujer inseminada es genéricamente la madre del hijo concebido, pues ella es quien aporta el óvulo que es fecundado con el espermatozoides ajeno. En cambio la verdadera*

---

<sup>59</sup> R. Tong, “Reproductive Technologies: Surrogacy», en Encyclopedia of Bioethics (revised edition), pág. 226.

*subrogación presupone que el embrión es ajeno, esto es que ha sido implantado en una mujer que no ha aportado sus óvulos para la procreación".<sup>60</sup>*

Lo cual queda poco claro, considerando los otros conceptos.

La Iglesia Católica, en su documento titulado Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación, incluye bajo el rubro de madre sustitutiva (sic) a las dos hipótesis que maneja Zannoni de la siguiente forma:

- a. La mujer que lleva la gestación de un embrión implantado en su útero, que le es genéticamente ajeno, obtenido mediante la unión de gametos de donadores, con el compromiso de entregar al niño, inmediatamente después del nacimiento, a quien ha encargado o contratado la gestación, y
- b. la mujer que lleva la gestación de un embrión a cuya procreación ha colaborado con la donación de un óvulo propio, fecundado mediante inseminación con esperma de un hombre diverso de su marido, con el compromiso de entregar el hijo, después de nacer, a quien ha encargado o contratado la gestación.

Para la Iglesia Católica, los dos casos los clasifica como maternidad subrogada, ya sea que la madre sustituta, aporte su óvulo, o cuando solo presta su útero. Pero para el autor Zannoni, en cambio solo es maternidad subrogada cuando ella solo presta su útero y no aporta el óvulo, y cuando la madre sustituta, presta su útero y aporta su óvulo, dice que es simplemente madre.

La maternidad subrogada, para Mendoza García, es total cuando la madre sustituta solo presta su útero para la gestación, es decir cuando el óvulo y el espermatozoide pertenece a la pareja contratante, y maternidad subrogada parcial, cuando la madre subrogada aparte de aportar su óvulo, también presta el útero para la gestación del niño. En estos casos si somos más estrictos, en el primer caso es madre de gestación y en el segundo madre gestante y biológica.

---

<sup>60</sup> Ponencia presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia. Cáceres, España, octubre de 1987. Citado en: MENDOZA GARCÍA, Isidro. "Problemática jurídica de la Maternidad Subrogada", Tesis para obtener el Título de Licenciado en Derecho. Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, pág. 80.

La maternidad subrogada la clasifica de:<sup>61</sup>

- Comercial, cuando por prestar el útero, se paga una cantidad de dinero; y
- Altruista o gratuita, cuando por prestar su útero, no se le remunera, cuando más la pareja paga los gastos del embarazo y del parto.

De acuerdo con la participación genética de la mujer subrogada, existen otras clases de subrogación:

- Total, cuando la mujer contratada es inseminada aportando sus propios óvulos,
- Parcial cuando solamente es gestadora del embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado.
- Comercial y la mujer contratada reciba una compensación económica
- Altruista, la mujer contratada no reciba una compensación económica por la gestación.

Una definición alquiler de vientres<sup>62</sup>, cuestión a la que antes hemos hecho referencia, mediante la cual se conviene con una mujer, habitualmente mediante un pago en dinero, en gestar un óvulo de quien encargó al niño -aunque también puede ser de una tercera persona-, fecundado con gametos ya sea del marido de aquélla o de un tercero, para luego entregar al hijo a quien se lo encargó. Se produce, de tal manera, una disociación entre la generación de un ser humano y su gestación, para procurar satisfacer un deseo de ser madre, que si en sí mismo es ciertamente loable, no tiene un carácter absoluto, no pudiendo emplearse cualquier medio para satisfacerlo.

Puede también ocurrir un caso semejante, que es el que con mayor frecuencia se produce, consistente en que además de su útero, la llamada madre portadora o sustituta también aporte

---

<sup>61</sup> MENDOZA GARCÍA, Isidro. “Problemática jurídica de la Maternidad Subrogada”, pág. 81

<sup>62</sup> Se ha calificado de poco jurídica a esta terminología, debido a que el ser humano no se alquila (O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, en el Prólogo del libro de MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. MASSIGOGUE BENEGIU, J. M., La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español. cit.). Citado en: SAMBRIZZI, Eduardo A., “La procreación asistida y la manipulación del embrión humano”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2001, pág. 109

sus óvulos. Aunque se dice que este supuesto no es el característico de esta figura o, al menos, no es el genuino.

Las comúnmente llamadas «madres de alquiler», suponen un serio obstáculo al mantenimiento de la mujer gestante como la madre legal, cuando recurrir a ellas quiere decir que otra que no puede gestar solicita su ayuda para poder tener un hijo al que considerará legalmente como suyo.

La espectacularidad con que se han presentado los casos de los que se ha dado publicidad, ha hecho olvidar que el fenómeno no es totalmente nuevo. La utilización de las prácticas de fecundación artificial es el elemento innovador, la versión sofisticada de antiquísimas costumbres ligadas a la esclavitud o a la opresión de las clases inferiores o trabajadoras por las que unas mujeres servían a otras para proporcionarles la descendencia que su esterilidad impedía.

Hay relatos en el Génesis, pero de ellos no puede deducirse la legitimidad de las madres de alquiler y mucho menos de la comercialización del «servicio». Es indiscutible, en cambio, que el recurso al embarazo en otras mujeres para tener un hijo, aprovechando la precaria situación económica de éstas ha existido siempre.<sup>63</sup>

A pesar de que el planteamiento actual está basado en la libre decisión de la mujer que se presta a gestar un hijo que no considera como propio, el hecho guarda un cierto residuo de servidumbre y explotación de la mujer. Los supuestos que se han dado por filantropía son escasísimos, y el lucro impera como en ninguna de las técnicas de fecundación asistida.

Rubeullin Devichi<sup>64</sup> ha llegado a comparar estos acuerdos con los contratos de prostitución: se alquila una parte del cuerpo. Si bien se matiza por otros, ya que es todo el organismo el que se pone a disposición en el embarazo. Pero este tipo de contratos de nada sirve prohibirlos, aunque el Derecho no puede prestar asistencia a la ejecución de los mismos.

---

<sup>63</sup> En un poema alemán realizado entre los años 1847 a 1859, titulado: «Madre e hijo», Hebbel exponía el caso de una madre «alquilada», aunque el autor no pensó en intervención médica. Pero el médico ya cumplía su papel de intermediario entre un matrimonio rico y uno joven de criados al que se le obligaba a entregar su hijo, bajo promesa de dinero (vid. HANAN. P.: Muter und Kind -Zu einen gedicht von Friedrich Hebbel. FamRZ., 1985. pp. 991-992), Pág. 261.

<sup>64</sup> RUBEULLIN DEVICHI. J.: Lu gestation pour le compte d' autrui, D. 1985. Chron. 147. pág. 153.

El Instituto Español de la Mujer, en su informe presentado a la Comisión parlamentaria pide restricciones en la autorización de estas técnicas. Mientras, para otros, es un acto que corresponde a la libertad de la propia mujer.

Lo cierto es que si la gestante es considerada legalmente como madre, y se tiende a reducir la legitimación o los motivos alegables en la impugnación, las parejas que acudieran a esta práctica aportando sus propios gametos no podrían tener su hijo. Incluso aunque la gestante lo entregue voluntariamente, debería procederse a la tramitación de una adopción si no quiere incurrirse en una suposición de parto.

Por regla general, ha existido hasta ahora una buena voluntad entre quienes se prestaron a su realización, por entregar el hijo gestado. Sin embargo, en todo el mundo no deja de ser una especie de gentlemen's agreement<sup>65</sup> el acuerdo entre la pareja que quiere el hijo y la gestante, portadora (sólo lleva a cabo el embarazo) o sustituta (también aporta su óvulo).

Se ha venido cubriendo de juridicidad de las más diversas formas: desde la inscripción como hijo legítimo de los que «solicitaron» el embarazo, o bien con un reconocimiento del hombre que aportó el semen y una adopción por parte de la esposa de éste. Porque, además, en la mayoría de los supuestos actuales se ha requerido que la mujer que iba a gestar también aportara su óvulo.

Si la madre sustituta accediera a ello, el padre podría reconocer al hijo y su madre adoptarlo. Si la pareja no está casada, podría pensarse incluso en la viabilidad de un reconocimiento conjunto. Aunque esta acción sería un abuso del derecho.

El cauce adecuado es la adopción con un trámite simplificado, sobre todo si puede demostrarse la procedencia de los gametos de la propia pareja.

---

<sup>65</sup> La adopción será en cualquier caso la institución jurídica adecuada que permita la determinación de la maternidad de quien “encargó” el embarazo. Así ha sido en el polémico caso «Baby M.», en Estados Unidos, con una peculiaridad: la gestante no quería entregar a su hijo y el juez que dirimió el conflicto declaró válido el contrato inicial que la mujer debía cumplir entregando la niña al padre (legal y biológico) al que atribuía la custodia. La esposa de éste obtuvo al tiempo la adopción de la niña. Para seguir el proceso vid. «El País» de 7-1-1987, «Ya» de 8-1-1987. «El País» de 19-1-1987, «ABC» de 19-1-1987, «Diario 16» de 21-1-1987. “Antena Semanal» de 8-3-1987. «Diario 16» de 16-3-1987; y sobre la decisión del juez Harvey Sorkow del condado de Bergen. Nueva Jersey. «El País». «ASC» y «Diario 16» del jueves 2-4-1987. Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. “Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial ...”, Pág. 262.

En todo caso, se requiere que la gestante quiera dar al hijo en adopción; no se podrá obligar a que lo entregue, sea una u otra la forma jurídica que se emplee para determinar la filiación.

Ésta es seguramente una de las situaciones más claras que pueden incluirse entre los fenómenos de no derecho sobre los que ha trabajado Carbonnier.<sup>66</sup>

Delgado Calva propone el siguiente concepto de maternidad subrogada. Algunos elementos se tomaron de los conceptos vistos, otros, de los comentarios vertidos sobre las omisiones encontradas a los mismos. El concepto es el siguiente: "Es el acto jurídico mediante el cual un médico con experiencia en la materia, aplicará alguna de las técnicas de reproducción asistida (inseminación artificial y fecundación in vitro) , a una mujer denominada subrogada, quien será soltera, y lo permitirá por única vez, previo convenio que haga con otra mujer denominada subrogante, a fin de que se le implante el óvulo de la subrogante y el semen del esposo o concubina de esta, ambas mujeres y hombres mayores de edad, a cambio de que la subrogada reciba de la subrogante cierta cantidad de dinero más los gastos médicos necesarios, de modo que al finalizar el embarazo, la subrogada haga entrega del bebé a la subrogante".<sup>67</sup>

Del anterior concepto se desprenden los siguientes elementos:

- Acto jurídico,
- Un médico con experiencia en la materia,
- Técnicas de reproducción asistida (inseminación artificial y fecundación in vitro),
- Mujer denominada subrogada, quien será soltera,
- Mujer denominada subrogante, quien será casada o concubina,
- Esposo o concubino de la subrogante,
- Óvulo de la subrogante y el semen del esposo o concubino de esta,
- Convenio,

---

<sup>66</sup> CARBONNIER. J.: Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho. Traduc. de 2ª. ed. francesa por DIEZ PICAZO (Madrid, Tecnos, 1974). pág. 33

<sup>67</sup> DELGADO CALVA, Ana Soledad. "La Maternidad Subrogada: un Derecho ", pág. 48



- Mayores de edad,
- Cierta cantidad de dinero más los gastos médicos necesarios,
- La subrogada hará entrega del bebé a la subrogante, y
- Única vez.

Se dice que es un acto jurídico, porque es un hecho en el que interviene la voluntad humana, es decir, la mujer subrogante conviene con la mujer subrogada en tener un hijo que le entregará cuando nazca.

Se habla de un médico con experiencia en la materia, en virtud de que no cualquier médico puede realizar este tipo de técnicas, sino sólo aquel que conozca cómo aplicar estas técnicas, que haya tenido la experiencia suficiente para no cometer errores o daños en la mujer que se va a inseminar, que pueden ser irreversibles, como podría ser el dejarla estéril o infértil.

Otro de los elementos del concepto que se propone, se refiere a las técnicas de reproducción asistida, específicamente la inseminación artificial y fecundación in vitro, maternidad subrogada.

## **2.2. FAMILIA COMPLEMENTADA CON TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

Paternidad y maternidad siguen siendo, a pesar de todo, símbolos de relaciones humanas de amor y de convivencia en un proyecto unitario. El Derecho tiene poco que hacer cuando la regla de la relación es el amor y la comprensión, su juego se justifica en la protección y en la asunción de responsabilidades que otro no ha tomado voluntariamente. Su «rol» es aquí el de remedio dentro del ámbito social.

Tales relaciones tienen tanta fuerza en la sociedad que quien se ve imposibilitado a crearlas llega a encontrar un vacío en su realización. La esterilidad suscita grandes tensiones y fomenta sentimientos de carencia. De ahí las numerosas investigaciones del hombre a lo largo de la historia tratando de subsanarla.

Sin embargo, se dice que las nuevas técnicas, encaminadas a ese fin, deshumanizan, que desprenden del acto procreativo toda su configuración íntima, personal, y le atribuyen una puramente técnica.<sup>68</sup> La contrapartida la ofrecen quienes llevan a cabo estas prácticas cuando explican o testimonian que aquellos que se someten a las torturas de los tratamientos de la esterilidad y deciden finalmente acudir a un programa FIV (Fecundación In Vitro), de IA (Inseminación Artificial) o TIG (Técnicas de Inseminación Genital), con todo lo que ello supone, ponen mucho amor en la búsqueda del hijo, aliviando así cualquier sensación de mecanización que pueda tenerse<sup>69</sup>. Y se preguntan, ¿qué mal puede verse en una práctica que asiste y complementa la actitud de amor de una pareja para que fructifique en un hijo?

La limitación a la libertad de sujetos destinatarios viene estrechamente ligada a ese planteamiento; también el sentido terapéutico o alternativo de las técnicas son causas de la actual revolución de los conceptos jurídico-sociales de padre y madre. ¿Qué argumentos hay para esta delimitación? ¿Qué factores contribuyen a una solución más justa?

Cuando hayamos llegado a responder a tales interrogantes estaremos en disposición de plasmar la nueva concepción de las relaciones paterno-filiales; no en vano los destinatarios son los que quieren acceder a las mismas.

### **2.2.1. Perfeccionamiento de la familia**

La familia, incardinada en el entorno social, político y jurídico de un país determinado, se encuentra inmersa en el ordenamiento jurídico del mismo y sentirá sus propios avatares aunque no se le aplique directamente.

Acertadamente puede afirmarse que el hombre es un ser social, y ha tendido a la formación de grupos de convivencia; también que éstos han respondido a las diferentes necesidades y al grado de «civilización». Por eso, la colectividad puede ser natural; la familia en sentido

---

<sup>68</sup> Pío XII en la Alocución a la Unión Católica Italiana de Ginecólogos. el 29-9-1951, expresaba su rechazo hacia la IA por su despersonalización. «reduce la cohabitación de los cónyuges... a una pura función biológica... sería como convertir el entorno doméstico, santuario de la familia, en un simple laboratorio biológico...».

<sup>69</sup> Críticas a la mecanización o instrumentalización que CARMEN OCHOA MARIETA (Responsable del laboratorio FIV del Hospital de Cruces. Bilbao) no comparte. Continuamente relacionada con las parejas que acuden en ayuda, manifiesta el gran amor que han de poner para superar todos sus inconvenientes, los riesgos y las diversas operaciones poco agradables (La inseminación artificial y la T.I.G.. ponencia oral en I Congreso Nacional de Bioética. Valladolid, mayo 1986).

amplio (conviventes ligados por vínculos de sangre o afectivos) puede aceptarse como institución socio-cultural; y la familia fundada en el matrimonio debería estimarse como institución jurídica, o religiosa, porque ha sido acotada por el derecho, o las normas religiosas, y regulada por ellos de forma más o menos completa.

Se dice, en cambio, que la familia es la más antigua institución humana, y que permanecerá de uno u otro modo en el curso de la supervivencia de nuestra especie.<sup>70</sup> Y se hallará más cercana o lejana a la poliandria o a la poligamia según predominen con diferencia las mujeres o los hombres; y a la monogamia cuando el número se equilibre, al margen de otras connotaciones morales y unidas a la cuestión de la procreación, como medio de regeneración de la especie, condicionando a su vez las relaciones paterno-filiales.

Hay, sin embargo, un desarrollo histórico de la familia fundada en unas relaciones sexuales de base, bien promiscuo o monógamo en continuidad o por etapas, avanzando en una tipología familiar matriarcalista o patriarcalista con sentimientos extremos de propiedad de los hijos por parte de la comunidad o de la pareja.

El término familia se ha aplicado indiscriminadamente a dos unidades sociales básicamente diferentes en su composición y en sus posibilidades funcionales. Puede designar a un grupo íntimo, fuertemente organizado, compuesto por los cónyuges y los descendientes, o bien un grupo difuso y poco organizado de parientes consanguíneos.

De tal manera que cuando hoy se revolucionan los distintos ámbitos sociales, también los jurídicos, por la alteración que las técnicas de fecundación asistida causan a la familia, no podemos sino entenderlo referido a un tipo concreto de ésta, la que se ha consolidado en los últimos decenios como una nueva etapa de las transformaciones sufridas. Puede verse, incluso, como una vuelta a aquellas civilizaciones donde el grupo inicial eran los cónyuges, no sólo dos; aunque en la actualidad exclusivamente con criterios procreadores y sin mediar relación sexual.

---

<sup>70</sup> LINTÓN, R.: Introducción. La historia natural de la familia, en La familia, 5ª. ed. Barcelona, eds. Península, 1978, pág. 5.

Eso mismo, prescindir de la consideración unitiva de sexualidad y procreación ha supuesto un aldabonazo al Derecho de sociedades que lo construyeron con influencias cristianas fuertemente enraizadas.<sup>71</sup>

Lo cierto es que ha existido siempre una inclinación por creer que la familia conyugal se ajusta también a lo que se considera el óptimo para el desarrollo de la personalidad de niños y jóvenes. Se dice además que la propia selección natural lo ha determinado, pues resulta difícil que haya sobrevivido una especie expuesta a grandes desproporciones entre los plazos para el nacimiento de los hijos y su dependencia de los padres por la supervivencia física, de no haber existido relaciones permanentes que aseguren a la hembra el auxilio del varón en el cuidado de los hijos.<sup>72</sup>

Nuestro actual modelo de familia ha sido, tras subsistir a través de graves crisis y conmociones, el de la familia nuclear, originada en el matrimonio y complementada por los hijos de éste, en su caso. Y a ella viene dedicando el Derecho su atención y tutela, que asume y orienta sus relaciones en un juego intermedio entre el derecho y el no derecho.<sup>73</sup>

La familia concebida de una u otra forma se ha visto como elemento de estabilidad social, y los países han llegado a la convicción de que es indispensable una política de protección a la misma.<sup>74</sup>

Como principio rector de la política social, los poderes políticos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia, cuyo concepto da por sobreentendido, lo que ha sido visto por algunos de forma tal que el término alcance a aquellos fenómenos de convivencia reducida que no se asientan en vínculos legales, pero sí afectivos y estables, esto es, la familia de facto.<sup>75</sup>

---

<sup>71</sup> Pío XII recordaba en el 2.º Congreso Mundial de la Fertilidad y de la Esterilidad de 19 de mayo de 1956 que: «La Iglesia ha descartado la actitud... que pretendería separar en la generación la actividad biológica de la relación personal de los cónyuges.

<sup>72</sup> TRABUCCHI. A.. en un valance a los diez años de reforma del Derecho de familia en Italia reafirma esa teoría antropológica cuando señala que ha cambiado el mismo modo de concebir a la familia y la función del instituto; al concepto tradicional que ve antes de nada en la familia el encuentro de generaciones para asegurar la supervivencia, de la elevación de los nacidos a la asistencia de los que no producen medios de vida, se ha sustituido por otro finalístico dirigido a asegurar a todos una forma conveniente de vida (Fumiglia e diritto nel' horizonte degli anni '80, en «Riv. Dir. Civ.», 1986, p. 166).

<sup>73</sup> CARBONNIER, J.: Droit Civil 2: Lu famille, les incapacités. 9ª. ed. Themis, París, , 1972, pág. 10

<sup>74</sup> MARTINEZ. CALCERRADA. L.: La familia en la Constitución Española. en R.D.P.1981. pág. 964.

<sup>75</sup> Ibidem.

### **2.2.1.1. Destinatarios de las técnicas reproductivas**

Uno de los primeros interrogantes que habitualmente se presentan en la discusión sobre la regulación de las nuevas tecnologías reproductivas, y con independencia de que después se regule o no, es qué personas y en qué condiciones pueden tener acceso a las mismas. Estos interrogantes suelen provocar intensos debates, ya que con ellos se está discutiendo cuestiones que suscitan divisiones de opiniones importantes e incluso emocionadas. No se discute simplemente de cuestiones jurídicas, y ni siquiera sólo de derechos individuales; sino también de concepciones sobre la familia o sobre los menores.

Las preguntas planteadas en este sentido son muy numerosas: ¿Hay que permitir el acceso a estas técnicas sólo a los matrimonios o también a las parejas no casadas (cualquiera que sea la calificación jurídica que se les dé)? ¿Sólo a las parejas heterosexual es o también a las homosexuales (en principio femeninas)? ¿Sólo a las parejas o a cualquier mujer (pues en definitiva son las mujeres las que se someten al tratamiento) con independencia de su estado civil, situación familiar o relación con algún varón? ¿Se permitirán sólo en casos de esterilidad comprobada, o en otro tipo de supuestos? ¿Habría que negar el acceso a personas que ya tengan hijos pero que se hayan vuelto estériles (accidental o voluntariamente)? ¿Habría que establecer alguna limitación para el caso de aquellas personas o grupos que se considere que no podrán atender adecuadamente a los hijos? De ser así, ¿en qué casos? ¿Habrán de establecerse límites de edad, mínimos o máximos?

La solución de estas cuestiones se ha buscado con frecuencia en la necesidad de protección de los derechos fundamentales de los sujetos implicados y en el balance entre los mismos. Sin embargo, el problema no desaparece de esta forma. En la misma medida en que la práctica de las nuevas tecnologías reproductivas pone al derecho en general ante novedades alejadas de las situaciones para las que había sido pensado y frente a las cuales se precisa una adaptación, lo mismo ocurre con la técnica jurídica que en definitiva son desde este punto de vista- los derechos individuales. Incluso los derechos individuales que más próximos puedan parecer a la defensa de los intereses de los individuos implicados en las prácticas de reproducción asistida, y que a veces se alegan, no guardan relación directa y unívoca con los

derechos fundamentales generalmente reconocidos. Es preciso realizar una operación intermedia de interpretación, o incluso intentar derivados a partir de éstos, para llegar a fundamentar nuevos derechos individuales que puedan arrojar luz sobre estas cuestiones. Y aun así las soluciones propuestas por esta vía distan mucho de ser unívocas.

Los derechos a los que se ha acudido, como tópicos incluso a veces contrapuestos, son el derecho a la reproducción y los derechos de los hijos nacidos mediante reproducción artificial. Con respecto a los derechos de los padres, se discute si el presunto derecho a la reproducción se basaría en el derecho a la salud o en los derechos de la personalidad. En otras palabras, si las nuevas tecnologías reproductivas son admisibles como un remedio o tratamiento contra la esterilidad-enfermedad, o si son un medio alternativo de reproducción al que las personas pueden acudir en el ejercicio del libre desarrollo de su personalidad.

Por lo que respecta al derecho de los hijos nacidos mediante estas técnicas, hay una coincidencia casi unánime en reconocerlos como los derechos que han de primar sobre todos los demás, por cuanto sus titulares son los menos protegidos. Sin embargo, el alcance que tiene tal declaración no es siempre el mismo, sobre todo porque los derechos concretos que se les reconocen, su amplitud y su finalidad no son siempre los mismos. En esta categoría se podrían englobar desde un derecho a la vida (como derecho a nacer), un derecho al nacimiento dentro de una familia biparental, o un derecho a conocer el propio origen genético.<sup>76</sup>

Bajo esas dos perspectivas el problema de los destinatarios de las nuevas técnicas biológicas se hace objeto de discusión. Lledó Yagüe, por ejemplo, asegura que «esas prácticas sólo deben permitirse a parejas casadas».<sup>77</sup>

## **I. ¿Por qué solo a parejas casadas?**

---

<sup>76</sup> E. Roca I Trias, "La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurídica", en La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1988, pág. 17-46.

<sup>77</sup> LLEDÓ YAGÜE. F.: La regulación jurídica de la inseminación artificial fecundación in vitro, ponencia presentada al I Congreso Nacional de Bioética. Valladolid, mayo 1986. pág. 6.

En su origen, las técnicas se configuraron como terapéutica a una enfermedad, la esterilidad, ubicada en la pareja, e inicialmente reconocida en la matrimonial donde parecía revestirse de todo su sentido. Y así se intenta que continúe-, amparados en juicios ético-religiosos y filosóficos, más que psicológicos o jurídicos.

Podría decirse con razón que si hemos de ver la esterilidad como enfermedad de la «pareja», o mejor en la individualidad de quien la padezca, los juicios de valor habrán de modificarse.

No cabe duda de que esta última postura sería médicamente más exacta, pero la sociedad aún no ha abandonado definitivamente la idea de los hijos como fin primario del matrimonio.

Pero, ni hoy es válido afirmar que el único o principal fin del matrimonio son los hijos, ni tampoco es correcto, en estricta técnica jurídica, alegar que únicamente es lícito procrear en el seno del matrimonio. Sí es verdad que el Derecho, como manifestación de la realidad social, es reticente a consagrar como normales tales relaciones, a pesar de que la jurisprudencia y algunas leyes comienzan a dar cierta validez a las mismas aceptando sus consecuencias jurídicas asimiladas a las del matrimonio, por ejemplo en el ámbito de la seguridad social.<sup>78</sup>

En todo caso, es firme todavía la opinión de los que consideran que no es posible asimilar relaciones tales con la familia legítima. Se dice incluso que es preciso subrayar el hecho de que en ella se haya llevado a otro párrafo el deber de asistencia de todo orden a los hijos fuera y dentro del matrimonio; reafirma la sustantividad del matrimonio como fundador de la familia.<sup>79</sup>

Por otro lado, ya dijimos que ha de pedirse en las nuevas prácticas su exclusiva finalidad terapéutica que encuentra la mayor expresión en el ámbito del matrimonio legítimo, ya que en otros supuestos no hay vínculo que condicione que dos personas sigan juntas (a no ser que se trate de un matrimonio religioso o étnico que no tenga efectos civiles en el ordenamiento).

---

<sup>78</sup> No hay en nuestro Derecho un estatuto jurídico de la pareja no casada, pero como sucede en parte del Derecho comparado, paulatinamente se van reconociendo ciertos efectos jurídicos a uniones extramatrimoniales estables *more uxorio* asimilándoles normas pensadas para el matrimonio o dictando algunas específicas que les permitan disfrutar de los mismos beneficios. DIEZ PICAZO. L.: Familia y Derecho, en Protección jurídica de la familia, Madrid. Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, 1982. pág. 11

<sup>79</sup> SÁNCHEZ AGESTA. L.: La ordenación de la familia, pág. 57.

Aunque bien es verdad que tampoco ésa sería buena explicación para aquellos que quieren tener un hijo en común sin recurrir al matrimonio, como harían si no tuvieran ningún problema de fertilidad. Pero la práctica de Inseminación Artificial o técnicas afines en una mujer sola únicamente deseosa de un hijo, sentido como de origen unipersonal, de «propiedad única», que se formará en el contexto de convencimiento de innecesidad de la figura paterna es imposible de justificar por ningún motivo terapéutico. Seriaux<sup>80</sup> dice más, ¿podría explicar el acto argüir que va a salvar ciertos desequilibrios psicológicos?

La pregunta que Moro Almaraz<sup>81</sup> deja en el aire, la responde aduciendo que no es aconsejable acudir a la utilización del «advenimiento» de una vida humana para curar una potencial psicopatía que puede repercutir en la estabilidad emocional del hijo. Y en adición, todas las comisiones de expertos se decantan por una selección de receptores y donantes psicológicamente muy equilibrados y concienciados de su acto, de manera que ofrezcan seguridad suficiente de su capacidad de crear un entorno óptimo para el que va a nacer.

El análisis de las motivaciones que llevarían a una mujer sola a acudir a estas técnicas es interesante, sobre todo desde la perspectiva psicológica, mucho más si no hay nada que revele una esterilidad en ella, alerta Moro Almaraz. Habría que plantearse si no es absurdo acudir al coste de la FIV, cuando necesite donación de óvulo y semen existiendo la adopción que favorecerá además a seres desprotegidos. Al fin y al cabo, en esa situación tampoco habrá ningún lazo genético con el niño, a no ser que sus problemas fueran de tipo tubárico y pudiera aportar sus gametos. Sólo en esta ocasión puede hacerse una comparación con la pareja que precise de donación de semen, aunque no idéntica, pues en esta última existe un padre legal para el concebido.

## **II. ¿Por qué la Mujer sola y parejas no convencionales?**

Se da un rechazo generalizado a este tipo de destinatarios, fundamentalmente a las parejas compuestas por homosexuales o lesbianas<sup>82</sup>. Sin embargo, también se ha llegado a

---

<sup>80</sup> SERIAUX. A.: Droits et procréation artificielle: quelle jurisprudence?, en D. 1985. Chron. 53, pág. 55.

<sup>81</sup> MORO ALMARAZ, María de Jesús. "Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial", Pág. 177.

<sup>82</sup> Informe Warnock: cap. 2.9, 2.10, 2.11; Informes suecos de inseminación artificial y FIV (1983 y 1985); recomendaciones del Consejo de Europa de 1984; Informe español: R. 10.



argumentar que a partir de la Convención Europea de Derechos Humanos debe tenerse en cuenta que ésta informa el derecho de las mujeres solas o las parejas de lesbianas a la maternidad, así como el de la pareja homosexual a la paternidad.

Observa el Informe del Consejo de Europa de 1981 que la IA de una mujer soltera encuentra su motivación, generalmente, en satisfacer el instinto maternal de ésta sin someterse a relaciones ocasionales con un hombre que no conoce o no le gusta; puede sentir así protegido su cuerpo de las relaciones sexuales. Una decisión tomada por ella sola, sin que conozca a su pareja, no le impide reivindicar el hijo.

Pero cuando se discute sobre el tema, suelen esgrimirse los siguientes argumentos para reforzar esa teoría:

- El derecho a la libertad y a recibir del Estado protección y respeto
- La asimilación con la adopción donde la mujer sola puede adoptar.
- Se hace especial consideración de la maternidad.

En contrarréplica, y enunciando en sentido inverso, se dice por ejemplo, que las normas internacionales realmente protege a las que ya son madres, no señala el derecho a serlo. Ello va estrechamente unido al reconocimiento de un derecho al hijo que puede ser muy loable, pero no perseguible a toda costa. Si hemos de mirar estas prácticas con una visión amplia, de futuro y dentro de una «ética civil»,<sup>83</sup> es decir, que cumpla con unos mínimos compartidos por la generalidad del cuerpo social, no hemos de rebasar aquel principio moral que indica que “todo lo técnicamente posible no siempre debe ser realizado”.<sup>84</sup>

Hablar de un derecho absoluto al hijo como justificador, es instrumentalizar la figura del mismo para satisfacer sentimentalismos propios. La mujer debe ser libre para decidir su maternidad siempre que no dañe los intereses como el bien del hijo.<sup>85</sup> Y con la FIV no se

---

<sup>83</sup> M. VIDAL: Ética civil y sociedad democrática, Bilbao, 1984. Pág. 194

<sup>84</sup> SANCHO REBULLIDA. F.: Informe sobre la Bioética, Madrid – España. 2001.

<sup>85</sup> También podría exigirlo el hombre en base a la no discriminación sin necesidad de vincularse a una mujer, contratando una madre “de alquiler”. Incluso llegará el día, hoy parece que gracias a la FIV ya es posible teóricamente, en que el propio hombre pueda desarrollar un embarazo (ZAMBRANO. J.M.: Los hombres podrán dar a luz con la fecundación “in vitro”, en «Tiempo». 2- 6-1986, pp. 116 y ss.). No parece que esto sea lo mejor para la salud psíquica del niño. Aunque la única diferencia para DIEZ PICAZO respecto al varón radica en la

remedia la mala situación de un ser humano, sino que oficialmente, se crean esas condiciones insuficientes para los que nacen en relaciones familiares anómalas.<sup>86</sup> Aunque no faltan los partidarios de la total libertad, y por tanto de la paternidad y maternidad en solitario.<sup>87</sup>

### **2.3. PROBLEMÁTICAS JURÍDICAS DE LAS TECNOLOGÍAS REPRODUCTIVAS CON LA MATERNIDAD SUBROGADA**

Los problemas más discutidos concernientes a la práctica de la maternidad subrogada han sido con relación a su licitud. Pero también se ha discutido, con independencia de aquélla, cuáles son los intereses que el derecho habrá de proteger en el caso de que la práctica se realice.<sup>88</sup>

De forma esquemática, entre los argumentos a favor de la licitud se sitúan fundamentalmente los basados en perspectivas utilitaristas y contractualistas mantienen que este acuerdo maximiza la utilidad (la felicidad o el placer) de las partes implicadas, desde el primer punto de vista, y que no hay nada que objetar a un contrato en el que las partes entran libremente, desde el segundo. De otro lado están los argumentos basados en similares objeciones que son opuestas al uso de gametos de terceros (ser antinatural, o adúltero), y los argumentos basados en la fuerza de la relación natural entre madre e hijo. Desde otro punto de vista, se alega que tales contratos son contrarios a la dignidad de las personas, tanto de las madres subrogadas como de los nacidos por causa de estos contratos, con los cuales se comercia y son “vendidos”.<sup>89</sup>

En el campo del feminismo -especialmente el anglosajón- esta cuestión ha sido muy debatida. Por un lado el feminismo liberal asume en general los presupuestos contractualistas, haciendo hincapié incluso en el hecho de que la limitación de estas prácticas se puede considerar -por

---

imposibilidad para gestar (B.I.M.J.. 15-1-1986. p. 12. nota 7). Sin embargo, lo que a mí modo de ver cuenta es que cualquier operación de este tipo, tan lejana a la propia naturaleza, va más allá de todo cauce ético. Dicen los filósofos que es bueno que retomemos de nuevo el sentido de dicha naturaleza (LARRAÑETA. R.; Antropología, ética y Manipulación de la naturaleza humana, en I Congreso Nacional de Bioética, Valladolid, 1986).

<sup>86</sup> Grupo de trabajo de la D.G.R.N., B.I.M.J..15-1-1986. pág. 12

<sup>87</sup> MORO ALMARAZ, María de Jesús. “Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial”, Pág. 191

<sup>88</sup> LEMA AÑÓN, Carlos. “Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico”, pág. 139

<sup>89</sup> Ibidem.

lo menos en ciertos casos- como una limitación a la libertad reproductiva de las mujeres.<sup>90</sup> Por el contrario, entre el feminismo de inspiración marxista y socialista se insiste en la coerción económica a que se ven sometidas las mujeres, y cómo en este sentido en realidad no entran libremente en los contratos, cuyas condiciones provocan realmente su explotación, sobre todo desde el momento en que -salvo en los casos de subrogación dentro de la familia- la pareja contratante suele tener una posición social y económica relativamente alta, mientras que las madres subrogadas suelen ser pobres, en la mayoría de los casos con más hijos.<sup>91</sup>

En algunos países un contrato de este tipo es considerado como lícito, mientras que en otros lugares se va desde la prohibición total al establecimiento de algún tipo de limitaciones, como por ejemplo la prohibición de los acuerdos que no sean gratuitos, o los que se realicen con la participación de intermediarios. Otro tipo de regímenes intermedios que se han propuesto pasan también por la limitación de las formas que se consideren más graves (por ejemplo rechazar los casos en los que la pareja no aporta ningún gameto, en los que la mujer de la pareja es capaz de gestar, pero admitirla en principio cuando hay vínculos familiares entre las partes)<sup>92</sup>; o por impedir que el acuerdo fuese coercible, y aplicar el criterio de que el consenso habría de mantenerse durante todo el proceso, para garantizar la libertad de disponer del propio cuerpo y al tiempo la posibilidad de que la madre comitente pudiese decidir en todo momento si entregaba al hijo o no con total libertad. Frente a estas limitaciones, o a las propuestas abiertamente prohibicionistas, las posturas más favorables propondrían que estas prácticas fueran asimiladas a la adopción, o simplemente quedarán bajo la regulación contractual general, y por lo tanto sobre lo acordado por las partes.<sup>93</sup>

Los contratos de maternidad subrogada suelen incluir una serie de cláusulas que contemplan las consecuencias de toda una serie de posibles incidencias. Estos contratos, elaborados en muchos casos por grupos de abogados ya especializados en la cuestión, se han ido perfeccionando en función de las decisiones judiciales, para lograr mayor eficacia en la

---

<sup>90</sup> L. PURDY, *Reproducing Persons. Issues in Feminist Bioethics*, Cornell University Press; Ithaca-London, 1996, pp. 182 ss. Esta autora defiende que aunque el riesgo de explotación es real, y sobre todo en contextos sexistas, el contrato de maternidad no es necesariamente negativo, e incluso puede contribuir a mejorar la posición de las mujeres en la sociedad.

<sup>91</sup> C. Jaquith, *Surrogate motherhood, women's rights & the working class*, Pathfinder Press, New York, 1988.

<sup>92</sup> C. Romeo Casabona, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana cit.*, pág. 220. Para este autor, en el caso de que existiesen vínculos familiares desaparecerían los riesgos de mercantilización, y las tensiones emocionales podrían quedar mitigadas por la existencia de lazos de afecto entre las partes. Por ello propone dejar este caso abierto a la reflexión.

<sup>93</sup> R. Tong, *Reproductive Technologies: Surrogacy*, pág. 2228.

consecución de los objetivos que persiguen. Los mayores obstáculos para estos objetivos han surgido cuando la madre gestante rechaza entregar al recién nacido, lo que en ocasiones ha llevado la cuestión a los tribunales de justicia.

El caso más conocido de entre ellos es el que se denominó caso «Baby M», o Stern vs. Whitehead, resuelto por el Tribunal Supremo de Nueva Jersey, en los Estados Unidos:

*Se trataba de un matrimonio sin hijos -los Stern- y en el que la señora Stern tenía la recomendación médica de no quedar embarazada. Mediante la intermediación de un abogado contrataron a una mujer casada y con hijos (Whitehead) para que a cambio de una suma de dinero (diez mil dólares, más otro tanto en concepto de compensación por gastos) accediese a ser inseminada con el semen del señor Stern y a entregar a la criatura (una niña en este caso) a los Stern tras el parto. Y así se hizo. Pero una vez entregada la niña, Whitehead se arrepintió y la reclamó. Tras diversas vicisitudes, y con una sentencia judicial que entregaba la custodia al matrimonio Stern, el Tribunal Supremo de Nueva Jersey declaró ilícito y nulo el contrato (se había considerado válido en primera instancia), pues lo equiparaba a la compraventa de la niña. No obstante, declaró que en interés de la menor el matrimonio Stern -con el que llevaba conviviendo los casi dos años transcurridos-debía mantener la custodia de la niña, aunque concedía a Whitehead el derecho de visita. Cabe señalar, no obstante, que en alguna medida la ratio decidendi<sup>94</sup> de la sentencia descansaba en el hecho de que Whitehead era la madre “natural”, por cuanto había aportado el óvulo.*

De esta forma se concedía una importancia singular a la maternidad genética a costa de minimizar el embarazo. Por otra parte, es probable que en el “interés del menor” pesasen otras razones, por la importancia que se le concede a los medios económicos o a la posición social.<sup>95</sup> A través de las cláusulas que figuraban en el contrato de este caso, se pueden ejemplificar algunas de las que son habituales: la madre gestante (Whitehead) asumía los riesgos del embarazo y del nacimiento, al tiempo que renunciaba a intentar establecer ningún vínculo materno-filial. Se sometería a un examen psicológico pagado por Stern. Éste tenía

---

<sup>94</sup> Razón de decir

<sup>95</sup> La sentencia de este caso está recogida por P. Silva ('Baby M. y el contrato de maternidad subrogada, sustitutiva o suplente': Boletín de información del Ministerio de Justicia 1503 (1988). También realizan su examen entre otros D. Gracia, Fundamentos de bioética, Eudema, Madrid, 1987, pp. 395 ss., F. Liedó, El alquiler de útero y el problema de las madres sustitutas o por encargo, cit., pp. 379 ss.), S. Azzali (La maternità surrogata: in margine al caso Baby M., en La procreazione artificiale: tra etica e diritto, cit., pp. 125-134).

derecho a escoger el nombre de los descendientes. En la hipótesis de que el señor Stern muriese, la criatura sería confiada a la guardia de su esposa. Whitehead no podría abortar. Además se sometería a una amniocentesis y si el resultado fuera que el feto estuviese dañado por una deficiencia genética o congénita, el aborto tendría lugar, pero sólo una vez que Stern lo exigiese. En la hipótesis de que la criatura una vez nacida fuera genética o congénitamente anormal, Stern asumiría todas las responsabilidades legales después del nacimiento.<sup>96</sup> También es habitual en este tipo de contratos la prohibición -con la correspondiente penalización- de que la mujer gestante consuma tabaco, alcohol o drogas, así como la inclusión de algunas otras normas de salud. Es igualmente habitual que se le prohíba mantener relaciones sexuales, para evitar un embarazo en el que el padre fuese otra persona. También se pueden establecer medidas aseguradoras para el caso de que la madre subrogada cambie de opinión con respecto a la entrega de la criatura al nacer.

*Aun en el caso en el que los contratos de este tipo sean declarados ilegales, o incluso sean castigados, no significa que no se vayan a celebrar. De hecho incluso funcionarán normalmente sin la intervención de los órganos de justicia estatales. En este sentido es necesario prevenir las consecuencias jurídico-civiles de su celebración, por ejemplo en cuanto a la determinación de la filiación<sup>97</sup>. Pero también probablemente para desincentivar la celebración de este tipo de contratos y para evitar soluciones manifiestamente injustas, aun dentro del marco del contrato.*

La novedad y gravedad de los problemas surgidos con motivo de esta práctica, ha sido causa de que se descalifique como aceptable la que es motivada por la convivencia de una mujer físicamente capaz de gestar que recurre a otra para que se embarace por ella. Esto implica el serio riesgo de permitir que surja la explotación comercial, por lo tanto, en varios países se ha legislado en el sentido de considerar un delito el funcionamiento de mujeres que se embaracen por cuenta de otra, o llevar a cabo arreglos para individuos o parejas que deseen utilizar los servicios de una madre gestadora.

---

<sup>96</sup> 236B. Edelman, "Entre personne humaine et matériaux humains: le sujet de droit", en *L'homme, la nature et le droit*, cit., pág. 117.

<sup>97</sup> F. Pantaleón, "Contra la ley de técnicas de reproducción asistida", cit.; C. Romeo, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 220. Al igual que con la donación de óvulos la mayoría de la doctrina se pronuncia a favor de que la maternidad quede determinada por el parto (J. Gafo, *Nuevas técnicas de reproducción humana*, cit.; M. Castán, *Nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, ética y derecho*, Madrid, 1986;). L. Lacruz, *La constitución y los hijos artificiales*, cit.), aunque también se ha defendido (F. Pantaleón) que la maternidad jurídica debe corresponder a la madre genética.

Con respecto a los contratos de subrogación, generalmente son considerados ilegales e inexigible su cumplimiento ante los tribunales, ya que su ejercicio no está legalmente regulado por una norma. La práctica es hoy conocida como “maternidad subrogada” y a ella recurren parejas en las cuales la mujer padece alguna de las causas de infertilidad irreversible, es eventual transmisora de enfermedades o defectos de origen genético, o bien, siendo sana y capaz de gestar, decide que otra se embarace por ella, soslayando las molestias y los riesgos de la maternidad.<sup>98</sup>

La subrogación comercial ha dado lugar a la creación de agencias especializadas que se encargan de relacionar a los interesados, formalizar los contratos y vigilar su cumplimiento. Están integrados por médicos, psicólogos, abogados y un catálogo de mujeres dispuestas a embarazarse por paga, y cobran una suma importante por su intermediación. En los Estados Unidos y diversos países europeos abundan estas agencias que comienzan a invadir otras partes del mundo donde el nivel económico de las parejas permita el pago de sus servicios.

La subrogación de maternidad comercial ha sido rechazada universalmente. En algunos países solamente se permite que la mujer que se embarace por cuenta de otra sea retribuida por los gastos necesarios como médicos, psicólogos, alimentación especial, transporte, hospitalización, etc. Y en algunos lugares por la paga de los abogados que intervinieron en la formulación del contrato. Se prohíbe recibir compensación por el “servicio” como medida para evitar que se haga de la gestación una nueva forma de explotación de la mujer.<sup>99</sup>

De los casos anteriores puede concluirse que a falta de legislación general que regule la práctica de la subrogación, los conflictos han sido resueltos caso por caso mediante criterios que en ocasiones resultan contradictorios, y que por lo menos en los Estados Unidos, mediante el argumento de optar por los "mejores intereses" del niño gestado mediante subrogación de maternidad, los casos se han resuelto en beneficio de la pareja con mayores posibilidades económicas y en su caso, de raza blanca.

---

<sup>98</sup> HURTADO OLIVER, Xavier. “El Derecho a la vida”, pág. 54

<sup>99</sup> Ibidem, pág. 55

La sistematización que hace de los problemas jurídicos que se están planteando, se resumen en:

- el marco de aplicación de las técnicas y sus condiciones, sus requisitos,
- efectos jurídicos y prohibiciones,
- así como las pautas de actuación de los profesionales médicos

Los problemas jurídicos a los que quizá más atención se les ha prestado han sido los relativos al derecho civil, y concretamente al derecho de filiaciones, pues han sido los que primero se plantearon con relación a la inseminación artificial con semen de donante. Sin embargo, en el momento en que se contempla la posibilidad de elaborar reglamentaciones omnicomprendivas de estas prácticas, se ven afectadas otras ramas del derecho.

Especialmente:

- el derecho penal -para establecer las limitaciones más graves-,
- el derecho administrativo para la regulación de los centros y actividades médicas en toda una amplia gama de formas de intervención pública, incluidas las sanciones y
- el derecho constitucional por cuanto se ven afectados los derechos fundamentales de las personas.

Si hubiese que destacar algún elemento que caracterice a las prácticas relacionadas con las nuevas tecnologías reproductivas, y explique en alguna medida la razón por la cual éstas plantean interrogantes jurídicos, se podrían citar dos:

- El primero es el hecho de que sitúan la reproducción humana fuera de la relación sexual, o, por ser más precisos, fuera de la relación sexual heterosexual y coital,<sup>100</sup>

---

<sup>100</sup> Será en este sentido restrictivo en el que se utilice en este contexto el término «sexualidad», para evitar repetir esta aclaración.

— En segundo lugar, y en parte como consecuencia de lo anterior, sitúan la reproducción (en sentido estricto) fuera de la esfera privada de la pareja (o del matrimonio) con la introducción de terceros ajenos: médicos, donantes de gametos, etc.<sup>101</sup>

El desarrollo y la extensión de la contracepción favorecieron en un primer momento la escisión voluntaria entre sexualidad y reproducción. Ahora las nuevas tecnologías reproductivas pueden escindir estos dos términos en otro sentido, separando reproducción de sexualidad

De algún modo se culmina, por lo menos conceptualmente, el paso del azar y de la casualidad a la voluntad, a la intencionalidad y a la planificación.<sup>102</sup> Pero al mismo tiempo se trata de una voluntad intervenida. Es una voluntad en la que no sólo participan privadamente dos miembros de una pareja, sino que desde un primer momento entran otras personas: se pierde una parte de la privacidad. Para completar esa voluntad participan una serie de expertos en distintas especialidades (que se supone que contribuyen al bien nacer), una serie de instituciones (médicas, administrativas, «éticas»), incluso otros particulares.<sup>103</sup>

Hay que notar que el primero de estos elementos hace más referencia a cuestiones biológicas, técnicas o -si se prefiere- fenomenológicas, mientras que el segundo se refiere más a aspectos rurales, jurídicos e incluso políticos. Pero no lo hacen de forma exclusiva en cada caso, dadas las complejas pero estrechas relaciones entre ambos aspectos, y la importancia crucial de los factores culturales (en sentido amplio), en la organización y significación de estas prácticas. Se trata en buena medida de una redefinición de la dicotomía entre naturaleza y cultura en el ámbito de la reproducción humana a partir de unas nuevas posibilidades técnicas, más que un cambio en esta relación operado por la técnica misma. En realidad se establece una relación dialéctica entre los aspectos técnicos y los culturales y de organización social, que se pone especialmente de manifiesto en el papel que estos elementos juegan en representaciones colectivas sobre la reproducción, y, hay que destacarlo, sobre todo en la

---

<sup>101</sup> La relación se puede aumentar: asesores éticos, psicólogos, juristas; e incluso ampliar como en el caso de las maternidades de sustitución.

<sup>102</sup> Dicho esto con todas las reservas, pues ni e! anterior era totalmente e! reino del azar ni las nuevas tecnologías reproductivas -a pesar de todas las declaraciones triunfalistas- consuman el reino de la voluntad

<sup>103</sup> LEMA Añón, Carlos. “Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico”, pág. 96



forma en que se reflejan en las instituciones familiares, sea desde el punto de vista jurídico o más allá de éste.<sup>104</sup>

### **2.3.1. Filiación**

Podremos examinar el alcance que esto tiene si tomamos el caso de las relaciones de filiación, uno de los que más se ve afectado en este sentido por las prácticas ligadas a las nuevas tecnologías reproductivas. En estas prácticas, al hecho ya mencionado, de que la relación sexual se ve desplazada de la reproducción se une una descomposición y transparentación de la aportación biológica de cada uno de los progenitores. El modo de proceder de la tecnociencia ha provocado esto, y lo ha legado a la aplicación técnica en que se manifiesta la práctica social. El modo de proceder de la tecnociencia observa primero y descompone el proceso de reproducción, para después volverlo a recomponer paso por paso mediante procedimientos técnicos. Del grado de descomposición del proceso natural depende en buena medida la complejidad y la sofisticación de la técnica: desde la relativa sencillez de la inseminación artificial hasta las complejas técnicas de micromanipulación, pasando por la fecundación in vitro «tradicional».

Pero al mismo tiempo que se produce la descomposición progresiva de los momentos de la reproducción (o más bien la creación de momentos dentro de un proceso continuo), se produce la transparentación de la aportación biológica: ya no hay duda de quién sea el padre, pues el proceso se hace mediado técnicamente, controlado y relativamente público. Este hecho en un primer momento puede tender a reforzar la idea naturalista de la correspondencia ineluctible entre filiación biológica y filiación jurídico-social, es decir, entre (pro)genitura y paternidad/maternidad. Ello se acentúa desde el momento en que además la paternidad se hace cierta y comprobable incluso a posteriori.<sup>105</sup>

---

<sup>104</sup> Ibidem.

<sup>105</sup> A. Carracedo y M. Pestoni, .Aspectos éticos de la prueba de! ADN con fines forenses, en A. Cambrón (coord.), Entre el nacer y el morir, Comares, Granada, 1998, pág. 157-168.

Sin embargo, desde el momento en que se introduce la figura del tercero donante,<sup>106</sup> queda más patente que la filiación tiene un momento atributivo a través de una serie de ficciones, de una serie de instituciones sociales y jurídicas que median, modulan y hasta modifican la mera relación biológica. Sobre todo teniendo en cuenta que no se puede pretender que la filiación en los casos de inseminación artificial con donante constituya hasta tal punto una excepción del régimen general que cambie por completo hasta el mismo entramado social de atribución de la filiación. En este sentido es destacable que si, en principio, las nuevas tecnologías reproductivas -y en esta cuestión otros avances en la biología y la medicina- parecen reforzar las ideas y planteamientos biólogos, un análisis más detallado permite precisamente señalar las aporías de tal planteamiento y sus dificultades para servir realmente como criterio regulativo.

Es claro que las nuevas tecnologías reproductivas tienden a presentarse no sólo como las vencedoras de la esterilidad, sino como garantes de la correspondencia biológica entre padres e hijos; frente, por ejemplo a alternativas como la adopción. En este sentido parece predecible que en el futuro se tienda a buscar formas de procreación médicamente asistida en las que en lo posible se vaya abandonando la necesidad de recurrir a terceros. Los mitos basados en la sangre son substituidos por los basados en el «patrimonio genético», y utilizados tanto en las discusiones sobre la regulación de las tecnologías reproductivas, cuanto como principal reclamo publicitario suyo.<sup>107</sup>

En las tecnologías reproductivas, pues, más allá de su significado, digamos biológico, de su significado de modificación del sustrato natural de la reproducción humana, de la intromisión de la «artificialidad» -aspecto que ha sido enfatizado sobre todo por los opositores de principio a las nuevas tecnologías reproductivas- importa sobre todo el aspecto cultural.

Con respecto a la fecundación in vitro, hay un momento como es el de la fecundación que hasta cierto punto se fuerza artificialmente. En este sentido sí que se podría hacer una diferencia con la inseminación artificial. Sin embargo, nuevamente son otros aspectos y no

---

<sup>106</sup> Sin embargo es paradójico cómo el aumento en el grado de biologización de la paternidad, entendido como la posibilidad de instar a la declaración de un vínculo jurídico de filiación tras probar que existe una relación biológica, coincide con la aparición con fuerza de nuevos problemas ligados a la participación de terceros donantes en la reproducción asistida.

<sup>107</sup> C. Queiroz, Eugenesia y racismo, en Entre el nacer y el morir. Problemas de bionomía ética y jurídica, trad. C. Lema, Comares, Granada, 1997, pág. 99-120

éste los que importan principalmente en su regulación jurídica. Pero con el examen de la misma sí que se puede clarificar lo que hay de artificial en las técnicas de reproducción asistida. Se trata más bien de-artificialidad como artefactualidad, como tecnicidad, pero no como una oposición -más que en este sentido- a lo natural.<sup>108</sup>

Desde el momento en que se hace patente que la artificialidad más importante en las relaciones de filiación no viene dada por la mediación técnica sino por la mediación cultural, el derecho tendrá que ejercer abiertamente su carácter atributivo en este dominio. No le cabe, en este sentido, escudarse en una supuesta naturalidad, y por ello ha de realizar una elección que no está claramente fundada, que es hasta cierto punto arbitraria. O, más bien, la arbitrariedad de la atribución se manifiesta abiertamente sin un criterio claro e indudable a que apelar en el momento atributivo. Porque más allá de que pueda ser claro o no de quién es biológicamente la criatura (quién fue el genitor o la genitora, cosa que incluso es difícil de determinar en el caso de que se escinda la maternidad en genética y de gestación), dista de estar claro inmediatamente la respuesta a la pregunta de a quién pertenece, a quién se le atribuye.<sup>109</sup>

A quién garantizará el derecho el acceso a esa posición jurídica privilegiada con respecto a la criatura que en ocasiones se convierte en objeto de deseo posesivo, toda vez que en nuestras sociedades es (y tiende a ser) prácticamente la única que permite la participación en las labores de cuidado, educación y crianza, así como en determinadas relaciones de afecto. Se trata de garantizar una posición que incluye toda una serie de relaciones simbólicas y materiales, entre ellas la posibilidad de educar y ciertas relaciones patrimoniales, por ejemplo derivadas de la sucesión mortis causa.

La perplejidad del derecho de filiación se movería pues, entre la nostalgia del naturalismo y los primeros atisbos de un contractualismo (y en cierto modo patrimonialización) en la filiación, frente al cual los límites simbólicos aparecen como insuficientes. Quizá se puede

---

<sup>108</sup> A. Durán y J. Riechmann (coords.), *Genes en el laboratorio y en la fábrica*, Trotta/Fundación 1º de Mayo, Madrid, 1998, pág. 197-235.

<sup>109</sup> Por más que la pregunta presentada en estos términos (pertenencia, propiedad) resulte extraña --o, como a veces se dice en este contexto, "repugne"-- a la mentalidad jurídica, no se puede objetar en este caso la pertinencia de la misma. Acudir al criterio jurídico-dogmático consistente en reformular la cuestión según los conceptos jurídicos --positivos --civiles aplicables puede ser conveniente en el foro, pero aquí sólo obscurecería la cuestión. La abstracta "atribución exclusiva" del hijo a la pareja «nuclear» es un hecho primariamente «sociológico», aunque tenga sus reflejos en el mundo jurídico. LEMA Añón, Carlos. "Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico", pág. 99

sugerir que aquí acaba por manifestar sus debilidades una transición aparentemente inocua desde un modelo en el que la posesión privada masculina de las mujeres garantizaba también el acceso a sus hijos.

Diversa es la problemática jurídica en orden a los supuestos de locación de útero y de maternidad subrogada, que comprenden las cuestiones relacionadas con la admisibilidad de los contratos de maternidad subrogada, y la determinación de la filiación materna originada por los supuestos de maternidad compartida, es decir, cuando se produce la disociación entre el aporte genético y la gestación.<sup>110</sup>

Los conflictos planteados por la intervención de dos o más mujeres en la procreación de una misma persona han concitado una gran atención de la opinión pública a causa del sensacionalismo que les rodea. En el ámbito jurídico, la aparición de este fenómeno ha merecido un atento estudio de los juristas, ya que esta forma de procreación rompe la unidad biológica determinante de la maternidad y, consiguientemente, del referente inicial para la identificación del nacido.<sup>111</sup>

Entonces, puede decirse que aquellos concebidos dentro de matrimonio aunque se utilicen prácticas de fecundación asistida serán considerados como hijos matrimoniales, incluso aunque se hubiera producido donación de gametos, masculino o femenino, aplicándose hoy el derecho común a toda filiación por naturaleza. y así permanecerá mientras no sea impugnada, puesto que concurren los presupuestos de dicha filiación: matrimonio de los padres; se acredita la paternidad.

Tanto en la filiación matrimonial como no matrimonial, si se emplearon gametos donados, quedan a salvo las acciones de investigación de la paternidad que, en su momento, cualquier legitimado quisiera emprender para determinar la filiación auténtica o invalidar la establecida. De ahí que sea necesaria una modificación en la legislación o, mejor, la introducción de un régimen propio de la fecundación artificial con donante, en el que los consentimientos tengan valor constitutivo en la filiación que se quiere determinar respecto al

---

<sup>110</sup> MORÁN DE VICENZI, Claudia. "El Concepto de filiación ", pág. 197

<sup>111</sup> Ibidem, pág. 196.

que no puede ser progenitor genético pero quiere ser padre legal, dando así estabilidad a las relaciones creadas jurídicamente.

Si se produjera la donación de ambos gametos, o de un embrión, debería determinarse la filiación por medio de un procedimiento de adopción simplificado, para no burlar las normas de esta institución. En todo caso, si la mujer de la pareja es la que lleva adelante el embarazo y se mantiene el secreto del procedimiento, probablemente los interesados determinen la filiación de forma normal, como si ninguna especialidad concurriera, y el hijo ostente la filiación matrimonial o no matrimonial en virtud de los presupuestos que concurran en cada supuesto.

### **2.3.2. Entre lo público y lo privado**

La novedad de las prácticas de reproducción asistida, y explicativo de las cuestiones que plantean, se había hecho referencia a su incidencia sobre la relación entre lo público y lo privado en el ámbito de la reproducción. La dicotomía entre público y privado es un elemento esencial del paradigma societario moderno, y actúa en dos contextos.

En primer contexto lugar separando lo público -lo referente a la cosa pública-, el dominio de la política y del Estado, al ámbito de la obligación vertical en definitiva, con respecto de las relaciones entre particulares, del dominio del comercio y del mercado principalmente. En otro contexto, separando estos dos conceptos del ámbito privado en sentido más restrictivo: del ámbito particular (por ejemplo de la conciencia o de las creencias particulares), pero sobre todo del ámbito doméstico.

El contexto que ahora interesa principalmente es este último. Pero hay que notar, en ambos contextos, una característica esencial de todas las instituciones y las teorizaciones basadas la oposición entre lo público y lo privado. En todas ellas se excluye la política del ámbito privado; se excluye de él, en definitiva, el poder y el problema del poder.<sup>112</sup>

---

<sup>112</sup> LEMA Añón, Carlos. “Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico”, pág. 101

En el primer contexto esto se logra postulando la igualdad jurídica de todos los individuos para comprar y vender, para actuar en el mercado. En el segundo, a través más bien de la ocultación del problema del poder, a través de la ocultación y la desproblematización del pacto sexual originario y solo más tardíamente a través de la neutralización del conflicto con el postulado de la igualdad jurídica en el seno familiar. Al mismo tiempo, la exclusión de la política y con ella del pacto social, del ámbito privado permite hasta cierto punto naturalizarlo. La política será el marco de lo artificial, del acuerdo, del pacto social. Lo privado sea en cierto modo espontáneo y natural: lo privado económico por cuanto el mercado será expresión de fuerzas espontáneas de la sociedad de la mano invisible. El papel del derecho de familia se limitará casi a tomar acta de las formas naturales de organización familiar: instituciones y relaciones de tipo patrimonial, como la herencia, se beneficiarán también de este status de intangibilidad.<sup>113</sup>

### **2.3.3. Mercantilización en la Reproducción Asistida**

Es conveniente señalar por lo menos otra gran cuestión, por su novedad conceptual. Como se sabe, la mencionada posibilidad, presupone la división y descomposición de diferentes momentos de la reproducción (que además se pueden separar en el tiempo). De este modo se tienen gametos masculino y femenino por un lado, después el embrión, y aun por otro lado la gestación, todos ellos como elementos separables e intercambiables.

Una consecuencia de ello es que estos elementos adquieren valor de uso para otras personas, que como pacientes, como médicos, como investigadores, o como otro tipo de usuarios, están interesados en utilizarlos.

Con esto no sólo cobra relevancia su estatus jurídico como partes o funciones del cuerpo humano, sino que se convierten en objeto de apropiación y de intercambio. A partir de esto no se trata simplemente del problema de que puntual o clandestinamente se comercie con materiales humanos y se pague por ellos: esto efectivamente, puede ser una de las manifestaciones más preocupantes. Ni se trata meramente de que la distribución o producción

---

<sup>113</sup> Ibidem, pág. 102.

de estos materiales esté más o menos mercantilizada, o que existan unas fuerzas y mecanismos de mercado que los atraigan a su dinámica. El hecho significativo es que estos materiales se puedan constituir en bienes, porque lo demás viene a continuación.

La forma de producción y de distribución se hará de una o de otra forma según diferentes modelos de organización de la misma que se concretará según diferentes condicionantes económicos, culturales o políticos. Con relación a estos dos últimos, los tabúes culturales pueden en algún caso suponer un cierto límite a la apropiación, pero ejemplos ha habido de su caída e incluso adaptación para terminar favoreciendo aquello frente a lo que constituían una barrera. Los condicionamientos políticos y fácticos son de otra índole, pero su alcance en esta cuestión se podría evaluar recordando la analogía ya sugerida entre la «explotación de la fuerza de trabajo» y la «explotación de la fuerza biológica»: igual que en la primera, existe dentro del mismo sistema «productivo» una compatibilidad entre distintas formas y grados de explotación, según lugares y circunstancias. En definitiva, y como se sugiere en un caso análogo, «aquello que es susceptible de crear un mercado deviene finalmente apropiable», pero con ello comienza el proceso de apropiación y tráfico de la mercancía final, del cuerpo humano y sus partes.

#### **2.4. REGULACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

No faltan voces que proponen que ahonden más en esta función frente a los problemas que plantean las nuevas tecnologías reproductivas y como complemento de la regulación jurídica. Así, el jurista alemán A. Eser, en las audiencias previas a la elaboración del informe y propuesta de resolución del Parlamento Europeo sobre procreación artificial proponía: “en lo que se refiere a la procreación artificial, el médico no debe preocuparse sólo del deseo de la cliente y de su compañero de tener un hijo: en la decisión que tome, que es de su entera responsabilidad, debe atender antes de nada al bienestar del futuro hijo”<sup>114</sup>. Frente a estas formas de poder y facultades de decisión ejercidas más o menos conscientemente, pero que se constatan como carentes de legitimación democrática, algunos autores sugieren la

---

<sup>114</sup> W. Rotbley y C. Casini, Problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética y de la fecundación artificial humana. Parlamento Europeo, Comisión de asuntos jurídicos y de derechos de los ciudadanos, Oficina de publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1990, pág. 105.

necesidad de que los controles se trasladen «a la sociedad»<sup>115</sup> o, realmente, al derecho y al Estado. En otras palabras, que esas facultades de decisión se ejerzan, por lo menos en alguna medida, según cánones previos regulados jurídicamente. Y que se ejerzan por órganos legitimados jurídicamente para poner freno a toda posible arbitrariedad y a poderes no fundados democráticamente.

Aun en este caso, seguimos estando ante el mismo fenómeno de intervención de terceros en la reproducción, y de desplazamiento en la relación que en este ámbito se producía entre lo público y lo privado. De hecho, el desplazamiento desde el ámbito de lo privado para el público (junto con el hecho de que en alguna medida se reconozca la existencia de poderes de decisión infundados) ha proporcionado uno de los principales argumentos para la legitimación de la intervención jurídica en las prácticas de reproducción asistida. Sin embargo, el propio hecho de este desplazamiento -cuya recomposición también resulta mediada por el derecho- suscita interrogantes y paradojas que constituyen cuestiones novedosas que el derecho ha de afrontar. Cabe sugerir, de forma muy general, que el derecho ha actuado por exceso y por defecto:

- Por defecto en cuanto no ha sido capaz en la realidad de controlar, de regular o de limitar los poderes privados desatados, y en general de proteger adecuadamente los derechos de las personas, superados por algunos casos en que se ven sometidos a situaciones para los que no fueron concebidos.
- Por exceso en cuanto aprovecha el desplazamiento desde el ámbito privado para entrar a controlar -a veces sirviéndose incluso esos mismos poderes que había de limitar- determinados aspectos de la reproducción que antes quedaban a la voluntad de las personas. En ocasiones la regulación de las nuevas tecnologías reproductivas es aprovechada -consciente o inconscientemente- como ocasión para introducir o acentuar la tutela de valores que no guardan relación con la novedad y la especificidad del problema, y que en este sentido no son proporcionales a su objetivo. Con frecuencia lo que se intenta es apuntalar en este ámbito determinados valores con

---

<sup>115</sup> J. L. Badouin y C. Labrusse-Riou, *Produire l'homme. De quel droit?* PUF, París, 1987, pág. 88.



respecto a la familia y a la procreación cuya imposición no sería socialmente aceptada en cambio para el caso de la procreación natural.<sup>116</sup>

Más allá de lo que las nuevas tecnologías reproductivas supongan técnicamente, importa, desde este punto de vista, la incidencia que tienen -aunque sea limitada- sobre determinados aspectos y ámbitos de la organización social. Importa la forma en que estas técnicas, pero sobre todo las prácticas médicas y sociales en que se plasman, inciden en la mutación y en la adecuación de las instituciones jurídicas y sociales: ya sea para que las acojan cambiando determinados aspectos, o ya sea para adaptarse a la nueva situación moldeando estas prácticas o las instituciones preexistentes para intentar mantener determinados aspectos de la organización social. Esto no quiere decir que haya que infravalorar lo que suponen de novedad científica y técnica, ni siquiera olvidar que es precisamente esa novedad -entendida también como creación histórico-social- la que hace posible estos cambios. Pero es preciso privilegiar en este ámbito el examen de la incidencia sobre los aspectos jurídicos y sociales, precisamente para poder evaluar críticamente los resultados de las novedades técnicas sin quedar encerrados en su propia racionalidad.<sup>117</sup>

## **2.5. CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA**

Cuya finalidad es el contenido del Consentimiento y responsabilidad jurídica, además de los presupuestos de la procreación asistida

El consentimiento, el derecho a la intimidad, los daños a la integridad física, en su caso; la responsabilidad civil; la responsabilidad penal y otros aspectos jurídicos que se ven afectados por la utilización de estas técnicas, están intrínsecamente involucrados.

De esta forma se delimitarían sin conflictos los papeles de los sujetos de las prácticas de fecundación asistida. El donante hoy tiene posibilidades muy reducidas por el juego de las disposiciones sobre legitimación en las acciones de filiación para poder reclamar su paternidad o maternidad. Tampoco es sencillo que impugne la establecida para después

---

<sup>116</sup> Ibidem.

<sup>117</sup> LEMA Añón, Carlos. “Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico”, pág. 107 y 108

reconocer la propia porque el secreto profesional obstaculiza el conocimiento de cualquier dato que le lleve a conocer a los destinatarios de sus células germinales.

Es destacable, no obstante, que aplicar instituciones viejas a problemas nuevos comporta, en general, incoherencias de mala solución. De ahí la necesidad de una regulación concreta de esos consentimientos y de sus consecuencias, así como de algunas causas de extinción de la filiación determinada.

De todos ellos, son dos los más relevantes, desde un punto de vista personal: el consentimiento y la responsabilidad. Desde luego, es necesario iniciar el ejercicio con una definición que profile ambos conceptos, así como las relaciones causales que emergen en toda aplicación de las técnicas de reproducción médicamente asistida.<sup>118</sup>

### **2.5.1. Consentimiento**

La voluntad exteriorizada del autor de un acto jurídico o de las partes que intervienen en el mismo es indispensable para la existencia de dicho acto. La autonomía de la voluntad ha sido decisiva para que el individuo engendre actos jurídicos a su libre decisión, aun cuando en la actualidad cada vez se encuentra más restringida por la necesidad de proteger intereses de la sociedad. Así, el Estado ha intervenido para limitar la autonomía de la voluntad de las personas en la celebración de actos jurídicos cuando son contradictorios a las normas de orden público, las buenas costumbres y derechos de terceros.

La voluntad es indispensable en la celebración de un acto jurídico; es su "motor principal"; en los contratos, dicha voluntad se llama consentimiento y se integra con las dos manifestaciones de la voluntad de las partes que se conciertan.<sup>119</sup>

En este sentido, el consentimiento es el presupuesto indispensable de cualquier práctica tendiente a la procreación asistida, siempre que dicha práctica no esté prohibida por el Estado.

---

<sup>118</sup> GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal. "Inseminación Artificial y Fecundación In Vitro Humanas, un nuevo modelo de filiación", Universidad Veracruzana, Xalapa Veracruz, México, 2001, pág. 69

<sup>119</sup> Manuel Bejarano Sánchez, Obligaciones Civiles, 3a. ed., Harla, México 1984, pág. 55.

Cabe señalar que algunas personas<sup>120</sup> sostienen que cualquier clase de intervención genética en el ser humano, dentro de los límites objetivos de la actividad terapéutica o terapéutico-experimental, es lícita si se lleva a cabo con el consentimiento informado y personal de las receptoras.

En este campo, como en cualquier acto jurídico, el consentimiento debe ser uno de los requisitos esenciales. Es claro que se trata de un consentimiento eficiente, es decir, otorgado por persona capaz, en pleno uso de sus facultades mentales, ausente de cualquiera de los vicios de la voluntad y, en este tema, debe ser otorgado de manera libre, consciente, expresa y por escrito. La integración de dicho consentimiento debe contener una información explícita y adecuada de la técnica a utilizar.

El consentimiento requerido específicamente en esta materia tiene dos ámbitos:

- el primero, para que una persona capacitada actúe sobre el cuerpo de otra como manifestación de la disposición de su propio cuerpo, y
- el segundo, es el elemento volitivo que define la aceptación de las consecuencias de la manipulación médica, es decir, el consentimiento para asumir manifestaciones de voluntad tiene consecuencias diversas y un denominador común: la concepción de un ser humano.

### **2.5.2. Responsabilidad jurídica**

Hay responsabilidad jurídica cuando el orden social que protege la norma jurídica se viola y produce un daño o perjuicio; es el resultado de la acción en la que el hombre o la mujer expresan su comportamiento en forma contraria a la norma jurídica y son susceptibles de ser sancionados.<sup>121</sup>

---

<sup>120</sup> Entre otros. Ferrando Mantovani. "Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados", Revista de derecho y genoma humano, Núm. 1 (julio-diciembre), Edición española, 1994. Universidad de Deusto. Bilbao, España, 1994, p. 108; quien textualmente señala que "Las intervenciones genéticas sobre el hombre, con el consentimiento necesario, son lícitas dentro de los límites objetivos de la actividad terapéutica o terapéutico-experimental; debe tratarse de un consentimiento informado y personal del sujeto. si éste es capaz de entender y querer o, de otro modo, de su representante legal; debe tratarse del consentimiento de los padres (o de sus representantes legales) en caso de intervenciones sobre células germinales, óvulos fecundados, etc., a implantar después en el vientre de la mujer. Siempre que se trate de los puestos en los que la fecundación in vitro esté considerada lícita."

<sup>121</sup> GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal. "Inseminación Artificial y Fecundación In Vitro Humanas, un nuevo modelo de filiación", pág. 73

Tamayo y Salmorán<sup>122</sup> señala que la responsabilidad es una obligación de segundo grado, que aparece cuando la primera no se ha cumplido; es decir, que si una persona tiene la obligación de no causar daño y lo causa, es responsable de pagar por él. El responsable de un hecho ilícito debe sufrir las consecuencias de sanción que al hecho ilícito se imputan. Por regla general, la persona que causa el daño es quien debe pagar; pero no siempre el responsable es el que originó dicho daño y, en consecuencia, otro debe responder por las consecuencias del comportamiento de personas ajenas.

La responsabilidad jurídica es el género cuyos tipos son la responsabilidad subjetiva y la objetiva. La subjetiva descansa en la teoría de la culpa, originada por un hecho ilícito. En cambio, la responsabilidad objetiva se funda en que todo aquel que haga uso de un aparato peligroso que aumente los riesgos de provocar daños a los demás, debe responder de la ración de los daños que produzca con dicho objeto, por su aprovechamiento, aunque no incurra en culpa o falta de conducta y aunque no viole ninguna disposición normativa.

La responsabilidad subjetiva comprende dos subespecies, a saber la civil y la penal. La civil se puede conceptuar como la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados por un ilícito o un riesgo creado. Por su lado, la penal es el deber: jurídico de sufrir la pena, que recae sobre quien ha cometido un delito, esto es, una acción u omisión típica, antijurídica y culpable.<sup>123</sup>

La diferencia entre una y otra es la distinción entre derecho penal y derecho civil. En materia civil, al no cumplir con una obligación únicamente se causa un daño y como consecuencia el daño debe ser reparado. La sanción tiende a asegurar la acción del daño causado, o sea, una condena pecuniaria, indemnización de daños y perjuicios a cargo de su autor.<sup>124</sup>

---

<sup>122</sup> Luis María Boffi Boggero afirma que para una doctrina muy generalizada, la responsabilidad es el tramo obligacional que nace con el incumplimiento de la obligación y eventualmente puede llegar hasta la ejecución de los bienes del deudor". "Responsabilidad", Enciclopedia jurídica Omeba, tomo XXIV, Real Retr, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1967, pág. 791.

<sup>123</sup> Ibidem, Pág. 75

<sup>124</sup> Ibidem.

En materia penal, la palabra delito denomina la conducta sujeta que causa el hecho ilícito y como consecuencia traerá consigo un castigo. La sanción que se impone es castigo al culpable, imponiéndole una pena.

La responsabilidad subjetiva civil puede también clasificarse en contractual (si deriva de la violación de un contrato) o extra contractual (si deriva de la violación de una norma de carácter general).

La responsabilidad se hace patente en las prácticas de procreación asistida; ya que los sujetos que intervienen en la misma pueden violar el orden jurídico establecido; contractual o extra contractualmente, actuando con culpa o sin ella, pero de cualquier manera pueden causar daño o perjuicio a otro de los sujetos que intervienen en el proceso de la fecundación asistida. Así, los usuarios pueden ser responsables frente a su pareja o frente al hijo, y el personal médico frente los usuarios por culpa o simplemente por riesgo creado.<sup>125</sup>

---

<sup>125</sup> GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal. "Inseminación Artificial y Fecundación In Vitro Humanas, un nuevo modelo de filiación", pág. 75

## **CAPITULO III**

### **3. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA NORMATIVA INHERENTE A LA SUBROGACIÓN MATERNA**

#### **3.1. NORMATIVA INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE PROCREACIÓN**

A falta de legislación general que regule la práctica de la maternidad subrogada, que los conflictos han sido resueltos, caso por caso, mediante criterios que en ocasiones resultan contradictorios, y que por lo menos en los Estados Unidos, mediante el argumento de optar por los "mejores intereses" del niño así gestado, los casos se han resuelto en beneficio de la pareja con mayores posibilidades económicas.

##### **3.1.1. Derecho individual**

La procreación es una garantía individual implícita en el derecho a la privacidad, y su impedimento es una violación a un derecho humano.

##### **3.1.2. Derecho a la salud**

Se fundamenta el derecho a la reproducción como una de las manifestaciones del derecho a la salud. En opinión de esta autora, la esterilidad y la ausencia de hijos, y la posibilidad de transmitir enfermedades genéticas constituyen patologías de tipo físico y psicológico que pueden ser tratadas mediante las técnicas de fecundación artificial.<sup>126</sup>

Por otra parte, la consideración del derecho a procrear como parte del derecho a la salud posibilita el reclamo al Estado de los recursos sanitarios públicos necesarios para llevar a

---

<sup>126</sup> Roca I TRIAS, E.: «La incidencia de la inseminación-fecundación.», cit., pág. 28.

cabo esta clase de terapia, además, de solucionar los eventuales problemas relacionados con la responsabilidad de los terceros intervinientes en la procreación, en especial, la de los médicos y equipos correspondientes en los casos de nacimientos de niños con taras físicas o psíquicas.

### **3.1.3. Derecho a la libertad o autodeterminación personal**

El derecho a la procreación también es considerado como una manifestación del derecho a la libertad o a la autodeterminación personal. Para los defensores de esta postura el derecho a procrear se puede traducir en un derecho a la elección reproductiva, que garantiza la libre decisión del sujeto de procrear o no, en la que se incluyen otros aspectos relacionados con la procreación, tales como el acceso a tratamientos contra la infertilidad, el control de la calidad de la descendencia, la planificación familiar, entre otros. Mas, quienes sostienen que el derecho a procrear es una manifestación de la libertad personal, disienten en el modo de interpretar el ámbito de decisión tutelado dentro de esta libertad.

Concuerdan con la existencia de un derecho a procrear, pero no como pretensión de tipo positivo frente a los poderes públicos, sino más bien, como una libertad para cuya efectividad es suficiente una conducta de abstención o de no intervención en las elecciones individuales.<sup>127</sup> El respeto de esta libertad supone que el individuo pueda tomar sus decisiones familiares sin injerencias del Estado o de terceros, pero no supone el reconocimiento de un derecho subjetivo a tener descendencia.

### **3.1.4. Derecho de fundar una familia**

El derecho a procrear también ha sido encuadrado dentro del derecho a fundar una familia, aparece como tal en el art. 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos. No obstante, la doctrina no es unívoca en determinar a qué modelo de familia alcanza la protección de este derecho.

---

<sup>127</sup> FLORENTIN califica el derecho a procrear como un *droit-liberté*, que implica un poder de autodeterminación del sujeto sobre sí mismo, y de parte del Estado y de los demás sujetos un deber de no injerencia [cfr. «Le diagnostic préimplantatoire», en *Le Droit saisi par la biologie. Des juristes au laboratoire* (sous la direction de LABRUSSE-RIOU, C.), Paris, 1996, pág. 11].

Siguiendo una interpretación amplia y relativista,<sup>128</sup> el derecho a fundar una familia permite proteger los intereses que tienen todas las personas en la vida familiar, incluyendo su derecho a tener y educar hijos. Si uno de los miembros de la pareja es infértil o no puede procrear, puede invocar su derecho a la reproducción cuando carece de tal capacidad natural, pero sí alegar su derecho e interés en constituir una familia.<sup>129</sup> De igual manera, si ambos miembros de la pareja son estériles y recurren a gametos o a un embrión donado o a una madre subrogada, no están ejerciendo su derecho a la reproducción pero sí demuestran su interés en mantener una vida de familia.

En cambio, otro sector<sup>130</sup> afirma que el derecho a fundar una familia incluye implícitamente, aunque no de manera imprescindible, la función procreativa. Éste es uno de los derechos inherentes de la personalidad que, como tal, participa de la dignidad de la persona siempre que su ejercicio responsable y respetuoso de los derechos de los demás se realice dentro del marco del matrimonio o dentro de una relación de pareja heterosexual. El acto de constituir una familia supone la realización de un proyecto humano que apunta hacia la continuidad del grupo familiar mediante la descendencia.

Desde esta perspectiva, las técnicas de reproducción asistida o cualquier otra relación que excluya el vínculo de la pareja resulta profundamente distinto al matrimonio y no encuentra amparo en el derecho a fundar una familia.

## **3.2. NORMATIVA NACIONAL DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES, DE REPRODUCCIÓN Y FAMILIA**

### **3.2.1. Constitución Política del Estado**

Si bien el derecho a la privacidad, a la salud al derecho de formar una familia, son integras en la C.P.E., los derechos no enunciados y la práctica de las mismas son acorde a las leyes, donde al acceder a un derecho a la reproducción en el caso de las familias estériles donde no

---

<sup>128</sup> Este modo de fundamentar el derecho a procrear defiende el libre acceso de todas las personas a la procreación, incluida la artificial.

<sup>129</sup> ROMEO CASABONA, C. M.; *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid, 1994, pág. 119-125

<sup>130</sup> Una manifestación del derecho a fundar una familia, MEULDERS KLEIN (cfr. "Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées", RTrDC, 1988, pág. 666



pueden reproducirse, recurren a la asistencia de técnicas de reproducción asistida, para lograr el complemento de una familia que son los hijos, y este derecho es reconocido implícitamente mediante el:

***Artículo 13.***

*I. Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos.*

*II. Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados.*

Efectivamente el presente artículo en su parr. II determina que los derechos no enunciados no serán negados. Lo cual hace viable el interés de la pareja que no pueden concebir un hijo o hijos al derecho de formar una familia en atención a su dignidad y libertad de elección, lo cual implica recurrir a medios de técnicas de reproducción asistida, según lo determina:

***Artículo 22.*** *La dignidad y la libertad de las personas son inviolables, respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado.*

Por otra parte, dentro de la C.P.E. el estado reconoce a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, y en atención de al principio de igualdad de derechos entre todos los miembros de la sociedad, todos tienen derecho a la oportunidad de conformar una familia, es decir de padres e hijos, esto según:

***Artículo 62.*** *El estado reconoce y protege a las familias como el núcleo fundamental de la sociedad, y garantiza las condiciones sociales y económicas necesarias para su desarrollo integral. Todos sus integrantes tienen igualdad de derechos, obligaciones y oportunidades.*

Esto implica en el caso de que algún miembro de la pareja sea estéril, más concretamente en el caso de la madre, se opte por recurrir a un vientre de alquiler, como es el caso de la subrogación materna.

Y en estos casos la filiación y la responsabilidad de la nueva vida, que será un niño o una niña, deberá ser responsabilidad de los padres que recuren por este medio, donde es fundamental la protección del infante desde su estado embrionario:

***Artículo 65.** En virtud del interés superior de las niñas, niños y adolescentes y de su derecho a la identidad, la presunción de filiación se hará valer por indicación de la madre o el padre. Esta presunción será válida salvo prueba en contrario a cargo de quien niegue la filiación. En caso de que la prueba niegue la presunción, los gastos incurridos corresponderán a quien haya indicado la filiación.*

Estos aspectos son garantizados por la misma C.P.E. ya que el ejercicio de los derechos reproductivos se encuentran determinados:

***Artículo 66.** Se garantiza a las mujeres y a los hombres el ejercicio de sus derechos sexuales y sus derechos reproductivos.*

La realidad de la subrogación materna o vientre de alquiler es cierta en la realidad nacional, lo cual al no estar establecido en la norma de forma específica es causa de conflicto ya que en la misma interviene una tercera persona es decir la mujer gestante quien presta su vientre como objeto de alquiler, mediante un contrato.

Este tipo de contratos no son regulados dentro de la normativa nacional de forma concreta, lo cual según las determinaciones de la ley, la madre gestante es evidentemente la madre, teniendo solamente que comprobar la paternidad.

Sin embargo si los gametos no son de la madre gestante es decir el ovulo es de la pareja que recurrió a este fin al igual que el esperma, se presenta que los padres biológicos son los dueños del ovulo y esperma y no así la madre gestante, este aspecto conflictual se presenta entre el código civil en materia de contratos y el código de familia para la filiación.

### 3.2.2. Código Civil

Si bien la noción del contrato implica la aceptación de las partes a dicho acuerdo, que se convierte en una relación jurídica, con las correspondientes responsabilidades jurídicas, por su incumplimiento, así lo determina el C.C. en su:

*Artículo 450.- (NOCIÓN DE CONTRATO) Hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo para constituir, modificar o extinguir entre si una relación jurídica.*

Al respecto dentro del C.C. no se contempla la realización de un contrato de subrogación materna como un acuerdo bilateral, dirigida a producir efectos jurídicos, como es el caso de recurrir a un tercero para lograr procrear a un hijo, esto de forma contractual, para que la gestante que subrogo su vientre entregue al neonato luego del parto a los padres que recurrieron a dicha subrogación materna.

Así lo determina:

***Artículo 451.- (NORMAS GENERALES DE LOS CONTRATOS, APLICACIÓN A OTROS ACTOS).***

*I. Las normas contenidas en este título, son aplicables a todos los contratos tengan o no denominación especial, sin perjuicio de las que se establecen para algunos de ellos en particular y existan en otros códigos o leyes propias.*

*II. Son aplicables también en cuanto sean compatibles y siempre que no existan disposiciones legales contrarias, a los actos unilaterales de contenido patrimonial que se celebran entre vivos así como a los actos jurídicos en general.*

De tal forma que el contrato contendrá requisitos exigidos al efecto, como ser el consentimiento de las partes, el objeto contractual en este caso la subrogación de vientre, la causa que conlleva el contrato, y la forma que implica la retribución objeto del contrato, establecido en el C.C. en su:

**Artículo 452.- (ENUNCIACIÓN DE REQUISITOS)** *Son cuatro los requisitos para la formación de los contratos, comunes a todos los negocios jurídicos bilaterales. Tales requisitos son:*

- a) El consentimiento de las partes;*
- b) El objeto;*
- c) La causa;*
- d) La forma, siempre que sea legalmente exigible.*

Pese a ello la madre subrogada en muchos casos no desea entregar al neonato a los padres que recurrieron a este sistema de asistencia reproductiva, donde entran en conflicto con el Código de Familia, que conlleva un proceso para establecer los efectos jurídicos no determinados de forma explícita en el C.C. lo cual hace necesario analizar desde el punto en materia de familia, para un mejor entendimiento.

### **3.2.3. Código de Familia**

El problema de la subrogación materna se presenta cuando se quiere acceder al derecho de la filiación del neonato, en función a un trato jurídico, como del ejercicio de los derechos de los padres, ya que literalmente esta implica:

#### **Artículo 3.- TRATO JURÍDICO**

*Los miembros de la familia gozan de un trato jurídico igualitario en la regulación de las relaciones conyugales y de filiación, así como en el ejercicio de la autoridad de los padres y en otras situaciones similares, eliminándose toda mención o criterio discriminatorio que sea incompatible con el valor y dignidad esencial de la persona humana.*

Por otro lado se presenta el parentesco. Ya que en el C.F. no delimita el parentesco genético (caso de los padres consanguíneos), uterino (Caso de la subrogación de vientre) y el social (caso de adopción). Esta explícitamente contiene el caso de consanguinidad y civil conocida como adopción, según su:

### **ARTÍCULO 7.- PARENTESCO**

*El parentesco es la relación de familia que existe entre dos o más personas. Es de consanguinidad y civil o de adopción*

#### **3.2.4. Código Niño Niña y adolescente**

Lo fundamental de los derechos adquiridos conlleva una serie de obligaciones, en este caso de los derechos del neonato que son sujetos de protección, y que asimismo están protegidos por las garantías constitucionales, en participación intrínseca de la familia y sus correspondientes derechos.

Así lo establece:

**ARTICULO 2º (SUJETOS DE PROTECCIÓN).** *Se considera niño o niña a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años y adolescentes desde los doce a los dieciocho años de edad cumplidos.*

*En los casos expresamente señalados por Ley, sus disposiciones Se aplicaran excepcionalmente a personas entre los dieciocho y veintiún años de edad.*

**ARTICULO 5º (GARANTÍAS).**- *Los niños, niñas y adolescentes, como sujetos de derecho, gozan de todos los derechos fundamentales y garantías constitucionales inherentes a toda persona, sin perjuicio de la protección integral que instituye este Código.*

*Además, es obligación del Estado asegurarles por Ley o por otros medios, todas las oportunidades y facilidades tanto a mujeres como a varones, con el fin de garantizarles su desarrollo integral en condiciones de igualdad y equidad*

**ARTICULO 27º (DERECHO A LA FAMILIA).**- *Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a desarrollarse y educarse en un ambiente de afecto y seguridad en su familia de origen y, excepcionalmente, en una familia sustituta que le asegure la convivencia familiar y comunitaria.*

*El niño, niña o adolescente no será separado de su familia, salvo circunstancias especiales definidas por este Código y determinadas por el Juez de la Niñez y Adolescencia, previo proceso y con la exclusiva finalidad de protegerlo.*

## **CAPÍTULO IV**

### **4. PROPUESTA JURÍDICA DE REGULACIÓN CONTRACTUAL DE LA SUBROGACIÓN MATERNA**

#### **ANTEPROYECTO DE LEY LEY DEL REGULACIÓN CONTRACTUAL DE LA SUBROGACIÓN MATERNA**

LEY No. ....

JUAN EVO MORALES AYMA:  
PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

Por cuanto la Honorable Asamblea legislativa Plurinacional, ha sancionado la siguiente Ley:

#### **CONSIDERACIONES:**

Considerando, que los avances científicos desarrollaron nuevas técnicas de reproducción asistida, lo cual hace posible nuevas formas de concepción de la vida humana.

Considerando, la práctica de las técnicas de reproducción asistida es empleada por miembros de nuestra sociedad, en centros que realizan investigaciones en la materia.

Considerando, que la subrogación materna, deriva de las técnicas de reproducción asistida y que es un medio económico al cual recurren muchas mujeres, donde ofertan el alquiler de su útero.

Considerando, que es deber fundamental del estado velar la salud de los ciudadanos y de las relaciones contractuales emergentes de la subrogación de vientre uterino, emergente del uso de las técnicas de reproducción asistida.

Considerando, Art. 13. Parr. I-II, Art. 22, Art. 62, Art. 63, Art. 66, de la Ley de 07 de febrero de 2009, de la Constitución Política del Estado.

Considerando, los Art. 450, Art. 451, y Art. 452. Del Código Civil, Decreto Ley N° 12760, del 06 de Agosto de 1975.

Considerando. Los Artículos 3 y 7 del Código de Familia Decreto Ley N° 10426 de 23 de agosto de 1972, elevado a rango de Ley por Ley N° 996 de 04 de abril de 1988

POR TANTO:

La Honorable Asamblea Plurinacional del Estado Boliviano

DECRETA:

**Artículo 1.- (Objeto).**- El objeto del a presente ley es regular las relaciones que determina la subrogación materna, la cual definirá los derechos del neonato para su filiación y custodia paterna.

**Artículo 2.- (Definiciones).**- Las definiciones que contempla la presente ley para su aplicación y enunciado a efectos de su interpretación son:

- I. Maternidad subrogada, La maternidad subrogada se da cuando el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer, que llevará a cabo el embarazo y dará a luz el hijo en beneficio de esa pareja
- II. Subrogación materna parcial, cuando solamente es gestadora del embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado.
- III. Subrogación materna total, cuando la mujer contratada es inseminada aportando sus propios óvulos
- IV. Subrogación materna comercial, cuando la mujer contratada reciba una compensación económica



- V. Subrogación materna generosa, Cuando la mujer contratada no reciba una compensación económica por la gestación.
- VI. Beneficiario (s), es la persona o la pareja que recurre a la maternidad subrogada para tener un hijo.

**Artículo 3.- (Causas que dan origen para recurrir a la maternidad subrogada).**- solo se podrá recurrir a la subrogación materna bajo las siguientes causas:

- I. Cuando una mujer es estéril, pero su óvulo es apto para realizar la fecundación;
- II. Cuando una mujer es infértil, por lo que no puede gestar, pero su óvulo sirve para la fecundación;
- III. Cuando el óvulo de la mujer no es apto para la fecundación y por medio de una donadora de óvulo, solicita a otra mujer, o a la donadora, que geste para que dé a luz un neonato;
- IV. Cuando el embarazo implique consecuencias a su salud, pero sí desea tener un hijo propio;
- V. Cuando la mujer ha muerto y, antes de morir deja un embrión congelado, producto de unir su óvulo y el esperma de su marido mediante una fecundación in vitro.

**Artículo 4.- (Del contrato de subrogación materna).**- La Subrogación Materna se la establecerá mediante un contrato:

- I. Que celebran por un parte una mujer, que teniendo capacidad de goce y de ejercicio, y siendo mayor de edad, presta su útero; y por otros dos individuos que gocen de las mismas características que aportan su esperma y su óvulo, u óvulos, con el objeto de beneficiarse con el producto de la concepción que se geste con este material biológico genético aportado.
- II. Que celebran por un parte una mujer, que teniendo capacidad de goce y de ejercicio, y siendo mayor de edad, presta su útero; y por otros dos individuos que gocen de las mismas características que donan su esperma y su óvulo, u óvulos, con el objeto de beneficiar a un tercero con el producto de la concepción que se geste con este material biológico genético.

Para efectos de este artículo el tercero beneficiado puede ser la pareja que done el material biológico genético; y a su vez, aquellos que donan el material biológico, genético puede ser cualquier individuo que cumpla con los requisitos establecidos por la presente ley.

**Artículo 5.- (Contenido del contrato de maternidad subrogada).**- El contrato de subrogación materna se hará por escrito, pasado ante la fe de notario público, y deberá de cumplir con los siguientes requisitos:

- I. Nombre, domicilio y datos generales de la madre subrogada.
- II. Nombre, domicilio y datos generales del individuo beneficiario, o de la pareja beneficiada.
- III. Nombre del médico que vigilará médicamente la viabilidad de la subrogación materna a fin que éste sea viable, desde el momento de la concepción, a través de todo el proceso del embarazo.
- IV. Nombre de los individuos que donarán el resto del material genético-biológico, así como indicación del material genético-biológico que donarán.
- V. Aceptación del o de los beneficiarios de pagar por los alimentos, y cubrir demás daños y perjuicios a favor de la madre subrogada.
- VI. Aceptación del o de los beneficiarios de pagar y cubrir todos los gastos médicos durante todo el embarazo.
- VII. Aceptación de los donadores del material genético-biológico a efecto que éste sea usado para los propósitos de este contrato.
- VIII. Cantidad neta, deducidos de impuestos que pagarán los beneficiarios, del pago de los alimentos, daños, perjuicios, y gastos médicos.
- IX. Denominación, razón social, o nombre equivalente, así como domicilio de la unidad hospitalaria que atenderá todo el procedimiento del embarazo de la madre subrogada.
- X. Aceptación del médico de atender a través de todo el procedimiento del embarazo, y un año concluido éste, a la madre embarazada.
- XI. Descripción de la metodología médica que utilizará y seguirá el médico a efecto de lograr el embarazo en la madre subrogada.
- XII. Honorarios a favor del médico, cuyos impuestos serán pagados por el o los beneficiarios.
- XIII. Honorarios en favor de la madre subrogada, por la prestación del uso o alquiler del útero materno.
- XIV. Voluntad de la madre subrogada de otorgar la patria potestad a favor del o de los beneficiarios una vez que haya nacido el producto de la concepción.

- XV. Aceptación de la madre subrogada, o de su aval, de pagar todos los daños y perjuicios, pensión alimenticia, así como el equivalente a los gastos hospitalarios, honorarios del médico, a favor del o de los beneficiarios, en caso que desee quedarse con el producto de la concepción, y mantener la patria potestad. Solo en el caso de la subrogación materna total, previsto en el art. 2, parr. III. De la presente ley.
- XVI. Tratándose de parejas concubinas que no cuentan con matrimonio legal o civil, se deberá establecer las cláusulas sobre quienes ejercerán la custodia del menor en caso que se separen.
- XVII. Fecha y lugar en la que se suscribió el contrato.
- XVIII. Firma autógrafa del médico, de la madre subrogada, del o de los beneficiarios, y en todo caso que el o los beneficiarios no sean las mismas personas que donaron el material genético-biológico, su firma.
- XIX. Firma autógrafa de dos testigos.

**Artículo 6.- (Documentos adjuntos al contrato de maternidad subrogada).**- Al presente contrato se deberán de adjuntar los siguientes documentos, para su correspondiente protocolización ante notario de fe pública:

- I. Copia de la Cedula de Identidad o de documento de identificación oficial que plenamente identifique a las partes objeto del contrato.
- II. Estudios médicos que constante que la futura madre subrogada está en óptimas condiciones para el embarazo, y que éste no pone en ningún riesgo su vida.
- III. Estudios médicos que constate fehacientemente que el material biológico genético a utilizar no pondrá en riesgo de ninguna enfermedad genético, hereditaria, o que por razones de compatibilidad vayan a poner en riesgo la vida del producto de la concepción durante cualquier momento del embarazo.
- IV. Estudios médicos en los que se constate que los donantes del material genético-biológico no sufren de ninguna enfermedad hereditaria, de transmisión sexual, o de cualquier otra que pudiera poner en riesgo la salud de la madre subrogada o del producto de la concepción.
- V. Documentos financieros que demuestren fehacientemente que el o los beneficiarios tienen la solvencia y la capacidad económica para mantener y otorgar todos los derechos, alimentos correspondientes al futuro niño a nacer.

- VI. Documentos que corroboren que el o los beneficiarios desempeñan alguna actividad laboral, o estudios financieros que demuestren que los recursos con los que cuentan son suficientes para probar la fracción que antecede y que son de procedencia lícita.
- VII. Documentos financieros que avalen que si el o los beneficiarios mueren, el menor podrá tener una vida digna, y sus alimentos podrán ser garantizados.
- VIII. Copia de la Matricula Profesional del médico que atenderá todo el procedimiento debidamente registrado en el Ministerio de Salud.

**Artículo 7.- (Modificaciones al código civil).**- Modifíquese el Art. 451 del código civil, incorporándose el Parr. III, quedando redactado con el siguiente texto:

*Artículo. 451.- (NORMAS GENERALES DE LOS CONTRATOS, APLICACIÓN A OTROS ACTOS).*

- I. Las normas contenidas en este título, son aplicables a todos los contratos tengan o no denominación especial, sin perjuicio de las que se establecen para algunos de ellos en particular y existan en otros códigos o leyes propias.*
- II. Son aplicables también en cuanto sean compatibles y siempre que no existan disposiciones legales contrarias, a los actos unilaterales de contenido patrimonial que se celebran entre vivos así como a los actos jurídicos en general.*
- III. Los convenios de subrogación materna o alquiler de útero gestante serán considerados una variedad de negocio jurídico bilateral (acto jurídico bilateral), conformado por el acuerdo de dos o más partes con el objeto de constituir, modificar o extinguir determinadas relaciones jurídicas. En una concepción más amplia, se considera el convenio como “un acuerdo de dos o más voluntades, dirigido a producir efectos jurídicos”.*

**Artículo 8.- (Modificaciones al Código de Familia).**- Modifíquese el Art. 7 del Código de Familia, incorporando el parentesco genético, mediante la maternidad subrogada, quedando redactado con el siguiente texto:

**ARTICULO 7.- PARENTESCO**

*El parentesco es la relación de familia que existe entre dos o más personas. Es de consanguinidad, genética en los casos de maternidad subrogada y civil o de adopción*

Para fines de su promulgación y vigencia, remítase a conocimiento del Órgano Ejecutivo.

Dada en la sala de sesiones del Órgano Legislativo Plurinacional del Estado Boliviano.

Fdo. Presidente Cámara de Senadores

Fdo. Presidente Cámara de Diputados

Fdo. Senador Secretario

Fdo. Diputado Secretario

POR TANTO, la promulgo para que se tenga y cumpla como Ley del Estado Plurinacional de Bolivia

**Fdo. JUAN EVO MORALES AYMA**  
**PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DEL ESTADO PLURINACIONAL**  
**DE BOLIVIA**

# **CONCLUSIONES**

Una de las primeras observaciones que este tema nos arroja es la novedad que representa para el conjunto de los individuos, sobre lo que conocemos como las funciones maternas. De la revisión de los capítulos desarrollados nos deja con la impresión de que los avances tecnológicos modifican de forma importante lo que implica la concepción natural.

Ahora socialmente como casado, se arrojan modificaciones a otros roles de vital trascendencia individual y social, como son la paternidad, la filiación, la familia; o aspectos como que personas, o que parejas, pueden acceder a reproducirse.

Los principios fundamentales sobre los que se construyen las leyes no deben dissociarse nunca de la ciencia ni del amor, ya que son éstos los dos pilares sobre los que se sustenta la libertad moral de las personas.

Este principio implica que todo ser humano es un agente moral autónomo, merecedor del respeto de sus semejantes. Así, en una sociedad donde prevalezca el pluralismo religioso y político, ningún individuo o grupos de personas pueden arrogarse el derecho de imponer un autoritarismo moral sobre sus semejantes. Por esto somos del criterio que las técnicas de Reproducción Asistida, cuyo empleo promete beneficios para la humanidad y, específicamente, para parejas infértiles la satisfacción de ser madres y padres, se entienden mejor no en términos moralistas, sino contextuales que responden a situaciones reales de la vida, específicamente una ética de la responsabilidad.

Estas interrogantes éticas y aseveraciones, y el hecho de que la Reproducción Asistida ya es una realidad en nuestro medio, nos deben motivar a revisar constantemente algunos aspectos del proceso reproductivo humano y de la tecnología reproductiva actual, así como a debatir con objetividad, sus posibles regulaciones (ya que si esta técnica se regula adecuadamente, promueve la vida y la dignidad humanas), y las implicaciones jurídicas de dicha actividad, actualizándonos en el acontecer mundial y nacional del tema, con el objeto de poner los descubrimientos científicos y tecnológicos al servicio de una legislación moderna, acorde con el conocimiento científico actual, pero enmarcados dentro de los principios éticos, y morales profesados por nuestra población, que siempre deben ser tomados en cuenta.

La evolución de la ciencia de muchas formas hizo posible poder acceder a aspectos que naturalmente no podían ser concebidos, sin embargo la tecnología y los avances científicos hicieron posible aquello, como es el caso de la reproducción asistida, que en muchas ocasiones para llegar a su cometido recurre a la subrogación materna o mejor dicho del vientre de alquiler materno, lo cual como un bien también puede ser empleado de forma arbitraria, con las correspondientes consecuencias.

En consecuencia ya que la práctica de este método de reproducción ya se presentó en nuestro entorno, es necesario difundir los aspectos de su empleo, asimismo de las consecuencias que esta pueda acarrear en su salud física y psicológica.

Es fundamental que las instancias de Salud como es el caso del Ministerio de Salud promuevan y difundan cursos, talleres, sobre la responsabilidad e implicancias de la reproducción asistida.

Además de que es importante evaluar y analizar psicológicamente y físicamente, a la mujer que subrogara su vientre, velando el estado de salud de la nueva vida y por ende del neonato.



## **BIBLIOGRAFÍA**

BRENA SESMA, Ingrid.

El Derecho y la salud. Temas a reflexionar

Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie de Estudios Jurídicos, Núm. 57, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004.

CATALDO, Fabián

La Fecundación “In vitro” en el mundo.

La Semana. Año X – junio de 87. Buenos Aires.

CHÁVEZ, ASECIO, Manuel.

La familia en el derecho.

Editorial Porrúa. México. 1987.

CASADO, María, (comp)

Nuevos Materiales de Bioética y Derecho

Doctrina Jurídica Contemporánea Vol. 25, Fontamara, México. 2007.

GAFO, Javier.

10 palabras en Bioética.

Editorial Verbo Divino. Quinta edición. España. 2000. P 166.

GARCIA COLORADO, Gabriel.

Et Al. Legislar en Bioética.

H. Cámara de Diputados. México. 2003. P. 50.

GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal.

Inseminación Artificial y Fecundación In Vitro Humanas, un nuevo modelo de filiación

Universidad Veracruzana, Xalapa Veracruz, México, 2001.

JOSÉ CARLOS MALLMA SOTO

Alquiler de Vientre y sus problemas de filiación

Facultad de Derecho y CC.PP de la UNSCH, Miembro Principal de CINDE, 2008.

KLUG, W.S. & CUMMINGS, M.R.

Conceptos de Genética.

5ª Edición. Prentice Hall. España. 1998.

KRITCHEVSKY, Bárbara.

La inseminación artificial y el derecho de familia.

Belgrano, Buenos Aires, 1984

LA FUENTE, Jorge

INFERTILIDAD, Servicio de Esterilidad, Fecundación y Reproducción asistida (SEFRA)

La Paz – Bolivia, 2010.

LEMA AÑÓN, Carlos.

Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida

Colección Estructuras y Procesos, Serie de Derecho, Trotta, Madrid España, 1999.

LÓPEZ FAUGIER, Irene.

La prueba científica de la Filiación

Porrúa, México, 2005.

MÁS Díaz, Jorge; GONZÁLEZ Hernández, Julio; COBAS Cobiella, María Elena;

GONZÁLEZ Vilalta, Patricia y et. al.

Aspectos Éticos y Legales de La Reproducción Asistida.

MESINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N.

Bioderecho

Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Mar del Plata y Abeledo –Perrot, Buenos Aires Argentina, 1998.

MORÁN DE VICENZI, Claudia

El Concepto de filiación en la fecundación artificial

Universidad de Piura y Ara Editores, Colección Jurídica, Perú, 2005.

MORO ALMARAZ, María de Jesús.

Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación In Vitro

Colección, Librería Bosch, Barcelona, España, 1988.

Organización Mundial de la Salud

Informe del Estado Mundial de la Salud, Fertilidad y Concepción

OMS, 2010.

OSSORIO, MANUEL

Dicc. de ciencias jurídicas políticas y sociales

Editorial Heliasta, Argentina, 2002.

RODRÍGUEZ Manzanera, Luis.

Ingeniería genética, reproducción asistida y Criminología

Criminalia 60 Aniversario, Academia Mexicana de Ciencias Penales Año LX No. 4

México, D.F. Nov.-Dic., 1994, Porrúa, México, 1994

SAMBRIZZI, Eduardo A.

La procreación asistida y la manipulación del embrión humano

Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2001.

ZANNONI, Eduardo

Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina.

Editorial ASTREA. Buenos Aires. 1978.

**Noticias periodísticas consultadas:**

- LA OPINIÓN; JHENNY NAVA: Mujeres ofrecen su vientre en alquiler por internet en Cochabamba, Informe Especial, Cochabamba, 05 de junio de 2011.

**Normativa jurídica consultada:**

- Gaceta oficial de Bolivia, Ley de 07 de febrero de 2009, de la Constitución Política del Estado.
- Gaceta oficial de Bolivia, Código Civil, Decreto Ley N° 12760, del 06 de Agosto de 1975.
- Gaceta oficial de Bolivia, Código de Familia Decreto Ley N° 10426 de 23 de agosto de 1972, elevado a rango de Ley por Ley N° 996 de 04 de abril de 1988