

UNIVERSIDAD LATINA DE COSTA RICA
SEDE HEREDIA

CENTRO INTERNACIONAL DE POSGRADOS

MAESTRÍA PROFESIONAL EN DERECHO DE FAMILIA

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

**MATERNIDAD SUBROGADA O VIENTRES DE ALQUILER, SU APLICACIÓN EN
LA NORMATIVA COSTARRICENSE Y LEGISLACIONES INTERNACIONALES**

ELABORADO POR

JEIMY ADRIANA BERMÚDEZ RODRÍGUEZ

HEREDIA, COSTA RICA

AÑO 2017

**UNIVERSIDAD LATINA DE COSTA RICA,
SEDE HEREDIA
CENTRO INTERNACIONAL DE POSGRADOS**

**CARTA DE APROBACIÓN POR PARTE DEL TUTOR
DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN**

Heredia, **24 de junio del 2017**

Sres.

Miembros del Comité de Trabajos Finales de Graduación

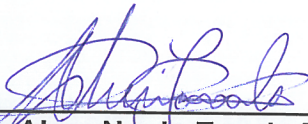
SD

Estimados señores:

He revisado y corregido el Trabajo Final de Graduación, denominado: **MATERNIDAD SUBROGADA O VIENTRES DE ALQUILER, SU APLICACIÓN EN LA NORMATIVA COSTARRICENSE Y LEGISLACIONES INTERNACIONALES**, elaborado por la estudiante: **Jeimy Adriana Bermudez Rodriguez**, como requisito para que la citada estudiante puedan optar por el grado académico **MASTER PROFESIONAL EN DERECHO DE FAMILIA**.

Considero que dicho trabajo cumple con los requisitos formales y de contenido exigidos por la Universidad, y por tanto lo recomiendo para su entrega ante el Comité de Trabajos finales de Graduación.

Suscribe cordialmente,



M.S.c Alma Nuvia Zavala Martínez

**UNIVERSIDAD LATINA DE COSTA RICA,
SEDE HEREDIA
CENTRO INTERNACIONAL DE POSGRADOS**

**CARTA DE APROBACIÓN POR PARTE DEL TUTOR
DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN**

Heredia, 24 de junio del 2017

Sres.

Miembros del Comité de Trabajos Finales de Graduación

SD

Estimados señores:

He revisado y corregido el Trabajo Final de Graduación, denominado: **MATERNIDAD SUBROGADA O VIENTRES DE ALQUILER, SU APLICACIÓN EN LA NORMATIVA COSTARRICENSE Y LEGISLACIONES INTERNACIONALES**, elaborado por la estudiante: **Jeimy Adriana Bermudez Rodriguez**, como requisito para que la citada estudiante puedan optar por el grado académico **MASTER PROFESIONAL EN DERECHO DE FAMILIA**.

Considero que dicho trabajo cumple con los requisitos formales y de contenido exigidos por la Universidad, y por tanto lo recomiendo para su entrega ante el Comité de Trabajos finales de Graduación.

Suscribe cordialmente,



M.S.c Manuel Rodriguez Arroyo

**UNIVERSIDAD LATINA DE COSTA RICA
SEDE HEREDIA
CENTRO INTERNACIONAL DE POSGRADOS**

**CARTA DE APROBACION POR PARTE DEL FILÓLOGO
DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN**

Heredia, **24 de junio del 2017**

Sres.

Miembros del Comité de Trabajos Finales de Graduación

SD

Estimados señores:

Leí y corregí el Trabajo Final de Graduación, denominado **MATERNIDAD SUBROGADA O VIENTRES DE ALQUILER, SU APLICACIÓN EN LA NORMATIVA COSTARRICENSE Y LEGISLACIONES INTERNACIONALES** elaborado por la estudiante: **JEIMY ADRIANA BERMÚDEZ RODRÍGUEZ** para optar por el grado académico **MASTER PROFESIONAL EN DERECHO DE FAMILIA**.

Corregí el trabajo en aspectos tales como: construcción de párrafos, vicios del lenguaje que se trasladan a lo escrito, ortografía, puntuación y otros relacionados con el campo filológico, y desde ese punto de vista considero que está listo para ser presentado como Trabajo Final de Graduación; por cuanto cumple con los requisitos establecidos por la Universidad.

Suscribe de Ustedes cordialmente,



**M.Sc. Carlos Blanco Benavides
Asociado a COLYPRO # 012450**



“Carta Autorización del autor(es) para uso didáctico del Trabajo Final de Graduación”

Vigente a partir del 31 de Mayo de 2016

Instrucción: Complete el formulario en PDF, imprima, firme, escanee y adjunte en la página correspondiente del Trabajo Final de Graduación.

Yo (Nosotros):

Escriba Apellidos, Nombre del Autor(a). Para más de un autor separe con " ; "

Bermúdez Rodríguez Jeimy Adriana

De la Carrera / Programa: **Maestría Profesional en Derecho de Familia**
autor (es) del (de la) *(Indique tipo de trabajo):* **Trabajo final de graduación**
titulado:

Maternidad subrogada o vientres de alquiler. su aplicación en la normativa costarricense y legislaciones internacionales

Autorizo (autorizamos) a la Universidad Latina de Costa Rica, para que exponga mi trabajo como medio didáctico en el Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación (CRAI o Biblioteca), y con fines académicos permita a los usuarios su consulta y acceso mediante catálogos electrónicos, repositorios académicos nacionales o internacionales, página web institucional, así como medios electrónicos en general, internet, intranet, DVD, u otro formato conocido o por conocer; así como integrados en programas de cooperación bibliotecaria académicos dentro o fuera de la Red Laureate, que permitan mostrar al mundo la producción académica de la Universidad a través de la visibilidad de su contenido.

De acuerdo con lo dispuesto en la Ley No. 6683 sobre derechos de autor y derechos conexos de Costa Rica, permita copiar, reproducir o transferir información del documento, conforme su uso educativo y debiendo citar en todo momento la fuente de información; únicamente podrá ser consultado, esto permitirá ampliar los conocimientos a las personas que hagan uso, siempre y cuando resguarden la completa información que allí se muestra, debiendo citar los datos bibliográficos de la obra en caso de usar información textual o paráfrasis de esta.

La presente autorización se extiende el día *(Día, fecha)* **24** del mes **junio** del año **2017** a las **9:00 a.m**. Asimismo declaro bajo fe de juramento, conociendo las consecuencias penales que conlleva el delito de perjurio: que soy el autor(a) del presente trabajo final de graduación, que el contenido de dicho trabajo es obra original del (la) suscrito(a) y de la veracidad de los datos incluidos en el documento. Eximo a la Universidad Latina; así como al Tutor y Lector que han revisado el presente, por las manifestaciones y/o apreciaciones personales incluidas en el mismo, de cualquier responsabilidad por su autoría o cualquier situación de perjuicio que se pudiera presentar.

Firma(s) de los autores *Según orden de mención al inicio de ésta carta:*

Dedicatoria

Dios, por darme la oportunidad de vivir y mantenerte a mi lado en cada paso que doy, fortaleciendo mi corazón e iluminado mi mente, poniendo en mi camino personas que han sido mi soporte y compañía durante el periodo de estudio.

A mis hijos, que siempre me apoyaron, su amor y su comprensión fueron fundamentales en todo momento para mí.

A mis padres, por ser el pilar en todo lo que soy, en toda mi educación tanto académica como en la vida, por su incondicional apoyo.

Este proyecto que fue un sueño y hoy es una realidad, quiero dedicarlo en especial a mi madre quien ha sido mi gran apoyo en todo momento, por sus valores, por sus consejos, por la motivación constante que me ha permitido ser una persona de bien, pero más que nada por su amor. Sin ella este sueño hoy no sería una realidad.

Agradecimiento

Cuando llega el momento de dar gracias a los hombres y mujeres que nos hacen felices, lo hago con placer, ya que son los encantadores jardineros que han hecho florecer mi espíritu durante el proceso de mi maestría. Porque mientras el río corra, los árboles nos den sombra y en el cielo haya estrellas, debe durar la memoria del beneficio recibido en la mente de la mujer y del hombre agradecido.

Dicho esto, quiero empezar por agradecer a la Universidad Latina por haberme aceptado abriéndome las puertas de la Maestría y por ayudarme a cumplir esta meta. A los diferentes docentes que desinteresadamente compartieron sus conocimientos haciendo crecer los míos, por el apoyo que siempre supieron brindarme.

A mis compañeros y compañeras de clase, aquellas cómplices de estudio que hicieron de cada clase un momento para atesorar, por su compañerismo, apoyo y amistad, gracias.

Agradezco a Dios porque siempre me dio la fuerza, la fe para luchar y salir adelante en este proyecto que fue un sueño y hoy es una realidad.

A mi familia, por supuesto, mis hijos que son esa razón, ese porqué que me hizo levantarme por la madrugada cada sábado para acudir a clases y me apoyaron siempre. A mi hermano y, con todo mi corazón, a mis padres, pero de manera especial a mi mamá, Mayrene Rodríguez, pues ella fue el principal cimiento para la persecución de mi vida profesional. Me impulsó y me apoyó sin titubear, en ella tengo ese espejo en el cual me quiero reflejar pues son sus virtudes infinitas y su enorme corazón quienes no solo me llevan a admirarla cada día más, sino que me recuerdan la enorme responsabilidad que tengo de tocar vidas. Por su calidez que contagia a toda mi familia. Gracias Mami.

Resumen ejecutivo

Las dificultades ligadas con la infertilidad que experimenta entre el dieciséis y el veinte por ciento de la población se han convertido en un problema de salud pública, a nivel mundial. Los avances científicos y tecnológicos de los últimos años han creado opciones para remediar el problema de infertilidad, lo que ha implicado el reemplazo de la reproducción natural, por técnicas de reproducción asistida.

La ciencia jurídica, expresada a través de las leyes, ha tenido que ir avanzando en armonía con los cambios señalados, para regular situaciones surgidas de la posibilidad de que quienes padecen de infertilidad puedan tener hijos mediante reproducción asistida. Procrear es un derecho fundamental lo que, en estas circunstancias, justifica la búsqueda de mecanismos médicos y científicos que respondan a las dificultades para lograrlo; pero, a la vez, es necesario regular jurídicamente todos los aspectos que giran alrededor de la reproducción asistida, para evitar que, en la puesta en práctica de alguno de sus procedimientos, se trasgreden derechos de las personas involucradas.

Entonces, las técnicas de reproducción humana asistida están intrínsecamente relacionadas con la voluntad de quien quiere ser padre o madre y esa voluntad no solo debe respetarse, sino que también requiere de regulación. Esto por cuanto son muchos los niños que nacen gracias a estas técnicas y es necesario impedir que devenguen en tráfico de menores e, inclusive, en la cosificación de la mujer, por ser la encargada de llevar a la criatura en su vientre.

Dentro de las técnicas de reproducción humana asistida se encuentra la maternidad subrogada, tema por desarrollar en el presente trabajo para conocer más acerca de los diferentes tratamientos que se le dan en diferentes países y verificar si existe regulación específica.

La Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado ha reconocido que la maternidad subrogada es un “negocio global”.

La subrogación materna o reemplazo de útero materno es la técnica de reproducción asistida que posibilita que una mujer (madre subrogada o madre de

alquiler) tenga el hijo de una pareja, que bien puede ser heterosexual u homosexual o, inclusive, de un hombre o una mujer solos. En el proceso de concepción o de dar vida a un ser humano, se ven involucradas varias personas: el que aporta el espermatozoide, la que aporta el óvulo y la que ofrece su útero para que se desarrolle la gestación durante los nueve meses. Al tratarse de un procedimiento médico viable, y frente a las consultas que en materia de maternidad subrogada realizan, día con día, tanto parejas heterosexuales, como homosexuales, como personas solas, es perentorio elaborar las herramientas para que exista la seguridad jurídica necesaria entre las partes que forman parte del proceso.

Dado que en Costa Rica no existe legislación que regule la maternidad subrogada, se hará referencia a la forma en que lo hacen otros países donde sí existe esa regulación. También se hará una comparación entre los que regulan este procedimiento y quienes aún no lo hacen; así se explorarán posibilidades de que alguna normativa aplicada en otros países, pueda adecuarse para ser utilizada, de acuerdo con el ordenamiento jurídico de Costa Rica y en concordancia con la normativa internacional aceptada y ratificada por el país. De este modo sería posible dar una respuesta ágil y legal a las necesidades de quienes tienen problemas de infertilidad y desean tener un hijo o una hija, utilizando alguno de los procedimientos de reproducción asistida, entre las cuales se encuentra la maternidad subrogada.

También se hará referencia a la co-maternidad y co-paternidad, tomando en cuenta que esta figura de parentalidad nace de las uniones entre personas del mismo sexo que desean ser padres o madres y que para lograrlo deben someterse a una técnica de reproducción asistida, o bien a través de la adopción. Se sabe que en Costa Rica la legislación no permite este procedimiento, por lo que también se realizará una comparación con países donde existe una serie de obstáculos para que se pueda efectuar, así como con otros países donde la técnica sí está regulada.

Se tratará el tema del vínculo socio-afectivo, derivado de la voluntad procreacional de los padres, pues viene a suplir la verdad biológica. Tanto es así que se ha regulado y debe ser contundente y documentada a la hora de que una pareja se someta a una técnica de reproducción humana asistida, pues es el

elemento determinante para la filiación entre la persona que nacerá y la pareja, la cual desea someterse a la técnica con el fin de concebir.

Según fallo del 28 de noviembre de 2012, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se dictó que el término “concepción”, referido al inicio de la vida humana, no se interpreta como coincidiendo con la “fecundación” y debe interpretarse como equivalente a implantación, por lo que bien los padres que se someten a las técnicas de reproducción humana asistida, son quienes dan un consentimiento, libre, informado y responsable para que se realice la implantación del embrión, con el fin de que se desarrolle y, así mismo, lograr lo que tanto desean y añoran, ser padres y madres.

Tabla de contenidos

CAPÍTULO I: PROBLEMA Y PROPÓSITO	14
1. Estado actual de la investigación.....	14
2. Planteamiento del problema.....	14
3. Justificación.....	19
4. Objetivo general y específicos.....	20
CAPÍTULO II: FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA.....	21
Generalidades de la maternidad subrogada.....	21
Tipos de maternidad subrogada.....	24
Aspectos éticos	24
Análisis bioético de la maternidad subrogada.....	26
Criterios en contra de la maternidad subrogada	28
Maternidad subrogada en distintas áreas del orbe	29
Países en que la maternidad subrogada es legal (medie o no contraprestación económica)	32
Maternidad subrogada en Rusia.....	32
Maternidad subrogada en la India	33
Países en que la maternidad subrogada es legal, cuando su finalidad es altruista.....	39
México	39
Distrito Federal.....	40
Tabasco	41
Canadá	42
Brasil.....	43
Países que no cuentan con regulación expresa	44
Colombia	44
Argentina	46
Tipos de maternidad subrogada (según la doctrina argentina)	49
La maternidad subrogada en América.....	51
Estados Unidos de América	51
Costa Rica	54
Subrogación tradicional con donante de esperma	57
Subrogación gestacional	58
Subrogación con donación de óvulos o esperma o material genético donado.....	59
Problemática en Costa Rica sobre la aplicación de la técnica de reproducción humana asistida de FIV.....	60
Algunos de los países que prohíben la maternidad subrogada.	62
Alemania.....	62
España	64
CAPÍTULO III: METODOLOGÍA	66
1. El paradigma, el enfoque metodológico y el método seleccionado	66
2. Descripción del contexto o del sitio donde se lleva a cabo el estudio.....	67

3. Las características de los participantes y las fuentes de información.....	67
4. Las técnicas e instrumentos para la recolección de los datos.....	68
CAPÍTULO IV: ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS	69
1. Análisis.....	69
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	73
1. Conclusiones.....	73
2. Recomendaciones	75
CAPÍTULO VI: PROPUESTA	76
Bibliografía	77
Anexos	79
Jurisprudencia argentina	79
Entrevista # 1.....	85
Entrevista # 2.....	88
Entrevista # 3.....	90
Entrevista # 4.....	92
Entrevista # 5.....	95

Índice de tablas

Tabla1	71
Tabla2	71

Índice de gráficos

Gráfico1.....	72
Gráfico2.....	72

CAPÍTULO I: PROBLEMA Y PROPÓSITO

1. Estado actual de la investigación

Referencia a los antecedentes del área problema, con investigaciones realizadas, entrevistas a especialistas, ponencias en congresos, conferencias y experiencia de los participantes.

2. Planteamiento del problema.

Maternidad subrogada y su naturaleza contractual

La maternidad subrogada, conocida también como madre portadora, madre de alquiler, vientre subrogado, vientre portador, gestación por otro o gestación por sustitución; es la forma en que se define la figura mediante la cual una pareja o individuo alquila el útero de una tercera persona para que lleve adelante la gestación de un nuevo ser humano; o la situación en la que una mujer es contratada para llevar en su vientre a un niño o a una niña para otra persona, con la intención de entregárselo después de que nazca.

Esta situación por lo general se presenta cuando una mujer es incapaz de procrear o inclusive cuando un hombre desea ser padre o una mujer quiere ser madre, sin tener un vínculo de convivencia con una pareja. Entonces cabe la posibilidad de contratar a una mujer (madre subrogada o de alquiler), para llevar a cabo la función de gestación de un nuevo ser, y así cumplir con su voluntad procreacional de tener un hijo o una hija.

La maternidad subrogada se apoya en dos técnicas de reproducción humana asistida: la inseminación artificial y la fecundación in vitro. Pero, a diferencia del uso aislado de estas técnicas, en las que la voluntad de ser madre pertenece siempre a la mujer gestante, en la maternidad subrogada esa voluntad queda dissociada de la gestación, ya que aquí no necesariamente la mujer que desea ser madre es quien ha de gestar al nuevo ser.

La actuación de la madre de alquiler podría estar motivada por la solidaridad que la induce a colaborar de forma altruista o bien por la posibilidad de que medie contraprestación económica. Si el caso fuera el último, puede devenir en explotación de las mujeres con menores recursos económicos que, a través de una remuneración, facilitarían el acceso a la paternidad o maternidad de quienes cuentan con una buena posición económica. Ante esta situación se podría estar ante la instrumentalización de la parte más débil, en favor de la económicamente más poderosa. La cosificación afectaría tanto a las mujeres, como de los propios niños o niñas, pues están en peligro de convertirse en objeto de comercio, con lo que se vulneraría el principio de indisponibilidad del cuerpo humano.

Además, debe tomarse en cuenta el hecho de que podría darse el caso de que haya mujeres que recurran a estas técnicas, no por padecimientos médicos, sino por razones de conveniencia, con el fin de evitar las repercusiones estéticas, laborales o profesionales que el embarazo conlleva.

Si bien es cierto, por lo general, entre las partes se establece un contrato, que puede ser de carácter altruista, celebrado con un fin gratuito de ayuda, también podría celebrarse un contrato estipulando un precio a pagar, es decir, un acuerdo de carácter mercantil o la denominada "subrogación comercial". Sin embargo, es importante indicar que la subrogación comercial ha sido rechazada en casi todo el mundo; sin perjuicio de que en ciertos países se exija que la mujer que se embaraza por cuenta de otra, sea retribuida por los gastos necesarios, como médicos, psicológicos, hospitalización, entre otros. Y muchas veces se incluyen los costos de los abogados que intervienen en la redacción del contrato de pago por estos costos.

Este tipo de contrato es consensual, ya que adquiere perfeccionamiento con el sólo consentimiento de las partes, y es principal porque subsiste por sí mismo, ya que no requiere de ningún otro acuerdo. La característica de consensual es fundamental para que se pueda determinar si su celebración pertenece al ámbito de acción del derecho a procrear, en virtud de la voluntad procreacional. El objeto jurídico no es patrimonial, sino que es un derecho humano, a tener un hijo o una hija; es el derecho a formar una familia.

Sin embargo, cabe preguntarse si la maternidad subrogada podría atentar contra

la dignidad de la persona, ya que la integridad física deja de ser un fin en sí mismo, para convertirse en un medio para que otros individuos cumplan su voluntad procreacional. El objeto de contrato es la enajenación de cosas que no están en el comercio humano, entre éstas el útero de la mujer y si la obligación es dar, lo que se tendría que dar es el producto que se gesta, sea un niño o una niña. Por eso muchos países prohíben la técnica de reproducción asistida.

Debe también analizarse si existe algún grado de libertad para disponer del propio cuerpo, identificándose los límites de esa disposición, no reduciéndola a lo que es moralmente aceptable. Ya que esta técnica se caracteriza porque el proyecto de tener hijos o hijas de las personas que así lo desean, ya sea por problemas de infertilidad, o por el simple deseo de ser padres, compromete el cuerpo y la salud de una tercera persona; con quien después el niño no tendrá vínculo jurídico filial alguno.

Entonces cabría preguntarse por el grado de derecho que tiene la mujer de disponer sobre su propio cuerpo, además de que, en la maternidad subrogada, la mujer no solo dispone de su propio cuerpo, ya que la disponibilidad también afecta derechos de terceros, entre ellos, el del ser que está por nacer, en especial porque se puede ver alterada su filiación.

Es posible identificar un conjunto de obligaciones que surgen para las partes del contrato. En el caso de la madre subrogada serían:

- a) Permitir ser inseminada artificialmente con el espermatozoides del padre biológico o de un donante, o con material genético proveniente de los futuros padres o de terceros.
- b) Llevar el feto en su vientre hasta su nacimiento
- c) Renunciar a los derechos de custodia sobre el recién nacido en favor del padre biológico y su esposa; o de la pareja que la contrató (caso de parejas en unión libre y de parejas del mismo sexo) o de la persona que la contrató (en el caso de personas solas).

En el caso de los contratantes, estos se obligarían a:

- a) Pagar todos los gastos médicos y legales generados como consecuencia del embarazo.
- b) Asumir la responsabilidad de custodia sobre el recién nacido.
- c) Pagar a la madre subrogada una compensación si es que así lo acordaron.

Pero además este tipo de contrato puede presentar problemas, cuando se genere un incumplimiento de las obligaciones pactadas, por diferentes circunstancias, ya sea provocado directamente por las partes, o por situaciones externas a su voluntad, como, por ejemplo:

- a) Que la mujer gestante desee quedarse con el niño.
- b) Que antes del nacimiento se detecte en el niño alguna anomalía y se solicite el aborto terapéutico y la madre gestante se niegue.
- c) Que ni la mujer gestante ni quien solicitó el inicio del proceso quieran quedarse con el niño.
- d) Que, como consecuencia del parto, la madre contraiga una enfermedad grave.
- e) Que la gestante al ceder al niño experimente daños psicológicos importantes.
- f) Que el hijo reivindique su origen genético y obstétrico.
- g) Que la madre gestante pida unilateralmente un aborto, sin consultar previamente a la pareja contratante, en caso de contraer una enfermedad por efectos del embarazo, que ponga en peligro su vida.
- h) Que la pareja solicitante se divorcie o muera durante el período de embarazo.
- i) Que la mujer portadora se case o establezca convivencia con una pareja estable y no desee entregar al niño o la niña.
- j) Que se haya contratado el nacimiento de un niño o niña y nazcan dos.

Es indudable entonces, que del contrato de maternidad subrogada se pueden derivar problemas motivados por la naturaleza de la convención; de allí la

importancia de que exista una normativa que pueda regular cualquier eventualidad que se pueda dar ante este contrato.

En el país, los índices de parejas infértiles ronda el 10%¹, este dato ha llevado al debate entre frentes, la propuesta de FIV y por ende la apertura de las posibilidades de maternidad subrogada o vientres de alquiler. Por un lado está el frente de la ciencia, donde actualmente se realizan esfuerzos por parte de la Caja Costarricense de Seguro Social para abordar de lleno el tema; un segundo frente se trata de la ética, donde se enfrentan las opiniones públicas y una última e importantísima pieza es la voluntad política, que llegó de la mano con el decreto ejecutivo del presidente LGS, decreto 39210-MP-S denominado “Autorización para la realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación in vitro y transferencia embrionaria”

Ante este panorama se deriva la posibilidad de que, mediante estas herramientas, en Costa Rica se abra el abanico de opciones para los vientres de alquiler, donde es claro que existe un vacío que debe ser llenado mediante ley o vía decreto ejecutivo.

El estado de la cuestión que debe responder el problema sería si ¿Existe normativa sobre la maternidad subrogada o vientres de alquiler que pueda ser aplicada en Costa Rica? y ¿Cuáles serían los instrumentos o herramientas jurídicas que permitan llevar a cabo estos procesos?

La importancia del elemento volitivo en la filiación, derivada de las técnicas de reproducción humana asistida, ha llevado a que muchas legislaciones lo regulen como el determinante de ésta, por ejemplo como sucede en Uruguay donde se registró el primer caso de vientre de alquiler, sin embargo, con ciertas condiciones, como “La normativa contempla que sólo puedan prestar su vientre las hermanas o cuñadas de las interesadas y, contrario a lo que sucede en otros países, en Uruguay nadie podrá recibir dinero a cambio”.

¹ Alberto Ferrero Aymerich. (2011-2012). *La infertilidad en Costa Rica debe abordarse como un problema de salud pública*, San José, Costa Rica. Recuperado de http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0001-60022012000200009

El caso anterior ilustra un punto de partida de investigación y análisis de la tesis en la comparación de diferentes normativas internacionales sobre el tema, dejando claro que en Costa Rica no existe legislación alguna que regule la maternidad subrogada.

3. Justificación.

El avance de la tecnología es evidente en todos los campos. En el caso de la salud, la humanidad ha experimentado un paso gigantesco desde la presentación del genoma humano en el año 2003, proyecto que vio sus inicios en 1990 impulsado por el Departamento de Energía y los institutos de la salud, ambos en Estados Unidos de Norte América.

Si bien la maternidad subrogada no está legislada en Costa Rica, el artículo 51 de la Constitución Política le otorga rango de protección constitucional a la protección especial que el Estado debe dar a la familia; especialmente a la madre y al niño.

En cuanto al tema de si personas solteras pueden acceder a un acuerdo de gestación subrogada, el sistema normativo costarricense no tiene impedimento, en concordancia con el hecho de que en el país se permite la crianza individual basada en la filiación no biológica, pues de acuerdo con el proceso de adopción nacional e internacional, es posible que personas solteras, con al menos veinticinco años de edad, puedan adoptar (artículo 106 inciso b del Código de Familia).

Por lo anterior, es de trascendental importancia determinar los mecanismos legales que atiendan la aplicación de técnicas de reproducción asistida, de modo que se determine su vinculación con el marco legislativo costarricense y de forma práctica (alcances y limitaciones de los recursos, las instituciones públicas/privadas).

En esta misma línea, es importante determinar, mediante una investigación de regulaciones internacionales, las experiencias (buenas prácticas) en países más

avanzadas en conceptos de fertilización asistida y cómo lo hicieron parte del bloque de legalidad permitido en sus constituciones o cartas magnas.

4. Objetivo general y específicos.

Objetivo general:

Realizar un planteamiento acorde con el Decreto 39210-MP-S de FIV que permita abrir la posibilidad en Costa Rica de la maternidad subrogada.

Objetivos específicos:

1. Investigar antecedentes normativos sobre FIV en Costa Rica
2. Realizar una investigación de marcos normativos internacionales que han adoptado la maternidad subrogada o vientres de alquiler, tanto en Latinoamérica como en Europa.
3. Indicar, mediante un análisis comparativo, las normas internacionales con las actuales y determinar un plan de acción para la implementar un proceso de maternidad subrogada.
4. Plantear de manera puntual los posibles cambios a la normativa vigente en Costa Rica ante la posibilidad de la maternidad subrogada o vientre de alquiler.
5. Determinar los posibles actores y procedimientos para que se realicen con éxito los procesos de aplicación de la normativa jurídica como práctica.
6. Identificar en la normativa actual, tanto en derecho de familia como en derecho civil, cuáles serían los cambios o modificaciones a la ley que harían posible la maternidad subrogada o vientre de alquiler.

CAPÍTULO II: FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

Generalidades de la maternidad subrogada

En aras de abarcar de manera integral la información disponible referente a la maternidad subrogada es esencial, en primer lugar, conceptualizar el término. Según el Diccionario de la real Academia Española (RAE) *maternidad* proviene de *materno* y significa "estado o cualidad de madre". Por otra parte, se define subrogar como "sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa". Además, las definiciones que se han dado al término "maternidad subrogada" son variadas, generalmente se entiende como: "Práctica en la que una mujer se queda embarazada con la intención de ceder el niño a otra persona al nacer". No obstante, entrando en términos más específicos se cita el aporte de una de las fuentes de información más utilizadas a nivel mundial; para *Wikipedia*:

La gestación subrogada, gestación por sustitución, subrogación gestacional, subrogación uterina, simplemente subrogación o vientre de alquiler es una técnica de reproducción asistida. Consiste en que una mujer, de común acuerdo con una persona o pareja, acepta que se le transfiera a su útero el embrión previamente engendrado mediante fecundación in vitro por esa otra persona o pareja, con el fin de quedar embarazada de dicho embrión, gestarlo a término y parirlo en sustitución de la mencionada persona o pareja.

El término vientre de alquiler (en inglés, *womb for rent*), que en un sentido estricto se refiere a la subrogación con contraprestación económica, es especial, pero no exclusivamente, utilizado por parte de los críticos de esta técnica, por considerar que supone una mercantilización y cosificación de la mujer. Estas mismas razones hacen que quienes son favorables a esta técnica consideren el término peyorativo.

De la cita son rescatables, para un ulterior análisis, ya que son elementos esenciales del proceso mismo, en primer lugar, la existencia de una multiplicidad de sujetos y de un **acuerdo de voluntades** entre ellos para, posteriormente,

implementar todas las acciones que eventualmente conducen al proceso de embarazo y nacimiento y, desde una perspectiva jurídica, todas las implicaciones legales y personales que involucran a quienes intervienen en el proceso, incluyendo al nuevo ser.

También es relevante analizar el carácter **especial** que reviste el término vientre de alquiler, pues no solo involucra una finalidad de filiación, sino que, al mismo tiempo, se debe considerar la contraprestación económica otorgada a quien realiza todo el proceso de gestación del embrión y posteriormente lo entrega. Es importante sopesar diversos aspectos, como el punto de vista filosófico en la valoración de la vida humana, el alcance de la voluntad de las partes dentro de un proceso y, al mismo tiempo, desde una óptica mercantil por el precio que se le atribuiría a la labor realizada; todo esto aunado a la perspectiva social de tal práctica (tanto dentro de un contexto nacional como internacional).

En ese sentido, como en Costa Rica no existe regulación aplicable a tales casos, el país se encuentra en la posición perfecta para tomar como modelo las legislaciones de distintos lugares del orbe y dar solidez a la constitución de un marco normativo que tutele eficazmente tan importante derecho. Los países que han regulado las prácticas en cuestión son muy pocos, bien sea para permitir las o para prohibirlas y, por este motivo, se ha presentado un crecimiento de la subrogación, principalmente en aquellos países menos desarrollados, donde la pobreza puede ser un factor determinante para que una mujer acepte embarazarse con el único fin de recibir una contraprestación económica.

La subrogación comercial no sólo tiene un enfoque negativo, pues existen países como India donde se permite, aunque sea de manera tácita. El principal argumento para su aceptación es que todas las partes dentro del contrato salen ganadoras: una pareja que se convierte en padres, un recién nacido que tiene una familia que le puede ofrecer buenas condiciones de vida y una madre sustituta que obtiene recursos económicos para ayudarse a sí misma y su familia. No obstante, lo cierto es que son mayores las posiciones en contra de esta práctica, sustentadas en el argumento de que se cosifica la vida del bebé al ser vendido y el cuerpo de la mujer es tratado como una fábrica para hacerlos y venderlos.

De otro lado, con la subrogación altruista, aparece una opción más aceptada, porque no media un fin lucrativo, entonces no se estaría cosificando la vida. Sin embargo, también hay opositores que argumentan que pueden existir presiones emocionales a la madre sustituta o fines lucrativos ocultos.

Por otra parte, la fecundación asistida es clasificada en homóloga y heteróloga, dependiendo de dónde provengan tanto el óvulo como el espermatozoide. La homóloga se genera cuando una mujer puede producir óvulos y su pareja aportar espermatozoides, pero bien por deficiencia uterina o física le resulta imposible gestar, y de esta forma busca el complemento en otra mujer que «preste su útero», convirtiéndose en madre portadora. En la heteróloga, la mujer no puede generar óvulos ni puede gestar y consigue a otra para que cumpla ambas funciones, considerándola como madre sustituta, porque ha de aportar óvulos y útero, mientras que el progenitor aporta los espermatozoides.

Y una tercera suposición se concretaría en el caso de que una pareja infértil, es decir, la mujer que no genera óvulos ni puede gestar, y el hombre que es infértil, y entonces se recurre a un donante de esperma y a una mujer que permita ser fecundada de forma artificial y concretar así el proceso de gestación. Este contexto se denomina embrio-donación, y puede darse el caso de la intervención de tres personas en el proceso de gestación: los óvulos de una mujer, el útero de otra y los espermatozoides de un tercero.

Pero la realidad va mucho más allá, pues estos tratamientos se aplican no solamente a mujeres solteras, matrimonios y parejas heterosexuales, sino también a parejas homosexuales. Este último caso no es considerado en este trabajo porque para que en Costa Rica se pudiera contemplar tal escenario, primero se tendrían que regular las uniones entre personas del mismo sexo, por lo que la posibilidad, de momento, es accesoria y dependiente de otra que no posee certeza de nacer a la vía jurídica.

Tipos de maternidad subrogada

Los tipos de maternidad subrogada **se diferencian en función del objetivo de la madre que aporta el vientre** y el factor monetario que exista de por medio. Por otro lado, también se pueden categorizar en función de la composición genética del propio bebé (es decir, las personas que aportan tanto el óvulo como el espermatozoide). De esta forma, la maternidad subrogada puede ser de dos tipos:

- **Tradicional:** La madre gestacional aporta su propio óvulo, pero el padre proviene de la subrogación o de un donante. En este caso el bebé se suele concebir por inseminación artificial o fecundación in vitro.
- **Gestacional:** En este caso, tanto el óvulo como el espermatozoide son aportados por la pareja que solicita la subrogación y la mujer embarazada no tiene ninguna relación genética con el bebé y el embarazo se produce mediante fecundación in vitro ¿Con qué nombre se conoce a esta madre? Normalmente se suele llamar madre gestacional o madre portadora.

Por otro lado, también se puede hacer otra diferenciación, teniendo en cuenta las finanzas que pueda haber de por medio, pudiendo ser:

- **Gestación subrogada altruista:** En este caso la mujer que quedará embarazada lo acepta sin ánimo de lucro (no obtiene dinero). No obstante, los propios padres biológicos se responsabilizan de los gastos tanto médicos como legales.
- **Gestación subrogada lucrativa:** En este caso, la madre gestacional acepta quedarse embarazada a cambio de cierta suma de dinero.

Aspectos éticos

Desde el punto de vista ético, el rápido desarrollo de las nuevas técnicas de reproducción crea muchas dudas que competen a la naturaleza moral y plantean a la conciencia, interrogantes que giran en torno a si todo lo que técnicamente es posible realizar es igualmente aceptable desde el punto de vista ético.

No es posible olvidar el hecho de que para percibir la categoría moral de la vida biológica humana es necesario reconocer la importancia que tiene esa vida para las personas como agentes morales.

En esta línea, Sánchez Abad y López Moratalla (2009) afirman que “los valores propios de la Medicina son capaces de guiar la actividad profesional dirigida a la atención del enfermo como persona, sin que se deshumanice por el sometimiento ciego al progreso tecnológico” (p. 339).

La maternidad subrogada es rechazada en casi todos los países del mundo, por considerarse moralmente inaceptable. Entre otros aspectos, se le achaca la fuerte carga utilitarista que conlleva, por el ánimo de lucro que puede motivarla y porque sería como una especie de compra-venta oculta de recién nacidos o una incitación a su tráfico comercial.

Al respecto, se puede plantear que, moralmente, quienes procrean deben ser los primeros en determinar efectivamente su utilización. Son, en definitiva, el padre y la madre biológicos quienes han de poseer una forma especial de propiedad, aunque otras personas puedan entablar una relación con estos padres por medio de acuerdos específicos por los que transfieran sus derechos. Esta acción viene a transformar el concepto tradicional de «padre» y «madre» en términos totalmente ambiguos.

En vista de que en el país no existe una regulación legal del tema aquí tratado, pareciera como si tampoco generara dilemas éticos, pero, aunque no exista tal regulación, el dilema o conflicto ético existe, ya que la «maternidad subrogada» debe ser entendida como un acto moral, pues se encuentra bajo control humano y, por tanto, adquiere su carga ética.

Además, todo acto de esta naturaleza, será calificado como bueno o malo, según las interpretaciones, tanto individuales como colectivas que se generen. Lo que implica, necesariamente, que puede haber diferentes alternativas o posturas con respecto al tema. En el abordaje de un conflicto ético como este solamente cabe el planteamiento de la reflexión seria, el diálogo respetuoso de la pluralidad y de la multiplicidad de creencias.

En ética, como disciplina práctica, no se deben adoptar posiciones radicales ni extremas, pues como bien indicó Aristóteles, la solución más prudente suele estar en el medio.

La perspectiva ética es diferente de la legal o jurídica, aunque no por ello dejan de estar relacionadas entre sí. Si se tuviera que adoptar una posición, el enfoque tendría muchos matices con respecto a la maternidad subrogada, porque resulta que no puede haber una única posición, ya que existe una importante variabilidad de presentaciones. Por eso es muy difícil poder analizar todas las potenciales circunstancias en donde la maternidad subrogada se pueda dar.

Son muchísimas las variables que se deben tener en cuenta y a la variabilidad de circunstancias clínicas y de valores de las personas hay que agregar otras, como la edad de la madre subrogada, la identidad de género, la ayuda económica, la explotación de las mujeres, el derecho de las mujeres a utilizar su cuerpo libremente, e incluso el derecho de los recién nacidos; de ahí que la decisión que se adopte deba ser variable.

Análisis bioético de la maternidad subrogada

Un enfoque bioético brinda la posibilidad de fundamentar desde lo científico, antropológico y ético una realidad que necesita ser comunicada y compartida. Para esto, es necesario comprender qué pasa en la vida humana en sus fases iniciales y las relaciones que se van gestando durante su desarrollo.

“La fecundación comienza con el reconocimiento específico de los gametos de los padres, que da lugar a un intercambio de señales moleculares que permiten la activación mutua en etapas sucesivas. Para que esto ocurra es necesario que los gametos se encuentren en un estado de inactivación o silenciamiento de la expresión génica y que tal situación sea eliminada por la presencia e interacción con el otro gameto.” (Passo, Elena, 2010, p.31)

Inmediatamente después de la fecundación comienza el desarrollo celular. Desde el primer día el embrión comienza a comunicarse con la madre a través de

interleuquinas IL-1, las cuales interactúan con receptores específicos de las trompas uterinas. Se inicia así un encuentro que dará paso a una historia, generada por un diálogo mediado por moléculas.

De no existir un sistema inmunológico materno tolerante, el embrión sería espontáneamente rechazado, pero gracias a su presencia, son desactivados todos los procesos biológicos naturales que lo defienden contra todo cuerpo extraño.

En el día tres, el embrión está formado por ocho células que comienzan a diferenciarse en células pluripotenciales, marcando distintos procesos de maduración. En estado de blastocisto -quinto día- comienza a prepararse para su recorrido en dirección a la cavidad uterina. En las distintas etapas de la vida, diversos fenómenos acompañan la vida celular: proliferación, diferenciación y muerte programada de células embrionarias; los autores López Moratalla, Natalia-Iraburu Elizalde, María J. (2006) afirman que: "la diferenciación es el proceso que origina la diversidad celular, mediante la adquisición de diferentes funciones por grupos de células. En su mayor parte este proceso se da, o al menos se inicia, en el desarrollo embrionario." (p.19)

Una íntima relación entre madre e hijo se hace presente en cada secuencia del desarrollo intrauterino, el diálogo molecular se complementa con moléculas de superficie, que actúan a modo de piel y factores intrínsecos por parte del embrión que le otorgan la vitalidad necesaria para recorrer los cinco primeros días con energía que le es propia.

Al producirse la implantación en la pared endometrial -primera semana- el embrión penetra en las capas del endometrio para tomar contacto con los vasos sanguíneos maternos y recibir la energía necesaria para su desarrollo. Este momento marca la presencia de un diálogo tisular.

A lo largo de la vida del individuo, éste sin estar prefigurado ni estrictamente determinado por la dotación genética recibida de los progenitores, mantiene gracias a ella su identidad biológica, al tiempo que durante su desarrollo va recibiendo nueva información que proviene del medio. De este modo, la

interacción de los componentes del medio interno y externo, y el soporte material de la información genética- la secuencia de nucleótidos del polímero DNA-, cambia constantemente a lo largo de la vida del individuo, y con ello, a su vez, el estado del viviente mismo. Hay, por lo tanto, en el ser vivo una emergencia de nueva información a la que se denomina información epigenética. El paradigma epigenético encierra en sí y reúne dos conceptos clave. Por una parte, este concepto de emergencia de propiedades: cada nueva organización que aparece en el desarrollo del ser vivo presenta unas capacidades que no están contenidas en los materiales constituyentes, de modo que cada nivel de organización es siempre más que la simple suma o mezcla de los materiales de partida. Y, por otra, la noción de la necesidad de la interacción con el medio para el despliegue de la nueva ordenación de los materiales y la emergencia de las nuevas propiedades (López Moratalla et al. 2006, p.17-18).

Criterios en contra de la maternidad subrogada

Los principales argumentos en contra de la maternidad subrogada pueden agruparse básicamente en siete planteos que se expondrán a continuación, de ellos se derivan argumentaciones subsidiarias o algunas variantes de las mismas, pero en sus líneas centrales las objeciones morales se basan en que:

- La maternidad es un proceso natural e incorporar otras variables que desnaturalicen el proceso es moralmente inaceptable.
- Utilizar el cuerpo de la mujer como medio para obtener un hijo es inmoral, es una forma más de apropiación, control, sojuzgamiento y explotación de la mujer.
- El valor de intercambio dado por el dinero en la maternidad subrogada, mercantiliza a los seres humanos y un hijo o hija no puede ser un medio para obtener otra cosa.
- Los hijos deben ser queridos por sí mismos, crear un hijo para darlo sabiendo el destino ya de antemano es objetable.
- Desprenderse de un hijo o hija y de la responsabilidad que implica es

moralmente cuestionable.

- Los hijos nacidos bajo estas circunstancias sufrirán consecuencias psicológicas y sociales.
- Es inmoral traer de esta forma un niño o niña al mundo habiendo muchos chicos que pueden ser adoptados.

Maternidad subrogada en distintas áreas del orbe

Desde el punto de vista de derecho comparado, existe una enorme disparidad en la regulación de la práctica de la maternidad subrogada, lo que permite clasificar a los países en tres grandes bloques: cuando la técnica sea ilegal, en cualquier caso; cuando sea legal, siempre y cuando no medie prestación económica; o cuando sea legal con independencia de que medie o no contraprestación económica. Aunque es importante señalar que la mayoría de países no regulan la práctica de la maternidad subrogada.

Ante la poca regulación y la disparidad que existe, para regular la práctica de esta técnica de reproducción asistida, se ha potenciado el “turismo reproductivo” que consiste en el traslado de parejas que provienen de países donde la práctica de la maternidad subrogada es ilegal, a países donde la práctica sí está legalizada. Esto conlleva que no se pueda ejercer un control absoluto en la calidad y seguridad de los servicios ofrecidos, lo que podría generar riesgos tanto para la madre como para el ser que se gestó.

A partir de este fenómeno, los casos de maternidad subrogada internacional van en aumento, generando con ellos problemas de derecho internacional privado, relativos a la jurisdicción competente o a la determinación de la filiación del nuevo ser. Se presentan grandes dificultades para el reconocimiento formal, por parte del Estado, de la voluntad de las partes del acuerdo, con respecto a la condición jurídica y la paternidad legal de los menores involucrados; partiendo de dos escenarios: el primero sería el de los países donde se prohíbe la subrogación o donde no existen previsiones expresas para ello. Entonces, cuando un menor nace

tras un acuerdo de subrogación, se aplican las reglas generales de atribución de la paternidad legal, pero con frecuencia, el menor termina al cuidado de alguien con quien no tiene ningún vínculo jurídico; lo que puede generar una serie de dificultades, sobre todo en relación con la adquisición y el ejercicio de la responsabilidad parental, y la manutención de la criatura. En este caso, por lo general, se da lugar a una adopción formal, si es que lo permiten las circunstancias, o aplicar otras alternativas menos permanentes, que el Derecho de Familia permita, a fin de dar cierta seguridad jurídica al menor y a los padres. Por ejemplo, los Tribunales Británicos, podrán conceder una “orden de residencia” no parental, si se cumplen ciertos requisitos; esta orden otorgará la responsabilidad parental, pero no la paternidad legal.

El segundo escenario, y probablemente el más complicado, implica el reconocimiento formal tras una subrogación transfronteriza; cuando los padres previstos viajan a otro país donde los acuerdos de subrogación se producen más fácilmente y o están disponibles a menor costo, ya sea porque el tratamiento de fertilidad es más barato, o porque la cuota pagada a la madre de alquiler es menor. En este caso, aunque existen dificultades similares en relación con la paternidad legal, la situación puede agravarse aún más cuando las normas sobre la paternidad legal en los dos países no coinciden. Por ejemplo, de conformidad con la legislación Ucraniana (Código de Familia de Ucrania, artículo 123; la legislación Rusa, Código de Familia de Rusia, artículos 51 y 52 y legislación de Californiana (Matter of Baby M –Asunto de bebé M-1988; reforzado por Johnson/Calvert-1993- y Buzzanca v. Buzzanca-1998); la madre futura (la que tuvo la voluntad procreacional) puede considerarse automáticamente la madre legal; mientras que en otros países la maternidad jurídica se atribuye sobre la base del parto, independientemente de donde tenga lugar el nacimiento.

También pueden surgir problemas en relación con la paternidad legal, así como con el reconocimiento de dos padres del mismo sexo. Lo que podría dejar a un menor no solo sin padres, desde el punto de vista jurídico, sino también sin Estado y sin ciudadanía, ya que su documentación de registro de nacimiento no es reconocida fuera del país de nacimiento.

Esta situación resulta muy problemática ante el visado para poder entrar al país de origen de los padres futuros. Algunos estados han trabajado para adaptar sus complejas consecuencias, ya sea a través de deliberaciones judiciales o mediante la publicación de consejos gubernamentales preventivos; otros se han negado a hacerlo, una vez más sobre sus políticas públicas. Por ejemplo, en Francia, el Poder Ejecutivo del Gobierno Francés, ha reconocido los certificados de nacimiento extranjeros con el fin de suavizar algunas de estas dificultades y la situación precaria de los niños nacidos tras los acuerdos de subrogación transfronterizos.

En razón de lo anterior, el “Informe preliminar sobre los problemas derivados de convenciones alternativas de maternidad de carácter internacional”, de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya de marzo de 2012, analizó los problemas que planteaban los contratos de maternidad subrogada de carácter internacional. Mediante dicho documento se propone la adopción de un instrumento internacional que permita, no tanto la armonización de las normas de Derecho Internacional Privado, relativas al establecimiento de la filiación en aquellos casos en que media un contrato de maternidad por sustitución, sino un marco de cooperación entre autoridades, que contemple el reconocimiento de las filiaciones, válidamente determinadas en un Estado que admita esta forma de gestación por sustitución, en otro Estado, cuyo ordenamiento prohíba dicha práctica.

El documento de referencia propone asumir la doctrina del orden público, atenuado para las situaciones creadas legalmente en el extranjero; lo que permitiría reconocer los efectos jurídicos derivados de la gestación por sustitución, que es realizada al amparo de un ordenamiento jurídico extranjero, aún y cuando dicha práctica esté prohibida en el Estado en el que se pretende el reconocimiento.

Países en que la maternidad subrogada es legal (medie o no contraprestación económica)

Maternidad subrogada en Rusia

En Rusia, la maternidad subrogada, además de ser legal, es accesible para prácticamente todos los mayores de edad que deseen ser padres. En este país el estado civil de los usuarios no tiene trascendencia, por lo que pueden acudir personas con pareja o parejas no casadas. Sí existen ciertas indicaciones médicas, para poder aplicar esta técnica, como que haya ausencia de útero, malformaciones del útero o del cérvix, sinequia uterina, enfermedades somáticas en las cuales está contraindicado el embarazo, prácticas reiterativas de fecundación *in vitro* sin éxito.

En referencia a la madre de alquiler o subrogada, pueden serlo mujeres que se encuentren entre edades comprendidas de los 29 a 35 años y que tengan al menos un hijo propio y sano, que tengan buena salud psicosomática y que hayan otorgado su consentimiento voluntario.

Los artículos 51 y 52 del Código de Familia de Rusia, y el artículo 16 de la Ley de Actos del Estado Civil, rigen la inscripción registral de los menores nacidos por medio de la maternidad subrogada; con la particularidad de que la madre de alquiler tiene que dar su consentimiento para que pueda ser registrado el nacido (pero el nombre de ésta nunca consta en el certificado de nacimiento); no requiriéndose para ello ni resolución judicial, ni un procedimiento de adopción; además no es obligatorio que el menor tenga el vínculo genético con alguno de los padres que consintieron en la práctica ante su deseo de ser tener un hijo o una hija.

Sobre el nacimiento de niños o niñas bajo la subrogación materna, de personas solteras o parejas de hecho heterosexuales, se inscriben por analogía, en lo dispuesto en el artículo 5 del Código de Familia.

Con su legislación tan liberal, Rusia se ha convertido en un destino de alto atractivo para los "turistas reproductivos"; ya que gozan de los mismos derechos a la reproducción asistida de que gozan los naturales rusos.

Maternidad subrogada en la India

La India es uno de los escenarios más populares que actualmente realizan la práctica de la maternidad subrogada y se calcula que tiene, al menos, 200.000 clínicas privadas que ofrecen servicios de esta modalidad. (Amador, 2010).

En razón de la popularidad adquirida por el País Hindú, se le han venido atribuyendo nombres como: “la capital mundial de la gestación subrogada”, “la fábrica de bebés”, “turismo de la procreación”, entre otros. (Wallis, 2013)

Actualmente en la India se practica la maternidad subrogada, bien sea con óvulos y espermatozoides genéticamente propios de quienes serán los padres del futuro bebé, o bien producto de un óvulo, el espermatozoides o ambos provenientes de la donación (dicha donación nunca podrá ser de la madre que alquila su vientre, para evitar lazos de cariño con el bebé).

Muchas de las críticas a esta práctica y en ese país se centran en que las madres que alquilan su vientre provienen de los sectores más vulnerables del mismo país y lo hacen por cuestiones económicas. En respuesta a esta crítica algunos sectores de la misma sociedad y el gobierno “parten de la idea de que la infertilidad es un problema muy grande a nivel mundial y que la capacidad tecnológica y profesional del sector de salud en la India está dispuesta a generar soluciones y tecnologías innovadoras para resolver este problema. (Amador, 2010).

En el campo legal, el organismo encargado de los temas relacionados con la maternidad subrogada es el Ministerio de Salud de la India, quien emitió inicialmente la “Línea guía para la reglamentación de reproducción asistida” en la que se encontraba incluida la maternidad subrogada. De acuerdo con la descripción del marco legal sobre el asunto que realiza una de las clínicas más importantes en maternidad subrogada de la India (la Clínica Rotundá), “el Ministerio de Salud de la India en esta línea guía para la reglamentación de reproducción asistida ha designado al Consejo Indio de Investigación Médica (ICMR) para formular directrices para la supervisión de Clínicas de Reproducción Asistida en la India”. (Clinique Rotundá, s.f.)

Seguidamente, el ICMR cumplió con su tarea y emitió documentos que se conocen con el nombre de Directrices nacionales para la acreditación, supervisión y regulación de las ART clínicas en la India (National Guidelines for Accreditation, Supervision & Regulation of ART Clinics in India)- que dispone todo lo relacionado con el contrato-; y Directrices éticas para la investigación biomédica en los participantes humanos (Ethical Guidelines for Biomedical Research on Human Participants) – que dispone los lineamientos éticos que deben tenerse en cuenta en esta práctica-. Las anteriores directrices deben ser consideradas por todas las clínicas que llevan a la práctica la maternidad subrogada en el País Indio. (ICMR, 2005).

Por otra parte, el gobierno de la India también se ha preocupado por regular el tema de los extranjeros que entran a su país a contratar servicios de maternidad subrogada; para ello el Ministerio del Interior emitió en 2013 unas directrices relativas a los extranjeros que tengan intención de visitar la India para alquilar vientres “Regarding Surrogacy issues involving Foreigners” (Ministerio del Interior, India, 2012). En esta directriz se disponen aspectos como:

- El extranjero que ingresa para realizar el procedimiento de la maternidad subrogada debe pedir una visa médica para ingresar al país, o sea que su visa de visitante no es la apropiada.
- La pareja debía estar casada y no se reconocía el matrimonio Gay.
- Tener carta de la embajada donde se exprese que el país de origen de los extranjeros reconoce la subrogación y admitirá el ingreso de los niños producto de maternidad subrogada.
- Producir acuerdo ante notario entre padres contratantes y madre sustituta.
- Para regresar a su país de origen, los extranjeros requieren autorización de salida, demostrando su paternidad o la custodia del menor producido por la clínica y, el paz y salvo con la madre sustituta.

Es importante aclarar que desde el año 2008 la maternidad subrogada en la India se consideró completamente legal, después de que la Corte Suprema emitiera sentencia favorable en el popular caso Manji, que trata de un bebé que nació como

producto de la maternidad subrogada, cuando India no era tan famosa en este campo y no tenía directrices en el tema. Los esposos contratantes se divorciaron tiempo después de que el bebé fuera concebido producto de un óvulo donado. Después de nacer, su madre sustituta no quería hacerse cargo de él e incluso en el registro médico no aparecía el nombre de ella; tampoco se tenía conocimiento del nombre de quién donó el óvulo, y quien sería su madre legal ya no estaba interesada puesto que se había divorciado de su pareja.

El padre quería llevar al pequeño a su país natal, pero empezó a surgir una serie de inconvenientes, pues el bebé no tenía una nacionalidad definida y el padre tendría que empezar un proceso para que se le otorgara la custodia y el permiso para sacar al bebé del país. Es cuando entra la Corte Suprema de la India a pronunciarse en el caso, diciendo que el procedimiento de la maternidad subrogada en ese país debía considerarse legal y el padre del bebé podría llevárselo, puesto que todo el procedimiento realizado era permitido dentro de su ordenamiento.

Desde ese momento todo tipo de personas y parejas empezaron a viajar a la India para convertirse en padres por medio de la maternidad subrogada, pero es en el año 2013, cuando el Ministerio del Interior emite la directriz citada, donde se prohíbe esta práctica a homosexuales y parejas sin casarse. (Ministerio del Interior, India, 2012).

Así, mediante los documentos mencionados se estructura la regulación principal que le ha dado la India a los procedimientos incluidos dentro de la maternidad asistida – entre ellos la maternidad subrogada-, documentos que a su vez cumplen el papel de ser una guía ética en el asunto. (Clinique Rotundá, s.f.).

Como ya se mencionó, la maternidad subrogada es considerada una figura contractual, de igual manera se presenta en la India, estableciendo sus condiciones en el documento que trata de las directrices nacionales para la acreditación, supervisión y regulación de las ART clínicas en la India del ICMR; dichas condiciones consisten en:

- La existencia inicial de un consentimiento informado, en el cual las partes de manera voluntaria aceptan los términos que se encuentran establecidos dentro

del temario contractual. Las partes en el contrato son: la pareja, la clínica y la madre que alquila su vientre- en el caso de que los óvulos sean de una donante, esta también entraría como parte del contrato-. De igual manera, la madre que alquilará su vientre debe realizarse una serie de exámenes para verificar que no tenga enfermedades infecciosas o que puedan ser nocivas para el bebé que será gestado, pues debe tener unas condiciones de salud favorables para la implantación del gameto y su posterior desarrollo hasta el nacimiento, además no podrá interrumpir el embarazo en ningún momento (salvo por condiciones de salud); la mujer no debe tener más de 45 años de edad y, un aspecto muy importante, que su vientre no puede ser alquilado más de tres veces en toda su vida y antes del primer alquiler ya debe haber tenido por lo menos un parto. Con el cumplimiento de las anteriores condiciones por parte de la madre que alquilará su vientre, podrá ser parte del contrato.

- El bebé que nacerá (desde que es feto hasta su nacimiento) es considerado, por decirlo de alguna manera, el producto que se va a negociar.
- Finalmente, existe el precio, que consiste en la cantidad de dinero que deberán pagar los padres del bebé que nacerá. Se incluye la cantidad de dinero necesaria para realizar todo el procedimiento de la gestación, desde la producción del gameto, su implantación y todas las revisiones y los cuidados necesarios para que el embarazo sea exitoso; también se incluye el costo de los exámenes que se le realizarán a la madre genética, al padre genético y a la madre que alquilará su vientre; se incluye el costo de la prueba de ADN que se le realiza al bebé cuando ha nacido, para demostrar la paternidad de los contratantes y, finalmente, incluye la cantidad de dinero que se le pagará a la madre sustituta por alquilar su vientre. En cuanto al precio, se destaca que en la India realizarse el procedimiento de la maternidad subrogada sale muy económico, está muy por debajo de otros países que realizan la práctica, y es esta una de las razones más importantes por la cual gran cantidad de personas de diferentes partes del mundo deciden ir al país a realizarse el procedimiento. (Rodrigo, 2015).

Durante el desarrollo del procedimiento, la madre gestante y los padres del bebé que nacerá, reciben constante asesoría psicológica, en especial la madre gestante que está alquilando su vientre; lo anterior tiene el fin de que no se presente ningún tipo de apego de la madre sustituta hacia el bebé, siempre deberá tener en claro que ella es un medio para que llegue a la vida, pero que no tienen ni tendrán nunca algún tipo de vínculo. (Amador, 2010).

Actualmente, la maternidad subrogada en la India se ha convertido en un negocio muy lucrativo, mediante el cual se obtienen alrededor de 2.3 millones de dólares cada año. A pesar de las críticas que pueda suscitar, gran parte de la población de este país considera la maternidad subrogada como un método ventajoso para todos, porque hay una madre sustituta que lleva a término un embarazo a cambio de una remuneración económica de gran ayuda para su familia; una pareja que quieren convertirse en padres pero sus problemas de fertilidad se lo impiden y mediante este procedimiento pueden cumplir su sueño de ser padres, incluso, genéticamente y, finalmente, un niño que tendrá una familia que le podrá ofrecer buenas condiciones de vida. (Wallis, 2013) (RT en español, 2015).

Mundialmente se critica, entre muchas cosas, el hecho de que en la India existen clínicas donde se “recluta a la madre sustituta” durante el procedimiento para quedar embarazada y durante todo el embarazo hasta que dé a luz. Pero, como respuesta a esta crítica, se aduce que lo que se busca es un constante seguimiento a la salud, tanto de la madre como del que está por nacer, una buena alimentación y buenos cuidados al embarazo, además de asegurar que la madre sustituta no esté consumiendo drogas que puedan dañar la salud del bebé. Finalmente, cuando la madre sustituta da a luz, no se le permite ver al recién nacido, se le paga su servicio y a los padres contratantes se les entrega una paz y salvo del pago realizado por el alquiler del vientre.

Con la prueba de ADN y la paz y salvo con la madre sustituta y la clínica, los contratantes, junto con el recién nacido, pueden volver a su país de origen para realizar todo lo pertinente al registro y nacionalidad. (GA, 2013)

Maternidad subrogada en Ucrania (ley de reproducción asistida)

La ley de reproducción asistida de maternidad subrogada en Ucrania se basa en la siguiente plataforma legal:

Artículo 48 de la Ley de Ucrania “Base de la legislación ucraniana sobre la defensa de la salud pública” dispone que, según esta ley de reproducción asistida, el empleo de la fecundación artificial y la inserción de embriones se realizan acorde con las condiciones dispuestas por el Ministerio de Salud Pública de Ucrania. Según disposiciones médicas, una mujer mayor de edad con la que se realiza dicha práctica, con la condición de disponer de un acuerdo redactado por la pareja, garantía de anonimidad del donante y preservación de la reserva médica.

El artículo 281 del Código Civil de Ucrania dispone que, cualquier mujer u hombre tenga derecho a hacer uso de programas médicos relacionados con la reproducción asistida, acorde a las condiciones dispuestas por la legislación (ley de reproducción asistida).

El artículo 123 del Código Civil de Ucrania (ley de reproducción asistida) dispone la procedencia del niño nacido del uso de técnicas de reproducción asistida de la siguiente forma: Cuando la madre subrogada dé a la luz a un niño concebido utilizando tecnologías de reproducción asistida, realizadas con el acuerdo firmado del marido de la pareja, se le inscribe como el padre del niño. En el proceso de transferir un embrión humano al cuerpo de otra mujer que es la madre subrogada, concebido por una pareja (esposo y esposa) con técnicas de reproducción asistida, los padres, siguiendo la ley de dicha reproducción, son considerados como los cónyuges.

La maternidad subrogada es legal en Ucrania. Su nuevo Código de Familia, establece en su artículo 123, punto 2 que cuando el embrión generado por los cónyuges sea transferido a otra mujer, los primeros serán los padres de la criatura; incluso en los casos de gestación por sustitución. En el punto 3 del artículo, se indica que los cónyuges tendrán la posibilidad de realizar la fecundación in vitro con óvulos donados y, en cualquier caso, se considera que el embrión procede de los

cónyuges. Por lo tanto, habiendo dado su consentimiento a la aplicación de la técnica de reproducción asistida los cónyuges ejercerán sin limitación alguna la Patria Potestad sobre los menores nacidos como consecuencia de la técnica.

Países en que la maternidad subrogada es legal, cuando su finalidad es altruista.

México

El Código Civil mexicano en su legislación no contiene ninguna prohibición directa en referencia a la subrogación de vientre, a pesar de que se hayan presentado varios proyectos de ley.

La maternidad subrogada en México es una cuestión muy polémica, oficialmente está permitida solo en Tabasco, desde el año 1998 y solo se acepta en su modalidad altruista y sin ningún carácter lucrativo.

La limitación de la subrogación a una única ciudad tiene el inconveniente de hacer proliferar el alquiler ilegal de vientre. Alquiler que no ofrece ningún tipo de garantías y es accesible por un precio bastante elevado. Aunque Tabasco autoriza la subrogación altruista los futuros padres deberán proporcionar los medios económicos necesarios para todos los medicamentos, análisis, tratamientos de fertilidad, manutención mínima de la madre de alquiler, otros.

En caso de tomar parte en la maternidad subrogada en México la paternidad y maternidad del hijo nacido de una madre gestacional se adjudica de forma consanguínea a los padres, al hombre o a la mujer que haya proporcionado su material genético para el hijo nacido de la reproducción asistida. En México se siguen utilizando las madres subrogadas que no solo son las madres gestacionales, sino que también han aportado su material genético a esta procreación. En tales casos, estas madres sustitutas deben firmar una renuncia a todos sus derechos sobre el niño y los padres deben emprender el proceso de adopción.

A diferencia de otros países donde la subrogación está permitida, la maternidad subrogada en México permite que una pareja tome el material genético de dos donantes y una madre sustituta ajena lleve el bebé en su vientre. No es obligatorio el lazo genético con al menos uno de los padres, todo lo relativo a la paternidad queda regulado por un contrato altruista firmado ante abogado.

Distrito Federal

En el Distrito Federal no existe regulación que se refiera concretamente a la maternidad subrogada, pero el artículo 162 del Código Civil, refiriéndose a los derechos y obligaciones propios del matrimonio, establece que ambos cónyuges tienen la obligación de contribuir cada uno, a los fines del matrimonio y brindarse socorro mutuo. Además, que toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. En el matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por ambos cónyuges.

Nótese que este artículo no define límites al tipo de pareja, ya que el matrimonio podrá ser compuesto por heterosexuales u homosexuales; ni el modo en que la pareja pueda llegar a tener hijos. Por eso, las técnicas de reproducción asistida, entre ellas la maternidad subrogada, son plenamente admitidas por la legislación civil; ya sean las personas involucradas casadas o en concubinato.

A pesar de que los métodos de reproducción asistida se permiten en la ley vigente, los efectos jurídicos aún no son regulados.

El artículo 169 del Código Penal castiga a quienes busquen beneficiarse económicamente a través del trasiego de niños, por lo que si se diera dinero por la entrega de un recién nacido a la pareja que lo solicitó, ese acto debe considerarse ilegal. Una forma de justificar la entrega de un niño sería a través de una forma de adopción, suponiendo que la adopción pueda considerarse una forma correcta de ceder a un niño a quien opta por la subrogación de maternidad.

Todo esto, por cuanto en la ley actual del Distrito Federal, se considera madre a la mujer que da a luz al recién nacido; mientras que aquella que contrata a la gestante no dispondría de los requisitos para poder ser considerada madre del niño.

Tabasco

Como se expusiera, Tabasco se trata del único estado de la república en el cual se contempla expresamente la maternidad subrogada.

Los artículos 92, 347, 351 y 360 del Código Civil contemplan la práctica sustitutiva. Según indica la ley, se considera que la madre gestante sustituta es quien lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, pero no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. La madre contratante sería la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre subrogada. Según el artículo 92 del Código Civil de Tabasco, en el caso de que la madre gestante sustituta sea casada y viva con su esposo, cuando el niño nazca, el Oficial del registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto, en el caso de que se haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare.

El artículo 347 del Código de cita establece que, en relación con el padre, la filiación se establece mediante el reconocimiento voluntario o por sentencia que declare la paternidad. Pero cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que ésta haya sido o no la donante directa del óvulo. Lo anterior se presenta cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido, como consecuencia de una transferencia de embrión; entonces, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del recién nacido, quien será considerado hijo legítimo de la mujer contratante.

El artículo 351 indica que el reconocimiento hecho por el padre puede ser contradicho por un tercero que pretenda ser el padre del niño; igual sucede en el caso de la madre.

Por último, el artículo 360 establece que, salvo en el caso de que se trate de un hijo que ha nacido como resultado de un contrato de subrogación materna, el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre que no sea el marido; sólo en el caso cuando este lo haya desconocido y por sentencia ejecutoria

se haya declarado que no es hijo suyo.

Canadá

Este país presenta cierta tolerancia hacia la admisión de la maternidad subrogada. El Informe Ontario (Ontario Law Reform Comisión) permitió la gestación de sustitución y recomendó poner en vigencia una legislación que regulara los respectivos contratos y formuló 32 recomendaciones sobre el tema.

...recomendaciones de 1985 de la Comisión de Reformas Legislativas de Ontario, contenidas en los dos volúmenes de su Report on Human Artificial Reproduction and Related Matters (Informe sobre la reproducción humana artificial y cuestiones afines). La indagación abarcará la fecundación *in vitro*, cada vez más asequible en el Canadá a pesar de que es financiada por el sector público solo en algunos centros como Ontario. No está claro si se considerará también la maternidad subrogada, que no depende necesariamente de la tecnología médica, pero es muy probable que así sea. Un fenómeno creciente en algunos círculos es el interés por la maternidad subrogada “total”, en el cual se crean *in vitro* pre embriones que se implantan en una mujer que no es la donante del óvulo, para luego entregar el recién nacido a la mujer que produjo el óvulo y a su esposo, quién proporcionó el semen. De las recomendaciones del Informe de la Comisión de Reformas Legislativas de Ontario, la que suscitó más controversias (propuesta como un medio de controlar perjuicios, pero a veces mal interpretada como una promoción de la maternidad subrogada) fue la creación de un sistema de “adopción subrogada” dependiente del visto bueno judicial...²

En la recomendación 49 dice: “Nacido un niño tras un acuerdo aprobado de maternidad subrogada, deberá ser entregado inmediatamente después de su nacimiento a los padres sociales. Cuando la madre subrogada se niegue a entregar al niño, el tribunal ordenará que este se ha entregado a los padres sociales”. Esto demuestra que este país no solo ha legislado acerca de la maternidad subrogada,

² M. Dickens, Bernard. *Tendencias actuales de la bioética en Canadá*. 7 págs. p. 4. Sitio Web: <http://www.bibliomed.com/biblioteca/paho/bioetica/Cap16.pdf>

sino que reconoce a los contratantes como padres, a los cuales denomina padres sociales. Una parte de la doctrina canadiense interpreta que el contrato de maternidad subrogada trae aparejado el alquiler de las funciones y de los servicios reproductivos de la mujer, lo que pone en duda la validez del objeto de dicho contrato, de acuerdo con lo estipulado en el Derecho Civil de Québec, Provincia de Canadá.

Brasil

El artículo 199.4 de la Constitución Federativa de Brasil de 1988 prohíbe expresamente el carácter lucrativo de la maternidad subrogada en ese país y establece que es la ley la que dispondrá sobre las condiciones y los requisitos que facilitan la extracción de órganos, tejidos y sustancias humanas para fines de trasplante, investigación y tratamiento, así como la extracción, procesamiento y transfusión de sangre, quedando prohibido todo tipo de comercialización. Por lo que el cuerpo humano y sus sustancias, constituyen objetos fuera del comercio y, al respecto, la gratuidad será un presupuesto de legalidad.

Mediante resolución CFM N. 1.358/92 del Consejo Federal de Medicina, se estableció, en su Sección VII sobre la gestación de sustitución (donación temporal de útero), que las clínicas, centros o servicios de reproducción humana, podrán crear una situación de gestación por 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.

Se prohíbe expresamente el carácter lucrativo de dicha técnica. Además, en la Sección IV, numeral 2 de dicha resolución, se establece que los donantes no deben conocer la identidad de los receptores y viceversa. Esto se estableció con el fin de proteger al niño, en la eventualidad de que pueda surgir algún problema entre el donante y los padres usuarios de la inseminación artificial; por eventuales pretensiones del donante, y a su vez el donante queda protegido contra la

búsqueda de su identidad. Sin embargo, mucha de la doctrina jurídica brasileña indica que el anonimato debe ser prohibido, al menos, en cuanto al establecimiento de la filiación con relación al donante.

El numeral 1 de la Sección II (referente a usuarios de las técnicas de reproducción asistida) dispone que toda mujer capaz, en los términos de la ley, que lo solicite y cuya indicación no se aparte de los límites que indica este artículo, puede ser receptora de las técnicas de reproducción asistida, siempre que lo haya acordado de manera libre y consiente en documento de consentimiento informado.

En referencia a las mujeres capaces, la resolución no prohíbe el acceso de las mujeres solteras, a las técnicas de reproducción asistida, lo que implicaría la negación de la dualidad de los padres, en este caso la paternidad. Ahora bien, la Constitución Federal, su artículo 227, protege el derecho del niño a la vida familiar (derecho a la identificación de sus dos progenitores, el padre y la madre), por lo que esta posibilidad devendría en ilegítima, pues sería contraria al interés superior del niño, cuyo nacimiento fue programado deliberadamente sin padre. Esta hipótesis se constituye en una agresión a los derechos del niño, ya que la creación de familias mono parentales es contraria a la evolución del derecho de la filiación, que ha favorecido el derecho de todo niño a tener una filiación paterna.

Países que no cuentan con regulación expresa

Colombia

Si bien, los efectos civiles de los procesos científicos no tienen regulación en Colombia, la práctica de las técnicas de reproducción asistida es considerada lícita en la medida que cuentan con reconocimiento jurídico a nivel constitucional, legal y administrativo.

De acuerdo con el artículo 42 de la Constitución Política Colombiana, los hijos nacidos por métodos de reproducción asistida, tienen igualdad de derechos y deberes, que los hijos nacidos por medios naturales. El artículo 42 establece que “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos

naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por voluntad responsable de conformarla...

...Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable...”.

En Colombia no existe legislación civil acerca del tema. La Corte Suprema de Justicia está tomando conciencia sobre los avances científicos; por eso, con la declaración de inexecutable (mediante sentencia C-004 de 1998) de la expresión “de derecho” del artículo 92 del Código Civil, se ha abierto el espacio para considerar como legítimo, al hijo nacido en los casos excepcionales de gestaciones extemporáneas; como sucede, muchas veces, en los casos de embarazos obtenidos con la ayuda de técnicas de procreación asistida.

El artículo 92 del Código Civil de Colombia establece la: **Presunción de Derecho sobre la Concepción**. “De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente: Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales, y no más de trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento”.

Sobre la maternidad legítima, según la legislación colombiana, se debe mirar a la madre sustituta sin importar si es genética o gestacional, ya que la maternidad se establece por el solo hecho del parto; esto por cuanto, en este tipo de maternidad, la mujer que da a luz al niño es distinta a la que lo va a criar, y que será considerada como madre del niño.

En la maternidad genética, la madre sustituta, o sea, la madre que lleva al niño en su vientre, aporta el óvulo para llevar a cabo el proceso de fecundación.

En la maternidad gestacional, la mujer que lleva al hijo en el vientre, sea esta la madre sustituta, gesta el embrión, pero no tienen vínculo genético con la criatura, por cuanto su óvulo no fue utilizado en el proceso de fecundación.

Entonces, la calidad de hijo legítimo o extramatrimonial, se tendrá de acuerdo con la situación civil de la madre sustituta. Por lo que el hijo engendrado por medio

de una maternidad subrogada, cuando la madre sustituta está casada, es en apariencia legítimo, hasta que el marido de la madre sustituta, o el propio hijo, de acuerdo con la ley, impugne la paternidad legítima. Pero si la madre sustituta es soltera, viuda o divorciada legalmente, no estará amparada por la presunción del artículo 213 de Código Civil y, por tanto, el hijo tendrá la calidad de extramatrimonial.

Es así como se establece en la legislación colombiana, la maternidad por el solo hecho del parto, y no toma en cuenta la procedencia del material genético; por lo que, en el caso de la madre sustituta, será considerada –por haber dado a luz a la criatura-, como su madre; sin importar si genéticamente el niño es de ella o no. Por eso si una mujer aportó su óvulo para la fecundación, pero no fue ella quien llevó a término el embarazo, no será considerada como la madre de la criatura, ni tendrá herramientas legales para que el niño sea considerado como suyo.

Argentina

La situación de la gestación subrogada en Argentina, llamada también “el vientre de alquiler” es bastante complicada y levanta muchas polémicas. En realidad, no está legislada y regulada restrictivamente y, al mismo tiempo, tampoco está prohibida. Según el artículo vigente 242 del Código Civil, la maternidad quedará establecida por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido, es decir, aquella mujer que dé a luz será considerada la madre legal. Además, si la gestante está casada se presume, automáticamente, la paternidad de su marido al recién nacido, lo que está indicado en el siguiente artículo, el N 243. Por estas razones, los padres de intención casi no tienen los derechos de registrar al bebé como hijo suyo.

El Título V del Código Civil Argentino norma todo lo referente a la filiación, en lo expuesto desde el artículo 558 hasta el artículo 593. En referencia a los artículos que versan específicamente sobre el tema de reproducción asistida, el artículo 558 del Código de cita establece que “la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos”. A su vez establece

que ninguna persona podrá tener más de dos vínculos filiales, cualquiera que sea la naturaleza de la filiación.

El artículo 559 dispone que el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas solo expedirá certificados de nacimiento que sean redactados en forma tal que no contemple si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción asistida o ha sido aceptada.

El Capítulo 2 contempla desde el artículo 560 al artículo 564 y establece las reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida. Se indica que se debe contar con el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción asistida. Ese consentimiento debe ser protocolizado ante el escribano público o debe ser certificado ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción, además, puede ser libremente revocable, mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión (arts. 560 y 561).

En referencia a la voluntad procreacional, en el artículo 562 se establece que los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida serán hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también han prestado su consentimiento previo informado, debidamente inscrito, con independencia de quien haya aportado los gametos.

En los artículos 563 y 564 se establece que las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida tienen el derecho a ser informadas sobre la naturaleza de su nacimiento. Esta información debe constar en el legajo base para la inscripción del nacimiento; pudiendo inclusive obtener datos médicos del donante, cuando sea relevante para su salud que inclusive pudiera requerir la revelación de la identidad del donante.

El Capítulo 3 se refiere a la determinación de la maternidad. El artículo 565 norma que, en la filiación por naturaleza, esta se establece con la prueba del nacimiento y con la identidad del nacido.

El capítulo 4 indica lo referente a la determinación de la filiación. Según el artículo 566 párrafo segundo, la presunción matrimonial no rige en los supuestos de

técnicas de reproducción asistida si el o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre.

Por otra parte, el artículo 569 en el inciso c) expone que la determinación de la filiación matrimonial quedará determinada legalmente y se probará, en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, por medio del consentimiento previo, informado y libre, debidamente inscrito en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

El Capítulo 5 habla sobre la determinación de la filiación extramatrimonial y en el artículo 570 establece que la filiación extramatrimonial quedará determinada por el reconocimiento, por el consentimiento previo, informado y libre del uso de las técnicas de reproducción humana asistida, o por la sentencia que la declare en el juicio de filiación.

El artículo 575 indica que, en los supuestos de técnicas de reproducción asistida, la determinación de la filiación se derivará del consentimiento previo, informado y libre. Estableciéndose que, cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se generará vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales, en los mismos términos que la adopción plena.

El Capítulo 6 establece lo referente a acciones de filiación. En el artículo 577 se establece que no es admisible la impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida, cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre a dichas técnicas, con independencia de quien haya aportado los gametos. Por lo que no es admisible el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto de este.

En el Capítulo 7 se establecen las acciones de reclamación filial. Señala que tal disposición de reclamo no se aplicará en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida donde haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos.

El Capítulo 8 establece las acciones de impugnación de filiación. El artículo 588, en el párrafo 3, establece que, en los supuestos de filiación por técnicas de

reproducción humana asistida, la falta del vínculo genético no podrá invocarse para impugnar la maternidad, si ha mediado consentimiento previo, informado y libre.

La disposición de los artículos 589, 591, 592 y 593 versa sobre la impugnación de la filiación presumida por ley y sobre acción de negación de filiación presumida por ley, donde el cónyuge de quien da a luz podrá impugnar el vínculo filial de los hijos nacidos durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad, de la separación de hecho o de la muerte, mediante la alegación de no poder ser el progenitor, en el primer caso; y o puede negar judicialmente el vínculo filial del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, en el segundo caso; y lo mismo ocurre en los casos de la impugnación preventiva de la filiación de la persona por nacer, donde aún antes del nacimiento del hijo, el o la cónyuge puede impugnar preventivamente la filiación de la persona por nacer; en el tercer caso; y en la impugnación de reconocimiento, en el último caso. Se establece que dichas impugnaciones no serán aplicables en los supuestos de técnicas de reproducción humanan asistida, cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos.

Tipos de maternidad subrogada (según la doctrina argentina)

Según la doctrina argentina se puede hablar de varias formas de maternidad, genética, gestante y legal. La maternidad biológica sería cuando la mujer aporta el gameto femenino u óvulo fecundado, considerada plena cuando la madre ha gestado al hijo con su propio óvulo y considerada parcial si sólo aporta su óvulo o gameto. La maternidad gestante se da cuando una mujer gesta al nuevo ser, con el material genético del hombre o se le implanta el preembrión, desarrollándose el embarazo. Si solo aporta su óvulo se trataría de una maternidad genética. De igual forma, puede ser que sea el hombre el que aportó su material genético.

La doctrina considera dos clases de maternidad subrogada:

1) **Madre por subrogación:** Cuando la mujer fértil acuerda ser inseminada con el semen de un hombre casado y llevar a cabo la gestación de la criatura, para

finalmente hacer entrega del nuevo ser; aquí la madre es genética, gestante (maternidad biológica plena) y generadora.

2) **Madre portadora o sustituta:** Se le conoce también como "madre de alquiler". Es el caso de una mujer que no puede gestar, pero sí producir óvulos, que contrata con otra, es decir, la madre de alquiler para que se le implanta en su útero, un embrión creado *in vitro*, con gametos que pueden ser de la pareja contratante o de donante. En este caso, quien da a luz al nuevo ser es la madre de alquiler, y la que aportó el gameto femenino sería la madre genética. A su vez, puede presentar variantes; sobre las cuales, en la práctica, se utilizan conceptos jurídicos, para esconder los casos de gestación por sustitución; donde se esconde la verdadera identidad (derecho humano) de la persona gestada, bajo esta técnica de reproducción humana asistida:

a) Gestante soltera: Se implanta el embrión con material genético de quienes quieren ser padres (pareja heterosexual). Cuando el niño nace, el hombre procede a reconocerlo -no solo existe la voluntad procreacional, sino que hijo y padre se encuentra unidos por el elemento genético-. Entonces, la estrategia jurídica es que la esposa del reconociente, pero no gestante, solicite la adopción de integración del hijo del cónyuge; o la esposa, que aportó el material genético y desea ser madre pero no gestó, impugne la maternidad alegando que quien dio a luz no es la madre, porque no aportó su material genético; si esta acción es acogida, es decir, se acepta la impugnación y se emplaza la filiación con esta mujer y, al estar casada, opera la presunción de paternidad de su marido, y así el niño o niña tendría el vínculo filial de quienes quieren ser sus padres, porque existió la voluntad procreacional.

b) Gestante casada: La mujer es implantada con un embrión formado por material genético de una pareja (heterosexual) que quieren ser padres, o es inseminada con el semen del esposo de esa pareja. Aquí el marido de la gestante presenta una acción de impugnación de paternidad, donde alega no ser el padre genético del recién nacido de su esposa. Si la acción es acogida, el hombre que quiere ser padre, y a quien corresponde el material genético, reconoce al niño; posteriormente su esposa, peticona la adopción de hijo de cónyuge.

c) Gestante soltera: Inseminada con semen de un hombre que quiere ser padre y

llevar adelante un proyecto de familia mono parental, para lo cual se utiliza el óvulo de donante. Una vez nacido el niño, el hombre procede a reconocerlo y, luego, presenta una acción de impugnación de maternidad, alegando que la mujer que dio a luz no aportó material genético, con lo que el niño queda únicamente con el emplazamiento del padre.

d) Gestante soltera: A quien se le implanta un embrión formado con material genético de una pareja heterosexual, la cual no aporta su material genético, sino que es utilizado material genético de un tercero. Si aquí el hombre no aporta material genético, no podrá reconocer al niño, por lo que, nacido el niño, la pareja matrimonial solicita la adopción conjunta, luego de haber creado un lazo afectivo con el niño; siendo que quien lo entregó de forma directa a la pareja (situación que antes era prohibida, pero en los casos en que se ha demostrado un fuerte vínculo afectivo, y con fundamento en el interés superior del niño, se puede convalidar, la entrega directa).

En todos estos casos y con fundamento en el interés superior del niño, la solución es que el vínculo filial se genere entre el niño y quien o quienes quieren ser padres; sea quienes tienen voluntad procreacional; ya que por lo general la gestante no tiene la voluntad de crear un vínculo filial con el niño, ni cumplir una función de madre; además de que, en la mayoría de los casos, la gestante no aporta su material genético, por lo cual no la une un lazo genético con el niño.

La maternidad subrogada en América

Estados Unidos de América

Como Estados Unidos es un país federal, compuesto por estados independientes, en el país existen tantas legislaciones como estados. En este sentido, cada estado tiene competencia, al igual que en el resto de las materias, para legislar sobre derecho de familia. Por eso no existe un derecho de familia federal, sino que cada estado tiene el suyo propio y esto lleva a observar el distinto tratamiento que se le da, concretamente, a la maternidad subrogada en el país del

norte. Al observar las distintas legislaciones estatales, se concluye que si bien no hay leyes que permitan expresamente la práctica de la maternidad subrogada, tampoco las hay que la prohíban y, por ende, existe una tendencia a la permisividad de la práctica de esta técnica.

En la actualidad no existe legislación particular sobre este tópico en la mayoría de los estados. La figura jurídica de la maternidad subrogada posee su fundamento jurídico esencial en el Derecho a la Privacidad que tiene todos los ciudadanos norteamericanos, en la firme intención de que utilizando como base moral y fundamento legal la libertad de privacidad y el derecho a la procreación, logren en uso de las técnicas de reproducción humana conformar y constituir una familia.

Uno de los principales motivos para que en los Estados Unidos se modificaran sus criterios legislativos sobre la maternidad subrogada, fue el hecho de la falta de leyes que la prohíban o reglamenten, lo que contribuyó para que este tipo de convenios aumentaran paulatinamente. Lo que principalmente se pretende son la validez y la flexibilidad de los contratos de arrendamiento de útero, que a todas luces es un negocio muy próspero en ese país. El derecho a la privacidad, conforme a la Carta Magna norteamericana, es el que tiene un individuo de tomar decisiones en el ámbito familiar, sin intromisión del Estado, a excepción de que este, tenga a bien demostrar la existencia de un interés superior, es decir un interés social o público, que sirva como justificación de su acción.

La declaración de la existencia de ese derecho proviene de la decisión de la Suprema Corte de Justicia al resolver casos de anticonstitucionalidad de Leyes Estatales en relación con la procreación. Y son los siguientes: Es importante destacar que, dentro de la legislación vigente en los Estados Unidos, la figura de la maternidad subrogada existe formalmente al encontrarse prevista e incluida en la legislación civil de diecisiete estados de la Unión Americana, como lo son: Arizona, Arkansas, Florida, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Michigan, Ohio, Nebraska, Nevada, Nueva Jersey, Dakota del Norte, Utah, Washington y Wisconsin. Esto demuestra que la figura jurídica de la maternidad subrogada existe jurídicamente dentro del Estado de Derecho que constituye a los Estados Unidos de América, considerada como un Derecho Civil del Hombre.

Uno de los estados que ha legislado al respecto es California. En este estado, se aceptó la figura de la maternidad subrogada. Los acuerdos, sean estos en la forma de contratos o acuerdos particulares, pueden ser ejecutados coercitivamente, y consecuentemente, tienen valor legal. Otro punto de importancia es que, en California, los padres genéticos o biológicos son considerados como los verdaderos padres de la criatura que nace por esta vía, entendiéndose como tales los padres a los cuales se les conceden los derechos maternofiliales. Los padres contratantes son los que han tomado la decisión de tener descendencia, y son ellos los que han tomado la iniciativa de llevar a cabo esta técnica, a la cual debieron acudir por no haber podido tener un niño por los métodos naturales.

De otra parte, existen también proyectos de leyes en los estados de Illinois, Maryland, Massachussets, Minnesota, Missouri, New Jersey, Oregon, Pennsylvania y South Carolina en los cuales se admite la maternidad subrogada, tanto cuando existe una contraprestación económica como cuando no la hay. Es necesario señalar que el estado de Michigan ha sido el primero en promulgar una ley en la cual se prohíbe la práctica de la maternidad subrogada cuando exista una contraprestación económica de por medio.

Como consecuencia del asunto Baby M., señala que la década de los ochenta se ha caracterizado en los Estados Unidos por la necesidad de regular las situaciones producidas por el fenómeno de la maternidad sustituta. Con tal fin, en 1987 se elaboraron proyectos de ley en casi la totalidad de los estados, aunque tan solo Arkansas, Nevada y Lousiana tienen leyes ya aprobadas. En Arkansas su normativa prevé que si una pareja contrata con una madre subrogada soltera, aquellos son los padres legales del niño y no la madre portadora. En Lousiana no son exigibles los contratos de maternidad subrogada realizados mediante precio.

Por último, en los Estados Unidos no existe una legislación unitaria en esta materia. De los proyectos legislativos existentes, 5 pretenden su prohibición (Alabama, Illinois, Iowa, Maryland y Winconsin) y otros siete intentan vetar únicamente la llevada a cabo de modo comercial (Florida, Kentucky, Michigan, New Jersey, New York, Oregon y Pensilvania). Varios proyectos de Ley se han presentado, pero, que se sepa, ninguno ha sido aprobado aún y la legislación

estatal vigente sobre inseminación artificial no resuelve las cuestiones jurídicas que la maternidad subrogada plantea.

En cuatro jurisdicciones: el Distrito de Columbia, Florida New York y Wisconsin, aceptan específicamente solo la subrogación gratuita. Por otra parte, los proyectos legislativos de por lo menos una docena de Estados están de acuerdo con los contratos de maternidad subrogada, tanto los onerosos como los gratuitos.

Costa Rica

La técnica de procreación asistida de maternidad por subrogación no se encuentra legislada en Costa Rica.

El artículo 51 de la Constitución Política da rango de protección constitucional a la protección especial que el Estado debe darle a la familia, especialmente a la madre y al niño.

El artículo 72 del Código de Familia, en su párrafo tres, establece que la inseminación artificial de la mujer con semen del marido, o de un tercero siempre y cuando se cuente con el consentimiento de ambos cónyuges, equivaldrá a la cohabitación, para los efectos de la filiación y la paternidad del nuevo ser. Con respecto al tercero involucrado, este no adquiere ningún derecho ni obligación en cuanto a derechos filiales o paternos. Este es el único artículo dentro de la legislación que establece algo sobre la procreación asistida.

El derecho a formar una familia y la protección que se le debe dar, aparece en varias convenciones internacionales, como en el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, donde se establece en su apartado 1, que tanto hombres como mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia. Y, en el apartado 3, establece que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe tener la protección tanto de la sociedad como del Estado.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 10, apartado 1, también establece que la familia es el elemento natural y

fundamental de la sociedad, y que se le debe conceder protección y asistencia amplia; Mientras tanto, en su apartado 3 establece que se debe proteger y dar asistencia tanto a niños como a adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación, o cualquier otra condición.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 23, de igual forma, da reconocimiento y protección y, en el artículo 24 en su inciso 1, establece la protección sin ningún tipo de discriminación que debe tener el niño; en el apartado 2 se indica que todo niño deberá ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

Como se ha visto, no son pocos los convenios internacionales que establecen el derecho a formar una familia y a su protección, especialmente a la de la madre y del hijo; y el derecho de todo niño a ser inscrito en cuanto nazca y a tener una nacionalidad, así como que dentro de todo eso se vele por su interés superior.

Por otra parte, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), en su artículo 16, establece que todos los estados partes deberán adoptar las medidas necesarias para eliminar cualquier forma de discriminación contra la mujer, en todos los aspectos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares; y tendrá los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de hijos y el intervalo entre sus nacimientos; así como el derecho a tener acceso a la información, a la educación y a los medios que le permitan ejercer estos derechos.

Ahora bien, como ya se ha indicado, la maternidad de alquiler o subrogada está determinada por varios aspectos: la voluntad procreacional de quienes desean ser padres y que tienen algún problema médico comprobado que les impida llevar a cabo la concepción de un hijo, por lo cual deben acudir a alguna técnica de reproducción asistida; además de la validez de los aspectos del acuerdo, y de filiación entre las partes involucradas.

En razón de que en Costa Rica no existe legislación acerca del tema de la maternidad subrogada, se hará una exposición referente a cuál alternativa encontrar desde la perspectiva del Derecho Privado. En primer lugar, el acuerdo de

alquiler de vientres, como tal, debe ser tratado como una cuestión contractual, por lo que debe regirse por la ley de la nacionalidad común de las partes y, en ausencia de concurrencia, por la ley donde se haya celebrado el contrato, de acuerdo con el artículo 27 del Código Civil.

Si la *lex causae* coincide con una ley extranjera y se rechazara la posibilidad de tal acuerdo, se estaría ante la violación de la Política Pública Internacional de Costa Rica. Debe hacerse ver que la autonomía de las partes tiene protección constitucional, ya que el artículo 28 de la Constitución Política indica que las acciones privadas que no perjudiquen la moral, el orden público o que no causen ningún daño a terceros, están fuera del ámbito de aplicación de la ley. Lo que vendría a ser una solución para proteger los intereses de los padres y de las personas que tengan Interés en formar una familia, tal y como está establecido en el artículo 51 de la Constitución Política.

La Convención sobre los Derechos del Niño establece, en su artículo 3, que en toda decisión que se tome tanto en instituciones públicas como privadas, debe atenderse, principalmente, el interés superior del niño. En el artículo 7, establece que todo niño deberá ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento, tendrá derecho a tener un nombre, y a adquirir una nacionalidad. Siempre que sea posible, el niño tiene derecho a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos.

Ahora bien, otra de las consecuencias de la maternidad subrogada es la determinación de la relación entre los padres y el niño o los niños, sujetos al acuerdo pactado. La determinación de la filiación es un aspecto que debe resolverse, pues véase que el artículo 30 del Código de la Niñez y la Adolescencia señala que las personas menores de edad tienen derecho a conocer quiénes son su padre y madre; asimismo, a crecer y desarrollarse a su lado y ser cuidadas por ellos. En concordancia, y partiendo de la protección y relevancia del interés del niño, indicado tanto en la legislación interna (artículo 5 del Código de Niñez y la Adolescencia) como en la normativa internacional, el artículo 30 del Código de la Niñez y la Adolescencia señala que "las personas menores de edad tendrán derecho a conocer a su padre y madre; asimismo, a crecer y desarrollarse a su lado y ser cuidadas por ellos" y adecuándolas al tipo de subrogación en particular, ya que

los supuestos pueden ser varios, por ejemplo:

Subrogación tradicional con donante de esperma

En este tipo de acuerdo de alquiler de vientre, la madre de alquiler o gestante dona su propio óvulo, el cual es fertilizado a través de la inseminación artificial o mediante otro tipo de técnicas, como la fertilización *in vitro*, utilizando el esperma del futuro padre o de un donador distinto y luego lleva el embarazo, hasta el nacimiento de la criatura. En este caso la filiación se convierte en un aspecto fundamental para determinar si el vínculo familiar que prevalece debe ser entre el niño y su madre sustituta y el esperma del futuro padre o del donante.

En ese sentido, las decisiones judiciales han optado porque se respete la paternidad social (voluntad procreacional) sobre el vínculo biológico, lo cual tiene relación con la política pública internacional, relacionada con el derecho a formar una familia, contenido, como ya se indicó, en el artículo 51 de la Constitución Política, y también en la normativa internacional, en el artículo 17.1 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, que establece: “La familia es el elemento natural fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

En razón de esa protección que debe dársele a la familia, la filiación entre los futuros padres sociales y el niño o niña debe prevalecer, sobre la relación de la criatura y la madre gestante y sobre quien fue donante de esperma sustituto. Pues debe aplicarse la regla que contiene el artículo 27 del Código Civil, la cual indica que la ley aplicable, para efectos personales del matrimonio, es la del lugar en que los cónyuges se han puesto de acuerdo para vivir. Sin embargo, si a pesar de lo indicado en el artículo citado, los padres sociales casados perdieran la filiación del niño o niña, esa solución sería incompatible con el orden público internacional costarricense; debiéndose aplicar entonces, disposiciones extranjeras para no privar a los futuros padres de sus derechos, con el fin de proteger el interés superior del niño.

En Costa Rica, como ya se mencionó, la inseminación artificial es permitida con semen del marido o de un tercero, con consentimiento de ambos cónyuges, lo que

equivaldría a la cohabitación para efectos de filiación y paternidad, de acuerdo con lo que establece el Código de Familia en el artículo 72 en su párrafo tercero. Sin embargo, la técnica se realiza incluso en parejas que no estén casadas, pero que demuestren una estabilidad en su relación, por lo que se evidenciaría que las leyes del país no exigen que para realizar este tipo de tratamiento se deba estar casado.

De acuerdo con una disposición constitucional (artículo 13 de la Constitución Política) el niño puede ser registrado como costarricense, si nace en el país, aún y cuando los padres sean extranjeros; permitiéndose a los padres inclusive elegir la nacionalidad que prevalecerá sobre el niño, incluso si se pudiera ostentar diferentes nacionalidades para el niño.

En cuanto a si personas solteras pudieran acceder a un acuerdo de gestación subrogada, en concordancia con que en Costa Rica se permite la crianza individual basada en la filiación no biológica; ya que, de acuerdo con el proceso de adopción nacional e internacional, es posible que personas solteras, que cuenten con, al menos veinticinco años de edad, (artículo 106 inciso b) del Código de Familia), puedan adoptar.

En razón de ello, el sistema nacional jurídico no presenta especial rechazo a la posibilidad de que personas o padres solteros puedan realizar un acuerdo de sustitución, ya que no existe ninguna disposición actual que lo limite. Es así como la misma solución que se presenta para las parejas de hecho, debería extenderse a los padres solteros por medio de la subrogación. Entonces, sería la ley nacional del hijo la que determinará los aspectos sustantivos relacionados con la filiación.

Subrogación gestacional

En el procedimiento de subrogación gestacional, la criatura que nace está genéticamente relacionada con sus padres (en el caso de que sean ambos quienes aportaron su material genético) y no con la madre sustituta. De este modo, los futuros padres tendrían tanto la paternidad social como la genética, con el fin de proteger y salvaguardar el principio del interés superior del niño. Véase que desde antes la madre sustituta, mediante acuerdo de partes, ha dado su consentimiento

previo, informado y libre, para gestar en su vientre una criatura sin relación genética o social con ella y, en caso de suscitarse algún problema, la ley aplicable dependerá de la relación jurídica de la pareja, ya que, si son casados, la ley aplicable sería la del lugar donde los cónyuges han tomado el acuerdo de vivir (artículo 27 del Código Civil).

En cuanto a los padres no casados, se deberá aplicar la ley de nacionalidad del niño, si coincide con los futuros padres. El artículo 17 del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, dispone sobre el ejercicio de la responsabilidad parental, que esta se rige por la ley del Estado de la residencia habitual del niño y, en caso de cambio de esa residencia, se regirá por la ley del Estado de la nueva residencia habitual. Si el niño nace en Costa Rica y los padres tuvieran diferentes nacionalidades se aplicaría la ley de este país.

También los padres podrán elegir la nacionalidad respectiva del niño, correspondiente a su propia ciudadanía.

Subrogación con donación de óvulos o esperma o material genético donado

La subrogación de vientre también puede presentarse cuando la madre o el padre potenciales sean incapaces de producir óvulos y espermatozoides, respectivamente, pero su pareja sí sea capaz de producirlos. En estos casos la madre sustituta portará el embrión, el cual mantendrá relación genética con solo uno de los futuros padres y con una tercera persona que haya donado ya sea el óvulo o el esperma necesarios.

Por otra parte, en el caso de que ninguno de los miembros de la pareja de futuros padres sea capaz de producir los gametos, la subrogación gestacional se hará con la donación del óvulo o espermatozoide de terceros. En este caso no habría relación genética alguna del niño con ninguna de las partes que pactaron el contrato; sin embargo, aquí la solución es que prevalecerá la filiación social de los futuros padres con el niño.

Problemática en Costa Rica sobre la aplicación de la técnica de reproducción humana asistida de FIV.

A falta de una regulación que sustente en el país la legalidad de los contratos de subrogación de vientre y de la problemática producto de la oposición de muchos, incluidos profesionales en derecho y la Iglesia Católica, sobre la técnica de fecundación *in vitro*, se podría afectar a los no nacidos, pues ello podría permitir la explotación de la mujer y el tráfico de seres humanos. Sin embargo, el derecho a la fertilización ha sido reforzado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia de la fertilización *in vitro* contra Costa Rica, donde se dictaminó que el uso de la técnica es una decisión personal, protegida por el principio de autonomía de las partes y por el derecho a formar una familia.

Debe recordarse que la técnica de fertilización *in vitro*, fue considerada ilegal en Costa Rica, por un voto de la Sala Constitucional en el año 2000. No obstante, esa decisión de la Sala es incompatible con los artículos 5.1; 7, 11.2 y 17.2 de la Convención de Derechos Humanos (según lo señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia Artavia Murillo versus Costa Rica).

La Corte Interamericana falló en contra de Costa Rica, obligando al país a establecer los mecanismos con el fin de regular esa técnica. Ante la exigencia, el presidente Luis Guillermo Solís, y los ministros de la Presidencia y de Salud, emitieron el Decreto 39210-MP-S, denominado “Autorización para la realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria”; publicado en la Gaceta, el 11 de setiembre de 2015, como una respuesta al fallo de la Corte Interamericana previo a que se cumpliera el plazo que le otorgó a Costa Rica para que regulara la fertilización *in vitro*, y se publicó justo un día antes de la audiencia pública de supervisión y cumplimiento de la sentencia.

Desde ese momento se presentaron los recursos de amparo, dos de ellos bajo los expedientes 15-013627-0007-CO y 15-013699-0007-CO, ambos rechazados por la forma, además de dos acciones de inconstitucionalidad. El 7 de octubre de 2015, la Sala Constitucional emitió una resolución, en la cual, por voto de mayoría, dispuso cursar la acción de inconstitucionalidad y ordenó la suspensión del Decreto emitido, lo que impidió la implementación de la técnica de fecundación *in vitro*. El 3

de febrero de 2016, la Sala Constitucional emitió sentencia N° 2016-1692, declarando con lugar la acción de inconstitucionalidad, por la violación al principio de reserva de ley, y porque la modificación al ordenamiento jurídico, con arreglo a los procedimientos constitucionales que prevé el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe ser a través de ley formal.

Dicha decisión fue comunicada, tanto por los representantes de las víctimas como por el Estado, a la Corte Interamericana, aportando el “Por tanto” de la misma, y el comunicado de prensa emitido por la Sala, solicitando se ratificara y avalara el Decreto Presidencial. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una resolución donde, en su “Por tanto”, en el apartado cuatro se indicó que se mantuviera vigente el Decreto Ejecutivo N°39210-MP-S del 11 de setiembre de 2015, sin perjuicio de que el órgano legislativo emitiera alguna regulación posterior, apegada a los estándares indicados en la sentencia.

El decreto se sustenta en 20 artículos. En el Primer Capítulo se encuentra la descripción de la técnica, quiénes pueden acceder a la técnica, sin hacer distinción de estado civil, de diagnóstico médico que indique que la técnica de *in vitro* es la única manera de abordar el padecimiento ni sobre los establecimientos autorizados para realizar la fertilización.

Asimismo, en el artículo 5, se refiere a los donantes, que deberán ser terceros, mayores de edad, que no hayan sido declarados inhábiles judicialmente y que deben haberse sometido a diversos exámenes médicos. Cada centro que aplique la fertilización asistida podrá tener una lista de donantes, de los cuales se llevará un estricto control, asimismo el Ministerio de Salud deberá llevar un registro a nivel nacional de todos los donantes.

En el Segundo Capítulo se mencionan las autoridades competentes. El Ministerio de Salud debe trabajar en conjunto con la Caja Costarricense de Seguro Social y el Colegio de Médicos, con el fin de procurar y velar para que la fertilización *in vitro* se practique bajo los más altos estándares de calidad reconocidos internacionalmente, con el respeto y protección de los derechos humanos. Estas instituciones realizarán el control tanto en centros médicos públicos como privados.

El Capítulo Tercero se refiere a los derechos de los destinatarios, como por ejemplo a la información, el poder tomar decisiones con el conocimiento previo de sus consecuencias, explicar los beneficios de la técnica, así como las posibles complicaciones. De tal manera que su opción de someterse al tratamiento debe ser libre, voluntaria, informada, expresa y por escrito.

Y, por último, en el Cuarto Capítulo se describe el tratamiento que van a recibir los gametos, y no solo las células reproductivas, sino también la mujer. Se indica que solo se permite hacer la implantación de dos óvulos fecundados en cada ciclo reproductivo. Se puede crio-conservar otros para ser utilizados en otros ciclos reproductivos en caso de ser necesario, sin embargo, se indica que está prohibido desechar, comercializar, experimentar, seleccionar genéticamente, alterar genéticamente, clonar y destruir óvulos fecundados.

Algunos de los países que prohíben la maternidad subrogada.

Alemania

La Ley alemana, de fecha 13 de diciembre de 1990, castiga con pena de prisión y multa a quien fecunde un óvulo para transferirlo a mujer que no fuera aquella de quien se extrajo (parágrafo 1. (1). 2.) Así como al que fecunde artificialmente o transfiera un embrión a una mujer dispuesta a entregar al niño a tercero, después del alumbramiento (1 (1). 7). También en esta Ley, las mujeres sustitutas quedan impunes. Se castiga a los profesionales sanitarios que intervienen en estas operaciones.

Ley de Protección del Embrión, n. 745/90 del 13/12/9045³

Art. 1.- Utilización abusiva de las técnicas de reproducción.

Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien:

³ Bioética en la Red: Plataforma surgida en 2001 dedicada a publicar Artículos, libros, revistas, noticias, así como legislación a nivel internacional sobre Bioética. Sitio Web: http://www.bioeticaweb.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=1014

- Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra.
- Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo.
- Procediera a transferir a una mujer más de tres embriones en un mismo ciclo.
- Procediera a fecundar por transferencia de gametos intratubaria (GIFT) más de tres óvulos en un mismo ciclo.
- Procediera a fecundar más óvulos de los que puede transferirse a una mujer en un mismo ciclo.
- Retirar a un embrión de una mujer antes de su implantación en el útero, con vistas a transferirlo a otra mujer o utilizando con un fin distinto al de su protección.
- Practicara una fecundación artificial o transfiriera un embrión humano a una mujer dispuesta a abandonarlo en forma definitiva a terceros, luego de su nacimiento.

Como se observa, la legislación alemana establece una estricta prohibición a realizar técnicas de inseminación artificial, con la finalidad de concertar una maternidad subrogada. Aunque a la madre subrogada no se le castigue, a los profesionales que practiquen esta técnica sí se les impone una pena.

Por su parte, el Congreso Médico alemán estableció que la maternidad sustitutiva debe rechazarse por los peligros que entraña para el niño y porque, eventualmente, podría estimular la comercialización de la fertilización in vitro y de la transferencia de embriones. Estas recomendaciones fueron volcadas en la Ley anteriormente expuesta, que data de 1991.

En el año 1984 el Ministro Federal de Justicia y el Ministerio Federal de Investigación y Tecnología, conformaron una comisión para estudiar los problemas de los nuevos métodos de fertilización in vitro y de la terapia de genes en el hombre. En el año 1985 la Subcomisión de Representantes Jurídicos elaboró un primer informe sobre el tema. El referido informe estima madre de alquiler, de préstamo, nodriza, sucedánea, según la costumbre de designación

de tal fenómeno, aquella que se produce en aquellos casos que: - Una mujer (la llamada madre sustituta) se somete a una inseminación heteróloga con el esperma de un hombre que desea adoptar posteriormente el niño, juntamente con su esposa. - Una mujer da a luz su propio hijo genético, creado in vitro con esperma de un hombre que desea posteriormente adoptar el niño juntamente con su esposa. - Una llamada "madre sustituta" se muestra conforme con llevar para los padres genéticos un embrión genético. La comisión aconsejó a los legisladores la prohibición de las instalaciones médicas en donde se realicen estas prácticas, pero adoptando medidas para los casos excepcionales que puedan ocurrir, particularmente sobre la falta de validez del contrato de maternidad subrogada.

Recientemente, el Ministro de Justicia, Hans A. Hengelhard, declaró que las madres portadoras constituyen una usual forma de comercio humano ilegal. Esta afirmación se hizo pública con motivo de la apertura de una nueva oficina de información de madres de alquiler de una gran ciudad alemana. Concluyó su intervención expresando que todos los acuerdos de maternidad subrogada tienden al resultado de una adopción del niño, pero tal adopción, como cualquier otra debe ser formalizada por la oficina correspondiente y aprobada por el Tribunal Tutelar.

Ante estas declaraciones, los medios de comunicación hicieron eco de que el gobierno alemán preparaba un proyecto de ley que prohibía expresamente la maternidad subrogada y se sancionaría con penas privativas de la libertad a quienes se dedicaren a estas prácticas.

La primera agencia de madres de alquiler de la República Federal Alemana (United Families International) con sede en Francfort, recibió orden judicial de suspender inmediatamente sus actividades de mediación en el año de 1990.

España

España cuenta con la Ley 35/1988 del 22 de noviembre, referida a técnicas de reproducción asistida. Es considerado como el primer país europeo en emitir una

Ley que regula, de manera sistemática, la inseminación artificial y la fecundación in vitro. Aunque debe mencionarse que anteriormente, el 22 de diciembre de 1985, Suecia había dictado una Ley que regulaba de forma exclusiva la inseminación artificial.

La actual Ley 14/2006, del 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida menciona en su “CAPÍTULO II, Artículo 10. Gestación por sustitución. 1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida se ocupa de todas las cuestiones referentes a las tecnologías de reproducción asistida y además regula y controla estas prácticas. Por técnicas de reproducción asistida aprobadas por el Estado se consideran la inseminación artificial, la fecundación in vitro, la inyección intracitoplasmática y el traslado intratubárico de gametos.

Se aprueba la transferencia hasta un límite de tres embriones en cada sesión de reproducción asistida, aunque por regla se transfieren solo dos, para evitar embarazos múltiples. Los donativos de gametos solo pueden ser de carácter altruista, pudiendo ser compensados los desembolsos durante el desplazamiento y la pérdida de algún día laboral. Las donaciones no pueden ser recompensadas económicamente, se prohíbe hacer publicidad sobre pagos por la donación de gametos.

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA

1. El paradigma, el enfoque metodológico y el método seleccionado

Este trabajo consiste en una investigación fundamentada en el estudio documental, enfocada de manera descriptiva ya que considera sobre manera los marcos normativos de diferentes países, tanto latinoamericanos, norte americano como europeos.

Mediante el análisis de la jurisprudencia de países de las regiones citadas, se fundamenta una estrategia de implementación y adaptación de la esencia de la maternidad subrogada, entendiendo como esencia “todos aquellos métodos, con intervención de terceras personas (médicos, agencias intermediarias, madre sustitutita o portadora), mediante los cuales se trata de aproximar de forma artificial a los gametos femeninos (óvulos) y masculinos (espermatozoides) con el objeto de favorecer el embarazo en nuestro país que, si bien es cierto, el mayor enfoque cita la tropicalización de esta normativa, la vinculación permite concatenar de manera significativa una amalgama de normas que podrían ser similares en nuestro marco normativo”⁴.

Por medio del método de investigación inductivo, se proyecta el empleo de los aprendizajes provenientes tanto de países de primer mundo como de países en vías de desarrollo y tercermundistas, que permitan dilucidar una estrategia para acoplar estos aprendizajes y buenas prácticas en la reciente normativa de Fecundación In-vitro en la República de Costa Rica. De esta manera se aprovecha la experiencia sobre el tema de maternidad subrogada, el cual es vinculante para que se pueda desarrollar el tema de vientres de alquiler. En tanto, se planea utilizar las experiencias individuales de los países ya mencionados, como base para la propuesta de una reforma de ley sobre la gestación por sustitución, que sería de aplicación general en el país.

⁴ Scotti. L.B., *El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas.* Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-endercho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-deinterrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf> [Fecha consulta: 10/05/2017]

Este trabajo está estructurado en seis capítulos claramente numerados, donde el capítulo final es preponderante e inversamente proporcional a la importancia de determinar una estrategia de implementación y absorción de normativa comparativa de derecho internacional sobre maternidad subrogada, en el presente decreto de fecundación invitro o bien realizar una nueva propuesta que abarque las recomendaciones y conclusiones de este estudio.

2. Descripción del contexto o del sitio donde se lleva a cabo el estudio.

Para la investigación se realizaron entrevistas a personas pertenecientes a dos zonas del país: San Carlos y San José y a una fuera del país: México.

Las personas entrevistadas en el cantón de San Carlos residen en Ciudad Quesada, en una zona urbana donde predomina la clase media. Se trata de profesionales que se desempeñan en puestos como la psicología y el periodismo.

Con respecto a las de la zona de San José, se ubican en un sector urbano, el centro político, económico y social más importante del territorio costarricense, una gran área comercial que provee de muchas fuentes de trabajo. De esta zona se entrevistaron profesionales en el ámbito del derecho.

También se aplicó la entrevista a un médico ginecólogo que reside en la Ciudad de México, país de gran cultura y visión altruista con respecto a la maternidad subrogada.

3. Las características de los participantes y las fuentes de información.

Las personas que participaron en la entrevista están en edades de entre los 32 y 62 años. Se trata de mujeres y hombres, profesionales en carreras como derecho, medicina, psicología, periodismo, con status social y con amplios conocimientos y experiencia en las diferentes carreras. Por lo que se aportan diversos criterios para el análisis desde el punto de vista médico, legal, emocional, y social, lo que aporta mayor claridad acerca de la posición de la sociedad en el tema de la maternidad

subrogada y, específicamente, al incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato y el criterio de su aplicación en Costa Rica.

4. Las técnicas e instrumentos para la recolección de los datos.

Se realizaron entrevistas a profundidad de manera individual, donde se trataron de manejar las diferentes interrogantes y conflictos que se puedan enfrentar durante la implementación de la maternidad subrogada y del eventual incumplimiento de lo pactado para su realización.

Se entrevistaron diferentes tipos de profesionales para generar un análisis claro de información referente a la posición de la sociedad ante el tema de la maternidad subrogada, que sin duda tiene muchos pros y contras, al menos en Costa Rica.

También se incluye la información sobre los medios audiovisuales utilizados como fotos, videos, documentales.

CAPÍTULO IV: ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

1. Análisis

Los avances científicos en materia de infertilidad han propiciado cambios en muchas situaciones que antes eran impensables y, por ende, ha debido modificarse la normativa de los países en consonancia con los efectos de esos avances. Los problemas de infertilidad que padecen muchísimas personas en el mundo, han sido un tema que ha generado grandes esfuerzos en el campo científico, con el fin de dar respuesta y ayuda a las personas afectadas y que desean tener hijos y formar una familia; lo cual es un derecho fundamental de toda persona.

Así nacen las técnicas de reproducción humana asistida, para aportar una solución a los problemas de infertilidad. Antes de ellas sólo existía la posibilidad de procreación por medios naturales, a través del coito. Por eso quien dejaba embarazada a una mujer era necesariamente el que aportaba el material genético, y la mujer que gestaba a la criatura en su vientre lo hacía con sus propios óvulos. En consecuencia, lo biológico necesariamente comprendía lo genético, ya que no había posibilidad de disociarlos.

Con la aparición de las técnicas en cuestión, lo biológico ya no comprende exclusivamente lo genético. Por eso, antes se podía distinguir entre lo biológico y voluntario, hoy existen tres criterios perfectamente diferenciados: lo genético, lo biológico y lo voluntario.

Además, con estas técnicas, se permite que el aporte sea netamente genético, por lo que deja de ser biológico. Entonces, mientras en la filiación por naturaleza el conflicto es entre lo biológico y lo volitivo, en la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida, el conflicto es entre lo genético y lo volitivo. Debe comprenderse que lo biológico implica un plus respecto de lo genético, y como en lo genético se echa de menos ese plus, entonces adquiere más importancia lo volitivo.

En resumen, en las técnicas de reproducción humana asistida, el elemento volitivo adquiere importancia superlativa, de modo que cuando en una misma persona el elemento genético, el biológico y el volitivo no coinciden, se debe dar

prevalencia al último.

En el escenario actual aparece una "desgenetización de la filiación", por lo que el concepto de filiación ha ganado nuevos contornos, comenzándose a hablar de "parentalidad voluntaria" o "voluntad procreacional". Por lo tanto, las técnicas de reproducción humana asistida, han generado una nueva vuelta a la realidad en la que la filiación ya no se determina por el elemento genético o biológico sino por el volitivo. Es así como estas técnicas son utilizadas por quienes no quieren renunciar a tener un hijo "genéticamente propio", pero sin que sea el elemento genético el que determina la filiación, sino el volitivo, tratándose de una filiación que se determina sobre la base del consentimiento previamente prestado.

A continuación, se presentan las tablas de datos con la información obtenida mediante las preguntas realizadas en las entrevistas.

Está usted de acuerdo que en Costa Rica se practique la maternidad subrogada		
SÍ	NO	NO ESTÁ SEGURO
3	1	1

Tabla1

De aplicarse la maternidad subrogada en Costa Rica, cree usted que se debe implementar a través del seguro médico CCSS.		
SÍ	NO	NO ESTÁ SEGURO
0	4	1

Tabla2

Gráficos según la información de las tablas



Gráfico1

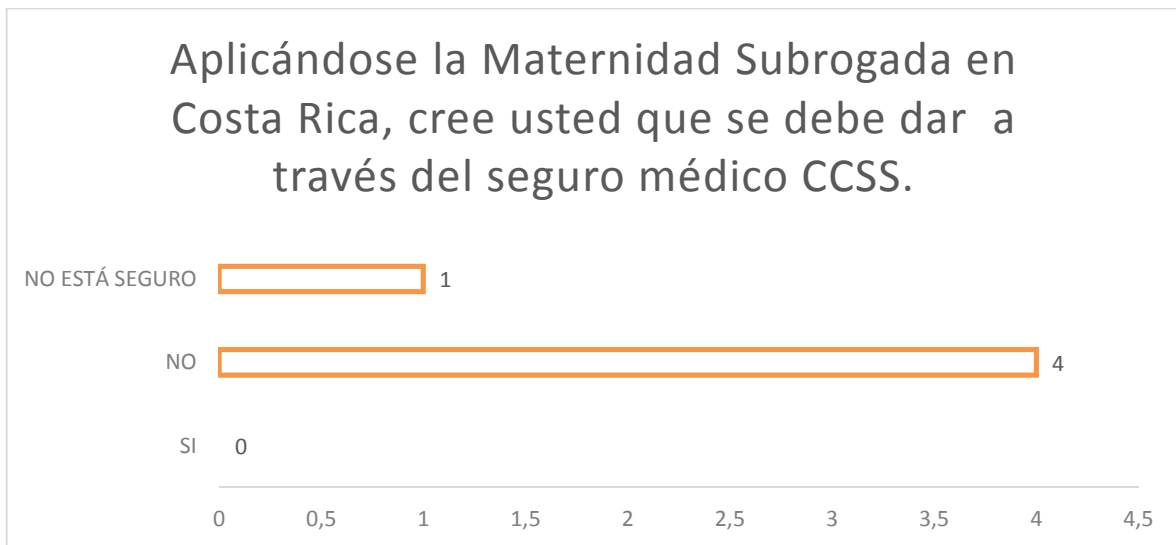


Gráfico 2

2. Discusión de resultados

Una de las inquietudes y preocupaciones de los profesionales entrevistados tiene que ver con la elaboración de un reglamento y con la aplicación del código del comercio, donde existan cláusulas en favor del respeto a la vida e integridad de las personas; en vista de que en otros países hay diferentes mecanismos para su aplicación, en algunos está sumamente limitado y, en otros, todo lo contrario.

También, referente a otros criterios y en defensa de los derechos humanos, algunos se muestran en contra de que en Costa Rica se practique esta reproducción asistida, apelando a tratados y convenios, que solo serían posibles a través de una modificación en la Constitución, que implicaría la modificación de principios básicos que se encuentran en ella, como el derecho a la familia y a la vida.

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Conclusiones

Como se ha logrado evidenciar en este trabajo, la maternidad subrogada aún no ha sido regulada en todos los países del orbe. Si bien, ya en algunos existe cierta regulación, lo ideal sería que hubiera una normativa generalizada y concordante con los derechos humanos. Así se evitarían el tráfico de niños, de material genético o la discriminación o utilización de las mujeres que prestan su vientre para llevar a cabo la gestación de un nuevo ser, exista o no algún tipo de remuneración económica.

También debe responderse a la importancia de llegar a acuerdos en relación con el estatus de las criaturas que nacen a través de este tipo de técnica de procreación asistida. Así se evitan problemas a la hora de establecer a quién compete o no el emplazamiento de la filiación de ese nuevo ser; ya que, como se ha constatar a través de este estudio, se han presentado grandes problemas durante el reconocimiento de las filiaciones de niños nacidos a través de la subrogación de vientre, tanto en países donde es permitida la técnica, como en países donde no se permite.

Debe haber un reconocimiento de que, a nivel mundial, miles de personas padecen de problemas de infertilidad y, tal y como lo establecen las convenciones internacionales y la normativa nacional, en muchos países, se trata de un problema grave de salud, que desgraciadamente, ha ido en aumento. Además, en razón del avance científico de los últimos años, referente a diferentes técnicas de reproducción asistida, evitarla sería violentar el derecho de todo ser humano a tener una familia; derecho reconocido, tanto a nivel nacional como internacional, de acuerdo con las diferentes normativas que al respecto han sido creadas.

Tampoco debe existir ningún tipo de discriminación contra las personas que pueden tener acceso a estas técnicas, siempre y cuando actúen bajo el deseo de tener un hijo y formar una familia. Si bien las técnicas de reproducción humana asistida fueron creadas para ayudar a las personas con graves problemas de

infertilidad, por qué no habrían de utilizarlas las personas del mismo sexo que deseen tener hijos y formar una familia, porque sería discriminatorio dejarlos fuera de ese derecho. Tampoco sería justo que solo se ayudara a parejas con una relación consolidada, ya que también hay muchas personas que desean llevar su vida sin una pareja a su lado, pero sí manifiestan su deseo de tener un hijo con el cual formar su propia familia.

Como se puede concluir, son muchos los problemas que giran en torno a las técnicas de reproducción asistida y, en especial, de la técnica de reproducción asistida de subrogación de vientre. Corresponde a los operadores del derecho, levantar la voz y ejecutar la acción en procura de que en todos los países del mundo sean reconocidas las aplicaciones de las técnicas de reproducción humana asistida. Que a la par del reconocimiento de la maternidad subrogada se cree la normativa necesaria para evitar cualquier tipo de discriminación, cualquier tipo de tráfico de menores o de material genético. Que también se regule a nivel mundial la filiación de los nacidos bajo esta práctica, bajo una compenetración normativa y con aplicación del Derecho Privado y las convenciones internacionales.

Como se ha mencionado en el tema de maternidad subrogada, gracias al fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 26 de febrero del 2016, se ordenó poner en vigencia el decreto 39210-MP-S, que regula la técnica de fertilización in vitro, sin embargo, su falta de regulación puede hacer creer que las parejas heterosexuales y homosexuales no tienen el derecho a someterse a dichos tratamientos o contratos cuando quieren ser padres o madres.

La voluntad procreacional viene a suplir la verdad biológica y en la actualidad está regulada. Se trata de una voluntad libre y contundente, documentada y, a la hora de que una pareja se someta a una técnica de reproducción humana asistida, sería el elemento determinante para la filiación entre el niño o la niña por nacer y en las TRHA, ya que la pareja, sin importar su sexo, lo que desea es someterse a dicha técnica con el fin concebir, y así ser padres o madres.

Queda claro que el concepto de progenitor, en razón de la voluntad procreacional, debe ampliarse y verse desde la óptica filiar afectiva y no desde una realidad biológica, la cual no siempre irá empatada con la realidad registral de la

persona menor concebida por una técnica de reproducción asistida.

No se pudo evidenciar en la investigación que existan familias o filiaciones pluriparentales, donde se permita que el menor obtenga tanto la filiación de los padres que se someten a la TRHA como de los donantes. Incluso hay casos en los que no se sabe quién es el donante y sus datos son protegidos, aunque existen algunas variaciones, ya que hay países con excepciones que regulan los TRHA y sus bancos de donantes.

2. Recomendaciones

Con base en lo expuesto en las conclusiones, al menos en Costa Rica, se deben tratar de aplicar las herramientas con las que se cuenta a nivel internacional, en los casos concretos en los que se presente la problemática de la subrogación de vientre, del emplazamiento de filiación de los nacidos y de la protección de los derechos involucrados en la técnica, así como de la voluntad procreacional.

CAPÍTULO VI: PROPUESTA

Realizar una modificación o ampliación al Decreto Ejecutivo N°39210-MP-S de la FIV, de manera que no se vean violentados los derechos humanos y se valore como una posibilidad de cumplir el sueño de ser padre o madre, pues la mayor polémica de este tema se presenta ante la posibilidad de ver al ser humano como una mercancía, sin tomar en cuenta su dignidad.

En Costa Rica se puede proponer la fertilización a través del sistema altruista, cuyo procedimiento permita delimitar un marco de acción general que evite el pago por el alquiler de vientre y se vea protegida la salud e integridad de la madre gestante. En las cláusulas del contrato se indicaría que, ante un peligro en la salud de la embarazada, pueda suspenderse el procedimiento, lo mismo que en el caso de comprobarse alguna malformación o enfermedad genética del embrión, dentro del tiempo establecido o recomendado por los médicos para poder realizar la suspensión del embarazo.

Una opción es que la CCSS asuma los costos, como parte del proceso de FIV, asegurándose de que el procedimiento no sea un negocio; para eso requeriría disponer de una lista de personas que cumplan con los requisitos para realizarse el procedimiento. Otra opción es la posibilidad de realizarlo a través de una venta de servicios que podría realizar la CCSS, asegurándose de que se cumpla también con todos los criterios técnicos y reglamentos necesarios para garantizar que se aplicará de la mejor manera. Por último, otra opción es que se realice en clínicas privadas donde el Ministerio de Salud y la CCSS velen por el adecuado procedimiento.

Bibliografía

¿Qué es la maternidad subrogada?, Agencia Española De Gestión Subrogada, recuperado de:
Amador, M. (2 de noviembre de 2010). Biopolítica y biotecnología: reflexiones sobre maternidad subrogada en India. Nehru, India. Obtenido de https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/revista_cs/article/view/466/1370
Clinique Rotundá. (s.f.). *Surrogacy is legal in India*. Obtenido de <http://www.iwannagetpregnant.com/legislation/>

Código Civil de Costa Rica

Código Civil de España, recuperado de: <http://www.boe.es/>
Código Civil de la República Argentina. Tomado de:

Código de familia de Costa Rica

Código de la Niñez y la Adolescencia

Constitución Política de Colombia. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) Biblioteca Enrique Low Murtra. 2010. Tomado de:

Constitución Política de Costa Rica

Convención Americana sobre los Derechos Humanos

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)

Convención sobre los Derechos del Niño

Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996

Declaración Universal de Derechos Humanos

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

GA, A. (2 de diciembre de 2013). *United Explanations*. Obtenido de <http://www.unitedexplanations.org/2013/12/02/vientres-de-alquiler-en-la-india/>

Gestación subrogada en Rusia, Babygest, Tomado de:

Gestación subrogada. Wikipedia, tomado de:

<http://aeges.es/maternidad-subrogada/>

<http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SPI-ISS-28-10.pdf>

<http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>

https://es.wikipedia.org/wiki/Gestaci%C3%B3n_subrogada

<https://vittoriavita.com/spa/maternidad-subrogada-argentina/>

<https://www.babygest.es/rusia/>

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10228/1547471/CONSTITUCION-Interiores.pdf/8b580886-d987-4668-a7a8-53f026f0f3a2>

ICMR. (2005). *National Guidelines for Accreditation, Supervision and Regulation of ART Clinics in India*. New Delhi, India. Obtenido de

http://icmr.nic.in/art/Prilim_Pages.pdf

J. Sánchez Abad, N. López Moratalla, *Carencias de la comunicación*

biológica en las técnicas de reproducción asistida, Cuad Bioét XX, 3 (2009), pp. 339-355

López Moratalla, Natalia-Iraburu Elizalde, María J.: *"Los quince primeros días de una vida humana. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. España. Segunda Edición 2006. p p19*

López Moratalla, Natalia-Iraburu Elizalde, María J.: *"Los quince primeros días de una vida humana. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. España. Segunda Edición 2006.pp. 17-18*

Maternidad subrogada en Argentina, Vittoria vita, Tomado de:

Maternidad subrogada estudio teórico conceptual y de derecho comparado, Mtra. Claudia Gamboa Montejano *Investigadora Parlamentaria Octubre, 2010. Recuperado de:*

Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores Dr. Javier Martín Camacho -2009. Recuperado de:

Ministerio del Interior, India. (17 de diciembre de 2012). Regarding Surrogacy issues involving Foreigners. Mumbai, India. Obtenido de

<http://www.iwannagetpregnant.com/wpcontent/uploads/Surrogacy-Issues-Involving-Foreigners.pdf>

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Passo, Elena: *El Embrión Humano: Un fin en sí mismo*. Editorial Dunken. 2010. pág.31

Rodrigo, A. (29 de octubre de 2015). *Babygest*. Obtenido de <http://www.babygest.es/india/>

RT en español. (19 de febrero de 2015). Youtube. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=matC1ISVnno>

Sistema costarricense de información jurídica. Decreto Ejecutivo N°39210-MP-S Autorización para la realización de la técnica de reproducción asistida de Fecundación In Vitro y transferencia embrionaria. Tomado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=80115

Wallis, L. (7 de octubre de 2013). *La multimillonaria y polémica "fábrica de bebés" en India*. BBC MUNDO. Obtenido de

http://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/10/130726_sociedad_india_fabrica_bebes_jp

www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf

Anexos

Jurisprudencia argentina

Precedente dictado por un **Juzgado Contencioso Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el año 2012.**

El asunto se refería a una pareja de dos hombres, que convivían desde el año 2000, quienes posteriormente contrajeron matrimonio; quienes tomaron la decisión de ser padres, por lo que acudieron a la gestación por sustitución en la India. Posteriormente después de nacer su hijo, en junio del año 2011, intentaron inscribir la partida de nacimiento del niño en su país de origen, sin embargo, el jefe de la Sección Consular de la Embajada Argentina en India, le comunicó al matrimonio que no era posible inscribir al niño, si en la partida de nacimiento no figuraba el nombre de la madre, ya que ello no se ajustaba a la normativa nacional argentina, donde en la inscripción debía ir implícito el nombre y apellido de ambos padres (madre y padre), salvo el caso que se trate de un hijo extramatrimonial. En razón de lo anterior, el matrimonio presentó un recurso de amparo en diciembre de 2011, para que el Ministerio de Relaciones Exteriores otorgara la documentación necesaria para el reconocimiento de la paternidad legal o copaternidad por parte del matrimonio. En marzo de 2012 el recurso fue acogido, autorizándose al Registro Civil a proceder a inscribir el nacimiento del niño, a favor de los integrantes del matrimonio; fundamentando el fallo en el derecho a la no discriminación por razón de la orientación sexual, el derecho a la identidad, la protección de las relaciones familiares y el principio rector en todo asunto que involucre a personas menores de edad, y el interés superior del niño.

1. En junio de 2013, el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil número 86, en un caso doméstico, ordenó la inscripción del nacimiento de una niña como hija de los actores, los cuales, ante la imposibilidad biológica de concebir, recurrieron a la gestación por sustitución. Dicha pareja había contraído matrimonio en el año 2006, y desde entonces intentaron concebir un hijo; donde la esposa

quedó embarazada en dos ocasiones, no pudiendo llegar a término ninguno de ellos; siendo el último en el año 2010, donde al perder al bebé en un estado avanzado, tuvieron que practicarle una intervención de alto riesgo y complejidad, donde inclusive tuvieron que extirparle el útero; tornándose nulas desde entonces, las posibilidades de un embarazo. En razón de lo anterior, al matrimonio la única alternativa que se presentaba era la de acudir a la técnica de fertilización in vitro con subrogación uterina; por lo que la pareja comenzó las averiguaciones para evaluar la posibilidad de acceder a la maternidad a través de la subrogación de vientre en el extranjero, aunque desecharon dicha opción por los altos costos de la técnica. Posteriormente conocieron a una amiga, quien era madre de dos niños, que se ofreció a gestar el hijo que la pareja deseaba.

2. El Tribunal ante el vacío normativo, indicó que dentro de las técnicas de reproducción humana asistida se encuentra la inseminación artificial, que puede realizarse con material genético de la pareja que se somete a los métodos, siendo este el supuesto que se presentaba en la presente acción; pero con la particularidad que aquí el material genético fue implantado en el vientre de otra mujer distinta, a la que en este caso reclama la maternidad, ya que se utilizó la técnica de gestación por sustitución. En este caso, el elemento determinante de la filiación sería la denominada “voluntad procreacional”, sea esta, la intención de querer engendrar un hijo con material biológico propio, pero acudiendo a la portación del embrión en el vientre de un tercero para la gestación y alumbramiento posterior. Siendo que de la interpretación del texto del artículo 242 del Código Civil Argentino, es madre la mujer que ha dado a luz al niño, aunque se hubiera empleado el óvulo de otra mujer, para realizar la fecundación deseada. Sin embargo, se determinó que el elemento más relevante en la determinación de la filiación de los niños o niñas nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida, es la **voluntad procreacional**, de quienes participaron en el proceso para que la criatura naciera. En razón de lo anterior, el tribunal dispuso que resultaba procedente acceder a la demanda interpuesta, en tanto se valoró fundamentalmente que la fuente para llevar a cabo la técnica de gestación subrogada derivó de la voluntad del matrimonio de convertirse en padres de la niña, y la correspondencia biológica de la criatura, de

acuerdo a la prueba de ADN, en donde se recoge el principio de la realidad biológica, que establece la legislación argentina. Indicando al final la jueza, que correspondía a los accionantes, el hacer de conocimiento de la niña, su realidad gestacional.

3. Ciudad de Mendoza, Argentina. Se dictó sentencia sobre gestación por sustitución; en el Primer Juzgado de Familia de la ciudad de Mendoza, en fecha 29 de julio de 2015; logrando un debate positivo y dando apertura para futuros padres y madres que requieren de este tratamiento de reproducción. En dicha sentencia se ordenó inscribir a un bebé concebido y gestado mediante maternidad subrogada a nombre de sus padres procreacionales. El proceso que se interpuso fue una acción declarativa de filiación como medida autosatisfactiva, a fin de que se reconociera la verdadera filiación materna y paterna de un niño recién nacido, mediante la técnica de la reproducción asistida, con sus padres genéticos. Solicitando se ordenara la emisión de la partida de nacimiento del niño, como hijo de la pareja accionante (padres genéticos), y que se disponga el ejercicio de la patria potestad sobre el menor, desde la fecha de la concepción.

4. Aquí una mujer mayor de edad, madre de dos hijos propios, por motivos personales se interesó en ayudar a procrear a una pareja que no pudiera tener hijos. Que investigando en internet y consultando a distintos profesionales, conoció a la pareja matrimonial accionante en el presente caso, la cual residía en Buenos Aires, y no podía gestar hijos; ya que la esposa había sufrido una histerectomía subtotal de útero, por lo que no le era posible gestar hijos; pero continuó conservando sus óvulos. La mujer conmovida por ese caso, decidió ayudar a la pareja a gestar un bebé, de forma altruista y gratuita.

5. Todas las partes se sometieron a numerosos estudios médicos y la mujer sustituta se sometió a estudios psicológicos, para determinar si era apta para someterse al proceso. Además, todas las partes suscribieron un acuerdo, estableciendo obligaciones mutuas como el pago de gastos médicos, viáticos, ropa y medicación. Detallando que el procedimiento al que se someterían sería

fecundación in vitro con material genético de ambos esposos. Naciendo el niño el 9 de enero de 2015, estando al tanto de la situación; extendiendo el médico el certificado de nacimiento vivo del niño, y a nombre de quien lo dio a luz. El 14 de enero de 2015 la madre sustituta se presentó a solicitar el reconocimiento de filiación del recién nacido, en la justicia de Familia. Interviniendo los padres procreacionales solicitando se practicara la prueba de ADN al niño y a las partes involucradas. Solicitando que, como medida de no innovar, se ordenara al Registro de Estado Civil, la no inscripción de oficio del menor, hasta tanto fueran resueltas las presentes diligencias.

6. El Ministerio Pupilar asumió la representación del menor, en razón de que el niño continuaba indocumentado, sin representantes legales y con una identidad incierta. Planteando la nulidad del contrato firmado por las partes; y que se rechazara la medida de no emplazar la filiación del menor, y se emitiera la partida de nacimiento del niño. Nulidad que fue rechazada.

7. En el considerando se indicó que en el actual Código Civil y Comercial la figura de maternidad por sustitución no está legislada. Requiriendo los peticionantes de una respuesta jurisdiccional que se adecue a su realidad familiar y la del recién nacido.

8. En cuanto a la medida Autosatisfactiva, estas intentan llenar el vacío de la ausencia de solución en aquellos casos en que los justiciables necesitan de una tutela actual, ante la característica del conflicto requiriendo de una solución urgente, a fin de no sufrir un perjuicio irreparable.

9. Analizándose posteriormente el pedido del Ministerio Público Pupilar, de anular el contrato entre las partes. Donde se hace la distinción entre la maternidad subrogada tradicional de la gestacional; donde en el primer caso se pacta la entrega de un hijo propio, lo cual conllevaría un objeto ilícito, dado que solo se puede entregar el hijo propio mediante el trámite de adopción. En el caso de la maternidad subrogada gestacional, la mujer gestante no pacta la entrega de un hijo propio, dado que el niño no guarda ningún vínculo biológico con ella, no es su hijo, ni desde

el punto de vista biológico, ni desde el punto de vista de voluntad procreacional, dado que ha manifestado su libre consentimiento al respecto, retribuyéndose el servicio de gestación; sin embargo, en este caso se inclina a la indemnización por los gastos producidos por la gestación y el alumbramiento. Entendiéndose que se debe garantizar a todas las personas que así lo necesiten el poder utilizar dicha técnica; que incluso las legislaciones modernas incluso prevén que el certificado de nacimiento del niño sea emitido directamente a nombre de los comitentes mencionados en el contrato, sin necesidad de un trámite posterior.

10. Indicándose que hace muchos años que nacen en el extranjero niños que son hijos de padres argentinos, bajo la utilización de métodos científicos y legales; resultando que no existe ningún inconveniente, para inscribir un hijo nacido en el extranjero como propio en Argentina, aún concebido a través de un procedimiento de maternidad subrogada en el exterior; ya que la paternidad surge de la partida de nacimiento que lo acredita, y que el derecho argentino reputa como válida, sin necesidad de prueba corroborante del derecho extranjero. Indicándose que en la maternidad por sustitución, existe un acto de disposición del propio cuerpo, ya que la madre sustituta presta su útero para que se le implante un embrión; no pudiéndose considerar dicho acto, como un contrato, ya que el cuerpo humano está fuera del comercio; y el acto extra patrimonial de dación del útero, debe encuadrarse dentro de los actos de disposición del propio cuerpo, en los cuales el consentimiento del sujeto priva de ilicitud al acto, siempre y cuando con ello no se vulnere la ley o la moral. Analizándose el contrato de maternidad subrogada por las partes en el presente caso, donde ha quedado clara la voluntad procreacional del matrimonio y que la mujer gestante ofreció su capacidad gestacional, disponiendo de una parte de su cuerpo, pero por un tiempo determinado, poniéndolo al servicio de la gestación de un ser humano; todo lo anterior no contraría la moral, ni podría ser considerada una actividad prohibida por la ley. Por lo que, en razón de ello, no corresponde disponer la nulidad del convenio; además de que las razones para solicitar tal nulidad son vagas, imprecisas e insuficientes para declarar la nulidad absoluta del contrato, por lo anterior no fue atendido dicho pedido. Realizando un análisis doctrinal sobre el tema.

11. Señalándose que el elemento relevante en la determinación de la filiación de los niños o niñas nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida, es la **voluntad de quienes participaron en el proceso del nacimiento del nuevo ser.**

12. Regular la gestación por sustitución es la mejor solución para satisfacer el interés superior del niño, porque desde que este nace, encuentra una familia que lo quiere; y además el niño no hubiera existido de no haber mediado un acuerdo. Por lo que es necesario un marco jurídico que le dé al niño, protección, le brinde seguridad jurídica y le garantice una filiación en concordancia con la realidad volitiva. Es por ello que una buena regulación, podría ser el instrumento eficiente para impedir la formación de un verdadero “mercado negro de vientres”. Pudiéndose utilizar a la mujer como un objeto, por aquellas personas que desean tener un hijo a cualquier costa. En otras palabras, la falta de regulación o la prohibición leal provocan que la técnica se realice al margen de la ley, lo que incrementaría los posibles abusos e injusticias. En muchos países del mundo la práctica de la maternidad subrogada, es legal, por lo que las personas que cuentan con recursos económicos viajan a dichos países, y se someten a la técnica fuera de las fronteras nacionales; dándose lugar a lo que se denomina “turismo reproductivo”, lo que ha provocado el interés y la preocupación por parte de organismos internacionales; siendo que la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, está preparando un convenio específico para regular los acuerdos internacionales de gestación por sustitución. Realizando nuevamente un análisis doctrinal, esta vez del interés superior del menor; para concluir con la resolución final, no haciendo lugar a la nulidad del convenio; determinando que la filiación materna y paterna del niño corresponde al matrimonio que tuvo la voluntad de gestar lo necesario para su nacimiento. Ordenándose la inscripción del nacimiento del niño en el Registro del Estado Civil de las Personas, y que se realice la correspondiente acta de nacimiento, debiendo los progenitores, a partir del momento en su hijo adquiera edad y madurez suficientes para entender, la obligación de informarle respecto de su origen gestacional.

Entrevista # 1



Trabajo final de investigación para optar por el grado de maestría en Derecho de Familia de la Universidad Latina de Costa Rica.

Alumna: Jeimy Adriana Bermúdez Rodríguez

Tema: Maternidad subrogada o vientres de alquiler, su aplicación en la normativa costarricense y legislaciones internacionales.

Entrevista

- **Nombre:** Carlos Francisco González Suárez
- **Cédula:** 2-0355-0286
- **Ocupación y lugar de trabajo:** Psicólogo, Municipalidad de San Carlos
- **Tiempo de laborar:** Un año y tres meses

El contrato de maternidad subrogada puede presentar problemas cuando se genere un incumplimiento de las obligaciones pactadas, por diferentes circunstancias, ya sean provocadas directamente por las partes o por situaciones externas a su voluntad.

¿Cuál es su criterio al respecto?

- a) Que la mujer gestante desee quedarse con el niño.
Es una posibilidad latente ya que el proceso de embarazo desarrolla el apego materno.
- b) Que antes del nacimiento se detecte en el niño alguna anomalía y se solicite el aborto terapéutico, a lo que la madre gestante se niegue.

Tendría que ser aprobado en Costa Rica tanto el vientre de alquiler como el aborto, y prevalece el derecho a la vida.

c) Que ni la mujer gestante ni quien solicitó el inicio del proceso quieran quedarse con el niño.

Según los acuerdos del contrato eso tendría que estar estipulado de antemano, además, la gestante solamente está prestando un servicio.

d) Que la madre contraiga una enfermedad grave como consecuencia del parto. *Esto sería responsabilidad de los contratantes, quienes deben asumir los gastos de los tratamientos.*

e) Que la gestante ceda al niño y esto le produzca daños psicológicos importantes.

El niño debe ser tratado desde el nacimiento y debe recibir terapia para que no impacte su gestación, sin embargo, si es por fertilización sus orígenes no impactarían de forma tan negativa su desarrollo psicosocial.

f) Que el hijo reivindique su origen genético y obstétrico.

Sería un riesgo que los progenitores deben considerar.

g) Que, en caso de contraer una enfermedad por efectos del embarazo, que ponga en peligro su vida, la madre gestante pida unilateralmente un aborto, sin consultar previamente a la pareja contratante.

No se permite el aborto por ningún motivo, además deben existir reglamentaciones en el contrato.

h) Que la pareja solicitante se divorcie o muera durante el período de embarazo. *Reglas establecidas en el contrato, si algún familiar sería el responsable, pero no se está contemplando que podría ser utilizado el contrato por una sola persona, un varón o mujer.*

i) Que la mujer portadora se case o establezca convivencia con una pareja estable, y no desee entregar al niño o la niña.

Un contrato de este calibre tiene que tener respaldo jurídico, hay que revisar qué expresa la jurisprudencia en los países donde este tipo de contrato es permitido.

j) Que se haya contratado el nacimiento de un niño o niña y nazcan dos.

En este caso, la responsabilidad sería de los contratantes, ya que la gestante solo presta el servicio.

k) ¿Está usted de acuerdo con que en Costa Rica se aplique la maternidad subrogada?

SÍ NO Explique. *Es un derecho que un ser humano tiene a ser padre y si tiene la posibilidad por qué negársela.*

L) ¿Aplicándose la maternidad subrogada en Costa Rica, cree usted que se debe dar a través del seguro médico CCSS?

SÍ NO Explique. *Los progenitores deben correr con las costas.*

Entrevista # 2



Trabajo final de investigación para optar por el grado de maestría en Derecho de Familia de la Universidad Latina de Costa Rica.

Alumna: Jeimy Adriana Bermúdez Rodríguez

Tema: Maternidad subrogada o vientres de alquiler, su aplicación en la normativa costarricense y legislaciones internacionales.

Entrevista

- **Nombre:** Jorge Zepeda Zaragoza
- **Cédula:** 804046
- **Ocupación y lugar de trabajo:** Médico Gineco-obstetra, consulta privada
- **Tiempo de laborar:** 35 años

El contrato de maternidad subrogada puede presentar problemas cuando se genere un incumplimiento de las obligaciones pactadas, por diferentes circunstancias, ya sean provocadas directamente por las partes o por situaciones externas a su voluntad.

¿Cuál es su criterio al respecto?

- a) Que la mujer gestante desee quedarse con el niño.
La madre gestacional no puede quedarse con el producto porque violaría las especificaciones presentadas y firmadas previamente antes de la fecundación in vitro.
- b) Que antes del nacimiento se detecte en el niño alguna anomalía y se solicite el aborto terapéutico, a lo que la madre gestante se niegue.
Aunque la madre gestante se niegue, si el producto de la concepción tiene una malformación mayor incompatible con la vida, deberá extraerse antes de las 12 semanas. (Anensefalia, encefalocele, trisomía 13,18, etc.). Si la anomalía no es mayor y compatible con la vida, el proceso deberá llevarse hasta el término.
- c) Que ni la mujer gestante ni quien solicitó el inicio del proceso quieran quedarse con el niño.
Si existe un contrato firmado previo a la fecundación, las partes solicitantes deberán cumplir con las cláusulas establecidas en el mismo.
- d) Que la madre contraiga una enfermedad grave como consecuencia del parto.

- Se deberá interrumpir el embarazo si este pone en riesgo la vida de la madre gestante.*
- e) Que la gestante ceda al niño y esto le produzca daños psicológicos importantes.
Previo a la fecundación se debió haber iniciado un proceso de preparación psicológica para todas las partes involucradas en el procedimiento.
- f) Que el hijo reivindique su origen genético y obstétrico.
Hasta el cumplimiento de la mayoría de edad el hijo podrá elegir quedarse con los padres biológicos o la madre gestante.
- g) Que, en caso de contraer una enfermedad por efectos del embarazo, que ponga en peligro su vida, la madre gestante pida unilateralmente un aborto, sin consultar previamente a la pareja contratante.
La madre gestante no deberá tomar decisiones sobre la terminación de la gestión sin previo consentimiento de las partes involucradas.
- h) Que la pareja solicitante se divorcie o muera durante el período de embarazo.
Si existe un divorcio se deberá hacer un estudio socioeconómico y psicológico, para determinar cuál de las partes deberá tener la custodia del niño. En caso del fallecimiento de la pareja contratante, podrá la madre gestante solicitar la custodia del producto, en caso de que esta se niegue, los familiares directos podrán solicitar la custodia. En su defecto el gobierno, a través de las instituciones de cuidado infantil, deberá ingresarlo a las listas de candidatos para adopción.
- i) Que la mujer portadora se case o establezca convivencia con una pareja estable y no desee entregar al niño o niña.
Sin importar el estado civil y el status social o económico de la madre gestante, el producto deberá entregarse a los padres biológicos, previamente establecido en el contrato.
- j) Que se haya contratado el nacimiento de un niño o niña y nazcan dos.
En caso de que el embarazo sea múltiple, se deberá entregar el producto de la concepción a la pareja contratante.
- k) Está usted de acuerdo con que en Costa Rica se aplique la maternidad subrogada.
Sí NO Explique. *Porque permitiría a las mujeres que padezcan infertilidad o esterilidad la oportunidad de tener un hijo, siempre y cuando sea altruista.*
- L) Aplicándose la Maternidad Subrogada en Costa Rica, cree usted que se debe dar a través del seguro médico CCSS.
Sí NO Explique. *Porque la CCSS tiene prioridades de salud en la población derechohabiente a las cuales deberán destinarse la atención médica y económica.*

Dr. Jorge Zepeda Zaragoza

Médico Gineco-Obstetra

México, Ciudad de México

Entrevista # 3



Trabajo final de investigación para optar por el grado de maestría en Derecho de Familia de la Universidad Latina de Costa Rica.

Alumna: Jeimy Adriana Bermúdez Rodríguez

Tema: Maternidad subrogada o vientres de alquiler, su aplicación en la normativa costarricense y legislaciones internacionales.

Entrevista

- **Nombre:** Marcela Delgado Solera
- **Cédula:** 205370783
- **Ocupación y lugar de trabajo:** Periodista
- **Tiempo de laborar:** 21 años

El contrato de maternidad subrogada puede presentar problemas cuando se genere un incumplimiento de las obligaciones pactadas, por diferentes circunstancias, ya sean provocadas directamente por las partes o por situaciones externas a su voluntad.

¿**Cuál es su criterio al respecto?**

- a) Que la mujer gestante desee quedarse con el niño.
Previo, debería haber pruebas psicológicas que determinen que el vínculo madre-gestante, no debería afectar el resultado final del proceso.
- b) Que antes del nacimiento se detecte en el niño alguna anomalía y se solicite el aborto terapéutico, a lo que la madre gestante se niegue.
Derecho adquirido de la madre subrogada, de la gestante.
- c) Que ni la mujer gestante ni quien solicitó el inicio del proceso quieran quedarse con el niño.
Debe haber un contrato previo, firmado y con responsabilidades adquiridas por la madre subrogada.
- d) Que la madre contraiga una enfermedad grave como consecuencia del parto.
La entidad que realizó el procedimiento debe asumir consecuencias y la atención médica.
- e) Que la gestante ceda al niño y esto le produzca daños psicológicos importantes.

Vuelvo al punto, a que pruebas psicológicas determinen si es apta o no.

- f) Que el hijo reivindique su origen genético y obstétrico.

Que validen sus derechos.

- g) Que, en caso de contraer una enfermedad por efectos del embarazo, que ponga en peligro su vida, la madre gestante pida unilateralmente un aborto, sin consultar previamente a la pareja contratante.

En todo momento la madre subrogada debe tener acceso y derechos en el proceso. Así como intervención en el proceso de toma de decisiones.

- h) Que la pareja solicitante se divorcie o muera durante el período de embarazo.

Previo, establecer o determinar la patria potestad del menor.

- i) Que la mujer portadora se case o establezca convivencia con una pareja estable y no desee entregar al niño o niña.

Los padres contratantes deberían asumir la responsabilidad de la mujer gestante en todo momento. Incluso dentro de su hogar. Así mantendría control de situaciones como esta. Además, legalmente establecer prohibiciones hasta el nacimiento.

- j) Que se haya contratado el nacimiento de un niño o niña y nazcan dos.

No debería generar ningún inconveniente.

- k) Está usted de acuerdo que en Costa Rica se aplique la maternidad subrogada

SÍ NO Explique

Se convierte en una opción más para familias imposibilitadas, pero debe regularse, únicamente a familias y con pruebas psicológicas y demás para que el proceso no afecte ninguna de las partes.

L) Aplicándose la Maternidad Subrogada en Costa Rica, cree usted que se debe dar a través del seguro médico CCSS.

SÍ NO Explique

1. *La institución no tiene la capacidad ni médica ni económica para hacerlo.*
2. *El proceso legal es más fuerte que el médico, en estos casos.*
3. *Se trata de un interés privado, por encima de lo público.*

Entrevista # 4



Trabajo final de investigación para optar por el grado de maestría en Derecho de Familia de la Universidad Latina de Costa Rica.

Alumna: Jeimy Adriana Bermúdez Rodríguez

Tema: Maternidad subrogada o vientres de alquiler, su aplicación en la normativa costarricense y legislaciones internacionales.

Entrevista

- **Nombre:** Max Fernández López
- **Cédula:** 107540721
- **Ocupación y lugar de trabajo:** Equilibrium Abogados
- **Tiempo de laborar:** 16 años

El contrato de maternidad subrogada puede presentar problemas cuando se genere un incumplimiento de las obligaciones pactadas, por diferentes circunstancias, ya sean provocadas directamente por las partes o por situaciones externas a su voluntad.

¿Cuál es su criterio al respecto?

Pienso que maternidad subrogada violenta la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto San José, suscrito por Costa Rica, porque básicamente se trata a los seres humanos como una mercancía sin tomar su dignidad.

Un ejemplo claro del trato comercial que plantea con la maternidad subrogada, son las interrogantes y los posibles conflictos que se plantean.

Por otro lado, el tema es interesante porque plantea otras interrogantes, como por ejemplo si es posible, a la luz de los Derechos Humanos, hacer contratos mercantiles donde hay humanos de por medio y, por ende, todas las partes involucradas. Sea al neonato, al padre y a la madre, les asisten derechos irrenunciables como la identidad, el nombre, patria potestad, herencia, pensión alimentaria entre muchos otros.

- a) Que la mujer gestante desee quedarse con el niño.

Me parece que es un derecho irrenunciable de ella, que no se puede regular por un contrato.

- b) Que antes del nacimiento se detecte en el niño alguna anomalía y se solicite el aborto terapéutico, a lo que la madre gestante se niegue.

Me parece que es un derecho irrenunciable de ella, que no se puede regular por un contrato.

c) Que ni la mujer gestante ni quien solicitó el inicio del proceso quieran quedarse con el niño.

Para eso está el instituto de la adopción.

Por otro lado, esta pregunta es interesante porque evidencia la fragilidad de los contratos donde hay incumplimiento y responsabilidad. Entonces, con derechos irrenunciables como los supra indicados y donde hay seres humanos involucrados, cómo se va a manejar el tema.

d) Que la madre contraiga una enfermedad grave, como consecuencia del parto.

A mi juicio eso es irrelevante para el tema de fondo, pero sí desde el punto de vista contractual, porque el padre contratante se puede retractar o incluir una cláusula en ese sentido, tratando al ser humano como una mercancía.

En este sentido es importante tomar en cuenta la bioética y los llamados consejos genéticos que han sido cuestionados y prohibidos en ciertos países del mundo.

e) Que la gestante ceda al niño y esto le produzca daños psicológicos importantes.

Igual que la pregunta anterior, el hecho de tratar a los humanos como mercancías es nefasto que se pueda regular con figuras como la cesión.

Pero evidentemente el ceder a un niño debe causar algún tipo de trauma para ambos.

f) Que el hijo reivindique su origen genético y obstétrico.

Es un derecho irrenunciable según nuestra legislación.

g) Que, en caso de contraer una enfermedad por efectos del embarazo, que ponga en peligro su vida, la madre gestante pida unilateralmente un aborto, sin consultar previamente a la pareja contratante.

Interesante, porque combina dos figuras como el aborto que es prohibido en Costa Rica, y opera como una suerte de praxis médica ante el peligro inminente de que corre riesgo la vida de la madre. Igualmente sería contra legem regular contractualmente el aborto en cualquiera de sus modos.

h) Que la pareja solicitante se divorcie o muera durante el período de embarazo.

Ahí habría que determinar quién tendría la custodia del menor, pero inicialmente sería para la madre que por ley es la progenitora.

i) Que la mujer portadora se case o establezca convivencia con una pareja estable, y no desee entregar al niño o niña.

Volvemos a los derechos indisponibles que no se pueden regular contractualmente.

j) Que se haya contratado el nacimiento de un niño o niña y nazcan dos.

Muy interesante porque habría que haberse establecido en el famoso contrato, no obstante, seguimos ante un dilema bioético y derechos humanos de trato de las personas como mercancías.

k) Está usted de acuerdo que en Costa Rica se aplique la maternidad subrogada

SÍ_____ NO___x___ Explique.

Por todo lo que he indicado, sea por tratar a las personas como mercancías, es retroceder en el principio de progresividad de los Derechos Humanos. Además de que están reguladas otras figuras como la adopción e incluso la fecundación in vitro.

L) Aplicándose la Maternidad Subrogada en Costa Rica, cree usted que se debe dar a través del seguro médico CCSS.

SÍ_____ NO_____ Explique

Me parece que sería muy oneroso para la CCSS.

Entrevista # 5



Trabajo final de investigación para optar por el grado de maestría en Derecho de Familia de la Universidad Latina de Costa Rica.

Alumna: Jeimy Adriana Bermúdez Rodríguez

Tema: Maternidad subrogada o vientres de alquiler, su aplicación en la normativa costarricense y legislaciones internacionales.

Entrevista

- **Nombre:** Karla Leiva Canales
- **Cédula:** 1-1220-0256
- **Ocupación y lugar de trabajo:** Abogada, Poder Judicial
- **Tiempo de laborar:** 11 años como abogada

El contrato de maternidad subrogada puede presentar problemas cuando se genere un incumplimiento de las obligaciones pactadas, por diferentes circunstancias, ya sean provocadas directamente por las partes o por situaciones externas a su voluntad.

¿Cuál es su criterio al respecto?

- a) Que la mujer gestante desee quedarse con el niño.
- b) Que antes del nacimiento se detecte en el niño alguna anomalía y se solicite el aborto terapéutico, a lo que la madre gestante se niegue.
- c) Que ni la mujer gestante ni quien solicitó el inicio del proceso quieran quedarse con el niño.
- d) Que la madre contraiga una enfermedad grave, como consecuencia del parto.
- e) Que la gestante ceda al niño y esto le produzca daños psicológicos importantes.
- f) Que el hijo reivindique su origen genético y obstétrico.
- g) Que, en caso de contraer una enfermedad por efectos del embarazo, que ponga en peligro su vida, la madre gestante pida unilateralmente un aborto, sin consultar previamente a la pareja contratante.
- h) Que la pareja solicitante se divorcie o muera durante el período de embarazo.
- i) Que la mujer portadora se case o establezca convivencia con una pareja estable, y no desee entregar al niño o niña.

- j) Que se haya contratado el nacimiento de un niño o niña y nazcan dos.

R/ En lo personal considero que cada uno los anteriores escenarios son los que deben constar en el contrato como tal. El tema consensual es lo que prevalece en la maternidad subrogada, evidentemente en situaciones donde haya riesgo tanto para la gestante como para el niño por nacer, debe estar bien rescatado antes de realizar el contrato; deben haberse abarcado desde mucho antes, temas como el aborto terapéutico, ante cualquier enfermedad que se desarrolle durante el embarazo y que vaya a atentar, por ejemplo, con la vida de la madre y/o el niño. En fin, por temas de salud debe quedar bien claro y reitero que debe existir un consenso donde las partes sean conscientes de lo que implica una intervención como la del estudio. Las demás situaciones, de igual manera, deben ser analizadas por las partes interesadas, plantearse los pros y los contras sobre interrumpir un embarazo o si el niño llega a término y nace. De igual manera, establecer un tipo de plan B si acontece alguna de las opciones indicadas, debe haber algún tipo de indemnización en casos donde existe o se desarrolle una enfermedad grave, o problemas psicológicos en la gestante. Son situaciones que evidentemente deben analizarse de previo.

Ahora, escenarios donde no quieren quedarse con el niño, considero que deberían existir garantías a favor de la persona menor de edad, ya que, una vez que nace, no debe quedar en desamparo, solo por el hecho de que las personas que lo trajeron al mundo incumplan con lo pactado. Se deberían garantizar procesos de adopción según el caso concreto.

En fin, todos estos escenarios indicados son posibles y debe valorarse desde mucho antes, por lo que, a mi criterio, si pese a que haya quedado claro, hay algún incumplimiento, deben existir métodos o formas que garanticen que el contrato sea llevado a cabo,

- k) Está usted de acuerdo que en Costa Rica se aplique la Maternidad Subrogada

SÍ_____ NO_____ Explique. R/ Tengo mis reservas, no podría indicar sí o no, ya que es un tema tabú en Costa Rica, sin embargo, tengo conocimiento de que a nivel internacional se da, pero lo que siempre se espera es que exista una regulación adecuada, ya que existen personas que desvían el fin de ser padres, con obtener dinero a cambio de un embarazo, y desnaturalizan la figura. Hasta el momento la fertilización in vitro ha tenido sus cuestionamientos, ahora, con lo relativo a los vientres de alquiler, considero los tendría el doble, con una normativa que lo respalde, podría aplicarse en CR.

L) Aplicándose la Maternidad Subrogada en Costa Rica, cree usted que se debe dar a través del seguro médico CCSS.

SÍ_____ NO_____ Explique R/ Al igual que la pregunta anterior, no puedo indicar un sí o un no. Debe existir alguna regulación con respecto a los vientres de alquiler en CR. La inseminación y fertilización in vitro son procedimientos con alto valor económico, por lo que, en lo personal, considero que debe ser costado por los padres contratantes y lo que al periodo de embarazo, control y parto se refiere, si se quiere, podría ser factible atenderse a través de la CCSS.