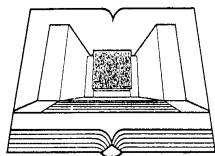


CÁMARA DE DIPUTADOS
DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN
COMISIÓN BICAMARAL DEL SISTEMA DE BIBLIOTECAS
SECRETARÍA GENERAL
SECRETARÍA DE SERVICIOS PALAMENTARIOS

UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA
DE
NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DEL
CEDIA

CENTRO DE ESTUDIOS
PARLAMENTARIOS CEP-UANL

CENTRO DE DOCUMENTACIÓN, INFORMACIÓN Y ANÁLISIS CEDIA
SERVICIO DE INVESTIGACIÓN Y ANÁLISIS SIA

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN UANL
CENTRO DE ESTUDIOS PARLAMENTARIOS CEP

CONGRESO VIRTUAL INTERINSTITUCIONAL
LOS GRANDES PROBLEMAS NACIONALES

Ponencia presentada por:

Lic. María Paz Richard Muñoz

Tema: Régimen Jurídico

Título:

“Maternidad Subrogada”

Septiembre 2008

El contenido es responsabilidad exclusiva de su autor, quien ha autorizado su incorporación en este medio, con el fin exclusivo de difundir el conocimiento sobre temas de interés.

CDDHCU: Tel. 0155 50360000, 018001226272, Ext. 67031, 67032, jorge.gonzalez@congreso.gob.mx, victor.pitalua@congreso.gob.mx
CEP- UANL: Tel 01 81 83294264, 01 81 83294264 ext. 6644, 6645 cepuanl@r.uanl.mx, abraham.nuncio@gmail.com

Maternidad Subrogada

Lic. María Paz Richard Muñoz¹

Resumen Ejecutivo

Madre es la que pare? O Madre es la que proporciona el material genético; su cuerpo y metabolismo para sostener su vida y la del bebe en desarrollo; la que acuna al dormir y lo alimenta y atiende sus necesidades; o la que asume las obligaciones civiles ante la sociedad por ese recién nacido? Todas las anteriores o solo parcialmente algunas? Definir maternidad y paternidad como fenómenos complejos y dinámicos, así como sus diferentes abordajes y principios; nos ocupa en esta ocasión. Lo anterior para entrar de lleno a las causas que dan origen a la Maternidad Subrogada y su tipología. Otro aspecto inquietante abordado es lo relativo al Nasciturus y su situación jurídica, ese producto de la fertilización in vitro, que aun no es persona en el estricto sentido jurídico del término.

¹ Subdirección de Política Exterior de la Dirección de Servicios de Investigación y Análisis, Centro de Documentación, Información y Análisis. H. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. marypaz.richard@congreso.gob.mx

Maternidad Subrogada

Es ya utilizada la subrogación de úteros, es decir el contrato por el cual una mujer acepta prestar su cuerpo para que le sea implantado un embrión ajeno llevando el embarazo a término, permitiendo en esta forma tener descendencia a personas que en otra forma no sería posible.

Se observa la falta de legislación general que regule la práctica de la maternidad subrogada, y que los conflictos han sido resueltos, caso por caso, mediante criterios que en ocasiones resultan contradictorios, y que por lo menos en los Estados Unidos, mediante el argumento de optar por los "mejores intereses" del niño así gestado, los casos se han resuelto en beneficio de la pareja con mayores posibilidades económicas y en su caso, de raza blanca.²

Las posibilidades ofrecidas por la aparición y el desarrollo de las técnicas de fecundación artificial, no sólo permiten separar la procreación de la unión sexual entre el varón y la mujer, sino también que ésta pueda realizarse sin la participación biológico-genética y/o sin el conocimiento del otro miembro de la pareja.³

Este hecho cobra particular relevancia, en el caso de la mujer, puesto que la realidad biológica de la maternidad y el recurso a las técnicas de procreación asistida, hacen posible que la mujer pueda planificar su propia procreación, sin los condicionamientos a los que la naturaleza somete el deseo de una paternidad individual. De igual manera, en el caso de que la mujer decidiera colaborar en la procreación de terceras personas, la ayuda que aquella puede brindar no se limita a la donación de su material biológico, sino que puede llegar a implicar la disposición de su integridad psico-física.⁴

² HURTADO OLIVER, Xavier. "El Derecho a la vida ¿Y a la muerte?", 2^{da} ed., Porrúa, México, 2000. ISBN 970-07-1908-1, pag. 68

³ MORÁN DE VICENZI, Claudia. "El Concepto de filiación en la fecundación artificial", Universidad de Piura y Ara Editores, Colección Jurídica, Perú, 2005. ISBN 9972-626-59-8, pag 161

⁴ MORÁN DE VICENZI, Claudia. "El Concepto de filiación en la fecundación artificial", *Op. cit*

A. El comienzo de la reflexión multidisciplinar. Primeros trabajos para una reglamentación de las técnicas que facilitan la procreación.

Aunque la preocupación de sociólogos, filósofos, psicólogos, moralistas y juristas, además de los biólogos y médicos, ha existido desde el mismo inicio de los primeros descubrimientos, sin embargo, será a partir de los años setenta cuando principalmente se llevan a cabo los intentos más firmes de estudiar en profundidad el fenómeno de las técnicas destinadas a facilitar la procreación en todas sus vertientes, así como para establecer una reglamentación de conjunto que controle tanto su desarrollo como las consecuencias.⁵

Cuando en los distintos países se toma conciencia de que no sólo se trata de experimentos sino de una práctica que empieza a ser común y que no siempre encaja en el sistema jurídico vigente, los congresos se suceden,⁶ las comisiones multidisciplinarias convocadas por los distintos gobiernos o parlamentos o por asociaciones jurídicas o científicas trabajan denodadamente en la tarea de encontrar la solución jurídica más adecuada e incluso se promulgan los primeros textos legales.

Los participantes se dan cuenta de lo delicado de encontrar una buena solución y también de la necesidad de que existan, porque las investigaciones y los tratamientos no se detienen, sino que prosiguen a gran ritmo. Incluso el Consejo de Europa piensa en la conveniencia de una armonización de las legislaciones.⁷

⁵ MORO ALMARAZ, María de Jesús. "Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación In Vitro", Colección, Librería Bosch, Barcelona, España, 1988. ISBN 84-7698-045-0, pag. 41

⁶ Son representativos de los distintos tipos: El XXXV Convenio Nacional de Estudio de la Unión de Juristas Católicos Italianos, sobre *Manipolazioni generiche e diritto* (7-9 diciembre de 1984); Simposio Internacional sobre Avances en Reproducción Humana, celebrado en enero de 1985 en la Ciudad Sanitaria Enrique Sotomayor, en Cruces (Bilbao); *Génétiq.ue. procréation et Droit*. París, 19 y 20 de enero de 1985; XII *Congrès International de Droit Comparé*. Sydney-Melbourne 18-26 agosto. 1986 (Secc. II: Droit Civil: La filiation et la *médecine moderne*). *La filiation: ruptures et cotinuité, colloque IDEF*, 26-27 de junio de 1985; *Proaéation artificielle, génétique et Droit. Institut Suisse de Droit Comparé*, Laussanneo 29-30 septiembre de 1985; *La proaéation artificielle et le Droit. Table Ronde Internationale* organizada por el *Institut de Recherches Juridiques Comparatives*, Ivry, 7-9 noviembre de 1985; *Bioéthique et Droit, Hasting Center de Siena*. 22-28 de junio de 1986; *Les modes nouveaux de filiation. II Congrès International de l'Association Internationale de Psychiatrie de l'Enfant, de l'Adolescent et des Professions Associées*, París, 22-24 julio 1986. *From man to gene and gene to man International Symposium*. Florencia. 1-4 noviembre 1986. etc. Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. "Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial ...". Op. Cit.

⁷ *Ibidem*

Por último, una de las manifestaciones esperadas en esta materia: la Instrucción de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, sobre «La vida humana naciente y la dignidad de la procreación» del 22 de febrero de 1987, como respuesta a las múltiples peticiones que se han hecho en los últimos tiempos a la Iglesia católica para que se pronunciara sobre la valoración ética de los nuevos avances biológicos. El mencionado documento recuerda en la Introducción los principios fundamentales antropológicos y morales necesarios para una exacta valoración de los problemas y para la elaboración de la correspondiente respuesta.⁸ Para la situación actual, después de detenidos estudios, no se considera moralmente aceptable ni la fecundación *in vitro*, ni la inseminación artificial «heteróloga», sólo la homóloga en supuestos muy limitados. Al mismo tiempo, se reafirma en una defensa a ultranza del embrión, en el que no se podrá experimentar; únicamente son lícitas las intervenciones que se hagan en beneficio directo de su salud e integridad. Finaliza con un llamamiento para que las leyes no aprueben técnicas que van contra la dignidad humana, expuesta desde este punto de vista.⁹

El derecho en general se ve conmovido por los descubrimientos científicos; pero no sólo el mundo jurídico se ve afectado, sino también la moral, las relaciones sociales, la integridad familiar, las normas éticas, etc; las instituciones jurídicas del derecho penal entran en crisis, pero también las de derecho civil, pues conceptos como paternidad, filiación, propiedad, tutela, herencia, etc. deben ser reconsiderados.¹⁰

B. Problemáticas actuales

La subrogación de úteros puede acarrear una serie de interrogantes, principalmente: ¿tiene el producto realmente dos madres biológicas?, ¿cuál tiene la patria potestad?¹¹

⁸ MORO ALMARAZ, María de Jesús. “Aspectos Civiles de la Inseminación ...”, *Op. Cit.*, pag 48.

⁹ MORO ALMARAZ, María de Jesús. “Aspectos Civiles de la Inseminación ...”, *Op. Cit* pag 49.

¹⁰ RODRÍGUEZ Manzanera, Luis. “Ingeniería genética, reproducción asistida y Criminología”. *Criminalia 60 Aniversario*, Academia Mexicana de Ciencias Penales Año LX No. 4 México, D.F. Nov.-Dic., 1994, Porrúa, México, 1994, pag 69.

¹¹ RODRÍGUEZ Manzanera, Luis. “Ingeniería genética, reproducción asistida ...”, *Op. Cit.*, pag 76

Problemas realmente agudos plantean las nuevas posibilidades que la sociedad actúa en la realidad; por ejemplo si la pareja homosexual tiene el derecho a engendrar, lo que teóricamente ya puede hacerse:

- en la pareja homosexual femenina por la fusión de dos óvulos implantando el producto en el útero de una de ellas,
- y en la pareja homosexual masculina fusionando ambos espermatozoides a través de un óvulo receptor, que se transfiere a un útero alquilado,
- o puede intentarse el embarazo abdominal masculino implantando el producto en la cavidad peritoneal, con soporte hormonal al inicio y con la natural molestia de una cesárea al final.¹²

Es de recordarse el caso de "Baby M", en el que una persona (Stern), cuya mujer es infértil, hace un contrato con otra mujer (Whitehead) para ser inseminada artificialmente y procrear una criatura que sería entregada al padre biológico.

Stern le pagó a Whitehead 10,000 Dlls. y la primera parte del contrato se cumplió, siendo inseminada con semen de Stern y dando a luz a una niña (Baby M, 1986); sin embargo, la madre biológica se quedó con la criatura iniciándose un apasionante juicio.

El Tribunal Supremo de Nueva Jersey (USA) declaró en última instancia nulo el contrato, señaló a la madre biológica como madre legítima y al padre biológico le concedió la custodia y derecho a visita ¹³

Es un caso idéntico, la Corte de Casación francesa, en 1991, declara ilícitos los contratos de maternidad subrogada.¹⁴

Lo que ha sido definitivamente rechazado es la subrogación de úteros de animales y también el proyecto de utilizar cuerpos de mujeres en estado de coma, es decir en

¹² *Idem*, pag 76

¹³ Ver El contrato y la sentencia en: Silva Ruiz, Pedro, *Baby M y el contrato de maternidad subrogada*. Boletín de Información no, 1503, Ministerio de Justicia, España, 1988. Citado en: RODRÍGUEZ Manzanera, Luis. "Ingeniería genética, reproducción asistida ...", *Op. Cit.*, pag 77

¹⁴ Chavez, Francois, *La Corte de Casación francesa y el asunto de las llamadas "madres portadoras"*, Jurídica. 21, Universidad Iberoamericana, México, 1992, p, 165. Citado en: *Idem*.

vida vegetativa, para implantarles óvulos fecundados, garantizando así un embarazo sin riesgos.

Las posibilidades reales de tener bancos de óvulos y de semen, o de embriones conservados en crioconservación o congelación (Crionización con nitrógeno líquido) nos traen también una serie de problemas.¹⁵

¿Hay propiedad sobre el semen o los óvulos donados?; ¿se puede alegar paternidad posteriormente?, ¿cuánto tiempo es válido conservarlos? En cuanto a los embriones, la crioconservación es una opción, donde el tiempo varía: ¿de 14 días a 5 años?. Parece haber consenso en cuanto que no debe haber fecundación ni transferencia de embriones post mortem a fecundación asistida de la mujer separada, viuda o sola se pretende prohibir en la ley francesa, pero española está permitida; lo anterior acarrea problemas muy específicos en cuanto al hijo carente de padre.¹⁶

A Rodríguez Manzanera le generan preocupaciones especiales, dos situaciones:

-la primera es la posibilidad de verdaderos desastres ecológicos producidos por la ingeniería genética; hay la sospecha de que enfermedades no conocidas hasta ahora puedan ser resultado de experimentos de manipulación genética.

-la segunda, y que no llega muy directamente, es la de que los países del tercer mundo pueden convertirse en "refugios genéticos", es decir lugares en que puede realizarse impunemente todo tipo de experimentación de ingeniería genética, ya que las legislación de los países centrales la están limitando seriamente. Lo anterior no es fantasía: los datos de experimentación con farmacos, de saqueos de tejidos y órganos humanos, de utilización de medicina prohibidas en el país de origen de aprovechamiento de la condiciones de pobreza y de ignorancia, y (por qué no decirlo) la corrupción, nos obligan a estar alerta.¹⁷

La gestación en madre sustituta comprende las siguientes hipótesis:

a) Subrogación de vientre: gestación en vientre de otra mujer de óvulo de la esposa fecundado por esperma de su marido.

¹⁵ *Ibidem*

¹⁶ *Ibidem*

¹⁷ RODRÍGUEZ Manzanera, Luis. "Ingeniería genética, reproducción asistida ...", *Op. Cit.*

b) Aportación de vientre y óvulo: gestación en vientre de otra mujer de óvulo fecundado de ésta con semen del marido, quien con su esposa hacen el "encargo".

C. Definición de maternidad y de la coexistencia de las maternidades

La maternidad subrogada es una figura que se ha utilizado en diversas partes del mundo, sin embargo, los estudios sobre ellas presenta alta complejidad.

Debido a circunstancias como los adelantos tecnológicos, algunas figuras jurídicas sufren cambios, como es el caso de la maternidad.¹⁸

Con el avance de la ciencia, la maternidad ha adquirido una nueva especie: la maternidad subrogada, en la cual participan dos mujeres que presumen ser madres de un bebé. Esta causa es por lo que resulta importante determinar qué es la maternidad, con el fin de definir si las dos mujeres que se encuentran involucradas en la maternidad subrogada son las madres del bebé, o lo es sólo una de ellas.

La maternidad es una palabra que proviene de materno y significa "Estado o cualidad de madre."¹⁹ 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..."²⁰

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. ¿Pero cuál de estas dos tiene más peso?

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

¹⁸ DELGADO CALVA, Ana Soledad. "La Maternidad Subrogada: un Derecho a la Reproducción Humana a la luz del Derecho Mexicano", Tesis para obtener el grado de Maestro en Derecho. Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón, División de Estudios de Posgrado e Investigación, Programa de Posgrado en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004. pag 38

¹⁹ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 1992, pág. 1337. Citado en: *Idem*

²⁰ CASANOVA, Martha P., et al, Ser mujer. La formación de la identidad femenina, Editorial Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1989, pág. 25. Citado en: *Idem*

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.²¹

C.1. Disociación 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. Así se han llegado a identificar las siguientes modalidades con relación a la maternidad:

- a. *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.
- b. *Maternidad genética*: es la de quien se convierte en donante de óvulos.
- c. *Maternidad gestativa*: cuando la mujer lleva adelante la gestación de un embrión a partir de un óvulo donado.
- d. *Maternidad legal*: la de quien asume frente al hijo los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad sin que existan entre ellos vínculos biológicos.²²

Ante este panorama la interrogante que se formuló respecto a la paternidad vuelve a repetirse con un cambio de género, esto es: ¿quién es la madre? La respuesta que hasta hace poco parecía ser unívoca, en el sentido de dar una mayor importancia al dato del parto, ha sufrido un cambio de orientación hacia la admisión de otros criterios que se consideran igualmente relevantes para determinar la maternidad.²³

Como consecuencia de ello, y teniendo en cuenta la especial naturaleza de la maternidad, la segunda interrogante que surge de forma casi inmediata, es si las demás mujeres que participaron en la procreación del hijo, deben ser excluidas de

²¹ LÓPEZ FAUGIER, Irene. "La prueba científica de la Filiación", Porrúa, México, 2005. ISBN 970-07-5778-1, pág. 276

²² MORÁN DE VICENZI, Claudia. "El Concepto de filiación ...", *Op. Cit.*, pag 191 y 192

²³ *Ibidem*

manera terminante de la vida del nacido, o si les puede reconocer algunos derechos en virtud de su especial colaboración.

La experiencia de los últimos años parece admitir una respuesta positiva. En efecto, en algunos casos, se ha reconocido algunas formas de maternidad compartida, o si cabe el término, el de una madre de segundo grado.²⁴

C.2. 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.²⁵

En cambio, en los supuestos de locación de útero la situación es diferente, puesto que en este caso son dos las mujeres -o excepcionalmente tres²⁶- que intervienen en la procreación, la madre comitente aportando su material genético y la madre subrogada llevando adelante la gestación.²⁷ De ello deriva la dificultad de establecer cuál de las dos mujeres ejerce una mayor influencia en la formación de su hijo, y por consiguiente, determinar quién debe ser considerada como madre legal²⁸.

C.3. Nuevas formas de los conceptos de paternidad y maternidad

²⁴ *Idem*, pag 162

²⁵ *Idem*, pag. 202

²⁶ Para estos casos excepcionales se proponen las siguientes soluciones: (a) si cada una de las mujeres aportó un elemento (óvulo, parto, voluntad), la maternidad debe recaer en alguna de las dos primeras, siempre que una de ellas esté casada con quien aportó el semen, de lo contrario se debe dar preferencia al criterio del parto; (b) la misma conclusión es aplicable si las tres mujeres desean tener el hijo para sí; (c) si ninguna de las mujeres quisiera el hijo, como ocurriría si se hubiese tomado el óvulo de una para implantado en otra, pero no por voluntad de otra mujer sino de un varón, entonces, se verifica una hipótesis de abandono con posibilidad de dar inicio a un procedimiento de adopción (cfr. SANTOSUOSSO, F.; *Lafecondazione artificiale...*, cit., p. 58). MORÁN DE VICENZI, Claudia. "El Concepto de filiación...", *Op. Cit.*, pag 202

²⁷ Como se ha observado, la práctica de la maternidad subrogada ha ocasionado una distinción entre la paternidad y la maternidad, en cuanto a que, sólo respecto a la primera, es posible alcanzar la máxima correspondencia entre verdad biológica y la formal. En efecto, si el donante de semen y la madre gestante no pueden renunciar a sus derechos sobre el hijo, en el caso de la maternidad, los mismos derechos también pueden ser alegados y discutidos por la mujer que aportó el óvulo (cfr. Mlt.AN, G.; «La madre...», cit., p. 319). *Idem*, pag 203

²⁸ Consenso que tampoco es fácil de encontrar a nivel de las ciencias biológicas lo que ha llevado a plantear la pregunta sobre el criterio que define a una persona como hijo de otra, esto es, si lo más importante es llevar su patrimonio genético o establecer una relación biológica y afectiva como lo que se desarrolla durante la gestación. *Ibidem*

“Todo ser humano -dice Rostand- comienza su existencia personal la forma de una simple célula, ínfimo glóbulo de gelatina translúcida, el huevo. Este huevo resulta de la fusión de dos células, salidas, respectivamente, del cuerpo de los padres.”²⁹ Mientras el padre sólo puede suministrar una célula, la madre además de aportar la que le corresponde lleva adelante nueve meses de gestación. Y ello si no concede mayor trascendencia a la madre, que puede hacerlo, le permite ser madre por evidencia, mientras que el padre, con cualquier método, se reconoce a fuerza de constricción social.³⁰ Al mismo tiempo esa doble función de la madre y la evolución científica pueden causar en adelante graves distonías que no surgen en la paternidad.

Pero los hijos no sólo «se engendran» con la carne, y el que crió y educó a un menor como hijo, el que lo ha hecho persona puede merecer más ser considerado en Derecho como padre que quien lo es sólo por la genética.³¹ De tal modo que resulta gratuito afirmar que no puede ser padre legal quien no aportó su código genético a la concepción.

Nos brinda Lombardi³² unas clasificaciones sobre los nuevos y tradicionales tipos de paternidad, los datos que los caracterizan y que revelan la escisión de las facetas otrora unidas, salvo mínimas excepciones, por motivos diversos a la intervención de la ciencia.

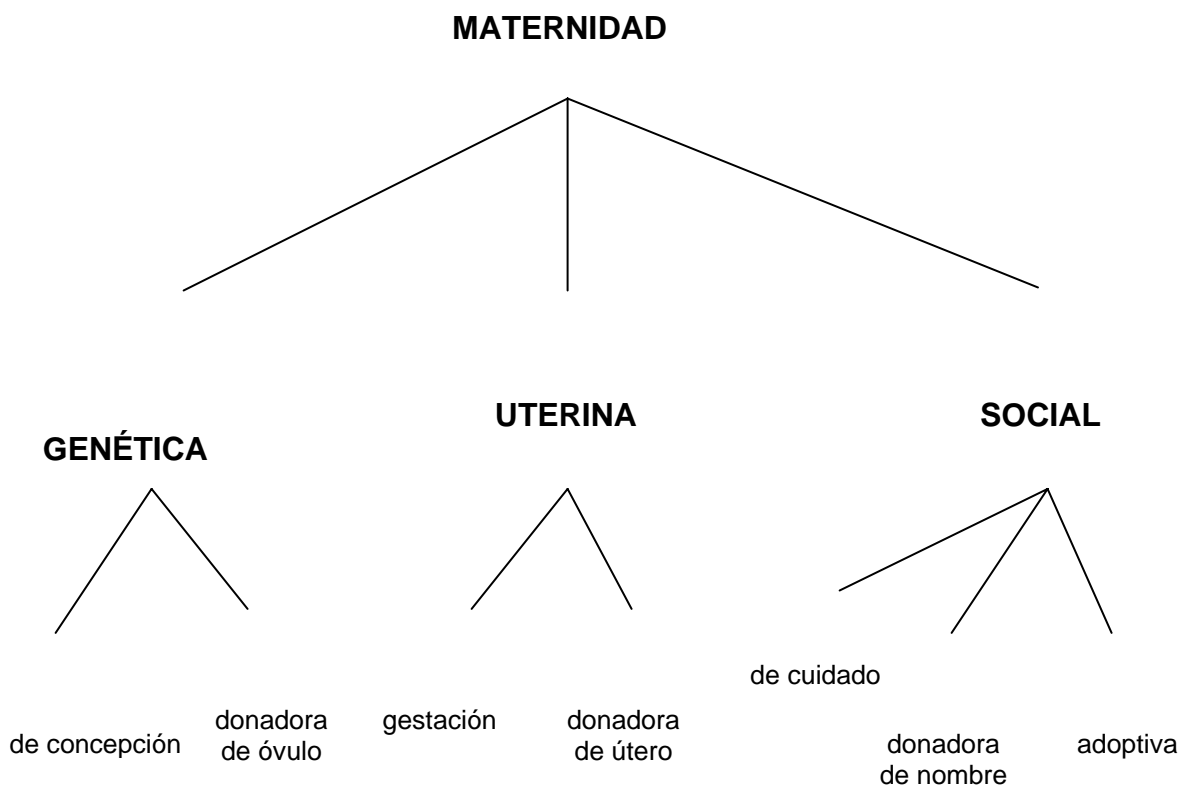
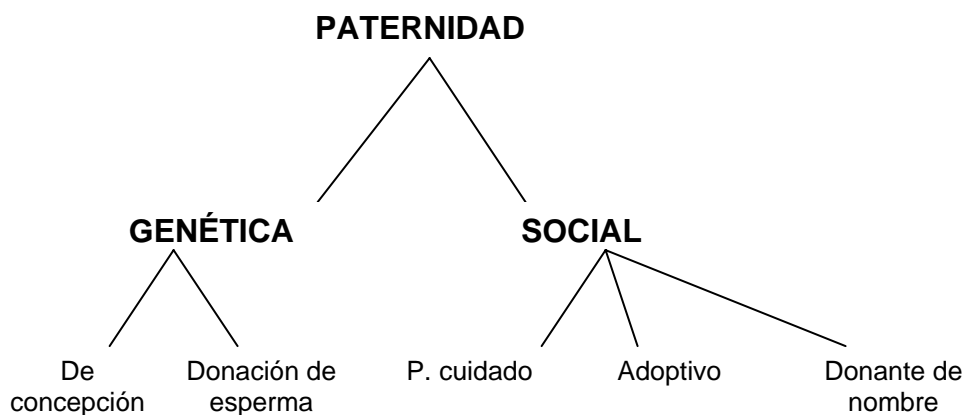
Se pueden observar hoy separadamente según el autor:

²⁹ ROSTAN, J.: El hombre, 4ª. ed. (Madrid, Alianza Edit., 1984). p. 31. Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. “Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial... Op. Cit, Pág. 210.

³⁰ TRABUCCHI. A.: La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità, .”Riv. Dir. Civ.”1982, p. 67. Citado en: *Ibidem*.

³¹ Es la tesis de B. Brecht en El Círculo de tiza caucasiano; vid. PEÑA, M.: Régimen de la filiación y protección jurídica de la familia ..., cit., p. 150. Citado en: *Ibidem*.

³² LOMBARDI VAILLAURI, L.; *Bioética, potere, diritto, lus*, 1984, p. 50. Citado en: *Ibidem*.



En base a ello se pueden hacer distintas combinaciones, algunas de ellas verán disociadas facetas biológicas y sociales, otras no, como en la fecundación natural.

Algunas recuerdan a las escisiones tradicionales, otras sólo pueden producirse con la ayuda de la ciencia (ver cuadro Tipos de Maternidad).

Stoyanovitch³³ señala la posibilidad de una especie de *multipaternidad*³⁴ que no puede quedar determinada legalmente en nuestro sistema. Dentro de tal confluencia de sujetos, hay que elegir al que se toma como padre. Para él, la paternidad en las técnicas con semen de donante está compuesta por tres sujetos:

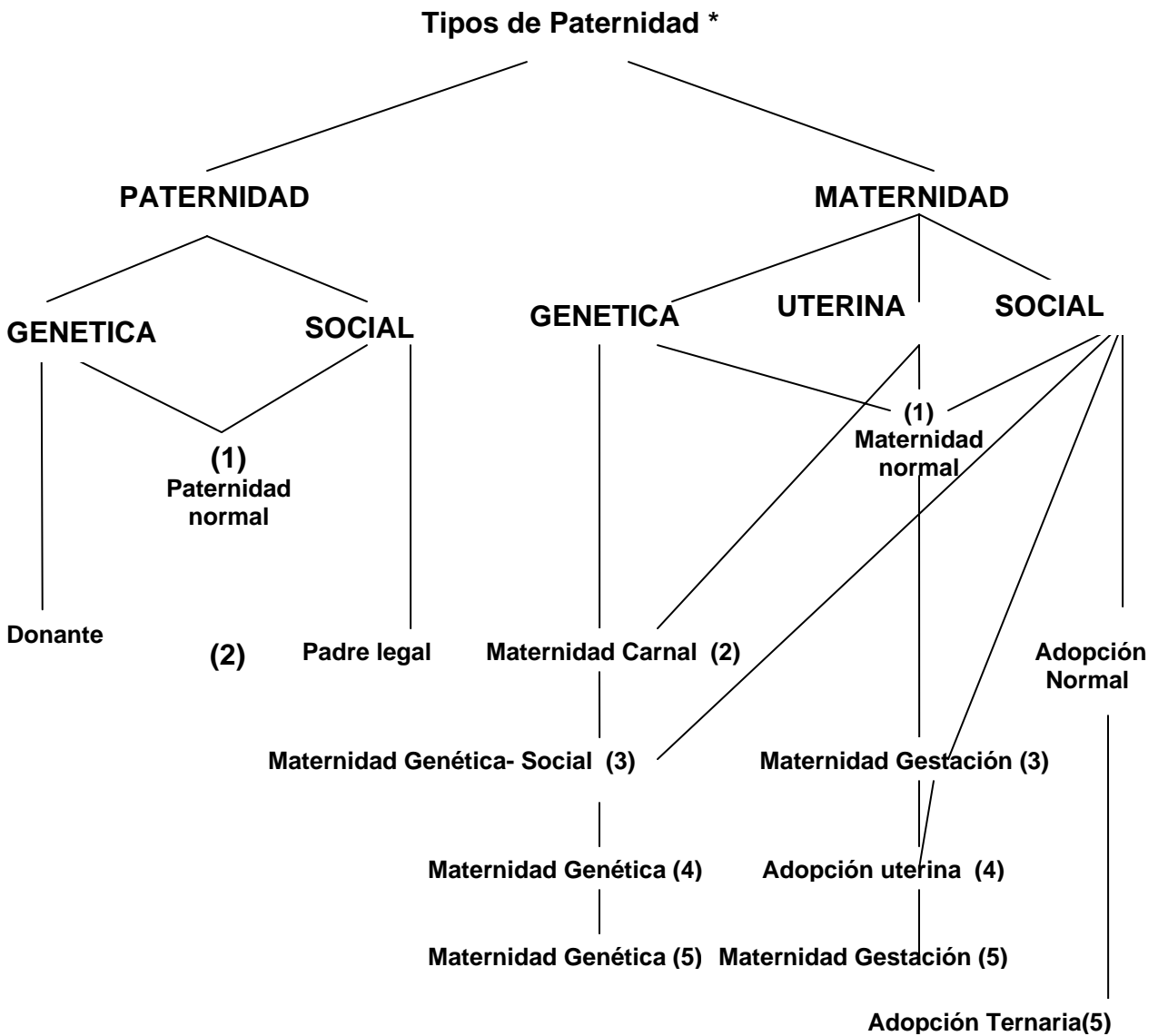
- padre moral (el marido),
- padre instrumental (el médico),
- padre biológico (el donante).³⁵

Si nominalmente intentamos señalar aquí las posibles relaciones que se pueden plantear teóricamente y que muchas ya han tenido virtualidad práctica, podemos comprobar la amalgama de conflictos que se suscitan por el solo motivo de disociar funciones sociales y biológicas y dentro de éstas aquéllas que son inseparables de un sujeto si la procreación es consecuencia de un acto natural.

³³ STOYANOVITCH, K.: *La légitimité des enfants nés par suite de l'insémination artificielle, en France et aux Etats-Unis d'Amérique*, R.I.D.C.. 1956. pp. 264 y ss.; TAZZIOLI, Y.: *Inseminazione dei coniugi in diritto canonico*, R.D.M. e S.P.. 1966. p. 702, en el mismo sentido. LUTTGER de forma insólita señala al médico como sujeto potencial para la prestación de alimentos al concebido por IA (Medicina y Derecho penal, Madrid, "Edersa", 1984. p. 32). Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. "Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial...", *Op. Cit.*, Pág. 211.

³⁴ LABRUSSE-RIOU, C.: *Don et utilisation de sperme et d'ovocyte, Le ponit de vue d'un juriste, en Actes du Colloque: Genetique, procreación et droit* (París. *Actes Sud.* 1985). p. 272. Citado en: *Idem*, Pág. 210.

³⁵ Resulta excesiva e inadmisibles esa atribución de paternidad al médico defendida en esos años pero que hoy se descarta con toda lógica. El médico facilita con su intervención técnica la procreación, pero él no genera, ni aporta gametos propios, ni la voluntad de la concepción, ni el cuidado del niño. Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. "Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial...", *Op. Cit.*, Pág. 210.



*Paternidad se entiende aquí en sentido genérico. Los distintos tipos o sentidos de paternidad o maternidad se dan en cada supuesto numerado, o en cada combinación, según que concurren todas, o alguna de las facetas anteriormente indicadas.

Con fecundación *in Vitro* pueden darse los siguientes 9 supuestos:

- «Hijo» del óvulo y semen de la pareja en tratamiento, gestado por la mujer de la misma.
- «Hijo» del óvulo de la mujer de la pareja, gestación por ella, y de semen de donante.
- «Hijo» de óvulo de gametos de la pareja, gestado por una segunda mujer.
- «Hijo» de óvulo de la mujer de la pareja, semen de donante y gestado por una segunda mujer.

- «Hijo» de óvulo donado, semen del varón de la pareja y gestado por mujer de la pareja.
- «Hijo» de óvulo de donante, semen del compañero y gestado por una tercera mujer.
- «Hijo» de óvulo de donante, que a su vez es la gestante, y semen del miembro masculino de la pareja.
- «Hijo» de óvulo de donante, a su vez gestante, y semen de donante.
- «Hijo» de óvulo y semen de donante, gestado por la mujer de la pareja.³⁶

Aun pareciendo irreales e incomprensibles, son supuestos que pueden darse si se permiten ampliamente todas estas prácticas, incluida la maternidad subrogada. Prohibida ésta, no quiere decir que se consiga efectividad, por eso tendrá que buscarse respuesta jurídica para consecuencias que se originen.

¿A quién de entre todos los participantes en la procreación del «hijo» corresponde la función de padre legal?

Si hasta la implantación de técnicas de fecundación podía plantearse supuesto de hijos cuyos padres legales eran también los biológicos; la derivación biológica sólo coincidía en uno de los progenitores, o en ninguno, por causas diversas, únicamente el primero era generalizado, los últimos excepcionales. El Derecho reconocía valor jurídico a un evento biológico y social como es el nacimiento.

La IAD o la FIV presentan la ventaja y la complicación de relativizar el parentesco biológico en interés de la que se considera como verdadera paternidad: paternidad afectiva, educativa, adoptiva. Recordemos una vez más que en este campo los conceptos estrictamente jurídicos se suavizan en función de la condición de la materia regulada, donde cuentan más los sentimientos que los requisitos legales. Nunca se podrá imponer el afecto al progenitor auténtico.³⁷

³⁶ Para hacer más gráfica y rápida la comprensión hemos utilizado esas expresiones sin ser del todo correctas y para abreviar quieren expresar que el nacido es fruto de esas aportaciones. Citado en: *Idem*, Pág. 213.

³⁷ THIBAUT: Actes du colloque: Génétique..., cit., p. 49: PENA y BERNALDO DE QUIRÓS. M.: Régimen de la filiación y protección de la familia..., cit., pp. 168 y 169: "los hijos son más de quien los hace personas, que del padre biológico".

Si tenemos presente el esquema elemental por el que la paternidad consiste en el ligamen existente entre el acto del hombre y la mujer que participa y el fruto que nace de ella, está claro que en la hipótesis de algunos supuestos de la FIV el esquema ya no rige.³⁸ El que acude a esa práctica, o a otras similares, y recibe la donación de algún gameto, intenta reproducir en el seno de su pareja la situación normal de la paternidad, que no puede alcanzar naturalmente y asume el convencimiento de que el hijo es biológicamente de ambos. De algún modo, si hubiera pretendido la adopción habría acudido a ella, a pesar de las dificultades actuales que también incentivan estos nuevos recursos.

Sin embargo, es importante recordar que las relaciones de paternidad han venido siendo, y algunos creen que por esencia,³⁹ una relación de exclusividad y unicidad. El padre para ser reconocido no puede ser más que uno, lo contrario conduciría a excluir la existencia de una relación: característica en prerrogativas y responsabilidades. La maternidad ofrece hoy complicaciones añadidas por su doble aporte ovárico y uterino que no dejan discernir claramente el papel que ha de ser prioritariamente protegido. El Informe español ha optado por la madre gestante, pero sin duda porque el parto, como hasta aquí, ofrece una mayor seguridad jurídica.

El problema de configurar como padres a quienes no aportan su material genético es que con el Derecho actual están expuestos a una acción de impugnación, o ellos mismos pueden ejercerla. Es difícil conciliar no veracidad biológica con una normativa basada en ella si a las relaciones nuevas pretendemos dar la misma apariencia que a otra filiación por naturaleza.

La eficacia de un reconocimiento que podría extenderse a la filiación matrimonial como determinante de la filiación, sirviendo así de solución jurídica al uso de las

LLEDÓ y AGÜE. F.: Informe, da prioridad a la verdad formal sobre la biológica, abogando porque la posesión de estado sea el dato de referencia para estas técnicas. pp. 5, 6 y 7. Es más, para él, la ley debe amparar al que ética y socialmente se ha comportado como padre. Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. "Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial...", *Op. Cit.*, Pág. 213

³⁸ TRABUCCHI. A.: *Op. cit.*, p. 622. Citado en: *Idem*, Pág. 217.

³⁹ TRABUCCHI. A.: *Op. cit.*, p. 624. Citado en: *Idem*, Pág. 219.

técnicas, con un significado negocial de asunción y operación de la verdad por la voluntad también es hoy discutible frente a cualquier acción de impugnación. Tendrían que prever los Códigos un reconocimiento de carácter constitutivo para evitar problemas.

D. Definición de subrogación

En este tema será importante iniciar desde su denominación, por la discusión de cual es el vocablo correcto para identificarla, sí subrogada, delegada, incubadora o sustituta, porque de acuerdo con el significado gramatical de dichos términos:

- "Subrogar" es "Subsistir o poner una persona o cosa en lugar de otra";
- "Delegar" es "Dar una persona a otra la jurisdicción que tiene por su dignidad u oficio, para que haga sus veces o conferirle su representación";
- "Incubar" es "Ponerse el ave sobre los huevos para sacar pollos";
- "Sustituir o "Substituir" es "Poner a una persona o cosa en lugar de otra".⁴⁰

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

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

"Llevar o sustentar la madre en sus entrañas el fruto vivo de la concepción hasta el momento del parto."⁴¹

Pero además de todos los aspectos contractuales, penales y éticos de la maternidad gestante, no debe perderse de vista el punto que interesa, es decir, con relación a la imputación de la maternidad. Este rubro, sin duda alguna, implica serios inconvenientes en estos procedimientos pues debe precisarse si la imputación de

⁴⁰ Real Academia Española, Diccionario de la ... *Op. Cit.*, p. 429, 739, 1223 y 1224. Citado en: LÓPEZ FAUGIER, Irene. "La prueba científica..."; *Op. Cit.*, pág. 285

⁴¹ Real Academia Española, Diccionario de la ... *Op. Cit.*, p. 664. Citado en: *Idem* pág. 286

ese nexo materno filial se hará privilegiando, el lazo biológico o el vínculo de la gestación.⁴²

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

- a) La determinación de la maternidad.
- b) El derecho a interrumpir el embarazo.
- c) El derecho de la madre gestante a no entregar al menor.
- d) El derecho a repetir lo pagado, cuando la madre portadora se niega a entregar al menor.
- e) La revocabilidad del contrato (en este caso los momentos en los cuales se puede dar esa revocación).
- f) La aplicabilidad o no de las presunciones de paternidad.'
- g) La necesidad de la autorización expresa del marido de la madre gestante.
- h) La posibilidad de impugnar la maternidad.
- i) Los posibles derechos hereditarios del menor, cuando sus progenitores biológicos mueren durante la gestación.⁴³

Precisamente en virtud de todas estas interrogantes, así como de las implicaciones contractuales, penales y éticas derivadas de este tipo de prácticas, y particularmente por la incertidumbre que se genera en cuanto a determinación del nexo materno filial, en el cual debe decidirse, si se privilegiará el nexo biológico o el nexo bio-psíquico del embarazo con la madre gestante, estoy a favor de su prohibición en nuestro sistema legal.

A la maternidad subrogada se le comenzó a conocer como tal desde 1975 aproximadamente. A partir de entonces, han surgido diversas denominaciones, como son las siguientes 18:

➤ alquiler de vientre,	➤ maternidad sustituta,
------------------------	-------------------------

⁴² Cfr. Julio César RIVERA, *Op. Cit.*, p. 360. Citado en: LÓPEZ FAUGIER, Irene. "La prueba científica...", *Op. Cit.* pág. 285

⁴³ Cfr. Julio César RIVERA, *op. cit.*, p. 360. Citado en: *Idem*, pág. 285

➤ alquiler de útero,	➤ maternidad de sustitución,
➤ arriendo de útero	➤ maternidad suplente,
➤ arrendamiento de vientre	➤ maternidad de alquiler
➤ donación temporaria de utero	➤ maternidad de encargo
➤ gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro,	➤ madres de alquiler,
➤ gestación de sustitución	➤ madres portadoras,
➤ gestación subrogada	➤ vientre de alquiler
➤ madre portadora	➤ surrogated motherhood, su denominación en inglés.

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

Todas las denominaciones tienen por objeto indicar la solicitud que se hace a una mujer para que gestar por otra. No obstante, no todas las denominaciones son en realidad correctas, madres de alquiler, madres portadoras, alquiler de vientre y alquiler de útero, apunta Delgado Calva. Así, las denominaciones que a este autor no le parecen correctas son: maternidad de alquiler en virtud de que no se trata de un contrato de arrendamiento.⁴⁴

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

⁴⁴ LÓPEZ FAUGIER, Irene. *"La prueba científica..."*, Op. Cit , pags 41 y sigs

necesarios, de modo que al finalizar el embarazo, la subrogada haga entrega del bebé a la subrogante".⁴⁵

Del anterior concepto se desprenden los siguientes elementos:⁴⁶

- Acto jurídico,
- Un médico con experiencia en la materia,
- Técnicas de reproducción asistida (inseminación artificial y fecundación *in vitro*),
- Mujer denominada subrogada, quien será soltera,
- Mujer denominada subrogante, quien será casada o concubina,
- Esposo o concubino de la subrogante,
- Óvulo de la subrogante y el semen del esposo o concubino de esta,
- Convenio,
- Mayores de edad,
- Cierta cantidad de dinero más los gastos médicos necesarios,
- La subrogada hará entrega del bebé a la subrogante, y
- Única vez.

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

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

⁴⁵ DELGADO CALVA, Ana Soledad. "La Maternidad Subrogada: un Derecho...", *Op. Cit.*, pag. 48

⁴⁶ *Idem*, pag 48 y 49

Otro de los elementos del concepto que se propone, se refiere a las técnicas de reproducción asistida, específicamente la inseminación artificial y fecundación *in vitro*, maternidad subrogada.⁴⁷

E. Causas que dan origen a la Maternidad Subrogada

La maternidad subrogada surgió a consecuencia de las técnicas de reproducción asistida, la cual por su mecánica ha dado origen a múltiples controversias en diversos ámbitos. Si bien es cierto que tiene por objeto permitir que las personas que no pueden tener hijos propios puedan tenerlos, también es cierto que crea serias controversias. De las más importantes han sido los conflictos sociales, éticos, psicológicos, religiosos y jurídicos, que diferentes casos han mostrado, tanto en el ámbito internacional como nacional.

Posteriormente, surgieron otras causas para que se produjera la maternidad subrogada.⁴⁸

1. Cuando una mujer es estéril, pero su óvulo es apto para realizar la fecundación;
2. Cuando una mujer es infértil, por lo que no puede gestar, pero su óvulo sirve para la fecundación;
3. Cuando el óvulo de la mujer no es apto para la fecundación y por medio de una donadora de óvulo, solicita a otra mujer, o a la donadora, que gesticione para que de a luz un bebé;
4. Cuando una mujer simplemente no quiere embarazarse, pero sí tener un hijo propio;
5. Cuando la mujer ha muerto y, antes de morir deja un embrión congelado, producto de unir su óvulo y el esperma de su marido mediante una fecundación *in vitro*; o

⁴⁷ DELGADO CALVA, Ana Soledad. "La Maternidad Subrogada: un Derecho...", *Op. Cit.*, pag 49

⁴⁸ *Idem*, pag 55

6. Cuando una pareja de homosexuales, o un solo hombre, hace que se insemine artificialmente a una mujer con espermatozoides de uno de los hombres de la pareja o del hombre solo.

En los tres primeros casos, se alude a problemas de esterilidad e infertilidad; en el cuarto caso a una cuestión de estética física, de mujeres que sin tener un impedimento como es la esterilidad o infertilidad, desisten de embarazarse, simplemente por conservar en buen estado su aspecto y forma física, por ello contratan a una mujer que gestará y dará a luz a un bebé que finalmente les será entregado. En el quinto, se alude a la fecundación post mortem; y en el sexto, a la reproducción por parte de personas solteras o de parejas homosexuales. De dichas causas que dan origen a la maternidad subrogada, la más rechazada es precisamente la que buscan parejas homosexuales.⁴⁹

De las causas que se dan con mayor frecuencia son las relacionadas a la esterilidad y la infertilidad y en ocasiones por personas que desean conservar su forma física. Las otras formas son menos recurridas, sin embargo, existen casos, que aunque sean pocos no son por ello menos importantes; recordemos que de por medio se encuentra la vida y bienestar de un menor, por lo que se deben tener bien definidas las causas en que se puede permitir que surja la maternidad subrogada.⁵⁰

Las que son más aceptadas para que se produzca la maternidad subrogada son las relativas a la esterilidad e infertilidad de la pareja, no así las que se refieren a mujeres que buscan cuidar su aspecto físico, las que aluden a la reproducción post mortem, pues la doctrina señala que de antemano, el niño sería huérfano de madre desde antes de nacer; aunque por otra parte dicen que no se puede prohibir si existe consentimiento expreso en testamento de uno o ambos cónyuges para que esta práctica fuera posible en caso de morir alguno de ellos⁵¹. Tampoco es aceptada la maternidad subrogada a causa de personas solteras que buscan un bebé, pues se

⁴⁹ DELGADO CALVA, Ana Soledad. "La Maternidad Subrogada: un Derecho...", *Op. Cit.*, pag 56

⁵⁰ *Ibidem*

⁵¹ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *Op. Cit.*, pág. 167-170. Citado en: DELGADO CALVA, Ana Soledad. "La Maternidad Subrogada: un Derecho...", *Op. Cit.*, pag 56

dice que este debe contar con unos padres que lo críen, que lo quieran y una persona soltera carece de un esposo o esposa, concubina o concubino que forme con niño una familia.⁵²

De hecho, diversas clínicas y hospitales dedicados a aplicar las técnicas de reproducción asistida no permiten que personas solteras las soliciten, sino sólo aquellas unidas en matrimonio o en concubinato, dejando afuera a quienes son solteros.

Al hablar de inseminación artificial nos encontrábamos con la presencia de la mujer inseminada y del hombre del que procedía el semen, que podía ser la pareja de la mujer o un tercero.

En el caso de la fecundación in vitro son posibles más casos.

Por un lado se mantiene la distinción según la procedencia del semen, igual que en la inseminación artificial. Pero en la fecundación in vitro la mujer a la que se le extraen los óvulos y la mujer a la que se le implanta el embrión pueden no coincidir.

Esto puede ser ilustrador de los problemas que aparecen. Tómese el caso hipotético -y que en principio cabe pensar como el más habitual- de una pareja heterosexual que desea tener descendencia y que recurra -por las razones que sean- a la fecundación artificial.⁵³

Esta hipótesis se propone simplemente para ejemplificar las múltiples posibilidades. Con esto no se pretende agotar todos los casos ni obviar otros posibles supuestos. Piénsese, por ejemplo, en el caso de una mujer sin pareja (masculina) que recurra igualmente a la reproducción asistida, o -por muy indeseable y rebuscado que parezca- la fecundación in vitro realizada con finalidades distintas a la reproducción, como la utilización de los embriones resultantes para fines diferentes.

⁵² *Ibidem*

⁵³ LEMA AÑÓN, Carlos. “Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida”, Colección Estructuras y Procesos, Serie de Derecho, Trotta, Madrid España, 1999. ISBN 84-8164-312-2. pag 47

En la hipótesis propuesta hay dos posibles orígenes para los gametos masculinos y dos posibles orígenes para los gametos femeninos: o propios o ajenos a la pareja. Hay también dos posibilidades para la gestación: por la mujer miembro de la pareja, o por otra mujer. *En total ocho posibilidades distintas.* Si la gestación va a ser por la mujer miembro de la pareja, es decir, si la transferencia del embrión o de los embriones se le practica a ella misma se dan cuatro posibilidades, e igualmente cuatro para una transferencia realizada a una tercera.

Así pues, tenemos:

- Transferencia a la mujer miembro de la pareja del embrión o de los embriones fecundados con gametos suyos y de su pareja. Éste es el supuesto simple y quizá el más extendido. Un ejemplo típico podría ser la incapacidad para que se produzca la fecundación debido a algún tipo de patología tubárica.
- Transferencia a la mujer miembro de la pareja del embrión o de los embriones fecundados con óvulos suyos y espermatozoides de un tercero. Por ejemplo, los espermatozoides de un tercero por alguno de los motivos que se citaron para la inseminación artificial, pero a lo que se añadiese la inviabilidad de la inseminación por causa de patología tubárica.
- Transferencia a la mujer miembro de la pareja del embrión o de los embriones fecundados con espermatozoides de su pareja y con óvulos de otra mujer. Un ejemplo podría ser algún tipo de infertilidad ovárica femenina.
- Transferencia a la mujer miembro de la pareja del embrión o los embriones fecundados con óvulos de una tercera y espermatozoides de un tercero. Un ejemplo sería el de la infertilidad de ambos miembros de la pareja. El primer embarazo en estas circunstancias, con donación de embrión, se produjo en 1983.
- Transferencia a una mujer ajena a la pareja del embrión o los embriones fecundados con gametos procedentes de la pareja. Este y los casos que restan son equivalentes a los ya comentados, con la salvedad de que la gestación la realiza una mujer ajena a la pareja. Se trata de supuestos englobados dentro de lo que se conoce como «maternidad de sustitución». La gestación por parte de una tercera se puede deber a una incapacidad de

gestar por parte de la mujer miembro de la pareja, o bien por otros motivos, incluso de conveniencia.

- Transferencia a una mujer ajena a la pareja del embrión o de los embriones fecundados con óvulos suyos y espermatozoides de un tercero.
- Transferencia a una mujer ajena a la pareja del embrión o los embriones fecundados con semen de la pareja y con óvulos de otra mujer.
- Transferencia a una mujer ajena a la pareja del embrión o los embriones fecundados con gametos de personas ajenas a la pareja y a ella misma.⁵⁴

Junto a esto es conveniente señalar una posibilidad más, en la que se produce transferencia de embrión, aunque no fecundación in vitro. Se trata del lavado embrionario, que consiste en la retirada de un embrión del seno de una mujer para transferírsele a otra.

E.1 Madres de alquiler

Moro Almaraz considera que el término conocido como «alquiler de útero», se ha convertido en uno de los eventos cuya denominación recuerda conceptos patrimoniales que no son muy acordes con la trascendencia social, moral y sobre todo personal de su significación. Por eso, cualquiera de las expresiones: madre sustituta, portadora o subrogada son más respetuosas, opina. Con ellos se alude a la mujer que se presta a tener un hijo para otra, desarrollándose en su útero el embarazo y, en muchas ocasiones, habiendo donado también el óvulo.⁵⁵

La contratación de madres de alquiler para realizar una gestación vicaria no es legal, pero las únicas razones para su prohibición son de orden práctico y no ético. Así, de una gestación de alquiler pueden derivarse demandas judiciales múltiples, generalmente basadas, en que la gestante desea retener a su hijo, en función de relaciones gestacionales subjetivas.

⁵⁴ LEMA AÑÓN, Carlos. “Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico...”, *Op. Cit.*, pags 48 y 49

⁵⁵ MORO ALMARAZ, María de Jesús. “Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial...”, *Op. Cit.*, pag 52 y 53

Por estas razones, la mayoría de legislaciones considera como, madre a la gestante (en función de lo que determina el Derecho Civil), y el contrato de subrogación, nulo.

Casado espera que este criterio se mantenga, ya que otorgar derechos a la madre biológica en vez de a la madre gestante puede conducir a un reduccionismo genético políticamente peligroso, porque otorgar toda la importancia a la genética puede derivar en irresponsabilidad o utilizarse como argumento para la discriminación.⁵⁶

Con el término general de *maternidad subrogada* o *madre de sustitución* se comprenden diversas modalidades o grados de intervención de una mujer en el proceso procreativo de otra⁵⁷.

- Una de ellas se conoce como locación o alquiler de útero, mediante la cual una mujer conviene en gestar un embrión formado, total o parcialmente, por los gametos de la pareja comitente, comprometiéndose a la entrega del nacido después de su nacimiento. En este caso, la participación de la mujer se limita a la gestación de un concebido con el que no guarda ningún vínculo genético, verificándose la escisión de la maternidad genética y uterina.
- La segunda modalidad, es la maternidad subrogada propiamente dicha, en la cual la mujer no sólo lleva adelante la gestación sino que además aporta sus óvulos para ser inseminada con el esperma del varón de la pareja comitente. En este supuesto, el uso del término madre subrogada a pesar de ser descriptivo de las circunstancias que le dan origen -la maternidad por cuenta de terceros- es equívoco, ya que en realidad esta mujer es la madre a todos los efectos, y no puede sustituir a quien en realidad no lo es.⁵⁸

Dentro del término de maternidad subrogada también están comprendidos los supuestos de donaciones de embriones o de óvulos cuya gestación es llevada

⁵⁶ CASADO, María, (comp) "Nuevos Materiales de Bioética y Derecho", Doctrina Jurídica Contemporánea Vol. 25, Fontamara, México. 2007. ISBN 968-476-609-2, pag 248

⁵⁷ Las nuevas técnicas de fecundación in vitro posibilitan que el embrión se forme con el aporte genético de la pareja comitente o mediante la donación de material genético. En realidad, son diversas las variantes que permite la técnica de la fecundación in vitro y la transferencia de embriones en las cuales pueden intervenir más de tres sujetos (cfr. MTLAN, G.; «La madre su comisión. Problemi giuridici», Giusr. Civ., 1985, pp. 313 y ss.). Citado en MORÁN DE VICENZI, Claudia. "El Concepto de filiación...", *Op. Cit.*, pag 196

⁵⁸ Como acertadamente observa D' AVACK, en realidad, la finalidad de los convenios de maternidad subrogada propiamente dichos es sustituir una maternidad natural por una maternidad social (cfr. ob. cit., p. 167). Citado en: MORÁN DE VICENZI, Claudia. "El Concepto de filiación...", *Op. Cit.*, pag 197

adelante por la misma mujer que desea asumir la maternidad. En estos casos, la maternidad se determina a favor de la mujer gestante, solución que considero más adecuada a la certeza jurídica para la identificación del nacido y la determinación de la maternidad, considera Moran de Vicenzi.⁵⁹

F. *Nasciturus* y su situación jurídica

Si la mujer que no gesta se decidiera a reconocer al hijo antes de nacer, ¿a quién está reconociendo? El reconocimiento es una declaración que ha de contener una designación suficientemente individualizada del reconocido⁶⁰.

En este caso, el sujeto pasivo es un *nasciturus*, considerado como apto para ser susceptible de reconocimiento. No obstante, la necesaria individualización del mismo ha sido siempre un punto conflictivo a superar. La doctrina española⁶¹ estima complicado identificar a un concebido sin violar la prohibición de hacer público quién es la madre, salvo ella misma. La donante aunque reconocería la maternidad ha de referirse a otra mujer que es la gestante.

La situación es totalmente incoherente porque las instituciones actuales no están pensadas para nada semejante. Al parecer el reconocimiento es contradictorio, patentemente falso, y por ello inválido. La acción de reclamación, entonces muy raramente podrá ser ejercida por ella, mientras la doctrina actual no se modifique.

Menos complicado resultaría un reconocimiento del embrión producido por fecundación *in vitro* con donación de óvulo. Si hemos considerado viable y deseable asimilar el embrión *in vitro* con el *nasciturus* clásico nada impide su reconocimiento por los progenitores biológicos en idénticos términos que a un *nasciturus in utero*. Ahora bien, si la mujer a la que va a ser transferido ha consentido por escrito a la

⁵⁹ De igual parecer, CASSANO, G.; *Le nuove frontiere del Diriuo difamiglia*, Milano, 2000, p. 57. Para otros autores, la misma solución es una consecuencia de la aplicación de la voluntad de procrear y la responsabilidad, puesto que la donante de óvulos demuestra su desinterés en asumir la maternidad (cfr. BALDINI, G.; ob. cit., p. 760) Citado en: MORÁN DE VICENZI, Claudia. "El Concepto de filiación...", *Op. Cit.*, pag 197

⁶⁰ ALBALADEJO, M.: El reconocimiento de la filiación natural..., cit., p. 65. Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. "Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial...", *Op. Cit.*, Pág. 256.

⁶¹ LACRUZ-SANCHO: Elementos de Derecho Civil. t. IV..., cit., p. 652. CICU. A.: La filiación. 1ª. ed. (Madrid, 1930). p. 222: ROYO MARTÍNEZ. M.: Derecho de familia (Sevilla. 1949). p. 272: DE LA CÁMARA. M.: Comentarios al Código civil y Compilaciones forales..., t. III vol. 1." (Madrid. Edersa. 1984). p. 430. Citado en: *Ibidem*.

operación admitiendo como suyo al hijo que puede llegar a nacer, ¿puede considerarse a ésta la única madre?

En el ámbito jurídico la noción "persona"⁶² ha variado a través de las sociedades y los tiempos. Siempre tuvo alguna conexión con criterios biológicos y filosóficos, pero no podemos decir que aquéllos sean idénticamente seguidos por el ordenamiento jurídico imperante.

El concebido no nacido no era "persona", considerándose parte del cuerpo de la madre. Sin embargo, "teniendo en cuenta la posibilidad de que en el futuro fuera un ser humano, se le brindó cierta protección"⁶³.

Así, se consideró al aborto voluntario como lesión del derecho de la madre o del marido, se suspendía la ejecución de la pena capital sobre una mujer embarazada hasta que se produjera el nacimiento, se admitía que los *nasciturus* fueran instituidos herederos o beneficiados con legados o donaciones, se le otorgaba a la madre la posesión hereditaria de los bienes en nombre del concebido, a solicitud de la madre se nombraba un *curator ventris*⁶⁴ para la administración de los bienes hereditarios, etcétera.

Como expresa Manuel J. García Garrido⁶⁵, "en relación con esta tutela del concebido está la regla general de Paulo: *'se protege al hijo concebido como si hubiera nacido, siempre que se trate de ventajas para él, pues antes de nacer no puede favorecer a nadie'*".

⁶² Cuando genéricamente expresemos "persona", sin ningún aditamento, nos referiremos a la "persona física". MESINA DE ESTRELLA Gutiérrez, Graciela N. "Bioderecho", Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Mar del Plata y Abeledo – Perrot, Buenos Aires Argentina, 1998. ISBN 950-20-1174-0., pag. 43

⁶³ PONSSA DE LA VEGA DE MIGUENS, Nina - TRINCA VELLI, Nélica E., El Sujeto de Derecho y /os Hechos y Actos Jurídicos en Roma, Lerner, Buenos Aires, 1969, pág. 16. MESINA DE ESTRELLA Gutiérrez, Graciela N. "Bioderecho", *Op. Cit.*, 46

⁶⁴ El fin de nombrar a un *curator ventris* es también el de proteger al *qui in utero est*. El debe asegurar que se respeten las modalidades de cumplimiento de las prestaciones alimenticias hasta el momento del nacimiento. Por lo tanto, el nacimiento es tomado en consideración, sólo como término dentro del cual se agota la tarea del *curator ventris*. El *curator ventris* debe proveer a los alimentos y otras necesidades de la madre y del hijo, es nombrado por el magistrado del pueblo Romano. La preeminente defensa del interés público, o mejor dicho, la exigencia de pública defensa de los tres intereses, respectivamente de la *res publica*, de la mujer y del concebido, impone tal nombramiento. Es de destacar el uso del término *magistratus populi Romani*. PIA Bacarri, María. *Siete notas por la vida*. http://revistapersona.8m.com/33Baccari.htm#_ftnref1

⁶⁵ GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, op. cit., págs. 39 y 40, Citado en MESINA DE ESTRELLA Gutiérrez, Graciela N. "Bioderecho", *Op. Cit.*, pag. 47

Para poder brindar esa prudente protección al *nasciturus*, los romanos crearon "una ficción por la que se consideraba al hijo concebido como si ya hubiera nacido, sujeto siempre a la condición de que naciera con vida".⁶⁶

Tal "ficción"⁶⁷ no es otra cosa que la solución que los juristas romanos encontraron ante el problema práctico planteado. Si bien por un lado estaban las "personas", que podían ser, o no, "sujetos de derecho", y por otro las "cosas", los romanos no dudaron en crear una categoría especial para el *nasciturus*, o, mejor dicho, no lo consideraron integrante de ninguna categoría existente. Simplemente le brindaron la protección jurídica que necesitaba, de acuerdo a los requerimientos propios de su sociedad y de su tiempo.

Sin pretender exagerar la importancia del Derecho Romano en cuestiones tan alejadas históricamente como las que nos ocupan, consideramos que aun para ellas podemos encontrar algún antecedente romano que nos sea de utilidad.

En efecto, la vocación constante de dar soluciones jurídicas a las situaciones planteadas, desafiando incluso la tendencia científica que todo lo clasifica y a conceptos teóricos preexistentes e indiscutibles, es toda una lección. La actitud honesta de crear "ficciones" que ceden ante la lógica cuando lo existente no alcanza, también lo es. El hecho de asumir (sin vergüenza alguna) situaciones intermedias, ajenas a cualquier categorización, con el objetivo de brindar la protección jurídica posible y adecuada según elevados criterios de justicia, es una enseñanza valiosa.

Tal vez debamos tener una actitud semejante en relación a la problemática del comienzo de la existencia de las personas -o al concepto mismo de persona-⁶⁸ en la actualidad, a la luz de las técnicas de reproducción asistida, para llegar a una regulación jurídica que (sin ser definitiva, obviamente) brinde las máximas garantías

⁶⁶ PEÑA GUZMÁN, Luis A. - ARGÜELLO, Luis R., op. cit., pág. 393. Citado en *Ibidem*

⁶⁷ A menudo los romanos acudían a las "ficciones" cuando la rigidez de una categorización jurídica no permitía hacer justicia en una situación concreta. Así, por ejemplo, para poder otorgar acciones a quienes habían adquirido una *res mancipi* sin las formalidades *del ius civile*. "*finjian*" que había pasado el tiempo necesario para usucapir (la usucapición era un medio de adquisición del dominio tutelado por el derecho civil).

⁶⁸ ZAMUDIO, Teodora, "Los conceptos de persona y propiedad, la necesidad de su revisión jurídica ante las nuevas realidades genéticas", Cuadernos de Bioética, nro. 0, *Ad-Hoc*. Buenos Aires, 1996, págs. 87 a 98. Citado en: MESINA DE ESTRELLA Gutiérrez, Graciela N. "*Bioderecho*", *Op. Cit*, pag. 48

posibles a los seres humanos, sin convertirse en meras declaraciones teóricas formales destinadas al fracaso en la realidad que nos circunda.⁶⁹

Conclusiones

Una de las primeras observaciones que este tema nos arroja es la novedad que representa para la mayoría de los individuos. Es fuerte el impacto que pueden recibir las estructuras de pensamiento sobre lo que conocemos como las funciones maternas. La revisión de estos capítulos nos dejan con la impresión de que los avances tecnológicos modifican de forma importante lo que “naturalmente” sabemos. Por ende, la división en segmentos de estas funciones nos hacen reflexionar sobre lo que concebíamos principios irrefutables.

Pero no termina ahí; como cascada, se precipitan modificaciones a otros roles de vital trascendencia individual y social, como son la paternidad, la filiación, la familia; o aspectos como que personas o que parejas pueden acceder a reproducirse.

Como si lo anterior fuera poco, la necesidad de reflexionar sobre velar y proteger de células y entes orgánicos que aun no gozan de personalidad jurídica, nos sume en un contexto en el que nos invita a considerar ficciones jurídicas que ya se habían revisado desde el Derecho Romano: el “no nacido”.

Nos cuestiona de igual forma sobre derechos que a la fecha poco hemos hecho por actualizar en nuestra Carta Magna. Es por ello que los esfuerzos legislativos en el Senado, con la Iniciativa para crear la Ley de Reproducción Humana Asistida y modificaciones a la Ley General de Salud, proporcionan a la sociedad marcos jurídicos de vanguardia que nos posibilitan a normar todas estas cuestiones.

Por su parte la Cámara de Diputados con sus diferentes Grupos Parlamentarios, abordan también áreas de normatividad precisas de revisar: los Códigos Civil y Penal Federales, la Ley General de Salud, con aspectos vinculados a la investigación y

⁶⁹ *Ibidem*

aplicación clínica de la inseminación artificial, maternidad subrogada, donación de semen, infertilidad en la pareja y reproducción asistida.

La instalación de la Comisión Especial sobre no discriminación, nuevos sujetos y nuevos derechos en esta Cámara de Diputados incluye la revisión de toda esta problemática al interior de sus actividades, por lo que es de esperar que continuemos revisando toda esta problemática en un futuro.

Bibliografía Consultada

BRENA SESMA, Ingrid. “**El Derecho y la salud. Temas a reflexionar**”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie de Estudios Jurídicos, Núm. 57, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004. ISBN 970-32-1522-X

CASADO, María, (comp) “**Nuevos Materiales de Bioética y Derecho**”, Doctrina Jurídica Contemporánea Vol. 25, Fontamara, México. 2007. ISBN 968-476-609-2

DELGADO CALVA, Ana Soledad. “**La Maternidad Subrogada: un Derecho a la Reproducción Humana a la luz del Derecho Mexicano**”, Tesis para obtener el grado de Maestro en Derecho. Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón, División de Estudios de Posgrado e Investigación, Programa de Posgrado en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004.

Diccionario latín – español.
http://recursos.cnice.mec.es/latingriego/Palladium/5_aps/esplap03.htm

Flores Macedo Alfonso DERECHO ROMANO.

http://www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/F/FloresAlfonso_DerRomano.htm

Diccionario Judicial. Estafeta Jurídica Virtual. Academia de la Magistratura de Perú.
<http://www.amag.edu.pe/webestafeta2/index.asp?warproom=diccio>

ELIAS Azar, Edgar. Frases y Expresiones Latinas. 2ª ed. Editorial Porrúa, México, 2002 ISBN 970-07-3843-4

GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal. “**Inseminación Artificial y Fecundación In Vitro Humanas, un nuevo modelo de filiación**”, Universidad Veracruzana, Xalapa Veracruz, México, 2001. ISBN 968-834-568-7

HURTADO OLIVER, Xavier. “**El Derecho a la vida ¿Y a la muerte?**”, 2ª ed., Porrúa, México, 2000. ISBN 970-07-1908-1

LEMA AÑÓN, Carlos. “**Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida**”, Colección Estructuras y Procesos, Serie de Derecho, Trotta, Madrid España, 1999. ISBN 84-8164-312-2

LÓPEZ FAUGIER, Irene. “**La prueba científica de la Filiación**”, Porrúa, México, 2005. ISBN 970-07-5778-1

MÁS Díaz, Jorge; GONZÁLEZ Hernández, Julio; COBAS Cobiella, María Elena; GONZÁLEZ Vilalta, Patricia y et. al. Aspectos Éticos y Legales de La Reproducción Asistida. www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/des_etic/16.htm

MARTINEZ DE MORETÓN Llamas, Ma. Lourdes. **Régimen Jurídico de las presunciones.** Pag 128 y 129

http://books.google.com.mx/books?id=xpDt9tOzjcsC&pg=PA71&lpg=PA71&dq=%22pater+is+est%22&source=web&ots=T1NnWiL7fb&sig=IQDRHBqrW6qVxcKqV2GPtFI1RNY&hl=es&sa=X&oi=book_result&resnum=1&ct=result#PPA68,M1

MENDOZA GARCÍA, Isidro. “**Problemática jurídica de la Maternidad Subrogada**”, Tesis para obtener el Título de Licenciado en Derecho. Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001

MESINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N. “**Bioderecho**”, Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Mar del Plata y Abeledo –Perrot, Buenos Aires Argentina, 1998. ISBN 950-20-1174-0

MORÁN DE VICENZI, Claudia. “**El Concepto de filiación en la fecundación artificial**”, Universidad de Piura y Ara Editores, Colección Jurídica, Perú, 2005. ISBN 9972-626-59-8

MORO ALMARAZ, María de Jesús. “**Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación In Vitro**”, Colección, Librería Bosch, Barcelona, España, 1988. ISBN 84-7698-045-0

PELLICANO, José Alejandro. “*La Protección al Concebido en Roma y la situación actual del Nasciturus a partir de las técnicas de fecundación extracorpórea*”, XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano Buenos Aires, 15 ,16 y 17 de Septiembre de 2004.
<http://www.edictum.com.ar/miWeb4/Ponencias/ProfJoseAntonioPellicano.doc>

PIA Bacarri, María. *Siete notas por la vida.*
http://revistapersona.8m.com/33Baccari.htm#_ftnref1

RODRÍGUEZ Manzanera, Luis. “**Ingeniería genética, reproducción asistida y Criminología**”. *Criminalia 60 Aniversario*, Academia Mexicana de Ciencias Penales Año LX No. 4 México, D.F. Nov.-Dic., 1994, Porrúa, México, 1994

SAMBRIZZI, Eduardo A., “**La procreación asistida y la manipulación del embrión humano**”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2001. ISBN 950-20-1339-5

SÁNCHEZ Bayón, Antonio, Estudio de la reciente normativa española sobre uniones de hecho (Parte I). Dpto. de Derecho Eclesiástico de la Universidad Complutense de Madrid. Abril 2002. <http://www.derecho.com/boletin/articulos/articulo0125.htm>

Vocabulario Jurídico Latino. Universidad Caólica de Santa María, Arequipa, Perú
<http://www.ucsm.edu.pe/rabarcaf/vojula03.htm>