

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES Y SEMINARIOS



TESIS DE GRADO

**“CRITERIOS TEÓRICOS, FACTICOS Y LEGALES PARA
ESTABLECER LA RESPONSABILIDAD DEL ABORTO
ESPONTÁNEO EN EL CONTRATO DE VIENTRE”**

TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE LICENCIATURA EN DERECHO

POSTULANTE: RICARDO JOSÉ MIRANDA RIVERO

TUTOR: DR. ALBERTO LUNA YÁNEZ

LA PAZ – BOLIVIA

2010

DEDICATORIA: La presente tesis, esta dedicada a mis padres, Elizabeth y Oscar, por su firme apoyo, cariño y por creer siempre en mí. A mi hermano Alejandro, por ser siempre mi guía en la razón y el la ciencia, a mi tía Rosa, Angie y Fox.

AGRADECIMIENTOS: Al Dr. Julio Mallea Rada, por sus consejos a lo largo de mi vida universitaria y por encaminarme en lo académico, con una visión de servicio hacia la sociedad. Al Dr. Alberto Luna Yáñez, por la orientación y colaboración en la culminación de la presente tesis.

RESUMEN

El surgimiento de nuevas técnicas de reproducción asistida y el avance de la tecnología, hacen que hoy podamos hablar de la figura del contrato de vientre, ya no solo como parte de la obra de algún autor futurista o como una primicia, sino por el contrario; como un tema controversial y bastante debatido ya que involucra aspectos sociales, morales y jurídicos de gran magnitud.

Este tema se hace de gran importancia, al no haber una norma que regule este tipo de contratos en nuestro medio, siendo usada la norma general establecida en el código civil, que por las propias características del contrato de vientre no proveen seguridad a las partes, siendo estas las que finalmente establecen sus propias medidas, dejándolas en su mayoría, en estado de indefensión a las partes.

El presente trabajo, pretende exponer y develar el proceso, elementos y caracteres del contrato de vientre y particularmente, explicar la responsabilidad que surge al propiciarse un aborto espontáneo, las diferentes situaciones, y el límite del resarcimiento.

**CRITERIOS TEÓRICOS, FACTICOS Y LEGALES PARA ESTABLECER LA
RESPONSABILIDAD DEL ABORTO ESPONTÁNEO EN EL CONTRATO DE VIENTRE**

ÍNDICE

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

RESUMEN

DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

INTRODUCCIÓN.-

1. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA.-

2.- PROBLEMATIZACION

3. DELIMITACION DEL TEMA.-

 3.1 Delimitacion Temática.-

 3.2 Delimitacion Temporal.-

 3.3 Delimitacion Espacial.-

4. FUNDAMENTACION E IMPORTANCIA DEL TEMA.-

5. OBJETIVOS

 5.1 Objetivo General.-

 5.2 Objetivos Específicos.-

6. MARCO DE REFERENCIA.-

 6.1 Marco Teórico

7. FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS.-

 7.1.- Variable Independiente

 7.2.- Variable Dependiente

 7.3.- Unidades de Análisis

 7.4.- Nexo Lógico:

8. METODOLOGÍA

 8.1. Métodos Generales.-

 8.2. Métodos Específicos.-

CAPITULO I

MARCO HISTÓRICO Y TEÓRICO

1.1.- HISTORIA

1.2.- TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

1.2.1.- Fertilización In Vitro (FIV)

1.2.2.- Inyección Intracitoplasmática de un Espermatozoide (ICSI)

1.2.3.- Transferencia Embrionaria Tubárica (TET)

1.2.4.- Transferencia Intratubárica de Gametos (GIFT)

1.2.5.- Inseminación Intrauterina

1.3.- EL PROBLEMA DE LA ESTERILIDAD Y EL CONTRATO DE VIENTRE

1.4.- EL PROBLEMA DE LA MATERNIDAD MATRIMONIAL Y EXTRAMATRIMONIAL

1.4.1.- Maternidad Subrogada en una Relación Matrimonial

1.4.2.- Teorías Sobre el Presupuesto Determinante de la Maternidad

1.4.3.- Maternidad Compartida y Determinación de la Maternidad Legal

1.4.4.- Significado de la Regla “Mater Semper Certa Est”

1.5.- TIPOS DE ALQUILER DE VIENTRE

1.6.- ASPECTO SOCIAL DEL CONTRATO DE ALQUILER DE VIENTRE O SUBROGACIÓN MATERNA

1.7.- ÁMBITO SOCIOLÓGICO

1.8.- DEFINICIÓN DE SUBROGACIÓN

1.8.1.- Maternidad

1.9.- CONCEPTUALIZACIÓN DEL CONTRATO DE VIENTRE

1.9.1.- Elementos

1.10.- ASPECTO JURÍDICO DEL CONTRATO DE ALQUILER DE VIENTRE O SUBROGACIÓN MATERNA

CAPITULO II

MARCO JURÍDICO

PRINCIPIOS GENERALES

2.1.- ASPECTOS GENERALES

2.2.- CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD

- 2.2.1.- Concepto de Responsabilidad Civil
- 2.3.- NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE VIENTRE Y MATERNIDAD SUBROGADA
 - 2.3.1.- Concepto de Contrato de Ventre
- 2.4.- RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL
 - 2.4.1.- La Interrupción de la Relación Causal
 - a) Hecho de la Víctima.-
 - b) Hecho del Tercero.-
 - b.1) Casos de concurrencia.-
 - c) Caso Fortuito y Fuerza Mayor.-
- 2.5.- EXTENSIÓN DE LA REPARACIÓN
 - A) Sistema Subjetivo.-
 - B) Sistema Objetivo.-
 - 2.5.1.- Límites de la Indemnización en la Responsabilidad Contractual y Extracontractual
 - A.- RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL
 - A.1.- Incumplimiento Culposos
 - A.2.- Incumplimiento Doloso
 - B.- RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL
- 2.6.- DELITOS Y CUASIDELITOS.
- 2.7.- EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD
- 2.8.- INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL
 - 2.8.1.- Incumplimiento Contractual de la Madre Subrogada
- 2.9.- LEGISLACIÓN COMPARADA
 - 2.9.1.- ESTADOS UNIDOS DE AMERICA
 - 2.9.2.- CANADÁ
 - 2.9.3.- FRANCIA
 - 2.9.4.- ISRAEL
 - 2.9.5.- ITALIA
 - 2.9.6.- ESPAÑA
 - 2.9.7.- ALEMANIA

2.9.8.- REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA.

2.9.9.- SUECIA

2.9.10.- AUSTRALIA

2.9.11.- HOLANDA

2.9.12.- BRASIL

2.9.13.- NUEVA ZELANDA

2.9.14.- GEORGIA

2.9.15.- INDIA

2.9.16.- JAPÓN

2.9.17.- BÉLGICA

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES.-

RECOMENDACIONES.-

BIBLIOGRAFÍA.-

INTERNET Y WEB SITES

ANEXOS

CRITERIOS TEORICOS, FACTICOS Y LEGALES PARA ESTABLECER LA RESPONSABILIDAD DEL ABORTO ESPONTANEO EN EL CONTRATO DE VIENTRE

INTRODUCCIÓN.-

El contrato de vientre surge en principio como una necesidad social, ya que en el avance de la historia, el hombre ha visto la necesidad de perpetuar su linaje, su nombre y su propiedad; de modo que generar descendencia dejó, de cierta manera, a un lado la parte instintiva y primitiva para convertirse en una necesidad y en un sinónimo de estatus. Tanto así, que en muchas partes del mundo se discrimina a las personas que por diferentes motivos no pueden generar descendencia.

La ciencia y su constante avance, ha logrado perfeccionar técnicas de reproducción asistida en las cuales, personas que no pueden procrear por medios propios, pueden arrendar el vientre de una mujer fértil, y tener hijos con su misma carga genética, vale decir que llevan en un cien por cien los genes de los padres.

El problema es que como en toda prestación de servicios, existen costos que deben ser cubiertos, y estos costos de por si son bastante elevados, por lo que solo gente privilegiada económicamente accede a este tipo de practicas, por lo que se han convertido en el objeto de un lucro indiscriminado por parte de unos y en un sinónimo de explotación desmedida para otros. En Bolivia este tipo de practica se realiza sin el mínimo control, las mujeres que prestan sus cuerpos para este tipo de practicas lo hacen en muchos casos por necesidad; y en total estado de indefensión, ya que en este plano se juegan la vida, la que en muchas ocasiones es limitada a un riesgo estipulado en un contrato que no considera controles de salud, limites de responsabilidad o las obligaciones que se deben entre si las partes.

En el caso de una mala praxis, problemas congénitos o rechazo inmunológico a la criatura en gestación, la mujer que arrienda su vientre, puede perder a la criatura por un aborto espontáneo; lo cual deja un gran vacío respecto a la responsabilidad, y he allí el motivo del presente trabajo.

1. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA.-

Para *Jesús Gonzáles Merlo*¹; el contrato de vientre es el “Proceso por el cual una mujer gesta y pare un infante, concebido sin copula y genéticamente ajeno, a cuenta de otra mujer”.

El *Informe Warnock*²; señala que el contrato de vientre “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)

Para nosotros y según nuestro criterio, el contrato de vientre es; la Práctica por la cual se sustituye a la madre genética, a efecto de que es otra mujer distinta quien gesta y da a luz 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 a cambio de una compensación pecuniaria, que enmarcándonos en la materia de contratos, no es más que el elemento del precio.

Ahora, el derecho civil, nos enseña que esta forma de reproducción por su aplicación en el ámbito legal, recae en la figura jurídica del contrato, tipificada en el Código Civil en los artículos 450 y 451.

Art. 450.- (NOCIÓN). Hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo para constituir, modificar o extinguir entre sí una relación jurídica. (Arts. 110, 294, 352, del Código Civil)

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

¹ Citado por CORNEJO CHÁVEZ, Héctor; “Derecho Familiar Peruano, Editorial Gaceta Jurídica, Décima Edición”. Versión Digital.

² Informe de comité de 15 miembros presidido por la filósofa de Cambridge Mary Warnock, en 1984. Reino Unido.

I. La normas contenidas en este título son aplicables a todos los contratos, tengan o no denominación especial, sin perjuicio de las que se establezcan 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. (Arts. 584, 749, 955 del Código Civil)

Ahora, sabemos que el hecho de que una mujer, acceda a acoger en su vientre a una criatura que no contiene material genético suyo en ninguna manera, esta sujeto al libre albedrío y a la libertad contractual que posee cada persona, así lo expresa el código civil en el Art. 454:

Art. 454.- (LIBERTAD CONTRACTUAL: SUS LIMITACIONES).

I. Las partes pueden determinar libremente el contenido de los contratos que celebren y acordar contratos diferentes de los comprendidos en este Código.

II. La libertad contractual está subordinada a los límites impuestos por la ley y a la realización de intereses dignos de protección jurídica.

Si bien no existe una figura jurídica específica en la legislación civil boliviana que regule el contrato de vientre, se dan los marcos de referencia en el código civil.

El aborto espontáneo es la pérdida de un feto durante el embarazo por causas naturales. El término "aborto" es la terminación espontánea de un embarazo antes de que el desarrollo fetal haya alcanzado las 20 semanas período después del cual a la terminación del embarazo se le clasifica como parto pretérmino. El término "aborto espontáneo" se refiere a los hechos que se presentan de manera natural, procedimiento no electivo o aborto terapéutico.

Pero que pasa, si en la mujer, que en la relación contractual, se configura como deudora, tiene un aborto espontáneo?³ Es causa de responsabilidad contractual?, vale decir, cae en la figura de incumplimiento de contrato?, cual es grado de responsabilidad de la mujer como deudora en la relación contractual?, siendo este tema tan especial, los acreedores, que son la pareja que aporta el material genético, tienen algún grado de responsabilidad?

2.- PROBLEMATIZACION.-

Al aplicarse estos métodos de reproducción asistida en Bolivia:

- ¿Cuál es la norma sobre la que se rigen estos procedimientos?
- ¿Qué elementos se configuran como causales de responsabilidad contractual si la mujer contratada tiene un aborto espontáneo?
- Produciéndose la figura de incumplimiento de contrato, ¿Cual es grado de responsabilidad de la mujer como deudora en la relación contractual?
- Los acreedores, que son la pareja que aporta el material genético a la madre subrogada, ¿Tienen algún grado de responsabilidad, en caso de defectos congénitos?

3. DELIMITACION DEL TEMA.-

3.1 Delimitacion Temática.-

³ Se calcula que el 25% de todos los embarazos humanos finalizan en aborto espontáneo, y tres cuartas partes de los abortos suceden en los tres primeros meses de embarazo. Algunas mujeres tienen cierta predisposición a tener abortos, y con cada aborto sucesivo disminuyen las posibilidades de que el embarazo llegue a término.

Las causas del aborto espontáneo no se conocen con exactitud. En la mitad de los casos, hay alteración del desarrollo del embrión o del tejido placentario, que puede ser consecuencia de trastornos de las propias células germinales o de una alteración de la implantación del óvulo en desarrollo. También puede ser consecuencia de alteraciones en el entorno materno. Algunas mujeres que han tenido abortos repetidos padecen alteraciones hormonales. Otros abortos espontáneos pueden ser consecuencia de situaciones maternas anormales, como enfermedades infecciosas agudas, enfermedades sistémicas como la nefritis, diabetes o traumatismos graves. Las malformaciones y los tumores uterinos también pueden ser la causa; la ansiedad extrema y otras alteraciones psíquicas pueden contribuir a la expulsión prematura del feto.

El objeto de investigación es la figura del contrato de vientre, comprende el área del derecho civil y la responsabilidad contractual.

3.2 Delimitacion Temporal.-

La investigación se encuadra en las gestiones 2004 hasta el 2008. Debido a que este tipo de procedimientos han sido realizados con mayor incidencia durante los últimos 4 años en países latinoamericanos, y se han detectado la mayoría de casos de estas practicas en mujeres latinoamericanas en total estado de indefensión.

3.3 Delimitacion Espacial.-

La investigación abarca los departamentos de La Paz, Cochabamba y Santa Cruz, debido a que el tema de la tesis en si es de naturaleza especial, además que dichos departamentos conforman el eje troncal de la republica de Bolivia. Se trabajara con instituciones de reproducción asistida como ser “Gen y Vida” y ”Embriovid”.

4. FUNDAMENTACION E IMPORTANCIA DEL TEMA.-

La idea de investigación trata de explicar, en que lugares se realizan este tipo de contratos, que clase de personas lo realizan, en que cantidad, de modo que lograré obtener un porcentaje, una cifra, un índice que permita saber que porcentaje de la población realiza este tipo de negocio jurídico. Allí podré saber bajo que norma se rigen estas personas, quien asume los gastos, como funciona la responsabilidad contractual en caso un aborto espontáneo y los riesgos que implica este procedimiento de reproducción asistida.

Cual es el beneficio y a quien favorecerá? El beneficio será saber, que norma aplican las partes, como se aplica esta entre las partes, siendo ellas genéricamente acreedor y deudor; aportar con una base legal, ya sea que se fundamente en una norma ya

existente,(si es que existe), o proponiendo un reglamento para este tipo de figuras; además de sentar bases jurídicas de carácter doctrinal en lo referente a la aplicación de los contratos de vientre y la responsabilidad contractual en caso de un aborto espontáneo; todo en beneficio de la sociedad, ya que este tipo de negocio jurídico, en la experiencia extranjera, es bastante gravoso, de modo que las mujeres que se prestan a este método de reproducción asistida, tienden a ser personas en estado de necesidad o personas que encuentran en esta actividad una forma de vida, que llega a ser otro extremo, que raya en la inmoralidad.

5. OBJETIVOS

5.1 Objetivo General.-

- Determinar los criterios teóricos, facticos y legales para establecer la responsabilidad del aborto espontáneo en el contrato de vientre.

5.2 Objetivos Específicos.-

- Identificar las causas y efectos del aborto en general y sus efectos jurídicos.
- Analizar el límite y fundamentos de la responsabilidad contractual en los contratos de vientre.
- Identificar la norma aplicable a este tipo de negocio jurídico.
- Determinar el grado de la responsabilidad contractual en caso de aborto espontáneo.

6. MARCO DE REFERENCIA.-

6.1 Marco Teórico

La normal concepción y generación de descendencia, se puede ver frustrado o dificultado por esterilidad. Ésta a su vez puede tener su génesis en diversas causas:

En la mujer:

- Trastornos hormonales (como la deficiente producción de gonadotropinas).
- Defectos en los ovarios, las trompas de Falopio o el útero.
- Endometriosis: El endometrio es la mucosa que reviste el útero. A veces esa mucosa se encuentra fuera del útero generando problemas para la reproducción.
- Causas congénitas: Como anomalías cromosómicas.
- Causas desconocidas de infertilidad.

En el hombre:

- Una disfunción a nivel testicular.
- Contaminación bacteriana del semen
- Esterilidad inmunológica: En algunos casos es posible que haya una reacción inmunológica contra los propios espermatozoides, causada por la existencia de una “brecha” en el tracto del aparato reproductivo masculino, la cual pudo surgir por una vasectomía, biopsia testicular u otras causas.
- Causas congénitas
- Causas desconocidas de infertilidad

El contrato de útero surge como una respuesta al problema de la incapacidad de poder procrear, no solo por medios propios, sino dentro del mismo vientre de la madre biológica, de modo que ante la incapacidad física, surge este tipo de negocio jurídico, encaminado a introducir a una tercera persona dentro del proceso reproductivo, respecto a este tema, la Comisión Warnock en 1984 recomendó establecer por ley “ que todos los acuerdos que tengan como objeto la subrogación serán contratos ilegales y, por tanto, estarán desprovistos de acción para hacer efectivo su cumplimiento”. Sin embargo esta figura ha ido adquiriendo más importancia y utilidad en paso de los años, generando debates sobre su moralidad y más aun sobre su legalidad.

Sobre el contrato de vientre hay varios conceptos:

- *Según Jesús González Merlo*; “Proceso por el cual una mujer gesta y da a luz a un infante, concebido sin copula y genéticamente ajeno, a cuenta de otra mujer”.
- *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)
- *Según criterio propio*; Es la práctica por la cual se sustituye a la madre que aporta la carga genética, ya que es otra mujer distinta quien gesta y pare al concebido.

El contrato de vientre es entonces una 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.

Tipos que reviste el alquiler de vientre:

Al respecto en este tipo de relaciones jurídicas intervienen dos partes principales: por un lado, la pareja contratante; por el otro, la mujer que dispone de su útero para llevar a cabo la gestación;

1. La pareja comitente aporta el material genético en su totalidad (óvulo y espermatozoide) y la madre sustituta recibe el embrión en su útero con la finalidad de llevar a cabo la gestación y el nacimiento; (Fecundación homóloga)
2. La madre portadora, además aporta el material genético, el cual podrá ser inseminado con esperma de la pareja comitente o de un tercero anónimo o conocido. (Fecundación heteróloga Parcial)
3. El material genético es aportado por individuos (parcial o totalmente) ajenos a las partes intervinientes en la relación sustantiva. (Fecundación heteróloga Total)

Podemos señalar al respecto que en el primer supuesto hablamos de una maternidad subrogada propiamente dicha, puesto que se presenta los elementos de que el niño es totalmente ajeno genéticamente a la gestante siendo la pareja contratante con quienes se establece lazos de correspondencia genética. Así en relación al segundo tipo; se presenta una situación que varía la relación sustancialmente, ya que la madre portadora es también quien aporta el óvulo, ello significa que el nuevo ser posee 23 cromosomas que guardan identidad con el genotipo de la signataria, en resumen la gestante es la madre legítima del menor, quien por efecto del contrato suscrito se compromete a entregar al neonato a su correspondiente padre, hecho que sugiere ceder la custodia del hijo al esposo de la pareja contratante, ya sea que ésta renuncia a la tenencia y a ejercer la patria potestad del recién nacido, posibilitando al padre ejercer la patria potestad, en este supuesto no se liquida la relación entre la madre y el menor, ya que la ley le reconoce derechos de régimen de visita, y la obligación de prestar los alimentos a favor del hijo alimentista.

Es diferente el caso en que la madre genética y gestante por fuerza del acuerdo se compromete a dar en adopción al menor a la pareja contratante, extinguiendo de esta manera el vínculo materno-filial, y otorgándole la calidad de padres adoptiva a la pareja comitente. Por otra parte en referencia al tercer caso debemos decir, que es un típico proceso de inseminación artificial, en donde el material genético le es ajeno (parcial o totalmente) a las partes en la relación jurídica sustantivo del alquiler de vientre, del cual se desprende puede revestir una serie de situaciones:

- En el caso que le sea parcialmente ajeno, ya que puede ser producto del óvulo o espermatozoide de un familiar de la pareja pactante, en dicho caso se entiende que el material genético, dado por donación (óvulo, espermatozoide), se hace por libre voluntad y en tal sentido no existe cuestión controvertida al respecto de la titularidad de la información genética, ya que el donar un gameto, renuncian a todo derecho sobre él y las consecuencias de su uso. Al mencionar que es relativamente ajena a las partes signatarias en la relación, da pie que se pueda suscitar que este vínculo proviene de la, ofertante del vientre, dado que el marido

de la gestante podría haber donado sus gametos, en cuyo supuesto la única forma de efectuar la entre del menor a la pareja comitente sería a través de una figura de la adopción.

- En el supuesto de que el material genético le sea absolutamente ajeno, se aplicaría el axioma “Mater semper certa est”, reputándosele a la gestante como la madre legal, en dicho caso por fuerza del acuerdo “pacta sunt servanda” se ve compelida a entregar al menor mediante la vía de la adopción, pudiendo asumir una posición de contravenir lo acordado y asumir los deberes de madre, sin que la pareja u otro pueda alegar vínculo biológico alguno con el recién nacido.

Naturaleza Jurídica del contrato de alquiler de vientre o subrogación materna:

En lo que respecta a la naturaleza jurídica del contrato de madre sustituta o subrogada, entendemos que un contrato es de naturaleza privada, es una declaración de voluntad entre las partes de dicha relación jurídica que se expresa en un documento privado, es entonces que surge la interrogante sobre si es propiamente un contrato, ya que ello representa una relación de índole patrimonial y naturaleza privada; confiriéndole poder a las partes para decidir sobre el objeto del acuerdo de voluntades, si ello fuera así, convalidaríamos el hecho que la vida humana en formación, sea de disposición de los contratantes, y que su vida sea objeto de una cláusula, dado que ello no es posible sin contravenir el orden público y los derechos humanos, consideramos que dicho contrato; no es netamente de carácter privatista, por el contrario prima en él, el interés público, puesto que lo que se discute es una vida humana, y la salud de la arrendante, bienes jurídicos protegidos por nuestro sistema jurídico, que son de tutela efectiva en el ordenamiento positivo, por lo que compete al interés público del Estado, regular la presente relación jurídica en observancia del principio tuitivo y de respeto a la dignidad y los derechos humanos, siendo él quien prevenga, el fin lícito del mismo y la necesidad del servicio, es por ello que es necesario la autorización judicial para contratar este tipo de servicios. Pero a esta situación se suma el problema del aborto espontáneo, que pasa si en medio de esta relación “contractual”, el objeto mismo de la relación contractual, que es el feto en proceso de maduración, se pierde?, estaríamos frente a una causal de

responsabilidad contractual? Quien la asumiría, los padres biológicos o la madre subrogada?

7. FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS.-

“La inexistencia de una norma que establezca parámetros de responsabilidad y el límite del resarcimiento de un aborto espontáneo en un contrato de vientre en Bolivia, constituyen causal para que las partes determinen sus propios parámetros de resarcimiento”

7.1.- Variable Independiente.-

La inexistencia de una norma que establezca parámetros de responsabilidad y el límite del resarcimiento de un aborto espontáneo en un contrato de vientre en Bolivia

7.2.- Variable Dependiente.-

Constituyen causal para que las partes determinen sus propios parámetros de resarcimiento

7.3.- Unidades de Análisis:

- Bolivia
- Responsabilidad
- Aborto Espontáneo

7.4.- Nexos Lógicos:

- Constituye
- Causal
- Para que

8. METODOLOGÍA.-

8.1. Métodos Generales.-

Método lógico deductivo

Mediante ella se aplican los principios descubiertos a casos particulares, a partir de un enlace de juicios. Primero consiste en encontrar principios desconocidos, a partir de los conocidos. Una ley o principio puede reducirse a otra más general que la incluya. También sirve para descubrir consecuencias desconocidas, de principios conocidos.

La aplicación de este método ayudará a dilucidar el problema de la responsabilidad contractual en caso de aborto espontáneo, basándonos en lo que establece en primera instancia el código civil y luego normas extranjeras.

Método lógico: la analogía

Consiste en inferir de la semejanza de algunas características entre dos objetos, la probabilidad de que las características restantes sean también semejantes. Los razonamientos analógicos no son siempre válidos.

La aplicación de este método nos servirá para analizar lo que establecen otras legislaciones y los casos existentes en otras legislaciones.

Método analítico sintético

Consiste en la descomposición de un objeto en sus partes constitutivas, para descubrir los elementos más simples de un todo complejo. La síntesis es la recomposición de un todo mediante la integración o ensamble de sus partes o elementos constitutivos. La primera da lugar a la abstracción y la segunda a la determinación.

La aplicación de este método me servirá para descomponer la figura del contrato de vientre, sus elementos constitutivos y así determinar como se configura la responsabilidad, y como debería aplicarse la norma.

8.2. Métodos Específicos.-

Método Teleológico

Tiene por finalidad, encontrar el interés jurídicamente protegido, la explicación, o justificación, de un fenómeno o proceso que encuentra su propósito en la causa final, es decir, la razón por la que el fenómeno existe o fue creado y como toda norma jurídica protege un interés; la aplicación de este método nos ayudara a encontrar aquel interés protegido por el derecho

Método Gramatical

Este método toma en cuenta el contenido de las palabras, para que por medio del origen etimológico de las mismas, y de su propio contenido, se pueda encontrar el sentido y alcance, logrando una interpretación sobre el contenido y continente de la norma jurídica o de sus elementos o componentes.

CAPITULO I

MARCO HISTÓRICO Y TEÓRICO



CAPITULO I

MARCO HISTÓRICO Y TEÓRICO

1.1.- HISTORIA

Han transcurrido ya varias décadas desde que los científicos del mundo, buscando solucionar problemas de infertilidad, empezaron a desarrollar diversos mecanismos que ayudaran a incrementar las posibilidades de reproducción en parejas con problemas para ello.

Sin embargo, en la antigüedad, la figura en la que una mujer gestara una criatura para que una pareja ajena a la mujer lo críe (usualmente con mitad de la carga genética procedente del padre) es referido y mencionado en varios documentos, por ejemplo en el capítulo 16 del libro de Génesis, se relata la historia de la sirvienta de Sara, Agar, que gestó un hijo de Abraham para que Sara y Abraham lo críen. No obstante, la raíz de la preocupación por el hecho de la paternidad surge con el avance, con el progreso de la sociedad en la que es decisivo el factor económico. El desarrollo agrícola favorece la formación de una familia más definida: mujer e hijos tienen un valor económico para el trabajo, y surge más concreta la autoridad del marido.

Es en el Derecho Romano donde va a tener inicio la regla *pater is est*, con distintas etapas o manifestaciones.

El nacimiento constituye en Roma una de las tres formas, y de hecho la forma normal, de entrar a formar parte de la familia. Se hace miembro familiar el procreado en *iustae nuptiae* por individuo varón de la familia sea *pater* o *filius*. Pero también podían entrar extraños en la familia mediante la adopción o por *conventio in manu*; se pueden distinguir en ese derecho tres «tipos» de parentesco: agnación, cognación y afinidad.

Este pequeño recorrido histórico nos muestra que no siempre ha existido un mismo tipo de familia: ni se han entendido de la misma forma en cualquier tiempo paternidad y maternidad.

La vinculación por la sangre no siempre era la base de la paternidad jurídica. Así pues, aunque a partir del Derecho romano, tanto los países de influencia latina como los anglosajones, fueron definiendo el vínculo parental que se configuró por las circunstancias sociales y por las exigencias de las reglas morales que se implantaban en cada etnia, los lazos de sangre fueron instaurándose como criterio prioritario y la adopción sólo era una solución subsidiaria y ficticia jurídicamente para los matrimonios sin hijos, con un contenido más social o interesado según los diferentes momentos y sus correspondientes legislaciones. El hijo deja de significar una propiedad del padre y se le considera una persona con derechos propios, vinculado al padre biológica y jurídicamente, como regla general. De esa relación el Derecho deduce una serie de consecuencias, derechos y deberes, que han configurado las relaciones paterno-filiales.

De alguna manera, los sentimientos tenían también su función y por la relevancia extrema en la construcción de estos conceptos. El sentimiento de paternidad no puede negarse, aunque no haya sido tan intuitivo como la maternidad. Fue el ansia de inmortalidad en el hombre, posiblemente, lo que le hizo desear tener alguien que le prestara culto y proveyese sus necesidades de ultratumba. Después, las consideraciones económicas primaron sobre las religiosas e influyeron en la toma de conciencia sobre el “fenómeno” en sí y sobre su concepción jurídica. Se puede decir, entonces, que ni en la antigüedad, ni en tiempos más cercanos, la biología lo fue todo en la relación paterno-filial. La prueba está en las distintas codificaciones realizadas a partir de la promulgación del Código Napoleón e incluso en normas anteriores donde se establecía la paternidad jurídica en base a presunciones legales o actos de voluntad, o favoreciendo, y a veces prohibiendo, la investigación de la paternidad, Arts. 178, 179 Cod. Familia Ley 996. Sin embargo, en el transcurso de los siglos, se pasaron por periodos de extrema moral y puritanismo, se vio a la gestación por una madre ajena, como un pecado y una falta a las buenas costumbres y falta de respeto a la sociedad.

A pesar de ello, las familias monárquicas más poderosas de la historia en el medioevo y renacimiento, tenían un problema en común, la esterilidad, y debido a que en esas épocas no existía una política de salubridad, las enfermedades infecciosas eran muy comunes, entre ellas la Brucelosis, que se producía al ingerir alimentos de origen animal como la leche, que estaban infectados, y cuyo resultado después de un tratamiento rustico, era la esterilidad.

También se daban malestares como la Caquexia, que era producto de enfermedades como el cáncer; la Agenesia, una enfermedad congénita, era el producto de las relaciones sexuales indiscriminadas entre parientes, como primos o hermanos, que provocaban malformaciones y falta de órganos en sus hijos.

Al final el producto de todo ello era la esterilidad, que se daba mayormente en las mujeres, por lo cual muchas veces se acudía a las siervas, que gestaban a los hijos del monarca, y después de dar a luz, eran criados por la familia real, teniendo a la sierva que los gestó, como niñera.

Pero el problema de este tipo de reproducción, salvando lo dispuesto ya por el Código Civil Napoleónico de 1804; era la ausencia de material genético de la madre, entendiéndose como madre a la esposa del padre genético, lo cual a través de la historia generó episodios de traición y muerte; ya que los hijos procedentes de una madre substituta, eran considerados como hijos ilegítimos o bastardos.

Ya a principios del siglo XX, en 1932, el novelista Aldous Huxley anticipó el futuro de una ciencia reproductiva que permitiera a la madre genética ser también la madre que diera a luz a sus hijos. Sin embargo el primer “bebe probeta” no nació sino hasta el 27 de julio de 1978 cuando en Cambridge nace Louise Joy Brown, como resultado de la aplicación de una técnica de fertilización “in Vitro” y transferencia embrionaria.

Décadas después, se reconoce al abogado Noel Keane, como el creador de la idea “legal y jurídica” de la maternidad subrogada. Sin embargo, no fue sino hasta que se asoció con el médico Warren J. Ringold en la ciudad de Dearborn, Michigan, que la idea de la maternidad subrogada finalmente se materializó.

El Dr. Ringold comenzó a hacer todas las inseminaciones artificiales, bajo la asesoría del Dr. Keane en 1981. Y aun cuando Keane y Ringold fueron ampliamente criticados por algunos miembros de la prensa y varios políticos, ellos continuaron y eventualmente abogaron para la promulgación de leyes que apoyaran la maternidad subrogada.

Estas fertilizaciones in Vitro fueron hechas en su forma más simple y primaria. Desde entonces los médicos han variado la técnica y el procedimiento en el transcurso del tiempo, demostrando que existen métodos que probaron ser más efectivos que otros:

Una variación, por ejemplo, es la “transferencia de blastocitos”⁴, donde los embriones se desarrollan por un periodo más largo, (aproximadamente 5 días más) antes de la transferencia, como una manera de asegurar o incrementar las posibilidades de una implantación más exitosa.

Otros métodos desarrollados son el uso de óvulos donados y la criopreservación de embriones, que fue desarrollada en Australia, con el primer nacimiento exitoso en 1985.

Una variación más reciente y moderna de la donación de óvulos, la transferencia de citoplasma, ha sido realizada con éxito en New Jersey. En esa técnica, el citoplasma del ovulo del donante, es inyectada en el ovulo de una mujer infértil junto al espermatozoides del padre.

Este procedimiento, permite que una mujer vieja o una mujer cuya mitocondria es defectuosa, tengan la oportunidad de ser lo más cerca posible de una madre genética para su hijo, con la excepción de que la mitocondria viene de un donante.

⁴ Diccionario de Medicina. Facultad de Medicina de la U. de Navarra. España, Espasa Siglo XXI, 2000.

1.2.- TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Creemos que es necesario, hacer una breve explicación de las técnicas de reproducción asistida, ya que presenta relevancia para el desarrollo del tema.

1.2.1.- Fertilización In Vitro (FIV)

Básicamente lo que se hace mediante este método, es unir extracorporalmente los gametos⁵ (espermatozoides y ovocito). Si se produce la fertilización, esto es, si el ovocito es penetrado por un espermatozoide, el embrión resultante será transferido al útero en donde tendrá lugar la anidación.

En general los pasos que se siguen en este procedimiento son los siguientes:

a) Fase Previa: Se comprueba la normalidad de la cavidad uterina, se hacen evaluaciones prequirúrgicas y se inhiben estímulos endógenos (es decir del cuerpo, internos), que puedan provocar una ovulación extemporánea.

b) Estimulación de la Ovulación: Mediante el empleo de medicamentos, se estimulan los ovarios para que produzcan varios ovocitos, en lugar de 1 solo que es la cantidad producida en un ciclo normal. Ello es así, por cuanto el uso de más de un ovocito por ciclo de tratamiento, aumentará las probabilidades de tener éxito en el mismo. Entre los medicamentos que emplean los diversos Institutos, está el Citrato de Clomifén, el FSH recombinante, Gonadotropina Menopáusica Humana, FSH ultra pura y la Progesterona.⁶

c) Aspiración Folicular y Tratamiento de los Ovocitos: Mediante procedimientos quirúrgicos, se aspiran los folículos con miras a extraer los ovocitos maduros. Se puede

⁵ Gameto, célula sexual que se une con otra en el proceso de la fecundación. La célula que resulta de la unión de dos gametos se denomina cigoto; por lo general, éste experimenta una serie de divisiones celulares hasta que se constituye en un organismo completo. DICCIONARIO MEDICO DORLAND 26° EDICION. McGRAW-HILL 2001.

⁶ Progesterona, hormona producida por las células del cuerpo lúteo del ovario. El cuerpo lúteo es una estructura que se desarrolla en el ovario, en el lugar que ocupaba un óvulo maduro que ha sido liberado durante la ovulación. Por consiguiente, el nivel de progesterona se eleva durante la segunda mitad del ciclo menstrual. DICCIONARIO MEDICO DORLAND 26° EDICION. McGRAW-HILL 2001.

hacer mediante laparoscopia, que consiste en hacer una incisión en el ombligo; posteriormente, se ubica un laparoscopio que es un tubo por el cual se puede observar y dirigir la aguja hacia los folículos ováricos, de los cuales son aspirados los ovocitos.

Un adecuado tratamiento de los ovocitos, comienza desde los mismos instrumentos con que se realizará la aspiración: La temperatura de estos debe estar debidamente controlada, los niveles de succión a emplear también deben ser monitoreados y los materiales empleados deben ser óptimos. Una vez extraídos los ovocitos, se deben ubicar en un medio de transición adecuado, hasta que se produzca la fertilización.

d) Obtención y preparación del esperma: Se puede obtener empleando métodos como la polución, coitus interruptus, uso de condones no tóxicos, vibroeyaculación, o, directamente del aparato genital masculino, mediante procedimientos como la aspiración epididimaria⁷, biopsia del testículo o incluso mediante cirugía abierta. Estos últimos métodos se emplean principalmente cuando se seguirá un procedimiento de micromanipulación de gametos, por tratarse de un caso de infertilidad con factor masculino severo; mejor dicho, cuando el esperma con el que se trabajará no presenta condiciones óptimas de cantidad y movilidad de espermatozoides, se recurre a estos últimos métodos.

Una vez obtenido el semen o el esperma, se recurre a procedimientos como “swim up” o “coloidal silica density gradient centrifugation”, que mediante una serie de pasos técnicos pretenden separar los espermatozoides de mayor movilidad de todos los demás componentes del semen o esperma que no son necesarios en el proceso de fertilización.

e) Fecundación de los ovocitos extraídos y desarrollo de el (los) embrión (es): Los espermatozoides móviles se ubican junto a los ovocitos en placas que contienen medios de cultivo y se incuban a una temperatura de aprox. 37° C (igual a la del cuerpo humano). Si se produce la fertilización, horas después, se verificará la primera división celular del cigoto.

⁷ Epidídimo. Órgano con aspecto de madeja u ovillo, situado sobre cada uno de los testículos y constituido por la reunión de los vasos seminíferos. DICCIONARIO MEDICO DORLAND 26° EDICION. MCGRAW-HILL 2001.

f) Transferencia embrionaria: Los embriones obtenidos son transportados hasta la cavidad uterina, en donde ellos realizarán la anidación. Es frecuente que se transfieran 2, 3 o incluso 4 embriones, para que las posibilidades de embarazo aumenten.

1.2.2- Inyección Intracitoplasmática de un Espermatozoide (ICSI)⁸:

Es un método de micromanipulación de gametos, empleado en los casos en que el esperma empleado no es el óptimo para obtener resultados satisfactorios en una FIV tradicional, bien por falta de cantidad de espermatozoides o bien por falta de movilidad de los mismos. Es una clase de FIV, solo que a diferencia de esta en su modo “tradicional”, no se ubican los espermatozoides móviles junto a los ovocitos extraídos, sino que al ovocito se le inyecta un espermatozoide.

El procedimiento es a grandes rasgos, el siguiente:

a) Estimulación de la Ovulación: Se maneja igual que en la FIV tradicional

b) Aspiración Folicular y Manejo de Ovocitos: La aspiración folicular se hace por los medios ya señalados. Sin embargo, el tratamiento de ovocitos varía respecto de una FIV “tradicional”, por cuanto es necesario hacer una “profilaxis” al ovocito retirando células que lo rodean, ya que éstas pueden limitar el éxito del procedimiento, toda vez que pueden llegar a intervenir en la microinyección que se le aplicará al ovocito.

c) Obtención y preparación del esperma: En estos casos se obtiene el esperma directamente del aparato reproductor masculino, mediante métodos como los ya señalados: biopsia del testículo, aspiración epididimaria, etc.

⁸ ICSI: Siglas de *intracytoplasmic sperm injection*.

d) Inyección de Ovocitos: Empleando un microscopio de alta resolución con pequeños brazos que sujetan micro pipetas, se fija un óvulo que se ha tratado previamente como lo señalamos en el párrafo anterior; posteriormente, se le inyecta un único espermatozoide.

e) Transferencia embrionaria: Similar a la empleada en una FIV tradicional.

1.2.3.- Transferencia Embrionaria Tubárica (TET):

Se diferencia con una FIV tradicional en que en este procedimiento se transfiere el embrión en etapa de segmentación a la trompa de Falopio y no al útero.

1.2.4.- Transferencia Intratubárica de Gametos (GIFT):

Solamente se emplea en mujeres con trompas de Falopio sanas y las razones saltarán a la vista cuando se explique en qué consiste el procedimiento. Los pasos son los siguientes:

- a) Estimulación a la ovulación
- b) Aspiración de ovocitos y tratamiento de ovocitos
- c) Obtención y preparación del semen
- d) Se hace una breve incubación de los gametos
- e) Transferencia de gametos: En los pasos señalados anteriormente, es aplicable lo ya explicado; pero en este punto encontramos la particularidad de este método.

En efecto, lo que se hace mediante este procedimiento es transferir GAMETOS, ovocitos y espermatozoides móviles, a una o ambas trompas de Falopio para que en ellas se produzca la fertilización tal como ocurre en un proceso reproductivo natural.

1.2.5.- Inseminación Intrauterina:

Mediante este procedimiento básicamente lo que se hace es introducir en el útero, empleando una cánula especial, el semen obtenido, para que así las probabilidades de embarazo aumenten. En efecto, se está facilitando el paso de los espermatozoides a través del cuello uterino, lo cual se ha podido ver complicado por problemas como mala

calidad del semen o un moco cervical que no es apropiado para el albergue y conducción de los espermatozoides.

Parte del supuesto de que los espermatozoides tienen la capacidad de fertilizar el ovocito en el aparato reproductor femenino, por lo cual éste debe estar en condiciones óptimas para el proceso de fertilización y anidación.

Si hay esterilidad masculina severa resulta claro que no servirá este método y deberá recurrirse a otros como el ICSI que es el más apropiado para esos casos.

Procedimiento:

a) Inducción a la ovulación: Por cuanto en este procedimiento todo ocurrirá en el aparato genital femenino, es sumamente importante controlar el número de ovocitos y el desarrollo folicular, para evitar embarazos múltiples por una eventual fertilización de un gran número de ovocitos maduros; o para evitar lo contrario, es decir, un fracaso del método por realizar la inseminación cuando no había ningún ovocito maduro.

b) Obtención y preparación del semen: Se hace cuando se considera que ya hay un número aceptable de folículos maduros (2 o 3 por lo general). Los procedimientos son los ya señalados.

c) Inseminación: El semen ya preparado se lleva hasta el útero, empleando para ello una cánula especial.

En la actualidad la idea de la maternidad subrogada, ha ido ganando cierta aceptación en la sociedad y leyes que protegen y reglan los contratos de maternidad subrogada, están hoy vigentes en 8 estados de los Estados Unidos.

1.3.- EL PROBLEMA DE LA ESTERILIDAD Y EL CONTRATO DE VIENTRE

La normal concepción y generación de descendencia, se puede ver frustrada o dificultada por esterilidad. Ésta a su vez puede tener su génesis en diversas causas:

En la mujer:

- Trastornos hormonales (como la deficiente producción de gonadotropinas)⁹.
- Defectos en los ovarios, las trompas de Falopio o el útero.
- Endometriosis: El endometrio es la mucosa que reviste el útero. A veces esa mucosa se encuentra fuera del útero generando problemas para la reproducción.
- Causas congénitas: Como anomalías cromosómicas.
- Causas desconocidas de infertilidad.

En el hombre:

- Una disfunción a nivel testicular.
- Contaminación bacteriana del semen
- Esterilidad inmunológica: En algunos casos es posible que haya una reacción inmunológica contra los propios espermatozoides, causada por la existencia de una “brecha” en el tracto del aparato reproductivo masculino, la cual pudo surgir por una vasectomía, biopsia testicular u otras causas.
- Causas congénitas
- Causas desconocidas de infertilidad

Tenemos entonces, que el contrato de vientre surge como una respuesta al problema de la incapacidad de poder procrear, no solo por medios propios, sino dentro del mismo vientre de la madre biológica, de modo que ante la incapacidad física, surge este tipo de negocio jurídico, encaminado a introducir a una tercera persona dentro del proceso reproductivo. Respecto a este tema, la Comisión Warnock¹⁰ en 1984 recomendó

⁹ Gonadotropina, una de las hormonas implicadas en el funcionamiento del aparato reproductor masculino y del femenino. La hipófisis segrega dos gonadotropinas en ambos sexos: la hormona estimulante del folículo y la hormona luteinizante. La hormona estimulante del folículo (FSH) inicia la producción de espermatozoides en el hombre y el desarrollo de los folículos en el ovario en la mujer. La otra gonadotropina hipofisaria, la hormona luteinizante (LH), inicia la maduración del óvulo y su posterior liberación del folículo. En el hombre, la LH hace que los testículos produzcan la hormona llamada testosterona. Una tercera gonadotropina, la gonadotropina coriónica, es producida en las mujeres por la placenta y mantiene las condiciones adecuadas para que se desarrolle el feto dentro del útero; también, al igual que la LH, provoca la producción de testosterona en los testículos fetales. **DUNITZ** Martin. Assisted Reproductive Techniques. Ed. David K. Gamer, Boston, 2001.

¹⁰ Informe de comité de 15 miembros presidido por la filósofa de Cambridge Mary Warnock, en 1984.

establecer por ley “que todos los acuerdos que tengan como objeto la subrogación sean contratos ilegales y, por tanto, estarán desprovistos de acción para hacer efectivo su cumplimiento”. Pese a ello, esta figura ha ido adquiriendo más importancia y utilidad en paso de los años, generando debates sobre su moralidad y más aun sobre su legalidad.

Respecto a los percances que acarrea la maternidad subrogada, en los Estados Unidos, el problema mas ampliamente publicitado fue el de “Baby M”, en el que la madre subrogada y la madre biológica de Melissa Stern (“Baby M”), nacida en 1986; tuvieron un conflicto, por el cual la madre subrogada rehusó a ceder custodia de Melissa, (Baby M) a la pareja con la que ella firmo un contrato de vientre. Las cortes de New Jersey eventualmente cedieron la custodia de Melissa a su padre biológico William Stern y a su esposa Elizabeth Stern, y no así a la madre subrogada Mary Beth Whitehead.

1.4.- EL PROBLEMA DE LA MATERNIDAD MATRIMONIAL Y EXTRAMATRIMONIAL

El régimen legal de la filiación parte de una tajante distinción entre la maternidad y la paternidad, ya que la maternidad de acuerdo con la máxima romana *mater semper certa est*, se define y se prueba por el hecho del parto y de la identidad del hijo o hija, mientras que la paternidad se funda en la maternidad cierta y se identifica jurídicamente, mediante presunciones que parten de esta certeza de maternidad y en virtud, de los deberes de cohabitación y fidelidad de los cónyuges entre si dentro del matrimonio. Art. 178, 179 Cod. de Familia

Así el vínculo de filiación respecto de la madre resulta siempre de dos hechos susceptibles de prueba directa. El primero es el parto de la madre y el segundo, es la identidad del descendiente, es decir, la determinación de que el hijo o la hija es realmente el que la mujer dio a luz, probar estos hechos dentro del matrimonio no representa un problema, pues por regla general ambos aspectos son del conocimiento público y el nacimiento del descendiente lejos de intentarse ocultar constituye un motivo de alegría.

Ocurre lo contrario, cuando la madre no se encuentra unida conyugalmente, porque en este caso pudiera darse la ocultación del parto de la mujer soltera y la identidad del descendiente.

1.4.1.- MATERNIDAD SUBROGADA EN UNA RELACIÓN MATRIMONIAL

La aparición de las diversas modalidades de maternidad subrogada, suponen la intervención de diversas mujeres en el proceso de la procreación, quienes pueden participar con su material genético o a través de la gestación, o simplemente, con su voluntad de asumir la maternidad legal del nacido.

A diferencia de lo que sucede en el caso de la paternidad, en la que la figura del padre se suele presentar como una función social y jurídica, la maternidad siempre apareció unida al vínculo biológico que se establece entre la madre y el hijo durante el periodo de la gestación. Por lo mismo, una de las primeras interrogantes es si se puede separar la figura de la maternidad de aquél presupuesto biológico. En orden a esta cuestión, se han elaborado algunas teorías que intentan establecer la importancia que asume el factor biológico y el voluntario en la atribución de la maternidad. El fenómeno de la maternidad subrogada, ha dado lugar a la aparición de formas de maternidad compartida, que la doctrina ha clasificado según los grados de intervención de cada una de las mujeres en la procreación. Entre ellas tenemos las siguientes modalidades con relación a la maternidad:

- Maternidad plena: es la que une la relación biológica (genética y gestativa), con el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que implican la maternidad.
- Maternidad genética: es la de quien se convierte en donante de óvulos.
- Maternidad gestativa: cuando la mujer lleva adelante la gestación de un embrión a partir de un óvulo donado.

- Maternidad legal: la de quien asume frente al hijo los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad sin que existan entre ellos vínculos biológicos.

1.4.2.- TEORÍAS SOBRE EL PRESUPUESTO DETERMINANTE DE LA MATERNIDAD

Ante la aparición de las diversas formas de maternidad subrogada, la doctrina civil mantiene una posición firme, sosteniendo que en la determinación de la maternidad, el presupuesto o elemento biológico de la gestación y el parto, es y debe ser el criterio fundamental para designar legalmente a la madre. Trabucchi¹¹, dice que tratándose de la maternidad, la determinación de la misma se efectúa mediante la comprobación del hecho del parto al margen de cualquier otro factor de tipo sociológico. A diferencia de lo que sucede en la paternidad, el elemento natural en la maternidad tiene tal importancia que hace pasar a un segundo plano cualquier investigación sobre otros aspectos. De ahí, que el autor reformula el concepto del denominado elemento de responsabilidad, utilizado para justificar la separación de la paternidad del dato de la descendencia biológica.

En este sentido, afirma que la labor de la mujer gestante no es una labor para otros, sino que está destinada a la formación y el desarrollo del propio hijo. De manera que la responsabilidad por esta relación vital frente a la sociedad y al nacido, debe ser enteramente asumida por la mujer que da a luz, sin que pueda tener valor alguno los acuerdos celebrados con otras personas. Por tanto, la maternidad es una figura que no puede ser desdoblada o dividida, ya que en este caso el elemento de responsabilidad está estrechamente unido a la verdad, que se muestra como fundamento suficiente para determinar la posición de madre.

¹¹ Citado por GUITRÓN FUENTECILLA, J. La genética y el Derecho familiar. Rev. Tapia, 1987.

Sin embargo, una nueva corriente defiende la posibilidad de una maternidad meramente social.

En consecuencia, la maternidad deberá corresponder a la mujer sin cuya acción, al margen de su participación genética o biológica, no se habría dado inicio al proceso biológico que originó el nuevo ser humano, y que además desee el hijo para sí.

Dar eficacia a la manifestación de voluntad de la mujer, es reconocer la importancia que en todas las técnicas de fecundación artificial asumen los actos que originan el nacimiento, en otras palabras, la responsabilidad por la procreación. Asimismo, la aplicación del nuevo criterio evita una injusta disparidad de trato entre el varón y la mujer: si el marido o compañero se convierte en padre por que dio su consentimiento a una fecundación heteróloga, la misma regla deberá aplicarse en la determinación de la maternidad.

En este sentido, el autor Gorassin¹² afirma la existencia del principio de la procreación libre y responsable y de la voluntad a la procreación como acto dual del varón y la mujer jurídicamente relevante, constituye un criterio válido para designar a la madre. Por ello en opinión del autor se debe determinar la maternidad de la mujer sin cuya acción conjuntamente con la de su compañero, no se hubiese efectuado el proceso biológico que da origen a un nuevo ser humano. Entonces, en los supuestos de maternidad subrogada o alquiler de vientre, se deberá reconocer como madre a la mujer que colaboró con el nacimiento del nacido, es decir, a quien desea ser la madre legal. En resumen, la doctrina actual tiende a separar la maternidad del presupuesto biológico, defendiendo la existencia de una clase de maternidad basada en el acuerdo o en la voluntad.

¹² Citado por GUITRÓN FUENTECILLA, J. La genética y el Derecho familiar. Rev. Tapia, 1987

1.4.3.- MATERNIDAD COMPARTIDA Y DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD LEGAL

En los supuestos de maternidad subrogada propiamente dichos, en los que una mujer presta su aporte genético y lleva adelante la gestación, es indudable que madre es esta mujer, solución que es aceptada de manera unánime por la doctrina.

En cambio, en los supuestos de contrato de útero la situación es diferente, puesto que en este caso son dos las mujeres (o a veces tres) que intervienen en la procreación, la madre comitente aportando su material genético y la madre subrogada llevando adelante la gestación. De ello deriva la dificultad de establecer cuál de las dos mujeres ejerce una mayor influencia en la formación de la criatura, y por consiguiente, determinar quién debe ser considerada como madre legal.

Un sector de la doctrina sostiene que las normas civiles exigen la concurrencia del dato biológico y del elemento voluntario. Por lo mismo, la maternidad deberá determinarse a favor de la mujer que ha contribuido sea mediante su aporte genético, sea por gestación y parto, y que, además, hubiese manifestado su voluntad de asumir el papel legal de madre.

A su vez, una segunda tesis defiende la constitución del vínculo de maternidad a favor de la madre genética reconociendo bajo determinadas circunstancias un derecho irrenunciable y preferente de adopción a la mujer gestante. De acuerdo con esta corriente, el verdadero signo de la maternidad está constituido por la transmisión del patrimonio genético que sólo la fecundación, y no la gestación, puede ofrecer.

De acuerdo con una posición ecléctica, las soluciones anteriormente propuestas resultan indiscutibles, en tanto que consideran el problema desde una sola perspectiva.

De hecho, la determinación de la maternidad se desarrolla en dos planos diferenciados, uno relativo al nacido, quien puede obligar a la madre, incluso judicialmente, a asumir el cumplimiento de sus deberes, y otro referido al sujeto procreador; quien puede ejercer sus derechos manifestando su voluntad de asumir la posición jurídica que le corresponde por haber participado en la procreación.

Ambas posiciones, que en algunos casos pueden resultar contrapuestos, se conciertan en razón a un criterio común: el de la protección de los intereses del menor, principio base de los actuales regímenes de filiación. Por este motivo, independientemente de la licitud o ilicitud de la maternidad subrogada, el nacido deberá tener la posibilidad de elegir entre la madre gestante y la madre genética. Efectivamente, no siempre la mujer que da a luz estará en las mejores condiciones para proteger los intereses del hijo, ya que a veces influye más el aspecto de necesidad económica; mientras que, con frecuencia, será la madre genética la que posea mayores recursos para garantizar el mantenimiento y desarrollo de aquél.

Por tanto, si el hijo puede tener interés en mantener el vínculo establecido con la madre uterina, es posible que también pueda tenerlo en recuperar la relación con la madre genética cuando la gestante haya rechazado o esté incapacitada para asumir la maternidad. Un sector importante de la doctrina reconoce la maternidad legal de la mujer que dio a luz al hijo alegando la estrecha relación psicofísica que se establece entre la mujer y el concebido durante el proceso de gestación, en el cual la madre contribuye a la formación del nuevo ser humano con la totalidad de su cuerpo.

1.4.4.- SIGNIFICADO DE LA REGLA “MATER SEMPER CERTA EST”

Para la mujer, el principio “mater semper certa est”, suponía la identificabilidad de la maternidad con la persona que alumbraba al hijo; no cabía otra posibilidad, salvo la adopción. Años atrás era impensable que dicha mujer no fuera además la madre genética, circunstancia que política y legalmente se ha utilizado para que los nacidos no quedaran desprotegidos facilitando la determinación de ese lazo jurídico, también en la filiación no matrimonial.

El Contrato de Vientre o Maternidad Subrogada alteran esa seguridad, aunque paradójicamente aportan mayor fiabilidad en el conocimiento de la derivación biológica. La donación de gametos permite que no siempre quien da a luz coincida con la que aporte su material genético, como no siempre el marido o compañero de la que gesta el

hijo es el progenitor que aparezca o quiera hacerlo como padre legal del mismo. Esa posibilidad unida al secreto con el que se suelen realizar las prácticas, para, dar a conocer lo menos posible el problema de fondo, la esterilidad, provocan hoy la consagración de auténticas ficciones.

Con las prácticas de fecundación asistida, se intenta primar también filiación del afecto, de la voluntad, de la intención de la apariencia, pero en el seno de una normativa ajustada a la filiación biológica. Por ello el choque es inevitable. La controversia se produce cuando se requieren donantes o madres subrogadas.

El Informe de la Comisión de expertos (Warnock), en base a los conflictos de maternidad suscitados por la donación ovular, opta por no recomendar un nuevo medio de determinación porque la actual identificación de la madre con la mujer que da a luz, es suficiente para que la receptora de una donación pueda considerarse como la madre legal. La filiación del hijo respecto a ella podrá establecerse sencillamente a través de la inscripción en el Registro del nacimiento si se comprueba que la identidad coincide con los informes del parto.

Se genera una especial exaltación del carácter social y cultural que encierran las relaciones paterno-filiales. Jurídicamente ya se había traducido en la posesión de estado que en la legislación española, como en la francesa o italiana, ha evolucionado en las últimas reformas de una consideración tácita en el establecimiento de una normativa basada en la apariencia a ser un título de acreditación o determinación de la filiación, que contará decisivamente a la hora de modificar una relación que se vive en la práctica o para consagrarla legalmente.

El presidente de la comisión Warnock cree así hacer patente el sentimiento generalizado, también de la jurisprudencia, según lo cual, “la paternidad y la maternidad se acreditan (y así lo avalan diversas sentencias en legislaciones extranjeras) por actos que muestren con evidencia la voluntad de los padres o de la familia, la constancia y la perseverancia en el ánimo o actitudes de aquéllos sin solución de continuidad, en la permanencia y la

publicidad de tal actitud. Es decir, que en las parejas estables la posesión de estado se deriva de un conjunto de actitudes como las citadas notorias y reiteradas. En el mismo sentido se inspira la ley sueca al tratar la fecundación asistida”.

Se manejan en el Informe diferentes términos para referirse a los «tipos» de maternidad que han originado las nuevas técnicas. Se distingue, según los casos:

- Maternidad biológica: plena si aporta óvulo y organismo, no plena si sólo se aporta uno de esos elementos;
- Maternidad educacional o afectiva, que puede coincidir o no con alguna de las biológicas;
- Maternidad del deseo, que ni siquiera tiene que ir unida a la biológica;
- Maternidad legal, la aceptada por las leyes como tal.

A manera de conclusión en el aspecto doctrinal, Moro Almaráz¹³ considera madre y padre:

- a) Genéticos a aquellos que aportan sus células germinales, vale decir la carga genética.
- b) Madre portadora o gestante la que soporta el embarazo vaya a ser o no la madre legal.
- c) Padres legales, aquellos que se determinan como tales en virtud de las normas de filiación.

1.5.- TIPOS DE ALQUILER DE VIENTRE

Al respecto en este tipo de relaciones jurídicas intervienen dos partes principales, por un lado, la pareja contratante; por el otro, la mujer que dispone de su útero para llevar a cabo la gestación; sin embargo en esta relación contractual existen tipos y clases, en base al aporte del material genético, estas son:

¹³ Citado por Llego Yague. La genética actual y el derecho de familia Rev. Tapia, Oct.1987.

1. La pareja contratante aporta el material genético en su totalidad (óvulo y espermatozoide) y la madre sustituta recibe el embrión en su útero con la finalidad de llevar a cabo la gestación y el nacimiento; (Fecundación homóloga).
2. La madre portadora, además aporta el material genético, el cual podrá ser inseminado con espermatozoide de la pareja contratante o de un tercero anónimo o conocido. (Fecundación heteróloga)
3. El material genético es aportado por individuos (parcial o totalmente) ajenos a las partes intervinientes en la relación sustantiva. (Fecundación heteróloga)

Podemos señalar al respecto que en el primer supuesto hablamos de una maternidad subrogada propiamente dicha, puesto que se presenta los elementos de que el niño es totalmente ajeno genéticamente a la gestante siendo la pareja contratante con quienes se establece lazos de correspondencia genética. Así en relación al segundo tipo; se presenta una situación que varía la relación sustancialmente, ya que la madre portadora es también quien aporta el óvulo, ello significa que el nuevo ser posee 23 cromosomas que guardan identidad con el genotipo de la otra parte, en resumen la gestante es la madre legítima del menor, quien por efecto del contrato suscrito se compromete a entregar al recién nacido a su correspondiente padre, hecho que sugiere ceder la custodia del hijo al esposo de la pareja contratante, ya sea que ésta renuncia a la tenencia y a ejercer la patria potestad del recién nacido, posibilitando al padre ejercer la patria potestad, en este supuesto no se liquida la relación entre la madre y el menor, ya que la ley le reconoce derechos de régimen de visita, y la obligación de prestar los alimentos a favor del hijo alimentista.

Es diferente el caso en que la madre genética y gestante por fuerza del acuerdo se compromete a dar en adopción al menor a la pareja contratante, extinguiendo de esta manera el vínculo materno-filial, y otorgándole la calidad de padres adoptiva a la pareja comitente. Por otra parte en referencia al tercer caso debemos decir, que es un típico

proceso de inseminación artificial, en donde el material genético le es ajeno (parcial o totalmente) a las partes en la relación jurídica sustantivo del alquiler de vientre, del cual se desprende una serie de situaciones:

- En el caso que le sea parcialmente ajeno, ya que puede ser producto del óvulo o espermatozoide de un familiar de la pareja pactante, en dicho caso se entiende que el material genético, dado por donación (óvulo, espermatozoide), se hace por libre voluntad y en tal sentido no existe cuestión controvertida al respecto de la titularidad de la información genética, ya que el donar un gameto, renuncian a todo derecho sobre él y las consecuencias de su uso. Al mencionar que es relativamente ajena a las partes signarías en la relación, da pie que se pueda suscitar que este vínculo proviene de la, ofertante del vientre, dado que el marido de la gestante podría haber donado sus gametos, en cuyo supuesto la única forma de efectuar la entre del menor a la pareja comitente sería a través de una figura de la adopción.
- En el supuesto de que el material genético le sea absolutamente ajeno, se aplicaría la máxima “Mater semper certa est”, distinguiéndosele a la gestante como la madre legal, en dicho caso por fuerza del acuerdo “pacta sunt servanda” se ve compelida a entregar al menor mediante la vía de la adopción, pudiendo asumir una posición de contravenir lo acordado y asumir los deberes de madre, sin que la pareja u otro pueda alegar vinculo biológico alguno con el recién nacido.

1.6.- ASPECTO SOCIAL DEL CONTRATO DE ALQUILER DE VIENTRE O SUBROGACIÓN MATERNA

Haciendo un análisis de la problemática e importancia del tema, llegamos a la idea de que este tema es típico del área de salud pública, que se enfoca en la protección y mejora de la salud de los ciudadanos a través de la acción comunitaria, sobre todo por parte de organismos gubernamentales. (La salud pública comprende cuatro áreas fundamentales: 1) fomento de la vitalidad y salud integral; 2) prevención de lesiones y enfermedades

infecciosas y no infecciosas; 3) organización y provisión de servicios para el diagnóstico y tratamiento de enfermedades, y 4) rehabilitación de personas enfermas o incapacitadas para que alcancen el grado más alto posible de actividad por sí mismas. La presencia de estas cuatro importantes áreas entre las preocupaciones de las instituciones de salud pública quedó de manifiesto a escala mundial en 1948, cuando la Organización Mundial de la Salud (OMS) incluyó en su definición de salud el bienestar físico, mental y social y no sólo la ausencia de dolencias o enfermedades.) Debido a que va en aumento el número de mujeres que pierden la vida en el proceso de gestación de un hijo por causas justamente relacionadas a ello; sobre ello la OMS emitió las siguientes estadísticas en 2008:

En el Mundo:

- 785.000 mujeres embarazadas mueren cada año.
- Más del 25% de las mujeres sufren enfermedades relacionadas con el proceso reproductivo.

En América Latina:

- 25.000 gestantes mueren al año.
- 3'000.000 no reciben control prenatal.
- 3'500.000 no reciben atención de parto en un hospital.

La maternidad subrogada es materia de gran cuidado en países occidentales, particularmente en Europa, mas no ocurre lo mismo en países como Estados Unidos, en donde se admite parcialmente dicha actividad negocial en la práctica; y mucho menos en América Latina, donde no existen normas al respecto, convirtiéndose esta practica un medio de explotación y lucro.

1.7.- ÁMBITO SOCIOLÓGICO

Las motivaciones por las cuales una pareja decida contratar los servicios de otra mujer para que lleve adelante la gestación de un niño, pueden deberse, en la mayoría de los

casos, en la imposibilidad física de la mujer que contrata para llevar a término el embarazo o soportar el parto.

A veces, quienes recurren a esta técnica, son parejas que por diferentes situaciones no pueden concebir por medios propios, o mujeres que experimentan sus deseos de ser madres pero no están dispuestas a soportar los trastornos que el término de un embarazo acarrearía en sus actividades profesionales o simplemente, no desean padecer las transformaciones físicas producidas temporaria o permanentemente a raíz de una gestación.

Por otro lado, se encuentran quienes están dispuestas a ofrecer su útero para esta tarea, algunas lo harán por un factor netamente económico, otras, en cambio, sólo albergarán un fin altruista, similar al de una donación de órganos o intentarán paliar la culpa vivida como consecuencia de la práctica de un aborto.

Asimismo, existen supuestos en los cuales, es una familiar cercana (abuela, hermana, cuñada, etc.) quien decide prestarle este servicio a su pariente.

Otra cuestión de especial importancia, se plantea en el ámbito social en razón de la situación socio-política dentro de la cual el alquiler de vientres se desarrolla. Si observamos el precedente y avance de estas prácticas, comprobaremos que las mismas, no siempre se llevan a cabo solo por una motivación altruista sino que, por el contrario, en muchos casos, la mujer que cede su útero recibe una contraprestación en dinero, además de los cuidados y gastos de manutención durante el embarazo.

Un ejemplo lo constituye la situación de jóvenes procedentes del este europeo que, son reclutadas por organizaciones mafiosas albanesas para que alquilen sus úteros por la suma de tres mil dólares.

1.8.- DEFINICIÓN DE SUBROGACIÓN

De acuerdo al significado gramatical, subrogar significa:

- a) "Reemplazar" es "Subsistir o poner una persona o cosa en lugar de otra";
- b) "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";
- c) "Sustituir" es "Poner a una persona o cosa en lugar de otra".¹⁴

Como puede observarse, con todas estas denominaciones, se da una noción de lo que constituye la denominada “maternidad subrogada”, que es uno de los términos jurídicos y médicos para denominar al contrato de vientre o útero.

La maternidad subrogada, es el método de reproducción asistida, que 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.

La acepción más correcta para denominar esta técnica de reproducción asistida, sería 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”. Sin embargo, la denominaremos madre subrogada o sustituta. Por que analizaremos esta técnica desde el punto de vista jurídico.

1.8.1.- MATERNIDAD

La maternidad es una palabra que proviene de “*materno*” y significa "Estado o cualidad de madre." Con ello se hace referencia a la relación existente entre la madre y/o los hijos, pues por madre se entiende "la mujer que es responsable de los hijos, de su cuidado y educación, la encargada de buscar una buena escuela, de vestirlos, bañarlos, alimentarlos etc...”

¹⁴ Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Cabanellas – Osorio. 2004

De esta manera, una madre no sólo es aquella mujer que da a luz al bebé sino también la que lo educa, cuida y alimenta. Por lo tanto, se puede decir que en la maternidad subrogada existen dos madres para el bebé. Una que es la que lo da a luz y otra que ve por él toda la vida.

La maternidad puede ser definida desde cuatro puntos de vista, primero, atendiendo a la raíz latina de la que procede, esto es, su significado etimológico, en segundo lugar por su significado gramatical, en tercer lugar desde su perspectiva biológica, y finalmente por su significado jurídico, tanto en la ley como en la doctrina.

A) Etimológico

La palabra madre procede del latín "mater/matris", la cual a su vez deriva del griego "matér/matrós", cuyo significado es madre. En principio, la idea de maternidad no se asociaba a esta palabra, pues el título de mater fue conferido a Minerva, Diana y Vesta, todas ellas reputadas diosas vírgenes. Por este motivo, dicho término sirvió para denominar a la mujer que vivía honestamente y conforme a las buenas costumbres, sin importar si era soltera, casada o viuda, nacida libre o liberta.

Con posterioridad, en Roma se denominó con el término materfamilias a la esposa del Paterfamilias, no con el objeto de conferirle el mismo status dentro del núcleo familiar, sino simplemente como indicativo de ser la cónyuge de aquél, porque bien sabido es que la religión no colocaba a la mujer en un rango especial, pues aunque se le permitía participar en los actos religiosos, no se le consideraba la señora del hogar donde carecía de autoridad y libertad, requiriendo en todos los actos de la vida religiosa un jefe y en los actos de la vida civil un tutor. La religión de la mujer no provenía de su nacimiento, sino de su matrimonio, aprendía de su marido la oración que recitaba, no representaba a los antepasados al no descender de ellos, y ni siquiera se convertía en antepasado de su familia, ya que depositada en la tumba no recibía un culto especial. Por ello, tanto en la vida como en la muerte, sólo figuraría como un miembro de su esposo. La ley de Manú ya lo decía, "La mujer, durante su infancia, depende de su padre; durante su juventud, de su marido; muerto el marido, de sus hijos; si no tiene hijos, de los parientes próximos; de su marido, pues una mujer nunca debe gobernarse a su voluntad"

Las leyes griegas y romanas determinaban lo mismo, al señalar: "Soltera, está sometida a su padre; muerto el padre, a sus hermanos y a sus agnados; casada, está bajo la tutela del marido; muerto éste, ya no vuelve a su primitiva familia, pues renunció a ella por siempre mediante el sagrado matrimonio; la viuda sigue sumisa a la tutela de los agnados de su marido, es decir, de sus propios hijos, si los tiene o a falta de hijos, de los parientes más próximos. Tiene su marido tal autoridad sobre ella, que antes de morir puede designarle un tutor y aun escogerle un segundo marido."

Así, el poder del hombre sobre la mujer se derivaba de las creencias religiosas que colocaban al varón en superior condición a ésta, ya fuera dentro de su familia de origen o mediante el matrimonio.

B) Gramatical

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, maternidad significa:

"Estado o cualidad de madre", mientras el vocablo madre tiene las siguientes acepciones:

"Hembra que ha parido", "Hembra respecto de su hijo o hijos", "Mujer casada o viuda, cabeza de su casa", "Matriz en que se desarrolla el feto", "Mujer casada o viuda, cabeza de su casa.", "Mujer que cría una criatura ajena".

C) Biológico

La maternidad antecede lógicamente a la paternidad, tanto desde el punto de vista biológico como jurídico, ya que la paternidad en estas dos perspectivas se funda necesariamente en una maternidad cierta, la cual se presenta por el hecho del parto y la identidad del descendiente. De tal forma, la maternidad es un vínculo dogmático, pues es un principio innegable en toda relación de filiación. Art. 178, 179 Cod. de Familia.

Este carácter irrefutable de la maternidad no sólo se sustenta en su certeza, sino en la intensa relación espiritual, emotiva y biológica entre la madre y el descendiente,

derivada del embarazo y la lactancia. La naturaleza humana establece una estrecha relación entre ambos, porque la afectividad y cuidado maternos son esenciales en la formación de la personalidad de los menores, sobre todo durante sus primeros años de vida. La relación de paternidad se establece necesariamente sobre un previo lazo de maternidad, particularmente en la actualidad que por los adelantos de las ciencias biológicas, el desarrollo de los métodos de control de la natalidad y la libertad sexual, el descendiente es producto de la decisión libre y voluntaria de la madre, provocando con ello que el vínculo paterno no sea predominantemente biológico, sino también social y cultural, según el diccionario medico Harper Collins.¹⁵

D) Jurídico

Desde el punto de vista jurídico, la maternidad forma parte de la institución jurídica de la filiación, es decir, del vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores, es mas, la máxima del derecho romano que expresa “Mater semper certa est”, consagra, la atribución de la maternidad por el hecho del parto, y efectivamente puede derivar dicha relación de la naturaleza (generación) o de la ficción de la ley (adopción). Así también la maternidad es la relación real o supuesta de la madre con el descendiente, la que queda establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido.

1.9.- CONCEPTUALIZACIÓN DEL CONTRATO DE VIENTRE

Antes de entrar en materia, debemos analizar si efectivamente, el acuerdo de gestación para otro constituye un contrato en sentido jurídico.

Para nuestro ordenamiento jurídico, hay contrato cuando dos a mas personas se ponen de acuerdo para constituir, modificar o extinguir entre si una relación jurídica; entendiendo como acuerdo a la declaración de voluntad común destinada conseguir un fin. Según Diez Picaso¹⁶, la idea de contrato puede aplicarse para designar todos los negocios

¹⁵ The Harper Collins Illustrated Medical Dictionary. Harper Collins Publishers Inc. MARBAN. 2006

¹⁶ Citado por Rabinovich-Berkman, Ricardo. *Bioderechos*. Bs.As., Dunken, 1999

jurídicos bilaterales de derecho privado, abarcando tanto los de derecho patrimonial como los de derecho familiar y sucesiones. Por tanto, para este autor, el acuerdo acerca de una maternidad subrogada será acreditado como un contrato, más allá de las consideraciones respecto de su licitud o ilicitud.

Sobre el contrato de vientre hay varios conceptos:

- Según Jesús Gonzáles Merlo; “Proceso por el cual una mujer gesta y da a luz a un infante, concebido sin copula y genéticamente ajeno, a cuenta de otra mujer”.
- 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)
- Jaime Vidal Martínez¹⁷ para quien un contrato de tal naturaleza estaría signado por su contrariedad a la moral y al orden público, así como también, a la legislación que, en el código civil de España (art. 1271), consagra que las personas presentes o futuras no pueden ser objeto de contrato, determinando, por ello, la nulidad del mismo.
- Según criterio propio; Es la práctica por la cual se sustituye a la madre que aporta la carga genética, ya que es otra mujer distinta quien gesta y da a luz al concebido.

A pesar de los criterios vertidos por los autores ya mencionados y profundizando nuestro criterio, entendemos que el contrato de vientre es una relación jurídica en la que las partes acuerdan por mutuo consentimiento que una pareja, (que constituye a la parte acreedora), dota del material genético para la fecundación, y otra, (que constituye la deudora), por intermedio de su vientre, se subroga en la gestación y pare al nuevo ser, con la intención de entregarlo a cambio de una contraprestación económica.

¹⁷ Vidal Martínez. Op. Cit. pág.191

1.9.1.- ELEMENTOS

- Relación jurídica
- Pareja que dota material genético
- Finalidad es la fecundación
- Otra mujer gesta y pare al nuevo ser
- Con la finalidad de entregarlo.

1.10.- ASPECTO JURÍDICO DEL CONTRATO DE ALQUILER DE VIENTRE O SUBROGACIÓN MATERNA

Luego de haber revisado la parte técnica - científica; abordaremos las implicaciones jurídicas y sus consecuencias prácticas.

Lo primero que se debe tener en cuenta es que en nuestro país NO existe en la actualidad un conjunto normativo que regule las técnicas de Reproducción Asistida y mucho menos los Contratos de Vientre o la Maternidad Subrogada, lo cual no significa que estas técnicas no se apliquen en nuestro país, por el contrario, las instituciones que realizan estas practicas, van proliferando, pero al mismo tiempo van trabajando al margen de una ley especifica que las regule, dejando en cualquier caso en indefensión a las personas que se sometan a tales practicas.

De esta manera, realizamos un análisis de las implicaciones jurídicas del contrato de vientre y de un posible aborto espontáneo como aspecto doctrinal en esta materia, en la cual, consultando la difusa y escasa bibliografía, así como la normatividad extranjera sobre la materia, abarcamos todos los aspectos que a nuestro entender debían quedar cubiertos en este estudio y que son los siguientes:

- Principios Generales: Acápite en el cual explicamos instituciones sobre las cuales se funda el contrato de vientre y la maternidad subrogada, como lo son el consentimiento, la capacidad, etc.

- Derecho de Personas: Existen en este momento a nivel mundial arduas discusiones sobre temas relacionados con el derecho de personas, como lo son el inicio de la existencia de la persona o la maternidad subrogada. Por supuesto este trabajo de grado no podía realizarse de manera completa, sin referirse a tan importantes temas, sentando nuestra propia opinión sobre tan discutidos aspectos.

- Derecho de Obligaciones: No debemos olvidar que la figura del contrato de vientre y la maternidad subrogada, son vínculos obligacionales entre partes, y las reglas aplicables a las obligaciones en general, son de suma relevancia para nuestro trabajo, tanto en lo doctrinal como en lo práctico.

- Derecho Contractual: La materia de contratos es la raíz y base de la figura del contrato de vientre y de la maternidad subrogada, ya que cualquier convenio o acuerdo, debe estar supeditado a lo que impone el código civil en materia contractual; además que el origen de las obligaciones que se deberán las partes, nace en el contrato.

- Responsabilidad Civil: Es de gran importancia sentar algunos puntos sobre la responsabilidad civil que se puede generar al aplicarse sobre el aborto espontáneo en el contrato de vientre como un hecho dañoso hacia una de las partes, además de analizar, qué tipo de obligaciones surgen para quien desarrolla estas técnicas, en qué eventos se entiende que ha incumplido y por lo tanto debe entrar a responder, cuál es la conducta que debe observar quien practica estas técnicas, que pasa si en medio de esta relación “contractual”, el objeto mismo de la relación contractual, que es el feto en proceso de maduración, se pierde?, estaríamos frente a una causal de responsabilidad contractual? Quien la asumiría, los padres biológicos o la madre subrogada?

Son aspectos que presentan gran interés y que serán tratados con profundidad.

CAPITULO II

MARCO JURÍDICO



CAPITULO II

MARCO JURÍDICO

Para llegar a un análisis profundo de la problemática de la responsabilidad contractual de un aborto espontáneo en un contrato de vientre, primero debemos realizar un análisis del significado que conlleva la responsabilidad; de manera que vayamos armando un criterio que nos ayude a establecer teórica y jurídicamente, las categorías jurídicas con propiedad.

PRINCIPIOS GENERALES

2.1.- ASPECTOS GENERALES

Al respecto, entran a colación varios aspectos, entre ellos no solo el jurídico, objeto de la presente tesis; sino también juegan un papel preponderante los aspectos sociales, éticos y económicos. Creemos que es de gran importancia, hacer una breve reflexión sobre estos puntos, ya que ayudaran a crear una noción sobre la magnitud del tema.

Muchas han sido las respuestas al tema del alquiler de vientre o maternidad subrogada; en particular en el aspecto social, ya que este puede ser analizado desde dos puntos de vista, uno de ellos claramente será desde el punto de vista de la colectividad; la sociedad como un conglomerado de personas que se agrupan para vivir e interactuar generando relaciones de convivencia pacífica; y el otro punto de vista será pues el de la persona, como individuo y sus necesidades.

Empecemos por el punto de vista de la colectividad. Sabemos que la sociedad se basa en la convivencia pacífica, en las buenas costumbres y en la moral; respecto a ello, la problemática del contrato de arrendamiento de vientre, ha causado gran revuelo, ya que se considera que no es correcto que una mujer de a luz a una criatura que no es suya, muchos han dicho incluso que es antinatural, otros que no es moral, otros, que va en

contra de los postulados cristianos de la iglesia católica, dándole inclusive tintes apocalípticos; y de cierta manera, tendrían razón, ya que se reduce a la mujer a una especie de nodriza, a un objeto, lo que sería peor, es que el cuerpo de la mujer se volvería en un negocio, en una mercancía sujeta a las reglas de mercado; se ha llegado a decir que la mujer que ofrece su vientre para estas practicas, cometería suicidio social. Esto ha causado cierta polémica incluso en las sociedades mas avanzadas y del primer mundo; la aceptación de estas prácticas tampoco se ha visto con buenos ojos, a tal grado que es aceptada de manera legal en pocos países europeos y apenas en siete estados en Estados Unidos. A pesar de todo, es innegablemente una realidad, y aunque todavía se habla de ello como un tabú, es también evidente que surgió en principio como respuesta a una necesidad, y esta es la necesidad del elemento de la sociedad, el individuo.

Desde el punto de vista del individuo, del sujeto que conforma la sociedad, hay dos visiones: a) La del que no puede concebir y desea descendencia; y, b) La del que ofrece su vientre por distintas causas.

Analicemos brevemente la primera, la del que no puede concebir y desea descendencia. Sabemos que como hecho biológico, generar descendencia es un aspecto natural y normal; dentro de la sociedad se concibe como lo habitual, lo común; de hecho, se remonta hasta el principio de la historia del hombre, ya que al momento de nacer la sociedad, nace también la propiedad -como postula Federico Engels en su obra “El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado”- y como parte de la continuación de la familia, pues se requería de descendencia, hijos que mantuvieran los bienes, que reemplazaran a los padres en sus obligaciones religiosas en principio y en la conservación del buen nombre de la familia; y a final de cuentas, que perpetuaran la especie. Y es esta tradición que se ha mantenido hasta nuestros días, en que lo común es generar descendencia. Pero hay un porcentaje dentro de este grupo que por diferentes razones, no puede concebir, no puede generar descendencia, por varios problemas físicos como ser malformaciones en el útero, cáncer, etc. entonces cual es la solución? En el transcurso de la historia, la incapacidad de generar descendencia, ha tenido influencia desde las épocas bíblicas de Abraham, hasta el código civil Napoleónico de 1804. Entonces la respuesta obvia para los que tienen este problema, es buscar medios

alternativos de reproducción que les permita tener la oportunidad de generar descendencia.

Ahora, en la actualidad este tipo de prácticas son usadas con frecuencia, pero bajo cierta clandestinidad, no solo por las implicaciones morales y éticas que conlleva, sino también por el factor de status económico-social, ya que los precios de estas intervenciones son costosas, sin incluir el factor del pago a la mujer que alquila su vientre que llega hasta la suma de 50.000 dólares, de modo que por lo general son personas adineradas o con facilidades económicas las que recurren a estas practicas, y por la misma razón permanecen en el anonimato.

La otra cara de la moneda, son las personas que ofrecen su vientre por distintas causas. Para estas personas, no importa la carga moral o ética que esto implique, por lo general las mujeres que realizan esta práctica, son mujeres en estado de necesidad, mujeres que por su situación económica toman la decisión de alquilar su vientre, lastimosamente, el porcentaje mas alto de mujeres que realizan dicha practica por necesidad, están en Latinoamérica; de acuerdo con el periódico “La Nación” en un articulo publicado en octubre de 2007 (<http://www.lanacion.com.ar/edicionimpresa/suplementos/enfoques/index.asp/gustavo-braco>), se calcula que un 47% de las mujeres que realiza este tipo de practicas, son de origen hispano, siendo ellas en su mayoría Argentinas, Venezolanas, Ecuatorianas e increíblemente Bolivianas y Peruanas residentes en España y en los países ya mencionados. Lo mas sorprendente, son los precios, ya que estos oscilan entre los 10.000 y 35.000 dólares, que no son ni la mitad de lo que se cobra en países europeos, razón por la cual, son cientos de parejas del primer mundo las que realizan este tipo de practica. A ello se suma la facilidad que existe para efectuar clandestinamente estas prácticas, ya que en Latinoamérica, no existen normas que regulen este tipo de actividades y mucho menos una que las sancione, de modo que hay una gran facilidad para realizar estas actividades sin ninguna consecuencia de carácter legal.

Ahora, lo que nos preocupa, es saber a quien se atribuye la responsabilidad en caso de un aborto espontáneo, ya que pueden presentarse varias situaciones, entre ellas, la falla en el procedimiento de implantación del huevo fecundado en el útero de la arrendadora, la carga genética es defectuosa, la negligencia de la arrendadora, incompatibilidad o rechazo por parte de la arrendadora. Para ello debemos hacer un análisis breve de lo que configura la responsabilidad civil.

2.2.- CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD

La palabra responsabilidad viene del latín “*responderé*”, que significa “estar obligado”, esta acepción de por sí, es una referencia amplia que engloba muchas áreas, como la religiosa, moral, jurídica, etc. Según la Real Academia de la Lengua Española, responsabilidad significa la cualidad de ser responsable. Significa deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal. Denota el cargo u obligación moral que resulta para alguien del posible yerro en cosa o asunto determinado. Sin embargo, nos interesa desglosar lo referente a la responsabilidad jurídica, que se subdivide en dos principalmente, estas son: la responsabilidad civil y la responsabilidad penal; estas se diferencian básicamente por el aspecto subjetivo y objetivo que implican, ya que la responsabilidad penal, es netamente subjetiva, vale decir que va a perseguir al sujeto que causó daño; en cambio la responsabilidad Civil es objetiva, vale decir que no persigue al sujeto, sino al objeto, al patrimonio, a lo que es cuantificable pecuniariamente.

2.2.1.- CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

La responsabilidad civil, que es de nuestro interés, se conceptualiza como aquella que lleva consigo el resarcimiento de los daños causados y de los perjuicios provocados por uno mismo o por un tercero por los que debe responderse. Los elementos de la responsabilidad civil siguiendo una sistematización clásica, son:

- El hecho humano.- Que esta ligado a la acción, sea esta culposa o dolosa.

- La antijuricidad.- Presupone la vulneración a un derecho subjetivo o interés jurídico tutelado al preexistir una obligación o deber jurídico.
- La imputabilidad.- Es la capacidad de responder por los hechos propios.
- La relación de causalidad.- Es el nexo entre la causa y el efecto.
- El daño resarcible.- El perjuicio o menoscabo que sufre la otra parte, que es pasible de indemnización o resarcimiento.

Ahora bien, dentro de lo que engloba la responsabilidad civil, tenemos dos tipos de responsabilidad; la responsabilidad contractual y la no contractual. La responsabilidad civil contractual, deviene de la violación o quebrantamiento de una obligación contractual. La responsabilidad civil no contractual o extracontractual, deviene del incumplimiento de una obligación de carácter legal o una conducta de abstención, vale decir una obligación de no hacer.

2.3.- NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE VIENTRE Y MATERNIDAD SUBROGADA

En lo que respecta a la naturaleza jurídica del contrato de madre sustituta o subrogada, entendemos que un contrato de arrendamiento, es en principio de naturaleza privada al ser netamente oneroso; existe una declaración de voluntad entre las partes de dicha relación jurídica que se expresa en un documento privado, es entonces que surge la interrogante sobre si es propiamente un contrato, ya que ello representa una relación de índole patrimonial y naturaleza privada; confiriéndole poder a las partes para decidir sobre el objeto del acuerdo de voluntades, si ello fuera así, reafirmaríamos el hecho que la vida humana en formación, sea de disposición de los contratantes, y que su vida sea objeto de una cláusula, dado que ello no es posible sin contravenir el orden público y los derechos humanos, consideramos que dicho contrato; no es netamente de carácter privatista, por el contrario prima en este, el interés público, puesto que lo que se discute es una vida humana, y la salud de la arrendante, bienes jurídicos protegidos por nuestro sistema jurídico, que son de tutela efectiva en el ordenamiento positivo, por lo que

competen al interés público, al Estado, regular este tipo de relación jurídica en observancia del principio de protección del individuo como fin último del Estado.

2.3.1.- CONCEPTO DE CONTRATO DE VIENTRE

Apuntando al objetivo de dar un criterio del contrato de vientre, lo conceptualizamos, en un criterio propio, como: ...“Aquel acuerdo de voluntades entre dos partes denominadas arrendatario, que son las personas que usan y explotan el vientre a cambio de un precio, y arrendador, que es la persona que presta su vientre a cambio de un precio, por el cual se compromete a gestar a un feto desde su concepción sin la copula y con material genético ajeno, hasta su nacimiento para después entregarlo a cambio de un precio.”

De esta manera, determinamos que los elementos de este tipo de contrato son:

- El Consentimiento.- Manifestación de voluntad que da origen a la obligación.
- Las Partes.- Entendidas como arrendatario y arrendador, que a su vez son:
 - a) Arrendatario.- Parte que va a usar o servirse del vientre ajeno.
 - b) Arrendador.- Parte que va a disponer de su propio vientre.
- El Precio.- Pago que recibe el arrendador por su prestación.
- El Objeto.- Se constituye en una obligación de dar, ya que se debe entregar al fruto del arrendamiento, que es el nuevo ser. En este punto, debemos hacer hincapié, en el hecho que para que la relación contractual se consuma en sus efectos, el nuevo ser, debe ser entregado con vida, ya que el objeto del contrato en sí, es generar un nuevo ser, y de nada sirve si este es entregado muerto.

Este tipo de contrato, como ya lo habíamos dicho anteriormente, a pesar de sus características netamente de orden privado, debe ser manejado como un vínculo contractual de orden público, ya que aquí, no se habla simplemente de una disposición de bienes o de un vínculo enteramente de carácter patrimonial; puesto que aquí se tranza con la vida humana, no solo por parte de la madre subrogada, sino también por que el objeto del contrato, es el de generar un nuevo ser, que al momento de ser concebido, ya

es titular de derechos; entonces es de interés del Estado como ente superior, que protege a sus miembros.

2.4.- RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Según Guillermo Cabanellas, responsabilidad, en términos jurídicos generales, importa la capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente.

Ahora bien, la responsabilidad se presenta en todas las ramas del derecho, y su estudio es bastante extenso, sin embargo su estudio es mas profundo en el área Civil y Penal.

En el área del Derecho Civil, se considera que existe responsabilidad *contractual*, si esta, se origina en el incumplimiento de un contrato valido, o como sanción establecida en una clausula penal dentro del propio contrato, precisamente para el caso de incumplimiento o demora en el cumplimiento (Arts. 532 – 538 Cód. Civil); y existe responsabilidad *extracontractual*, cuando esta deriva del hecho de haberse producido un daño ajeno a toda vinculación convencional, ya sea por dolo o por culpa que no configuren en una infracción penalmente sancionable (Art. 984 Cód. Civil).

En el área del Derecho Penal, la responsabilidad de los autores se extiende a los instigadores, a los cómplices y a los encubridores (Arts. 20, 22, 23 Cód. Penal), y ésta solo desaparece por la existencia de alguna excusa absolutoria, alguna causa de inimputabilidad o alguna circunstancia eximente o disminuida en lo que se refiere a la índole o cuantía de la pena, si es que en el hecho concurren situaciones de atenuación previstas por ley (Arts. 18, 19, 39, 40 Cód. Penal).

Ahora, lo que nos interesa es la responsabilidad en el área Civil, en materia contractual, que como ya se expuso, deviene del incumplimiento de un contrato valido. En este punto debemos hacer un alto para analizar un aspecto muy importante en el desarrollo de la problemática. ¿Que elementos configuran la validez de un contrato en general? La

validez en términos generales, es la cualidad de un acto jurídico para surtir efectos de derecho propios según la naturaleza y voluntad constitutiva (Ossorio). Pero en lo que se refiere a la estructura de un contrato, se debe tomar en cuenta no solo el fondo, sino también la forma, así como lo establece el Art.493 del código civil que dice: ...“Si la ley exige que el contrato revista una forma determinada, no asume validez sino mediante dicha forma”... el mismo artículo también plantea: ...“si las partes han convenido adoptar una forma determinada para la conclusión de un contrato, esta forma es la exigible para su validez.” Ahora, esto nos lleva directamente a los requisitos que tiene que cumplir el contrato para su formación, que doctrinalmente son el consentimiento de las partes, (muy ligado a la libertad contractual), el objeto, la causa y la forma, que están plasmados en el Art. 452 del Cód. Civil; ello conlleva a un análisis del objeto, ya que por regla el objeto del contrato debe ser posible, lícito y determinado o determinable, así como lo dispone al Art. 485 del Cód. Civil.

Ahora en relación a la problemática que venimos tratando, nos toca analizar lo siguiente en relación a lo anteriormente desarrollado:

1. La validez de un contrato de vientre no está sujeta a ningún tipo de forma prevista específicamente por el código civil, de tal manera que solo debe sujetarse a los requisitos generales dispuestos en el Art. 452 del Cód. Civil. Esto categorizaría al contrato de vientre como innominado o atípico dentro de la legislación boliviana.
2. Respecto al objeto debemos manifestar lo siguiente; según la doctrina y la norma vigente, el objeto debe ser posible, lícito y determinado o determinable. En un contrato de vientre, el objeto es la formación de un nuevo ser humano que nazca con vida y sea entregado con vida a sus padres genéticos. Entonces, el objeto es posible, es determinado,
3. Respecto a la licitud del objeto, se presenta un problema, este consiste en la ausencia de una norma que regule la licitud o la ilicitud de los contratos de vientre, de la maternidad subrogada, de los procedimientos médicos orientados a esa práctica y de los elementos constitutivos del contrato de vientre; de modo

que habiendo una ausencia total de regulación normativa, existe una laguna jurídica, que en principio se cubriría con la expresión: “lo que no esta prohibido, esta permitido” y que además esta refrendado por la Constitución Política Del Estado (Ley N° 2650 de 13 de Abril de 2004) en su Art. 29 y ratificado por el art. 13 inc. II de la Nueva Constitución Política del Estado, aprobada en referéndum de 25 de enero de 2009. Pero un contrato de vientre involucra una serie de aspectos legales que implican la vida humana, por lo cual, es necesario hacer notar que la falta de una normativa que cubra estos aspectos, va en contra de lo que la Convención Americana Sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica instruye en sus artículos 4to párrafo 1ro relativo al derecho a la vida; 6to relativo a la prohibición de la esclavitud; 11vo párrafo 1ro relativo a la protección de la honra y de la dignidad; 17mo párrafo 1ro, 2do relativos a la protección de la familia; 18vo respecto al derecho al nombre; 19no relativo a los derechos del niño.

4. Respecto a la libertad contractual, plasmada en el Art. 454 del Cód. Civil, plantea que las partes pueden determinar libremente el contenido de los contratos que celebren y acordar contratos diferentes al código civil, y que la libertad contractual esta subordinada a los límites impuestos por la ley y a intereses dignos de protección jurídica; lo cual nos remite a lo que proclama la Constitución Política del Estado en los arts. 6, 7 inc. a) y d).

Ahora, si bien es cierto que el código civil, da cierta libertad a las partes para poder generar relaciones jurídicas y obligaciones fuera de los parámetros de lo que dispone el mismo cuerpo legal mientras estas no sean contrarias a la ley, no es menos cierto que la Constitución Política del Estado en su art. 7 inc. d) establece que toda persona tiene derecho a trabajar y dedicarse a cualquier actividad **licita**, mientras que no perjudique al bien colectivo. Y presumiendo que la libertad contractual respecto a los contratos de vientre como una fuente de trabajo es lícita, la disposición del cuerpo humano queda limitada respecto a el bien común, los derechos del nuevo ser y los limites que implican la reducción a la esclavitud, entendiéndose esta como trata de personas al ser el objeto del vinculo contractual la vida humana. En el contrato de vientre, el hijo es tratado

como un simple medio y no como un fin por si mismo; como un bien útil y no como un valor. La relación contractual, es además degradante para el niño al ser intercambiado por dinero, esto vulnera de muchas maneras lo que la constitución política del estado y los tratados internacionales presuponen como derechos de las personas. El contrato de vientre, y la maternidad subrogada sobreponen a un primer plano la autonomía individual de las partes interesadas, en menoscabo del interés público y el bien común, a los que afectan muy de cerca los impactos ético-familiares y sociales que provoca la subrogación maternal como elemento intrínseco del contrato de vientre.

Habiendo hecho un breve análisis sobre lo que significa el contrato de vientre respecto a los requisitos generales del contrato y nuestra opinión y posición respecto al contrato de vientre y a la subrogación materna, nos toca entrar de lleno en el aspecto de la responsabilidad civil.

Para entender como surge y se configura la responsabilidad contractual, es necesario entender que en el plano jurídico, la responsabilidad deviene de una falta, de un yerro, de una irregularidad en lo pactado, de lo que el resultado obvio será el resarcimiento.

Es entonces necesario entender que debe existir en términos generales un nexo entre la acción del sujeto y el resultado acaecido; a esto se denomina relación de causalidad. En este escenario, según Soler, el derecho tiene que probar que existe efectivamente una relación que justifique el resultado vinculado al sujeto autor. Entre el hecho dañoso, que se traduce en la acción humana antijurídica, y el daño, que es el resultado, siempre debe existir una relación causal adecuada.

Ahora, la relación causal, implica una imputación física o real del resultado en base a cuestiones subjetivas como la culpabilidad y el dolo. Ya que para efectos posteriores, no será lo mismo un resarcimiento que haya sido el resultado de una conducta culposa al de una conducta dolosa.

Ambas pueden existir independientemente, ya que se da la relación causal con una imputación física o fáctica del resultado basada en el comportamiento del sujeto, que es netamente objetiva; y también se puede dar la culpabilidad en un sentido subjetivo, que juzga la conciencia del sujeto con una base moral.

Según Brebbia, la relación causal tiende a resolver si las consecuencias dañosas pueden ser atribuidas a la acción del sujeto, lo que determina la autoría del hecho; la culpabilidad implica un reproche legal al comportamiento que se hace efectivo al demostrarse la vinculación al hecho. La determinación implica precisar la vinculación entre el acto y las consecuencias.

La relación de causalidad y la culpabilidad se apoyan en la previsibilidad, que considera los elementos intelectuales y de juicio del sujeto, y su posibilidad y deber de prever lo previsible, juzgándose in abstracto la relación de causalidad e in concreto la culpabilidad.

Al determinar el grado de responsabilidad, el juzgador, debe analizar si el daño era previsible en el curso natural y ordinario de las cosas, ya que mientras mas grande es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos. De acuerdo a la corriente doctrinal argentina, en el derecho civil, la relación causal dará la autoría y la extensión del resarcimiento de acuerdo con las consecuencias atribuibles al sujeto; esto quiere decir que solo interesa el daño y su reparación de manera objetiva.

Es necesario hacer también hincapié en la culpa de la víctima y el riesgo creado, ya que es de interés del desarrollo del tema para un posterior análisis.

Cuando existe culpa de la víctima, se da una exención al acreedor total o parcial de la cosa viciosa o peligrosa ante la culpa de la víctima. Aquí la acción del damnificado no es única “causa adecuada” del perjuicio, sino que colabora causalmente el riesgo creado, ya sea por la potencialidad dañosa del objeto usado o bien por tratarse de una cosa con

vicios. En esta situación, hay una concurrencia de culpabilidades, y la responsabilidad será en la medida de la cocación.

Cuando existe concurrencia de culpa y dolo por parte de los interesados, se expone que, el dolo de una parte absorbe la culpa de la otra, y es el único responsable el autor de la acción dolosa. En este caso, la negligencia o el comportamiento de uno jamás pueden equipararse a la intención dañosa del otro.

2.4.1.- LA INTERRUPCIÓN DE LA RELACIÓN CAUSAL

Tanto las circunstancias anteriores, concurrentes imprevisibles como las posteriores imprevisibles e inevitables, integran causales de exención de responsabilidad por no existir nexos adecuados entre el hecho del agente demandado y el resultado dañoso. Estas están dadas por: a) el hecho de la víctima, b) el hecho de un tercero por el que no se debe responder en razón de no existir vínculo jurídico, c) el caso fortuito y la fuerza mayor.

En algunos casos también podrá haber lo que se denomina como nexo causal natural, en el que no se conforma una vinculación jurídica evidente entre el hecho y el resultado.

En esto, surge una interrogante, y que si el hecho dañoso para ser reparable, debe mantenerse y tener actualidad en el momento de su reclamo, o una vez desaparecido, cesa la obligatoriedad de su indemnización. Si consideramos que la interrupción del perjuicio se produjo por causas ajenas a las partes, podríamos pensar que si; no obstante el daño produce un menoscabo en los derechos de la víctima, y como tal debe ser resarcido. A continuación vamos a proceder a desarrollar de manera resumida y concreta cada punto.

a) Hecho de la Víctima.-

Como principio, podemos decir que el hecho de la propia víctima constituye una condición adecuada del resultado, ella debe soportar su propio daño. Ya que si un hecho causa daño a una persona, pero éste es el resultado de una falla atribuible solo a la

misma persona, no existe responsabilidad alguna para nadie más que para la propia víctima. Según Orgaz, lo que libera al demandado, es la culpa de la propia víctima, ya que cada uno soporta los daños que se causa a si mismo. Pero cuando la víctima asume el riesgo de lo que procede a su conducta y su accionar, hace desaparecer la responsabilidad del agente o solo la reduce?

La respuesta será, que al realizar determinadas actividades, se están aceptando los riesgos que estas conllevan; aún así, la aceptación de estos riesgos, no excluyen el deber de indemnizar ni el soportar la totalidad de las consecuencias por el agente inculpaado. Para que se provoque una reducción en la obligación de reparar, es necesario que se conforme una concausa con el accionar del demandado; a no ser que el actuar del demandado, haya sido con dolo, o con grave torpeza, causando daños no corrientes a la víctima.

b) Hecho del Tercero.-

El hecho de un tercero, es otra de las causas que liberan de la responsabilidad; se trata de la intervención de un tercero extraño al vínculo obligacional, que da lugar a un resultado dañoso, por que es el tercero el que pone la condición de la causa adecuada del perjuicio.

Cuando el hecho del tercero es la única causa del daño, resulta imposible la atribución de culpa al demandado, por que se ha producido una ruptura en la cadena causal entre el hecho del presunto responsable y el daño producido. Ahora, no interesa si el actuar del tercero fue culposo o no; lo que interesa, es que se pueda calificar al tercero como autor del hecho e igualmente se pueda imputarle las consecuencias. Pero la denominación del tercero a secas, es demasiado genérica, por lo cual, corresponde subrayar que el tercero debe ser una persona distinta a la víctima o al demandado; además que no se encuentre ligado jurídicamente a ninguno, en particular al demandado, ya que de ser así, se configuraría la responsabilidad que señala el código civil en sus artículos 990, 991 y 992. (Responsabilidad de los padres, maestros, patronos comitentes.)

Se ha expuesto que para que el tercero pueda eximir al demandado de responder; es necesario que la acción del tercero sea imprevisible e inevitable; puesto que en el hecho del tercero puede haber posibilidad de conocimiento (previsibilidad) de todas las circunstancias que hacen imputables la acción del sujeto. Por lo cual si las circunstancias son sobrevinientes, desconocidas, imprevisibles e irresistibles se libera al demandado de toda responsabilidad. Ya que de no ser así, se demuestra que los sujetos, tanto activo como pasivo de la obligación, no guardaron la cautela respectiva como para que el hecho de un tercero no perjudique el cumplimiento de la obligación.

b.1) Casos de concurrencia.-

Ahora, que pasa si existe concurrencia entre la acción del tercero y la culpa del demandado? Cuando el hecho dañoso, es consecuencia de la acción del demandado y de un tercero, la responsabilidad deberá ser compartida. Esta tiene la característica de convertirse en una obligación solidaria entre el tercero y el demandado.

Que pasa si en determinado caso concurre la culpa de un tercero, la victima y el demandado? En principio habrá que determinar la porción de carga en el resarcimiento que le corresponde asumir a la victima y deducir de ello el total del daño, del resto serán responsables el tercero y el demandado.

c) Caso Fortuito y Fuerza Mayor.-

Cuando condiciones inevitables e imprevisibles, desvían la cadena de causalidad o imposibilitan la atribución fáctica del resultado al agente, estamos en presencia del caso fortuito o de la fuerza mayor. Es que el accionar del sujeto conforme al curso natural y ordinario de las cosas no podría llevar al resultado dañoso y por ello son otras las condiciones que producen el daño. De ahí que se entienda al caso fortuito o la fuerza mayor, hacen inimputable a la conducta del demandado del resultado perjudicial, ya sea que devenga del incumplimiento contractual o bien de un daño causado en el ámbito extracontractual.

El caso fortuito o la fuerza mayor hacen inimputable al agente demandado, no en virtud de su “falta de culpabilidad”, sino, porque no es posible atribuirle las consecuencias de los hechos voluntarios, por **no** ser autor.

La diferencia entre el caso fortuito y la fuerza mayor reside en el contenido aún cuando su similitud consiste en la excusa a la responsabilidad proveniente del daño causado a la víctima.

Mientras lo fortuito es lo que proviene del azar, la casualidad, la suerte, lo que sucede inadvertidamente, la naturaleza, por lo que es un obstáculo insuperable; la fuerza mayor en cambio presupone una situación extraña que impide la actuación voluntaria proveniente del actuar humano distinta a la voluntad del demandado, que se considera doctrinalmente de menor importancia ya que es un obstáculo eludible y superable.

Las condiciones, según la doctrina, que se deben cumplir para alegar fuerza mayor o caso fortuito son:

- Que sea un hecho inevitable.
- Que sea un hecho imprevisible.
- Que sea actual.
- Que sea inimputable.¹⁸
- Que sea extraordinario

Casos de imposibilidad de cumplimiento:

1. Hechos de la naturaleza.- Los hechos de la naturaleza que asumen el carácter de extraordinarios e imposibilitan el cumplimiento de la obligación, constituyen casos de fuerza mayor.
2. Hechos del hombre.- Se encuentran constituidos por diferentes manifestaciones donde interviene fundamentalmente la actividad

¹⁸ La inimputabilidad resulta de la valoración de la existencia de una conducta dolosa o culposa, de modo que no puede ser un requisito para la inimputabilidad, ya que cualquier tipo de conducta sería eximida de la obligación de resarcir el daño causado, traduciéndose esto en una falta de seguridad jurídica.

humana, que se constituyen en el acto de autoridad o también conocido como “El hecho del príncipe”, la huelga, el lock-out, la guerra, la enfermedad del deudor, el hecho del tercero y las revoluciones.

En este punto, debemos hacer un alto, ya que aquí se menciona la enfermedad del deudor, a lo que Paúl Esmein, dice: “Cuando la enfermedad sea imputable al mismo deudor, no será causa de exención, alcoholismo, toxicomanía; en el caso en que esta fuere extraña o ajena, lo eximirá de culpa ante el incumplimiento.”

Los Hermanos Mazzeaud, explican, que la dificultad mas grande esta en determinar si la enfermedad es un elemento externo o interno; ellos dicen, que es el juez quien debe determinar si los presupuestos de la enfermedad, imposibilitan el cumplimiento en forma total. También sugieren que es imprescindible hacer la distinción cuando las obligaciones son “*intuito personae*”, donde la actividad del deudor resulta relevante a diferencia de las obligaciones de dar, hacer y no hacer en general, en las que el cumplimiento resulta fungible.

En un contrato de vientre, como ya lo habíamos dicho; la obligación es de hacer en principio, ya que en esta, el deudor, que es la madre subrogada, debe ajustar su conducta a los términos de la obligación, su accionar compromete su energía, su dedicación, para que se concrete la realización de un servicio, que en nuestro caso es netamente físico en favor del acreedor, que son la pareja que aporta el material genético. Ahora, dadas las características del contrato de vientre, sale a relucir el carácter personalísimo de la obligación, siendo esta infungible por lo que el deudor no puede ser sustituido por otro al menos no hasta antes de cumplida la etapa de gestación y alumbramiento. Lo que nos lleva a la segunda fase del contrato de vientre, que es la entrega. Esto se configura en una obligación de dar, que consiste en la entrega de una cosa o bien, por parte del deudor al acreedor como modo primordial para librarse de la obligación. Ahora, doctrinalmente, la finalidad es esencialmente para:

- Constituir derechos reales sobre la cosa.
- Transferir exclusivamente su uso o su tenencia.

- Para restituir la cosa a su dueño.

Nosotros creemos que la finalidad, doctrinalmente hablando, es la de restituir la cosa a su dueño; ya que si bien es la madre subrogada la que da a luz a la criatura, la misma no posee, ni lleva en si ningún elemento biológico ni genético de la madre subrogada; mas por el contrario, carga en si los elementos contribuidos por sus padres genéticos y biológicos; de modo que la parte deudora, se libera completamente de la obligación al entregar a la criatura a sus padres genéticos con vida.

Entonces podemos decir que para que se concrete la figura del contrato de vientre, hay dos etapas importantes, primero, que se deben mantener todos los cuidados pertinentes en periodo de gestación hasta el alumbramiento; y segundo, que la criatura debe ser entregada con vida a los padres que aportaron el material genético.

Ahora bien, si el vínculo obligacional se rompe antes de la conclusión de la primera etapa, hay dos soluciones. Una, demandar la resolución del contrato por imposibilidad sobreviniente, en la cual, al demostrarse el caso del aborto espontáneo, la madre subrogada, deberá restituir lo recibido, descontando lo ya usado a favor de la criatura hasta el momento en el que se produjo el aborto espontáneo, vale decir lo invertido en alimentación, controles médicos, etc. La otra, demostrar que hubo culpa o dolo y consiguientemente reparar el daño causado.

Ahora, es necesario analizar el caso de negligencia o intencionalidad, ya que los efectos del resarcimiento variarán entre una y otra. Primero, hay que aclarar que el aborto espontáneo es producto de la naturaleza, imprevisible e inesperado, por lo cual le es inimputable tanto al acreedor como al deudor. En cambio, cuando se demuestra o cuando se establece que existió culpa o dolo existe cierto porcentaje de carga que el deudor debe de asumir respecto al acreedor en lo que concierne a la reparación del daño.

Habiendo hecho el análisis del dolo y la culpa en la relación obligacional, podemos establecer que cuando ha mediado dolo; en nuestro caso vale decir, que ha existido una manifiesta desidia en lo que respecta al cuidado que se debería tener, la responsabilidad

recae completamente sobre la deudora, significando esto el resarcimiento completo del daño causado mas los daños y perjuicios que son el efecto directo del incumplimiento.

Ahora, si bien el caso fortuito es exculpatorio, y este es invocado por la parte deudora; ésta debe probarlo, así como las causas que impidieron el cumplimiento de la obligación, así como lo expone el principio *allegans casum fortuitum illum probare tenetur*, o como la máxima procesal *onus probandi incumbit actori, neccesitas probandi incumbit ei qui agit, actore non probante, reus absolvitur*; es decir, el que alega el hecho exculpatorio deberá lograr su demostración. Además de la prueba del hecho que resulta la base del caso fortuito, el deudor también deberá demostrar que ese mismo hecho impidió el cumplimiento, vale decir la relación entre lo acontecido y la ruptura del nexo causal.

Salvat, dice que la inexecución del deudor tiene 3 causas:

- a. El dolo
- b. La Culpa
- c. Caso Fortuito

El mismo profesor expone que cuando hay caso fortuito o fuerza mayor, hay ausencia de culpa y dolo; pero no siempre que hay ausencia de culpa o dolo hay caso fortuito o fuerza mayor.

En este punto, creemos conveniente hacer una breve diferencia entre la falta de culpa y la fuerza mayor o el caso fortuito.

En la falta de culpa, se hace un análisis de la conducta del agente, juzgando su comportamiento “in abstracto”; mientras que en la fuerza mayor o en el caso fortuito, se dan situaciones extrañas e incontrolables al comportamiento y accionar del sujeto. Sobre este tema se han elaborado diferentes teorías para lograr una diferenciación mas precisa, entre ellas la clasificación creada por Demogue entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado o de fines.

- a) Obligación de Medios.- Impone al deudor obrar con diligencia o prudencia donde solo debe observar las medidas suficientes para alcanzar el resultado, **pero** sin prometer el fin, el resultado queda fuera de la obligación, siendo el requisito para cumplir la obligación, simplemente observar las diligencias necesarias por parte del deudor. La carga de la prueba se resuelve cuando el **acreedor** demuestra que la raíz del incumplimiento se debe a la culpa del deudor.
- b) Obligación de Fines.- El contenido u objeto de la prestación esta dado por el fin y su consecuencia; si no se logra el resultado, aun cuando el deudor haya puesto toda su diligencia, la obligación queda como incumplida. La carga de la prueba se resuelve cuando el **deudor** demuestra el cumplimiento del resultado, o bien que por caso fortuito o fuerza mayor no pudo lograr el fin.

La diferencia entonces radica en que en las obligaciones de resultado, solamente exime de la demostración de caso fortuito, mientras que en las de medios, basta con la falta o ausencia de culpa.

Resulta pertinente en este punto calificar los efectos del caso fortuito. Estos son:

- El deudor se exime de responder por los daños y perjuicios así también como también del incumplimiento.
- Si la obligación se hace imposible temporalmente por una causa ajena, no imputable al deudor; una vez que ésta cese, la obligación se hace exigible.
- Se exime de la mora hasta que el impedimento cese.
- Cuando se trata de una obligación de plazo esencial, se da un incumplimiento total.

Enneccerus y Lehman¹⁹ al respecto dicen, si la imposibilidad es pasajera, entonces se espera que NO se extinga, sino que no se esta obligado mientras exista la causa de impedimento, de modo que no se incurre en mora. Pero, si la prestación que aun es posible, no se adecua al contrato, la imposibilidad temporal se convierte en definitiva.

¹⁹ Enneccerus – Lehman, Tratado de Obligaciones tomo II. Barcelona 1954

Ante esto, se dará una prestación parcial, que consiste en cumplir la obligación en la porción posible, esto sirve para aminorar la carga del resarcimiento. Art. 379, 380, 382 del Cod. Civil boliviano.

A pesar de lo expuesto, podemos afirmar que en un contrato de vientre, no será posible dar paso a una prestación parcial ya que es ridículo pensar que se podrá tener por satisfecha la obligación al entregar solo a una parte de la criatura, por lo cual un aborto espontáneo significa un caso de imposibilidad definitiva, Art. 379 Cod. Civil boliviano; no obstante, sí podríamos pensar en una prestación parcial al deducir que en el transcurso de tiempo transcurrido, se prevé que la prestación vaya a ser efectiva en su curso normal, vale decir hay cierta certeza de que la obligación esta en proceso de materializarse; en nuestro caso si el periodo de gestación ha transcurrido normalmente hasta los 5 meses o 20 semanas, se presume que el embarazo ha sobrepasado mas de la mitad del tiempo de gestación promedio que es de nueve meses, por lo cual se tendría cierta certeza de que la obligación esta siendo cumplida. Pero el riesgo de que se produzca un aborto espontáneo, es latente todavía hasta las 25 semanas, o sea seis meses, La causa de la mayoría de los abortos espontáneos es la muerte fetal debido a las anormalidades genéticas del feto que **no** suelen estar relacionadas con la madre. Otras causas posibles del aborto espontáneo son: infección, defectos físicos maternos, factores hormonales (endocrinos) respuestas inmunes y enfermedades maternas sistémicas graves (como la diabetes o los problemas tiroideos).

Por lo que en teoría, la madre gestante que sufre un aborto espontáneo a partir de los seis meses, podría haber cumplido la obligación en la porción o parte que le fue posible, y al no haberse podido materializar la obligación debida, le correspondería simplemente restituir a la parte acreedora, lo pagado, restando lo ya empleado como parte de las diligencias para alcanzar el objetivo de la obligación. Ahora que la parte que constituyen al acreedor pueden aceptar la prestación así como pueden negarla al resolver el contrato. De cualquier manera la exención de la responsabilidad será medida en base a cada caso. Art. 578 Cod. Civil.

Ahora, existen algunos supuestos que modifican los efectos normales del caso fortuito o la fuerza mayor, ya sea agravando la responsabilidad del deudor, o haciéndolo responsable ante el hecho fortuito, o bien declarándose manifiestamente en pacto expreso que el deudor no debe responder. Ello ocurre con la cláusula de responsabilidad o pacto de garantía ante la culpa o mora del deudor, o bien las llamadas cláusulas o pacto de irresponsabilidad.

1. Las cláusulas de responsabilidad, son aquellas en las cuales el deudor se hace responsable por el incumplimiento de la obligación aun cuando sea por fuerza mayor o caso fortuito, esto conformaría tácitamente la renuncia a un derecho para contraer una obligación; esto basado en el principio de la autonomía de la voluntad, que en determinadas circunstancias es bastante cuestionable, ya que en ciertas ocasiones, puede ir en contra de la parte que acepta este tipo de cláusulas; para ello, el código civil también prevé un límite para la autonomía de la voluntad, la prohibición de las cláusulas leoninas. Al respecto, el código civil, anticipa en el art. 577, que las partes pueden pactar que sea el acreedor el que asuma los riesgos.
2. Respecto a la culpa o mora del deudor, el código civil, establece que el deudor no es responsable cuando se produce el incumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor, salvo que éste haya incurrido en mora o por que la razón del incumplimiento sea culpa del deudor. Art.342 Cod. Civil. En general, se sostiene que se trata de una excepción al supuesto de liberación que otorga el caso fortuito o la fuerza mayor, por que es el mismo deudor quien por su culpa o estando en mora fue el causante del asunto en cuestión.
3. En lo referente a la cláusula o pacto de irresponsabilidad, nos encontramos una vez mas con la figura de la autonomía de la voluntad, ya que las partes pactan y ratifican la inexistencia de responsabilidad cuando existe fuerza mayor o caso fortuito

Ahora, para un estudio mas completo del tema, analizaremos los supuestos de concurrencia entre el caso fortuito y la culpa del demandado, y entre el caso fortuito y el

riesgo creado por la actividad del deudor, esto para determinar doctrinalmente si este tipo de casos se pueden dar en un contrato de vientre.

A. Caso fortuito y culpa del demandado.- Según Rubén Compagnucci de Caso²⁰, esta es una situación en la que el caso fortuito no resulta única causa del incumplimiento o del daño, y ésta concurre con la conducta culposa del demandado. Para ello, se han dado dos soluciones en la doctrina. Una en la que se considera que el demandado debe indemnizar la totalidad del daño, sin distinguir la proporción. Y otra en la que se propone, que la responsabilidad debe ser proporcional al grado de concurrencia. Sobre esto, nosotros creemos que en base a la relación de causalidad, el demandado culposo debe cargar con las consecuencias de su acción, y no más allá de ello; pues si las consecuencias dañosas son mayores que otras condiciones que han sido *cocausantes* de daño, no es posible hacer cargar al deudor con la totalidad del daño. Éste cargara con la responsabilidad en la medida de su contribución causal. Al respecto, el código civil boliviano, prevé en su artículo 345 que el resarcimiento solo corresponde al daño previsto o a lo que ha podido preverse, especificando claramente, siempre que el incumplimiento **no** se deba al dolo del deudor. De lo cual deducimos que la culpa, hace responsable al deudor solamente en el limite de su conducta; de la misma manera lo establece el artículo 348 del código civil respecto al acreedor. En lo concerniente al objeto de esta tesis, podemos ilustrar esta problemática con un caso hipotético; la madre subrogada, es remunerada periódicamente para mantener su estado de salud mediante controles médicos; al margen de ello, es dotada con una serie de complementos vitamínicos por los acreedores con la finalidad de que la mujer de a luz a una criatura sana y fuerte. Pero sin saberlo, se da una reacción negativa ante una de las pastillas, lo cual genera una reacción del sistema inmunológico de la madre, dando por resultado, que el feto sea atacado, siendo la consecuencia final, un aborto inesperado. Aquí, existe un caso típico de cocausación, ya que fuera de lo previsible, existió culpa por ambas partes, de una por no tener reparo en lo que consumía, y en la otra por no prever

²⁰ Seguros y Responsabilidad Civil, Compagnucci – Zannoni, Ed. Astrea.

los efectos de determinados medicamentos. Corresponde entonces una situación donde el acreedor no puede pedir una reparación del daño en el que el tuvo parte, por lo cual se dará una reparación al daño en base a la medida de la participación de cada copartícipe.

- B. Caso fortuito y Riesgo creado.- si el daño se produce parcialmente por la acción de alguna de las partes y parcialmente por el riesgo (posibilidad de daño) de la cosa. Cuando concurren como concausas el riesgo y el caso fortuito, se atenúa la responsabilidad del agente teniendo en cuenta la incidencia del riesgo en la producción del daño.

Respecto a la concurrencia y concurrencia de culpa, es necesario hacer énfasis en la relación de causalidad, ya que debe existir un nexo entre la conducta del deudor o agente y el daño para que se pueda exigir el resarcimiento o para que se determine la responsabilidad civil y sus límites en lo que corresponde a la reparación, nuestro ordenamiento jurídico, toma como base el concepto de la inmediatez para clasificar consecuencias y también la previsibilidad en abstracto para la imputación de las normas.

Doctrinalmente, existen 4 tipos de clases de consecuencias. Estas son:

- I. Inmediatas.- Son el resultado LÓGICO de una acción eficaz para producir un resultado. Estas se caracterizan por tener un resultado cercano, inmediato. La consecuencia entonces es secuencial a la acción y no así cronológica.
- II. Mediatas.- Son el resultado de la CONEXIÓN del hecho con un suceso diferente. Aquí, dos hechos se vinculan para producir un resultado; estos serán los del agente y los de un tercero. Este tipo de consecuencia, se caracteriza por ser previsible por cualquier persona, lo cual la hace imputable a cualquiera que produjera daño con su obrar.
- III. Casuales.- Son consecuencias mediatas IMPREVISIBLES, se producen accidentalmente y resultan indirectas en relación al hecho que las antecede, por lo tanto, no son imputables al autor del acto, ya que no es previsible por no ser normal.

IV. Remotas.- Son aquellas que no son imputables en ningún caso, debido a que no existe nexo causal entre el hecho ilícito y el resultado final. Vale decir que las consecuencias remotas no son reprochables a las partes, por no haber vínculo entre el accionar de una de ellas y el resultado.

En lo correspondiente a la imputación de los resultados; las consecuencias inmediatas de los hechos libres, son imputables a los autores de ellos. Esto de acuerdo a la teoría de la causa adecuada.

La doctrina, sobre esto emitió varios criterios, entre los más importantes, mencionamos los siguientes.

2.5.- EXTENSIÓN DE LA REPARACIÓN

Ante el incumplimiento de la obligación o del hecho ilícito extracontractual, aparecen variados perjuicios, surgiendo así la obligación de reparar.

La reparación del daño debe ser integral, debe indemnizar a la víctima, restituir al damnificado al estado anterior al hecho dañoso. Para ello existen dos sistemas para fijar el quantum del resarcimiento. Uno de corte subjetivo, que mira el comportamiento del agente causante del daño y gradúa su obligación en la medida de su culpabilidad o dolosidad. Y la medida de la reparación será en base a su conducta dolosa o culposa.

El otro criterio, de corte objetivista, toma en cuenta solamente el daño ocasionado. El responsable, queda obligado a resarcir todo el daño, tomando en cuenta la situación patrimonial de la víctima antes y después de soportar el perjuicio.

A) Sistema Subjetivo.-

Este sistema gradúa el resarcimiento en función al comportamiento del agente. El representante más prominente de este sistema fue Ihering, que decía: “la medida de la falta, determina la medida de la responsabilidad”. El dolo en cambio, obliga de manera absoluta, la culpa solo dentro de ciertos límites.

Pothier, distingue entre el incumplimiento culposo y el incumplimiento doloso, y sostiene que no se puede someter al deudor a indemnizar al acreedor de todas las

perdidas que le haya ocasionado el incumplimiento de la obligación y menos las ganancias que el acreedor hubiese podido hacer, si el deudor hubiera satisfecho su obligación, por lo que expresa, que el régimen del incumplimiento doloso será diferente al del incumplimiento culposo.

Cuando el incumplimiento es culposo, el deudor solo queda obligado a los daños y perjuicios que haya podido prever que el acreedor vaya a sufrir en la inejecución del contrato, pues presupone que el deudor no ha cometido otros daños. Se trata de reparar los daños intrínsecos que se identifican con el objeto de la obligación solamente. En cambio, cuando el incumplimiento es debido al dolo del deudor, no solo quedara obligado a reparar los daños intrínsecos, sino también los extrínsecos, es decir los demás sufridos en los bienes del acreedor.

B) Sistema Objetivo.-

Viene de la corriente doctrinal Suiza y Alemana, en ellas se consagra el principio de la reparación integral, que significa, dejar a la víctima o acreedor en las mismas condiciones en las que se encontraba con anterioridad al hecho dañoso. Esto no significara un enriquecimiento desmedido o una satisfacción mas allá del daño sufrido, sino simplemente constituirá una reparación. Esta corriente, se atiene al daño causado y no así a la conducta del sujeto, implicando que no se considera el dolo, ni la culpa; sino más al contrario solo el resultado final; vale decir que no analiza el comportamiento del deudor, ya que el límite de la reparación lo da la relación de causalidad. Por ende, solo indemnizará el daño que constituya una consecuencia del hecho que se obliga a la indemnización. Aclarando que no se requiere la previsibilidad del daño, pues si deriva de un acto culposo, tiene que haber previsto el primer resultado contrario a derecho, ya que lo contrario no hay culpa. Cumplido este requisito, no importa la previsibilidad del daño que deriva de ello.

Según el sistema objetivo, no existe una distinción entre los daños previstos o imprevistos, directos o indirectos; el deudor debe afrontar todos los que tengan relación causal con el hecho, el único límite es la relación de causalidad. Von Thur, citado por Enneccerus y Lehman, explica:

- Que la indemnización abarca todas las consecuencias perjudiciales derivadas del hecho dañoso;
- Que el autor, no responde solamente por el daño causado de manera directa, sino también de las que se produzcan por la concurrencia de otras circunstancias posteriores;
- Que el resarcimiento de los daños no excede nunca los límites de la conexión causal.

2.5.1.- LIMITES DE LA INDEMNIZACION EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

Nuestro código civil, distingue entre la responsabilidad que proviene del incumplimiento de un contrato y la responsabilidad que proviene fuera de un contrato; diferenciándolas claramente.

A.- RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Dentro de la responsabilidad contractual, puede hacerse una subclasificación entre obligaciones que no tienen por objeto las sumas de dinero y las que tienen por objeto entregar sumas de dinero (Art. 347 cód. civil). En nuestra legislación prevalecen los principios subjetivistas, es decir que para medir la indemnización, se considera la conducta asumida por el deudor, aun cuando no prescinde del todo de la relación causal ya que es ésta la que da las pautas para determinar el límite del resarcimiento; por ello, entendemos que nuestra legislación adopta en cierta medida un sistema mixto. En resumen, el derecho civil boliviano, sigue los lineamientos del derecho francés en lo referente al incumplimiento contractual, respecto a su dolosidad o culpabilidad; estableciendo una indemnización mayor para el primer caso y una menor para el segundo, de modo que la relación de causalidad es importante en base a la acción y conducta del agente.

A.1.- INCUMPLIMIENTO CULPOSO

El Art. 345 del código Civil, habla del daño previsto y expone: “El resarcimiento solo comprende el daño previsto o que ha podido preverse, si el incumplimiento o retraso no se debe al dolo del deudor”; igualmente el Art. 346, que trata sobre los daños inmediatos y directos, así, expone: “Aunque haya dolo del deudor, el resarcimiento no debe comprender, en cuanto a la pérdida experimentada por el acreedor y la ganancia de que ha sido privado, sino lo que sea consecuencia inmediata y directa del incumplimiento”. Si bien la norma no establece claramente los parámetros de la responsabilidad de culpabilidad, se deduce ello al regular expresamente el incumplimiento doloso. Aquí se regula entonces, la medida de la reparación ante el incumplimiento imputable por culpa de modo genérico o en lato sensu.

Ahora, respecto al Art. 345, hay que considerar lo siguiente. La referencia a “lo previsto o lo que ha podido preverse”, da un vacío, ya que cada deudor, respecto a su caso (*casus*), podrá argüir que ha previsto los daños de diferente manera, con lo que respondemos que lo previsible, es la consecuencia inmediata a una acción como reacción.

La consecuencia inmediata, se traduce en lo que acostumbra a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas; es el efecto “inminente y necesario”. En el incumplimiento contractual, la consecuencia deriva del propio incumplimiento del deudor, por lo que resulta inminente; y es necesario por que de ello deriva la obligación de resarcir, de otra manera, no existiría motivo para indemnizar al acreedor o a la víctima.

Ahora, como parte de nuestro análisis, estudiaremos los daños indemnizables ante el incumplimiento culposo de la obligación.

Empezamos preguntándonos, si resultan reparables los daños “circa rem”, es decir lo que experimenta el acreedor en el objeto de la obligación o los “extra rem”, o sea los que el acreedor experimenta en sus otros bienes? El daño directo, previsible, e inmediato,

presentan cierta semejanza conceptual. Estas resultan ser los perjuicios que el acreedor sufre como consecuencia inmediata del incumplimiento, en el mismo objeto de la prestación. No se debe a otra consecuencia o a otro hecho, pues entonces no sería una consecuencia “mediata”; ello concuerda con el concepto de la consecuencia previsible o daño previsible, pues la consecuencia inmediata es la típicamente previsible. Por ello, la corriente doctrinal que sigue la legislación boliviana, sostiene que el deudor culposo, solamente debe reparar los daños intrínsecos, o sea los que el acreedor haya sufrido en la misma cosa objeto de la prestación y no los sufridos en sus otros bienes.

A.2.- INCUMPLIMIENTO DOLOSO

Como principio esencial, tenemos que el incumplimiento doloso del deudor agrava su responsabilidad; ya que cuando se produce un supuesto de responsabilidad contractual derivado del dolo del deudor, se deben reparar las consecuencias inmediatas y mediatas. Más no así las consecuencias casuales aun cuando fueran consideradas de antemano por el autor del incumplimiento; ya que se mantiene la relación causal entre su accionar y el daño, y al no destruirse la vinculación fáctica subsiste en plenitud su obligación de resarcir.

En resumen, el deudor doloso, responde por los daños que resultan consecuencias mediatas e inmediatas de su incumplimiento. Dentro de las consecuencias inmediatas se incluyen a los daños extrínsecos que por su característica, son aquellos que como los indirectos derivan de las consecuencias inmediatas. El dolo contractual, consiste en esencia en el incumplimiento deliberado de la obligación, no como una simple intención de causar perjuicio, sino más bien con el objetivo de no cumplir a sabiendas; es por ello que la obligación de resarcir es mayor.

Las diferencias entre ambos tipos de incumplimiento son notorias, de modo que mientras el deudor culposo debe responder por las consecuencias inmediatas, el deudor doloso, asume las inmediatas y mediatas.

B.- RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

La extensión de la reparación de establece en la medida de la relación de causalidad, ya que no es posible creer que en nuestro sistema jurídico civil, que el autor del perjuicio,

deba resarcir todo el daño “materialmente” ocasionado. Solo reparará hasta donde el daño sea resarcible jurídicamente, y no así hasta donde hayan podido llegar sus consecuencias.

Respecto a la responsabilidad extracontractual, se aplican en general las medidas expuestas en la relación de causalidad.

2.6.- DELITOS Y CUASIDELITOS.

Dentro del tema de la responsabilidad, creemos necesario hacer una breve mención de los cuasidelitos y los delitos, ya que estos forman parte del régimen de reparación de daños; y al mismo tiempo ambas categorías resultan diferentes para fijar el límite de la reparación del daño causado.

Los cuasidelitos se caracterizan por que el agente no obra con dolo, sino culposamente, no manifiesta la voluntad de hacer daño, sino mas bien existe una inobservancia a los deberes del buen obrar o de asumir un comportamiento diligente o idóneo. Aquí, el autor del hecho, responde por las consecuencias inmediatas y mediatas, debido a que las primeras, eran consecuencias normales, que suceden conforme al curso normal y ordinario de las cosas y las segundas, se vinculan a otro hecho, pero la conexitúd entre ambas era evidente por el grado de probabilidad que estaba en el agente de preverlas, de allí es que nace la imputación.

Los delitos en cambio, tienen como objeto principal al dolo del agente, vale decir que el acto ilícito es ejecutado a sabiendas y con intención de dañar o vulnerar los derechos de otro. Por lo que el agente autor del daño, debe responder por las consecuencias inmediatas, mediatas e inclusive por las casuales; ya que el dolo significa que existió premeditación, y esta significa que el agente, consideró la magnitud del daño, por lo que pudo prever las consecuencias en diferentes grados, esperando un resultado aprovechando la conexión causal que solo éste conocía.

2.7.- EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD

En un contrato de vientre, para que se exonere a la madre portadora, se deben reunir los siguientes requisitos:

Que el vicio es producto de la mala praxis medica

Que la portadora no tenía conocimiento del defecto en razón a los cuidados debidos

Que le era imposible controlar el desarrollo del embarazo

Conviene precisar que se configura una maternidad subrogada gratuita en aquellos casos en que la madre gestante no recibe dinero o alguna contraprestación, a cambio de la gestación sino que, por el contrario, ella gesta por otra mujer y es motivada por un sentimiento altruista, cual es el de ayudar o contribuir al nacimiento de un hijo de una persona que no quiere o no debe hacerlo.

La única recompensa o contraprestación que en este contexto recibiría la madre gestante sería la gratitud de la pareja contratante y la felicidad que le ha proporcionado con su “gesto altruista”. En la mayoría de los casos en los que nos encontramos ante esta especie de maternidad subrogada, la madre gestante tiene un vínculo afectivo o familiar con uno de los componentes de la pareja que solicita su vientre. Igualmente se presenta el caso en que es la madre gestante quien se ofrece a gestar por un ser querido o cercano, que no puede o no quiere llevar por si mismo este proceso de gestación.

2.8.- INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

Se trataría, de un escenario ideal en el que cada una de las partes logra u obtiene la finalidad perseguida en el respectivo vinculo contractual. En el caso, el nacimiento del hijo concebido en un vientre diferente al de la madre aportante del ovulo fecundado constituye un presupuesto fundamental para que se produzcan los efectos jurídicos propios de todo nacimiento, ya que la interrupción del proceso de gestación por

cualquier causa, natural o provocada, malograría el objeto fundamental del contrato que consiste básicamente en la procreación de un nuevo ser humano.

En este sentido surgen para cada una de las partes, madre aportante del ovulo fecundado y madre portadora del mismo, obligaciones reciprocas de diferente contenido y alcance. De un lado, la madre contratante del vientre estará ante la obligación de cancelar la contraprestación económica con la cual se obligo frente la madre portante, o en su defecto, al saldo pendiente de esta prestación económica, que genéricamente se llamaría “canon de arrendamiento”, ya que es el beneficio económico recibido por la madre que ha llevado el proceso gestacional.

De igual manera, la madre gestante, y quien finalmente dio a luz al hijo, debe cumplir con su principal obligación, que consiste en la entrega del producto de la gestación, que obligatoriamente será un nuevo ser humano, esta entrega deberá hacerse a la madre contratante solo cuando los médicos y profesionales, determinen que ya no se necesita de la presencia corporal de la madre que dio a luz al bebe.

En relación con el acto de entrega material del recién nacido a la madre contratante, irrumpe de inmediato una pregunta importante, en relación con cual de la madres, si la portante del ovulo fecundado o aquella que dio a luz es la llamada a atender la alimentación materna que demanda todo recién nacido.

Se ha entendido en buenos términos que el proceso de alimentación inicial debe ser asumido como obligación propia de la madre que dio a luz, ya que en esta tarea se requiere una completa compenetración afectiva y corporal en función de los mejores intereses del recién nacido.

La madre gestante, así como en cualquier relación obligacional, puede incurrir en mora, si no entrega a la criatura cuando esta es reclamada, pero, para ello también existe un parámetro de tiempo. Se ha establecido que el periodo vital en el que la criatura recién nacida, necesita de su madre, es hasta las tres o cuatro semanas, ya que es en este

periodo en el que la criatura recibe de la madre la alimentación primaria que fortalecerá su sistema defensivo e inmunológico. Por lo que la madre subrogada, entrará en mora al no entregar a la criatura en el lapso de un mes o un mes y medio. Después de este tiempo, la pareja acreedora, podrá hacer uso todos los medios que establece el código civil.

Ahora, el hecho mismo del nacimiento del nuevo ser da lugar a múltiples interrogantes de todo orden en lo que hace relación con la asistencia materna que la madre gestante esta llamada a brindar a ese hijo que ha gestado.

Incluso se discute si una vez producido el acto de entrega física del recién nacido, la madre gestante tendrá a futuro otras obligaciones en relación con ese nuevo ser, como por ejemplo su colaboración frente al conjunto de pruebas judiciales destinadas a orientar la maternidad del menor, si esta fuere objeto de disputa judicial.

2.8.1.- INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DE LA MADRE SUBROGADA

Es claro que la madre gestante, puede en la práctica, incurrir en un conjunto de comportamientos que bien podrían llevar a la configuración de causales de incumplimiento del contrato de gestación subrogada, (al margen del aborto espontaneo), entre dichas actitudes podemos ver:

- El traslado inconsulto de la madre gestante a otro lugar diferente a aquel en que habitualmente constituye su domicilio personal. Este hecho producirá inconvenientes en la ejecución del contrato, ya que la pareja contratante se vería marginada de la posibilidad de efectuar un seguimiento a la evolución del feto y futuro hijo.
- La negativa reiterada de la madre gestante a la practica de exámenes médicos de diagnostico y control de su proceso gestacional y en general de su estado de salud física y mental.
- El deliberado descuido en la ingestión de medicamentos y en el seguimiento de las recomendaciones medicas aconsejables a su estado gestacional.

- La practica de actividades deportivas, laborales y en general de acciones que impliquen poner en riesgo su propia vida y la del hijo en gestación, tal como ocurre con la práctica de deportes considerados como de alto riesgo o extremos.
- El consumo habitual de bebidas alcohólicas, sustancias psicotrópicas y drogas en general que alteren o puedan llegar a alterar las condiciones físicas y la estabilidad psicoafectiva tanto de la madre gestante como la del feto.
- El descuido deliberado en los hábitos alimenticios y en las dietas aconsejadas por los especialistas tratantes de la madre gestante.

Todas estas circunstancias podrían significar un grave incumplimiento del contrato de arrendamiento de vientre, con las consecuencias jurídicas correspondientes, pero es claro también que esta modalidad contractual es calificada como de carácter bilateral, toda vez que perfeccionado el contrato, surgen derechos y obligaciones para las partes.

La interrupción del embarazo por decisión de la madre gestante, se constituye en un lamentable y grave caso de irresponsabilidad por parte de la portadora de un ovulo fecundado ajeno. Esta práctica abortiva de resultar exitosa implicaría frustrar la posibilidad de pareja aportante en su expectativa de tener un hijo, cuestión que constituye el objeto en si del contrato de vientre. De modo que este aborto premeditado puede tratarse como una clara causal de incumplimiento del contrato, teniendo como corresponde, un resultado jurídico que se constituiría principalmente en el resarcimiento de los daños causados a la otra parte, tal como lo establece el código civil en sus artículos 568, 574; y el código de comercio en su articulo 802. Pero cabe también mencionar la limitación a la responsabilidad de un aborto premeditado cuando existe estado de peligro, lo cual se traduciría en un riesgo excesivo para la vida de la madre en lo que se configuraría como una complicación en el embarazo o en un embarazo de alto riesgo, para lo cual se aplicaría el articulo 560 del código civil, salvando el caso de la explotación inmoral.

Ahora que si por el contrario, a pesar de haberse realizado los procedimientos abortivos, sin obtener un resultado exitoso, pero con lesiones irreversibles al feto, se debe aplicar lo que establece el código penal en sus artículos 263, 270, 271 y 272.

La interrupción del embarazo por causas naturales, se configura entre las causas involuntarias, difíciles de evitar por el ser humano e imprevisibles, de modo que es necesario un análisis de cada caso, ya que al comprobarse el caso fortuito o la fuerza mayor, se libera de cualquier responsabilidad a la madre gestante.

2.9.- LEGISLACIÓN COMPARADA

2.9.1.- ESTADOS UNIDOS DE AMERICA

Al ser este un país federal, compuesto por estados independientes, existen tantas legislaciones como Estados. En este sentido cada estado tiene competencia, al igual que en el resto de las materias, para legislar sobre el derecho de familia, civil, penal, etc. Por ello es que no existe un derecho general federal, sino más bien, cada estado tiene una norma propia. Sin embargo al observar las diferentes legislaciones estatales, se puede ver que si bien no existen leyes expresas que permitan la practica del contrato de vientre, tampoco hay alguna que la prohíba, existiendo en general una tendencia de permisividad.

No obstante, en los últimos años, el estado de California se ha dado la tarea de normar el problema del contrato de vientre; esto en medio de cierta controversia, ya que en el mismo estado se ha dado cierta suerte de libertinaje normado, ya que en el mismo estado, se dio paso a una ley que permite la convivencia de parejas homosexuales e incluso la posibilidad de adoptar a un hijo, todo esto bajo el periodo del gobernador Arnold Schwarzenegger. La modalidad que la figura del contrato de vientre adopta, es que se configura como un acuerdo en forma de contrato o de convenio particular que pueden ser ejecutados coercitivamente, y consecuentemente, tienen valor legal. Otro punto importante es que los padres biológicos o genéticos, son considerados como los

verdaderos padres de la criatura que nace, entendiéndose como tales a los padres a los cuales se les otorgan los derechos paterno-filiales. Son padres contratantes los que han tomado la decisión de tener descendencia y al mismo tiempo han decidido llevar a cabo la técnica del contrato de vientre al no haber podido generar descendencia naturalmente. Lo que se pudo extrañar en la estructura de la norma, es que no establece si esta actividad debe ser remunerada o no, contrario a lo que establecen los proyectos de los estados de Illinois, Maryland, Massachusetts, Minnesota, Missouri, New Jersey, Oregon, Pennsylvania y South Carolina, en los que se admite la figura del contrato de vientre o maternidad subrogada tanto cuando existe una remuneración económica, que es la figura mas aceptada, como cuando no. Pero cabe señalar también que el estado de Michigan, ha sido el primero en promulgar una ley en la que se prohíbe rotundamente el contrato de vientre cuando no existe una contraprestación económica de por medio.

2.9.2.- CANADÁ

En el contenido del “Informe de Ontario”, (Ontario Law Reform Commission) se mostró una tendencia favorable a la figura del contrato de vientre, y recomendó poner en vigencia una norma que regule dicha figura contractual, elaborando 32 recomendaciones concretas al respecto, siendo una de las mas importantes la numero 29, que propone: “nacido un niño tras un acuerdo aprobado de contrato de vientre, deberá ser entregado inmediatamente después de su nacimiento a los padres sociales. Si la madre subrogada se negare a entregar al niño, el tribunal ordenara que el niño sea entregado a los padres sociales”. Pese a existir un documento de propuesta, el estado de Canadá todavía no ha legislado nada al respecto.

Finalmente, los contratos comerciales de vientre fueron prohibidos en 2004 por el acta de Reproducción Humana Asistida. Pero al mismo tiempo, dicha acta permite la subrogación materna altruista con base legal.

2.9.3.- FRANCIA

El "Comité National d' Ethique" ha rechazado esta práctica médica, recomendando que en la legislación en vigencia no se de cabida a la misma. Tal afirmación descansa en la creencia de que legalizar la maternidad subrogada contiene en potencia una inseguridad para el niño, para los padres, para la portadora y para todos los que en ella toman parte.

En el año 1994 se aprobaron en conjunto 3 leyes respecto a la reproducción asistida y al manejo y disposición del cuerpo; entre ellas una modifica el código civil francés, para establecer normas que aseguran el respeto del cuerpo humano y regular la filiación cuando intervienen técnicas de reproducción asistida, la ultima norma lo relativo a la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano en lo que refiere la reproducción medicamente asistida. Pese a la existencia de una organización como la ANIAS (Asociación Nacional de Inseminación Artificial por Sustitución), el código penal francés en sus artículos 345 y 353 prohíbe expresamente la practica del contrato de vientre, indicando que el contrato suscrito entre la pareja solicitante del niño y la madre portadora, carece de validez, ya que dentro del derecho francés se mantiene como cuestión de orden publico el Principio de la Integridad de la Persona Humana. La normativa francesa autoriza únicamente como contratos lícitos aquellos que no atentan contra la conservación de la persona, como la transfusión de sangre o la donación de esperma o bien aquellos en que pudiendo atentar contra dicha conservación, se realizan con una finalidad terapéutica, como la donación de órganos. De modo que la maternidad subrogada y los contratos de vientre son considerados como ilegales y sancionados por ley según el art. 16-7 del código civil francés.

2.9.4.- ISRAEL

Resulta interesante la posición de un estado medio oriental que tiene una posición distinta a la de estados occidentales o anglosajones. Para empezar, el estado de Israel es un estado político totalmente diferente al pueblo judío, aun que a veces se confunden ambas, (las de israelí y judío). Cabe hacer notar que la ley judía no es la ley que se usa

en el estado de Israel, más bien por el contrario la ley del estado de Israel esta formado por la ley británica del Common Law, la ley Otamana y por el estado Israelí, que es la ley que aplican las cortes israelíes. Sin embargo, en lo relativo a la materias de matrimonio y divorcio, las cortes judías, (aquellas en las que participan rabinos), tienen jurisdicción exclusiva sobre los nacionales judíos y los habitantes judíos en Israel. Es esta ley la que regula lo concerniente a los contratos de vientre, pero es importante anotar que los fallos de los tribunales judíos, no limitan ni restringen los derechos, garantías y libertades otorgados por la ley civil israelí. La ley judía es netamente religiosa y sus bases se encuentran en las interpretaciones de textos antiguos como el Talmud y el Torah, por lo que la razón de esta ley no obedece a políticas de salud pública que implementa el estado, a diferencia de lo que pasaría en un estado occidental. Existen argumentos doctrinarios que favorecen la tesis de que la madre legal del niño nacido bajo un contrato de vientre, es la madre genética, debido a que el judaísmo se transmite solo por la vía materna, de modo que si una mujer judía transfiere su material genético a un ovulo que posteriormente se materialice como una criatura recién nacida de una madre no judía, pues esta será judía; contrario sensu, si una mujer no judía transfiere su material genético a un ovulo que después se materialice como una criatura recién nacida de una madre judía, la criatura no será judía, por que su madre genética no es judía.

Otro argumento proveniente del rabino Kamelhar²¹, concerniente a los trasplantes de ovarios, plantea que por analogía, la madre genética, biológica del niño, es la madre legal del mismo, y señala que el parentesco de una criatura proviene de los genes que este lleva consigo.

La doctrina judía, considera en términos generales que este tipo de actividades deben ser remuneradas, ya que al implantar un ovulo fecundado dentro de una madre sustituta, se corren varios riesgos médicos, ya que ellos la asemejan a implantar un órgano en el cuerpo, que con el paso del tiempo puede o no ser aceptado por el organismo, causando peligro a la vida de la portadora, ello sin contar que el nuevo “órgano” también va a consumir energía, sangre y sustancias vitales de la portadora. Sin embargo, en marzo de

²¹ Teman, Elly. "The Last Outpost of the Nuclear Family: A Cultural Critique of Israeli Surrogacy Policy," Kin, Gene, Community: Reproductive Technology among Jewish Israelis, Oxford: Berghahn Books.

1996 el gobierno israelí legalizó los contratos de vientre y la calidad jurídica de las madres subrogadas bajo la ley de “Consenso de Reproducción Embrionaria”²². Esta ley, convirtió a Israel en el primer país en el mundo en implementar una ley de control estatal de contratos de vientre, en el que cada contrato debe ser aprobado directamente por el mismo estado. Un comité impuesto por el estado, permite que los contratos de vientre, sean interpuestos por ciudadanos israelíes solamente que comparten la misma religión. Las madres sustitutas deben ser solteras, viudas o divorciadas. Solo parejas infértiles heterosexuales están autorizadas a realizar contratos de vientre.

2.9.5.- ITALIA

La legislación italiana, pretendió normar la reproducción asistida, la maternidad subrogada y otros métodos de reproducción asistida con varios proyectos que al final no fueron aprobados.

Sin embargo, en un tribunal en Monza (Norte de Italia) se declaró nulo un contrato de contrato de vientre en un proceso en el que la madre contratante reclamó a la madre portadora el cumplimiento del acuerdo, debido a que esta, después del nacimiento del niño, negó su entrega, exigiendo una prestación superior a la pactada. La sentencia se fundó en el hecho de que tanto la constitución como la ley italiana protegen el derecho del menor de crecer en la familia formada por sus padres, así como en una sustituta cuando faltaren los primeros, a ello argumentaron que la calidad de madre corresponde a la persona que dio a luz a la criatura.

2.9.6.- ESPAÑA

Es uno de los pocos estados que ha regulado los contratos de vientre dentro de su legislación, pero de manera negativa, ya que prohíbe y estipula sanciones penales a las personas que realicen dichos contratos y a los centros que realicen dichas operaciones. La ley 42 de 22 de diciembre de 1998 establece que desde el momento en el que se implanta el ovulo fecundado de manera estable en el útero, se establece una relación

²² Assisted Reproductive Technology (ART) Glossary". Reproductive Technology Council. 2008-01-06

directa, dependiente y vital con la mujer gestante; proponen además que realizar cualquier tipo de negocio o transacción con la vida humana, es una falta de respeto a la libertad, identidad y dignidad humana. Al respecto, la Ley 35/1998 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, prohíbe la utilización y aplicación de la figura de la maternidad subrogada.

2.9.7.- ALEMANIA

El congreso médico alemán estableció que la práctica de la maternidad subrogada y por ende la figura del contrato de vientre, debe rechazarse por los peligros que extraña para el niño y por que eventualmente podría estimular la comercialización de la fertilización in vitro y la transferencia de embriones.

Sobre ello, el Ministro Federal de Justicia conjuntamente al Ministerio Federal de Investigación y Tecnología, emitió un informe relativo a las técnicas de reproducción asistida, dicho informe considera madre de alquiler, nodriza, sucedánea, según la costumbre de designación de tal fenómeno, a aquella que se produce en los casos en que:

- Una mujer, (la llamada madre sustituta), se somete a una inseminación heteróloga con el esperma de un hombre que desea posteriormente junto a su esposa, adoptar a la criatura.
- Una mujer da a luz a su propio hijo genético, creado in vitro con el esperma de un hombre que posteriormente desea adoptar a la criatura junto a su esposa.
- Una llamada “madre sustituta”, se muestra conforme con llevar para los padres genéticos un embrión que no lleva carga genética alguna de la portadora.

Sin embargo, el informe también aconseja a los legisladores la prohibición de instalaciones médicas en la que se realicen estas prácticas médicas, pero adoptando medias para los casos excepcionales que puedan ocurrir, particularmente sobre la falta de validez del contrato de vientre.

A ello el Ministro de Justicia Hans A. Hengelhard, declaro que las madres portadoras constituyen una forma usual de comercio humano ilegal, expresó también que todos los contratos de vientre tienden al resultado de la adopción del niño, pero que tal adopción, como cualquier otra debe ser formalizada por la oficina correspondiente y aprobada por el Tribunal Tutelar. Con ello se preveía que el Gobierno Alemán preparaba un proyecto de ley que prohibiría expresamente la figura del contrato de vientre, y que se sancionaría con penas privativas de libertad a las personas que se dedicaren a esas prácticas. Ello conllevó a que la primera agencia de madres de alquiler de la República Federal de Alemania, United Families International, con sede en Frankfurt recibiera órdenes de suspender definitivamente sus actividades en 1998.

2.9.8.- REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA.

El informe Warnock, se expidió recomendando aprobar una legislación que declare ilegal todo acuerdo de maternidad subrogada y, en consecuencia, la negativa para peticionar ante la ley. De igual modo, dispuso sancionar criminalmente la creación de establecimientos comerciales que recluten mujeres para officiar como madres suplentes o realicen este tipo de contratos.

En 1985 se aprobó la “Surrogacy Arrangements Act” para el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, donde se sanciona penalmente la publicidad y la gestión comercial cuya finalidad sea la realización de acuerdos de maternidad subrogada.

2.9.9.- SUECIA

Una ley de 1985 prohíbe la práctica de maternidad subrogada en la cual existe remuneración e impide a la mujer contratante poder adoptar al hijo dado a luz por la gestante.

2.9.10.- AUSTRALIA

La legislación acerca de esta materia pertenece al Estado de Victoria, el cual reputa como nulo esta clase de contrato y sanciona penalmente a quien da o recibe pago por ayudar a que se realice un acuerdo de este tenor o efectúa el mismo. De igual modo, la legislación sobre concepción artificial del Estado de Nueva Gales del Sur, si bien no se expide directamente, dificulta la práctica de la maternidad por sustitución al señalar que los donantes de esperma no tienen ningún derecho sobre los niños nacidos por inseminación artificial.

En todos los estados de Australia, la madre subrogada es considerada por la ley como la madre legal de la criatura, y cualquier acuerdo de entregar la custodia de la misma es nula. Además de ello, en muchos estados, realizar un contrato comercial de subrogación de maternidad, es un delito y una ofensa criminal.²³

2.9.11.- HOLANDA

En este país el contrato se considera nulo debido a su causa ilícita y, si mediare pago, será reputado como contrario al orden público y a la moral.

2.9.12.- BRASIL

En el país hermano, no existe una legislación específica al respecto; no obstante la resolución CFM N°1358/92 del Consejo Federal de Medicina, estableció en su sección VII – Sobre la gestación de sustitución (donación temporaria de útero)- que, las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución, cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética. En estos casos, la madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica, en una relación de parentesco hasta el segundo grado; los demás casos estarán sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina.

²³ National Health and Medical Research Council. "Reproductive technology: Legislation around Australia".

Asimismo, se prohíbe expresamente el carácter lucrativo de esta práctica. De acuerdo con el art. 199, párrafo 4 de la Constitución Federal, el cuerpo humano y sus sustancias constituyen objetos fuera del comercio y, en esa inteligencia la gratuidad será un presupuesto de legalidad.

2.9.13.- NUEVA ZELANDA

Los contratos de vientre y la subrogación materna comercial, fueron vetados por el acta de tecnología de reproducción humana asistida en 2004. La maternidad subrogada es permitida y considerada legal.

2.9.14.- GEORGIA

Desde 1997, tanto la donación de óvulos, esperma como los contratos de vientre y maternidad subrogada, son legales en Georgia. De acuerdo a la ley vigente, el donante o madre sustituta, no tienen ni poseen derechos paternos sobre la criatura nacida. La ley también establece que la contraprestación de la madre sustituta, no debe sobrepasar los 9000 euros durante el periodo de gestación y después del alumbramiento (periodo de recuperación post parto). El resto de la contraprestación de la madre subrogada, es pagada después de la decimoséptima semana de gestación y durante el periodo de recuperación post parto.

2.9.15.- INDIA

En la India, los contratos de vientre y la maternidad subrogada, son legales desde 2002. Esto como un reflejo de la nueva India que emerge como una potencia mundial, no solo a nivel tecnológico, sino también económico, superando las barreras tradicionalistas que caracterizan a este país. India emerge como uno de los países líderes en contratos de vientre y tecnología medica en reproducción asistida a nivel internacional. Al mismo tiempo, las clínicas especializadas van creciendo y volviéndose más competitivas y no solo en el precio, sino también en la contratación y permanencia de mujeres indias que

rentan sus vientres. Las clínicas cobran a sus pacientes entre 10.000 y 28.000 dólares americanos por el paquete completo, que incluye la fertilización, la tarifa de la madre sustituta y el alumbramiento del bebe en el hospital. Los legisladores indios otorgan todas las facilidades legales ya que consideran que el cuerpo humano esta a la disposición libre de cada persona²⁴.

2.9.16.- JAPÓN

En marzo de 2008, el consejo de ciencia de Japón, propuso vetar los contratos de vientre y la maternidad subrogada. Propuso también que los médicos, abogados, agentes y sus clientes deberían ser castigados penalmente por practicar contratos de vientre debido a que estos vulneran la calidad del ser humano a objeto de comercio²⁵.

2.9.17.- BÉLGICA

En este país, no existe una prohibición expresa pero tampoco goza de aprobación. Este es uno de los países en los que la maternidad subrogada y los contratos de vientre están sujetos a la libertad contractual y a la voluntad de las partes.

²⁴ India's baby farm", The Sun-Herald (2008-01-06). <http://www.thesunherald.com/querry/india>

²⁵ <http://www.japantoday.com/jp/news/430424> Kyodo News.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES



CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES.-

De las características propias de este tipo de negocio jurídico, podemos extraer las siguientes conclusiones:

- Durante el desarrollo de la presente tesis, logramos determinar la porción de responsabilidad que corresponde a las partes en el caso imprevisto de un aborto espontáneo, a lo que nos apoyamos en el uso de la norma sustantiva civil vigente; así mismo, determinamos que hay causales de exoneración de la obligación de resarcir.
- Determinamos que cuando existe una deficiencia en la carga genética, proveniente de los padres, la obligación de resarcir se hace ineficaz.
- Pudimos establecer el grado de responsabilidad que recae sobre las partes cuando se produce un aborto espontáneo por la negligencia de una de las partes, caso en el cual, la figura del resarcimiento se hace eficaz.
- Al mismo tiempo, pudimos comprobar la inexistencia de una norma que regule este tipo de negocio jurídico de una manera particular, ya que es un fenómeno actual y real, y no solo es propio de nuestro país, sino a lo largo del globo.

Por lo que pudimos probar nuestra hipótesis que exponía, que la inexistencia de una norma que establezca parámetros de responsabilidad y el límite del resarcimiento de un aborto espontáneo en un contrato de vientre en Bolivia, constituyen causal para que las partes determinen sus propios parámetros de resarcimiento. Y al establecer las partes los límites de su responsabilidad, vulneran derechos y causan estado de indefensión, debido a que en su mayoría, las personas que se someten a este tipo de compromiso, son personas en estado de necesidad, además que se pone en riesgo el bien jurídico máximo protegido por excelencia, que es la vida.

Al concluir la presente tesis, nos quedan las siguientes inquietudes, que fundamos para su posterior análisis.

- Sobre la base de la libertad contractual y por supuesto el mutuo acuerdo que tiene el carácter de ley entre partes; existe la posibilidad de solicitar el aborto a la madre comisionada, si se detectan defectos en el embrión?.
- Cual es la situación del embrión en gestación cuando los padres comitentes se divorcian y ninguno de ellos desea la tutela del feto una vez nacido?
- Cual es el limite entre el alquiler de vientre y la trata de personas, considerando que ambas tienen como medio a la vida humana?

RECOMENDACIONES.-

En el desarrollo del presente tema, pudimos descubrir de una u otra manera, que en la actualidad, y gracias al avance de la ciencia y la tecnología; nos enfrentamos cada día más a una nueva clase de vasallaje en la que las diferencias en la economía y en los paradigmas de estatus social, reducen a las personas a ser nodrizas o meros instrumentos para conseguir un fin. Si bien en tiempos anteriores al nuestro, se explotaba al hombre por su fuerza de trabajo, hoy en día se ha logrado explotarlo también en su capacidad biológica y reproductiva.

El estado de necesidad y las condiciones bajas de vida, han hecho surgir a los contratos de vientre como modos de vida, y como medios de generar recursos. Si bien las personas tienen plena disposición de sus cuerpos, creemos vehementemente que en el momento en el que se lidia con una nueva vida, es donde el Estado debe actuar en defensa de intereses que van más allá de una mera política liberal.

En base a lo expuesto, consideramos que es necesaria la elaboración y aplicación de una norma que regule las técnicas de reproducción asistida y mucho más, una norma que regule los contratos de vientre, ya que estas practicas, se realizan de manera clandestina, mediando abuso y en muchas veces, poniendo en riesgo la vida de las personas.

Creemos que al igual que en otros países, como Israel, el Estado debería otorgar el debido permiso para someterse a estas prácticas, no solo para velar por la integridad de las personas, sino también por una política de salud pública.

Por ello, consideramos que siendo esta una figura que está empezando a cobrar importancia a nivel mundial, debería labrarse una norma modelo o tipo para que cada país la adopte y modifique de acuerdo a su sistema y economía jurídica; esto a nivel de una organización en principio regional, y una vez armonizada, incluso a nivel continental.

No olvidemos que siendo la vida el bien jurídico protegido más grande, una norma que regule los contratos de vientre se hace absolutamente necesaria para evitar que bajo la libre disposición del cuerpo, y la libertad contractual se deshumanice al hombre y se lo convierta en una fábrica o medio.

BIBLIOGRAFÍA.-

1. ÁNGELES CABALLERO, Cesar. La tesis Universitaria en Derecho. Ed. San Marcos Lima-Perú. 1992.
2. BAKER, Katharine K. *Bargaining or Biology? The History and Future of Paternity Law and Parental Status*, 14 CORNELL J.L. & PUB. POLY 1, 41 (2004).
3. BENÍTEZ ORTÚZAR Ignacio. *Aspectos Jurídicos – Penales de la Reproducción Humana Asistida y Manipulación Genética*. Ed. Edersa. Madrid, 1997.
4. BERYS Flavia, Comment, *Interpreting a Rent-a-Womb Contract: How California Courts Should Proceed When Gestational Surrogacy Arrangements Go Sour*, 42 CAL. W. L. REV. 321 (2006). California Western Law Review
5. CANO, María E.: “Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada”. Madrid-España
6. COMPAGNUCCI DE CASO. Rubén H. Responsabilidad Civil y la Relación de Causalidad. Ed. Astrea Buenos-Aires, Argentina 1984.
7. GARCÍA RUBIO, Mari Paz. La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto del derecho civil español Rev. Tapia, año VII, N 36. Octubre 1987.
8. GONZÁLEZ DUARTE R Casado M. (eds.) *Los retos de la genética en el S. XXI: genética y bioética*. Barcelona: Ediciones UB; 1999
9. HOYOS AGUILAR, Wagner. “La Familia y El Derecho de Familia”, Fondo Editorial El Portal del Derecho. Ayacucho-Perú
10. LLEGO YAGUE. La genética actual y el derecho de familia Rev. Tapia, Oct.1987
11. MARÍN VÉLEZ, Gustavo Adolfo: Maternidad Subrogada, medio electrónico, Googlebooks.com 2009.
12. MEDINA, Graciela y ERADES, G. “Maternidad por otro. Alquiler de úteros”. Foro del Derecho.
13. MARTÍNEZ CALCERRADA, Luís. La nueva inseminación artificial. Madrid.

14. RABINOVICH BERKMAN, Ricardo. Vientre se Alquila. Diario La Prensa, 10/06/92.
15. SAMBRIZZI, Eduardo. La Procreación asistida y la manipulación del embrión humano.
16. The Harper Collins Illustrated Medical Dictionary. Harper Collins Publishers Inc. MARBAN. 2006.
17. WEISBERG, D. Kelly. 2005. The Birth of Surrogacy in Israel. Florida: University of Florida Press.

INTERNET Y WEB SITES:

http://www.centrodefilosofia.org.ar/lyD/iyd38_9.pdf.

<http://www.japantoday.com/jp/news/430424>

<http://www.bullardabogados.com.pe/extranet/>

<http://www.lanacion.com.ar/edicionimpresa/suplementos/enfoques/index.asp>

<http://catedrajudicial.blogspot.com/2007/09/tentacionesacademicas.html>

www.en.wikipedia.org/w/index.php?/titlesurrogacy&action

www.bioetica.org/doctrina32htm.

ANEXOS



ANEXOS

1.- Santa Cruz de la Sierra - Bolivia, Domingo 25, Mayo de 2003 Periódico El Deber



Tecnología. En la clínica Siraní atienden a 60 parejas por año. Cuentan con un laboratorio completo de fertilización

Alicia Bress /Carmen Pérez

Deseo alquilar mi vientre. Soy boliviana, tengo buena salud y disposición inmediata. El monto es de \$us 12 mil. Mi dirección es pigposum@hotmail.com. Espero tu pronta respuesta”. Eso dice un anuncio clasificado en internet. Y como ése, existen otros.

En 1996 se dio el primer caso de vientre “de alquiler” en Santa Cruz y, según el director de la Clínica Bioginecológica Montalvo, Juan Carlos Montalvo, hasta la fecha ya han nacido 12 bebés a través de vientres subrogados.

Sin embargo, aseguró que los casos de vientres subrogados, o madres sustitutas, que es el término correcto, los han realizado en parientes bien cercanas de la pareja que no puede concebir un hijo.

“Estamos en contra de hacer vientres ‘de alquiler’ por dinero, transformando esta práctica en un hecho comercial o mercantil. Por ello, sólo usamos esta técnica en parientes, ya sea una hermana, madre, prima o sobrina. Esto para evitar problemas que podrían darse al momento de entregar a los bebés después que nacen”, comentó, resaltando que de los 12 casos de madres sustitutas, todos los niños fueron entregados a sus padres biológicos sin problemas.

El especialista argumentó que dicha técnica sólo se practica en casos excepcionales. Por ejemplo, hay mujeres que han perdido el útero por una cirugía y son incapaces de gestar un bebé. En otros casos, enfermedades, como la artritis deformante severa o la insuficiencia cardíaca, condicionan que la paciente pueda tener familia. Ante esta situación se hace necesario subrogar un vientre. Se extraen los espermias del padre y se unen con el óvulo de la madre, para que luego de formarse el pre embrión sea colocado en el útero de la madre sustituta.

Esta técnica, tiene la ventaja de ofrecer una alternativa a mujeres que, habiendo tratado a través de todos los otros métodos, no puede gestar un bebé por uno u otro motivo.

No obstante, también tiene sus desventajas y complicaciones: la madre no va a sentir al bebé dentro de ella. Además, está de por medio el sentimiento de la mamá sustituta. Asimismo, puede darse el caso de que el bebé nazca con alguna anomalía y la madre biológica o genética no quiera recibir al niño.

Montalvo resaltó que en los siete años en que viene realizando la técnica del vientre alternativo, no ha tenido ningún inconveniente, porque la madre que presta su útero sabe

que el bebé que lleva adentro no es de ella. ¿Hay sentimientos de la mujer que lleva al niño en su vientre? Por supuesto que los hay, dice el biólogo. Sin embargo, se bloquean porque ella reconoce que no es suyo.

Actualmente en Bolivia no existe una ley que regule la práctica de la reproducción asistida, menos aún la del vientre de alquiler. Sin embargo, en 1999 se presentó al Congreso un Anteproyecto de Ley sobre reproducción humana asistida, que hasta ahora no fue aprobado. Según explicó la abogada Rosa Pérez Muñoz, el tema del vientre “de alquiler” en Bolivia y en muchos países latinos, es un problema latente, que si bien no no sale a la luz pública porque implica muchos problemas para las parejas que recurren a dicho método para concebir un bebé, es una técnica que cada vez está siendo más empleada, tomando en cuenta que el nivel de incidencia de personas que tienen problemas de esterilidad cada vez va en aumento.

Por su parte la Iglesia Católica considera que el alquiler del vientre de una mujer es una práctica aberrante que debería ser penalizada en caso de que algún médico se brinde a realizar la inseminación o la fertilización in vitro. Asegura que esta técnica no es correcta genéticamente, por lo tanto el Estado debería prohibirla.

Indica que un niño tiene derecho a tener padres bien definidos. Cuando hay terceras personas, (mujeres que prestan su útero), el pequeño va a tener dos madres cuya filiación, de acuerdo al Código de Familia, será confusa. Además, este código reconoce por madre a la que da a luz y no a la que proporciona el óvulo.

Para la Iglesia lo mejor que puede hacer una pareja que tiene problemas de esterilidad, es adoptar niños en situación de abandono con la finalidad de evitar una tara mental del menor que se desarrolló en vientre ajeno.

En la clínica Siraní desde hace tres años funciona la Unidad de Medicina Reproductiva donde se realizan tratamientos a parejas con problemas de fecundidad. El ginecólogo Gróber Caba, que es miembro del equipo de reproducción asistida, manifestó que en este centro no se practica la técnica del vientre de alquiler a ninguna de sus pacientes.

Anteproyecto de ley no le interesa a los parlamentarios

Desde hace cuatro años el anteproyecto de ley sobre Reproducción Humana Asistida duerme en el Congreso Nacional.

La abogada Daly Meneses, quien fue la gestora del mismo asesorada por médicos y abogados especialistas en esta rama de la medicina, asegura que la demora para que no se apruebe esta ley es porque los diputados no han tenido la intención de sentarse a estudiar y analizar los pro y contra que este documento pueda tener.

Guido Añez, presidente de la Cámara de Diputados, aclaró que el motivo por el cual no hubo respuesta, es porque no se ha replanteado esta propuesta al Legislativo.

“Se debe tener la figura jurídica de la reposición. Es decir que algún diputado tiene que asumir plenamente esta ley para que pueda volver a tratarse. Hasta el momento ninguno se ha manifestado. En el anterior gobierno fue Nadia Vaca Díez”, dijo.

Recordó que cuando se la dio a conocer hubo mucha controversia al respecto, pues la Iglesia y la sociedad rechazaron en primera instancia esta nueva propuesta.

Añez explicó que para aprobar alguna ley, primero la propuesta se la discute en grande, con todos los parlamentarios. Luego que se pasa a la comisión encargada, vuelve al plenario de la Cámara de Diputados. Recién a partir de ahí se aprueban los artículos. El

tiempo varía de acuerdo a si es una ley consensuada o no. “Hay leyes que por ejemplo están ahí dormidas, porque nadie las asume”, sostuvo.

El anteproyecto actualmente se encuentra en proceso de modificación, porque la ciencia evoluciona rápidamente, según explicó Meneses.

Este material está compuesto por seis capítulos que detallan las disposiciones generales de qué, cómo, cuándo y dónde recurrir para someterse a un tratamiento de reproducción humana asistida. Contiene un capítulo que se refiere a la subrogación de gestación o vientre alternativo que fue uno de los artículos que más revuelo causó.

La abogada Rosa Pérez Muñoz manifestó que si el anteproyecto no ha sido aprobado durante estos cuatro años, es porque no existe voluntad de parte de los parlamentarios.

“Para los diputados al parecer hay temas más importantes que tratar, como los económicos y políticos, antes que los científicos”, expresó.

Rosa Pérez Muñoz / abogada e investigadora

La norma será obsoleta

Todo lo referente a la reproducción asistida se hace sin ningún asidero legal. Los médicos lo hacen bajo ciertos términos éticos. En general los países latinos están en pañales en reproducción asistida, no hay leyes, y si existen, no acompañan el progreso tan rápido de la reproducción asistida. Por lo menos nosotros tenemos el anteproyecto, aunque en el Congreso esté demorando su aprobación porque no hay expertos para revisarlo. La ciencia siempre camina por delante de las leyes. Quizá cuando se apruebe este anteproyecto, va a quedar desfasado. No son suficientes las normas éticas, tienen que haber normas legales, porque si no hay principios claros, los pacientes y los médicos están desprotegidos.

Luz Almendros / ex delegada jurisdiccional del Arzobispado

Los embriones son vidas

La Iglesia Católica lo que cuestiona en el tema de la reproducción asistida es el aspecto de los embriones congelados sobrantes, los mismos que después de un tiempo son botados a la basura, siendo que son vidas aunque estén congelados. Lo que la Iglesia pide es que no se usen tantos embriones y que se llegue a mejorar la técnica y sólo se coloque en la mujer los embriones necesarios y no se fecunde más de lo debido. Esto lo vemos como un problema ético y moral. En el tema del vientre de alquiler intervienen factores éticos y la ley, porque luego que nace el bebé, ¿de quién es hijo, de la que lo engendró o de aquella que lo parió? Esto va contra la dignidad de la mujer.

2.- Extraído de <http://foros.hispavista.com/respuesta/?do=newreply>

Fecha de ingreso: 22/Sep/05

Mensajes: 53.006

Alquilo vientre en Bolivia

“Hola soy katerin y quiero ayudar soy de Bolivia tengo dos hijos el precio es módico llámame mi correo es cholo205@hotmail.com”

RESPUESTA 22/SEP/05

Soy un chico español, soltero de 42 años que desearía ser padre. He visto tu anuncio en internet y estoy interesado (como habras observado, he enviado este e-mail a otras madres como tu).

Antes de nada darte las gracias por tu bonito gesto porque aunque sea remunerado no deja de ser un acto de amor.

Creo que la opción de "madre de alquiler o madre subrogada" es la más factible para mi caso. Me gustaría tener más información sobre algunas cuestiones.

Perdona por lo impertinente de las preguntas y por si alguna te ofende pero creo que tener un hijo con una persona que no conoces no es tema baladí.

¿ Como es tu apariencia física, cuanto mides, pesas, cual es el color de tus ojos, como tienes el pelo lacio o rizado y de que color, eres morena o de tez blanca, etc.?

¿ Tienes alguna enfermedad hereditaria o similar ?

¿ Cual es tu grupo sanguíneo y tu rhesus (rh) ? Porque yo soy A Rh - si tu eres positiva tendrías que avisar al médico.

¿ Como sería y perdón por la pregunta la forma de abonarte tu compromiso para darme un hijo/a. Se te pagaría mes a mes unos gastos, y al final una cantidad acordada o habias pensado otra fórmula.

¿ Que pasaría con el dinero si despues de pagarte la maternidad tu te echas para atras en el momento que tengas tu hijo/a en brazos ?

¿ Es ilegal o esta penado este tipo de maternidad en tu pais ? Necesito saberlo.

¿ Despues de haber nacido el niño/a como lo incribo en el registro de mi pais ?.

Dependiendo de tu nacionalidad y de las leyes de tu pais, supongo que tendría que registrar al niño en tu ciudad como padre, pero cuando el funcionario me preguntase el nombre de la madre que le digo¿? No tengo ni idea.

¿ Tendríamos que realizar un contrato privado con algún abogado ? Para poder matizar todos los puntos.

¿ Estarias dispuesta a realizar todo tipo analisis y pruebas de amnicentesis durante el embarazo ?

¿ Que pasaría si el niño nace con deficiencias físicas o psicicas ? Lo siento, pero tengo que hacerte esta pregunta.

¿ Cómo lo sacaría del pais ? Pues siendo extranjero, y argumentando solamente que soy el padre y un certificado médico del nacimiento de la criatura, creo que eso no es suficiente.

¿ Podría asistir al parto ? Por supuesto, con consentimiento de tu marido y de tu familia, claro esta.

¿ Como se realizaría la inseminación ? Yo no tengo problemas de fertilidad con mi

esperma. Supongo que se haría en una clínica y en el momento de máxima ovulación tuya el ginecologo realizaría el resto de la intervención.

¿ Tendrías inconveniente que pasados los años, te visitase alguna vez tu hijo biológico ?
Bueno, creo que para una primera toma de contacto ya he realizado bastantes preguntas.
Contestame por favor y aclaramos dudas. Un abrazo

J.M.P.

Mi mail es: terranoki@terra.es

3.- Domingo 14 de octubre del año 2001 Sucre-Bolivia

EN COCHABAMBA , Ofrecen vientres en alquiler, El "flete" estaría fluctuando entre \$us 5 mil a \$us 15 mil **De Los Tiempos para CORREO DEL SUR**

Un secreto médico y poco difundido salió a la luz pública en Cochabamba cuando apareció un aviso pagado con el rótulo de "urgente vientre en alquiler".

Esta práctica no legislada permitió la creación de varios centros de reproducción humana fundamentalmente en Cochabamba, Santa Cruz y La Paz.

Una investigación realizada por Los Tiempos, en función al aviso pagado, evidenció que las primeras criaturas nacidas en vientres ajenos al de su madre tienen una data de tres años, aunque algunos sostienen que el mayor de los niños debe tener diez años porque en 1991 ya se habrían realizado fertilizaciones in vitro.

Los primeros seres concebidos bajo esta modalidad se desarrollaron en vientres de hermanas y cuñadas de las parejas, que humanamente no pueden reproducirse por problemas de fertilidad y esterilidad.

La fertilización in vitro tiene un precio aproximado de dos mil dólares y la inseminación no supera los 500 dólares.

No se conoce abiertamente la identidad del niño o niña porque es un secreto médico y familiar, pero después de tres años recién admitieron sobre la existencia de una madre biológica y otra genética.

En el Colegio Médico de Cochabamba se tiene conocimiento de este tipo de prácticas médicas de reproducción humana hace diez o doce años.

Su presidente, Edwin Hochstätter Arduz, afirma que la pareja estéril proporciona sus gametos para que se fecunden en un vientre ajeno (alquilado o familiar).

En Cochabamba hay dos centros médicos especializados, el Centro Nacional de Fertilidad y Esterilidad y el Instituto de Endocrinología y Reproducción Humana SRL, las mismas que cuentan con diferentes tipos de asesoría en las especialidades de genética, consejería familiar, jurídicos y otras especialidades como bioquímicos y endocrinólogos. Es un desafío para los siete centros que hay en el país.

Los médicos involucrados en la fertilización in vitro e inseminación están absolutamente convencidos de que es necesario legislar este tipo de práctica ante un vacío jurídico sobre ésta y otras especialidades médicas.

La mujer que alquila su vientre es como una incubadora humana donde se desarrolla el embrión, es la madre biológica que le transmite al niño todas sus sensaciones, felicidades y frustraciones. Los resultados posteriores del comportamiento psicológico y biológico del niño se desconocen.

Ante la creciente demanda de las parejas y la adopción de nuevas técnicas modernas por

parte de los galenos se hace necesaria una legislación sobre los temas de fertilización in vitro, inseminación y alquiler de vientre.

Las mujeres que alquilan su vientre están obligadas a firmar un contrato privado cuyas cláusulas y sanciones se desconocen a la fecha. Los abogados habrían encontrado una figura jurídica para evitar que la madre biológica se quede con el niño o sencillamente exija otro tipo de derechos por los nueve meses de gestación. El alquiler de un vientre estaría fluctuando entre cinco mil a quince mil dólares, al margen de los costos de alimentación y análisis médicos prenatal, natal y post natal. La situación económica del país estaría obligando a las mujeres a prestar sus vientres.

LOS MÉDICOS A LA PAR DE LA CIENCIA

El secretario de Políticas de Salud del Colegio Médico de Bolivia, Tito Urquieta Márquez, afirmó que los médicos no se quedan atrás frente a los adelantos científicos respecto a la fertilidad in vitro e inseminación artificial.

El alquiler de vientre sería un efecto de la propia crisis económica, social y política en la que está sumergida hace años nuestro país; por ello, planteó a las instancias Ejecutivo y Parlamento la regulación de estas actividades a través de la promulgación de una ley. En criterio de Urquieta, las mujeres que alquilan su vientre reciben una suma "bastante grande".

No se conocen datos oficiales sobre esta actividad no legislada.

MÉTODOS

Método in vitro

- La esposa inicialmente es preparada por los médicos especialistas, luego ingresa al quirófano y los bioquímicos retiran el óvulo.
- El óvulo, bajo estrictas medidas de control y seguridad, es trasladado a la incubadora con dióxido de carbono (CO₂).
- Posteriormente, reciben el semen del marido; preparan el óvulo, cuantifican y luego lo fertilizan. Es decir, juntan el óvulo con el producto del varón.
- Se incuba hasta dos días. Una vez fertilizado el óvulo, controlan la división de las células y cuando está en un determinado periodo apropiado se prepara a otra mujer, cuyo vientre es prestado, para recibir el producto.
- A los dos días, el embrión es implantado en el cuerpo de la mujer y desde ese momento empieza el proceso de gestación.

Inseminación

- En la inseminación artificial, la paciente es preparada en cuestión de horas para recibir el semen del marido. Antes de implantar el semen, se selecciona al mejor espermatozoide y se recupera el mejor.
- Las personas que tienen semen de baja calidad son sometidas a medios de cultivo en un laboratorio especializado a través de técnicas de centrifugación, concentración y migración.
- Luego se fertiliza y se inserta al cuello uterino de la mujer el semen preparado sin necesidad de anestesia.

4.- Vamos a alquilar el vientre de una mujer del Perú

Publicado 25 de febrero de www.lineacapital.com.ar

El deseo inconmensurable de tener un hijo biológico lleva a cada vez más parejas a recurrir al alquiler de vientres. En un primer informe, este diario dio cuenta de las sospechas de que en Misiones se estarían alquilando vientres de mujeres indigentes. En esta segunda parte, el debate ético y filosófico que impone el tema y el testimonio de una mujer que busca a otra que quiera incubar a su hijo.



El hijo no es su hijo, ¿de quien es?.

Posadas (NK y MT - Línea Capital). “Se debe tener mucho valor para decirle a un hijo: sos el resultado de un banco de semen o de óvulos”, dijo el obstetra Juan Carlos Hobecker, uno de los especialistas misioneros más prestigiosos en fertilización asistida. El mismo valor, seguramente, que para contarle a un hijo que lleva su sangre pero no estuvo dentro de la panza de su mamá.

El profesional respondió de esa manera a Línea Capital a consultársele acerca del informe sobre “alquiler de vientres” publicado recientemente en este diario. Hobecker hizo hincapié en los derechos de un niño a conocer su identidad e historia, siempre en el marco del tema que concentra la atención del mundo científico en la actualidad: las modalidades de tener un hijo sin el método tradicional.

Bajo el título “¿Se alquilan vientres en Misiones?”, días atrás Línea Capital publicó las sospechas que existen en algunos organismos del Estado de que en la provincia se estarían registrando casos de mujeres que alquilan sus vientres a parejas que no pueden concebir hijos. El trámite, visto desde la óptica del mercadeo, más allá de los deseos genuinos de un hijo, consistiría en ofrecer a jóvenes de escasos recursos que “alquilen” su vientre para depositar en él un embrión fecundado con óvulos y espermatozoides de una pareja equis.

La cuestión Actualmente es parte del debate sobre los aspectos éticos de la medicina. Uno de los conflictos radica en cómo se establece, en estos casos, la identidad del niño por nacer. La ley habla de que un niño es hijo de quien lo parió. Si es parido por una mujer que alquiló su vientre para gestarlo y que, encima, ni siquiera aportó el óvulo para su fecundación, ese niño es hijo de quien lo gestó, pero también debería serlo de quienes aportaron sus óvulos y espermatozoides para fecundarlo.

En estos casos, habitualmente las partes involucradas hacen un contrato donde establecen que el embrión es de la pareja alquilante, pero el vientre de otra mujer, y como no está legislado es difícil saber de quien es el hijo. Si quien lo engendró se arrepiente del “negocio” y quiere quedarse con el bebé, puede hacerlo.

“La madre que lo engendró reclama que es suyo, pero genéticamente el pequeño es del matrimonio que puso el embrión, pero que no lo pudo gestar”, explicó Hobecker.

La identidad de ese hijo y las formas de obtener el vientre-incubador, es un debate que se va imponiendo junto con los que conllevan la compra o donación del óvulo de otra mujer.

El testimonio de Muriel

Muriel, que boliviana que radica la provincia de Entre Ríos, fue consultada sobre las razones por las que envió un pedido de vientre a un foro de internet. Su respuesta fue tan contundente como dolorosa. Y su testimonio refuerza los interrogantes que quedan abiertos en este informe.

La joven fue contactada por Línea Capital a raíz de un aviso suyo en la red global que decía: *“Necesitamos alquilar un vientre para poder tener nuestro bebe mediante fertilización in vitro con mis óvulos y espermias de mi esposo. Tengo 26 años, me sacaron el útero hace dos meses. Estaba muy triste hasta que supe que podíamos alquilar un útero. Podemos pagar 15 mil pesos, porque son muchos los gastos y nosotros tenemos que juntar el dinero con mucho esfuerzo y trabajo .Si alguien puede ayudarme por favor escríbanme. Gracias”*.

Cuando respondió a la requisitoria periodística, entusiasmada con la idea de que alguien se ocupe del tema, respondió:

“Hace cinco años conocí a mi marido. Yo me estaba haciendo un tratamiento porque después de tener a mi hija me dejaron restos de placenta y tuve una infección cuando mi bebe tenia 20 días, me hicieron un raspado para sacarme esos restos de placenta, pero me lo hicieron muy profundo y se me pego el útero por eso no menstrué nunca más.

“Empecé a hacerme tratar en el hospital Alemán y me hicieron tres cirugías para despegarme el útero. Después de dos años empecé a menstruar y todo parecía normal. “Mientras pasaba el tiempo los dos soñábamos con un hijito de los dos que no llegaba nunca. Pero después de un tiempo quedé embarazada. Creíamos que no podía existir nada mejor en esta vida. Teníamos todo, trabajo, una familia, salud y toda la felicidad que nos da levantarnos juntos todos los días, dormir abrazados y compartir todo los tres. Pero al quinto mes de embarazo rompo bolsa antes de tiempo y me tienen que sacar el bebe porque no podía vivir porque era muy chiquito. Pensé que no podía existir nada tan doloroso como lo que nos estaba pasando, pero cuando me desperté estaba en rodeada de médicos y escuché lo peor que me podían haber dicho: “te sacamos el útero””.

“No sabés lo doloroso. Es tan terrible que mientras te escribo lloro como todas las noches desde que me pasó esto. Yo no lo podía creer pero se me había pegado la placenta al útero y me estaba muriendo. Sufrí un cuadro..., no recuerdo como se llama, pero me salía sangre por los oídos, por todos lados, solo un diez por ciento se salva. Todos pensaban que me moría porque perdí mucha sangre dicen que es un milagro que este viva.

“Te cuento todo esto porque muchas personas creen que es muy frío el tema de alquilar un vientre. Mi marido no tiene descendencia y en su familia no tienen sobrinos ni nietos y ni siquiera la posibilidad de tenerlo. Yo soñaba con un hijito parecido a él o con su carácter o con su mirada, con algo suyo. Él dice lo mismo, que quería una nenita parecida a mi.

“Esto no es un cuentito triste, es mi vida que se me arruinó en dos segundos y creo que voy a volver a vivir cuando tenga un mis brazos ese bebe o beba que me quedé con ganas de abrazar, de cuidar, de enseñarle cosas y que nos llame papá y mamá.

“No lo pude hacer todavía porque me falta más dinero, pero me motiva a levantarme para ir a trabajar. Tenemos un negocio que va creciendo, y lo vamos a hacer en unos meses. La persona es una señora de Perú. Y vamos a adoptar un bebé después que tengamos uno nuestro, porque la fertilización la hacemos con mis óvulos y esperma de mi marido. Vamos a adoptar un bebe porque queremos tener una familia grande y lo que nos sobra es amor para darle a nuestros hijos. Y si nos sigue yendo bien en el trabajo no va a haber nada que nos impida tener la casita que soñamos con los hijos que soñábamos tener.

“Yo no sabía que existía esto, pero empecé a buscar en internet y saque mucha información. Se que en Argentina no hay legislación sobre este tema, pero ya se ha hecho, porque tampoco es ilegal.

“Creo se deberían contemplar casos especiales, donde mediante un contrato la persona que nos alquile su vientre tenga que entregar el bebé a los padres, porque al no haber leyes la mama es la que da a luz y el bebé es de ella hasta que nos lo de en adopción”.