



Centro de Documentación,  
Información y Análisis

SERVICIO DE INVESTIGACIÓN Y ANÁLISIS

Subdirección de Política Exterior

# Maternidad Subrogada.

**Lic. Alma Arámbula Reyes**  
Investigadora Parlamentaria

Lic. María Paz Richard Muñoz  
Asistente de Investigador

Cándida Bustos Cervantes  
Auxiliar de Investigador

Agosto, 2008.

---

Av. Congreso de la Unión, Núm. 66, Col. El Parque,  
Deleg. Venustiano Carranza; CP. 15969. México, DF,  
Teléfono: 5036-0000 ext. 67014;  
e-mail: [alma.arambula@congreso.gob.mx](mailto:alma.arambula@congreso.gob.mx)

# Maternidad Subrogada.

## Contenido

	Pag
Resumen Ejecutivo	2
Introducción y Cuadro comparativo de informes	3
1. Definiciones	10
1.1 Definición de maternidad y de la coexistencia de las maternidades	10
1.1.1. Noción fundamental de maternidad	10
1.1.2. Imputación de maternidad matrimonial y extramatrimonial	12
1.1.3. Maternidad voluntaria	12
1.1.4. Disociación de la maternidad	13
1.1.5. Teorías sobre el presupuesto determinante de la maternidad	13
1.1.6. Maternidad compartida y determinación de la maternidad legal	15
1.1.7. La regla " <i>mater semper certa est</i> ": significación actual	18
1.2. Paternidad y relación jurídica	19
1.3. Nuevas formas de los conceptos paternidad y maternidad	23
1.4. Definición de subrogación	32
1.4.1 Definiciones de maternidad subrogada	33
1.5. Causas que dan origen a la Maternidad Subrogada	41
1.6. Tipología de maternidad subrogada	43
1.7. Madres de alquiler	45
2. Familia como destinataria de las técnicas de reproducción asistida	47
2.1. Evolución de la familia	47
2.2. La delimitación de los destinatarios	49
2.2.1. Sobre la Mujer sola y parejas no convencionales	53
2.3. Concepto de familia y evolución social	54
2.3.1. Familia, parentesco y paternidad	54
3. Problemáticas jurídicas de las tecnologías reproductivas	57
3.1. Filiación	61
3.2. Procreación, ¿garantía individual?	64
3.3. Entre lo público y lo privado	66
3.4. Mercantilización	67
3.5. El saber del médico como saber político y control social en la reproducción asistida	68
3.6. Donación de semen, óvulos y embriones	71
3.6.1. La donación de semen	72
3.6.1.1. Licitud en caso de donación de semen	72
3.6.1.2. La filiación en caso de donación de semen	75
3.6.1.3. El anonimato del donador y el derecho a conocer los propios orígenes	76
3.6.2. La donación de óvulos	81
3.6.3. La donación de embriones	86

4.	Derechos involucrados: a procrear; a la privacidad; a la maternidad, paternidad y reproducción	88
4.1.	Contenidos y aspectos de la libertad de procrear	89
4.2.	Fundamentos de la libertad de procrear	91
4.2.1.	El <i>right to reproduce</i> en el Derecho norteamericano	91
4.2.2.	El derecho a procrear en el ordenamiento español	92
4.2.2.1.	Como derecho a la salud	93
4.2.2.2.	Como derecho a la libertad o autodeterminación personal	94
4.2.2.3.	Como derecho de fundar una familia	94
4.2.2.4.	Derecho a la protección de la salud de la familia	95
4.3.	Titulares de la libertad de procrear	96
4.4.	Límites a la libertad de procrear	98
5.	Consentimiento y responsabilidad jurídica, presupuestos de la procreación asistida	100
5.1.	Consentimiento y responsabilidad, un acercamiento conceptual	102
5.1.1.	Consentimiento	102
5.1.2.	La responsabilidad jurídica	102
5.1.2.1.	El consentimiento y la responsabilidad en los usuarios	104
5.1.2.2.	El consentimiento y la responsabilidad en los donadores de gametos	107
5.1.2.3.	El consentimiento y la responsabilidad del personal médico	107
5.1.2.4.	La responsabilidad del Estado	109
6.	Nasciturus y su situación jurídica	111
6.1.	Derecho Romano: Conceptos de persona y sujeto	111
6.2.	El comienzo de la existencia de la persona humana	112
6.3.	La situación jurídica del <i>nasciturus</i>	113
6.4.	La necesidad de señalar un status jurídico al concebido	114
6.5.	Superación de la teoría romana de la " <i>Pars viscerum matris</i> "	115
6.6.	En torno a la equiparación nasciturus- embrión	115
	Conclusiones	117

Bibliografía	118
--------------	-----

#### Anexos.

1. Iniciativa De los Senadores Fernando Castro Trenti, del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional y Ernesto Saro Boardman, del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional, la que contiene proyecto de decreto por el que se crea la Ley de Reproducción Humana Asistida y se reforman distintos artículos de la Ley General de Salud
2. Iniciativa que reforma y adiciona diversas disposiciones del Código Civil Federal, del Código Penal Federal y de la Ley General de Salud, relativos a Inseminación Artificial, Fecundación Extracorpórea, Fecundación Post Mortem, Maternidad Subrogada o Prestamo del Utero y Donación De Semen, a cargo del Diputado Hugo Rodríguez Díaz, del Grupo Parlamentario del PRI
3. Iniciativa que adiciona el capítulo Vi Bis ya Ley General de Salud, y Atención De La Pareja Infértil, A Cargo De La Diputada María Cristina Díaz Salazar, Del Grupo Parlamentario del PRI

4. Iniciativa que adiciona un capítulo Vii Bis, sobre las Técnicas De Reproducción Asistida, en el Título Tercero de la Ley General De Salud, a cargo del Diputado Jesús Martínez Álvarez, Del Grupo Parlamentario de Convergencia
5. Iniciativa que reforma el artículo 67 de la Ley General De Salud, para contemplar dentro de las Acciones De Planeación Familiar la prevención, diagnóstico y tratamiento de la Pareja Infértil, a cargo de la Diputada María Cristina Díaz Salazar, del Grupo Parlamentario Del PRI
6. Iniciativa que adiciona una fracción al artículo 3 y el Título Decimocuarto Bis, "Sobre Reproducción Asistida", a la Ley General De Salud, a cargo del Diputado Rafael García Tinajero Pérez, Del Grupo Parlamentario Del PRD
7. Iniciativa de Ley para regular la investigación y aplicación clínica de las denominadas Técnicas De Reproducción Asistida, presentada por el Diputado Francisco Salvador López Brito, del Grupo Parlamentario Del PAN
8. Proposición con Punto de Acuerdo, por el que se crea la Comisión Especial sobre No Discriminación, Nuevos Sujetos Y Nuevos Derechos, a cargo del Grupo Parlamentario Del Partido Alternativa

## Resumen Ejecutivo

Puede concluirse que a falta de legislación general que regule la práctica de la maternidad subrogada, que los conflictos han sido resueltos, caso por caso, mediante criterios que en ocasiones resultan contradictorios, y que por lo menos en los Estados Unidos, mediante el argumento de optar por los "mejores intereses" del niño así gestado, los casos se han resuelto en beneficio de la pareja con mayores posibilidades económicas y en su caso, de raza blanca.<sup>1</sup>

Las posibilidades ofrecidas por la aparición y el desarrollo de las técnicas de fecundación artificial, no sólo permiten separar la procreación de la unión sexual entre el varón y la mujer, sino también que ésta pueda realizarse sin la participación biológico-genética y/o sin el conocimiento del otro miembro de la pareja.<sup>2</sup>

Este hecho cobra particular relevancia, en el caso de la mujer, puesto que la realidad biológica de la maternidad y el recurso a las técnicas de procreación asistida, hacen posible que la mujer pueda planificar su propia procreación, sin los condicionamientos a los que la naturaleza somete el deseo de una paternidad individual. De igual manera, en el caso de que la mujer decidiera colaborar en la procreación de terceras personas, la ayuda que aquella puede brindar no se limita a la donación de su material biológico, sino que puede llegar a implicar la disposición de su integridad psico-física.<sup>3</sup>

Para abordar estas y otras problemáticas sociales, sociológicas, psicológicas, económicas y jurídicas, todas derivadas de la maternidad subrogada, se desarrollaron aspectos introductorios y 6 capítulos. También se incluyeron 9 instrumentos legislativos presentados en esta Cámara de Diputados y Senado, en el mismo número de Anexos.

Definir maternidad y paternidad como fenómenos complejos y dinámicos, así como sus diferentes abordajes y principios; nos ocupó en el Capítulo 1. Lo anterior para entrar de lleno a las causas que dan origen a la Maternidad Subrogada y su tipología.

La Familia en el segundo capítulo, como destinataria de las técnicas de reproducción asistida, su evolución, los destinatarios, el parentesco y paternidad.

Problemáticas jurídicas de las tecnologías reproductivas se abordan el tercer apartado, principalmente revisamos Filiación, Procreación y Mercantilización.

El saber del médico como saber político y control social en la reproducción asistida o lo relacionado a la Donación de semen, óvulos y embriones. Los Derechos involucrados: a procrear; a la privacidad; a la maternidad, paternidad y reproducción se abordan en el Capítulo 4. Al ser aspectos tan delicados en lo relacionado a los derechos de reproducción, analizamos también la importancia del Consentimiento y responsabilidad jurídica, Capítulo 5. Para finalizar, *el Nasciturus* y su situación jurídica.

---

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

<sup>2</sup> MORÁN DE VICENZI, Claudia. "El Concepto de filiación en la fecundación artificial", Universidad de Piura y Ara Editores, Colección Jurídica, Perú, 2005. ISBN 9972-626-59-8, pag 161

<sup>3</sup> MORÁN DE VICENZI, Claudia. "El Concepto de filiación en la fecundación artificial", *Op. cit*

## Introducción

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

Aunque la preocupación de sociólogos, filósofos, psicólogos, moralistas y juristas, además de los biólogos y médicos, ha existido desde el mismo inicio de los primeros descubrimientos, sin embargo, será a partir de los años setenta cuando principalmente se llevan a cabo los intentos más firmes de estudiar en profundidad el fenómeno de las técnicas destinadas a facilitar la procreación en todas sus vertientes, así como para establecer una reglamentación de conjunto que controle tanto su desarrollo como las consecuencias.<sup>4</sup>

Cuando en los distintos países se toma conciencia de que no sólo se trata de experimentos sino de una práctica que empieza a ser común y que no siempre encaja en el sistema jurídico vigente, los congresos se suceden,<sup>5</sup> las comisiones multidisciplinarias convocadas por los distintos gobiernos o parlamentos o por asociaciones jurídicas o científicas trabajan denodadamente en la tarea de encontrar la solución jurídica más adecuada e incluso se promulgan los primeros textos legales.

Los participantes se dan cuenta de lo delicado de encontrar una buena solución y también de la necesidad de que existan, porque las investigaciones y los tratamientos no se detienen, sino que prosiguen a gran ritmo. Incluso el Consejo de Europa piensa en la conveniencia de una armonización de las legislaciones.<sup>6</sup>

Sobre las referencias que los informes o propuestas que éstos nos traen en los temas que nos ocupan, se presentan los que se consideran más relevantes o representativos y figuran con las siguientes siglas:

I.W. (I): Informe Warnock. Reino Unido	C.E.: Proyecto de recomendaciones de 1984. Consejo de Europa.
I.I.A. (S): Informe Sueco de I.A.	I. (E): Informe español.
I.FIV (S): Informe Sueco de FIV.	I.B. (A): Informe Benda, Alemania.
I.ARN (S): Informe Sueco de ARN.	I. y P. (I): Visión general de Informe y propuestas italianas.
I. W. (A): Informe Waller, Australia.	Pp. (F): Propositiones francesas. <sup>7</sup>
I.S. (A): Informe South, Australia.	

<sup>4</sup> MORO ALMARAZ, María de Jesús. "Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación *In Vitro*", Colección, Librería Bosch, Barcelona, España, 1988. ISBN 84-7698-045-0, pag. 41

<sup>5</sup> Son representativos de los distintos tipos: El XXXV Convenio Nacional de Estudio de la Unión de Juristas Católicos Italianos, sobre *Manipolazioni generiche e diritto* (7-9 diciembre de 1984); Simposio Internacional sobre Avances en Reproducción Humana, celebrado en enero de 1985 en la Ciudad Sanitaria Enrique Sotomayor, en Cruces (Bilbao); *Génétique. procréation et Droit*. París, 19 y 20 de enero de 1985; XII *Congrés International de Droit Comparé*. Sydney-Melbourne 18-26 agosto. 1986 (Secc. II: Droit Civil: La filiation et la médecine moderne). *La filiation: ruptures et continuité, colloque IDEF*, 26-27 de junio de 1985; *Proaéation artificielle, génétique et Droit*. Institut Suisse de Droit Comparé, Lausanneo 29-30 septiembre de 1985; *La proaéation artificielle et le Droit. Table Ronde Internationale* organizada por el Institut de Recherches Juridiques Comparatives, Ivry, 7-9 noviembre de 1985; *Bioéthique et Droit*, Hasting Center de Siena. 22-28 de junio de 1986; *Les modes nouveaux de filiation*. II *Congrés International de l'Association Internationale de Psychiatrie de l'Enfant de l'Adolescent et des Professions Associées*, París, 22-24 julio 1986, *From man to gene and gene to man International Symposium*. Florencia. 1-4 noviembre 1986. etc. Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. "Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación *In Vitro*", Colección, Librería Bosch, Barcelona, España, 1988. ISBN 84-7698-045-0, pag 41

<sup>6</sup> *Ibidem*

<sup>7</sup> *Ibidem*

Por último, una de las manifestaciones esperadas en esta materia: la Instrucción de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, sobre «La vida humana naciente y la dignidad de la procreación» de 22-II-87, como respuesta a las múltiples peticiones que se han hecho en los últimos tiempos a la Iglesia católica para que se pronunciara sobre la valoración ética de los nuevos avances biológicos. El mencionado documento recuerda en la Introducción los principios fundamentales antropológicos y morales necesarios para una exacta valoración de los problemas y para la elaboración de la correspondiente respuesta.<sup>8</sup>

La primera parte trata el respeto debido al ser humano desde el primer momento de su existencia. La segunda, afronta las cuestiones morales planteadas por las intervenciones técnicas sobre la procreación humana. En la tercera se señalan algunas orientaciones acerca de la relación entre *ley moral* y *ley civil* a propósito de la consideración debida a embriones y fetos humanos en dependencia con la legitimidad de las técnicas de procreación artificial.

No se pretende decir en ella la última palabra sobre el tema; pero para la situación actual, después de detenidos estudios, no se considera moralmente aceptable ni la fecundación *in vitro*, ni la inseminación artificial «heteróloga», sólo la homóloga en supuestos muy limitados. Al mismo tiempo, se reafirma en una defensa a ultranza del embrión, en el que no se podrá experimentar; únicamente son lícitas las intervenciones que se hagan en beneficio directo de su salud e integridad. Finaliza con un llamamiento para que las leyes no aprueben técnicas que van contra la dignidad humana, expuesta desde este punto de vista.<sup>9</sup>

## B. Impacto de la Técnica y la Ciencia en el Derecho

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

Quiroz Cuarón:

"Las normas de los valores plasmados en las leyes son más estables que los progresos de la ciencia aplicada; esta progresa más de prisa, y periódicamente surgen las diferencias y el desconcierto por el progreso de la técnica. Las normas del derecho no pueden estar sometidas a cambio cotidiano y a la hipertrofia de los descubrimientos científicos, sino que estos deben probar su eficacia para que trasciendan al derecho. El derecho nace de las realidades humanas. Primero existen las realidades, y después se plasman en el derecho."<sup>11</sup>

<sup>8</sup> MORO ALMARAZ, María de Jesús. "Aspectos Civiles de la Inseminación ...", *Op. Cit.*, pag 48.

<sup>9</sup> *Idem*, pag 49.

<sup>10</sup> Rodríguez Manzanera, Luis. "Ingeniería genética, reproducción asistida y Criminología". *Criminalia 60 Aniversario*, Academia Mexicana de Ciencias Penales Año LX No. 4 México, D.F. Nov.-Dic., 1994, Porrúa, México, 1994, pag 69.

<sup>11</sup> Muncigo Aguado Angel Martín. *Biología Progreso y Ley*, En Ingeniería Genética y reproducción asistida.... Citado en Rodríguez Manzanera, Luis. "Ingeniería genética, reproducción asistida...", *Op. Cit.*, pag 71.

**Cuadro tematico comparativo entre los elementos que intervienen en la reproducción asistida y maternidad subrogada,  
de acuerdo a los principales informes o documentos internacionales**

	I.W. (I)	I.I.A. (S)	I.FIV (S)	I.ARN (5)	I. W. (A)	I.S. (A)	C.E.	I. (E)	I.B. (A)	I. y P. (I)	Pp. (F)	
Objetivo de la procreación asistida	SI	SI	SI		SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	Fines terapéuticos
	SI	SI	SI				SI	SI				Y si hay riesgo de transmitir enfermedades hereditarias o ligadas al sexo
Destinatarios	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	Matrim	Matrimonio/pareja estable
	NO	NO	NO					SI		SI <sup>(1)</sup>		Y mujer sola
Donante de gametos	SI	SI	SI		SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	Distintas condiciones: en general control de salud y gratuidad
Anonimato de donante y procedimiento	SI	E identidad						SI	E identidad			Se puede conocer características
	SI	NO (de donante)			SI	SI	SI	SI	No (de donante)	SI	SI	
Derechos y deberes inherentes a la paternidad	SI	SI	SI		SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	Corresponden al padre legal (si hay consentimiento) no al biológico
Técnicas a realizar en instituciones sanitarias autorizadas	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	
Insemin. Artificial con semen del Cónyuge	SI	SI	SI		SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	
I. Post mortem	NO	NO					NO	No se aconseja		SI(2660) <sup>(2)</sup> NO (i)	No	
							SI					Cuando se definan los derechos del hijo
Insemin. Artificial con semen de Donante	SI	SI	SI		SI	SI	SI	SI	SI <sup>(3)</sup>	SI <sup>(4)</sup>	SI	
Fecundación InVitro	SI		SI		SI	SI	SI	SI	SI	SI		
FIV con donación de gametos	SI				SI	SI	SI <sup>(5)</sup>	SI	SI	SI		
Transferencia de embriones sobrantes a otra mujer	SI		NO		SI	NO	NO <sup>(6)</sup>	SI <sup>(7)</sup>	SI	NO 2603 1304 SI (2a alt	SI	
Congelación de gametos	SI/retencias en óvulos	SI			SI/retencias en óvulos	SI	SI					
Congelación de embriones	SI	SI	SI		SI	SI	SI	SI	SI		Excepcional	

Continúa...



	I.W. (I)	I.I.A. (S)	I.FIV (S)	I.ARN (5)	I. W. (A)	I.S. (A)	C.E.	I. (E)	I.B. (A)	I. y P. (I)	Pp. (F)	
Experimentación con embriones	SI menor de 14 días			Terapéutica	SI menor a 14 días		Terapéutica	SI en no implantables <sup>(8)</sup>	Terapéutica	NO	No	
	SI				NO							Solo para experimento
Ectogénesis	NO						NO					
Gestación en hembra de otra especie	NO						NO	NO	NO	NO		
Fecundación transespecífica	NO						NO	NO	NO	NO		
	SI						SI	SI				Se acepta hamster para investigar
Clonado	NO							NO	NO	NO		
<b>Maternidad subrogada</b>	<b>NO</b>		<b>NO</b>		<b>NO</b>	<b>NO</b>	<b>NO</b>	<b>NO</b>	<b>NO</b>	<b>NO</b>		
							<b>SI</b>					

Notas:

(1) Afirmación general en los proyectos, no en la primera alternativa del Informe de la Comisión Ministerial.

(2) Si, en la propuesta de ley n.º 2.660.

No, en ninguna de las alternativas del Informe de la Comisión ministerial.

(3) Pero con reservas, no aconseja ni AID ni FIV con donación de gametos. Sólo en casos muy reducidos.

(4) No en la primera alternativa del Informe de la Comisión.

(5) De las tres alternativas del proyecto de recomendaciones del 84, dos son a favor y una sólo para casos excepcionales.

(6) La primera alternativa se opone.

(7) No lo aconseja: en casos reducidos.

(8) Experimentación con embriones que sean menores de 14 días.

Advertencia: las respuestas que en este resumen pueden parecer categóricas están más matizadas y a veces fundamentadas, sobre todo en los informes, pero el esquema da una panorámica suficiente de sus principios fundamentales. Puede verse una perspectiva general de esta regulación y un estudio comparativo con el Derecho argentino de filiación en Vidal Martínez, J.: Las nuevas formas de reproducción humana ante el Derecho Civil: Introducción y panorama general. R.G.D.. sept. 1986. pp. 3685 y ss.

Fuente: MORO ALMARAZ, María de Jesús. "Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial ...", *Op. Cit.*, pag 46 y 47

### C. Problemáticas actuales

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

Sin embargo, esto puede acarrear una serie de interrogantes, principalmente: ¿tiene el producto realmente dos madres biológicas?, ¿cuál tiene la patria potestad?<sup>12</sup>

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

- en la pareja homosexual femenina por la fusión de dos óvulos implantando el producto en el útero de una de ellas,
- y en la pareja homosexual masculina fusionando ambos espermatozoides a través de un óvulo receptor, que se transfiere a un útero alquilado,
- o puede intentarse el embarazo abdominal masculino implantando el producto en la cavidad peritoneal, con soporte hormonal al inicio y con la natural molestia de una cesárea al final.<sup>13</sup>

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

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

El Tribunal Supremo de Nueva Jersey (USA) declaró en última instancia nulo el contrato, señaló a la madre biológica como madre legítima y al padre biológico le concedió la custodia y derecho a visita<sup>14</sup>

Es un caso idéntico, la Corte de Casación francesa, en 1991, declara ilícitos los contratos de maternidad subrogada.<sup>15</sup>

Lo que ha sido definitivamente rechazado es la subrogación de úteros de animales y también el proyecto de utilizar cuerpos de mujeres en estado de coma, es decir en vida vegetativa, para implantarles óvulos fecundados, garantizando así un embarazo sin riesgos.

Las posibilidades reales de tener bancos de óvulos y de semen, o de embriones conservados en crioconservación o congelación (Crionización con nitrógeno líquido) nos traen también una serie de problemas.<sup>16</sup>

¿Hay propiedad sobre el semen o los óvulos donados?; ¿se puede alegar paternidad posteriormente?, ¿cuánto tiempo es válido conservarlos?

<sup>12</sup> Rodríguez Manzanera, Luis. "Ingeniería genética, reproducción asistida ...", *Op. Cit.*, pag 76

<sup>13</sup> *Idem*, pag 76

<sup>14</sup> Ver El contrato y la sentencia en: Silva Ruiz, Pedro, *Baby M y el contrato de maternidad subrogada*. Boletín de Información no, 1503, Ministerio de Justicia, España, 1988. Citado en: *Idem*, pag 77

<sup>15</sup> Chavez. Francois, *La Corte de Casación francesa y el asunto de las llamadas "madres portadoras"*, Jurídica. 21, Universidad Iberoamericana, México, 1992, p, 165. Citado en: *Idem*, pag 77

<sup>16</sup> *Ibidem*

Las opiniones están diversificadas; en cuanto a los embriones, entre quienes aceptan la crioconservación, el tiempo varía de 14 días a 5 años. Parece haber consenso en cuanto que no debe haber fecundación ni transferencia de embriones post mortem a fecundación asistida de la mujer separada, viuda o sola se pretende prohibir en la ley francesa, pero española está permitida; lo anterior acarrea problemas muy específicos en cuanto al hijo carente de padre.<sup>17</sup>

La clonación puede llevar también a problemas más allá de la imaginación, por ejemplo: un ser creado a través de células introducidas en un óvulo desnuclearizado, ¿cuál es su relación con el que proporcionó las células?; ¿parentesco?, ¿propiedad?

Los alcances son increíbles; la proeza de un grupo de investigadores de la Universidad de Upsala (Suecia) al lograr que funcionara el ADN obtenido de una momia egipcia de 2430 años de antigüedad, o las investigaciones en Florida con cuerpos de 8000 años encontrados en las "turbas".<sup>18</sup> De aquí, la posibilidad (por ejemplo en momias chinas que sí conservan órganos sexuales) de llegar a crear "hijos" de seres desaparecidos hace miles de años.

A Rodríguez Manzanera le generan preocupaciones especiales, dos situaciones:

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

-la segunda, y que no llega muy directamente, es la de que los países del tercer mundo pueden convertirse en "refugios genéticos", es decir lugares en que puede realizarse impunemente todo tipo de experimentación de ingeniería genética, ya que las legislaciones de los países centrales la están limitando seriamente. Lo anterior no es fantasía: los datos de experimentación con fármacos, de saqueos de tejidos y órganos humanos, de utilización de medicina prohibidas en el país de origen de aprovechamiento de las condiciones de pobreza y de ignorancia, y (por qué no decirlo) la corrupción, nos obligan a estar alerta.<sup>19</sup>

#### **D. Riesgos y complicaciones de la Reproducción Asistida**

Cabe apuntar que en todas las técnicas de reproducción médicamente asistidas existen "riesgos y complicaciones obstétricas, físicas, biológicas, sociales y psicológicas", razón por la cual se requiere siempre el *consentimiento informado* libre, explícito y por escrito de la pareja (casada o no) que vaya a someterse a técnicas de procreación artificial.<sup>20</sup>

Estas técnicas se aplican bajo responsabilidad médica, profesional y del centro o establecimiento donde se efectúen, y abarcan la información relativa al procedimiento, las oportunas investigaciones para reducir el riesgo de transmitir infecciones o hereditarias y sobre cualquier otro daño previsible en la mujer o el niño que nazca.

<sup>17</sup> Rodríguez Manzanera, Luis. "Ingeniería genética, reproducción asistida ...", *Op. Cit.*, pag. 77

<sup>18</sup> Cfr. Ferrara, Jean, *Restos humanos de 8000 años de edad*. Archivos de Criminología, Neuro Psiquiatría y Ciencias Conexas. No. 29, Universidad Central de Ecuador, Ecuador, 1989. Citado en: *Idem*, pag 78

<sup>19</sup> *Ibidem*

<sup>20</sup> Consentimiento informado: "Es definido como la aceptación de una propuesta y la autorización para proceder de conformidad. Esta definición únicamente es aplicable si un paciente o sujeto, en el goce sustancial de su entendimiento y en ausencia de control por parte de otros, intencionalmente autoriza a un profesional a que actúe...". BROEKMAN, Jan M., *Fundamentos Filosóficos del Consentimiento Informado*. Leuven. Ámsterdam. Citado en: MESINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N. "Bioderecho", Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Mar del Plata y Abeledo -Perrot, Buenos Aires Argentina, 1998. ISBN 950-20-1174-0, pag 74

En cuanto a los riesgos y complicaciones que existen en la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) podemos señalar:<sup>21</sup>

a) Comunes a la Inseminación Artificial (IA), Fecundación In Vitro (FIV) y Transferencia Intratubaria de Gametos, o por sus siglas en inglés Gamete Intra Fallopian Transfer (GIFT): las consecuencias nocivas derivadas de la hiperestimulación ovárica, por ejemplo, degeneración quística benigna de los ovarios. Ocasionalmente puede darse la aparición de tumores no benignos en pacientes sometidas a estimulación ovárica con gonadotropinas humanas (HMG), embarazos múltiples, algunos casos de malformaciones en el embrión (defectos en el tubo neural) tras tratamiento inductor con clomifeno. Teniendo en cuenta que las mujeres que se someten a estas técnicas recibirán estimulación ovárica previa, cabría la posibilidad de cierta relación causal, si no con las drogas inductoras, al menos con el factor de fertilidad disminuida o esterilidad.

b) Riesgos posibles relacionados con la FIV: embarazos ectópicos, debido a inyección del embrión a presión demasiado fuerte, directamente a nivel del ostium tubárico; volumen del medio que contiene el embrión y la velocidad a la que se transfiere, o si el catéter es dirigido hacia el ostium tubárico.

c) Complicaciones infecciosas: infección pélvica posterior a la punción transvaginal o a la transferencia embrionaria.

d) Malformaciones congénitas y anomalías cromosómicas, entendidas como defectos estructurales presentes en el recién nacido: los gametos y embriones son expuestos a distintos factores que pueden influir en la fertilización, embriogénesis, o subsecuente desarrollo del feto y del niño.

e) Otras complicaciones: falta de control de posible infección de virus de la hepatitis o del HIV, en especial cuando ha habido donación de gametos, sustitución o mezcla de gametos, o error en su atribución a una determinada pareja, transferencia de un número de embriones superior a 3 o 4 sin consentimiento declarado del paciente.

f) Complicaciones psicológicas: Delaisi de Parseval analiza factores de riesgo en niños concebidos por TRA: "...los problemas de filiación atípicos cuando interviene una tercera persona en la procreación (donante-madre portadora) pueden llevar consigo secretos de familia, la actitud de los padres ante la verdad genealógica será decisiva para el desarrollo de la inteligencia y la personalidad del niño (...); entre otras las derivadas del alquiler de úteros especialmente por romper el vínculo madre-hijo que se inicia en la vida del útero y se prolonga después del parto, originando trastornos psicoafectivos, neuróticos, psicosis, etc."<sup>22</sup>.

La gestación en madre sustituta comprende las siguientes hipótesis:

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

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

<sup>21</sup> MESINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N. "Bioderecho", *Op. Cit.*, pag. 74 y 75

<sup>22</sup>VEGA GUTIÉRREZ, M. L., VEGA GUTIÉRREZ, J., MARTÍNEZ BAZA, P., Reproducción Asistida...Citado en: *Idem*

## 1. Definiciones

### 1.1. Definición de maternidad y de la coexistencia de las maternidades

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

#### 1.1.1. Noción fundamental de maternidad<sup>23</sup>

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

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

La maternidad es una palabra que proviene de materno y significa "Estado o cualidad de madre."<sup>24</sup> Con ello se hace referencia a la relación existente entre la madre y/o los hijos, pues por madre se entiende "la mujer [que] es responsable de los hijos, de su cuidado y educación, la encargada de buscar una buena escuela, de vestirlos, bañarlos, alimentarlos etc..."<sup>25</sup>

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

La maternidad puede ser definida desde cuatro puntos de vista, primero, atendiendo a la raíz latina de la que procede, esto es, su significado etimológico, en segundo lugar por su significado gramatical, en tercer lugar desde su perspectiva biológica, y finalmente por su significado jurídico, tanto en la ley como en la doctrina.<sup>26</sup>

#### A) Etimológico

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

Con posterioridad, en Roma se denominó con el término materfamilias a la esposa del paterfamilias, no con el objeto de conferirle el mismo status dentro del núcleo familiar, sino simplemente como indicativo de ser la cónyuge de aquél, porque bien sabido es que la religión no colocaba a la mujer en un rango especial, pues aunque se le permitía participar en los actos religiosos, no se le consideraba la señora del hogar donde carecía de autoridad

---

<sup>23</sup> DELGADO CALVA, Ana Soledad. "La Maternidad Subrogada: un Derecho a la Reproducción Humana a la luz del Derecho Mexicano", Tesis para obtener el grado de Maestro en Derecho. Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón, División de Estudios de Posgrado e Investigación, Programa de Posgrado en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004. pag 38

<sup>24</sup> Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 1992, pág. 1337. Citado en: *Idem*

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

<sup>26</sup> LÓPEZ FAUGIER, Irene. "La prueba científica de la Filiación", Porrúa, México, 2005. ISBN 970-07-5778-1, pág. 276

y libertad, requiriendo en todos los actos de la vida religiosa un jefe y en los actos de la vida civil un tutor.<sup>27</sup>

La religión de la mujer no provenía de su nacimiento, sino de su matrimonio, aprendía de su marido la oración que recitaba, no representaba a los antepasados al no descender de ellos, y ni siquiera se convertía en antepasado de su familia, ya que depositada en la tumba no recibía un culto especial. Por ello, tanto en la vida como en la muerte, sólo figuraría como un miembro de su esposo. La ley de Manú ya lo decía,

"La mujer, durante su infancia, depende de su padre; durante su juventud, de su marido; muerto el marido, de sus hijos; si no tiene hijos, de los parientes próximos; de su marido, pues una mujer nunca debe gobernarse a su guisa"<sup>28</sup>

Las leyes griegas y romanas determinaban lo mismo, al señalar:

"Soltera, está sometida a su padre; muerto el padre, a sus hermanos y a sus agnados; casada, está bajo la tutela del marido; muerto éste, ya no vuelve a su primitiva familia, pues renunció a ella por siempre mediante el sagrado matrimonio; la viuda sigue sumisa a la tutela de los agnados de su marido, es decir, de sus propios hijos, si los tiene o a falta de hijos, de los parientes más próximos. Tiene su marido tal autoridad sobre ella, que antes de morir puede designarle un tutor y aun escogerle un segundo marido."<sup>29</sup>

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

## B) Gramatical

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

"Estado o cualidad de madre", mientras el vocablo madre tiene las siguientes acepciones: "Hembra que ha parido", "Hembra respecto de su hijo o hijos", "Mujer casada o viuda, cabeza de su casa".<sup>30</sup>

## C) Biológico

La maternidad antecede lógicamente a la paternidad, tanto desde el punto de vista biológico como jurídico, ya que la paternidad en estas dos perspectivas se funda necesariamente en una maternidad cierta, la cual se presenta por el hecho del parto y la identidad del descendiente. De tal forma, la maternidad es un vínculo dogmático,<sup>31</sup> pues es un principio innegable en toda relación de filiación.

Este carácter dogmático de la maternidad no sólo se sustenta en su certeza, sino en la intensa relación espiritual, emotiva y biológica entre la madre y el descendiente, derivada del embarazo y la lactancia. La naturaleza humana establece una estrecha relación entre ambos, porque la afectividad y cuidado maternos son esenciales en la formación de la personalidad de los menores, sobre todo durante sus primeros años de vida. La relación de paternidad se establece necesariamente sobre un previo lazo de maternidad, particularmente en la actualidad que por los adelantos de las ciencias biológicas, el desarrollo de los métodos de control de la natalidad y la libertad sexual, el descendiente es producto de una

<sup>27</sup> Cfr. Fustel de COULANGES, p. 61. Citado en: LÓPEZ FAUGIER, Irene. "La prueba científica de...", *Op. Cit.*, pág. 276

<sup>28</sup> Cfr. Fustel de COULANGES, p. 59 y 60. Citado en: *Idem*, pág. 276 y 277

<sup>29</sup> Cfr. Fustel de COULANGES, p. 60. Citado en: *Idem*, pág. 277

<sup>30</sup> Real Academia Española, Diccionario de la... op. cit., pp. 958 y 995. Citado en: *Ibidem*

<sup>31</sup> Cfr. José ALVAREZ CAPEROCHIPI, op. cit., p. 67. Cfr. Fustel de COULANGES, p. 59 y 60. Citado en: *Ibidem*

decisión libre y voluntaria de la madre, provocando con ello que el vínculo paterno no sea predominantemente biológico, sino también social y cultural.<sup>32</sup>

#### D) Jurídico

Desde el punto de vista jurídico, la maternidad forma parte de la institución jurídica de la filiación, es decir, del vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores, en efecto puede derivar dicha relación de la naturaleza (generación) o de la ficción de la ley (adopción). Así también la maternidad es la relación real o supuesta de la madre con el descendiente.<sup>33</sup>

### 1.1.2. Imputación de maternidad matrimonial y extramatrimonial

El régimen legal de la filiación parte de una tajante distinción entre la maternidad y la paternidad, ya que la maternidad de acuerdo con la máxima romana *mater semper certa est*<sup>34</sup>, se define y se prueba por el hecho del parto y de la identidad del hijo o hija, mientras que la paternidad se funda en la maternidad cierta y se identifica jurídicamente, mediante presunciones que parten de esta certeza de maternidad y en virtud, de los deberes de cohabitación y fidelidad de los cónyuges entre si dentro del matrimonio.

Así el vínculo de filiación respecto de la madre resulta siempre de dos hechos susceptibles de prueba directa. El primero es el parto de la madre y el segundo, es la identidad del descendiente, es decir, la determinación de que el hijo o la hija es realmente el que la mujer dio a luz, probar estos hechos dentro del matrimonio no representa un problema, pues por regla general ambos aspectos son del conocimiento público y el nacimiento del descendiente lejos de intentarse ocultar constituye un motivo de alegría. Cuestión contraria puede ocurrir, cuando la madre no se encuentra unida conyugalmente, porque en este caso pudiera actualizarse la ocultación del parto de la mujer soltera y la identidad del descendiente.<sup>35</sup>

### 1.1.3. Maternidad voluntaria

La aparición de las diversas modalidades de maternidad subrogada, suponen la intervención de diversas mujeres en el proceso de la procreación, quienes pueden participar con su material genético o a través de la gestación, o simplemente, con su voluntad de asumir la maternidad legal del nacido.<sup>36</sup>

A diferencia de lo que sucede en el caso de la paternidad, en la que la figura del padre se suele presentar como una función social y jurídica, la maternidad siempre apareció unida al vínculo biológico que se establece entre la madre y el hijo durante el periodo de la gestación. Por lo mismo, una de las primeras interrogantes es si se puede escindir la figura de la maternidad de aquél presupuesto biológico.<sup>37</sup>

<sup>32</sup> Cfr. José ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, op. cit., p. 67. Cfr. Fustel de COULANGES, p. 59 y 60. Citado en: LÓPEZ FAUGIER, Irene. "La prueba científica de ...", *Op. Cit.*, pág. 278

<sup>33</sup> Cfr. Felipe CLEMENTE DE DIEGO, op. cit., p. 342; Enrique GUGLIELMI, op. cit., p. 280; José CASTÁN TOBEÑAS, Derecho Civil Español... op. cit., p. 5. Cfr. José ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, op. cit., p. 67. Cfr. Fustel de COULANGES, p. 59 y 60. Citados en: *Ibidem*

<sup>34</sup> La madre resulta siempre cierta. ELIAS Azar, Edgar. Frases y Expresiones Latinas. 2ª ed. Editorial Porrúa, México, 2002 ISBN 970-07-3843-4. Pag 201

<sup>35</sup> LÓPEZ FAUGIER, Irene. "La prueba científica de ...", *Op. Cit.*, pág. 279

<sup>36</sup> MORÁN DE VICENZI, Claudia. "El Concepto de filiación en la fecundación artificial", Universidad de Piura y Ara Editores, Colección Jurídica, Perú, 2005. ISBN 9972-626-59-8, pag 191

<sup>37</sup> MORÁN DE VICENZI, Claudia. "El Concepto de filiación ...", *Op. Cit.*, pag 191

En orden a esta cuestión, se han elaborado algunas teorías que intentan establecer la importancia que asume el factor biológico y el voluntario en la atribución de la maternidad. A continuación se expondrán las posturas sobre el presupuesto determinante de la maternidad.

#### 1.1.4. Disociación de la maternidad<sup>38</sup>

El fenómeno de la maternidad subrogada, ha dado lugar a la aparición de formas de maternidad compartida, que la doctrina ha clasificado según los grados de intervención de cada una de las mujeres en la procreación. Así se han llegado a identificar las siguientes modalidades con relación a la maternidad:

- a. *Maternidad plena*: es la que une la relación biológica (genética y gestativa), con el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que implican la maternidad.
- b. *Maternidad genética*: es la de quien se convierte en donante de óvulos.
- c. *Maternidad gestativa*: cuando la mujer lleva adelante la gestación de un embrión a partir de un óvulo donado.
- d. *Maternidad legal*: la de quien asume frente al hijo los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad sin que existan entre ellos vínculos biológicos.<sup>39</sup>

Ante este panorama la interrogante que se formuló respecto a la paternidad vuelve a repetirse con un cambio de género, esto es: ¿quién es la madre? La respuesta que hasta hace poco parecía ser unívoca, en el sentido de dar una mayor importancia al dato del parto, ha sufrido un cambio de orientación hacia la admisión de otros criterios que se consideran igualmente relevantes para determinar la maternidad.<sup>40</sup>

Como consecuencia de ello, y teniendo en cuenta la especial naturaleza de la maternidad, la segunda interrogante que surge de forma casi inmediata, es si las demás mujeres que participaron en la procreación del hijo, deben ser excluidas de manera terminante de la vida del nacido, o si les puede reconocer algunos derechos en virtud de su especial colaboración.

La experiencia de los últimos años parece admitir una respuesta positiva. En efecto, en algunos casos, se ha reconocido algunas formas de maternidad compartida, o si cabe el término, el de una madre de segundo grado.<sup>41</sup>

#### 1.1.5. Teorías sobre el presupuesto determinante de la maternidad

Ante la aparición de las diversas formas de maternidad subrogada, la doctrina civil mantiene un parecer inalterable, sosteniendo que en la determinación de la maternidad, el presupuesto o elemento biológico de la gestación y el parto, es y debe ser el criterio fundamental para designar legalmente a la madre.

---

<sup>38</sup> MORÁN DE VICENZI, Claudia. "El Concepto de filiación ...", *Op. Cit.*, pag 191

<sup>39</sup> *Idem*, pag 192

<sup>40</sup> *Ibidem*

<sup>41</sup> *Idem*, pag 162



Trabucchi<sup>42</sup>, afirma que tratándose de la maternidad, la determinación de la misma se efectúa mediante la comprobación del hecho del parto al margen de cualquier otro factor de tipo sociológico. A diferencia de lo que sucede en la paternidad, el elemento natural en la maternidad tiene tal importancia que hace pasar a un segundo plano cualquier investigación sobre otros aspectos.

De ahí, que el autor reformule el concepto del denominado elemento de responsabilidad, utilizado para justificar la separación de la paternidad del dato de la descendencia biológica. En este sentido, afirma que la labor de la mujer gestante no es una labor para otros, sino que está destinada a la formación y el desarrollo del propio hijo. De manera que la responsabilidad por esta relación vital frente a la sociedad y al nacido, debe ser enteramente asumida por la mujer que da a luz, sin que pueda tener valor alguno los acuerdos celebrados con otras personas. Por tanto, la maternidad es una figura que no puede ser desdoblada, ya que en este caso el elemento de responsabilidad está estrechamente unido a la veracidad, que se muestra como fundamento suficiente para determinar la posición de madre.<sup>43</sup>

Sin embargo, una nueva corriente defiende la posibilidad de una maternidad meramente social. Así, desde una perspectiva de *iure condendo*<sup>44</sup> y contra la tendencia que ha venido prevaleciendo en esta materia, se propone la modificación del dato del parto, sustituyéndolo por el de la libertad y responsabilidad por la procreación que además de coincidir con la voluntad de la pareja comitente es el criterio más favorable a los intereses del menor. En consecuencia, la maternidad deberá corresponder a la mujer sin cuya acción, al margen de su participación genética o biológica, no se habría dado inicio al proceso biológico que originó el nuevo ser humano, y que además desee el hijo para sí.<sup>45</sup>

Dar eficacia a la manifestación de voluntad de la mujer, es reconocer la importancia que en todas las técnicas de fecundación artificial asumen los actos que originan el nacimiento, en otras palabras, la responsabilidad por la procreación. Asimismo, la aplicación del nuevo criterio evita una injusta disparidad de trato entre el varón y la mujer: si el marido o compañero se convierte en padre por que dio su consentimiento a una fecundación heteróloga, la misma regla deberá aplicarse en la determinación de la maternidad.<sup>46</sup>

En este sentido, Gorassin<sup>47</sup> afirma la existencia del principio de la procreación libre y responsable y de la voluntad a la procreación como acto dual del varón y la mujer jurídicamente relevante, constituye un criterio válido para designar a la madre. Por ello en opinión del citado autor se debe determinar la maternidad de la mujer sin cuya acción

---

<sup>42</sup> En este sentido, TRABUCCHI afirma que la mujer gestante desempeña el papel de una primera causa eficiente *ab extrínseco* en la vida del nacido. De manera que, para negar la maternidad de la mujer que da a luz, se debería demostrar una causa negativa para excluir la relevancia social que sobre la humanidad del nacido tiene la mujer que lo ha traído al mundo (cfr. «*La procreazione anificiale e genetica umana...*», cit., pp. 501 y ss.). Citado en : MORÁN DE VICENZI, Claudia. «El Concepto de filiación en ...», *Op. Cit.*, pag 193

<sup>43</sup> *Idem* pag 194

<sup>44</sup> *Iure*: Derecho; *Condendo* (condô, is, ere, condidí, conditum): Fundar. Diccionario latín – español. [http://recursos.cnice.mec.es/latinriego/Palladium/5\\_aps/eslap03.htm](http://recursos.cnice.mec.es/latinriego/Palladium/5_aps/eslap03.htm)

<sup>45</sup> No obstante, dadas las posibles variantes a que puede dar lugar la intervención de diversas mujeres en el proceso procreativo esta solución se antoja insuficiente. Como pone en evidencia D'ADDINO SERRAVALLE el criterio voluntario o psicológico no resulta concluyente porque otorga relevancia a las motivaciones de la mujer y porque este requisito puede cumplirse en cabeza de hasta tres mujeres (la madre genética, la madre gestante y la madre comitente), de manera que el criterio biológico del parto es el que mejor plasma el principio de *mater semper certa est* (cfr. ob. cit., pp. 616-617). MORÁN DE VICENZI, Claudia. «El Concepto de filiación ...», *Op. Cit.*, pag 194

<sup>46</sup> Esta es la propuesta de BALDINI, G.; "Volont e procreazione. Ricognizione delle principali questioni in tema di surrogazione di maternit, Dir. Fam. e Pers., 1998, pp. 765 y ss. Citado en: *Idem*

<sup>47</sup> Cfr GORASSINI, A.; "Procreazione...", p. 964. Citado en: *Idem*, pag 195

conjuntamente con la de su compañero, no se hubiese efectuado el proceso biológico que da origen a un nuevo ser humano. Así, en los supuestos de maternidad subrogada o alquiler de vientre, se deberá reconocer como madre a la mujer que colaboró con el nacimiento del nacido, es decir, a quien desea ser la madre legal.

En suma, la doctrina actual tiende a separar la maternidad del presupuesto biológico, defendiendo la existencia de una clase de maternidad basada en el acuerdo o en la voluntad.<sup>48</sup>

### 1.1.6. Maternidad compartida y determinación de la maternidad legal

En los supuestos de maternidad subrogada propiamente dichos, en los que una mujer presta su aporte genético y lleva adelante la gestación, es indudable que madre es esta mujer, solución que es aceptada de manera unánime por la doctrina.<sup>49</sup>

En cambio, en los supuestos de locación de útero la situación es diferente, puesto que en este caso son dos las mujeres -o excepcionalmente tres<sup>50</sup>- que intervienen en la procreación, la madre comitente aportando su material genético y la madre subrogada llevando adelante la gestación.<sup>51</sup> De ello deriva la dificultad de establecer cuál de las dos mujeres ejerce una mayor influencia en la formación de su hijo, y por consiguiente, determinar quién debe ser considerada como madre legal<sup>52</sup>.

Un sector de la doctrina<sup>53</sup> sostiene que las normas civiles exigen la concurrencia del dato biológico y del elemento voluntario. Por lo mismo, la maternidad deberá determinarse a favor de la mujer que ha contribuido sea mediante su aporte genético, sea por gestación y parto, y que, además, hubiese manifestado su voluntad de asumir el papel legal de madre.

A su vez, una segunda tesis<sup>54</sup> defiende la constitución del vínculo de maternidad a favor de la madre genética reconociendo bajo determinadas circunstancias un derecho irrenunciable y preferente de adopción a la mujer gestante<sup>55</sup>. De acuerdo con esta corriente, el verdadero

<sup>48</sup> MORÁN DE VICENZI, Claudia. "El Concepto de filiación ...", *Op. Cit.*, pag 195

<sup>49</sup> *Idem*, pag. 202

<sup>50</sup> Para estos casos excepcionales se proponen las siguientes soluciones: (a) si cada una de las mujeres aportó un elemento (óvulo, parto, voluntad), la maternidad debe recaer en alguna de las dos primeras, siempre que una de ellas esté casada con quien aportó el semen, de lo contrario se debe dar preferencia al criterio del parto; (b) la misma conclusión es aplicable si las tres mujeres desean tener el hijo para sí; (c) si ninguna de las mujeres quisiera el hijo, como ocurriría si se hubiese tomado el óvulo de una para implantado en otra, pero no por voluntad de otra mujer sino de un varón, entonces, se verifica una hipótesis de abandono con posibilidad de dar inicio a un procedimiento de adopción (cfr. SANTOSUOSSO, F.; Lafacondazione artificiale..., cit., p. 58). MORÁN DE VICENZI, Claudia. "El Concepto de filiación ...", *Op. Cit.*, pag 202

<sup>51</sup> Como se ha observado, la práctica de la maternidad subrogada ha ocasionado una distinción entre la paternidad y la maternidad, en cuanto a que, sólo respecto a la primera, es posible alcanzar la máxima correspondencia entre verdad biológica y la formal. En efecto, si el donante de semen y la madre gestante no pueden renunciar a sus derechos sobre el hijo, en el caso de la maternidad, los mismos derechos también pueden ser alegados y discutidos por la mujer que aportó el óvulo (cfr. Mlt.AN, G.; «La madre...», cit., p. 319). *Idem*, pag 203

<sup>52</sup> Consenso que tampoco es fácil de encontrar a nivel de las ciencias biológicas lo que ha llevado a plantear la pregunta sobre el criterio que define a una persona como hijo de otra, esto es, si lo más importante es llevar su patrimonio genético o establecer una relación biológica y afectiva como lo que se desarrolla durante la gestación. *Ibidem*

<sup>53</sup> En este sentido, no resulta relevante un tipo de participación -biológica o genética- como la voluntaria. En otras palabras, la maternidad deber ser atribuida a quien gestó y dio a luz con aporte de óvulo de otra mujer y quiso el hijo para sí; o a quien aportó su óvulo para que otra mujer llevara adelante el embarazo y quiso al hijo para sí (cfr. VERCELLONE, P.; ob. cit., p. 328). *Ibidem*

<sup>54</sup> Cfr. BALDINI, G.; ob. cit., p. 763, Sisto, P.; «Maler non smlper cerla esl: la gestazione per conto terzi fra (pieni di) scienza e (vuoti di) legislazione», *Dir. Fam. e pers.*, 1987, pp. 1471-1472. En la doctrina peruana, RUBIO CORREA considera que esta solución, siendo la más razonable, sólo se puede verificar si se cumplen dos requisitos, ciertamente excepcionales: que la madre subrogada sea soltera (o que su marido logre negar su paternidad), y que la mujer en el parto o, que a partir de él, quede físicamente imposibilitada para asumir la maternidad (cfr. ob. cit., p. 129). Citado en: *Idem*

<sup>55</sup> Para LANZILLO, el derecho preferente a la adopción reconocido a la madre gestante (que aportó o no su óvulo) deberá estar condicionado al posterior abandono del menor por parte de los padres sociales (cfr. ob. cit., p. 638). De igual manera, teniendo en cuenta que es muy difícil excluir de la vida del hijo toda relación con la mujer gestante, la doctrina, a pesar de reconocer la

signo de la maternidad está constituido por la transmisión del patrimonio genético que sólo la fecundación, y no la gestación, puede ofrecer.<sup>56</sup>

De acuerdo con una posición ecléctica<sup>57</sup>, las soluciones anteriormente propuestas resultan indiscutibles, en tanto que consideran el problema desde una sola perspectiva. En realidad, la determinación de la maternidad se desarrolla en dos planos diferenciados, uno relativo al nacido, quien puede obligar a la madre, incluso judicialmente, a asumir el cumplimiento de sus deberes, y otro referido al sujeto procreador; quien puede ejercer sus derechos manifestando su voluntad de asumir la posición jurídica que le corresponde por haber participado en la procreación.

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

Por tanto, si el hijo puede tener interés en mantener el vínculo establecido con la madre uterina, es posible que también pueda tenerlo en recuperar la relación con la madre genética cuando la gestante haya rechazado o esté incapacitada para asumir la maternidad.<sup>58</sup>

Un sector importante de la doctrina reconoce la maternidad legal de la mujer que dio a luz al hijo alegando la estrecha relación psicofísica que se establece entre la mujer y el concebido durante el proceso de gestación, en el cual la madre contribuye a la formación del nuevo ser humano con la totalidad de su cuerpo.

Moran de Vicenzi considera que esta solución aunque no es totalmente satisfactoria -puesto que implica excluir a la mujer que brindó su aporte genético- es la que brinda una mayor certeza jurídica a efectos de identificación de la madre y del nacido.<sup>59</sup>

Al igual que en los supuestos de fecundación heteróloga de la mujer casada, esta técnica también tiene repercusiones en el ámbito de las relaciones conyugales. El hecho de que la figura materna sea totalmente asumida por la, erróneamente llamada, madre subrogada, ha llevado a que algunos autores califiquen esta figura de adulterio consentido.<sup>60</sup>

---

maternidad legal de la comitente, admite la posibilidad de conceder el derecho de visitas de la madre subrogada. Esta especie de maternidad compartida también ha sido recogida en algunas sentencias extranjeras. *Idem*, pag 204

<sup>56</sup> En apoyo a esta postura GORASSINI alega que la lógica según la cual la gestación crea un vínculo más fuerte con el nacido, es desmentida por la lógica del sentido común. Si el óvulo de una mujer negra gesta do por una mujer blanca no hace blanco al nacido, tampoco la mayor duración del embarazo garantiza que la mujer blanca sea mejor madre que la negra. De igual manera, la madre genética puede vivir con mayor intensidad la gestación que la madre uterina, así como el padre no tiene un vínculo afectivo menor con el concebido por no llevado en su seno («Procreazione artificiale eterologa..», cit., p. 1251). A ello se añade que siempre es técnicamente posible crear una máquina para la gestación artificial, de manera que es posible que exista nacimiento sin parto, supuesto en el cual este dato pierde su utilidad para determinar la maternidad, a menos que se piense atribuir la maternidad a tal máquina incubadora (cfr. BALDINI, G.; ob. cit., p. 767). MORÁN DE VICENZI, Claudia. «El Concepto de filiación ...», *Op. Cit.*, pag 204

<sup>57</sup> Cfr. BLANCA, M.; «Nuove tecniche genetiche, regole giuridiche e tutela dell'essere umano», *Dir. Fam. e Pers.*, 1987, p. 970. Citado en: *Ibidem*.

<sup>58</sup> *Idem*, pag. 205

<sup>59</sup> Un sector de la doctrina considera que madre es la gestante; pero ante un conflicto de maternidades, deberá ser el juez quien decida con arreglo al interés del menor cuál de las dos familias (de la gestante o de los comitentes) es la que garantiza el mejor desarrollo de la personalidad del menor (cfr. CumIA, R.; «Inseminazione artificiale, contratto di sostituzione di maternita e interesse del minore», *For. iL.*, 1989, pp, 298 Y SS., MIRANDA, A.; «Diritti dei genitori ed interesse del minore nel caso In Re "Baby M"», *Dir. Fam. e Pers.*, 1987, pp. 1560 Y ss.). *Idem* pag. 206

<sup>60</sup> *Ibidem*

Si bien, estrictamente, no se trata de un supuesto de adulterio, lo cierto es que la autorización de la cónyuge para la inseminación de la madre subrogada con esperma de su marido, implica una disposición del deber de fidelidad, entendido como la entrega mutua y exclusiva de los cónyuges. Lo mismo sucede cuando el cónyuge autoriza que su mujer lleve adelante la gestación de un concebido con semen del varón de la pareja comitente.<sup>61</sup>

A la vista de lo expuesto se observa que la propia naturaleza de la maternidad impide que los principios y normas comunes puedan ser interpretados de forma tal que puedan dar una solución concluyente a las cuestiones planteadas por la coexistencia de las maternidades. Ahora bien, la invocación del principio del *favor genitoris*<sup>62</sup> y del principio de autorresponsabilidad por la procreación constituye el fundamento de una nueva tendencia favorable a la determinación de la maternidad a favor de la madre comitente o social.

La antedicha disociación entre maternidad genética y maternidad obstétrica o de gestación trae al Derecho una nueva perspectiva. Precisamente su mayor conquista, a lo largo del tiempo, en el empeño porque el hijo tuviera desde el nacimiento un progenitor al menos que se ocupara de él, se había alcanzado al considerar a la madre siempre cierta por el hecho mismo del parto. Convencimiento basado en las leyes de la biología que hoy se han superado ampliamente cuando la que alumbró puede no estar genéticamente vinculada al nacido<sup>63</sup>.

Es la razón, avalada por la práctica, de que se presente la disyuntiva de elegir, entre las distintas maternidades, aquella que el Derecho asume en su concepción legal. Como en la paternidad, no puede darse en el plano jurídico una maternidad múltiple.

Esta cuestión fundamental va a afectar tanto a mujeres casadas, solteras, parte de una pareja estable. El medio jurídico que la determine y condicione una filiación concreta, actúa *a posteriori* de la opción por la maternidad biológica que acepte.

La tendencia generalizada sigue inclinándose por la seguridad del parto como dato de referencia para el concepto jurídico de madre. Es una decisión perfectamente comprensible, incluso ajustada a la necesidad práctica, pero la concurrencia del evento de las madres sustitutas y de una legislación que permite la investigación de la maternidad más allá de la realidad del parto provocan un desajuste social y biológico.

Por un lado, quien es perfectamente capaz de proporcionar un sano material genético puede encontrarse impedida para gestar y acude a otra mujer para que la complemente. La intención maternal, el llamado vínculo de sangre, coinciden en la que no alumbró. Es la mujer que quiere ser madre jurídica y el Derecho le cerraría las puertas.

De otro lado, si la que quiere tener un hijo precisa del óvulo de otra, sin que presente anomalías fisiológicas para gestar, aparecerá como madre por el parto y, en principio, se ajusta a las exigencias jurídicas para ser la madre legal como pretende. Sin embargo, si alguno de los legitimados para impugnar dicho vínculo invoca en el proceso la práctica que

---

<sup>61</sup> MORÁN DE VICENZI, Claudia. "El Concepto de filiación...", *Op. Cit.*, pag 206

<sup>62</sup> *Favor*: favor, simpatía; *Genitoris* (de gignō, is, ere, genui, genitum): engendrar. Diccionario latín – español. [http://recursos.cnice.mec.es/latin/griego/Palladium/5\\_aps/eslap03.htm](http://recursos.cnice.mec.es/latin/griego/Palladium/5_aps/eslap03.htm)

<sup>63</sup> BEITRÁN DE HEREDIA Y ONIS. P.: Problemas legales ante el caso de un hijo «producido» por dos madres, en «Boletín de Información del Ilustre me Colegio de Abogados de Salamanca». n.º 5, 1984, pp. 8 y 9. Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. "Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial...", *Op. Cit.*, Pág. 252

se ha utilizado, o se ejecutan las pruebas biológicas<sup>64</sup>, se concluiría que a pesar del parto la madre genética es otra. Aunque madres biológicas serían las dos, porque ambas colaboran con una faceta de orden biológico.

¿De qué forma puede darse solución a estos temas con una regla general e inmutable?

No es sencillo, aunque el principio *mater semper certa est*, quebrantado en parte, sigue siendo el elegido como criterio<sup>65</sup>.

### 1.1.7. La regla “*mater semper certa est*”: significación actual

El Informe de la Comisión de expertos<sup>66</sup>, atento a los conflictos de maternidad suscitados por la donación ovular, opta por no recomendar un nuevo medio de determinación porque la actual identificación de la madre con la mujer que alumbró es suficiente para que la receptora de una donación pueda considerarse como la madre legal<sup>67</sup>. La filiación del hijo respecto a ella podrá establecerse sencillamente a través de la inscripción en el Registro del nacimiento si se comprueba que la identidad coincide con los informes del parto.

El dato fácilmente comprobable ha informado la postura de la Comisión Parlamentaria, aunque el hecho de la donación de óvulo y la procreación del niño gracias a él no sea un arcano inalcanzable. Pero es que han primado otras connotaciones complementarias: el papel de la voluntad de tener el hijo, el sacrificio de la gestación y el cariz que ésta imprime a la relación mujer-feto, y la circunstancia de que el marido o compañero de la gestante hayan aportado su material genético para esa procreación con su pareja.

Se fomenta una especial exaltación del carácter social y cultural que encierran las relaciones paterno-filiales. Jurídicamente ya se había traducido en la posesión de estado que en la legislación española, como en la francesa o italiana<sup>68</sup>, ha evolucionado en las últimas reformas de una consideración tácita en el establecimiento de una normativa basada en la

---

<sup>64</sup> Pruebas biológicas que con su perfeccionamiento gradual, cada vez más rápido, cumplen un papel trascendental en los procesos de filiación y que se aceptan con más u menos limitaciones en los sistemas jurídicos de nuestro entorno. Cualquier prueba de este tipo va destinada a descubrir al padre, o la madre. Genéticos, aquellos que transmiten su dotación genética y que por la fecundación crean una nueva e irrepetible (vid. DE CASTRO PÉREZ. F.: La prueba de los grupos sanguíneos en la investigación y desconocimiento de la paternidad (Madrid. 1950); La investigación de la paternidad y las modernas orientaciones biológicas. R.G.L.J.. 1944. pp. 163 y ss.; NERSON. R.: L'influence de la biologie et de la médecine modernes sur le Droit civil. R.T.D.C.. 1970. pp. 661 y ss.; Filiation legitime: desuvenu de paternité; stérilité, insémination artificielle. R.T.D.C.. 1977. pp. 745 y ss.; COMPORTE. M.: Filiazione e prove biologiche, en “Cuadrimestre”. 1985. pp. 248 y ss.; MORGANTI. G.: L'accertamento biologico della, en “Cuadrimestre”. 1985. pp. 238 y ss.; SERNA MEROÑO. E.: La reforma de la filiación (Madrid. Montecorvo. 1985). pp. 288 y ss.; GARCÍA SÁNCHEZ. I.: La jurisprudencia ante los medios de prueba en la investigación de la paternidad en el Derecho Civil Catalán, R.J.C., 1982, pp. 51 y ss.). Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. “Aspectos Civiles de la Inseminación...”, *Op. Cit.*, Pág. 253.

<sup>65</sup> El profesor Félix Pérez planteaba asombrado desde su perspectiva científica, cómo la reforma de la filiación podía seguir basándose en esta regla cuando el empleo de la FIV o la inseminación artificial la contravenían de raíz (vid. intervención y coloquio en Filiación y protección jurídica de la familia. dentro del volumen: Protección jurídica de la familia (Madrid, Centro de Estudios Valle de los Caídos. 1982). p. 161). Citado en: *Ibidem*.

<sup>66</sup> Como en otros Informes extranjeros: vid. por todos. Informe Warnock. R. 55: cuando exista donación de óvulo, la mujer que da a luz será a todos los efectos la madre del nacido. Citado en: *Idem*, Pág. 254.

<sup>67</sup> Informe español de la Comisión especial de estudio de la fecundación «in vitro» y de la inseminación artificial humanas. p. 41. Citado en: *Ibidem*

<sup>68</sup> Art. 311 del *Code civil*. y art. 236 y ss. *Codice civile* (REMOND-GOUILLOUD: *La Posesión d'état d'enfant (a propos de la loi du 3-1-1972)* R.T.D.C.. 1975. p. 459 y ss.; MASSIP-MORIN.AUBERT: *La réforme de la filiation...*, cit., pp. 28 y ss.; AZZARITI. G.: *Possesso di stato, en Noviss. Dig. it.*, p. 419; CARNELUTTI: *Possesso di stato di figlio naturale*, Riv. Dir. Civ.. 1943. p. 105. Citado en: *Idem*, Pág. 255.

aparición a ser un título de acreditación o determinación de la filiación<sup>69</sup>, que contará decisivamente a la hora de modificar una relación que se vive en la práctica o para consagrarla legalmente.

El presidente de la citada Comisión cree así hacer patente el sentimiento generalizado, también de la jurisprudencia, según lo cual, “la paternidad y la maternidad se acreditan -y así lo avalan diversas sentencias- por actos que muestren con evidencia la voluntad de los padres o de la familia, la constancia y la perseverancia en el ánimo o actitudes de aquéllos sin solución de continuidad, en la permanencia y la publicidad de tal actitud. Es decir, que en las parejas estables la posesión de estado se deriva de un conjunto de actitudes como las citadas notorias y reiteradas. En el mismo sentido se inspira la ley sueca al tratar la fecundación asistida”<sup>70</sup>. Se manejan en el Informe diferentes términos para referirse a los «tipos» de maternidad que han originado las nuevas técnicas. Se distingue, según los casos:

- maternidad biológica*: plena si aporta óvulo y organismo, no plena si sólo se aporta uno de esos elementos;
- maternidad educacional o afectiva*, que puede coincidir o no con alguna de las biológicas;
- maternidad del deseo*, que ni siquiera tiene que ir unida a la biológica;
- maternidad legal<sup>71</sup>, la aceptada por las leyes como tal.

¿Tienen distinto rango con relación al hijo? Se pregunta incluso<sup>72</sup> cuál es la más humanizada, la más profunda, importante e influyente en la referencia materno-filial<sup>73</sup>.

La respuesta de la Comisión a sus propios interrogantes ha sido la maternidad de gestación.

## 1.2. Paternidad y relación jurídica

Moro Almaraz considera madre y padre:

- Genéticos son aquellos que aportan sus células germinales.
- Madre portadora o gestante la que soporta el embarazo, vaya a ser o no la madre legal.
- Y padres legales, aquellos que se determinan como tales en virtud de las normas de filiación.<sup>74</sup>

La génesis de la preocupación por el hecho de la paternidad surge con el avance, con el progreso de la sociedad en la que es decisivo lo económico. El desarrollo agrícola favorece la formación de una familia más definida: mujer e hijos tienen un valor económico para el trabajo, y surge más concreta la autoridad del marido.<sup>75</sup>

<sup>69</sup> Art. 113 C.c. español. Citado en: *Ibidem*.

<sup>70</sup> Informe español de la Comisión ..., cit., p. 58. Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. “Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial...”, *Op. Cit.*, Pág. 255.

<sup>71</sup> Informe español de la Comisión..., cit., pp 38-40. Citado en: *Ibidem*.

<sup>72</sup> Informe español..., cit., p. 40. Citado en: *Ibidem*

<sup>73</sup> Cuando ambas aportaciones, como bien dice BANDRAC, son trascendentes (vid. Réflexions sur la maternité en Melanges offerts à P. Raynaud (Paris. Dalloz-Sirey. 1985). pp. 29 y ss.). Citado en: *Ibidem*

<sup>74</sup> *Idem*, pag 52 y 53

<sup>75</sup> Así se desprende de los Códigos de *Lipit-Ishtar* y de Hammurabi (siglo XVII a. de C.), aunque no daban todavía criterios de paternidad. La ausencia de cualquier presunción legal se manifiesta en las leyes asirías y babilonias posteriores. En las leyes Manú aparecen los primeros trazos de criterios que determinen la paternidad, con un principio legal según el cual el hijo pertenece a quien ejerce su poder sobre la madre. RIVERO HERNÁNDEZ. F: La presunción de paternidad..., cit., p. 164. Citado en: *Idem*. Pág. 204.

Es en el Derecho Romano donde va a tener inicio la regla *pater is est...*<sup>76</sup> con distintas etapas o manifestaciones: desde el *Tollere liberum*<sup>77</sup> hasta la regla *paulia* (senadoconsultos de *partu agnoscendo*<sup>78</sup>, siglo II).

El nacimiento constituye en Roma una de las tres formas, y la normal, de entrar a formar parte de la familia. Se hace miembro familiar el procreado en *iustae nuptiae*<sup>79</sup> por individuo varón de la familia sea *pater* o *filius*.<sup>80</sup>

Pero también podían entrar extraños en la familia mediante la adopción<sup>81</sup> o por *conventio in manu*.<sup>82</sup>

Se pueden distinguir en ese derecho tres «tipos» de parentesco: agnación, cognación y afinidad.<sup>83</sup>

Este pequeño recorrido histórico demuestra que ni siempre ha existido un mismo tipo de familia: ni se han entendido de la misma forma en cualquier tiempo paternidad y maternidad. La vinculación por la sangre no siempre era la base de la paternidad jurídica.<sup>84</sup>

<sup>76</sup> *Pater veri is est, quem nuptiaae demonstran*. Padre es aquel a quien señalan las justas nupcias. Acto de voluntad del padre por el que admite por anticipado los hijos que su mujer traiga al mundo en lo sucesivo, después del matrimonio. Según el Derecho Canónico, sería el efecto directo del matrimonio mismo, establecida en interés de los hijos, descansar en la confesión del marido. MARTINEZ DE MORETÓN Llamas, Ma. Lourdes. Régimen Jurídico de las presunciones. Pág 128 y 129 [http://books.google.com.mx/books?id=xpDt9tOzicsC&pg=PA71&lpg=PA71&dq=%22pater+is+est%22&source=web&ots=T1NnWjL7fb&sig=IQDRHBqrW6qVxcKqV2GPtFI1RNY&hl=es&sa=X&oi=book\\_result&resnum=1&ct=result#PPA68.M1](http://books.google.com.mx/books?id=xpDt9tOzicsC&pg=PA71&lpg=PA71&dq=%22pater+is+est%22&source=web&ots=T1NnWjL7fb&sig=IQDRHBqrW6qVxcKqV2GPtFI1RNY&hl=es&sa=X&oi=book_result&resnum=1&ct=result#PPA68.M1)

<sup>77</sup> *Tollere* o recogida del recién nacido equivalía a una especie de concesión del derecho a la vida. Ceremonia por medio de la cual el marido o el jefe del grupo familiar aceptaba o rechazaba al recién nacido que le era presentado, actitud que permitía o impedía su entrada en la familia en calidad de hijo y en algunos pueblos visto como reconocimiento de la paternidad. MARTINEZ DE MORETÓN Llamas, Ma. Lourdes. Régimen Jurídico de las presunciones. , *Op. Cit.*

<sup>78</sup> Dos Senado-consultos constituyen un importante hito en la presunción de paternidad legítima en Derecho Romano se refieren a los hijos nacidos después del divorcio y están en conexión con la obligación de alimentos por parte del padre. MARTINEZ DE MORETÓN Llamas, Ma. Lourdes. Régimen Jurídico de las presunciones , *Op. Cit.* .Pág 79

<sup>79</sup> El concubinato se contrae sin las formalidades de las “iustae” es necesaria la pubertad de las partes; no se requiere el consentimiento del paterfamilias; no podrá contraerse entre personas cuyo parentesco o afinidad los volvería incapaces para contraer “iustae nuptiae”. El concubinato es incompatible con el matrimonio no disuelto, no pudiéndose tener a la vez esposa y concubina. FLORES Macedo Alfonso. Derecho Romano. [http://www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/F/FloresAlfonso\\_DerRomano.htm](http://www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/F/FloresAlfonso_DerRomano.htm)

<sup>80</sup> SOLAZZI. S.: *Pater is est quem nuptiae demonstrant*, en “*Iura*”, 1956. pp. 131 y siguientes; LANFRANCHI. F.: D. 2, 4, 5, “*Pater is est...*” : *regula o definitio?* Arch. Giur.. 1968. pp. 262 y ss. No hay norma alguna en cuanto a la negación o reconocimiento de la paternidad. El *pater* podía ignorar al hijo y éste carecía de acción para reclamar ese vínculo. En la práctica social solía reconocerse al hijo mediante *tollere liberum*: Se depositaba al niño en el suelo, a los pies del presunto padre, y si éste lo recogía era desde entonces considerado como su hijo. Si no lo recogía, el niño era considerado *vulgo conceptus*. PEROZZI. S.: *Tollere liberum*, en *Studi Giurudici in onere di V. Simollcelli* (Nápoles. N. Jovene. 1917). pp. 213 y ss.: VOLTERRA: *Ancora in tema di “tollere liberos”, “iura”*, 1952. pp. 216-217; LANFRANCHI, F.: *Prospettive vecchie e nuove in tema di filiazione*, in *Studi in memoria de E. Albertario*, I (Milán, Dott. A. Giuffré. 1953). pp. 739 y ss.; *Ricerche sulle azione di stato nella filiazione*, in *diritto romano*, 2: La c.d. presunzione di paternità (Bologna, Nicola Zanichelli, 1964). ) pp 5-6 y ss.

Se conocen ya formas de delimitar y calificar los distintos hijos. Al concebido en *iusta nuptia* se denomina *iustus*: Así el nacido después de los 182 días de la celebración del matrimonio y antes de los 300 de su disolución. Podía el marido reconocer como hijo al nacido antes de los 182 días. Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. “Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial...”, *Op. Cit.*, Pág. 205.

<sup>81</sup> MONIER, R.: *A propos de l'adoptio plena du droit justiuie*, en *Studi in memoria de Albertoni I* (Padova, Cedam, 1935). pp. 233 y ss. ALBERTARIO, E.: In tema de adozione romana, en *Studi in memoria di U. Ruti* (Milano, 1934). pp. 667 y ss.; La *dodonna adoptante*, Arch. Giur., 1934. p. 167; CALONGE. A.: Problemas de la adopción de un esclavo, R.I.D.A., 1967. pp. 245 y ss. Citado en: *Ibidem*.

<sup>82</sup> Por la que entra la mujer en la familia del marido. Citado en: *Ibidem*.

<sup>83</sup> La agnación es el vínculo jurídico que une a los parientes por línea masculina que se encuentren bajo la potestad del mismo *pater familia* con independencia de sus vínculos sanguíneos, y la sucesión legítima se estima de acuerdo con la *adgnatio* (Gayo, 1, 156, *agnati sunt per viriles sexos personas cognatione iuncti quasi a patri cognati*.) La cognación es el vínculo de sangre que une a las personas descendientes de un tronco común en línea masculina y femenina. Se distingue en naturales o civiles si se fundamenta en vínculos de sangre o en la adopción. GAYO. 3. 10 llama *cognatio legitima* al parentesco establecido en línea de varón, es decir la *agnatio*. Citado en: *Ibidem*.

Así pues, aunque a partir del Derecho romano, tanto los países de influencia latina como los anglosajones, fueron definiendo el vínculo parental que se configuró por las circunstancias sociales y por las exigencias e las reglas morales que se implantaban en cada etnia, los lazos de sangre fueron instaurándose como criterio prioritario y la adopción sólo era una solución subsidiaria y ficticia jurídicamente para los matrimonios sin hijos, con un contenido más social o interesado según los diferentes momentos y sus correspondientes legislaciones.

El hijo deja de significar una propiedad del *pater* y se le considera una persona con derechos propios, vinculado al padre biológica y jurídicamente, como regla general. De esa relación el Derecho deduce una serie de consecuencias, derechos y deberes, que han configurado las relaciones paterno-filiales.

De alguna manera, los sentimientos tenían también su función y por la relevancia extrema en la construcción de estos conceptos. El sentimiento de paternidad no puede negarse, aunque no haya sido tan intuitivo como la maternidad.<sup>85</sup> Fue el ansia de inmortalidad en el hombre, posiblemente, lo que le hizo desear tener alguien que le prestara culto<sup>86</sup> y proveyese sus necesidades de ultratumba. Después las consideraciones económicas primaron sobre las religiosas e influyeron en la toma de conciencia sobre el «fenómeno» en sí y sobre su concepción jurídica.

Se puede decir, pues, que ni en la antigüedad, ni en tiempos más cercanos, la biología lo fue todo en la relación paterno-filial. La prueba están las distintas codificaciones realizadas a partir de la promulgación del Código Napoleón e incluso en normas anteriores donde se establecía la paternidad jurídica en base a presunciones legales o actos de voluntad, o favoreciendo, y a veces prohibiendo, la investigación de la paternidad.

Caer en el extremo de creer que la paternidad legal debe ser a todo trance biológica, o todo lo contrario, es olvidar multitud de factores que en forma compleja se entrelazan en el mundo de las relaciones humanas, podremos sostener acertadamente que lo legal debe tratar de coincidir con lo real siempre que sea posible (idea que se ha defendido hasta hoy frecuentemente). Sin embargo, cuando el punto de mira se presta a las relaciones de paternidad concebidas con ayuda de la ciencia, esa teoría o sólo se derrumba sino que se niega apostando por la importancia de la autonomía de la voluntad, del deseo, de la responsabilización, tomados como elementos irrefutables del concepto de paternidad que se sobrepone a cualquier vínculo de sangre.<sup>87</sup>

Ciertamente, la voluntad había tenido ya un importante papel creador durante años. Poco después, y nuestro C.c. desde 1981, se pretendía que el nacimiento fuera el título de atribución de la filiación, dejando a voluntad el papel de acreditador del vínculo jurídico.

---

<sup>84</sup> Se tenía en cuenta para los impedimentos matrimoniales. El derecho honorario y legislación imperial prestarán mayor atención al parentesco de sangre. Citado en: *Ibidem*

<sup>85</sup> DE CASTRO PÉREZ, F.: La prueba de los grupos sanguíneos..., op cit., p. 17. Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. "Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial...", *Op. Cit.*, Pág. 206.

<sup>86</sup> Empresa de consecución de inmortalidad que CARBONNIER parece ver negativamente representada en la inseminación *post mortem* (técnica que le parece contraria al orden público por ir dirigida directamente a conseguir este fin). vid. *Droit civil la famille*. 12ª. ed. (París, PUF, 1983), p. 24. Citado en: *Ibidem*.

<sup>87</sup> LAURUSSE-RIOU, c.: *Procréation, filiation et volonté individuelle, en Droit de la filiation et progrès scientifiques* (París, Económica, 1982). p. 71. Citado en: *Idem* Pág. 207.



Siendo únicamente la adopción el vínculo por excelencia cuyo fundamento reside en, la voluntad individual y crea relaciones parentales *ex nihilo*<sup>88</sup>.

Bien es verdad que tampoco hoy *ab initio*<sup>89</sup> nadie puede evitar que una declaración de voluntad (en la inscripción de un hijo nacido en el matrimonio o en el reconocimiento de uno extramatrimonial) origine un vínculo jurídico de paternidad o maternidad sin que entre los sujetos implicados exista lazo biológico alguno. Y es que, a veces, se consagran “mentiras jurídicas” porque es muy difícil comprobar la autenticidad de las declaraciones de este tipo que permiten que pueda imponerse la voluntad de los supuestos padres. El elemento volitivo ha tenido y seguirá teniendo un gran valor como criterio de paternidad, también el que el Derecho le atribuye o le permite<sup>90</sup>. La cuestión es si tal factor puede ser solo fundamento de una filiación que no sea la adopción.

¿Se puede decir que sólo hay un concepto originario de filiación y paternidad y que lo demás es una construcción a semejanza o imitación? O, por el contrario, ¿hay que afirmar que el concepto de paternidad es variable con el tiempo y los cambios sociales?

Por lo expuesto hasta aquí, se deduce que en cierta forma es variable, aunque mantiene mucho de su esencia en cualquier tiempo histórico.

Se dice ahora que con el resultado de las nuevas técnicas para la procreación estamos conociendo un nuevo sentido de la paternidad, o un nuevo tipo, que revoluciona los principios sentados por la tradición jurídica que ha de provocar inexcusables reformas en el actual Derecho de filiación de casi todos los países.

Esa novedad, no podemos sino referirla al significado de padre-progenitor: aquel que había aportado sus gametos (tanto el varón como la mujer) y con ello su dotación genética, que se ponían en contacto por medio de las relaciones sexuales. Esto es, hasta aquí la filiación por naturaleza se fundamentaba en la *vera copula*.<sup>91</sup>

Por otro lado, las acciones de reclamación e impugnación sólo tienen sentido en la definición de la paternidad pre eminentemente desde su contenido biológico, que se permitirá ignorar sólo en contados supuestos y por razones concretas de orden público o de bienestar del hijo. Incluso en las legislaciones más conservadoras se presume la coincidencia de biología y derecho en la relación filial; aunque no siempre suceda así, y en tales ocasiones prefieran la seguridad jurídica.

Para la mujer, el principio *mater semper certa est*, suponía la identificabilidad de la maternidad con la persona que alumbraba al hijo; no cabía otra posibilidad, salvo la adopción. Años atrás era impensable que dicha mujer no fuera además la madre genética. Circunstancia que política y legalmente se ha utilizado para que los nacidos no quedaran desprotegidos facilitando la determinación de ese lazo jurídico, también en la filiación no matrimonial<sup>92</sup>.

<sup>88</sup> *Ex nihilo nihili*: de la nada, nada. ELIAS Azar, Edgar. *Frases y Expresiones Latinas*, Op. Cit., pag. 110

<sup>89</sup> Desde el principio, *Idem*, pag. 2

<sup>90</sup> RAYMOND, G.: *Volonté individuelle et filiation par le sang*, en R.T.D.C.. 1982. Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. “Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial...”, Op. Cit., Pág. 207.

<sup>91</sup> Verdadera cópula. ELIAS Azar, Edgar. *Frases y Expresiones Latinas*, Op. Cit., pag. 419

<sup>92</sup> En esta filiación se ha visto como una necesidad que automáticamente al nacimiento el hijo ya contara jurídicamente con la protección de la madre que por la evidencia del parto no de hiera precisar de reconocimiento. Así se ha plasmado en convenios internacionales como los siguientes: Bruselas. 12 de septiembre de 1962: el de Cesme de 6 de septiembre de 1979 sobre filiación de hijos naturales: Convenio del Consejo de Europa de 15 de octubre de 1975 sobre el estatuto jurídico de los hijos

Inseminación artificial o fecundación *in Vitro* alteran esa seguridad, aunque paradójicamente aportan mayor fiabilidad en el conocimiento de la derivación biológica. La donación de gametos permite que no siempre quien da a luz coincida con la que aporte su material genético, como no siempre el marido o compañero de la que gesta el hijo es el progenitor que aparezca o quiera hacerlo como padre legal del mismo. Esa posibilidad unida al secreto con el que se suelen realizar las prácticas, para, dar a conocer lo menos posible el problema de fondo, la esterilidad, provocan hoy la consagración de auténticas ficciones.

Con las prácticas de fecundación asistida, se intenta primar también filiación del afecto, de la voluntad, de la intención de la apariencia, pero en el seno de una normativa ajustada a la filiación biológica. Por ello choque es inevitable.

No existirán problemas, en cambio, si los gametos utilizados son los de la pareja y no se lleva la gestación por una segunda mujer, porque el conflicto puede residir en la licitud o no de las mismas, su rechazo moral, pero no habrá enfrentamiento alguno con la regulación vigente de la filiación por naturaleza. Que el legislador pensara en la concepción por relación personal no es obstáculo insalvable para su extensión. La controversia se produce cuando se requieren donantes o madres subrogadas.

Parece entonces que si es precisa la redefinición jurídica de la paternidad (maternidad) y decidir la sincronización de la legislación con esa la estructura, tendremos que concretar primero cuáles son los nuevos supuestos, y en qué consisten.

### 1.3. Nuevas formas de los conceptos de paternidad y maternidad

“Todo ser humano -dice Rostand- comienza su existencia personal la forma de una simple célula, ínfimo glóbulo de gelatina translúcida, el huevo. Este huevo resulta de la fusión de dos células, salidas, respectivamente, del cuerpo de los padres.”<sup>93</sup> Mientras el padre sólo puede suministrar una célula, la madre además de aportar la que le corresponde lleva adelante nueve meses de gestación. Y ello si no concede mayor trascendencia a la madre, que puede hacerlo, le permite ser madre por evidencia, mientras que el padre, con cualquier método, se reconoce a fuerza de constricción social.<sup>94</sup> Al mismo tiempo esa doble función de la madre y la evolución científica pueden causar en adelante graves distonías que no surgen en la paternidad.

Pero los hijos no sólo «se engendran» con la carne, y el que crió y educó a un menor como hijo, el que lo ha hecho persona puede merecer más ser considerado en Derecho como

---

fuera del matrimonio. etc. En todos ellos, como en el Convenio de Roma de Derechos Humanos, se establece que la filiación materna queda determinada por el solo hecho del nacimiento (PEÑA, M.: Régimen de filiación y protección jurídica de la familia..., cit., pp. 135 y ss). Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. “Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial...”, *Op. Cit.*, Pág. 208.

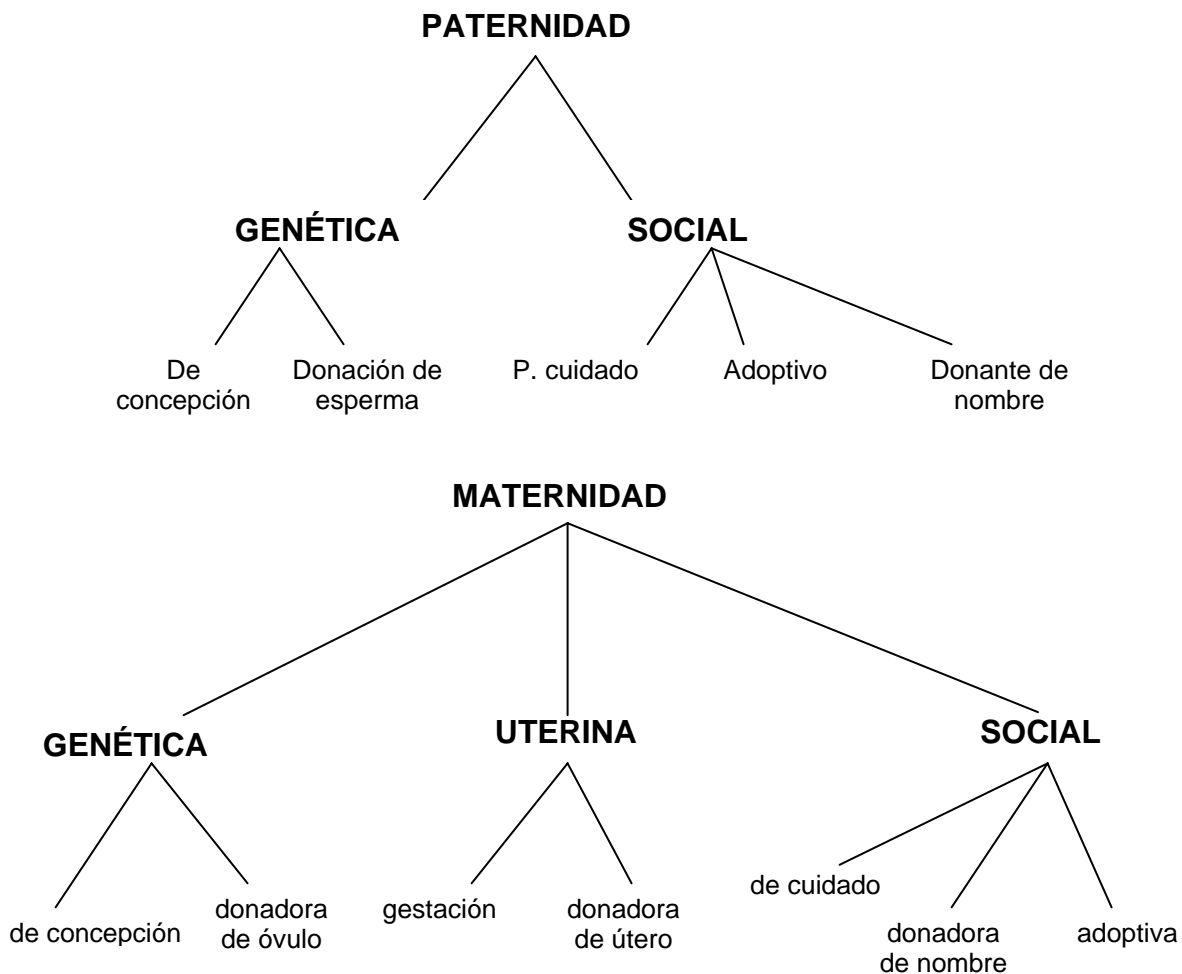
<sup>93</sup> ROSTAN, J.: El hombre, 4ª. ed. (Madrid, Alianza Edit., 1984). p. 31. Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. “Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación *In Vitro*”, Colección, Librería Bosch, Barcelona, España, 1988. ISBN 84-7698-045-0. Pág. 210.

<sup>94</sup> TRABUCCHI, A.: La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità, “Riv. Dir. Civ.”1982, p. 67. Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. “Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación *In Vitro*”, Colección, Librería Bosch, Barcelona, España, 1988. ISBN 84-7698-045-0. Pág. 210.

padre que quien lo es sólo por la genética.<sup>95</sup> De tal modo que resulta gratuito afirmar que no puede ser padre legal quien no aportó su código genético a la concepción.

Nos brinda Lombardi<sup>96</sup> unas clasificaciones sobre los nuevos y tradicionales tipos de paternidad, los datos que los caracterizan y que revelan la escisión de las facetas otrora unidas, salvo mínimas excepciones, por motivos diversos a la intervención de la ciencia.

Se pueden observar hoy separadamente según el autor:



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

<sup>95</sup> Es la tesis de B. Brecht en El Círculo de tiza caucasiando; vid. PEÑA, M.: Régimen de la filiación y protección jurídica de la familia ..., cit., p. 150. Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. "Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación *In Vitro*", Colección, Librería Bosch, Barcelona, España, 1988. ISBN 84-7698-045-0. Pág. 210.

<sup>96</sup> LOMBARDI VAILLAURI, L.; *Bioetica, potere, diritto, lus*, 1984, p. 50. Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. "Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación *In Vitro*", Colección, Librería Bosch, Barcelona, España, 1988. ISBN 84-7698-045-0. Pág. 210.

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

Stoyanovitch<sup>97</sup> señala la posibilidad de una especie de *multipaternidad*<sup>98</sup> que no puede quedar determinada legalmente en nuestro sistema. Dentro de tal confluencia de sujetos, hay que elegir al que se toma como padre. Para él, la paternidad en las técnicas con semen de donante está compuesta por tres sujetos:

- padre moral (el marido),
- padre instrumental (el médico),
- padre biológico (el donante).<sup>99</sup>

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

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

- «Hijo» del óvulo y semen de la pareja en tratamiento, gestado por la mujer de la misma.
- «Hijo» del óvulo de la mujer de la pareja, gestación por ella, y de semen de donante.
- «Hijo» de óvulo de gametos de la pareja, gestado por una segunda mujer.
- «Hijo» de óvulo de la mujer de la pareja, semen de donante y gestado por una segunda mujer.
- «Hijo» de óvulo donado, semen del varón de la pareja y gestado por mujer de la pareja.
- «Hijo» de óvulo de donante, semen del compañero y gestado por una tercera mujer.
- «Hijo» de óvulo de donante, que a su vez es la gestante, y semen del miembro masculino de la pareja.
- «Hijo» de óvulo de donante, a su vez gestante, y semen de donante.
- «Hijo» de óvulo y semen de donante, gestado por la mujer de la pareja.<sup>100</sup>

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

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

---

<sup>97</sup> STOYANOVITCH, K.: *La légitimité des enfants nés par suite de l'insémination artificielle, en France et aux Etats-Unis d'Amérique*, R.I.D.C.. 1956. pp. 264 y ss.; TAZZIOLI, Y.: *Inseminazione dei coniugi in diritto canonico*, R.D.M. e S.P.. 1966. p. 702, en el mismo sentido. LUTTGER de forma insólita señala al médico como sujeto potencial para la prestación de alimentos al concebido por IA (Medicina y Derecho penal, Madrid, "Edersa", 1984. p. 32). Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. "Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial...", *Op. Cit.*, Pág. 211.

<sup>98</sup> LABRUSSE-RIOU, C.: *Don et utilisation de sperme et d'ovocyte, Le point de vue d'un juriste, en Actes du Colloque: Genetique, procréation et droit* (París. Actes Sud.. 1985). p. 272. Citado en: *Idem*, Pág. 210.

<sup>99</sup> Resulta excesiva e inadmisibles esa atribución de paternidad al médico defendida en esos años pero que hoy se descarta con toda lógica. El médico facilita con su intervención técnica la procreación, pero él no genera, ni aporta gametos propios, ni la voluntad de la concepción, ni el cuidado del niño. Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. "Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial...", *Op. Cit.*, Pág. 210.

<sup>100</sup> Para hacer más gráfica y rápida la comprensión hemos utilizado esas expresiones sin ser del todo correctas y para abreviar quieren expresar que el nacido es fruto de esas aportaciones. Citado en: *Idem*, Pág. 213.

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

La situación ideal que reúne los factores biológicos, educacionales y afectivos en las mismas personas, o cuando no es posible por falta de los padres o desatención de éstos, se tomaban y se toman las medidas precautorias y subsidiarias o sustitutivas -no genuinas, pues- para que el niño pudiera disfrutar de unas condiciones de vida dignas y también un status de hijo, aunque sólo tuviera un principio de base legal.

El paralelismo que en muchas de estas situaciones nuevas se da, es claro. Parece razonable, incluso, que para referirse a los casos de embriones producto de donación a la pareja que quiere ostentar la paternidad legal, se aluda a la adopción<sup>101</sup>, aunque nada tenga que ver por su sentido y motivación con estas técnicas<sup>102</sup>.

La función social de la paternidad vemos que supera con mucho la dimensión física de la reproducción. No obstante, paternidad, maternidad y filiación, son también símbolos de una transmisión que ocurre entre los hombres en la vida,<sup>103</sup> y que es primordial y necesaria para que posteriormente podamos referirnos a todo el complejo de relaciones humanas.

Es importante, pues, mediatizar afirmaciones extremas, aunque apoyamos firmemente la idea de que el vínculo jurídico paternal se separa conceptualmente de la procreación física para asumir una cualificación jurídica con un valor distinto y propio, como se separan los conceptos sociales, psicológicos o educacionales del fenómeno que nos preocupa.

La relación de parentela que se expresa con referencia a la identidad e la sangre respecto a la estirpe de su proveniencia, tiene fundamento en la solidaridad que está inspirada por la comunión de origen independiente de aquellos elementos de genérica responsabilidad que son propios del acto generativo.<sup>104</sup>

La IAD o la FIV presentan la ventaja y la complicación de relativizar el parentesco biológico en interés de la que se considera como verdadera paternidad: paternidad afectiva, educativa, adoptiva. Recordemos una vez más que en este campo los conceptos estrictamente jurídicos se suavizan en función de la condición de la materia regulada, donde cuentan más los sentimientos que los requisitos legales. Nunca se podrá imponer el afecto al progenitor auténtico.<sup>105</sup>

---

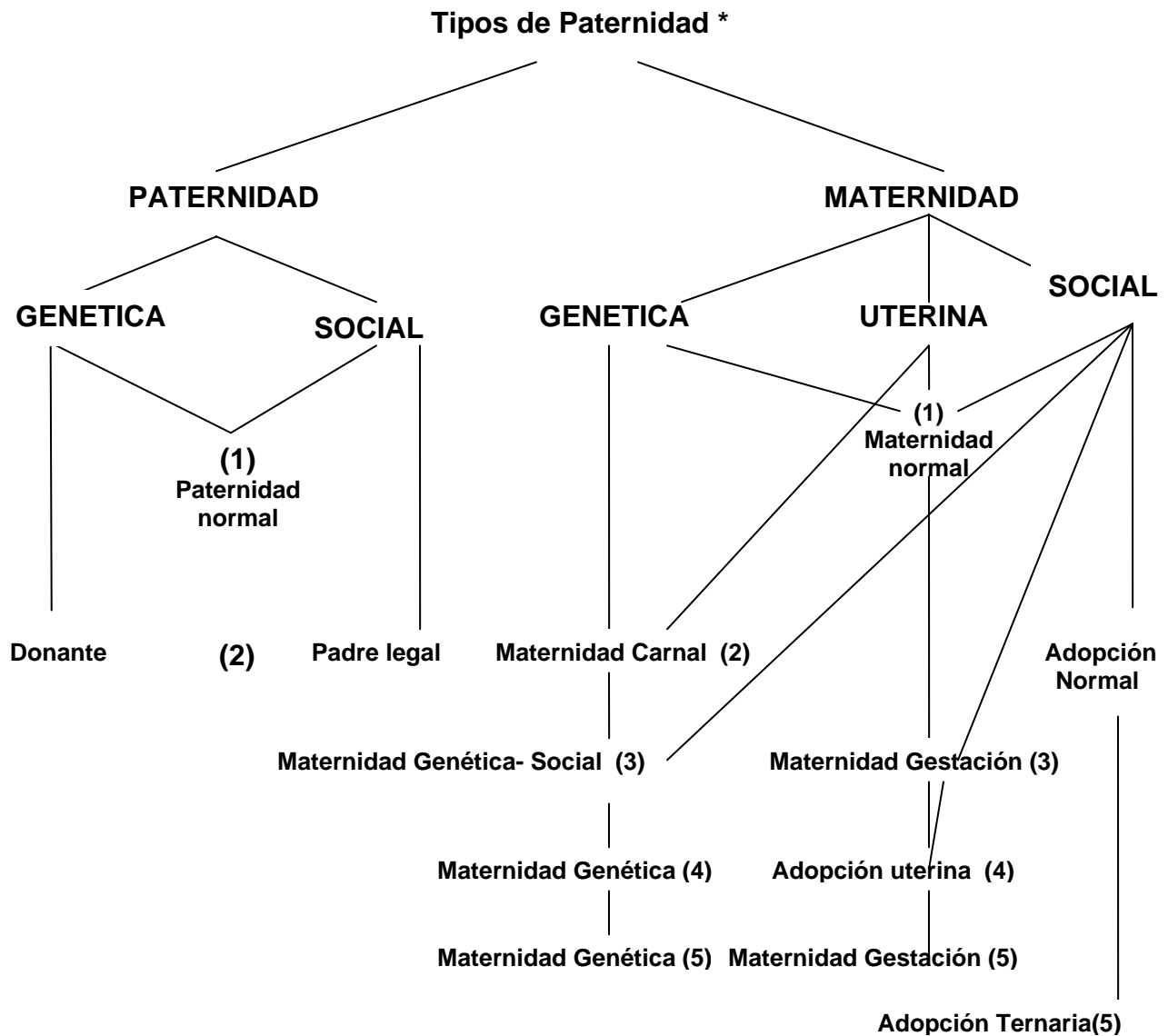
<sup>101</sup> GOBERT. M.: Les incidents juridiques des progrès des science biologique et medicale sur le droit des personnes, en Actes du colloque: Genetique, procreation ..., cit., p. 191 y ss.: la filiación por la voluntad va a conocer un campo inesperado e importante de aplicación, y la institución adecuada existe ya: la adopción. MORO ALMARAZ, María de Jesús. "Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial...", *Op. Cit.*, Pág. 214.

<sup>102</sup> CASTÁN TOBEÑAS. I.: Los problemas civiles de la llamada "*inseminación artificiales*", en el libro Homenaje a D. Juan Moneva Puyol (Zaragoza, 1954). p. 403. Citado en: *Ibidem*

<sup>103</sup> TRABUCCHI, A.: La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità. «Riv. Dir. Civ.». 1982. pp. 600 Y 607. Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. "Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial...", *Op. Cit.*, Pág. 215.

<sup>104</sup> TRABUCCHI, A.: *Op. últ. cit.* p. 612: *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, "Riv. Dir. Civ.", 1986, pp. 498 y ss.: Señala el autor que, la derivación biológica de los autores de la vida no agota la complejidad de las relaciones de paternidad y maternidad, que tienen un valor para el Derecho, no tanto cognoscitivo, sino en Llanto acompañan al hombre después del nacimiento. Citado en: *Idem*, Pág. 216.

<sup>105</sup> THIBAUT: Actes du colloque: Génétique..., cit., p. 49: PENA y BERNALDO DE QUIRÓS. M.: Régimen de la filiación y protección de la familia..., cit., pp. 168 y 169: "los hijos son más de quien los hace personas, que del padre biológico".



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

Si tenemos presente el esquema elemental por el que la paternidad consiste en el ligamen existente entre el acto del hombre y la mujer que participa y el fruto que nace de ella, está claro que en la hipótesis de algunos supuestos de la FIV el esquema ya no rige.<sup>106</sup> El que acude a esa práctica, o a otras similares, y recibe la donación de algún gameto, intenta

LLEDÓ y AGÜE. F.: Informe, da prioridad a la verdad formal sobre la biológica, abogando porque la posesión de estado sea el dato de referencia para estas técnicas. pp. 5, 6 y 7. Es más, para él, la ley debe amparar al que ética y socialmente se ha comportado como padre. Citado en: *Ibidem*

<sup>106</sup> TRABUCCHI. A.: Op. cit.. p. 622. Citado en: *Idem*, Pág. 217.

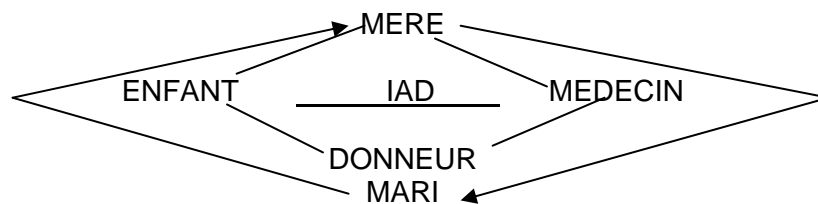
reproducir en el seno de su pareja la situación normal de la paternidad, que no puede alcanzar naturalmente y asume el convencimiento de que el hijo es biológicamente de ambos. De algún modo, si hubiera pretendido la adopción habría acudido a ella, a pesar de las dificultades actuales que también incentivan estos nuevos recursos.

Sin embargo, es importante recordar que las relaciones de paternidad han venido siendo, y algunos creen que por esencia,<sup>107</sup> una relación de exclusividad y unicidad. El padre para ser reconocido no puede ser más que uno, lo contrario conduciría a excluir la existencia de una relación: característica en prerrogativas y responsabilidades. La maternidad ofrece hoy complicaciones añadidas por su doble aporte ovárico y uterino que no dejan discernir claramente el papel que ha de ser prioritariamente protegido. El Informe español ha optado por la madre gestante, pero sin duda porque el parto, como hasta aquí, ofrece una mayor seguridad jurídica.

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

La eficacia de un reconocimiento que podría extenderse a la filiación matrimonial como determinante de la filiación, sirviendo así de solución jurídica al uso de las técnicas, con un significado negocial de asunción y operación de la verdad por la voluntad también es hoy discutible frente a cualquier acción de impugnación. Tendrían que prever los Códigos un reconocimiento de carácter constitutivo para evitar problemas.

Snowden y Mitchell<sup>108</sup> configuran gráficamente lo que denominan *famille artificielle* así:



En todo esto late la necesidad de los implicados de mantener el secreto de que se ha acudido a tales medios y la búsqueda de la mayor normalidad.<sup>109</sup> Se felicitan de que podamos contar los latinos con dos términos bien diferenciados: progenitor y padre.

La idea de paternidad se puede caracterizar, sin temor a error, como un «rol» complejo. Es decir, del padre se espera mucho: que sea el progenitor, y si no lo es que se diga claramente. Se espera que reemplace otras funciones en el seno de la familia. Es el modelo a observar por el niño, el jefe del hogar: juega un papel importante en la toma de decisiones; además la ley le impone derechos y obligaciones frente al hijo. Es, en definitiva, el representante de la familia en la comunidad.

<sup>107</sup> TRABUCCHI. A.: Op. cit., p. 624. Citado en: *Idem*, Pág. 219.

<sup>108</sup> SNOWOEN. MITCHELL.: *La famille artificielle. Reflexions sur l'insémination artificielle par donneur* (París, Anthropos, 1984). p. 17. . Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. "Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial...", Op. Cit., Pág. 219.

<sup>109</sup> SNOWDEN, MITCHELL.: *La famille artificielle...*, cit., p. 104. Citado en: *Idem*, Pág. 220.

El marido de una mujer, madre por IAD, puede perfectamente cumplir todos estos papeles a excepción de uno: no puede usar sin mentira el papel de progenitor. De otro lado, el donante no reemplazará las demás funciones, pero según los ordenamientos actuales no modificados, las responsabilidades legales podrían incumbirle.

Es esta falsificación ligada a la paternidad la que origina todo el ambiente misterioso de su práctica y la que precisa del anonimato a ultranza. Íntima y socialmente la veracidad biológica tiene mucha trascendencia todavía, y ésta es la auténtica cuestión.

Se ha llegado a un momento de la historia de la humanidad donde conceptos inveterados e inmutables se tambalean y sufren con el «terremoto» de la eclosión de los descubrimientos y los avances. La era de la ciencia y de la técnica ha comenzado su inmersión en la propia mente humana; y sentimientos e ideas se perciben trastocados.<sup>110</sup>

Así, es comparable un fuerte aumento de los que viven solos por muy diferentes motivos, provocando una proliferación de servicios en función del individuo independiente. De igual modo se incrementa el número de los que viven juntos sin vínculos legales. El sistema familiar pierde su unicidad adaptándose a las opciones individuales no uniformadas.<sup>111</sup>

Y mientras un sector importante elige deliberadamente la vida sin hijos, creando un estilo propio de independencia, otros, que no pueden tenerlos, buscan desesperadamente uno, aunque no estén casados<sup>112</sup>, y lo necesiten de la ciencia.

Surge también el fenómeno de las familias agregadas<sup>113</sup> por el aumento de matrimonios después de divorcio, aportando los hijos de los anteriores.

Las naciones tecnológicamente más avanzadas están actualmente llenas de nuevas formas familiares: matrimonios homosexuales, comunas, grupos de personas de edad que se reúnen para compartir gastos, agrupaciones de minorías étnicas, o matrimonios en los que uno y otro cónyuge vive y trabaja en lugares diferentes. BERNARD<sup>114</sup> dice, por ello, que «el aspecto más característico de matrimonio en el futuro será precisamente la diversidad de opciones abiertas a personas diferentes en sus relaciones mutuas».

Se ha llegado a ver, en las que deciden acudir a las nuevas técnicas para la reproducción, que proporciona ayuda para tener sus hijos, un nuevo tipo<sup>115</sup>.

---

<sup>110</sup> PISAPIA veía en 1964 con terror el día en que las experiencias de verdadera fecundación in Vitro -a las que se dedicaba el profesor PETUCCI- tengan éxito y también en día en que el nacimiento de un ser humano pueda ser realizado fuera del seno materno. Se preguntaba si un ser construido en estas condiciones podría calificarse de hombre y tendría los rasgos de un ser humano. En todo caso, el individuo estaría terriblemente solo, la noción de familia vendría a desaparecer y la humanidad se transformaría en un conglomerado de seres vivos a quienes no uniría ningún lazo de solidaridad, de afecto o de amor (*Offences against the family and sexual morality.*, en R.D.M. e S.P.. 1964. pp. 369 Y ss.). Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. "Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial... ", *Op. Cit.*, Pág.197

<sup>111</sup> TOFFLER. A.: La tercera ola (Barcelona, Plaza y Janés, 1980). p. 41. Citado en: *Idem*, Pág.197

<sup>112</sup> Al parecer, uno de cada siete niños norteamericanos es criado exclusivamente por padre o madre; en las zonas urbanas, uno de cada cuatro. A ello contribuyen los nacimientos fuera del matrimonio y las adopciones de mujeres u hombres solos (TOFFLER. A.: La tercera ola..., cit., pp. 253-254). Citado en: *Idem* Pág. 198.

<sup>113</sup> Analizada entre otros nuevos tipos por TOFFLER. A.: El shock del Futuro. 3: ed. (Barcelona. Plaza y Janés. 1984). p. 306. Citado en: *Ibidem*

<sup>114</sup> BERNARD. J.: *The future of marriage*, (Nueva York. Banlam hooks. 1973). pp. 302 Y 305. Citado en: *Idem* Pág. 199

<sup>115</sup> También el papel de los niños ha cambiado. Los tribunales se ven inundados de casos que implican redefinición de papeles a medida que se multiplican y ganan aceptabilidad las alternativas a la familia nuclear. Surgen así cuestiones; como: ¿Deben los compañeros no casados compartir sus bienes después de separarse? ¿Puede una pareja pagar a una mujer para que procee en su lugar un hijo mediante inseminación artificial? ¿Puede una lesbiana ser, "buena madre" y conservar la custodia de



Criadas en condiciones de «segunda ola», o de la sociedad industrial y de la promoción de la educación general, firmemente educadas en la idea de que una clase de familia es «normal» y otras un tanto sospechosas, si no «aberrantes», gran número de personas mantienen una actitud de intolerancia ante la nueva variedad de estilos familiares. Además, las leyes y organizaciones comunitarias siguen implícitamente orientados hacia la familia nuclear. Las nuevas agrupaciones sufren una discriminación sutil y abierta<sup>116</sup>.

Una sociedad en transformación y en cambio, también lo es de contradicciones. Por eso los mismos parámetros han de explicar que se empleen grandes esfuerzos en la concepción de un «bebé probeta», al tiempo que cada año se inmolaba a doscientos mil seres humanos por el aborto<sup>117</sup>; o deja sin atender sanitariamente grandes núcleos de población.

Cuando interrogantes semejantes ya estaban en la mente y en las palabras de muchos, distintos acontecimientos se suceden provocando las más encendidas polémicas: sobre todo con la publicidad de ciertos casos de las llamadas «madres de alquiler»<sup>118</sup>.

No obstante, el mayor miedo lo provoca la «comercialización». BLÁZQUEZ, incluso, lo deduce como único hilo conductor del *Warnock Report*, cuya ética utilitarista se reduce a la preocupación por ese punto sin profundizar en aspectos intrínsecamente humanos, y en las raíces éticas del problema<sup>119</sup>.

Padre o madre y progenitor ya no coinciden en el mismo sujeto siempre. Educación y lazos biológicos se valoran separadamente y con preeminencia para el primero en muchas ocasiones. La satisfacción personal se antepone al sacrificio y al inmovilismo ante problemas dados; y el ser humano se lanza a la conquista de ciertos imposibles de las décadas anteriores.

Ante esta situación el Derecho, que se ciñe a comportamientos clásicos, se aleja de los fenómenos precisando de una interpretación amplia o de una modificación para que las leyes no pierdan su utilidad y sentido<sup>120</sup>, recobrándose así la seguridad jurídica también respecto a nuevos presupuestos. Y, sin embargo, la solución no puede ser tan simplista como sería sustituir una regulación por otra más adaptada a los nuevos tiempos. Carbonnier<sup>121</sup> es partidario de no legislar más. Los jueces con sus decisiones y el derecho común pueden llenar los vacíos que se produzcan.

---

su hijo después de divorciarse? (un tribunal americano dijo que sí.) ¿Qué es lo que se entiende por ser Buen padre o buena madre?. Citado en: *Ibidem*

<sup>116</sup> TOFFLER, A.: La tercera ola..., cit., p. 265. Citado en: *Ibidem*

<sup>117</sup> Documento de los Obispos franceses sobre los problemas morales de la biogenética, "ABC", 23-11-1984, p. 46. Citado en: *Ibidem*

<sup>118</sup> "El Médico", 11-1-1985; Madres alquiladas; El primer bebé nacido de una madre alquilada en el Reino Unido desencadena fuertes polémicas, *ibidem*; "El País", 15-1-1985: Un Juez entrega la niña de madre alquilada a la pareja que la encargó (por C. MENDO). p. 21; Diario 16... 16-1-1985: Bebés de madres alquiladas. La decisión del Tribunal reaviva la polémica (por C. BERBELL). pp. 31 a 33; «ABC...», 20-1-1985: Polémica por el destino dado por el juez británico a la niña de madre alquilada. Para las leyes inglesas se trata de una hija ilegítima (A. BARRA). p. 55; «ABC...», de 27-1-1985; El l'amado «alquiler de madres» en la inseminación artificial. Un problema jurídico: ¿Quién es la madre legalmente? (por L. MARTÍNEZ CAICERRADA), p. 51, dan una mínima muestra de la conmoción popular manifestada a través de la prensa. Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. "Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial...", *Op. Cit.*, Pág. 200.

<sup>119</sup> BLÁZQUEZ, N.: Valoración ética del "Warnock Report" sobre fertilización humana y embriología..., cit., pp. 5, 19 y 36. Citado en: *Ibidem*

<sup>120</sup> FLORES MICHEO, R.: La realidad, maestra de las leyes, en "La Ley", 1980. pp. 1041 y ss. Citado en: *Idem* Pág. 201.

<sup>121</sup> CARBONNIER, J.: *Actes du colloque: Génétique, procreation et droit* (París, Actes Sud. 1985) pp. 79-84. FLORES MICHEO, R.: La realidad, maestra de las leyes, en "La Ley", 1980. pp. 1041 y ss. Citado en: *Ibidem*.

Son muchos los factores implicados ajenos a los jurídicos mucho más insalvables que ese criticado conservadurismo del Derecho. Las diferentes concepciones éticas, las corrientes en defensa de la naturaleza del hombre liberado de la técnica, etc., son el contrapunto a nuestra civilización, y ofrecen resistencia a una orientación con consecuencias poco previsibles o desconocidas.

A la vista de estas notas deberíamos preguntarnos si el Derecho admite un sentido de paternidad no puramente biologicista.

#### 1.4. Definición de subrogación

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

- "Subrogar" es "Subsistir o poner una persona o cosa en lugar de otra";
- "Delegar" es "Dar una persona a otra la jurisdicción que tiene por su dignidad u oficio, para que haga sus veces o conferirle su representación";
- "Incubar" es "Ponerse el ave sobre los huevos para sacar pollos";
- "Sustituir o "Substituir" es "Poner a una persona o cosa en lugar de otra".<sup>122</sup>

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

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

"Llevar o sustentar la madre en sus entrañas el fruto vivo de la concepción hasta el momento del parto."<sup>123</sup>

Pero además de todos los aspectos contractuales, penales y éticos de la maternidad gestante, no debe perderse de vista el punto que interesa, es decir, con relación a la imputación de la maternidad. Este rubro, sin duda alguna, implica serios inconvenientes en estos procedimientos pues debe precisarse si la imputación de ese nexo materno filial se hará privilegiando, el lazo biológico o el vínculo de la gestación.<sup>124</sup>

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

- a) La determinación de la maternidad.
- b) El derecho a interrumpir el embarazo.
- c) El derecho de la madre gestante a no entregar al menor.
- d) El derecho a repetir lo pagado, cuando la madre portadora se niega a entregar al menor.
- e) La revocabilidad del contrato (en este caso los momentos en los cuales se puede

<sup>122</sup> Real Academia Española, Diccionario de la ...op. cit., p. 429, 739, 1223 y 1224. Citado en: LÓPEZ FAUGIER, Irene. "La prueba científica..." , *Op. Cit.*, pág. 285

<sup>123</sup> Real Academia Española, Diccionario de la ...op. cit., p. 664. Citado en: *Idem* pág. 286

<sup>124</sup> Cfr. Julio César RIVERA, op. cit., p. 360. Citado en: *Idem*, pág. 285

dar esa revocación).

f) La aplicabilidad o no de las presunciones de paternidad.'

g) La necesidad de la autorización expresa del marido de la madre gestante.

h) La posibilidad de impugnar la maternidad.

i) Los posibles derechos hereditarios del menor, cuando sus progenitores biológicos mueren durante la gestación.<sup>125</sup>

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

Desde dos puntos de vista: de su significado y de lo que indica la ley. La que me interesa de estas dos formas es la primera, la que alude a su significado.

"El término "subrogación" en cualquier caso, evoca la idea de una sustitución, la cual puede ser de una cosa por otra o de una persona por otra."<sup>126</sup>

Así, "Subrogar significa precisamente 'sustituir'<sup>127</sup> o cambiar una cosa o persona por otra.

De esta manera, hablar de maternidad subrogada es hacer alusión a la sustitución o cambio de una persona por otra, es decir, de una mujer por otra. Esto resulta muy importante, debido a que suele creerse que la subrogación a que alude la maternidad subrogada es la que menciona la ley y no es así.<sup>128</sup>

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

Para Delgado Calva:<sup>129</sup>

"Subrogación es la sustitución o cambio de una cosa o de una persona por otra".

Se busca integrar elementos como la palabra sustituir, sinónimo de subrogación, debido a que algunos autores manejan la maternidad subrogada como maternidad sustituta, lo que no quiere decir que se hable de algo distinto. El concepto que también señala que la subrogación no sólo implica la sustitución o cambio de una cosa; es además la sustitución o cambio de una persona.

#### 1.4.1. Definiciones de maternidad subrogada

En la maternidad subrogada debe ser importante saber quién es la que aporta el óvulo, ya que a este aspecto no se le ha dado la debida importancia, pues si la solicitante no aporta el material genético, o sea, el óvulo, entonces cómo puede alegar ser la madre del niño. Podría serlo sólo si lo adopta, de acuerdo a lo que la ley señale. En cambio, si la solicitante es la

<sup>125</sup> Cfr. Julio César RIVERA, op. cit., p. 360. Citado en: *Ibidem*

<sup>126</sup> GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho de las obligaciones, Editorial Porrúa, México, 2002, pág. 1039

<sup>127</sup> BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, Obligaciones civiles, Editorial Oxford, México, 2002, pág. 339

<sup>128</sup> DELGADO CALVA, Ana Soledad. "La Maternidad Subrogada: un Derecho...", *Op. Cit.*, pags 35 - 37

<sup>129</sup> *Idem*, pag 37

que aporta el óvulo, se crean lazos muy fuertes entre ella y el bebé: la consanguinidad, la herencia, las características físicas y de personalidad.<sup>130</sup>

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

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

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

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

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

Todas las denominaciones tienen por objeto indicar la solicitud que se hace a una mujer para que gestar. No obstante, no todas las denominaciones son en realidad correctas, madres de alquiler, madres portadoras, alquiler de vientre y alquiler de útero, apunta Delgado Calva. Así, las denominaciones que a este autor no le parecen correctas son: maternidad de alquiler o En cuanto a la maternidad de alquiler, en virtud de que no se trata de un contrato de arrendamiento.<sup>131</sup>

---

<sup>130</sup> DELGADO CALVA, Ana Soledad. "La Maternidad Subrogada: un Derecho...", *Op. Cit.*, Pags 39 y sigs

<sup>131</sup> *Idem*, pags 41 y sigs

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

Uno de ellos dice que la maternidad subrogada es *"la práctica mediante la cual una mujer gesta un niño por otra, con la intención de entregárselo después del nacimiento."*<sup>132</sup>

Respecto a este concepto, una mujer geste un niño por otra, a fin de entregárselo al finalizar el embarazo, sin embargo no se especifica qué tipo de mujer va a ser la subrogante ni quién va a ser la subrogada. Es decir, si la subrogante o subrogada son casadas, concubinas o solteras, pues de ser así, cualquier mujer puede convenir con otra para que geste y conciba un hijo, sin importar si una u otra vive en matrimonio, concubinato, es soltera, incluso podría ser lesbiana.<sup>133</sup> Por eso es importante que se determine claramente qué tipo de mujer es la que puede solicitar la maternidad subrogada y quién puede fungir como madre subrogada.

Algo parecido dice el concepto de Pedro Silva Ruiz y Jaime Vidal. Estos dos autores dicen que la maternidad subrogada *"es el caso de la mujer fértil que acuerda ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado y gestar y dar a luz el hijo que una vez nacido será entregado al dador de semen y su esposa."*<sup>134</sup>

En este concepto se habla de una mujer que se presta a gestar y dar a luz un bebé con el semen de un hombre casado. Respecto al óvulo de la esposa no dice nada. De alguna manera, el hecho de que se hable de una pareja unida en matrimonio es ya un avance, sin embargo, no se menciona si la mujer subrogada es casada, concubina o soltera, lo cual si es una importante omisión, debido a que es necesario saber qué tipo de persona será la que de a luz al niño, pues si esta mujer resulta casada o concubina entonces tiene un esposo o una persona que es como un esposo, entonces por esta simple relación será legalmente el padre del bebé y por eso tendrá derecho a reclamarlo como suyo. Si no existe un concepto que aclare esta situación y si tampoco en la ley se dice nada al respecto no se podrá determinar quiénes son padres del bebé, sobre todo en lo que concierne al aspecto jurídico.<sup>135</sup>

Otro concepto es el siguiente: La maternidad subrogada es el *"contrato de una mujer con una pareja casada, para inseminarse artificialmente con el semen del esposo de aquella otra mujer para concebir, gestar y dar a luz un niño a cuya custodia renunciará para que sea adoptado por la esposa de aquél con cuyo semen fue inseminada."*<sup>136</sup>

El concepto que a continuación contiene elementos casi idénticos al anterior, excepto por que en este ya se menciona el contrato de subrogación, el cual denomina contrato de gestación, para lo cual establece ciertas palabras como alquiler o pareja contratante, lo cual ya habla de una relación contractual. Dice lo siguiente: *"La maternidad subrogada... implica el alquiler de las funciones reproductivas o del organismo de la mujer y la renuncia de sus derechos como madre biológica a favor de la pareja contratante, ora en función del propio*

---

<sup>132</sup> HURTADO OLIVER. Xavier. El derecho a la vida ¿y la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido. Problemas éticos, legales y religiosos, Editorial Porrúa, México, 1999, pág. 54.... Citado en: *Idem*, Pag 44

<sup>133</sup> *Ibidem*

<sup>134</sup> Jurisprudencia Argentina. 1989. IV, pág. 806 Citado en: DELGADO CALVA, Ana Soledad. *"La Maternidad Subrogada: un Derecho..."*, Op. Cit., pag 45

<sup>135</sup> *Ibidem*

<sup>136</sup> KEANE, N. Y D. Breo, The surrogate mother, Everest House Publishers, New York, 1981, pág. 12. citado en *Idem* pag 46

*contrato de gestación, ora en virtud de la adopción del niño por parte de la mujer o de la pareja contratante.*"<sup>137</sup>

Un concepto de Zannoni, que agrega algo interesante, habla del embrión de una pareja que se implanta en el útero de otra mujer, lo cual señala que no es sólo el óvulo de la mujer que solicita el bebé, o únicamente el semen de su esposo, sino ambos, lo cual da origen a un embrión, el cual es colocado en el cuerpo de la mujer subrogada. El concepto dice: "La maternidad subrogada se da cuando el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer, que llevará a cabo el embarazo y dará a luz el hijo en beneficio de esa pareja".<sup>138</sup>

Es importante que exista un concepto que contenga los suficientes elementos para que se describa qué es la maternidad subrogada, quienes pueden participar de ella y cuál será el instrumento por medio del cual se obliguen las partes, pues lo que se pone en juego no es una cosa sino la vida y futuro de un bebé y de los involucrados, al cual el Estado protege mediante sus cuerpos jurídicos<sup>139</sup>

La maternidad de sustitución incluye una serie prácticas que han sido ampliamente rechazadas, aunque no unánimemente, y de hecho se realiza de forma habitual sobre todo en los Estados Unidos. Quizás esta casi unanimidad en la condena de una práctica relativamente marginal hace pensar que todos los miedos y reservas con respecto a la reproducción asistida se han concentrado aquí.<sup>140 141</sup>

Esta práctica consiste en un acuerdo por el que una mujer se compromete a llevar a cabo una gestación para una pareja, abandonando toda pretensión de maternidad al producirse el nacimiento, y permitiendo la adopción por parte de la pareja contratante. El embarazo se consigue por medio de alguna técnica de reproducción asistida, habitualmente usando el semen del hombre de la pareja contratante, que de esta forma se convertirá en padre de la criatura. De esta forma la adopción tendrá que ser realizada únicamente por su esposa, lo cual facilitaría la operación, y más desde el momento en que el hijo o hija convivirá con ellos desde el principio.<sup>142</sup>

Sin embargo se pueden derivar problemas del hecho de que la madre subrogada esté a su vez casada. Sobre todo en el caso de que decida no entregar a la criatura, ya que en general

<sup>137</sup> DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. La fecundación in vitro y la filiación, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1993, pág. 204. Citado en *Ibidem*

<sup>138</sup> Jurisprudencia Argentina, Op. Cit., pág. 805. citado en *Idem*, pag 46 y 47

<sup>139</sup> *Idem*, pag 47 y 48

<sup>140</sup> Existen numerosas denominaciones para esta práctica, aunque ninguna resulta totalmente satisfactoria. En inglés, el idioma en el que se nombró por primera vez, hay entre otras *surrogacy*, *surrogate motherhood*, o *gestational motherhood*, traducidas literalmente a diferentes idiomas; variantes distintas son desde el francés *mere porteuse*, *mere de substitution*, *mere de remplacement* o *prêt d'uterus*. Pero aun se puede mencionar 'locación de útero', 'maternidad de alquiler', 'maternidad de encargo', 'madre suplente', y seguramente algunas más. Citado en: LEMA AÑÓN, Carlos. "Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida", Colección Estructuras y Procesos, Serie de Derecho, Trotta, Madrid España, 1999. ISBN 84-8164-312-2, pag 137

<sup>141</sup> Entre los juristas españoles que se han ocupado específicamente del tema (sin contar las numerosas referencias en el marco de discusiones generales sobre las técnicas de reproducción asistida), se cuentan: P. Silva Ruiz, "El contrato de maternidad sustituta suplente o subrogada: la maternidad de alquiler": *Tapia* 36 (1987), pp. 78-81; F. Lledó, El alquiler de útero y el problema de las madres sustitutas o por encargo, en *La filiación a finales del siglo XX*, cit., pp. 287-346; C. Moreno-Luque, "Reflexiones en torno a la gestación por cuenta ajena", *ibid.*, pp. 409-412; C. Hernández, "La atribución de la maternidad en la gestación contratada", *ibid.*, pp. 421-430, y "La Ley de 22 de noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida: Consideraciones en torno a la fecundación post-mortem y a la maternidad subrogada": *Actualidad Civil* 48 (1988); J. M. Martínez-Pereda y J. M. Massigoge, *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*, cit. Una de las frecuentes discusiones, en la que participan algunos de los citados y otros, es la *naturaleza jurídica* de este contrato, entre arrendamiento de obra, de servicios, contrato atípico, compraventa, adopción prenatal, renuncia anticipada a la maternidad, etc. Citado en: LEMA AÑÓN, Carlos. "Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico ...", *Op. Cit.*, pag 137

<sup>142</sup> J. Costa-Lascaux, "Mujer, procreación y bioética", cit Citado en: *Ibidem*

existiría una presunción de paternidad en favor de su marido, que se puede ver reforzada por la posesión de estado. La reivindicación de la paternidad por parte del hombre de la pareja contratante puede ser relativamente sencilla si aportó el semen para la fecundación, pero prácticamente imposible si proviene de un donante anónimo.<sup>143</sup>

De forma habitual la madre gestante acepta realizar la operación a cambio de una determinada suma de dinero, y por medio de un contrato en el que se estipulan distintas cláusulas en previsión de ciertas eventualidades que se puedan producir. En los Estados Unidos, donde se producen la mayoría de estos acuerdos, la práctica es facilitada por un tercero (el broker) que pone en contacto a las partes y gestiona el contrato. El broker selecciona a las madres subrogadas, supervisa su fecundación, el cuidado médico durante el embarazo y el nacimiento, al tiempo que elabora el contrato especificando los derechos y las obligaciones de las partes. En compensación por sus servicios las parejas le pagan una tarifa sustancial, además del pago a la madre subrogada y de los gastos en que ésta incurra.<sup>144</sup>

Existen varios motivos por los que se suele acudir a esta práctica. Por parte de la gestante generalmente por motivos económicos.<sup>145</sup> Por parte de la pareja contratante los motivos pueden ser que la mujer sea incapaz de concebir o de gestar por causas físicas o psicológicas, o que no desee hacerlo: para no transmitir una enfermedad, por motivos laborales, etcétera.<sup>146</sup>

Se puede distinguir entre dos tipos de maternidad subrogada:

- Parcial: la madre gesta un embrión genéticamente relacionado con ella
- Completa: la madre gesta un embrión que no fue fecundado a partir de un óvulo suyo.<sup>147</sup>

El tratadista Zannoni, dice:

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

La maternidad subrogada o maternidad sustituta, se da en el primer caso, ya que en el segundo, la mujer inseminada es genéricamente la madre del hijo concebido, pues ella es quien aporta el óvulo que es fecundado con el esperma ajeno. En cambio la verdadera subrogación presupone que el embrión es ajeno, esto es que ha sido implantado en una

---

<sup>143</sup> B. M. Knoppers y S. Le Bris, “Maternité de substitution”, en *Les mots de la bioéthique*, cit., p. 264. Citado en: *Idem*, pags 138

<sup>144</sup> C. Overall, *Human reproduction: principles, practices, policies*, Oxford University Press, Toronto, 1993, p. 120. Citado en: *Ibidem*

<sup>145</sup> Se han estudiado y destacado otro tipo de motivos en grupos de mujeres que se ofrecieron como madres gestante, pero interesadamente, como respuesta a las objeciones de comercialización (cf. Taboada, *La maternidad tecnológica*). También a veces salen a la luz casos en los que como madre sustituta actúa una madre o una hermana de la mujer que se ocupará de la criatura. Son casos en los que los esquemas familiares se complican hasta el extremo. Citado en: LEMA AÑÓN, Carlos. “Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico...”, *Op. Cit.*, pag 138

<sup>146</sup> R. Tong, “Reproductive Technologies: Surrogacy”, en *Encyclopedia of Bioethics (revised edition)*, cit., p. 226. Citado en:

*Ibidem*

<sup>147</sup> *Ibidem*

mujer que no ha aportado sus óvulos para la procreación".<sup>148</sup> Este deslinde queda poco claro considerando los otros conceptos.

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

- a) *La mujer que lleva la gestación de un embrión implantado en su útero, que le es genéticamente ajeno, obtenido mediante la unión de gametos de donadores, con el compromiso de entregar al niño, inmediatamente después del nacimiento, a quien ha encargado o contratado la gestación, y*
- b) *la mujer que lleva la gestación de un embrión a cuya procreación ha colaborado con la donación de un óvulo propio, fecundado mediante inseminación con espermatozoides de un hombre diverso de su marido, con el compromiso de entregar el hijo, después de nacer, a quien ha encargado o contratado la gestación.*<sup>149</sup>

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

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

La maternidad subrogada la clasifica de:

- Comercial, cuando por prestar el útero, se paga una cantidad de dinero; y
- Altruista o gratuita, cuando por prestar su útero, no se le remunera, cuando más la pareja paga los gastos del embarazo y del parto.<sup>150</sup>

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

- Total, cuando la mujer contratada es inseminada aportando sus propios óvulos,
- Parcial cuando solamente es gestadora del embrión fecundado in vitro que le ha sido transplantado.
- Comercial y la mujer contratada reciba una compensación económica
- Altruista, la mujer contratada no reciba una compensación económica por la gestación.<sup>151</sup>

<sup>148</sup> Ponencia presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia. Cáceres, España, octubre de 1987. Citado en: MENDOZA GARCÍA, Isidro. "Problemática jurídica de la Maternidad Subrogada", Tesis para obtener el Título de Licenciado en Derecho. Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, pag 80.

<sup>149</sup> Soto Lamadrid, Miguel Ángel. Biogenética, filiación y delito: la fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho. Argentina, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, 1990, p. 318. Citado en: MENDOZA GARCÍA, Isidro. "Problemática jurídica de la Maternidad Subrogada", *Op. Cit.*

<sup>150</sup> MENDOZA GARCÍA, Isidro. "Problemática jurídica de la Maternidad Subrogada", *Op. Cit.*, pag 81

<sup>151</sup> HURTADO OLIVER, Xavier. "El Derecho a la vida...", *Op. Cit.*, pag. 55



Una definición *alquiler de vientres*<sup>152</sup>, cuestión a la que antes hemos hecho referencia, mediante la cual se conviene con una mujer, habitualmente mediante un pago en dinero, en gestar un óvulo de quien encargó al niño -aunque también puede ser de una tercera persona-, fecundado con gametos ya sea del marido de aquella o de un tercero, para luego entregar al hijo a quien se lo encargó. Se produce, de tal manera, una disociación entre la generación de un ser humano y su gestación, para procurar satisfacer un deseo de ser madre, que si en sí mismo es ciertamente loable, no tiene un carácter absoluto, no pudiendo emplearse cualquier medio para satisfacerlo.

Puede también ocurrir un caso semejante, que es el que con mayor frecuencia se produce, consistente en que además de su útero, la llamada madre portadora o sustituta también aporte sus óvulos. Aunque se dice que este supuesto no es el característico de esta figura o, al menos, no es el genuino<sup>153</sup>

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

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

Hay relatos en el Génesis<sup>154</sup>, pero de ellos no puede deducirse la legitimidad de las madres de alquiler y mucho menos de la comercialización del «servicio». Es indiscutible, en cambio, que el recurso al embarazo en otras mujeres para tener un hijo, aprovechando la precaria situación económica de éstas ha existido siempre<sup>155</sup>.

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

---

<sup>152</sup> Se ha calificado de poco jurídica a esta terminología, debido a que el ser humano no se alquila (O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, en el Prólogo del libro de MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. MASSIGOGUE BENEIGU, J. M., *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*. cit.). Citado en: SAMBRIZZI, Eduardo A., "La procreación asistida y la manipulación del embrión humano", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2001. ISBN 950-20-1339-5, pag. 109

<sup>153</sup> ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de familia*, cit., T.II, 2ª ed., ps. 490 y 491, parágr. 1062; LoYARTE, Dolores - ROTONDA, Adriana E., *Procreación humana artificial: Un desafío bioético*, cit., p. 319; W AGMAISTER, Adriana M., "Maternidad subrogada", en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, nro. 3, Buenos Aires, 1989, p. 20,11; SAPENA, Josefina, *Fecundación artificial y derecho*, cit., p. 139, que afirma que en este caso no se está en presencia de un mero alquiler de vientre, sino de una compraventa de niños; SILVA RUIZ, Pedro F., "Manipulación de embriones humanos", cit., en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, nro. 7, p. 87; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. - MASSIGOGUE BENEIGU, J. M., *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*. cit., p. 68, quienes manifiestan que el fenómeno genuino se presenta en el contraste entre lo genético y lo biológico, entre la fecundación y el parto. Citado en: SAMBRIZZI, Eduardo A., "La procreación asistida y la manipulación...", *Op. Cit.*, pag. 109

<sup>154</sup> CLARKE. R.: *Les enfants de la science* (París. Stock. 1984). p. 111. Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. "Aspectos Cíviles de la Inseminación...", *Op. Cit.*, Pág. 260.

<sup>155</sup> En un poema alemán realizado entre los años 1847 a 1859, titulado: «Madre e hijo», Hebbel exponía el caso de una madre «alquilada», aunque el autor no pensó en intervención médica. Pero el médico ya cumplía su papel de intermediario entre un matrimonio rico y uno joven de criados al que se le obligaba a entregar su hijo, bajo promesa de dinero (vid. HANAN. P.: *Muter und Kind -Zu einen gedicht von Friedrich Hebbel*. FamRZ., 1985. pp. 991-992). Citado en: *Idem*, Pág. 261.

Rubeullin Devichi<sup>156</sup> ha llegado a comparar estos acuerdos con los contratos de prostitución: se alquila una parte del cuerpo. Si bien se matiza por otros, ya que es todo el organismo el que se pone a disposición en el embarazo<sup>157</sup>. Pero este tipo de contratos de nada sirve prohibirlos, aunque el Derecho no puede prestar asistencia a la ejecución de los mismos.

El Instituto Español de la Mujer, en su informe presentado a la Comisión parlamentaria pide restricciones en la autorización de estas técnicas.<sup>158</sup> Mientras, para otros, es un acto que corresponde a la libertad de la propia mujer<sup>159</sup>.

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

Por regla general, ha existido hasta ahora una buena voluntad entre quienes se prestaron a su realización, por entregar el hijo gestado. Sin embargo, en todo el mundo no deja de ser una especie de *gentlemen's agreement*<sup>160</sup> el acuerdo entre la pareja que quiere el hijo y la gestante, portadora (sólo lleva a cabo el embarazo) o sustituta (también aporta su óvulo)<sup>161</sup>.

Se ha venido cubriendo de jurisdicción de las más diversas formas: desde la inscripción como hijo legítimo de los que «solicitaron» el embarazo, o bien con un reconocimiento del hombre que aportó el semen y una adopción por parte de la esposa de éste. Porque, además, en la mayoría de los supuestos actuales se ha requerido que la mujer que iba a gestar también aportara su óvulo<sup>162</sup>.

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

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

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

<sup>156</sup> RUBEULLIN DEVICHI. J.: *Lu gestation pour le compte d' autrui*, D. 1985. Chron. 147. p. 153. Citado en: *Ibidem*.

<sup>157</sup> SEMIZZI. C.: *Rilievi giuridici sulla fecondazione in vitro-embryo transfer*, en *Il Dir. di famiglia e delle persone*. 1985. p. 755. Citado en: *Ibidem*.

<sup>158</sup> D.S.C.D. n.º 346, p. 10642. Citado en: *Idem*, Pág. 262.

<sup>159</sup> Así lo expresaba el Presidente de la Comisión de Expertos, vid. D.S.C.D., n.º 367, p. 11176. Citado en: *Ibidem*.

<sup>160</sup> La adopción será en cualquier caso la institución jurídica adecuada que permita la determinación de la maternidad de quien "encargó" el embarazo. Así ha sido en el polémico caso «Baby M., en Estados Unidos, con una peculiaridad: la gestante no quería entregar a su hijo y el juez que dirimió el conflicto declaró válido el contrato inicial que la mujer debía cumplir entregando la niña al padre (legal y biológico) al que atribuía la custodia. La esposa de éste obtuvo al tiempo la adopción de la niña. Para seguir el proceso vid. «El País» de 7-1-1987, «Ya» de 8-1-1987. «El País» de 19-1-1987, «ABC» de 19-1-1987, «Diario 16» de 21-1-1987. "Antena Semanal" de 8-3-1987. «Diario 16» de 16-3-1987: y sobre la decisión del juez Harvey Sorkow del condado de Bergen. Nueva Jersey. «El País». «ASC» y «Diario 16» del jueves 2-4-1987. Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. «Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial...», *Op. Cit.*, Pág. 262.

<sup>161</sup> CLARKE, R.: *Les enfants de la science...*, cit., p. 115; THIBAUT. O.: *Des enfants... comment? Les techniques artificielles de reproduction* (Lyon. «Chronique sociale», 1984). p. 64; RUBELLIN DEVICHI. J.: *Congélation D'embryons. Fécondation in vitro ; Mere de substitution*, En *Actes do colloque: Génétique...*, cit., pp. 315 y ss. Citado en: *Ibidem*

<sup>162</sup> CLARKE. R.: *Les enfants de la science...*, cit., p. 118. Para RUBELLIN en los ordenamientos donde la que alumbró es la madre, no cambia nada la solución el hecho de que la mujer que encargó el embarazo aportara su óvulo (Congélation d'embryons..., cit., p. 317, nota 38.) Citado en: *Ibidem*

Ésta es seguramente una de las situaciones más claras que pueden incluirse entre los fenómenos de no derecho sobre los que ha trabajado Carbonnier.<sup>163</sup>

Delgado Calva propone el siguiente concepto de maternidad subrogada. Algunos elementos se tomaron de los conceptos vistos, otros, de los comentarios vertidos sobre las omisiones encontradas a los mismos. El concepto es el siguiente: *"Es el acto jurídico mediante el cual un médico con experiencia en la materia, aplicará alguna de las técnicas de reproducción asistida (inseminación artificial y fecundación in vitro) , a una mujer denominada subrogada, quien será soltera, y lo permitirá por única vez, previo convenio que haga con otra mujer denominada subrogante, a fin de que se le implante el óvulo de la subrogante y el semen del esposo o concubina de esta, ambas mujeres y hombres mayores de edad, a cambio de que la subrogada reciba de la subrogante cierta cantidad de dinero más los gastos médicos necesarios, de modo que al finalizar el embarazo, la subrogada haga entrega del bebé a la subrogante"*.<sup>164</sup>

Del anterior concepto se desprenden los siguientes elementos:<sup>165</sup>

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

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

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

Otro de los elementos del concepto que se propone, se refiere a las técnicas de reproducción asistida, específicamente la inseminación artificial y fecundación *in vitro*, maternidad subrogada.<sup>166</sup>

---

<sup>163</sup> CARBONNIER. J.: Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho. Traduc. de 2ª. ed. francesa por DIEZ PIÉCAZO (Madrid, Tecnos, 1974). pp. 33 y ss. Citado en: *Idem*, Pág. 263.

<sup>164</sup> DELGADO CALVA, Ana Soledad. "La Maternidad Subrogada: un Derecho...", *Op. Cit.*, pag. 48

<sup>165</sup> *Idem*, pag 48 y 49

<sup>166</sup> *Idem*, pag 49

## 1.5. Causas que dan origen a la Maternidad Subrogada

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

Posteriormente, surgieron otras causas para que se produjera la maternidad subrogada.<sup>167</sup>

1. Cuando una mujer es estéril, pero su óvulo es apto para realizar la fecundación;
2. Cuando una mujer es infértil, por lo que no puede gestar, pero su óvulo sirve para la fecundación;
3. Cuando el óvulo de la mujer no es apto para la fecundación y por medio de una donadora de óvulo, solicita a otra mujer, o a la donadora, que geste para que de a luz un bebé;
4. Cuando una mujer simplemente no quiere embarazarse, pero sí tener un hijo propio;
5. Cuando la mujer ha muerto y, antes de morir deja un embrión congelado, producto de unir su óvulo y el espermatozoides de su marido mediante una fecundación in vitro; o
6. Cuando una pareja de homosexuales, o un solo hombre, hace que se insemine artificialmente a una mujer con espermatozoides de uno de los hombres de la pareja o del hombre solo.

En los tres primeros casos, se alude a problemas de esterilidad e infertilidad; en el cuarto caso a una cuestión de estética física, de mujeres que sin tener un impedimento como es la esterilidad o infertilidad, desisten de embarazarse, simplemente por conservar en buen estado su aspecto y forma física, por ello contratan a una mujer que geste y de a luz a un bebé que finalmente les será entregado. En el quinto, se alude a la fecundación post mortem; y en el sexto, a la reproducción por parte de personas solteras o de parejas homosexuales. De dichas causas que dan origen a la maternidad subrogada, la más rechazada es precisamente la que buscan parejas homosexuales.<sup>168</sup>

De las causas que se dan con mayor frecuencia son las relacionadas a la esterilidad y la infertilidad y en ocasiones por personas que desean conservar su forma física. Las otras formas son menos recurridas, sin embargo, existen casos, que aunque sean pocos no son por ello menos importantes; recordemos que de por medio se encuentra la vida y bienestar de un menor, por lo que se deben tener bien definidas las causas en que se puede permitir que surja la maternidad subrogada.<sup>169</sup>

Las que son más aceptadas para que se produzca la maternidad subrogada son las relativas a la esterilidad e infertilidad de la pareja, no así las que se refieren a mujeres que buscan cuidar su aspecto físico, las que aluden a la reproducción post mortem, pues la doctrina señala que de antemano, el niño sería huérfano de madre desde antes de nacer; aunque por otra parte dicen que no se puede prohibir si existe consentimiento expreso en testamento de

<sup>167</sup> DELGADO CALVA, Ana Soledad. "La Maternidad Subrogada: un Derecho...", *Op. Cit.*, pag 55

<sup>168</sup> *Idem*, pag 56

<sup>169</sup> *Ibidem*

uno o ambos cónyuges para que esta práctica fuera posible en caso de morir alguno de ellos<sup>170</sup>. Tampoco es aceptada la maternidad subrogada a causa de personas solteras que buscan un bebé, pues se dice que este debe contar con unos padres que lo críen, que lo quieran y una persona soltera carece de un esposo o esposa, concubina o concubino que forme con niño una familia.<sup>171</sup>

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

## 1.6. Tipología de maternidad subrogada

La subrogación de maternidad es la práctica mediante la cual una mujer gesta un niño por otra, con la intención de entregárselo después del nacimiento.<sup>172</sup>

Existen varias combinaciones de personas que podrían contribuir a la concepción y al nacimiento. De todas estas formas, la más común es la subrogación mediante inseminación artificial, cuando la madre gestora es al mismo tiempo la madre genética, inseminada con semen proveniente del marido de la contratante, y también es frecuente utilizar la Fecundación In Vitro (FIV) donde tanto el óvulo como el espermatozoide pertenecen a la pareja contratante y el embrión es luego implantado a la gestora. En la práctica de la subrogación de la maternidad está generalmente de por medio una paga que los contratantes hacen a la madre genética.

La fecundación *in vitro* ya no es utilizada para varios tipos de indicaciones:

- ✓ infertilidades inexplicadas (desde 1980),
- ✓ endometriosis (desde 1983),
- ✓ infertilidad inmunológica (desde 1984),
- ✓ infertilidad masculina (desde 1984),
- ✓ factor cervical hostil (desde 1985), etc.<sup>173</sup>

Existe una fuerte tendencia a incrementar la utilización de la fecundación *in vitro* en esterilidades inexplicadas o idiopáticas (a veces asociadas a las multifactoriales), y sobre todo en caso de infertilidad masculina, hasta el punto de que ya en menos de la mitad de los casos (y con tendencia a disminuir) se realiza por infertilidad femenina.<sup>174</sup>

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

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

---

<sup>170</sup> DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, Op. Cit., pág. 167-170. Citado en: *Ibidem*

<sup>171</sup> *Ibidem*

<sup>172</sup> HURTADO OLIVER, Xavier. "El Derecho a la vida ...", Op. Cit., pag 54

<sup>173</sup> World Health Organization (WHO), Recent advances in medically assisted conception. Report of a WHO Scientific Group, WHO, Geneva, 1992, p. 8. Citado en: LEMA AÑÓN, Carlos. "Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico...", Op. Cit., pag 47

<sup>174</sup> J. Testart, La procreación artificial, cit., p. 52. Las realizadas en casos de alteración de espermia ya supondrían entre un 40 y un 50% de los casos U. M. Debry, La infertilité contrariée, cit., p. 157) Citado en: *Ibidem*

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

Esto puede ser ilustrador de los problemas que aparecen. Tómese el caso hipotético -y que en principio cabe pensar como el más habitual- de una pareja heterosexual que desea tener descendencia y que recurra -por las razones que sean- a la fecundación artificial.<sup>175</sup>

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

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

Así pues, tenemos:

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

---

<sup>175</sup> LEMA AÑÓN, Carlos. "Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico...", *Op. Cit.*, pag 47

- Transferencia a una mujer ajena a la pareja del embrión o de los embriones fecundados con óvulos suyos y espermatozoides de un tercero.
- Transferencia a una mujer ajena a la pareja del embrión o los embriones fecundados con semen de la pareja y con óvulos de otra mujer.
- Transferencia a una mujer ajena a la pareja del embrión o los embriones fecundados con gametos de personas ajenas a la pareja y a ella misma.<sup>176</sup>

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

El caso típico consiste en una inseminación artificial a una mujer para la posterior transferencia del feto a la esposa del hombre que proporcionó el semen: se trata de una especie de maternidad de sustitución limitada al momento de la concepción. Se realiza algunos días después de la ovulación, y consiste en inyectar en el útero un líquido para después reaspirarlo con la intención de aspirar también el hipotético embrión. Después se buscarían embriones en el líquido para transferidos a otra mujer. Esta técnica presenta el problema técnico de la necesidad de sincronización de las ovulaciones de ambas mujeres, lo que se consigue por medio de hormonas. Pero fundamentalmente su problema es que no siempre es inocua para la mujer a la que se le realiza el lavado: puede que algún embrión no sea retirado y tenga que continuar con el embarazo, o incluso que al desplazar al embrión se produzca un embarazo extrauterino. Por todo ello se trata de una técnica muy poco utilizada, aunque no está totalmente abandonada.

Tal como se señaló en el caso de la inseminación artificial, tampoco los orígenes de esta técnica fueron demasiado gloriosos. El primer caso data de 1983, cuando un equipo del Harbor-UCLA Medical Center de Torrance (California) realizó una transferencia de embrión del útero de una mujer al de otra: el niño nació en enero de 1984. La financiación de toda esta operación corrió a cargo de la Fertility and Genetics Research Inc., empresa experta en transferencias de embriones entre vacas, pues esta técnica es muy usada en el ganado.<sup>177</sup>

### 1.7. Madres de alquiler

Moro Almaraz considera que el término conocido como «alquiler de útero», se ha convertido en uno de los eventos cuya denominación recuerda conceptos patrimoniales que no son muy acordes con la trascendencia social, moral y sobre todo personal de su significación. Por eso, cualquiera de las expresiones: madre sustituta, portadora o subrogada son más respetuosas, opina. Con ellos se alude a la mujer que se presta a tener un hijo para otra, desarrollándose en su útero el embarazo y, en muchas ocasiones, habiendo donado también el óvulo.<sup>178</sup>

La contratación de madres de alquiler para realizar una gestación vicaria no es legal, pero las únicas razones para su prohibición son de orden práctico y no ético. Así, de una gestación de alquiler pueden derivarse demandas judiciales múltiples, generalmente

<sup>176</sup> LEMA AÑÓN, Carlos. "Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico ...", *Op. Cit.*, pags 48 y 49

<sup>177</sup> L. Taboada, La maternidad tecnológica, cit., pp. 49.50. Citado en: LEMA AÑÓN, Carlos. "Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico ...", *Op. Cit.*,

<sup>178</sup> MORO ALMARAZ, María de Jesús. "Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial ...", *Op. Cit.*, pag 52 y 53

basadas, en que la gestante desea retener a su hijo, en función de relaciones gestacionales subjetivas.

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

CASADO espera que este criterio se mantenga, ya que otorgar derechos a la madre biológica en vez de a la madre gestante puede conducir a un reduccionismo genético políticamente peligroso, porque otorgar toda la importancia a la genética puede derivar en irresponsabilidad o utilizarse como argumento para la discriminación.<sup>179</sup>

Con el término general de maternidad subrogada O madre de sustitución se comprenden diversas modalidades o grados de intervención de una mujer en el proceso procreativo de otra<sup>180</sup>.

- Una de ellas se conoce como locación o alquiler de útero, mediante la cual una mujer conviene en gestar un embrión formado, total o parcialmente, por los gametos de la pareja comitente, comprometiéndose a la entrega del nacido después de su nacimiento. En este caso, la participación de la mujer se limita a la gestación de un concebido con el que no guarda ningún vínculo genético, verificándose la escisión de la maternidad genética y uterina.
- La segunda modalidad, es la maternidad subrogada propiamente dicha, en la cual la mujer no sólo lleva adelante la gestación sino que además aporta sus óvulos para ser inseminada con el esperma del varón de la pareja comitente. En este supuesto, el uso del término madre subrogada a pesar de ser descriptivo de las circunstancias que le dan origen -la maternidad por cuenta de terceros- es equívoco, ya que en realidad esta mujer es la madre a todos los efectos, y no puede sustituir a quien en realidad no lo es.<sup>181</sup>

Dentro del término de maternidad subrogada también están comprendidos los supuestos de donaciones de embriones o de óvulos cuya gestación es llevada adelante por la misma mujer que desea asumir la maternidad. En estos casos, la maternidad se determina a favor de la mujer gestante, solución que considero más adecuada a la certeza jurídica para la identificación del nacido y la determinación de la maternidad, considera Moran de Vicenzi.<sup>182</sup>

---

<sup>179</sup> CASADO, María, (comp) "Nuevos Materiales de Bioética y Derecho", Doctrina Jurídica Contemporánea Vol. 25, Fontamara, México. 2007. ISBN 968-476-609-2, pag 248

<sup>180</sup> Las nuevas técnicas de fecundación in vitro posibilitan que el embrión se forme con el aporte genético de la pareja comitente o mediante la donación de material genético. En realidad, son diversas las variantes que permite la técnica de la fecundación in vitro y la transferencia de embriones en las cuales pueden intervenir más de tres sujetos (cfr. MTLAN, G.; «La madre su comissione. Problemi giuridici», Giusr. Civ., 1985, pp. 313 y ss.). Citado en MORÁN DE VICENZI, Claudia. "El Concepto de filiación...", *Op. Cit.*, pag 196

<sup>181</sup> Como acertadamente observa D' AVACK, en realidad, la finalidad de los convenios de maternidad subrogada propiamente dichos es sustituir una maternidad natural por una maternidad social (cfr. ob. cit., p. 167). Citado en: MORÁN DE VICENZI, Claudia. "El Concepto de filiación...", *Op. Cit.*, pag 197

<sup>182</sup> De igual parecer, CASSANO, G.; *Le nuove frontiere del Diriuo difamiglia*, Milano, 2000, p. 57. Para otros autores, la misma solución es una consecuencia de la aplicación de la voluntad de procrear y la responsabilidad, puesto que la donante de óvulos demuestra su desinterés en asumir la maternidad (cfr. BALDINI, G.; ob. cit., p. 760) Citado en: *Ibidem*



## 2. Familia como destinataria de las técnicas de reproducción asistida

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

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

Sin embargo, se dice que las nuevas técnicas, encaminadas a ese fin, deshumanizan, que desprenden del acto procreativo toda su configuración íntima, personal, y le atribuyen una puramente técnica<sup>183</sup>. La contrapartida la ofrecen quienes llevan a cabo estas prácticas cuando explican o testimonian que aquellos que se someten a las torturas de los tratamientos de la esterilidad y deciden finalmente acudir a un programa FIV, de IA o TIG, con todo lo que ello supone, ponen mucho amor en la búsqueda del hijo, aliviando así cualquier sensación de mecanización que pueda tenerse<sup>184</sup>. Y se preguntan, ¿qué mal puede verse en una práctica que asiste y complementa la actitud de amor de una pareja para que fructifique en un hijo?

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

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

### 2.1. Evolución de la familia

La familia, incardinada en el entorno social, político y jurídico de un país determinado, se encuentra inmersa en el ordenamiento jurídico del mismo<sup>185</sup> y sentirá sus propios avatares aunque no se le aplique directamente.

---

<sup>183</sup> Pío XII en la Alocución a la Unión Católica Italiana de Ginecólogos. el 29-9-1951, expresaba su rechazo hacia la IA por su despersonalización. «reduce la cohabitación de los cónyuges... a una pura función biológica... sería como convertir el entorno doméstico, santuario de la familia, en un simple laboratorio biológico...». Esta misma idea ha inspirado la obra de P. RAMSEY: *Fabricated man (The ethics of genetic control)* (New York. Yale University. 1977).7ª. ed., especialmente pp. 128 y ss.; es también base de la novela de HANS MULLER. *Hijo artificial* (Barcelona. Petronio, 1978). Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. "Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial...", *Op. Cit.*, Pág. 172

<sup>184</sup> Críticas a la mecanización o instrumentalización que CARMEN OCHOA MARIETA (Responsable del laboratorio FIV del Hospital de Cruces. Bilbao) no comparte. Continuamente relacionada con las parejas que acuden en ayuda, manifiesta el gran amor que han de poner para superar todos sus inconvenientes. los riesgos y las diversas operaciones poco agradables (La inseminación artificial y la T.I.G.. ponencia oral en I Congreso Nacional de Bioética. Valladolid, mayo 1986).Citado en: *Ibidem*

<sup>185</sup> DIEZ PICAZO. L.: *Familia y Derecho* (Madrid, Cívitas, 1985), p. 27. Los juristas tienen el hábito de contemplarla como institución jurídica, a la par que los sociólogos como institución o sociedad natural o cultural. Y, ciertamente, algo de todo ello hay. Parece indiscutible que atendiendo a las vicisitudes históricas podemos conocer cómo la familia no siempre se ha

Certeramente puede afirmarse que el hombre es un ser social, y ha tendido a la formación de grupos de convivencia; también que éstos han respondido a las diferentes necesidades y al grado de «civilización». Por eso, la colectividad puede ser natural; la familia en sentido amplio (convivientes ligados por vínculos de sangre o afectivos) puede aceptarse como institución socio-cultural; y la familia fundada en el matrimonio debería estimarse como institución jurídica, o religiosa, porque ha sido acotada por el derecho, o las normas religiosas, y regulada por ellos de forma más o menos completa.

Se dice, en cambio, que la familia es la más antigua institución humana, y que permanecerá de uno u otro modo en el curso de la supervivencia de nuestra especie<sup>186</sup>. Y se hallará más cercana o lejana a la poliandria o a la poligamia según predominen con diferencia las mujeres o los hombres; y a la monogamia cuando el número se equilibre, al margen de otras connotaciones morales y unidas a la cuestión de la procreación, como medio de regeneración de la especie, condicionando a su vez las relaciones paterno-filiales<sup>187</sup>.

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

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

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

Eso mismo, prescindir de la consideración unitiva de sexualidad y procreación ha supuesto un aldabonazo al Derecho de sociedades que lo construyeron con influencias cristianas fuertemente enraizadas<sup>188</sup>.

---

configurado igual, ni tampoco las relaciones de paternidad. Sólo a partir de cierto momento existen grupos organizados como el actual, y ello porque factores concomitantes a la evolución social y cultural han conformado conceptos diferentes acordes a la etapa histórica. Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. «Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial...», *Op. Cit.* Pág. 173

<sup>186</sup> LINTÓN, R.: Introducción. La historia natural de la familia, en *La familia*, 5ª. ed. (Barcelona, eds. Península, 1978), p. 5. Citado en: *Ibidem*

<sup>187</sup> Según Santo Tomás. la poliandria es contraria a la certeza de la paternidad de la prole y la poligamia a la igualdad (Contra Gentiles, L. 111. c. 124). Citado en *Ibidem*

<sup>188</sup> Pío XII recordaba en el 2.º Congreso Mundial de la Fertilidad y de la Esterilidad de 19 de mayo de 1956 que: «La Iglesia ha descartado la actitud... que pretendería separar en la generación la actividad biológica de la relación personal de los cónyuges. (...) Jamás está permitido separar estos diversos aspectos para excluir positivamente sea la intención procreadora, sea la relación conyugal. Respecto a la postura de la Iglesia y teólogos en esta cuestión vid: TETTAMANZI, D.: *Problemi etici sulla fertilizzazione in vitro e sull'embryo transfer*, en «*Medicina e Morale*», 1983/ 4. p. 348 Y ss; CAFARRA, C.: *La trasmissione della vita nella «Familiaris Consortio»*, en «*Medicina e Morale*», 1983/4, pp. 391 y ss.; VERSPIEREN, P.: *L'aventure de la fécondation in vitro*, en «*Etudes*» (357), 1982. pp. 481 y ss.; GIUNCHEDI, F.: *Considerazioni morali sulla fecondazione artificiale*, en «*La Cività Catholica*», 1984/1. pp. 224 y ss.; DURAND, G.: *Insémination artificielle*, en «*Laval Theologique*». 1977,

Lo cierto es que ha existido siempre una inclinación por creer que la familia conyugal<sup>189</sup> se ajusta también a lo que se considera el óptimo para el desarrollo de la personalidad de niños y jóvenes. Se dice además que la propia selección natural lo ha determinado, pues resulta difícil que haya sobrevivido una especie expuesta a grandes desproporciones entre los plazos para el nacimiento de los hijos y su dependencia de los padres por la supervivencia física, de no haber existido relaciones permanentes que aseguren a la hembra el auxilio del varón en el cuidado de los hijos.<sup>190</sup>

Nuestro actual modelo de familia ha sido, tras subsistir a través de graves crisis y conmociones, el de la familia nuclear, originada en el matrimonio y complementada por los hijos de éste, en su caso. Y a ella viene dedicando el Derecho su atención y tutela, que asume y orienta sus relaciones en un juego intermedio entre el derecho y el no derecho<sup>191</sup>.

La familia concebida de una u otra forma se ha visto como elemento de estabilidad social, y los países han llegado a la convicción de que es indispensable una política de protección a la misma<sup>192</sup>.

Como principio rector de la política social, los poderes políticos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia, cuyo concepto da por sobreentendido, lo que ha sido visto por algunos de forma tal que el término alcance a aquellos fenómenos de convivencia reducida que no se asientan en vínculos legales, pero sí afectivos y estables, esto es, la familia de facto<sup>193</sup>.

## 2.2. La delimitación de los destinatarios

Uno de los primeros interrogantes que habitualmente se presentan en la discusión sobre la regulación de las nuevas tecnologías reproductivas, y con independencia de que después se regule o no, es qué personas y en qué condiciones pueden tener acceso a las mismas. Estos interrogantes suelen provocar intensos debates, ya que con ellos se está discutiendo

---

pp. 157 Y ss.: MOREITI, J.M.: *L'insémination artificielle remède d la stérilité*, en «*Etudes*» (351), 197912, p. 627, reconoce posturas más abiertas de los teólogos en los últimos años: por ejemplo, TROISFONTAINES, R.: «*L'insémination artificielle*, en *Nouvelle revue théologique*», 1973, pp. 767 Y ss.: CURRAN incluso no encuentra especial obstáculo en admitir estas prácticas por esa razón (*Fécondation in vitro el transfer d'embryon du poim de vue de la Théologie morale*. en «*Le Supplément*». 1979, pp. 313 y ss.). Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. «*Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial...*», *Op. Cit.*, Pág. 174

<sup>189</sup> UCELLA, F.: *Persona e famiglia* (Padova., Cedam, 1980), p. 35. Citado en: *Ibidem*

<sup>190</sup> TRABUCCHI, A.. en un ha lance a los diez años de reforma del Derecho de familia en Italia reafirma esa teoría antropológica cuando señala que ha cambiado el mismo modo de concebir a la familia y la función del instituto; al concepto tradicional que ve antes de nada en la familia el encuentro de generaciones para asegurar la supervivencia, de la elevación de los nacidos a la asistencia de los que no producen medios de vida, se ha sustituido por otro finalístico dirigido a asegurar a todos una forma conveniente de vida (*Fumiglia e diritto nel' horizonte degli anni '80*, en «*Riv. Dir. Civ.*», 1986, p. 166). Citado en *Idem*, Pág. 175

<sup>191</sup> CARBONNIER, J.: *Droit Civil 2: Lu famille, les incapacités*. 9ª. ed. (París, Themis, 1972), p. 10: «(C'est un droit, mais tres pénètre de morale (latu sensu).» Citado en: *Ibidem*.

<sup>192</sup> MARTINEZ. CALCERRADA. L.: La familia en la Constitución Española. en R.D.P.1981. p. 964. Esto no obstante, la familia va ha ser ignorada por las constituciones durante mucho tiempo, dejando a los civilistas y canonistas que perfilen esa institución consolidada por la historia de muchos siglos. La Constitución de Weimar fue la primera que recibió a la familia con todos los honores (arts. 119 y, 120, 121). La Constitución española de 1931 siguió ese precedente y después de la II Guerra Mundial, en todos los textos: Constitución alemana, italiana y declaraciones de derechos. El mismo Fuero de los españoles se ha dicho que representó una protección neta de la familia. SANCHEZ AGESTA. L.: La ordenación de la familia en la Constitución de 1978, en *Protección jurídica de la familia* (Madrid. Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos. 1982). p 50. Citado en: *Ibidem*

<sup>193</sup> Las razones en favor de esa ampliación se encuentran en una aceptación por la sociedad de manera creciente; en que el propio texto constitucional asegura la protección de los hijos con independencia de la filiación y de las madres al margen de su estado civil (art. 39.2 C.E.). Citado en: *Idem*, pag. 176

cuestiones que suscitan divisiones de opiniones importantes e incluso emocionadas. No se discute simplemente de cuestiones jurídicas, y ni siquiera sólo de derechos individuales; sino también de concepciones sobre la familia o sobre los menores.<sup>194</sup>

Las preguntas planteadas en este sentido son muy numerosas: ¿Hay que permitir el acceso a estas técnicas sólo a los matrimonios o también a las parejas no casadas (cualquiera que sea la calificación jurídica que se les dé)? ¿Sólo a las parejas heterosexual es o también a las homosexuales (en principio femeninas)? ¿Sólo a las parejas o a cualquier mujer (pues en definitiva son las mujeres las que se someten al tratamiento) con independencia de su estado civil, situación familiar o relación con algún varón? ¿Se permitirán sólo en casos de esterilidad comprobada, o en otro tipo de supuestos? ¿Habrá que negar el acceso a personas que ya tengan hijos pero que se hayan vuelto estériles (accidental o voluntariamente)? ¿Habrá que establecer alguna limitación para el caso de aquellas personas o grupos que se considere que no podrán atender adecuadamente a los hijos? De ser así, ¿en qué casos? ¿Habrá de establecerse límites de edad, mínimos o máximos?<sup>195</sup>

La solución de estas cuestiones se ha buscado con frecuencia en la necesidad de protección de los derechos fundamentales de los sujetos implicados y en el balance entre los mismos. Sin embargo, el problema no desaparece de esta forma. En la misma medida en que la práctica de las nuevas tecnologías reproductivas pone al derecho en general ante novedades alejadas de las situaciones para las que había sido pensado y frente a las cuales se precisa una adaptación, lo mismo ocurre con la técnica jurídica que en definitiva son desde este punto de vista- los derechos individuales. Incluso los derechos individuales que más próximos puedan parecer a la defensa de los intereses de los individuos implicados en las prácticas de reproducción asistida, y que a veces se alegan, no guardan relación directa y unívoca con los derechos fundamentales generalmente reconocidos. Es preciso realizar una operación intermedia de interpretación, o incluso intentar derivados a partir de éstos, para llegar a fundamentar nuevos derechos individuales que puedan arrojar luz sobre estas cuestiones. Y aun así las soluciones propuestas por esta vía distan mucho de ser unívocas.<sup>196</sup>

Los derechos a los que se ha acudido, como tópicos incluso a veces contrapuestos, son el derecho a la reproducción y los derechos de los hijos nacidos mediante reproducción artificial. Con respecto a los derechos de los padres, se discute si el presunto derecho a la reproducción se basaría en el derecho a la salud o en los derechos de la personalidad. En otras palabras, si las nuevas tecnologías reproductivas son admisibles como un remedio o tratamiento contra la esterilidad-enfermedad, o si son un medio alternativo de reproducción al que las personas pueden acudir en el ejercicio del libre desarrollo de su personalidad.<sup>197</sup>

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

<sup>194</sup> LEMA Añón, Carlos. "Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico ...", *Op. Cit.*, pag. 108

<sup>195</sup> *Idem* pag. 108 y 109

<sup>196</sup> *Idem*, pag. 109

<sup>197</sup> *Ibidem*

derecho al nacimiento dentro de una familia biparental, o un derecho a conocer el propio origen genético<sup>198</sup>.

Bajo esas dos perspectivas el problema de los destinatarios de las nuevas técnicas biológicas se hace objeto de discusión. Lledó Yagüe, por ejemplo, asegura que «esas prácticas sólo deben permitirse a parejas casadas»<sup>199</sup>. ¿Por qué sólo a parejas casadas?

En su origen, las técnicas se configuraron como terapéutica a una enfermedad, la esterilidad, ubicada en la pareja, e inicialmente reconocida en la matrimonial donde parecía revestirse de todo su sentido. Y así se intenta que continúe-, amparados en juicios ético-religiosos y filosóficos, más que psicológicos o jurídicos<sup>200</sup>.

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

No cabe duda de que esta última postura sería médicamente más exacta, pero la sociedad aún no ha abandonado definitivamente la idea de los hijos como fin primario del matrimonio<sup>201</sup>.

Pero, ni hoy es válido afirmar que el único o principal fin del matrimonio son los hijos, ni tampoco es correcto, en estricta técnica jurídica, alegar que únicamente es lícito procrear en el seno del matrimonio<sup>202</sup>. Sí es verdad que el Derecho, como manifestación de la realidad social<sup>203</sup>, es reticente a consagrar como normales tales relaciones, a pesar de que la jurisprudencia y algunas leyes comienzan a dar cierta validez a las mismas aceptando sus consecuencias jurídicas asimiladas a las del matrimonio, por ejemplo en el ámbito de la seguridad social<sup>204</sup>.

---

<sup>198</sup> E. Roca I Trías, "La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurídica", en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1988, pp. 17-46. *Ibidem*.

<sup>199</sup> LLEDÓ YAGÜE, F.: La regulación jurídica de la inseminación artificial fecundación in vitro, ponencia presentada al I Congreso Nacional de Bioética. Valladolid, mayo 1986. p.6. Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. "Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial...", *Op. Cit.*, Pág. 176

<sup>200</sup> El psicólogo aboga por la necesidad de la existencia real del doble vínculo de la filiación, pero no expresa la necesidad imperiosa de que quienes aparezcan como padres, responsabilizados del cuidado del hijo, estén ligados legalmente, siempre que compartan una vida común. Citado en: *Ibidem*

<sup>201</sup> La propia sentencia del Tribunal de Creteil utiliza ese argumento (SERIAUX. A.: *Droits et procréation artificielle: quelle jurisprudence?* D. 1985. Chron. 53. p. 54). Citado en: *Idem*, Pág. 177.

<sup>202</sup> No sólo se ha levantado la «penalización» a los hijos nacidos de relaciones extramatrimoniales, sino que incluso se protege a las madres solteras. Por consiguiente, no parecen estas actitudes síntoma de la consideración ilícita por el derecho de dichas relaciones. Citado en: *Ibidem*.

<sup>203</sup> «La Ley es una herramienta dirigida a ordenar una realidad social según criterios de justicia (...) aunque la norma mire a la Justicia y tenga la plenitud de ser debida, si no tiene el coeficiente mínimo de congruencia, la realidad gran madrastra a la vez que gran enseñadora, sale por sus fueros y despiadadamente mata todos los buenos propósitos que la ignoran» (FLORES MICHEU, R.: La realidad, maestra y enseñadora de las leyes, en la "Ley". 1980. p. 1043). Citado en: *Idem*, Pág. 177.

<sup>204</sup> No hay en nuestro Derecho un estatuto jurídico de la pareja no casada, pero como sucede en parte del Derecho comparado, paulatinamente se van reconociendo ciertos efectos jurídicos a uniones extramatrimoniales estables *more uxorio* asimilándoles normas pensadas para el matrimonio o dictando algunas específicas que les permitan disfrutar de los mismos beneficios. Por ejemplo en la D.A. 10ª. de la Ley de 7 de julio de 1981 se señala que los beneficios de la Seguridad Social, pensiones de viudedad corresponderán a todos los que no hubieran podido contraer matrimonio hasta 1981 pero que hubieran vivido como tal y muerto antes de la Ley. Con la sentencia del T.C. de 12 de diciembre de 1985 la aplicación del art. 160 L.G.S.S. se extiende también a las parejas de hecho o no casadas (vid. sobre el tema antes de la sentencia GARCÍA ABELLÁN, J.: Las situaciones familiares anómalas y el derecho de la Seguridad Social, en R.P.S., 1982). Supuesto importante en el reconocimiento jurisprudencial de las parejas de hecho es el del conocido actor LEE MARVIN que abandona a su compañera después de 10 años de convivencia y ésta, en un notorio proceso en los Tribunales de California, pretende su derecho a la mitad de los gananciales, y los obtuvo. DIEZ PICAZO, L.: Familia y Derecho, en Protección jurídica de la familia (Madrid. Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, 1982. p. 11); LACRUZ -SANCHEZ; Elementos de Derecho Civil, t. IV (Barcelona. Bosch, 1984),

En todo caso, es firme todavía la opinión de los que consideran que no es posible asimilar relaciones tales con la familia legítima, que se entiende como la única reconocida y tutelada por la Constitución. Se dice incluso que es preciso subrayar el hecho de que en ella se haya llevado a otro párrafo el deber de asistencia de todo orden a los hijos fuera y dentro del matrimonio; reafirma la sustantividad del matrimonio como fundador de la familia<sup>205</sup>.

Por otro lado, ya dijimos que ha de pedirse en las nuevas prácticas su exclusiva finalidad terapéutica que encuentra la mayor expresión en el ámbito del matrimonio legítimo, ya que en otros supuestos no hay vínculo que condicione que dos personas sigan juntas (a no ser que se trate de un matrimonio religioso o étnico que no tenga efectos civiles en el ordenamiento). Aunque bien es verdad que tampoco ésa sería buena explicación para aquellos que quieren tener un hijo en común sin recurrir al matrimonio, como harían si no tuvieran ningún problema de fertilidad. Pero la práctica de Inseminación Artificial o técnicas afines en una mujer sola únicamente deseosa de un hijo, sentido como de origen unipersonal, de «propiedad única», que se formará en el contexto de convencimiento de innecesidad de la figura paterna<sup>206</sup> es imposible de justificar por ningún motivo terapéutico. Seriaux<sup>207</sup> dice más, ¿podría explicar el acto argüir que va a salvar ciertos desequilibrios psicológicos?

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

El análisis de las motivaciones que llevarían a una mujer sola a acudir a estas técnicas es interesante, sobre todo desde la perspectiva psicológica, mucho más si no hay nada que revele una esterilidad en ella, alerta Moro Almeraz. Habría que plantearse si no es absurdo acudir al coste de la FIV, cuando necesite donación de óvulo y semen existiendo la adopción que favorecerá además a seres desprotegidos. Al fin y al cabo, en esa situación tampoco habrá ningún lazo genético con el niño, a no ser que sus problemas fueran de tipo tubárico y

---

p.582. Son obras importantes en el tratamiento de la familia de hecho: ESTRADA. E.: Las uniones extramatrimoniales en el Derecho español..., cit.; LABRUSSE RIOU. C.: *Droit de la famille. Les personnes* (París. Masson, 1984). pp. 237 y ss.; GAZZONI. F.: *Dal concubinato alla famiglia di fatto* (Milano, Dott. A. Giuffrè, 1983); FRANCESCHELLI. V.: *I rapporti di fatto* (Milano. Dott. A. Giuffrè. 1984); PARRY. M.L.: *Cohabitation* (London, Sweet & Maxwell. 1981); RUBELLIN-DEVICHI. J.: *L'attitude du législateur contemporain face au mariage de fait*. en R.T.D.C.. 1984/3. pp. 389 y ss.; GARCÍA CANTERO. G.: El concubinato en el Derecho Civil Francés (Madrid. Cuadernos del Ins. Jco. Español. 1965); JEANTMART. N.: *Les effets civils de la vie commune en dehors du mariage* (Bruxelles. M. Ferdinand Larcier. 1975); FREEMAN, L.: *Cohabitation without marriage* (England. Gower. 1983); GLENDON, M.A.: *The new family and the new property* (Toronto., Butterworths, 1981); BOTTOMLEY, y otros: *The cohabitation handbook. A women's guide to the law* (Londres, Pluto press, 1981); BROQUISSE: *Les contrats entre époux, parents et concubins (Aspects juridiques et fiscaux)* (París, Litec. 1984); HOGGETT-PEARL.: *The family, law and society (Cases and materials)*, (Londres, Butterworths. 1983); NOIR-MASNATA. C.: *Les effets patrimoniaux du concubinage et leur influence sur le devoir d'entretien entre époux séparés* (Geneve. L. Droz. 1982). Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. "Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial...", *Op. Cit.*, Pág. 177.

<sup>205</sup> SÁNCHEZ AGESTA. L.: La ordenación de la familia..., cit., p. 57. Citado en: *Idem*, Pág. 178.

<sup>206</sup> Las prácticas no hacen sino reforzar ese poder femenino que tiene de excluir al padre al no tener que recurrir a la sexualidad, y que ha provocado hoy un arduo debate sobre su legitimidad (LABRUSSE-RIOU, C.: *La filiation et la médecine moderne*, en R.I.D.C., 1986. p. 423). Existe una tendencia en incremento a la creación consciente de familias monoparentales, con particulares características: las llamadas por CORNU, *familles unilinéaires*, es decir, aquéllas que se originan a partir de uno de los progenitores (generalmente la madre) y su hijo anulando la presencia de atril línea parental (vid. *Lu famille unilinéaire, en Mélanges offerts à P. Raynaud* (París, Dalloz Sirey, 1985). pp. 137-139 y 143 a 149). Citado en: *Idem*, Pág. 180

<sup>207</sup> SERIAUX. A.: Droits et procréation artificielle: quelle jurisprudence?, en D. 1985. Chron. 53, p. 55. Citado en: *Ibidem*.

podiera aportar sus gametos. Sólo en esta ocasión puede hacerse una comparación con la pareja que precise de donación de semen, aunque no idéntica, pues en esta última existe un padre legal para el concebido.

Analicemos por partes estos temas: ¿quiénes pueden ser destinatarios? ¿En qué condiciones?

### 2.2.1. Sobre la mujer sola y parejas no convencionales

Se da un rechazo generalizado a este tipo de destinatarios, fundamentalmente a las parejas compuestas por homosexuales o lesbianas<sup>208</sup>. Sin embargo, también se ha llegado a argumentar que a partir de la Convención Europea de Derechos Humanos debe tenerse en cuenta que ésta informa el derecho de las mujeres solas o las parejas de lesbianas a la maternidad, así como el de la pareja homosexual a la paternidad.

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

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

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

En contrarréplica, y enunciando en sentido inverso, se dice:

En la Constitución española, por ejemplo, realmente protege a las que ya son madres, no señala el derecho a serlo. Ello va estrechamente unido al reconocimiento de un derecho al hijo que puede ser muy loable, pero no perseguible a toda costa. Si hemos de mirar estas prácticas con una visión amplia, de futuro y dentro de una «ética civil»<sup>209</sup>, es decir, que cumpla con unos mínimos compartidos por la generalidad del cuerpo social, no hemos de rebasar aquel principio moral que indica que “todo lo técnicamente posible no siempre debe ser realizado”.<sup>210</sup>

Hablar de un derecho absoluto al hijo como justificador, es instrumentalizar la figura del mismo para satisfacer sentimentalismos propios. La mujer debe ser libre para decidir su

<sup>208</sup> Informe Warnock: cap. 2.9, 2.10, 2.11; Informes suecos de inseminación artificial y FIV (1983 y 1985); recomendaciones del Consejo de Europa de 1984; Informe español: R. 10. Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. “Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial...”, *Op. Cit.*, Pág. 190

<sup>209</sup> Expresión utilizada por GAFO para referirse a una ética amplia sin connotaciones específicas a religiones o ideologías concretas (D.S.C.D. n.º. 376, p. 11470). Pero la misma también da título a la obra de M. VIDAL: *Ética civil y sociedad democrática*, Bilbao, 1984. Y explican ELLZARI y VIDAL que “... la bioética ha de ser planteada dentro de una racionalización ética demarcada por los parámetros de la democratización, el diálogo pluralista y de la convergencia integradora”. (La bioética, en *Moralía*, 1985. p. 194). Citado en: *Ibidem*

<sup>210</sup> SANCHO REBULLIDA. F.: Informe..., cit., p. 13. Citado en: *Ibidem*

maternidad siempre que no dañe los intereses como el bien del hijo<sup>211</sup>. Y con la FIV no se remedia la mala situación de un ser humano, sino que oficialmente, se crean esas condiciones insuficientes para los que nacen en relaciones familiares anómalas<sup>212</sup>. Aunque no faltan los partidarios de la total libertad, y por tanto de la paternidad y maternidad en solitario<sup>213</sup>.

## 2.3. Concepto de familia y evolución social

### 2.3.1. Familia, parentesco y paternidad

No hay, ya, un concepto intemporal de familia<sup>214</sup>. Por eso resulta más exacto acudir al término familias, como modelos de organización de los seres humanos históricamente, que hablar en género singular de una institución universal y única.

El parentesco y la paternidad se han inscrito en el substrato de esos núcleos y tampoco con un contenido uniforme; no siempre han coincidido familias agnaticias con las cognaticias. Su evolución, como es de suponer, ha ido estrechamente ligada.

La familia como forma de organización reducida comprende determinadas pautas de comportamiento, conjunto de creencias y tradiciones, e incluso de necesidades económicas. Partiendo de un resumido esquema de su evolución se han distinguido<sup>215</sup> dos referencias a la idea de familia:

En sentido amplio: familia linaje, o personas unidas por vínculo de parentesco cuando la ley extrae una consecuencia jurídica del vínculo.

En sentido estricto: familia nuclear, o pareja e hijos con relaciones interindividuales.<sup>216</sup>

<sup>211</sup> También podría exigirlo el hombre en base a la no discriminación sin necesidad de vincularse a una mujer, contratando una madre "de alquiler". Incluso llegará el día, hoy parece que gracias a la FIV ya es posible teóricamente, en que el propio hombre pueda desarrollar un embarazo (ZAMBRANO. J.M.: Los hombres podrán dar a luz con la fecundación "in vitro", en «Tiempo». 2-6-1986, pp. 116 y ss.). No parece que esto sea lo mejor para la salud psíquica del niño. Aunque la única diferencia para DIEZ PICAZO respecto al varón radica en la imposibilidad para gestar (B.I.M.J.. 15-1-1986. p. 12. nota 7). Sin embargo, lo que a mí modo de ver cuenta es que cualquier operación de este tipo, tan lejana a la propia naturaleza, va más allá de todo cauce ético. Dicen los filósofos que es bueno que retomemos de nuevo el sentido de dicha naturaleza (LARRANETA. R.; Antropología, ética y Manipulación de la naturaleza humana, en I Congreso Nacional de Bioética, Valladolid, 1986). El juez y también el legislador, antes de redactar una nueva norma, debería asesorarse detenidamente por especialistas sobre las condiciones de sujetos con una ansiedad tal que no reparan en medios. Citado en: *Idem*, Pág. 191

<sup>212</sup> Grupo de trabajo de la D.G.R.N., B.I.M.J..15-1-1986. p. 12: con reservas DIEZ PICAZO. Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. "Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial...", *Op. Cit.*, Pág. 191

<sup>213</sup> Por ejemplo GARCÍA ANCOS y C. FRÍAS (vid. B.I.M.J.. 15-1-1986. p. 12). Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. "Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial...", *Op. Cit.*, Pág. 191

<sup>214</sup> MANCINI. T.: *Uguaglianza tra coniugi e societa naturale nell'art. 29 della Costituzione*, en "Riv. Dir. Civ.", 1963/1. p. 223; RESIGNO. P.: *Manuel del diritto privato italiano*, 6a. ed. (Napoli. Jovene. 1984). p. 382; FOSAR BENLLOCH. E.: Estudios de Derecho de familia I (Barcelona. Bosch. 1981). p. 32., considera imprescindible el análisis histórico para alcanzar el concepto de familia; RONDEAU RIVIER. M.: *Les dimensions de la famille, en Mariage et famille en question*. I (París. CNRS. 1978). p. 23.

Si bien TRABUCCHI se aventura a decir que la familia constituye un, paradigma natural de la organización social (*Famiglia e diritto nell' horizonte degli anni'80*, en "Riv. Dir. Civ." 1986/2. p. 167. Citado en: *Idem*, Pág. 201.

<sup>215</sup> DIEZ PICAZO-GULLON: Sistema de Derecho civil, t. IV: Derecho de familia y derecho de sucesiones. 3ª. ed. (Madrid, Tecnos, 1983). pp. 32 y 33; LACRUZ BERDEJO.SANCHO REBULLIDA: Elementos de Derecho civil, t. IV: Derecho de familia (Barcelona, Bosch, 1984). pp. 12 y 13. Citado en: *Idem*, Pág. 202.

<sup>216</sup> "... proceso de transformación de la familia no se produce de manera aislada. Sobre él inciden cada uno de los movimientos que producen la sociedad moderna. La familia, como institución social, no podría verse afectada por la mutación de la conciencia social, la revolución en la moral sexual, la emancipación de la mujer y de los hijos por la regulación del divorcio, del aborto y de la inseminación artificial, por señalar algunas de las innumerables causas que van condicionando la institución" (ESTRADA ALONSO. E.: Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español. 1ª. ed. (Madrid, Cívitas, 1986). pp. 94-95; en el mismo sentido TRABUCCHI. A.: *Nutura, legge, famiglia*, en «Riv. Dir. Civ.». 1977/1. p. 4. Citado en: *Idem* Pág. 202.



¿Cuándo se ha planteado el hombre, a la vista de ese esquema, el problema de la paternidad? ¿Cuándo ha empezado a atribuirse los hijos de su esposa como cosa y obra suya? Y, ¿cuándo ha comenzado a dudar de tal paternidad?<sup>217</sup> Es más, podríamos preguntarnos, ¿cuándo ha comenzado a pensarse en la madre como cierta siempre? ¿No han existido otras concepciones de maternidad?

La etiología ha demostrado que en las sociedades arcaicas el parentesco no es concebido como un lazo biológico, sino místico. El parentesco primario o primitivo es una participación mítica en un grupo y en todos los valores que éste representa. En las sociedades totémicas todos los miembros del clan se consideran participantes de la naturaleza de su antepasado mítico.<sup>218</sup>

El hombre primitivo no distingue, desde el punto de vista de las relaciones de familia, entre su padre y madre de hecho y los demás hombres y mujeres del grupo que podían haberlo sido legítimamente.

Esa organización social se prolongó hasta etapas mejor conocidas. En Grecia y Roma, durante algún tiempo, fue la religión la que determinó el parentesco. El culto y no el lazo de sangre era la referencia; se trataba de un *parentesco agnaticio*.

Sería más tarde, cuando las ideas religiosas fueron cambiando y el culto a los antepasados deja de ser el aglutinante, cuando se destacó poco a poco el parentesco de sangre y con él la *familia cognaticia*.<sup>219</sup>

Hoy no cabe duda sobre el hecho de que el hombre en los primeros estadios de su historia, y durante largo tiempo, no relacionó el acto sexual con el nacimiento e ignoró el papel del padre en la fecundación que se ensalzaría en demasía después.<sup>220</sup> La ignorancia sobre el papel de las relaciones sexuales, contó en muchas ocasiones con explicaciones religiosas, a veces insólitas: desde atribuir la fecundación al TOTEM del grupo,<sup>221</sup> al espíritu de los antepasados o a los dioses; incluso lo relacionó con los astros o con fenómenos atmosféricos.<sup>222</sup>

En semejantes condiciones y en el contexto de esos pueblos, penosamente puede encontrarse una base para hablar de paternidad que quizá algunos ni conocieron.<sup>223</sup> La relación más directa se establece con la madre y por mediación de ella con el grupo. Pero el papel de la maternidad no ha quedado ajeno a la discusión, ni su importancia o jerarquía; pero, en cualquier caso, varió a la par de la organización familiar y social.

<sup>217</sup> RIVERO HERNÁNDEZ. F.: La presunción de paternidad legítima (Madrid, Tecnos., 1971), p. 159. Citado en: *Ibidem*.

<sup>218</sup> DE CASTRO PEREZ. F.: La prueba de los grupos sanguíneos en la investigación y desconocimiento de la paternidad (Madrid, 1950). p. 22. Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. "Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial...", *Op. Cit.* Pág. 202.

<sup>219</sup> RIVERO HERNÁNDEZ. F.: La presunción de la paternidad legítima..., cit., p. 160. Citado en: *Idem*, Pág. 203.

<sup>220</sup> ESQUILO en *Las Euménides* confirma este lanzamiento: "No es la madre la creadora del hijo, como suele creerse. Es sólo sustentadora del germen nuevo, sólo el padre puede crear: la madre custodia algo que es una prenda a ella confiada y la devuelve la incólume a su dueño si un dios no la aniquila... En las relaciones de dominio que señala sobre la mujer establece la jerarquía entre el padre y el dios, la madre es un mero guardián. Citado en: *Ibidem*.

<sup>221</sup> RAZER. J.: *Les origines de la famille et du clan* (París, Genthner. 1922). pp. 11 y ss. Citado en: *Ibidem*.

<sup>222</sup> Algunos pueblos llegan a admitir que el acto sexual es la condición o causa ordinaria de la concepción, pero creen que puede tener lugar sin él (DE CASTRO PÉREZ. F.: La prueba de los grupos sanguíneos..., cit., pp. 20 y 21). Citado en: *Ibidem*.

<sup>223</sup> KRISCHE. P.: El enigma del matriarcado. Estudio sobre la primitiva época de acción y valimento de la mujer (Madrid. "Revista de occidente"..., 1930). p. 10. Citado en: *Ibidem*.

De todas formas, la maternidad ha estado siempre más definida, aunque su contenido se ha ido enriqueciendo o empobreciendo según los países, incluso en aquellos momentos históricos en los que la madre no sólo lo era de sus hijos biológicos, sino de los de sus hermanas que convivían en la colectividad familiar.<sup>224</sup>

Y el hecho del parto, físico y comprobable, era una prueba irrefutable y sencilla de racionalizar. Era irrefutable, ya no.

---

<sup>224</sup> ENGELS. F.: Op. cit., pp. 56-58. Citado en: *Idem*. Pág. 204.

### 3. Problemáticas jurídicas de las tecnologías reproductivas

Los problemas más discutidos relativos a la práctica de la maternidad subrogada han sido con relación a su licitud. Pero también se ha discutido, con independencia de aquélla, cuáles son los intereses que el derecho habrá de proteger en el caso de que la práctica se realice.<sup>225</sup>

De forma esquemática, entre los argumentos a favor de la licitud se sitúan fundamentalmente los basados en perspectivas utilitaristas y contractualistas<sup>226</sup> mantienen que este acuerdo maximiza la utilidad (la felicidad o el placer) de las partes implicadas, desde el primer punto de vista, y que no hay nada que objetar a un contrato en el que las partes entran libremente, desde el segundo. De otro lado están los argumentos basados en similares objeciones que son opuestas al uso de gametos de terceros (ser antinatural, o adúltero), y los argumentos basados en la fuerza de la relación natural entre madre e hijo. Desde otro punto de vista, se alega que tales contratos son contrarios a la dignidad de las personas, tanto de las madres subrogada como de los nacidos por causa de estos contratos, con los cuales se comercia y son “vendidos”.<sup>227</sup>

En el campo del feminismo -especialmente el anglosajón- esta cuestión ha sido muy debatida. Por un lado el feminismo liberal asume en general los presupuestos contractualistas, haciendo hincapié incluso en el hecho de que la limitación de estas prácticas se puede considerar -por lo menos en ciertos casos- como una limitación a la libertad reproductiva de las mujeres.<sup>228</sup> Por el contrario, entre el feminismo de inspiración marxista y socialista se insiste en la coerción económica a que se ven sometidas las mujeres, y cómo en este sentido en realidad no entran libremente en los contratos, cuyas condiciones provocan realmente su explotación, sobre todo desde el momento en que -salvo en los casos de subrogación dentro de la familia- la pareja contratante suele tener una posición social y económica relativamente alta, mientras que las madres subrogadas suelen ser pobres, en la mayoría de los casos con mas hijos<sup>229</sup>.

En algunos países un contrato de este tipo es considerado como lícito, mientras que en otros lugares se va desde la prohibición total al establecimiento de algún tipo de limitaciones, como por ejemplo la prohibición de los acuerdos que no sean gratuitos, o los que se realicen con la participación de intermediarios. Otro tipo de regímenes intermedios que se han propuesto pasan también por la limitación de las formas que se consideren más graves (por ejemplo rechazar los casos en los que la pareja no aporta ningún gameto, en los que la mujer de la pareja es capaz de gestar, pero admitirla en principio cuando hay vínculos familiares entre las partes<sup>230</sup>); o por impedir que el acuerdo fuese coercible, y aplicar el

<sup>225</sup> LEMA AÑÓN, Carlos. “Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico...”, *Op. Cit.*, pag. 139

<sup>226</sup> *Ibidem*

<sup>227</sup> *Ibidem*

<sup>228</sup> L. Purdy, *Reproducing Persons. Issues in Feminist Bioethics*, Cornell University Press; Ithaca-London, 1996, pp. 182 ss. Esta autora defiende que aunque el riesgo de explotación es real, y sobre todo en contextos sexistas, el contrato de maternidad no es necesariamente negativo, e incluso puede contribuir a mejorar la posición de las mujeres en la sociedad. Citado en: *Ibidem*

<sup>229</sup> C. Jaquith, *Surrogate motherhood, women's rights & the working class*, Pathfinder Press, New York, 1988; K. Oliver, “Marxism and Surrogacy”, en H. Holmes y L. Purdy (eds.), *Feminist Perspectives in Medical Ethics*, Indiana University Press, Bloomington and Indianapolis, 1992, pp. 266-285; C. Overall, *Human reproduction: principles practices, policies*, cit. Existen otras muchas líneas de argumentación desde el feminismo que defienden la ilicitud de esta práctica desde otros puntos de vista (por ejemplo H. Lindemann, “Cutting Motherhood in Two: Some Suspicions Concerning Surrogacy”, en *Feminist Perspectives in Medical Ethics*, cit., pp. 257-265; S. Ketchum, “Selling Babies an, Selling Bodies”, *ibid.*, pp. 284.295); destaca entre estas la perspectiva del feminismo llamado radical (G. Corea, *The mother machine*, cit.). Citado en: *Idem*, pag 139 y 140

<sup>230</sup> C. Romeo Casabona, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana cit.*, p. 220. Para este autor, en el caso de que existiesen vínculos familiares desaparecerían los riesgos de mercantilización, y las tensiones emocionales podrían quedar

criterio de que el consenso habría de mantenerse durante todo el proceso, para garantizar la libertad de disponer del propio cuerpo y al tiempo la posibilidad de que la madre comitente pudiese decidir en todo momento si entregaba al hijo o no con total libertad<sup>231</sup>. Frente a estas limitaciones, o a las propuestas abiertamente prohibicionistas, las posturas más favorables propondrían que estas prácticas fueran asimiladas a la adopción, o simplemente quedarán bajo la regulación contractual general, y por lo tanto sobre lo acordado por las partes.<sup>232</sup>

Los contratos de maternidad subrogada suelen incluir una serie de cláusulas que contemplen las consecuencias de toda una serie de posibles incidencias. Estos contratos, elaborados en muchos casos por grupos de abogados ya especializados en la cuestión, se han ido perfeccionando en función de las decisiones judiciales, para lograr mayor eficacia en la consecución de los objetivos que persiguen. Los mayores obstáculos para estos objetivos han surgido cuando la madre gestante rechaza entregar al recién nacido, lo que en ocasiones ha llevado la cuestión a los tribunales de justicia.<sup>233</sup> El caso más conocido de entre ellos es el que se denominó caso «Baby M», o Stern vs. Whitehead, resuelto por el Tribunal Supremo de Nueva Jersey, en los Estados Unidos.

Se trataba de un matrimonio sin hijos -los Stern- y en el que la señora Stern tenía la recomendación médica de no quedar embarazada. Mediante la intermediación de un abogado contrataron a una mujer casada y con hijos (Whitehead) para que a cambio de una suma de dinero (diez mil dólares, más otro tanto en concepto de compensación por gastos) accediese a ser inseminada con el semen del señor Stern y a entregar a la criatura (una niña en este caso) a los Stern tras el parto. Y así se hizo. Pero una vez entregada la niña, Whitehead se arrepintió y la reclamó. Tras diversas vicisitudes, y con una sentencia judicial que entregaba la custodia al matrimonio Stern, el Tribunal Supremo de Nueva Jersey declaró ilícito y nulo el contrato (se había considerado válido en primera instancia), pues lo equiparaba a la compraventa de la niña. No obstante, declaró que en interés de la menor el matrimonio Stern -con el que llevaba conviviendo los casi dos años transcurridos- debía mantener la custodia de la niña, aunque concedía a Whitehead el derecho de visita. Cabe señalar, no obstante, que en alguna medida la *ratio decidendi*<sup>234</sup> de la sentencia descansaba en el hecho de que Whitehead era la madre “natural”, por cuanto había aportado el óvulo. De esta forma se concedía una importancia singular a la maternidad genética a costa de minimizar el embarazo. Por otra parte, es probable que en el “interés del menor” pesasen otras razones, por la importancia que se le concede a los medios económicos o a la posición social.<sup>235</sup>

A través de las cláusulas que figuraban en el contrato de este caso, se pueden ejemplificar algunas de las que son habituales: la madre gestante (Whitehead) asumía los riesgos del embarazo y del nacimiento, al tiempo que renunciaba a intentar establecer ningún vínculo materno-filial. Se sometería a un examen psicológico pagado por Stern. Éste tenía derecho a escoger el nombre de los

---

mitigadas por la existencia de lazos de afecto entre las partes. Por ello propone dejar este caso abierto a la reflexión. Citado en: LEMA AÑÓN, Carlos. “Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico...”, *Op. Cit.*, Pag 140

<sup>231</sup> M. G. Giammarinaro, “Diritto leggero e autonomia procreativa”. *La matemita di sostituzione: Democrazia e Diritto 1* (1996), p. 98. Citado en: *Ibidem*

<sup>232</sup> R. Tong, *Reproductive Technologies: Surrogacy*, cit., p. 2228. Citado en: *Ibidem*

<sup>233</sup> *Ibidem*

<sup>234</sup> Razón de decidir

<sup>235</sup> La sentencia de este caso está recogida por P. Silva (‘Baby M. y el contrato de maternidad subrogada, sustitutiva o suplente’: Boletín de información del Ministerio de Justicia 1503 (1988). También realizan su examen entre otros D. Gracia, *Fundamentos de bioética*, Eudema, Madrid, 1987, pp. 395 ss., F. Liedó, *El alquiler de útero y el problema de las madres sustitutas o por encargo*, cit., pp. 379 ss.), S. Azzali (La matemita surrogata: in margine al caso Baby M., en *La procreazione artificiale: tra etica e diritto*, cit., pp. 125-134). Citado en: *Idem*, Pag 141

descendientes. En la hipótesis de que el señor Stern muriese, la criatura sería confiada a la guardia de su esposa. Whitehead no podría abortar. Además se sometería a una amniocentesis y si el resultado fuera que el feto estuviese dañado por una deficiencia genética o congénita, el aborto tendría lugar, pero sólo una vez que Stern lo exigiese. En la hipótesis de que la criatura una vez nacida fuera genética o congénitamente anormal, Stern asumiría todas las responsabilidades legales después del nacimiento.<sup>236</sup> También es habitual en este tipo de contratos la prohibición -con la correspondiente penalización- de que la mujer gestante consuma tabaco, alcohol o drogas, así como la inclusión de algunas otras normas de salud. Es igualmente habitual que se le prohíba mantener relaciones sexuales, para evitar un embarazo en el que el padre fuese otra persona. También se pueden establecer medidas aseguradoras para el caso de que la madre subrogada cambie de opinión con respecto a la entrega de la criatura al nacer.

Aun en el caso en el que los contratos de este tipo sean declarados ilegales, o incluso sean castigados, no significa que no se vayan a celebrar. De hecho incluso funcionarán normalmente sin la intervención de los órganos de justicia estatales. En este sentido es necesario prevenir las consecuencias jurídico-civiles de su celebración, por ejemplo en cuanto a la determinación de la filiación<sup>237</sup>. Pero también probablemente para desincentivar la celebración de este tipo de contratos y para evitar soluciones manifiestamente injustas, aun dentro del marco del contrato.

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

Con respecto a los contratos de subrogación, generalmente son considerados ilegales e inexigible su cumplimiento ante los tribunales. La práctica es hoy conocida como “maternidad subrogada” y a ella recurren parejas en las cuales la mujer padece alguna de las causas de infertilidad irreversible, es eventual transmisora de enfermedades o defectos de origen genético, o bien, siendo sana y capaz de gestar, decide que otra se embarace por ella, soslayando las molestias y los riesgos de la maternidad.<sup>238</sup>

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

<sup>236</sup> B. Edelman, “Entre personne humaine et matériaux humains: le sujet de droit”, en *L'homme, la nature et le droit*, cit., p. 117. Citado en: LEMA ANÓN, Carlos. “Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico...”, *Op. Cit.*, pag 142

<sup>237</sup> F. Pantaleón, “Contra la ley de técnicas de reproducción asistida”, cit.; C. Romeo, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 220. Al igual que con la donación de óvulos la mayoría de la doctrina se pronuncia a favor de que la maternidad quede determinada por el parto (J. Gafo, *Nuevas técnicas de reproducción humana*, cit.; M. Castán, *Nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, ética y derecho*, Madrid, 1986;). L Lacruz, *La constitución y los hijos artificiales*, cit.), aunque también se ha defendido (F. Pantaleón) que la maternidad jurídica debe corresponder a la madre genética. Citado en: *Ibidem*

<sup>238</sup> HURTADO OLIVER, Xavier. “El Derecho a la vida...”, *Op. Cit.*, pag 54

Agencias norteamericanas han comenzado a instalarse en Japón donde esperan contar con clientela suficiente para su permanencia.

La subrogación de maternidad comercial ha sido rechazada universalmente. En algunos países solamente se permite que la mujer que se embarace por cuenta de otra sea retribuida por los gastos necesarios como médicos, psicólogos, alimentación especial, transporte, hospitalización, etc. Y en algunos lugares por la paga de los abogados que intervinieron en la formulación del contrato. Se prohíbe recibir compensación por el "servicio" como medida para evitar que se haga de la gestación una nueva forma de explotación de la mujer.<sup>239</sup>

De los casos anteriores puede concluirse que a falta de legislación general que regule la práctica de la subrogación, los conflictos han sido resueltos caso por caso mediante criterios que en ocasiones resultan contradictorios, y que por lo menos en los Estados Unidos, mediante el argumento de optar por los "mejores intereses" del niño gestado mediante subrogación de maternidad, los casos se han resuelto en beneficio de la pareja con mayores posibilidades económicas y en su caso, de raza blanca.<sup>240</sup>

La sistematización que Romeo Casabona hace de los problemas jurídicos que se están planteado, se resumen en:

- el marco de aplicación de las técnicas y sus condiciones, sus requisitos,
- efectos jurídicos y prohibiciones,
- así como las pautas de actuación de los profesionales médicos<sup>241</sup>

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

Especialmente:

- el derecho penal -para establecer las limitaciones más graves-,
- el derecho administrativo para la regulación de los centros y actividades médicas en toda una amplia gama de formas de intervención pública, incluidas las sanciones y
- el derecho constitucional por cuanto se ven afectados los derechos fundamentales de las personas.<sup>242</sup>

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

- El primero es el hecho de que sitúan la reproducción humana fuera de la relación sexual, o, por ser más precisos, fuera de la relación sexual heterosexual y coital,<sup>243</sup>

- En segundo lugar, y en parte como consecuencia de lo anterior, sitúan la reproducción (en sentido estricto) fuera de la esfera privada de la pareja (o del matrimonio) con la introducción de terceros ajenos: médicos, donantes de gametos, etc.<sup>244</sup>

<sup>239</sup> HURTADO OLIVER, Xavier. "El Derecho a la vida...", *Op. Cit.*, pag. 55

<sup>240</sup> *Idem*, pag. 68

<sup>241</sup> C. M Romeo Casabona, El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana, cit., p. 231. LEMA Añón, Carlos. "Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico...", *Op. Cit.*, pag 95

<sup>242</sup> *Idem*.

<sup>243</sup> Será en este sentido restrictivo en el que se utilice en este contexto el término «sexualidad», para evitar repetir esta aclaración.

El desarrollo y la extensión de la contracepción favorecieron en un primer momento la escisión voluntaria entre sexualidad y reproducción. Ahora las nuevas tecnologías reproductivas pueden escindir estos dos términos en otro sentido, separando reproducción de sexualidad<sup>245</sup>

De algún modo se culmina, por lo menos conceptualmente, el paso del azar y de la casualidad a la voluntad, a la intencionalidad y a la planificación<sup>246</sup>. Pero al mismo tiempo se trata de una voluntad intervenida. Es una voluntad en la que no sólo participan privadamente dos miembros de una pareja, sino que desde un primer momento entran otras personas: se pierde una parte de la privacidad. Para completar esa voluntad participan una serie de expertos en distintas especialidades (que se supone que contribuyen al bien nacer), una serie de instituciones (médicas, administrativas, «éticas»), incluso otros particulares.<sup>247</sup>

Hay que notar que el primero de estos elementos hace más referencia a cuestiones biológicas, técnicas o -si se prefiere- fenomenológicas, mientras que el segundo se refiere más a aspectos rurales, jurídicos e incluso políticos. Pero no lo hacen de forma exclusiva en cada caso, dadas las complejas pero estrechas relaciones entre ambos aspectos, y la importancia crucial de los factores culturales (en sentido amplio), en la organización y significación de estas prácticas. Se trata en buena medida de una redefinición de la dicotomía entre naturaleza y cultura en el ámbito de la reproducción humana a partir de unas nuevas posibilidades técnicas, más que un cambio en esta relación operado por la técnica misma. En realidad se establece una relación dialéctica entre los aspectos técnicos y los culturales y de organización social, que se pone especialmente de manifiesto en el papel que estos elementos juegan en representaciones colectivas sobre la reproducción, y, hay que destacarlo, sobre todo en la forma en que se reflejan en las instituciones familiares, sea desde el punto de vista jurídico o más allá de éste.<sup>248</sup>

### 3.1. Filiación

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

---

<sup>244</sup> La relación se puede aumentar: asesores éticos, psicólogos, juristas; e incluso ampliar como en el caso de las maternidades de sustitución.

<sup>245</sup> Y también permiten escindir temporalmente fecundación y gestación, lo que dará lugar, como se verá, a nuevos tipos de problemas

<sup>246</sup> Dicho esto con todas las reservas, pues ni el anterior era totalmente el reino del azar ni las nuevas tecnologías reproductivas -a pesar de todas las declaraciones triunfalistas- consuman el reino de la voluntad

<sup>247</sup> LEMA Añón, Carlos. "Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico...", *Op. Cit.*, pag 96

<sup>248</sup> Idem

Pero al mismo tiempo que se produce la descomposición progresiva de los momentos de la reproducción (o más bien la creación de momentos dentro de un proceso continuo), se produce la transparentación de la aportación biológica: ya no hay duda de quién sea el padre, pues el proceso se hace mediado técnicamente, controlado y relativamente público. Este hecho en un primer momento puede tender a reforzar la idea naturalista de la correspondencia ineluctible entre filiación biológica y filiación jurídico-social, es decir, entre (pro)genitura y paternidad/maternidad. Ello se acentúa desde el momento en que además la paternidad se hace cierta y comprobable incluso a posteriori<sup>249</sup>.

Sin embargo, desde el momento en que se introduce la figura del tercero donante<sup>250</sup>, queda más patente que la filiación tiene un momento atributivo a través de una serie de ficciones, de una serie de instituciones sociales y jurídicas que median, modulan y hasta modifican la mera relación biológica<sup>251</sup>. Sobre todo teniendo en cuenta que no se puede pretender que la filiación en los casos de inseminación artificial con donante constituya hasta tal punto una excepción del régimen general que cambie por completo hasta el mismo entramado social de atribución de la filiación. En este sentido es destacable que si, en principio, las nuevas tecnologías reproductivas -y en esta cuestión otros avances en la biología y la medicina- parecen reforzar las ideas y planteamientos biologists, un análisis más detallado permite precisamente señalar las aporías de tal planteamiento y sus dificultades para servir realmente como criterio regulativo.<sup>252</sup>

Es claro que las nuevas tecnologías reproductivas tienden a presentarse no sólo como las vencedoras de la esterilidad, sino como garantes de la correspondencia biológica entre padres e hijos; frente, por ejemplo a alternativas como la adopción. En este sentido parece predecible que en el futuro se tienda a buscar formas de procreación médicamente asistida en las que en lo posible se vaya abandonando la necesidad de recurrir a terceros. Los mitos basados en la sangre son substituidos por los basados en el «patrimonio genético», y utilizados tanto en las discusiones sobre la regulación de las tecnologías reproductivas, cuanto como principal reclamo publicitario suyo.<sup>253</sup>

En las tecnologías reproductivas, pues, mas allá de su significado, digamos biológico, de su significado de modificación del sustrato natural de la reproducción humana, de la intromisión de la «artificialidad» -aspecto que ha sido enfatizado sobre todo por los opositores de principio a las nuevas tecnologías reproductivas<sup>254</sup>- importa sobre todo el aspecto cultural.

<sup>249</sup> A. Carracedo y M. Pestoni, .Aspectos éticos de la prueba de! ADN con fines forenses, en A. Cambrón (coord.), Entre el nacer y el morir, Comares, Granada, 1998, pp. 157-168. Citado en: LEMA Añón, Carlos. "Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico...". *Op. Cit.*, pag 96 y 97

<sup>250</sup> Sin embargo es paradójico cómo el aumento en el grado de biologización de la paternidad, entendido como la posibilidad de instar a la declaración de un vínculo jurídico de filiación tras probar que existe una relación biológica, coincide con la aparición con fuerza de nuevos problemas ligados a la participación de terceros donantes en la reproducción asistida.

<sup>251</sup> Pero más allá de la citada tendencia a basar la filiación (por lo menos la llamada .filiación natural) en la "verdad biológica" observable en la evolución del derecho de familia en las últimas décadas, el examen de los complejos mecanismos jurídicos de reclamación o de impugnación de la filiación, por ejemplo, ponen perfectamente de manifiesto el carácter social, cultural ("artificial") del propio momento atributivo

<sup>252</sup> Y efectivamente en cierto modo sí que refuerzan las ideas biologists de forma constatable. Del resurgir de este tipo de ideologías, de su contextualización y de su crítica son destacables y de sumo interés: J. Sanmartín, Los nuevos redentores. Reflexiones sobre la ingeniería genética, la sociobiología y el mundo feliz que nos prometen, Anthropos, Barcelona, 1992; R. C. Lewontin, S. Rose, L. Kamin, No está en los genes. Crítica del racismo biológico, trad. E. Torner, Grijalbo-Mondadori, Barcelona, 1996; D. Soutullo, De Darwin ao ADN. Ensaio sobre as implicações sociais da Biologia, Laiovento, Santiago de Compostela, 1997 y La eugenesia. Desde Galton hasta hoy, Talasa, Madrid, 1997; C. Queiroz, Eugenesia y racismo, en Entre el nacer y el morir. Problemas de bionomía ética y jurídica, trad. C. Lema, Comares, Granada, pp. 99-120, 1997. Citado en: *Idem* pag 97 y 98

<sup>253</sup> *Idem*, pag 98

<sup>254</sup> Pues caben oposiciones u objeciones que no sean de principio, sino derivadas, que se opongan a ellas por sus consecuencias negativas (sobre la salud de las personas, la dignidad humana, la vida de los embriones, etc.), y no por consideradas "artificiales" o contra natura



Con respecto a la fecundación in vitro, hay un momento como es el de la fecundación que hasta cierto punto se fuerza artificialmente. En este sentido sí que se podría hacer una diferencia con la inseminación artificial. Sin embargo, nuevamente son otros aspectos y no éste los que importan principalmente en su regulación jurídica. Pero con el examen de la misma sí que se puede clarificar lo que hay de artificial en las técnicas de reproducción asistida. Se trata más bien de artificialidad como artefactualidad, como tecnicidad, pero no como una oposición -más que en este sentido- a lo natural.<sup>255</sup>

Desde el momento en que se hace patente que la artificialidad más importante en las relaciones de filiación no viene dada por la mediación técnica sino por la mediación cultural, el derecho tendrá que ejercer abiertamente su carácter atributivo en este dominio. No le cabe, en este sentido, escudarse en una supuesta naturalidad, y por ello ha de realizar una elección que no está claramente fundada, que es hasta cierto punto arbitraria. O, más bien, la arbitrariedad de la atribución se manifiesta abiertamente sin un criterio claro e indudable a que apelar en el momento atributivo. Porque más allá de que pueda ser claro o no de quién es biológicamente la criatura (quién fue el genitor o la genitora, cosa que incluso es difícil de determinar en el caso de que se escinda la maternidad en genética y de gestación), dista de estar claro inmediatamente la respuesta a la pregunta de a quién pertenece, a quién se le atribuye.<sup>256</sup>

A quién garantizará el derecho el acceso a esa posición jurídica privilegiada con respecto a la criatura que en ocasiones se convierte en objeto de deseo posesivo, toda vez que en nuestras sociedades es (y tiende a ser) prácticamente la única que permite la participación en las labores de cuidado, educación y crianza, así como en determinadas relaciones de afecto. Se trata de garantizar una posición que incluye toda una serie de relaciones simbólicas y materiales, entre ellas la posibilidad de educar y ciertas relaciones patrimoniales, por ejemplo derivadas de la sucesión mortis causa.<sup>257</sup>

La perplejidad del derecho de filiación se movería pues, entre la nostalgia del naturalismo y los primeros atisbos de un contractualismo (y en cierto modo patrimonialización) en la filiación, frente al cual los límites simbólicos aparecen como insuficientes. Quizá se puede sugerir que aquí acaba por manifestar sus debilidades una transición aparentemente inocua desde un modelo en el que la posesión privada masculina de las mujeres garantizaba también el acceso a sus hijos.<sup>258</sup>

Diversa es la problemática jurídica en orden a los supuestos de locación de útero y de maternidad subrogada, que comprenden las cuestiones relacionadas con la admisibilidad de los contratos de maternidad subrogada, y la determinación de la filiación materna originada por los supuestos de maternidad compartida, es decir, cuando se produce la disociación entre el aporte genético y la gestación.<sup>259</sup>

<sup>255</sup> Sobre estos conceptos es de interés J. Riechmann, -La industria de las manos y la nueva naturaleza. Sobre naturaleza y arificio en la era de la crisis económica global., en A. Durán y J. Riechmann (coords.), Genes en el laboratorio y en la fábrica, Trotta/Fundación 1º de Mayo, Madrid, 1998, pp. 197-235.

<sup>256</sup> Por más que la pregunta presentada en estos términos (pertenencia, propiedad) resulte extraña --o, como a veces se dice en este contexto, "repugne"-- a la mentalidad jurídica, no se puede objetar en este caso la pertinencia de la misma. Acudir al criterio jurídico-dogmático consistente en reformular la cuestión según los conceptos jurídicos --positivos-- civiles aplicables puede ser conveniente en el foro, pero aquí sólo obscurecería la cuestión. La abstracta "atribución exclusiva" del hijo a la pareja «nuclear» es un hecho primariamente «sociológico», aunque tenga sus reflejos en el mundo jurídico. LEMA Añón, Carlos. "Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico...", *Op. Cit.*, pag 99

<sup>257</sup> *Idem*, pag 99 y 100

<sup>258</sup> *Idem*, pag 100

<sup>259</sup> MORÁN DE VICENZI, Claudia. "El Concepto de filiación...", *Op. Cit.*, pag 197

Los conflictos planteados por la intervención de dos o más mujeres en la procreación de una misma persona han concitado una gran atención de la opinión pública a causa del sensacionalismo que les rodea. En el ámbito jurídico, la aparición de este fenómeno ha merecido un atento estudio de los juristas, ya que esta forma de procreación rompe la unidad biológica determinante de la maternidad y, consiguientemente, del referente inicial para la identificación del nacido.<sup>260</sup>

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

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

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

### **3.2. Procreación, ¿garantía individual?**

Los que pretenden la validez y flexibilidad de los contratos de subrogación, un negocio floreciente en los Estados Unidos, hacen valer el argumento de que la procreación es una garantía individual implícita en el derecho a la privacidad, y su impedimento es una violación constitucional.

El derecho a la privacidad, de acuerdo con la Constitución norteamericana, es el que tiene un individuo de tomar decisiones en el ámbito familiar sin intromisión del Estado, a menos que éste (el Estado), demuestre la existencia de un interés superior que justifique 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. Son los siguientes: en *Skinner vs. Oklahoma* (316 U.S. 535 (1942)) al declarar anticonstitucional una ley de esterilización de los delincuentes, encontró que "uno de los derechos civiles básicos del hombre era el derecho a estar libre de interferencias en su

---

<sup>260</sup> MORÁN DE VICENZI, Claudia. "El Concepto de filiación...", *Op. Cit.*, pag 196

capacidad de procreación ", y declaró que "el derecho a procrear es fundamental para la existencia y supervivencia de la raza".<sup>261</sup>

En *Griswold vs. Connecticut*, (381 U.S., 479 (1965)), reconoció el derecho de las personas casadas a usar anticonceptivos, razonando que "el derecho a la privacidad matrimonial está protegido de intrusiones del Estado, especialmente cuando la decisión involucra tener o no tener un hijo".<sup>262</sup>

Extendiendo el derecho a la privacidad sostenido en *Griswold*, la Corte en *Eisenstadt vs. Baird*, (405, U.S. 438 (1972)), declaró anticonstitucional la ley en el Estado de Massachusetts que prohibía la distribución de anticonceptivos a las personas solteras, y razonó "Si el derecho a la privacidad significa algo, es el derecho de una persona, soltera o casada, a estar libre de interferencias del Estado en asuntos tan fundamentales como gestar o procrear un hijo".<sup>263</sup>

Una interpretación libre de estas decisiones ha llevado a los interesados a considerar implícito en el derecho a la procreación el de seleccionar los medios para realizada, de donde concluyen la violación constitucional derivada de la prohibición de los contratos de subrogación y de las leyes que prohíben el pago de una compensación mayor a la subrogada de los necesarios para cubrir los gastos médicos originados por el embarazo.

"Un examen del derecho constitucional a la privacidad, en relación con la procreación de un hijo, razonan, parece indicar que debe lógicamente extenderse a la decisión a cómo debe ser concebido. Los casos especificados demuestran que un Estado no puede prohibir la decisión de una pareja de tener o no un hijo. Esta decisión, agregan, es la base del contrato de subrogación, y concluyen: "Una vez que la decisión de tener un hijo está hecha, el método empleado, sea naturalmente, por inseminación artificial o a través de un contrato de subrogación, debe considerarse constitucionalmente protegida." <sup>264</sup>

El negarle a la madre subrogada el derecho a recibir una compensación por el servicio prestado, opinan los defensores de los contratos, se le está tratando en forma diferente que al padre "subrogado" (el aportador de semen) que sí la recibe, por lo que se viola en su perjuicio el derecho a la igualdad de protección.

Las autoridades aclaran esta situación en esta forma:

"La conclusión a que llegan quienes sostienen la anticonstitucionalidad de las normas impugnadas está fundada primariamente en la consideración de que esas leyes que limitan el pago a las subrogadas impiden a las parejas ejercer el derecho a procrear. Sin embargo, este derecho a la privacidad relativo a la procreación, como lo establece la Constitución, es el de estar libre de interferencias en su decisión de procrear o gestar un hijo y no la garantía del Estado de asistidos para que lo obtengan."

En efecto, las leyes impugnadas no impiden a las parejas estériles procrear o gestar un hijo, sino que controlan los medios por los cuales puedan obtenerlo. La garantía debe interpretarse no como un positivo derecho a tener un hijo sino el negativo a estar libre de intrusiones del Estado en la decisión de tenerlo, por lo que prohibir el pago a la madre subrogada para que renuncie a sus derechos de maternidad, no viola ese derecho. Y agregan las autoridades: "En el caso de la subrogación, es la subrogada la que está

<sup>261</sup> Journal of Juvenile. Law., vol. 7, 1983. The Surrogate Child: Legal Issues and Implications for the Future, p. 85. Citado en HURTADO OLIVER, Xavier. "El Derecho a la vida...", *Op. Cit.*, pag. 68

<sup>262</sup> Journal of Juvenile. Law., vol. 7, 1983. The Surrogate Child: Legal Issues and Implications for the Future, p. 85. Citado en *Idem*. Pag. 69

<sup>263</sup> *Ibidem*

<sup>264</sup> Brigham Young University Law Review, 1982, Artificial Insemination and the Law, Notes, p. 980. Citado en *Ibidem*.

ejerciendo el derecho a la procreación constitucionalmente garantizado, en tanto que es ella la que procrea y a quien, en consecuencia, la Constitución protege contra intromisiones del Estado en el ejercicio de ese derecho. Uno puede tener un derecho fundamental, concluyen, sin que esto signifique que tenga un derecho concomitante a demandar compensaciones por su ejercicio."<sup>265</sup>

Los que establecen una analogía entre el donador de semen y la madre subrogada incurren en falsa apreciación de los hechos, el padre subrogado es un donador de esperma, que se concreta a aportar líquido seminal; por el contrario, la madre subrogada concibe, gesta hasta su nacimiento y aporta un hijo producto de la unión de su propio óvulo y el esperma del contratante. La verdadera analogía se establecería entre el donador de esperma y la donadora de óvulos que lo dona para que una vez fecundado otra lo geste. En el presente caso, mientras que el primero es un donador de gametos, la segunda lo es de niños, de tal manera que la conclusión es incorrecta por ser falsa la premisa de que parte el razonamiento de los quejosos.<sup>266</sup>

Los casos expuestos nos llevan a concluir que la práctica de la subrogación de maternidad ha generado graves y complejos problemas, no solamente legales sino sociológicos y morales, difíciles de evitar. La mayoría se derivan de la negativa de la madre a entregar su hijo a los contratantes. La maternidad, se dice, no es propiamente un instinto de la mujer, es un sentimiento de solidaridad y amor que surge como consecuencia del embarazo; madre e hijo forman durante ese tiempo un solo cuerpo y dependen de una misma fuente de vida, simbiosis difícil de romper por el solo hecho del cumplimiento de un contrato que no es natural, que se opone a la naturaleza de la madre que gesta. De allí que los problemas de la maternidad subrogada seguramente continuarán, no importa si algunas madres contratadas superen el sentimiento de maternidad a que nos hemos referido, por causa de necesidad.<sup>267</sup>

Hurtado Oliver considera la prohibición de los contratos de subrogación como una medida necesaria, dado que el procedimiento ha echado raíces de momento en la Unión Americana, y es posible que se extienda a todo el mundo. Es una forma de suplir la adopción que lleva al hogar niños sin vínculo de sangre con la familia, ser adoptante demuestra una calidad humana de extraordinario valor; la subrogación, considera, es una forma de que el hijo deseado tenga identidad sanguínea por lo menos con uno de los cónyuges.<sup>268</sup>

### 3.3. Entre lo público y lo privado

Como segundo elemento destacable de la novedad de las prácticas de reproducción asistida, y explicativo de las cuestiones que plantean, se había hecho referencia a su incidencia sobre la relación entre lo público y lo privado en el ámbito de la reproducción. La dicotomía entre público y privado es un elemento esencial del paradigma societario moderno, y actúa en dos contextos. En primer lugar separando lo público -lo referente a la cosa pública-, el dominio de la política y del Estado, al ámbito de la obligación vertical en definitiva, con respecto de las relaciones entre particulares, del dominio del comercio y del mercado principalmente. En otro contexto, separando estos dos conceptos del ámbito privado en sentido más restrictivo: del ámbito particular (por ejemplo de la conciencia o de

---

<sup>265</sup> *Idem*, pag. 70

<sup>266</sup> Brigham Young University Law Review, 1982, Artificial Insemination and the Law, Notes, p. 982. Citado en HURTADO OLIVER, Xavier. "El Derecho a la vida...", *Op. Cit.*, pag. 71

<sup>267</sup> *Idem*, pag. 69

<sup>268</sup> *Idem*, pag. 71

las creencias particulares), pero sobre todo del ámbito doméstico. El contexto que ahora interesa principalmente es este último. Pero hay que notar, en ambos contextos, una característica esencial de todas las instituciones y las teorizaciones basadas la oposición entre lo público y lo privado. En todas ellas se excluye la política del ámbito privado; se excluye de él, en definitiva, el poder y el problema del poder.<sup>269</sup>

En el primer contexto esto se logra postulando la igualdad jurídica de todos los individuos para comprar y vender, para actuar en el mercado. En el segundo, a través más bien de la ocultación del problema del poder, a través de la ocultación y la desproblematización del pacto sexual originario y solo más tardíamente a través de la neutralización del conflicto con el postulado de la igualdad jurídica en el seno familiar. Al mismo tiempo, la exclusión de la política y con ella del pacto social, del ámbito privado permite hasta cierto punto naturalizarlo. La política será el marco de lo artificial, del acuerdo, del pacto social. Lo privado sea en cierto modo espontáneo y natural: lo privado económico por cuanto el mercado será expresión de fuerzas espontáneas de la sociedad de la mano invisible. El papel del derecho de familia se limitará casi a tomar acta de las formas naturales de organización familiar: instituciones y relaciones de tipo patrimonial, como la herencia, se beneficiarán también de este status de intangibilidad.<sup>270</sup>

### 3.4. Mercantilización

Pero la filiación no es la única cuestión que se plantea a partir de la posibilidad de escisión de la procreación con respecto a la sexualidad. Es conveniente señalar por lo menos otra gran cuestión, por su novedad conceptual. Como se sabe, la mencionada posibilidad, presupone la división y descomposición de diferentes momentos de la reproducción (que además se pueden separar en el tiempo). De este modo se tienen gametos masculino y femenino por un lado, después el embrión, y aun por otro lado la gestación, todos ellos como elementos separables e intercambiables. Una consecuencia de ello es que estos elementos adquieren valor de uso para otras personas, que como pacientes, como médicos, como investigadores, o como otro tipo de usuarios, están interesados en utilizarlos.<sup>271</sup>

Con esto no sólo cobra relevancia su estatus jurídico como partes o funciones del cuerpo humano, sino que se convierten en objeto de apropiación y de intercambio. A partir de esto no se trata simplemente del problema de que puntual o clandestinamente se comercie con materiales humanos y se pague por ellos: esto efectivamente, puede ser una de las manifestaciones más preocupantes. Ni se trata meramente de que la distribución o producción de estos materiales esté más o menos mercantilizada, o que existan unas fuerzas y mecanismos de mercado que los atraigan a su dinámica. El hecho significativo es que estos materiales se puedan constituir en bienes, porque lo demás viene a continuación. La forma de producción y de distribución se hará de una o de otra forma según diferentes modelos de organización de la misma que se concretará según diferentes condicionantes económicos, culturales o políticos. Con relación a estos dos últimos, los tabúes culturales pueden en algún caso suponer un cierto límite a la apropiación, pero ejemplos ha habido de su caída e incluso adaptación para terminar favoreciendo aquello frente a lo que constituían una barrera<sup>272</sup>. Los condicionamientos políticos y fácticos son de otra índole, pero su alcance

<sup>269</sup> LEMA Añón, Carlos. "Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico...", *Op. Cit.*, pag 101

<sup>270</sup> *Idem*, pag 102

<sup>271</sup> *Idem*, pag 100

<sup>272</sup> *Idem*, pag 101

en esta cuestión se podría evaluar recordando la analogía ya sugerida entre la «explotación de la fuerza de trabajo» y la «explotación de la fuerza biológica»: igual que en la primera, existe dentro del mismo sistema «productivo» una compatibilidad entre distintas formas y grados de explotación, según lugares y circunstancias. En definitiva, y como sugiere M. A. Hermitte en un caso análogo, «aquello que es susceptible de crear un mercado deviene finalmente apropiable», pero con ello comienza el proceso de apropiación y tráfico de la mercancía final, del cuerpo humano y sus partes<sup>273</sup>.

### 3.5. El saber del médico como saber político y control social en la reproducción asistida

Las prácticas ligadas a las nuevas tecnologías reproductivas contribuyen a una reubicación de las relaciones entre público y privado. Pero no de una forma aporreada y lineal, sino conflictiva y contradictoria, pues en este caso están presentes conflictos de poderes. En este sentido, tal reubicación también puede ser considerada como una recomposición de las fuerzas y equilibrios entre esos poderes y contrapoderes.<sup>274</sup>

Como primera observación se destacaba cómo en las prácticas de reproducción asistida se perdía buena parte de la privacidad de la pareja al tiempo que se abría la participación de una serie de expertos, de instituciones y de particulares, cuyas voluntades también concurrían en el proceso. Pues bien, de entre estos sujetos, el que más inmediatamente se aparece como característico es el médico<sup>275</sup>.

Pero entendido no sólo -ni siquiera principalmente- como el individuo concreto, sino más bien como *ars* y como saber que permite realizar estas técnicas, o incluso como grupo e intereses, esté o no organizado, sea reconocido o no<sup>276</sup>. Pero su importancia proviene del hecho de que este saber es producido por la comunidad médico-científica cuyo campo es la reproducción humana y la ginecología, pero no (o no principalmente) para uso interno como comunidad entregada al incremento del conocimiento a través de la investigación, el intercambio de experiencias y la discusión y debate. También -y en este caso fundamentalmente- para ser aplicado en un determinado contexto social, a un determinado grupo que es diferente de la comunidad que produce el saber. Pero tal grupo se convierte en buena medida en objeto de este conocimiento, y en lugar de disponer de él es dispuesto por él (como objeto, y no como sujeto de conocimiento).

De esta forma el uso del conocimiento científico toma la forma de aplicación técnica, utilizando la terminología de B. S. Santos en seis características en el discurso sobre la aplicación de las nuevas tecnologías reproductivas:

1. Quien aplica el conocimiento esta fuera de la situación existencial en que incide la aplicación y no esta afectado por ella.

<sup>273</sup> G. Berlinger y V. Garrafa, *La merce finale. Saggio sulla compraventa diparti del corpo umani*, Baldini & Castoldi, 1996. Citado en: *Idem*, pag 101

<sup>274</sup> LEMA Añón, Carlos. "Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico...", *Op. Cit.*, pag 103

<sup>275</sup> Se toma este caso por ser el más claro e inmediato, pero se podría examinar cualquier otro de los participantes. En este sentido, son de interés las consideraciones de G. Corea sobre el protagonismo que en determinados casos se otorga al donante de semen, potenciando su papel en determinados casos como medio de control sobre las mujeres que acuden a estas técnicas sin tutela masculina (G. Corea, *The mother machine*).

<sup>276</sup> Los órganos corporativos médicos, por ejemplo, gozan de un papel variable en la organización y regulación de las nuevas tecnologías reproductivas, según los distintos países. Pero, como se verá, en algunos casos gozan de funciones diferentes, que van desde la elaboración de normas propias sobre la actuación «ética» (lo que puede incluir el control de quien puede o no acceder a estas técnicas), hasta diferentes cometidos de control, de consulta, o de decisión atribuidos legalmente

2. Existe una separación total entre fines y medios. Los fines se presuponen definidos y la aplicación incide sobre los medios.
3. No existe mediación, deliberativa entre lo universal y lo particular. La aplicación procede por demostraciones necesarias que dispensan la argumentación.
4. la aplicación del Know how técnico hace indispensable e incluso absurda la discusión sobre el know how ético. La naturalización técnica de las relaciones sociales oscurece y refuerza los desequilibrios de poder que las constituyen.
5. La aplicación es unívoca y su pensamiento unidimensional. No admite otros saberes (los rechaza o los funcionaliza), ni siquiera los de los objetos de la aplicación.
6. Los costes de la aplicación son inferiores a los beneficios, evaluados ambos cuantitativamente a la luz de los efectos inmediatos del grupo que promueve la aplicación.<sup>277</sup>

El exámen detallado de las relaciones entre los poderes y saberes médicos (incluyendo sus relaciones con el poder del Estado) y las formas modernas de socialización de la reproducción en las que se insertarían las nuevas tecnologías reproductivas exigiría por tanto un tratamiento más amplio. Pero no por centrar la atención en la cuestión de las nuevas tecnologías reproductivas se puede dejar de mencionar y de tener presente este contexto en el que se insertan.

Pero en cualquier caso es indudable que el saber médico, que el saber y la actuación sobre los cuerpos y las patologías, se convierte también en un saber político, o por lo menos no fácilmente delimitable con respecto a él. Se convierte en un saber y una prescripción sobre el comportamiento, sobre la sociedad, sobre las instituciones y sobre sus patologías. El tratamiento real y discursivo de la infertilidad -indicación por excelencia de la reproducción médicamente asistida- es un ejemplo muy claro.

Pero se puede adelantar que, como concepto cargado, incluso en su definición clínica, de referencias simbólicas y valorativas, obliga al saber médico y a sus aplicadores a ahondar en su función de control social.<sup>278</sup>

Y no faltan voces que proponen que ahonden más en esta función frente a los problemas que plantean las nuevas tecnologías reproductivas y como complemento de la regulación jurídica. Así, el jurista alemán A. Eser, en las audiencias previas a la elaboración del informe y propuesta de resolución del Parlamento Europeo sobre procreación artificial proponía: “en lo que se refiere a la procreación artificial, el médico no debe preocuparse sólo del deseo de la cliente y de su compañero de tener un hijo: en la decisión que tome, que es de su entera responsabilidad, debe atender antes de nada al bienestar del futuro hijo”<sup>279</sup>.

Frente a estas formas de poder y facultades de decisión ejercidas más o menos conscientemente, pero que se constatan como carentes de legitimación democrática, algunos autores sugieren la necesidad de que los controles se trasladen «a la sociedad»<sup>280</sup>

---

<sup>277</sup> B.S. Santos, *Introducción a una ciencia pos-moderna. Afrontamiento*, Porto 1992, pp. 180-181. citado en: LEMA Añón, Carlos. “Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico...”, *Op. Cit.*, pag 103 y 104

<sup>278</sup> *Idem*, pag 105

<sup>279</sup> W. Rotbley y C. Casini, *Problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética y de la fecundación artificial humana*. Parlamento Europeo, Comisión de asuntos jurídicos y de derechos de los ciudadanos, Oficina de publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1990, p. 105. De todas formas, en otros escritos Eser reconoce la necesidad de que estos nuevos procedimientos no queden de forma exclusiva al arbitrio de los investigadores y profesionales clínicos, sino a la legitimación y control de la comunidad (cf. «¿Genética, «Gen-Ética., Derecho Genético?», en *La Ley*, 1986-1, pp 1140-1147) Citado en: *Idem*, pag 105

<sup>280</sup> J. L. Badouin y C. Labrusse-Riou, *Produire l'homme. De quel droit?* PUF, París, 1987, p 88. Citado en: *Ibidem*.

o, realmente, al derecho y al Estado. En otras palabras, que esas facultades de decisión se ejerzan, por lo menos en alguna medida, según cánones previos regulados jurídicamente. Y que se ejerzan por órganos legitimados jurídicamente para poner freno a toda posible arbitrariedad y a poderes no fundados democráticamente.<sup>281</sup>

Aun en este caso, seguimos estando ante el mismo fenómeno de intervención de terceros en la reproducción, y de desplazamiento en la relación que en este ámbito se producía entre lo público y lo privado. De hecho, el desplazamiento desde el ámbito de lo privado para el público (junto con el hecho de que en alguna medida se reconozca la existencia de poderes de decisión infundados) ha proporcionado uno de los principales argumentos para la legitimación de la intervención jurídica en las prácticas de reproducción asistida.<sup>282</sup>

Sin embargo, el propio hecho de este desplazamiento -cuya recomposición también resulta mediada por el derecho- suscita interrogantes y paradojas que constituyen cuestiones novedosas que el derecho ha de afrontar. Cabe sugerir, de forma muy general, que el derecho ha actuado por exceso y por defecto.

-Por defecto en cuanto no ha sido capaz en la realidad de controlar, de regular o de limitar los poderes privados desatados, y en general de proteger adecuadamente los derechos de las personas, superados por algunos casos en que se ven sometidos a situaciones para los que no fueron concebidos.

-Por exceso en cuanto aprovecha el desplazamiento desde el ámbito privado para entrar a controlar -a veces sirviéndose incluso esos mismos poderes que había de limitar- determinados aspectos de la reproducción que antes quedaban a la voluntad de las personas. En ocasiones la regulación de las nuevas tecnologías reproductivas es aprovechada -consciente o inconscientemente- como ocasión para introducir o acentuar la tutela de valores que no guardan relación con la novedad y la especificidad del problema<sup>283</sup>, y que en este sentido no son proporcionales a su objetivo. Con frecuencia lo que se intenta es apuntalar en este ámbito determinados valores con respecto a la familia y a la procreación cuya imposición no sería socialmente aceptada en cambio para el caso de la procreación natural.<sup>284</sup>

Dejando a un lado que la «democracia» -incluso interpretada restrictivamente como el sistema político y las instituciones vigentes en ciertos países- no es inmutable, ni es imposible que se produzcan retrocesos -y la propia experiencia histórica de programas eugenésicos generalizados en el seno de Estados democráticos (Estados Unidos o Suecia, por ejemplo) lo demuestra-, cabe cuestionar seriamente si ésta es una barrera suficiente frente a -por ejemplo- los inmensos poderes “privados” económicos. Se trata éste de un importante debate que queda abierto.<sup>285</sup>

Más allá de lo que las nuevas tecnologías reproductivas supongan técnicamente, importa, desde este punto de vista, la incidencia que tienen -aunque sea limitada- sobre determinados aspectos y ámbitos de la organización social. Importa la forma en que estas técnicas, pero

---

<sup>281</sup> *Ibidem*.

<sup>282</sup> A. Charo, .Reproductive Technologies: Legal and Regulatory Issues., en W. T. Reich (ed.), Encyclopedia of Bioethics (revised edition), MacMillan, New York, 1995, .2242. Citado en: LEMA Añón, Carlos. “Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-...” , *Op. Cit.*, pag 106.

<sup>283</sup> D. Vicenzi, .Liberta della persona e intervento pubblico nella procreazione artificiale.; y P. Zatti, "Natura" e "cultura" nella procreazione artificiale, ambas en G. Ferrando (ed.), La procreazione artificiale: tra etica e diritto, Cedam, Padova, 1989. Citado en: *Ibidem*

<sup>284</sup> *Ibidem*

<sup>285</sup> *Idem*, pag 107



sobre todo las prácticas médicas y sociales en que se plasman, inciden en la mutación y en la adecuación de las instituciones jurídicas y sociales: ya sea para que las acojan cambiando determinados aspectos, o ya sea para adaptarse a la nueva situación moldeando estas prácticas o las instituciones preexistentes para intentar mantener determinados aspectos de la organización social. Esto no quiere decir que haya que infravalorar lo que suponen de novedad científica y técnica, ni siquiera olvidar que es precisamente esa novedad -entendida también como creación histórico-social- la que hace posible estos cambios. Pero es preciso privilegiar en este ámbito el examen de la incidencia sobre los aspectos jurídicos y sociales, precisamente para poder evaluar críticamente los resultados de las novedades técnicas sin quedar encerrados en su propia racionalidad.<sup>286</sup>

### 3.6. Donación de semen, óvulos y embriones

Como criterio general, para nuestro sistema, deberíamos excluir que existe el presupuesto de la paternidad por el solo hecho de haber ofrecido el propio semen. Encontramos aquí la distinción entre el elemento cognoscitivo de presupuestos biológicos del propio origen y el elemento jurídico creador de relaciones entre los sujetos en la transmisión de la vida: estos últimos ligados a un sentido de responsable actividad del hombre. Hay que retener que la donación de semen, o de óvulo, no crea por sí una relación que comprenda que quien hace tal aportación traerá la vida. Aunque es incuestionable que facilita los medios insustituibles para que alguna relación de ese tipo pueda darse. El donante ofrece los medios para que un hijo sea procreado, pero no es él quien pone en marcha las intervenciones con las que la procreación del hijo directamente se produce.

Esto vale naturalmente para la IAD o FIV con donante, porque cuando se utilizan gametos de la pareja no se diferencia de la concepción natural más que en la alteridad de los sujetos. Sobre todo si se han dado los consentimientos pertinentes.

Con tal razonamiento habremos de excluir que del solo hecho de la donación se derive el derecho a ejercitar facultades paternas frente al producto de la concepción, pero tampoco descartarlo absolutamente.

Es claro que la relación de paternidad tiene su puesto en la figura dual de la generación y relación de un grupo de tres. Baste pensar que teóricamente un donante de semen puede dar vida a centenares de concepciones y resulta insuperable la dificultad de configurar una paternidad que se amplía a otros tantos nacidos y donde además no se encuentra ningún sentimiento de paternidad en el sujeto.

Sin embargo, el argumento puede verse cercenado si pensamos que los actuales centros de conservación y los distintos estudios legislativos recomiendan una limitación de embarazos por donante que oscilan entre los cinco del Informe español y los diez del Informe *Warnock*. Siendo así el número no es un problema, pero las circunstancias que concurren y la motivación del sujeto habitualmente es la misma.

La necesidad del aspecto biológico vimos que no puede cuestionarse, aunque no debe tener toda la importancia. Ni el hombre vive como los insectos ni la paternidad corresponde a una operación puramente fecundativa. No es la probeta la que por sí puede distribuir la

---

<sup>286</sup> LEMA Añón, Carlos. "Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico...". *Op. Cit.*, pag 107 y 108

paternidad, como el director de una obra de teatro los papeles entre los actores, y es que la diferencia entre el concepto profundo de paternidad y la derivación biológica puramente animal es trascendental para el hombre.

Paternidad no puede unirse irreversiblemente a la figura de inseminación, ni sería pensable un irreverente reclamo a los efectos de la antigua *satío*.<sup>287</sup>

¿Cuando existe donación de óvulos no puede plantear conflictos como en la donación de esperma? Es decir, ¿podría reconocer o reclamar la maternidad del hijo la donante?

Configurándose la donación como anónima y guardándose el secreto con la diligencia debida por los profesionales intervinientes, es particularmente intrincado. No obstante, hay que contar con ello. El elemento del parto es un fuerte obstáculo para la donante, pero el complejo proceso para la extracción del óvulo, en comparación con la donación seminal, posibilita un mayor acceso a la información de la identidad recíproca donante-receptora.<sup>288</sup>

La posibilidad de donación tanto de gametos como de embriones plantea, como ya se ha mencionado, la alternativa de su aceptación o prohibición. Pero una vez que son aceptadas - lo que ocurre en general, por lo menos para la donación de semen- el problema principal que el derecho debe afrontar es el de la determinación de la filiación jurídica, toda vez que las personas que proporcionaron sus gametos no lo hicieron con la intención de convertirse en padres o madres.<sup>289</sup>

En el examen que ahora se emprende, se empezará por el caso más simple, el de la donación de semen, que es a la vez el que ha sido más tratado. Después se examinarán otros supuestos, algunos de cuyos problemas son hasta cierto punto análogos.

### **3.6.1. La donación de semen**

La utilización de semen en un hombre distinto que el marido de la mujer a la que se le realiza la inseminación artificial es una práctica que surge, como se sabe, en un momento relativamente temprano. En un principio es practicada en secreto por los médicos utilizando semen de donantes, en el caso más típico estudiantes de medicina que se prestan para esta práctica<sup>78</sup>. Posteriormente también se utilizará el semen de terceros en técnicas distintas que la inseminación artificial, como la fecundación in vitro.

#### **3.6.1.1. Licitud en caso de donación de semen**

Entrando ya de pleno en las cuestiones que plantea la donación de semen, ya fue mencionado que el primer problema que se trató fue el de su licitud, y el de su analogía o diferencia con respecto al adulterio. Pero una vez que las objeciones de este tipo fueron superadas, las preocupaciones de la doctrina jurídica versaron más sobre la forma de organizar el proceso, y sobre todo la forma de organizar sus consecuencias jurídicas. Sin embargo la cuestión de la licitud de esta práctica no ha dejado de suscitarse posteriormente.

<sup>287</sup> TRABUCCHI. A.: Op. cit., p. 623: en latín el término significa siembra. Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. "Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial...", Op. Cit., Pág. 218.

<sup>288</sup> MORO ALMARAZ, María de Jesús. "Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial...", Op. Cit., Pág. 255

<sup>289</sup> LEMA Añón, Carlos. "Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico...", Op. Cit., pag. 110

Pero lo que se discute es ya la licitud y la posibilidad de contratación que tenga por objeto el semen<sup>290</sup>. Es decir, la pregunta es si los gametos humanos están dentro del comercio, lo que obliga a preguntarnos también por el estatus del cuerpo humano y de sus partes separables.

Para la doctrina jurídica tradicional el cuerpo, como substrato de la personalidad, no puede ser objeto de contrato: en general se considera el cuerpo como parte de la persona y no como una cosa que posea. La persona está fuera del comercio, y con ella su cuerpo. Pero este dogma ya encuentra dificultades frente a figuras tradicionales tales como los contratos de transporte, y sobre todo los contratos de trabajo<sup>291</sup>. Además, modernamente, esa concepción se ha de enfrentar también a un proceso de 'cosificación' del cuerpo humano, tanto de sus productos regenerables (sangre, gametos), como de sus órganos. Como ya se ha señalado, este proceso es debido no tanto a la posibilidad de que estas partes puedan ser separadas del cuerpo, como que se puedan intercambiar o utilizar por otras personas.

En el caso que nos preocupa, la práctica médica ha hecho del semen un objeto de cambio, que -si acaso- se sitúa fuera del mercado, pero claramente dentro del comercio jurídico (93). Incluso la pretensión de situarlo fuera del mercado sería cuestionable, frente a una realidad en la que, por lo menos en ciertos casos se llega a pagar por él.

Ni siquiera dentro de este marco hay acuerdo entre los juristas. Así, entre los que se han ocupado de esta cuestión Clavería considera que ni gametos ni embriones pueden ser calificados como cosas en sentido estricto<sup>292</sup>. Por el contrario Moro Almaraz los considera como cosas, ante la imposibilidad de considerados personas, aunque se muestra contrario a su tráfico comercial<sup>293</sup>.

Paralelamente a esta cuestión se presenta la de si el semen es disponible. Tradicionalmente se consideraba que eran indisponibles, por cuanto como instrumentos de la perpetuación de la especie no pertenecían al individuo. Incluso algún autor moderno los ha considerado como no disponibles en interés del menor (para evitarle problemas relativos a la filiación), llevando hasta sus últimas consecuencias un argumento utilizado para prohibir algunas otras prácticas de reproducción asistida. Sin embargo hoy en día, y ante la generalización de estas prácticas, raramente no se considera que exista problema en cuanto a la disponibilidad del semen.

Por lo que respecta a la organización de la donación de semen, se proponen habitualmente dos principios: gratuidad y anonimato. El anonimato será discutido al tratarse de la filiación. Con respecto a la gratuidad, al igual que ocurre con la donación de órganos y de sangre, es el principio que se sigue con carácter general en numerosos países. Pero esto hace que el reclutamiento de donantes sea un problema delicado (y aun más, como se verá, en el caso de los óvulos). Así, en algunos países es remunerado, o se llevan a cabo prácticas que guardando formalmente la gratuidad incluyen sin embargo contra prestaciones. En numerosos países se ofrece una cantidad de dinero en calidad de «indemnización», o compensaciones por las molestias ocasionadas (tiempo perdido, desplazamientos, etc.), que se supone que no habría de ser lo suficientemente elevada como para incitar a la

<sup>290</sup> Y. Gómez Sánchez, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. Citado en: *Idem*, pag. 113

<sup>291</sup> Arnoux, *Les droits de l'etre humain sur son corps*, cit., p. 27. Citado en: LEMA Añón, Carlos. "Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico...", *Op. Cit.*, pag. 113

<sup>292</sup> D. Clavería Gosálvez, *Las categorías negóciasles y su adaptación en función de la reproducción humana.*, en *La filiación a finales del siglo XX*, cit., p. 239. Citado en *Idem*. pag. 114

<sup>293</sup> M. J. Moro Almaraz, *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*, Bosch, Barcelona, 1988. Citado en LEMA Añón, Carlos. "Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico...", *Op. Cit.*, pag. 114

donación<sup>294</sup>. Incluso en países donde la gratuidad es dogma, como en Francia, se venían ofreciendo contraprestaciones económicas, por lo menos hasta su expresa prohibición legal en 1991, y seguramente después a pesar de ella<sup>295</sup>.

Con independencia de la gratuidad o no, hay distintos métodos de reclutamiento: en medios ligados a la estructura médica (el caso clásico sería entre los estudiantes universitarios), o el reclutamiento por parte de los propios usuarios (aunque no destinado a ellos mismos). Este último, ampliamente practicado en Francia, tiene el inconveniente de romper el secreto que muchas parejas quieren guardar en torno al propio tratamiento.

Existen aun otros puntos de interés por lo que respecta a la organización de las donaciones. Se considera importante regular las normas de consentimiento de los donantes, la información que los bancos han de proporcionar, así como determinados criterios de control sanitario. Con respecto a estos últimos, se busca evitar tanto la infección por enfermedades transmisibles sexualmente (y con particular énfasis el sida), como proteger la salud de la eventual descendencia, evitando la transmisión de enfermedades genéticas o hereditarias. Este último aspecto, a pesar de que habitualmente se pone el acento en la evitación de enfermedades, también tiene sus puntos oscuros. Advierte con acierto Y. Englert algo que no siempre es tenido en cuenta, como es la necesidad de un equilibrio entre el deseo legítimo de los receptores de la donación tener un hijo o una hija sanos (máxime cuando en algunos casos se acude a la donación precisamente para evitar la transmisión de alguna enfermedad) y el riesgo derivado del eugenismo. Apunta este autor e criterio de que los donantes no sean sometidos a mayores exámenes que cualquier pareja en consulta preconcepitiva. En la misma línea hay que atender a la advertencia de J. Costa-Lascoux, en lo referente al control de los rasgos fenotípicos de los donantes, algo a lo que ya se ha hecho referencia:

«Por otra parte, aun cuando no se individualice el donante, se establecen fichas tipológicas con el fin de evitar, por ejemplo, grandes diferencias del color de piel o de aspectos físicos. Es curioso que esas clasificaciones fenotípicas hayan despertado tan pocas críticas. El retorno a la "ficción biológica" en la procreación refuerza, en cierta medida, las tendencias etnicistas e incluso racistas, que se oponen a los progresos de la lucha contra las discriminaciones<sup>296</sup>.

Se refiere con ello al control de las características fenotípicas de los donantes, que son con frecuencia escogidos por su similitud con las características del marido de la mujer receptora, o bien por elegir determinadas características deseadas. Tal control, y particularmente la adecuación al marido de la mujer receptora, está generalmente aceptado en la práctica clínica, entre la doctrina jurídica, y ha llegado a ser un criterio recogido como obligatorio en algunas legislaciones<sup>297</sup>.

La aceptación de este criterio por parte de la doctrina jurídica, llega a alcanzar formulaciones extremas:

---

<sup>294</sup> Englert, "Don de sperme", en G. Hottot y M. H. Parizeau (dirs.), *Les mots de la bioéthique. Un vocabulaire encyclopédique*, De Boeck, Bruxelles, 1993, p. 134. Citado en Idem, pag. 115

<sup>295</sup> 98. I. Arnoux, *Les droits de l'être humain sur son corps*, cit., p. 91. Citado en: *Ibidem*

<sup>296</sup> J. Costa-Lascoux, "Mujer, procreación y bioética.", en G. Duby y M. Perrot (dirs.), *Historia de las mujeres en Occidente*, Círculo de Lectores, Barcelona, 1994, p.598. Citado en LEMA Añón, Carlos. "Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico...", *Op. Cit.*, pag. 116

<sup>297</sup> *Ibidem*

*“Lo deseable es que el donante presente una mezcla de las siguientes características:*

- 1) buena salud,*
- 2) inteligencia,*
- 3) personalidad sólida y estable, fecundidad asegurada,*
- 5) personalidad agradable,*
- 6) ausencia de tabúes culturales,*
- 7) firmeza de carácter,*
- 8) buena moralidad,*
- 9) ser feliz en su vida conyugal,*
- 10) que no hubiera provocado abortos en su esposa,*
- 11) sin antecedentes familiares de enfermedades congénitas o mentales,*
- 12) no ser un conocido de la pareja, particularmente de la madre,*
- 13) tener un nivel de educación superior a la media,*
- 14) ser conocido personalmente por el médico que va a proceder a la inseminación artificial,*
- 15) no ser susceptible de sufrir sentimiento de culpabilidad u obsesiones<sup>298</sup>.*

Entre algunas razones médicas (incisos 1, 11), algunas otras relacionadas con la forma de organización de las donaciones más o menos discutibles (incisos 12, 14) (además de alguna bastante extraña, por lo menos en su formulación, como la, 10), una parte importante se refieren a características «psíquicas» o «morales» que parece asumirse que se van a transmitir a la descendencia como la «inteligencia» o la «personalidad»; incluso se recomienda un nivel educativo «superior a la media» (¿llegaremos a la transmisión genética de las titulaciones académicas?).<sup>299</sup>

En alguna ocasión se ha expresado el temor a que la utilización frecuente del esperma del mismo donante, combinada con el anonimato de la donación, pueda crear algún riesgo de consanguinidad que permanezca desconocida, y por lo tanto de algún incesto accidental. Este riesgo, no obstante, se puede considerar como relativamente insignificante, y no parece que pueda ser mayor que el debido, por ejemplo, a los adulterios. No obstante, algunas normativas contemplan la limitación del número de donaciones o del número de nacidos del mismo donador.<sup>300</sup>

### **3.6.1.2. La filiación en caso de donación de semen**

La determinación de la paternidad legal en caso de donación de semen fue una cuestión que en su momento había planteado ciertas dificultades. Lo que pretendían las personas que acudían a la inseminación artificial con donante era que fuese considerado como convalidada por los médicos o por los centros donde se practica este tipo de intervenciones.

Se puede llegar a soluciones similares por otras vías, como por ejemplo la previsión de que nunca se pueda determinar la paternidad del tercero donador. En cualquier caso, la adecuación, la consistencia y la ausencia de ulteriores disfunciones que alguna de estas soluciones ofrecen, dependen también de la construcción global de las reglas del derecho

<sup>298</sup> M. Careaba, Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana, cit., p. 108. Citado en: LEMA Añón, Carlos. *“Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico...”*, Op. Cit., 117

<sup>299</sup> *Ibidem*

<sup>300</sup> *Ibidem*

civil relativas a la filiación, y sólo se pueden evaluar para cada caso, y a veces sólo se percibe una vez que ejemplos concretos ponen de manifiesto algún problema.

No obstante, como se puede ver, quizá la preocupación principal no está tanto en que el marido de la mujer fecundada pueda llegar a ser el padre legal, como evitar en cualquier caso que el tercero donante pueda llegar a tener algún tipo de responsabilidad con respecto al nacido. Sin embargo, esta solución podría ser discutible para los casos en que pudiese quedar indeterminada la filiación paternal<sup>301</sup>.

En cualquier caso, la «inmunidad jurídica» del donante no se limita en la mayor parte de los casos a la imposibilidad de que se determine su paternidad (lo cual, aunque puede ser discutible para algunos casos, no necesariamente tendría que serlo en todos, siempre y cuando el donante conociese la posibilidad de que fuese declarada su paternidad antes de realizar la donación). Tal inmunidad incluye con mucha frecuencia, y esto sí que es una medida mucho más discutible, el principio del anonimato. Es decir, la imposibilidad de que se conozca la identidad de los donantes por parte de las personas nacidas tras una fecundación artificial con semen del donante.

### **3.6.1.3. El anonimato del donador y el derecho a conocer los propios orígenes**

El anonimato del donante, esto es, la prohibición legal de que se revele su identidad, es un principio ampliamente asentado en el derecho comparado. Sin embargo, el apoyo que goza entre la doctrina jurídica está lejos de ser unánime por distintas razones. En general no se objeta el anonimato del donante con respecto a los que van a ser los padres legales del niño o de la niña nacidos utilizando sus gametos, ni mucho menos con respecto a terceros.<sup>302</sup>

Esta forma de anonimato es en general admitida y considerada adecuada. Por ejemplo, ya el *Warnock Report* británico recomendaba que los terceros donantes de gametos fuesen desconocidos en todo momento por la pareja y viceversa<sup>303</sup>. Hay que tener en cuenta que este criterio imposibilitaría prácticas tales como que sean las personas afectadas las que consigan donantes para sí mismas, tal y como ocurre en los casos en los que los donantes son familiares. Las razones para estas limitaciones se han encontrado en la conveniencia de evitar interferencias de tipo afectivo y problemas psicológicos en los sujetos afectados, y en particular en los nacidos bajo tales circunstancias. Cuestión paralela sería la conveniencia o no de que el derecho regule este extremo.

En efecto, el anonimato que se objeta es el del donante con respecto a los nacidos utilizando sus gametos. Se alega que los nacidos (no el donante) tienen derecho a conocer su origen biológico, o por lo menos que no esté legalmente vetada esta posibilidad. En algunos ordenamientos jurídicos -es el caso español- existen incluso preceptos constitucionales

<sup>301</sup> F. Pantaleón, "Técnicas de reproducción asistida y constitución", cit. Citado en: Idem, pag. 120 y 121

<sup>302</sup> LEMA Añón, Carlos. "Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida", Ed. Trotta, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho. Madrid, España, 1999. ISBN 84-8164-312-2. pag. 120 y 121

<sup>303</sup> M. Warnock, *A Question of life. The Warnock Report on Human Fertilisation and Embryology* (1984), Blackwell, Oxford, 1993, p. 15. Citado en: *Ibidem*

aplicables que justificarían tal derecho, si bien, ciertamente, no estaban pensados exactamente para una situación semejante<sup>304</sup>.

Conviene de entrada distinguir entre los conceptos de anonimato y de secreto, dada su relación y el hecho de que ambos han estado presentes en la práctica de la inseminación artificial. El anonimato consiste en la reserva en cuanto a la identidad del donante, mientras que el secreto se refiere a la reserva en cuanto al hecho de que los receptores han participado en una donación de gametos<sup>305</sup>. En este sentido el anonimato (que recíprocamente es tanto del donante como de los receptores con respecto a éste) consistiría en la ausencia de circulación entre donantes y receptores de cualquier información relativa a sus identidades. Y con más fuerza la imposibilidad de que se conozcan estos datos por parte de terceras personas ajenas a las instituciones sanitarias o de conservación de gametos, lo que incluye a los nacidos a resultas de la donación. El secreto tiene un componente público y otro privado. El público se refiere al mantenimiento de la reserva, fuera de la pareja receptora, con respecto al hecho de que se haya acudido a estas técnicas. Incluso se puede garantizar por medio de normas jurídicas que no se pueda divulgar este tipo de datos para mantener en secreto la posible esterilidad de los usuarios, así como las circunstancias del nacimiento de los hijos. El componente privado se refiere a si los hijos deberán conocer el hecho de que fueron concebidos utilizando semen de donante.<sup>306</sup>

Esto plantea varias cuestiones:

- Si los padres habrán de revelárselo, de qué forma, y a qué edad, lo cual ha sido discutido sobre todo desde el punto de vista psicológico<sup>307</sup>. Pero por otro lado es evidente que la solución que se arbitre para el ámbito público tiene relevancia en el privado.
- Como se mantendrán la postura contraria al anonimato parece más defendible que la del anonimato, la posibilidad de que el hijo pueda conocer sus orígenes biológicos, la identidad del donante, pasa por que pueda conocer que su nacimiento tuvo origen en una donación de gametos.
- Si no parece que se deba obligar jurídicamente a los padres a revelado -como paralelamente parece que los hijos carecen de un derecho subjetivo a que sus padres les revelen la identidad del donante si la conocen<sup>308</sup>, habría que permitir el acceso a tales datos por los nacidos en estas circunstancias.

En favor del anonimato se han utilizado variados argumentos. En ellos, por cierto, se suele mezclar anonimato y secreto. He aquí los más importantes:

- Facilita el reclutamiento de donantes, ya que éstos se retraerían frente al riesgo de que pudiesen llegar a tener responsabilidades parentales con respecto a los nacidos, sean de tipo afectivo o económico<sup>309</sup>. O incluso aunque no se derivasen ningún tipo de responsabilidades, por el mero hecho de llegar a revelarse su identidad. Se ha dicho también que un descenso en el número de donantes en un país podría

<sup>304</sup> El artículo 39.2 de la Constitución española incluye la cláusula de que "La ley posibilitará la investigación de la paternidad".  
*Ibidem*

<sup>305</sup> C. B. Cohen, "Reproductive Technologies: Ethical Issues", en W. T. Reich (ed.), *Encyclopedia of Bioethics (revised edition)*, cit., p. 2236. Citado en: *Ibidem*

<sup>306</sup> LEMA Añón, Carlos. "Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico...", *Op. Cit.*, pag. 121 y 122

<sup>307</sup> S. Patti, "Sulla configurabilità di un diritto della persona di conoscere le proprie origini biologiche", en G. Ferrando (ed.), *La procreazione artificiale: tra etica e diritto*, cit., pp. 202-210. Citado en: *Idem*, pag. 122

<sup>308</sup> F. Pantaleón "Técnicas de reproducción asistida y constitución", cit., p. 140. citado en: *Ibidem*

<sup>309</sup> M. Warnock, *A Question of life*, cit., p. 25. Citado en: *Ibidem*

provocar --como ocurrió en Suecia- el incremento de lo que se podría llamar “turismo reproductor”<sup>310</sup>.

- Como consecuencia de lo anterior, el anonimato se justifica en la protección de los donantes tanto frente a pretensiones de establecer algún tipo de relación de filiación, como frente a demandas derivadas de problemas de salud de origen genético<sup>311</sup>.

- Con respecto a los receptores, el anonimato favorecería la identificación del hombre estéril con respecto a la paternidad y disminuiría el sentimiento de haber realizado una práctica «adulterina»<sup>312</sup>. Favorecería también que los beneficiarios olvidaran su problema, y que en su entorno se pudiese mantener en secreto tanto la hipotética esterilidad como el hecho de haber acudido a estas prácticas: ayudaría, en definitiva, a aparentar que el marido es el padre biológico<sup>313</sup>.

- Con respecto a los hijos, se arguye que el anonimato evitaría algún tipo de daño psíquico o afectivo al conocer que su origen genético está fuera de su familia. Al mismo tiempo se mantiene que sirve para «mantener la paz, la integración, la consolidación y la estabilidad de la familia a la que pertenece»<sup>314</sup>.

Sin embargo, todos estos argumentos son objetables, sobre todo desde la consideración de un tópico opuesto, como es el ya conocido derecho a conocer los orígenes biológicos propios. O dicho de otro modo, a todos estos presuntos intereses que defenderían la protección jurídica del anonimato, se opone un interés de los descendientes a conocer sus orígenes biológicos, y que se considera más digno de protección jurídica, incluso -como se ha mencionado- con argumentos sacados de la Constitución. Al lado de este argumento central, existen otros menores, tales como que el conocimiento del origen biológico podría ser conveniente si los descendientes llegasen a padecer enfermedades congénitas, o para evitar matrimonios incestuosos accidentales.<sup>315</sup>

Contra el principal argumento a favor del anonimato, aquel que se refiere a la protección de los descendientes frente a posibles daños derivados del conocimiento de su origen biológico, argumenta F. Pantaleón manteniendo que se trata de una falacia que pretende presentar a la víctima como protegido<sup>316</sup>. Además, un argumento tal -paralelamente al del mantenimiento de la paz familiar- tendría como conclusión coherente la prohibición de todo tipo de investigación de la paternidad. Pero además se basa en una confusión. De lo que se trataría al establecer el derecho a conocer los propios orígenes biológicos sería de que se garantizase legalmente que una vez alcanzado un determinado grado de madurez considerado suficiente, el nacido como consecuencia de estas prácticas, si así lo deseara pudiese conocer la identidad de su padre biológico<sup>317</sup>. No se trata, pues, de obligar a conocer el origen biológico, ni de asegurarse que así suceda aun en los casos que la persona

<sup>310</sup> S. Rodota, “Diritti della persona, strumenti di controllo sociale e nuove tecnologie riproduttive”, en G. Ferrando (ed.), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, cit., p. 140. Este último no parece demasiado convincente por sí mismo, al tiempo que podría ser predicado de cualquier norma restrictiva, incluso de las conductas más indeseables. Citado en: *Ibidem*

<sup>311</sup> Y. Englert, “Don de sperme”, cit., p. 135. Citado en: *Ibidem*

<sup>312</sup> Y. Englert, “Don de sperme”, cit., p. 135. Citado en: LEMA Añón, Carlos. “Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico...”, *Op. Cit.*, pag. 123

<sup>313</sup> R. Herrera Campos, *La inseminación artificial: aspectos doctrinales y regulación legal española*, cit., p. 55. Citado en: *Ibidem*

<sup>314</sup> Congreso de los Diputados, Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in vitro y la Inseminación Artificial Humanas, cit., p. 73. Citado en: *Ibidem*

<sup>315</sup> *Ibidem*

<sup>316</sup> F. Pantaleón, “Técnicas de reproducción asistida y constitución”, cit., p. 141. Citado en: *Ibidem*

<sup>317</sup> F. Pantaleón, “Técnicas de reproducción asistida y constitución”, cit., p. 142. Citado en: *Ibidem*, pag. 124



afectada no lo desee o le resulte indiferente. En este sentido el argumento de la protección del hijo pierde toda fuerza.

Se pueden hacer muy similares consideraciones con respecto a la protección de la apariencia, del posible interés de los receptores de la donación y padres jurídicos del nacido, o incluso de la protección de la «paz y estabilidad familiar». Tal criterio --como se dijo- podría vetar la investigación de la paternidad en cualquier caso, a menos que se quisiese establecer aquí una excepción al régimen general, lo que no aparece justificado por ninguna especificidad del caso, y más cuando sería en perjuicio de los intereses de los nacidos por medio de estas prácticas. Pero además no parece que el interés en mantener el secreto y la apariencia merezca ser privilegiado con respecto al interés en conocer los propios orígenes biológicos.<sup>318</sup>

Al posible temor de que los donantes puedan reclamar la paternidad de los hijos hay que objetar que la ausencia del anonimato no significa una legitimación para tal pretensión. Con la ausencia, del anonimato lo que se defiende en general es el derecho de los hijos y sólo de éstos a conocer la identidad del padre biológico. No se pretende, por ejemplo, que el donante pueda conocer a quién, benefició la donación, o a los nacidos como consecuencia de la misma; como tampoco se pretende que los padres pudiesen conocer la identidad del donante. Por otra parte, las consecuencias para la determinación legal o la impugnación de la paternidad no se siguen automáticamente del hecho de que se conozca la identidad del padre biológico. No existe la necesidad ineludible de que del conocimiento de esta identidad derive legitimación para ninguna reclamación por parte de la madre o de los hijos.

Pero incluso aunque se decidiese que en determinados casos (particularmente en el caso de que no se determinase paternidad alguna) el nacido, estuviese legitimado para ejercer una acción de reclamación de la filiación, tal y como por ejemplo propone F. Pantaleón<sup>319</sup>, no se puede considerar inaceptable desde el momento en que los donantes conociesen previamente -y así habría de ser- las posibles consecuencias de ese acto.

Existen varias vías jurídicas para establecer un régimen adecuado a lo que se pretende con estas prácticas pero que no vulnere derechos de alguna de las partes. Y esto ha de ser exigible a una regulación jurídica sobre esta materia. Pero no se puede admitir que por encima de tal criterio esté el de facilitar estas prácticas tal y como se vienen realizando. Éste último podría ser un criterio auxiliar, pero en ningún caso debería ser admisible que sirviese como criterio guía, tal y como ocurre en la mayoría de los casos. Nuevamente se puede atender a las palabras de Costa-Lascoux:

*«La hipocresía del debate moral queda patente en este punto, como en muchos otros, cuando se trata de la procreación asistida. Si el interés del hijo puede justificar tanto la regla del anonimato del donante como lo contrario, es indudable la gravitación que ha ejercido un argumento suplementario: el temor a que la pérdida del anonimato desemboque en una disminución de la cantidad de donantes, los que quieren evitar que el hijo en cuya concepción han colaborado entable contra ellos una demanda por alimentos. A medida que se desarrollaba la técnica de IAD, los aspectos mercantiles y el prestigio de los centros*

<sup>318</sup> LEMA Añón, Carlos. "Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida", Ed. Trotta, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho. Madrid, España, 1999. ISBN 84-8164-312-2. pag. 124

<sup>319</sup> F. Pantaleón, "Contra la Ley de técnicas de reproducción asistida", cit.; y "Técnicas de reproducción asistida y Constitución", cit. Citados en: LEMA Añón, Carlos. "Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico ...", Op. Cit., pag. 124

*homologados por la autoridad pública han mostrado ser factores tan importantes como las consideraciones éticas sobre el hijo que va a nacer»<sup>320</sup>.*

Se puede ser incluso más categórico que Costa-Lascoux si se tiene en cuenta que, como se ha venido argumentando, el no proteger el anonimato no obliga, sino que faculta a conocer la identidad del donante. En cualquier caso, el argumento de un posible descenso del número de donantes en el caso de que no se proteja el anonimato queda relativizado desde el momento en que se considere que el favorecer estas prácticas tal y como se vienen realizando no tiene que ser el criterio fundamental del legislador incluso por encima de los derechos de las personas implicadas.<sup>321</sup>

Pero además la afirmación de que el número de donaciones bajaría y pondría en peligro la continuidad de la práctica es una suposición dudosa que habría que contrastar empíricamente. En el caso de Suecia, donde no está vigente la regla del anonimato de los donantes de semen, existieron efectivamente problemas con respecto al reclutamiento de donantes en los momentos posteriores a la aprobación de la ley que acababa con el anonimato. Sin embargo, más tarde estos problemas desaparecieron, y nada parece indicar, ni mucho menos, que esta norma significase el fin de tales prácticas.<sup>322</sup>

La cuestión del anonimato del donador es quizás una de las que más debate ha generado en la doctrina jurídica, y a la que se le ha concedido una mayor importancia. Para F. Pantaleón, por ejemplo, el artículo 5 de la ley española, el que establece y regula el anonimato del donante, es la “verdadera piedra angular de esta Ley”<sup>323</sup>. En la doctrina jurídica española hay posturas de todas clases. Desde quien se posiciona a favor del anonimato, como Albacar, Zanoni, Lacruz o Roca<sup>324</sup>, pasando por posturas intermedias como Herrera Campos, Corral, Lledó y Carcaba<sup>325</sup>, y hasta quien se opone totalmente, considerándolo incluso contrario a la

<sup>320</sup> J. Costa-Lascoux, “Mujer, procreación y bioética”, cit., p. 598. Citado en: *Ibidem*

<sup>321</sup> *Idem*, pag. 125

<sup>322</sup> G. Ewerlof, “Swedish legislation on Artificial Insemination”, en La filiación a finales del siglo XX, cit., p. 81; 8. Wennergren, “Consequences of new regulations in reproductive medicine and human embryo research in their relations with Science, Ethics and Law. The Swedish approach”, en C. Byk (dir.), *Procréation artificielle ou en, sont l'ethique et le droit*, cit., p. 389. citado en LEMA Añón, Carlos. “Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico...”, *Op. Cit.*, pag. 126

<sup>323</sup> F. Pantaleón, “Técnicas de reproducción asistida y constitución”, cit., p. 137

<sup>324</sup> J. L. Albacar «Aspectos jurídicos de la manipulación genérica: inseminación artificial», cit., p. 1054; E. Zannoni, inseminación artificial y fecundación extrauterina. Proyecciones jurídicas, cit., p. 124; J. L. Lacruz, «La constitución y los hijos artificiales»: Actualidad Civil 34 (14-20 setiembre 1987), p. 2031 (que no encuentra contradicción con la Constitución, por estar su artículo 39.2 pensado para situaciones muy diferentes a esta; E. Roca, “La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurídica”, cit., p. 33. Esta última autora toma postura por lo que denomina «anonimato relativo». Afirma que el derecho a conocer los orígenes genéticos y el derecho a la intimidad del donante se pueden compatibilizar, permitiendo una investigación sobre el origen genérico que excluya la identidad del donante. Sin embargo, esta postura acaba por ser un anonimato absoluto: si alguien puede tener interés en conocer sus orígenes biológicos o genéticos, será por poder conocer la identidad de su genitor, no sus características fenotípicas. La ambigüedad de la palabra “genético”, dentro del “derecho a conocer el origen genérico” es importante, y está en la base de inconcreciones y confusiones como esta.

<sup>325</sup> R. Herrera Campos, La inseminación artificial, aspectos doctrinales y regulación legal española, cit., p. 55; H. Corral, -La nueva legislación española sobre técnicas de reproducción artificial y procedimientos afines», cit., está en contra sin mantener que sea inconstitucional; M. Carcaba, Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana, cit., p. 114, fundamenta en el artículo 14 de la Constitución (no en el 39.2) el derecho de los nacidos mediante estas técnicas la investigación de la paternidad en los términos del Código Civil, y de esta forma permitiría la impugnación y reclamación de la paternidad por parte del hijo, pero no por el padre legal ni por el donante. F. Lledó, -La ley sobre las técnicas de reproducción humana asistida.: Anuario de Derecho Civil XLVIV (octubre-diciembre de 1988), pp. 1246-1247; en este artículo Lledó afirma que a su juicio la postura que debía haber adoptado la ley española tendría que haber sido la de permitir el conocimiento de la identidad del donante (y no sólo en supuestos excepcionales), explicitándose en la ley que de tal conocimiento no se derivarían responsabilidades resultantes de la filiación, ni personales ni patrimoniales. Sin embargo, no considera que lo contrario sea radicalmente inconstitucional. De todas formas, esta postura representa un cambio de opinión: en una publicación anterior-cuando aún no se había promulgado la ley- estaba de acuerdo en permitir al hijo llegado a la mayoría de edad o emancipado el conocer los datos genotípicos de su progenitor, pero su identidad, en el caso de que éste consintiese (Fecundación artificial y derecho, Tecnos, Madrid, 1988). Incluso esto representaba un cambio respecto a posturas anteriores más proclives al

Constitución, como Delgado, Rivero, Vidal, Pantaleón, Gómez, Blasco, Bustos o Marín<sup>326</sup>. Sorprende, de todas formas, la temprana y generalizada aceptación del anonimato del donante en la práctica médica y en la legislación de la mayoría de los países, en contraste con las numerosas objeciones jurídico-constitucionales esgrimidas por numerosos juristas.<sup>327</sup>

### 3.6.2. La donación de óvulos

Existen tres posibles casos de donación de óvulos.

- ❖ El caso más frecuente es el caso en que se realiza la fecundación *in vitro* de los óvulos obtenidos con espermatozoides de la pareja de la mujer receptora, a la cual se le transferirán posteriormente los embriones. Esta práctica fue realizada por primera vez en Australia, por parte del doctor Trounson<sup>328</sup>.
- ❖ El segundo caso (que, también podría ser considerado como una donación de embrión) es la inseminación artificial de la donante con el espermatozoides de la pareja de la mujer receptora, seguido unas horas más tarde de un lavado, uterino para recuperar el embrión que se transferirá después a la mujer receptora. Propuesto por primera vez por un equipo médico norteamericano, es un método poco utilizado en gran medida por sus numerosos inconvenientes tanto de tipo técnico como moral, que ya han sido mencionados.
- ❖ En tercer lugar estaría la inseminación de la donante, que también llevaría a cabo el embarazo. Esta posibilidad es el caso conocido como maternidad subrogada.<sup>329</sup>

Muchas de las observaciones que se han hecho con relación a la donación de espermatozoides valen para el caso de la donación de óvulo. Con algunos matices, sirve lo dicho con respecto a la licitud, la gratuidad, anonimato, y en cierta medida la filiación.

Pero este paralelismo quizá ha pesado demasiado en las reflexiones sobre la donación de óvulos, hasta el punto de que con frecuencia se han olvidado algunas particularidades importantes. Lo mismo en ocasiones con respecto a la legislación: como se verá en su momento, la legislación española, por ejemplo, no tiene demasiado en cuenta la donación de óvulos, y cuando se refiere a la donación de gametos está teniendo presente casi exclusivamente la donación de semen. La subordinación del tratamiento de la donación de óvulos al de la donación de semen quizás pueda ser en parte explicada por el hecho de que la donación de semen era una realidad muchos años antes de que se pudiese siquiera imaginar la donación de óvulos. Del mismo modo, la reflexión jurídica y hasta cierto punto la

---

anonimato ("Reflexión jurídica sobre las nuevas formas de concepción humana", en la Ley 1985-II, pp. 1011-1019). Citado en: *Ibidem*

<sup>326</sup> Delgado, "Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida...", cit.; F. Rivero, "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de inseminación artificial", en La filiación a finales del siglo XX, cit.; J. Vidal, Las nuevas formas de reproducción humana. Estudio desde la perspectiva del -derecho civil español, Cívitas, Madrid, 1988; F. Pantaleón, "Contra la ley de técnicas de reproducción asistida", cit., y técnicas de reproducción asistida y constitución., cit.; Y. Gómez, "Algunas reflexiones 'constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas producción asistida.: Revista de Derecho Político 26 (1988), pp. 87-113; Familia y matrimonio en la Constitución Española de 1978, Congreso de los Diputados, Madrid, y El derecho a la reproducción humana, cit.; F. Blasco, "La Ley sobre Técnicas de reproducción Asistida: constitucionalidad y aplicación.: Anuario de Derecho Civil (abril-junio de 1991), pp. 697-718; J. E. Bustos, "El derecho español ante las nuevas técnicas genéticas" en La Ley, n.o 3, pp. 919-933; J. A. Marín, "Relatividad constitucional de las técnicas de e reproducción asistida": Poder Judicial 32 (1993), pp. 89-106. Este último autor argumenta la inconstitucionalidad por cuanto se impediría dar contenido al vínculo paterno filial. Ésta es una perspectiva errada, tanto desde el punto de vista del contenido del propio artículo 39.2 de la Constitución, como par confundir la relación biológica con la relación jurídica.

<sup>327</sup> *Idem*, pag. 127

<sup>328</sup> Leroy, "Don d'ovule", en Les mots de la bioéthique, cit., p. 137. Citado en: LEMA Añón, Carlos. "Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico...", *Op. Cit.*, pag. 127

<sup>329</sup> *Idem*, pag. 128

legislación con respecto a la donación de semen estaban relativamente avanzadas cuando el desarrollo de la fecundación in vitro hizo posible la donación de óvulos. Pero lo cierto es que la transposición de las reflexiones previas al caso de la donación de óvulos se realizó de una manera en exceso formalista: dado que el semen donado contiene gametos masculinos, dado que los óvulos son gametos femeninos, y dado que la fecundación se produce por la unión de un gameto masculino y de un gameto femenino, la conclusión será que lo más adecuado es igualarlos, con lo cual el régimen jurídico de la donación de semen se trasladará sin más al de la donación de óvulos.<sup>330</sup>

La determinación del papel masculino en la procreación no se da generalmente de forma simple. Por el contrario, suele adoptar formas complejas insertas en núcleo de concepciones mucho más amplias sobre la naturaleza, sobre el cuerpo y sobre las personas. Se insistirá sobre ello al tratar de la cuestión de la esterilidad.<sup>331</sup>

En la actualidad, en nuestras sociedades han cambiado algunas cosas. Existe una mayor igualdad en el seno de las familias entre hombres y mujeres: la atribución de derechos y obligaciones con respecto a los hijos e hijas es aproximadamente igual desde un punto de vista jurídico<sup>332</sup>. Además el conocimiento científico biomédico permite tener una idea más exacta del proceso de reproducción humana. Sin embargo, estos cambios se hacen desde una posición en donde los saberes sociales -científicos o populares- atribuyen a los varones una importancia mayor en la reproducción leen la configuración de los hijos, lo que se traduce en una preponderancia de los varones en la transmisión con respecto a los hijos le posiciones, bienes, etc. Y viceversa, pues es una relación dialéctica entre saberes e instituciones sociales. Pero lo que hay que retener es que las instituciones sociales buscan su legitimación en el saber sobre la naturaleza de la reproducción, y con él en la naturaleza de la reproducción a través de las representaciones de la misma que los saberes permiten establecer.<sup>333</sup>

Esta idea naturalista no ha sido abandonada, o no lo ha sido por completo. La idea de la igualdad de hombre y mujer con respecto a los hijos se traduce y es traducción del conocimiento científico sobre la fecundación (y la participación de óvulo y espermatozoide), a través de la mediación de la idea reguladora de la igualdad formal. A todo ello no es ajeno el biologismo en las relaciones de filiación, y la frecuente confusión conceptual entre genitura y vínculo jurídico de filiación. En otras palabras: parece suponerse que para que se justificase la igualdad jurídica entre hombre y mujer con respecto a los hijos sería necesario que ésta estuviese precedida de una igualdad biológica en su generación. Tal igualación se lograría a partir de la consideración del papel de los gametos (metáforas del género), y sobre todo de la participación genética. Es decir, se lograría a partir de la consideración, de la concesión de centralidad, e incluso de la reducción al hecho de que la formación del patrimonio genético del hijo se produce a partir de una igual aportación de los padres. No es ésta la única forma

---

<sup>330</sup> *Ibidem*

<sup>331</sup> Sobre estas cuestiones es de interés el tratamiento que hace F. Héritier, *Masculino/Femenino*. El pensamiento de la diferencia, Ariel, Barcelona, 1996. Otras aproximaciones más o menos clásicas dentro de la antropología pueden ayudar a alcanzar una cierta distancia crítica para el examen de las cuestiones referentes a las concepciones e Instituciones familiares, así como al papel asignado a las mujeres y a los hombres en la reproducción y en la crianza (d. por ejemplo C. Lévi-Strauss, "La familia", en AA.VV., *Polémica sobre el origen y la universalidad de la familia* [1956], Anagrama, Barcelona, 1991, pp 7-49; o M. Harris, *Introducción a la antropología general*, Alianza, Madrid, 1993).

<sup>332</sup> Aproximadamente: lo es en la legislación, pero no si se examina la jurisprudencia sobre separaciones y divorcios (cf. C. Pereira, "La feminidad construida por el discurso jurídico-político.", en *Actas de las jornadas Universidad, sociedad y feminismo*, Oviedo, 1999). Y en el ámbito jurídico: los roles, las cargas y las representaciones siguen siendo diversos y desiguales. Citado en: LEMA Añón, Carlos. "Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico...", *Op. Cit.*, pag. 129

<sup>333</sup> *Idem*, pag. 129 y 130

en la que la genética y el geneticismo penetran en la moderna fundamentación de determinadas instituciones jurídico-políticas, pero sí una de las más importantes vías.<sup>334</sup>

Se ha afirmado que en el caso de la donación del óvulo, el paradigma es la donación de semen. Pero se puede decir más bien que en el caso del óvulo el paradigma es el semen. Porque, en efecto; tanto la construcción de la participación femenina hasta igualarse con la masculina se realiza desde una preeminencia de esta última como la construcción de las reglas sobre la donación de óvulos se realizan desde la previa existencia de la donación de semen, para, desde ahí trasladarse a la donación de óvulos. En este traslado se mantiene escrupulosamente vigente el criterio regulador de la igualdad formal, pero en este sentido también la idea de la inespecificidad de la donación de óvulos, y por lo tanto de su reducción conceptual y su sub-alternización con respecto al modelo de la donación de semen.<sup>335</sup>

Pero este mecanismo -y también este criterio regulador- se hace incapaz de recoger la diferencia que existe en el caso del óvulo. Como se hace en general incapaz de reconocer la diferencia femenina (que sólo cabe conceptualizar así a causa de la hegemonía del modelo androcéntrico). La reproducción no es simplemente la fecundación, sino que conlleva también el embarazo, lo cual es con frecuencia olvidado en la perspectiva óvulo-espermatozoide más patrimonio genético. El óvulo es también aislado de cualquier otro contexto: una vez que es posible su obtención y manipulación, también se aísla, se reduce y se manipula idealmente. Es decir, se trata de una célula, de un gameto, se puede tener en un recipiente en el laboratorio.<sup>336</sup>

Hay que advertir que estas observaciones no pretenden propugnar un reconocimiento para la mujer de una mayor participación en la reproducción para con ello derivar mayores derechos con respecto a los hijos. Y que no se trata de una fórmula para reintroducir la idea de mujer-naturaleza. Fundamentalmente porque de lo que se trata es de no pretender buscar en la naturaleza la legitimación incontestable de las instituciones sociales, sobre todo en una imagen de la naturaleza moldeada en función de ellas.<sup>337</sup>

Pero determinadas circunstancias referentes al funcionamiento de la reproducción humana y al estado de las técnicas de reproducción asistida provocan que existan diferencias entre óvulos y semen, y entre las donaciones de unos y otros. La donación de óvulos tiene por fuerza que estar enmarcada en la práctica de la fecundación *in vitro* (o de la transferencia intratubárica de gametos). Pero como ya se ha dicho, la operación de obtención de óvulos tiene una cierta complejidad técnica, al tiempo que significa molestias, medicación, unos determinados costes físicos y emocionales, así como determinados riesgos para la salud de la mujer a la que se le extraen. Por otra parte, no existe --como sí ocurre con el semen la posibilidad real de almacenamiento de óvulos para una fecundación posterior con garantías aceptables para su integridad, para el éxito de la operación, y para la salud de la posible descendencia.<sup>338</sup>

Estos dos factores combinados tienen una serie de consecuencias. Que una mujer correctamente informada e, idealmente, en ejercicio pleno de su libertad decida afrontar todo el proceso para poder someterse a un tratamiento de este tipo, puede parecer normal, sin

---

<sup>334</sup> *Idem*, pag. 130

<sup>335</sup> *Ibidem*

<sup>336</sup> LEMA Añón, Carlos. "Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico...", *Op. Cit.*, pag. 130 y 131

<sup>337</sup> *Idem*, pag. 131

<sup>338</sup> *Ibidem*

entrar en otro tipo de consideraciones. Sin embargo, que se haga extraer óvulos para donados resulta una cuestión algo distinta, para la que se deben tener en cuenta todas estas circunstancias, y que hace albergar algunas reservas<sup>339</sup>. A esto se podría objetar que no hay diferencia entre que una mujer consienta válidamente en que se le extraigan óvulos para ser fecundada ella u otra mujer, por lo que será preciso ir más allá de una consideración individualista y abstracta como esta para examinar cuál es el problema.

En la práctica, la donación de óvulos tiene un problema básico, como es el del reclutamiento de donantes. Éste es un problema que ya ha sido tratado con referencia a la donación de semen, pero precisamente dadas las circunstancias referidas a la extracción de los óvulos en este caso es una dificultad mucho más importante<sup>340</sup>. A esto, por cierto, será preciso añadir las dificultades derivadas de que no sea posible la congelación de óvulos: será necesario coordinar -por medio de hormonas- los ciclos de la donante y de la receptora (a menos que se congele el embrión resultante de la fecundación, pero ya se examinará esto en su momento). En realidad, si en la donación de semen los problemas de reclutamiento no son insalvables, en la donación de óvulos no es tan sencillo. Sin descartar que se pueda dar, no parece fácil que pueda haber un número suficiente de voluntarias altruistas que se sometan a tales intervenciones, molestias y riesgos, siendo realmente conscientes del alcance de los mismos.

Las vías para obtener óvulos son variadas, pero problemáticas:

- En primer lugar, cabe obtenerlos sin el consentimiento de las mujeres, aprovechando la realización de alguna otra operación. Naturalmente, esto es un acto criminal<sup>341</sup>, pero hay que mencionarlo porque no se trata de fantasmas sino de casos reales<sup>342</sup> que ponen de manifiesto tanto la dificultad para la obtención de óvulos como la falta de escrúpulos con que a veces se ha solventado esta cuestión. También se ha propuesto la extracción de cadáveres de mujeres o de fetos femeninos muertos<sup>343</sup>.
- Otras posibilidades pueden ser la compra, la obtención de otras pacientes de fecundación in vitro, o que sea la mujer receptora la que tenga que aportar una donante. Con respecto a la compra hay que decir dos cosas.
  - En primer lugar que efectivamente es practicada, a pesar tanto de los principios como de las prohibiciones legales: en España se han publicado anuncios en periódicos solicitando donantes a cambio de una contraprestación económica.
  - En segundo lugar, para el caso de la donación de semen ya se ha mencionado cómo a pesar del predicado principio de gratuidad, se había venido a legitimar una práctica consistente en abonar una pequeña cantidad en concepto de indemnización por las molestias causadas, y de la que se afirmaba que habría de ser tan pequeña que no indujese por sí misma a la donación. Piénsese en esto mismo aplicado a los óvulos. ¿Cuál ha de ser la cantidad pagada en concepto de indemnización por unas molestias que

<sup>339</sup> F. Leroy, "Don d'ovule", cit., p. 137; I. Arnoux, *Les droits de l'être humain sur son corps*, cit., p. 218; L. Mastroiani, *Reproductive Technologies.*, cit., p. 2209. Citados en "Ibidem"

<sup>340</sup> En España es preciso esperar dos años en lista de espera hasta conseguir los óvulos (d. D. Soutullo, De Darwin ao ADN, cit., p. 131). Citado en: *Idem*, pag. 132

<sup>341</sup> Aunque no siempre penado. La penalización de esta conducta en Estados Unidos sólo se produjo después de la denuncia de casos de este tipo que quedaron impunes al no estar previstos por la legislación penal

<sup>342</sup> G. Corea, *The mother machine*, cit., p. 101; T. Gabriel, «High-Tech Pregnancies Testing Limits of Science, Law and Parental Hope», en *New York Times*, January 1996, pp. 18-19.

<sup>343</sup> CF.D. Soutullo, De Darwin ao ADN, cit., pp. 129 ss. Citado en: LEMA Añón, Carlos. "Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico..." *Op. Cit.*, pag. 132

incluyen una intervención, tratamiento hormonal, riesgos para la salud, etc.? Existe realmente una contraprestación tal que no sea parte de una ocultación de estos inconvenientes pero que a la vez no incite a nadie a dar sus óvulos simplemente por la contraprestación? Y aun en este caso, ¿existiría alguna diferencia entre esto y la compraventa? ¿Dónde queda el principio de gratuidad?<sup>344</sup>

- Otra posibilidad pasaría por obtener los óvulos cuando se le extraigan a otra paciente que también se somete a una fecundación in vitro, y contando con su consentimiento. Sin embargo, no todos los óvulos recuperados son fecundables, y no todos darán lugar a embriones viables. Además habrá que tener en cuenta la conveniencia de reservar un cierto número de embriones para ulteriores ocasiones, para el caso -más bien frecuente- de que no se consiga un embarazo. En estas circunstancias; y si la información que se da a la mujer susceptible de donar es correcta y honesta (lo que por supuesto incluirá hacerle saber estas cosas), se puede pensar que las posibilidades de donación se reducen bastante. En este sentido, esta táctica comporta el riesgo de que el médico aproveche la situación de dependencia en la que se encuentra la paciente para ejercer la presión moral en favor de una donación, que de esta forma no sería totalmente libre e íntimamente consentida <sup>345</sup>.
  - También se ha propuesto otra posibilidad relacionada con ésta. Obtener los óvulos de una mujer que consienta en donarlos y a la que se le extraen con motivo de otra intervención que se le vaya a hacer, como por dos los inconvenientes derivados de la intervención en sí.
- Finalmente está la posibilidad de que sea la propia interesada la que cargue con la responsabilidad de obtener los óvulos de otra mujer. Si los compra, estaremos ante el primer caso. Otra posibilidad, es que se los pida a una familiar o amiga. Variante de ello es que esa familiar o amiga lleve a cabo también el embarazo (maternidad de sustitución), lo que en ocasiones ha ocurrido, con cierta relevancia en los medios de comunicación. En estos casos es llamativo cómo los médicos participantes en la operación y que generalmente asumen el rol de defensores públicos de esta práctica aluden fundamentalmente a la “solidaridad” entre las mujeres.<sup>346</sup>

Quizás sea preciso reflexionar sobre esta “solidaridad”. En primer lugar se trata de una solidaridad privada, doméstica se podría decir, que es donde se supone que las mujeres la tienen que ejercer para el elevado fin de cumplir con su destino de dar un heredero a un hombre. Una labor para la que las mujeres son «solidarias», pero ahora en el sentido de intercambiables<sup>347</sup>. También eran intercambiables Sarai y su esclava Agar, aunque bien es cierto que esta última ni siquiera pudo consentir.

Aquí la solidaridad -que, por cierto, se da por supuesta- alcanza el mismo estatus de regulador central que el anonimato en la donación de semen. Precisamente el anonimato es el principio que cae en esta práctica. Todas las virtudes que se predicaban de él en el caso de la donación de semen se desvanecen en este caso frente a las nuevas necesidades de provisión de donantes. Sólo en este punto -y aun inadvertidamente- se modifica en algo el esquema de la donación de semen.

<sup>344</sup> LEMA Añón, Carlos. “Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico ...”, *Op. Cit.*, pag. 133

<sup>345</sup> F. Leroy, “Don d'ovule”, cit., p. 138. Citado en: *Ibidem*

<sup>346</sup> *Ibidem*

<sup>347</sup> Cf. C. Pateman, El contrato sexual, cit. *Idem*. pag. 134

Cabría también la posibilidad de la donación cruzada. Dos mujeres que precisan óvulos y que sin conocerse, pero por mediación de los médicos, obtienen una donante cada una para utilizar la otra, con lo que se salvaría el anonimato. Además de que le son aplicables las mismas objeciones que al sistema simple, su complejidad lo hace poco factible: en general, en una donación de este tipo las donantes no suelen admitir que sus óvulos sean utilizados para ayudar a quien no conocen, al tiempo que la receptora desearía utilizar los óvulos de personas conocidas<sup>348</sup>.

El resultado es que dos principios -anonimato y gratuidad- que son tenidos como básicos para la donación de semen aparecen como de difícil aplicación en la donación de óvulos. Pero también, se comprueba cómo en realidad -y a pesar de la relativa poca extensión de esta práctica- estos principios son relativizados desde el momento en que en este caso lo que favorece el reclutamiento no es el anonimato sino la falta de anonimato. Una vez más se ve con qué facilidad las necesidades técnicas y de eficiencia son las que conforman los principios, y no al contrario, como muchas reflexiones bioéticas quieren creer.<sup>349</sup>

Con respecto al problema de la filiación, el principal problema es que la maternidad biológica se escinde en dos. La maternidad genética por parte de quien aporta el óvulo, y la maternidad de gestación. La solución más extendida es considerar que, pese a esto, la maternidad queda determinada por el parto. En cualquier caso hay que optar por alguna de estas opciones, aunque no debe ser un argumento definitivo el resultado de una discusión sobre cuál de ellas representa una mayor aportación biológica a la maternidad.<sup>350</sup>

### 3.6.3. La donación de embriones

Algunos de los problemas que se presentaban en la donación de óvulos desaparecen en el caso de la donación de embriones, ya que, entre otros motivos, es posible el almacenamiento de los embriones. Concretamente, si hay embriones sobrantes de un tratamiento de fecundación in vitro, que no vayan a ser utilizados por sus progenitores, la donación podría resultar preferible a otras alternativas como su almacenamiento o su destrucción. El problema, no obstante, viene por parte de las mujeres o de las parejas receptoras. En general cuando se acude a estas tecnologías, y concretamente a técnicas tan caras y con los inconvenientes de la fecundación in vitro es porque se concede una enorme importancia a tener descendencia biológicamente relacionada con la pareja, o por lo menos con alguno de sus miembros. De otra forma, se acudiría a otro tipo de posibilidades. El acoger un embrión de otra pareja significa que genéricamente no va a tener nada que ver con los que lo reciben: todo lo más -y para quien le dé tanta importancia a la relación biológica quizá no sea poco- la mujer receptora va a tener la oportunidad de gestarlo. Sin embargo, en esta dinámica es probable que sólo lo acepten aquellas parejas que son infértiles tanto por problemas con los gametos masculinos como con los femeninos.<sup>351</sup>

A veces al lado de la donación de embriones se habla de la adopción prenatal<sup>352</sup>, quizá como forma de que suene más aceptable y de establecer un paralelismo con la adopción más que con la utilización de gametos ajenos. La adopción prenatal sería el caso especial de la

<sup>348</sup> F. Leroy, "Don d'ovule", cit., p. 138. Citado en *Ibidem*

<sup>349</sup> *Ibidem*

<sup>350</sup> LEMA Añón, Carlos. "Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico...", *Op. Cit.*, pag. 135

<sup>351</sup> *Ibidem*

<sup>352</sup> Deleury, "Adoption prénatale", en *Les mots de la bioéthique*, cit., p. 21. Citado en: *Ibidem*



donación de embriones en que tales embriones son utilizados para la reproducción, para distinguirse de los casos en que su destino es ser utilizados como objetos de experimentación.

Se podría también considerar donación de embrión el caso del lavado uterino. O incluso - raramente- el caso de una pareja que acepte ceder sus gametos específicamente para que sean fecundados in vitro y cederlos en esta forma de «adopción».<sup>353</sup>

Pero lo más frecuente será la cesión de los embriones llamados supernumerarios. Embriones sobrantes que no van a ser utilizados por las personas de quienes proceden los gametos a pesar de que hubiesen sido creados para que tales personas pudiesen tener descendencia. Esto podrá suceder en los casos en que ya tuvieron descendencia utilizando otros embriones, o cuando renuncian a su propósito, sea un abandono voluntario o forzado por motivos de salud, por el paso del tiempo máximo autorizado para la conservación de los embriones, por separación o divorcio de la pareja, o por la muerte sobrevenida de alguno de sus miembros.<sup>354</sup>

Por lo que se refiere a los problemas derivados de la filiación y otros criterios de regulación, no son muy diferentes de los examinados con relación sobre todo a la donación de óvulos. En este caso existe igualmente una escisión entre la maternidad genética y la maternidad de gestación, al tiempo que el padre genético -igual que ocurre en la donación de semen- es otro diferente de la pareja de la madre gestante. Por tanto, las cuestiones de atribución de la filiación no presentan mayores especificidades con relación a estos casos que el hecho de que en este supuesto se dan combinadas ambas circunstancias. Por el mismo motivo, lo dicho con respecto a la gratuidad y al anonimato valen para este caso.<sup>355</sup>

Existe la duda de si son lícitos los contratos sobre embriones de forma que sea aceptable su «donación»<sup>356</sup>. De hecho en algunos países está prohibida esta posibilidad, por cuanto una vez que se considera que los embriones contienen una realidad humana, se duda que quepa alguna forma de contrato sobre ellos, y que quepa en este sentido una donación. Realmente se puede considerar que ésta es una de las razones por las cuales se prefiere llamarla esta conducta «adopción prenatal» en lugar de «donación». Ciertamente es que la práctica de la fecundación in vitro tal y como se realiza y según el estado actual, esta técnica (y no hay nada que haga pensar que vaya a cambiar significativamente en el futuro inmediato) implica de forma casi ineludible el efecto de que se fecunden embriones que no van a ser implantados. La principal fuente de justificación de la donación de embriones como adopción prenatal está en la consideración de que es el mejor de los destinos que pueden tener. Mejor que su destrucción.

---

<sup>353</sup> *Idem* pag. 136

<sup>354</sup> *Ibidem*

<sup>355</sup> LEMA Añón, Carlos. «Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico...», *Op. Cit.*, pag. 136

<sup>356</sup> Y. Gómez, El derecho a la reproducción humana, cit., p. 106. Citado en *Ibidem*.

#### 4. Derechos involucrados: a procrear; a la privacidad; a la maternidad, paternidad y reproducción

Sobre el derecho a procrear, existen dos cuestiones debatidas en el ámbito doctrinal y jurisprudencial:

- el de la existencia del derecho a la reproducción entendido como un derecho individual, en especial de la mujer; y
- el recurso a la maternidad subrogada como una forma admisible de participación en la procreación.

A continuación se expondrán las diversas posturas sobre el particular haciendo hincapié en las situaciones más controvertidas, las soluciones legales y las tendencias actuales en relación con la materia.

La procreación entendida como hecho natural y humano no sólo permite la perpetuación de la especie. Esta inclinación natural puede frustrarse cuando uno o ambos miembros de la pareja carecen de la capacidad natural de procrear, situación que puede acarrear problemas personales de tipo psicológico o desaveniencias en las relaciones de pareja.<sup>357</sup>

El desarrollo de las técnicas de procreación artificial ha permitido que estas personas puedan llegar a convertirse en progenitores o padres sociales mediante el empleo de su propio material genético o el de terceras personas. De igual forma y en época reciente, también se utilizan estas técnicas con el fin de disminuir o evitar el riesgo de transmisión de enfermedades genéticas hereditarias, o como medio para satisfacer el ideal de paternidad o maternidad de aquellas personas que no comparten ni desean compartir su vida con una pareja.<sup>358</sup>

La aspiración de todo ser humano a la paternidad y las posibilidades ofrecidas por las técnicas de fecundación artificial, han llevado a defender la existencia del "derecho a procrear" o "derecho a la procreación humana"<sup>359</sup>, y como una de sus manifestaciones la

---

<sup>357</sup> MORÁN DE VICENZI, Claudia. "El Concepto de filiación...", *Op. Cit.*, pag 161

<sup>358</sup> *Idem*, pag 162

<sup>359</sup> En la literatura jurídica se suele emplear el término en plural "derechos reproductivos" para comprender diversos aspectos relacionados con el fenómeno de la procreación, vinculados con los derechos de la mujer: anticoncepción, aborto, esterilización, planificación familiar. Sobre el *iter* histórico de la formulación de los derechos reproductivos y su reconocimiento en diversas Declaraciones internacionales, véase IAGULLI, P.; «I "diritti riproduttivi". *Elementi per una loro teoria generale*...», *Arch. Giur.*, vol. CCXIX, 1999, pp. 355-391. En el ámbito de los derechos humanos, algunos autores incluyen el derecho a procrear dentro de los derechos económicos, sociales y culturales (cfr. ZARRALUQUI, L.; *Procreación asistida y derechos fundamentales*, Madrid, 1988, p. 66). En cambio, otro sector opina que el derecho a procrear forma parte de una naciente "cuarta generación de derechos humanos" conformada por los derechos del ecosistema, los derechos de autodeterminación informativa, los relacionados con el estado jurídico de la vida y el patrimonio genético de cada individuo. Dentro del mismo grupo, se incluyen los nuevos problemas planteados con el inicio de la vida humana (fecundación artificial, investigación y crioconservación de preembriones y embriones humanos, etc.) y con el fin de la vida (trasplante de órganos y eutanasia en sus diversas modalidades). Así por ejemplo, Babbio, N.; *El tiempo de los derechos*, Madrid, 1991, p. 18. En términos generales, se puede afirmar que la protección del derecho a procrear no se limita a la garantía del libre ejercicio de esta capacidad natural, pues, en algunas ocasiones, su eficacia dependerá de una prestación positiva del Estado. El hacer o el dar del Estado se relaciona, entre otras cosas, con la distribución de los recursos e infraestructura necesaria de la sanidad pública. Ciertamente, clasificar este derecho dentro de una u otra generación es una cuestión meramente teórica sin mayores repercusiones jurídicas [cfr. DE CASTRO CID, B.; *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, León, 1993, pp. 68-79, VAN BOVEN, T. C.; «*Les critères de distinction des droits de l'homme*», en *Les dimensions internationales des droits de l'homme (sous la direction de V ASAK, K)*, Paris, 1980, pp.52-58]. Citado en: *Idem*, pag 162 y 163

facultad de la persona para elegir el medio a través del cual desea procrear: la unión sexual o la utilización de la fecundación artificial.<sup>360</sup>

En doctrina, suelen emplearse como sinónimas las denominaciones:

- ✓ derecho a procrear,
- ✓ derecho a ser padres,
- ✓ derecho a reproducirse o
- ✓ derecho a tener hijos.

Por sí mismo, el término utilizado indica el contenido y el alcance que se le otorga a este derecho. Quienes afirman la existencia de un derecho a procrear o de un derecho a la reproducción le asignan una connotación preponderantemente negativa, como un límite a la injerencia de los terceros y del Estado en la capacidad de procrear. A su vez, los que defienden la existencia del derecho al hijo o del derecho a ser padres resaltan su aspecto positivo, como un derecho a la paternidad o maternidad por medio de la fecundación natural o mediante técnicas artificiales.<sup>361</sup>

Este nuevo planteamiento ha ampliado el debate en torno a las cuestiones jurídicas relacionadas con el recurso a medios de fecundación artificial. La discusión ya no se limita al problema de la licitud o ilicitud de la utilización de las técnicas, sino que también se extiende a la cuestión relacionada con el de los sujetos legitimados para recurrir a esta clase de tratamiento.<sup>362</sup>

En este sentido, se reviza si existe un derecho a procrear, si éste corresponde únicamente a los cónyuges o si también lo ostentan los compañeros *more uxorio*<sup>363</sup>, e incluso, si es posible reconocer la titularidad del mismo a toda persona independientemente de su estado civil y de si es estéril o no. Como se puede deducir, el debate de la cuestión no es baladí ya que las conclusiones a las que se llegue ejercerán una influencia directa sobre la orientación de una eventual legislación en la materia.

Así, el reconocimiento del derecho a procrear, muy probablemente, se reflejaría en una legislación ampliamente permisiva y limitada a la aprobación de algunas directivas de carácter administrativo y/o sanitario; mientras un ordenamiento jurídico que niegue la existencia de tal derecho se caracterizaría por una regulación en la que el acceso a las técnicas de reproducción artificial esté restringido a casos verdaderamente excepcionales.<sup>364</sup>

#### 4.1. Contenidos y aspectos de la libertad de procrear

Si bien existe cierta coincidencia respecto al contenido del aspecto negativo, las discrepancias aumentan cuando la doctrina intenta determinar las facultades que conforman

---

<sup>360</sup> MORÁN DE VICENZI, Claudia. "El Concepto de filiación en la fecundación artificial", Universidad de Piura y Ara Editores, Colección Jurídica, Perú, 2005. ISBN 9972-626-59-8, pag. 163

<sup>361</sup> MORÁN DE VICENZI, Claudia. "El Concepto de filiación ...", *Op. Cit.*, pag 163

<sup>362</sup> *Ibidem*

<sup>363</sup> Unión de hecho, pareja de hecho, matrimonio de hecho, unión libre, concubinato, convivencia *more uxorio*, pareja no casada, unión extramatrimonial se maneja todos como sinonimos. SÁNCHEZ Bayón, Antonio, Estudio de la reciente normativa española sobre uniones de hecho (Parte I). Dpto. de Derecho Eclesiástico de la Universidad Complutense de Madrid. Abril 2002. <http://www.derecho.com/boletin/articulos/articulo0125.htm>

<sup>364</sup> Como bien expresa ROCA I TRIAS, E.; "La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurídica», en Congreso de filiación. La filiación a finales del siglo XX, Victoria, 1988, p. 25. Observa GORASSINI que la intervención legislativa en materia de procreación debe efectuarse en ámbitos bastante limitados. Considerar el derecho a procrear como un principio fundamental puede resultar peligroso en la medida en que esto puede legitimar, indirectamente, formas de procreación rodeadas de nuevas y complejas interrogantes ("Procreación artificiale eterologa e rapporti...», p. 1260). Citado en: MORÁN DE VICENZI, Claudia. "El Concepto de filiación ...", *Op. Cit.*, pag 164

el derecho a la reproducción en su aspecto positivo. En especial, si este último comprende el derecho a exigir que se proporcionen los medios necesarios para procrear o mantener a la prole, entre ellos, el recurso a las técnicas de fecundación artificial.

Una primera postura<sup>365</sup> afirma que la libertad personal, la autonomía y la intimidad en las decisiones familiares, consideradas como valores de rango superior permiten afirmar la existencia del derecho a procrear, sea naturalmente, sea mediante reproducción artificial. Desde esta perspectiva, la libertad del sujeto es la regla, mientras que cualquier limitación de la misma debe ser considerada como una excepción. Por este motivo, el ejercicio de la libertad personal no sólo permite elegir cuándo y con quién sino también cómo hacerla.

Los defensores de esta posición sostienen que reconocer el derecho a procrear supone proteger la fecundación natural pero también la reproducción artificial ya que no existen diferencias sustanciales entre una y otra forma de procreación que justifiquen una diversa consideración legal. Ambos modos de procrear suponen la generación de los hijos, la constitución y el mantenimiento de una familia, por lo mismo, negar el acceso a las técnicas de reproducción asistida, sería establecer una forma de discriminación no amparada por los textos internacionales y constitucionales<sup>366</sup>. En suma, si el desarrollo de la tecnología permite llevar a cabo esta forma de procreación<sup>367</sup>, el recurso a las técnicas reproductivas se convierte en una manifestación más de este derecho.

Así, el derecho a procrear estaría comprendido por los siguientes elementos o aspectos:

- (a) el derecho a fundar una familia,
- (b) el derecho a decidir libre y responsablemente el número y el espacio de tiempo entre sus hijos,
- (c) el derecho de acceder a la información y educación sobre planificación familiar,
- (d) el derecho a acceder a los métodos y servicios relacionados con el tratamiento de la esterilidad, incluida la fecundación artificial<sup>368</sup>.

Sin embargo, Moran de Vicenci considera que estos no son argumentos válidos para afirmar un supuesto derecho al recurso a las técnicas artificiales. En realidad, sí existen diferencias sustanciales entre ambos modos de procreación, ya que la procreación asistida supone la manipulación del proceso de fecundación, de la que carece la natural. Además, el desarrollo de una técnica que permita superar una limitación física no la convierte en objeto de un

---

<sup>365</sup> GÓMEZ SÁNCHEZ considera que en este caso la labor del Estado no debe ser la de vigilar y controlar sino la de alentar e informar el acceso a aquellas técnicas (cfr. «Algunas reflexiones jurídico-constitucionales...», cit., p. 92). En el mismo sentido, RODOTA aboga por el respeto de las elecciones individuales se opte por la procreación natural o por la fecundación asistida (cfr. *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 157). Citado en: MORÁN DE VICENZI, Claudia. «El Concepto de filiación...», *Op. Cit.*, pag. 167

<sup>366</sup> Este mismo argumento es utilizado en el derecho norteamericano. ROBERTSON afirma que el hecho de no tener la capacidad natural de procrear no puede suponer la negación de tal derecho. Con el fin de fundamentar su posición el autor asemeja la situación de las personas estériles a la de los ciegos. Señala que, seguramente, una persona ciega tiene el mismo derecho a adquirir información de los libros como una persona normal. La incapacidad de leer visualmente no puede impedir a la persona a utilizar el método braille, grabaciones, o recurrir a una persona capacitada para adquirir la información contenida en un libro (*Children of choice...*, cit, p. 39). Con similares argumentos, SINGER, P. and WELLS, D.; *The reproduction revolution. New ways of marking babies*, Oxford, 1984

<sup>367</sup> Incluso, algunos autores siguiendo esta lógica, comprenden dentro del derecho a la procreación mediante técnicas artificiales la facultad de recurrir a la clonación de seres humanos como otro modo alternativo de procrear, en la medida que el desarrollo de la ciencia permita tal posibilidad. Se alega que esta técnica no compromete ni la individualidad ni la naturaleza del nacido, y que además, la clonación se encuadra dentro del principio según el cual la procreación se protege (como derecho fundamental) por el valor de tener hijos, y no por el modo de su generación (cfr. Wu, L.; «*Family planning through human cloning: is there a fundamental right?*», en *Columbia Law Review*, vol. 98, n. 6, 1998, pp.1491 Y ss.). Citado en: *Idem*, pag 168

<sup>368</sup> Cfr. PACKER, C.; *The right to reproductive choice. A study International/ Law*, Turku, 1996, p. 18. Citado en: *Idem*, pag 168

derecho fundamental, más aun en este caso, en el que se pueden afectar los derechos de los nacidos<sup>369</sup>.

La misma Moran opina que el derecho a procrear como expresión de la libertad personal no se puede equiparar con el derecho a tener relaciones sexuales o el derecho a recurrir a las técnicas de reproducción asistida. Es simplemente, el ejercicio de la libertad personal en relación con la función procreativa, y en este sentido, se puede afirmar que este hecho tutela la capacidad natural de procrear y no los actos tendentes a la procreación.<sup>370</sup>

Concuerda también con la postura que afirma que la tutela del derecho a la reproducción se restringe a la capacidad natural del sujeto, puesto que ya el mismo término procrear hace referencia al hecho que una persona conciba un hijo con sus propios gametos, por medio de la realización del acto sexual. Este acto en sí excluye la posibilidad de intervención de una tercera persona ajena a la pareja, de manera que si se concibe un niño con esperma u óvulo de otro hombre u otra mujer, el niño será hijo de este hombre o esta mujer y no de quien simplemente lo deseó. El derecho a la reproducción es el derecho a procrear el propio hijo, y por consiguiente, no existe un derecho a procrear con técnicas de procreación artificial.<sup>371</sup>

## 4.2. Fundamentos de la libertad de procrear

La fundamentación del derecho a la reproducción se puede realizar por dos vías distintas. Considerado un derecho autónomo derivado de la propia dignidad de la persona, con un contenido específico y sujeto a sus propios límites, o entender que se encuentra reconocido de manera implícita en otras normas jurídicas y, consiguientemente que está sujeto a las mismas limitaciones de los derechos de los que deriva. Como se puede deducir el hecho de sostener una u otra postura conlleva una especial relevancia pues de ello dependerán los alcances de este derecho y los principios informadores de la legislación en materia de fecundación artificial.<sup>372</sup>

### 4.2.1. El *right to reproduce* en el Derecho norteamericano

En los países del *commom law*, la jurisprudencia y la doctrina han dispensado gran importancia al tema del derecho a la reproducción (*right to reproduce*), muy en especial, en

---

<sup>369</sup> Como señala LEMA AÑÓN, el deseo de paternidad no constituye un argumento válido para reconocer un derecho a la procreación asistida, el deseo no equivale a derecho (cfr. ob. cit., pp. 295-307). MORÁN DE VICENZI, Claudia. "El Concepto de filiación...", *Op. Cit.*, Pag. 169

<sup>370</sup> En este sentido la STCE 89/87, de 3 de junio, estableció que la restricción o privación temporal de las relaciones íntimas con personas en libertad, a la cual se ve sometida la población reclusa en virtud de lo requerido por la ordenada vida de prisión, no afecta a derecho fundamental alguno porque la actividad sexual no forma parte del contenido de un derecho fundamental, sino que constituye una libertad a secas (*agere licere*). En opinión de Tribunal Constitucional esas relaciones deben desarrollarse, cuando se autoricen, en condiciones que salvaguarden la dignidad de las personas implicadas. *Ibidem*

<sup>371</sup> Como acertadamente observa HEGNAUER, el varón que cuida y mantiene al nacido que se ha formado con su esperma y con el óvulo de la mujer. Esta es, realmente, la única manera en la cual el término "procrear" tiene sentido. Por consiguiente el derecho fundamental a tener hijos comprende exclusivamente el derecho a tener hijos con sus propios gametos. El nacido de este hombre y no del hombre que desea tenerlo. En otras palabras, el derecho de procrear contempla la procreación del propio hijo [cfr. «Human rights and artificial procreation by donoo» en *Parenthood in modern society* (edited by EKELAAR, J and SARCEVIC, P.), Dordrecht, 1993, p. 208].

<sup>372</sup> *Idem*, pag 170

los Estados Unidos de Norteamérica, país en el que el derecho a procrear ha tenido un gran desarrollo en los últimos años.<sup>373</sup>

En suma, la jurisprudencia norteamericana reconoce la categoría de derecho fundamental del *right to reproduce* como expresión del *right to personal privacy* y de la libertad personal, aunque la Corte Suprema estadounidense no ha tenido la oportunidad de pronunciarse de manera expresa sobre el contenido y los titulares de este derecho. No obstante, la doctrina de este país se muestra a favor de reconocer que se trata de un derecho cuya titularidad corresponde a las parejas o personas<sup>374</sup>, estériles o no, que les faculta a procrear de manera natural y a acceder a cualquiera de las técnicas de fecundación artificial.<sup>375</sup>

Esta fundamentación *right to reproduce*, desvinculada de la unión sexual y del factor biológico, ha dado origen a una importante corriente doctrinal que defiende la existencia de una nueva concepción de los vínculos paternales basados en el afecto y en el deseo de tener descendencia, lo cual permite explicar la atribución de la paternidad o la maternidad a favor de quienes recurren a la fecundación artificial, esto es de los padres intencionales (*intended parents*)<sup>376</sup>.

#### 4.2.2. El derecho a procrear en el ordenamiento español

Los argumentos esgrimidos por el Derecho norteamericano no parecen extrapolables a los otros sistemas jurídicos, de manera que habrá que determinar el fundamento y los límites del derecho a procrear, y precisar si es posible reconocer la existencia de derechos prácticamente ilimitados como sucede en el país anglosajón.

En España, a diferencia de lo que sucede en los Estados Unidos, la doctrina no reconoce la existencia de un derecho a procrear, y aun cuando se llega a una respuesta afirmativa, las opiniones sobre cuál es el fundamento de este derecho suelen ser divergentes.

<sup>373</sup> Son numerosas las obras que se dedican al tema, entre las que podemos destacar, además de las citadas en este trabajo: FIELD, M.; "Surrogate parenting: what should legislatures do", en *Family Law Quarterly*, n. 22, 1988, pp. 149 Y ss., KAISER, D. S.; «Artificial insemination: donor rights in situations involving unmarried recipients», en *Journal of Family Law*, n. 26, 1988, pp. 793 Y ss.; KRAUSER, H.; «Artificial conception: legislative approaches», en *Family Law Quarterly*, n. 19, 1985, pp. 185 Y ss.; ROBERTSON, J.; "Procreative Liberty and the control of contraception, pregnancy and childbirth», en *Virginia Law Review*, n. 69, 1983, pp. 405 Y ss. Citados en: MORÁN DE VICENZI, Claudia. "El Concepto de filiación...", *Op. Cit.*, pag 171

<sup>374</sup> La doctrina norteamericana considera que el derecho a procrear también protege los intereses de las personas solteras, puesto que lo contrario constituiría una vulneración del *right to equal protection of the law* (cfr. ROBERTSON, J.; ob. cit., p. 38). Esta posición, como expongo más adelante, también es defendida por algunos autores de nuestro sistema jurídico. Citado en: *Idem*, pag 174

<sup>375</sup> En efecto, en aquél país se considera que el derecho a la reproducción no se restringe a la protección de la capacidad natural sino también que comprende la tutela de los actos procreativos y del derecho a tener hijos (cfr. NOTE, «Reproductive technology and the procreation rights of the unmarried», en *Harvard Law Review*, vol. 98, 1985, p. 678). Citado en: *Idem*

<sup>376</sup> La doctrina alega como fundamento de esta postura la comparación entre la fecundación natural y la deseada y planificada procreación mediante técnicas de fecundación artificial. Algunos autores afirman que las experiencias en relación con la procreación y el deseo de tener hijos no se presentan, únicamente, cuando una pareja casada engendra mediante la unión sexual, sino que también en la forma no sexual se realizan los mismos valores. Inclusive, estos valores están presentes con mayor claridad en las formas de procreación artificial porque los padres planifican intencionalmente su proyecto de procrear un hijo, hecho que no siempre ocurre cuando se trata del evento natural (cfr. Wu, L.; ob. cit., p. 1487). En este mismo sentido, LAWRENCE, J.; "What does it mean to be a parent? The claims of biology as the basis for parental rights", *New York University Law Review*, vol. 66, 1991, p. 353 y ss. Este criterio ha sido acogido por los tribunales norteamericanos para resolver algunas controversias sobre maternidad subrogada entre la madre gestante y los padres comitentes, por ejemplo, en el conocido caso *Johnson v. Calvert*, tal como se expone en el capítulo correspondiente a este tema. Citado en: *Idem*, pag 175.

VIDAL GARCÍA<sup>377</sup> niega la existencia de un derecho humano a la reproducción o de un derecho a procrear en sentido estricto. El fundamento de su afirmación se encuentra en la naturaleza de la procreación y en la función filosófico-ética-jurídica del concepto de derecho humano. Ciertamente, no existe un derecho de esta naturaleza. Esta afirmación queda corroborada por la ausencia de una norma que reconozca de manera expresa un verdadero y propio derecho a procrear. Ante esta situación, se suele fundamentar la existencia de este derecho en otro u otros derechos ya reconocidos en textos internacionales o constitucionales.

Esta manera indirecta de fundamentar la existencia del derecho a procrear no queda exenta de críticas por la subjetividad que se puede esconder tras cada una de las opciones elegidas<sup>378</sup>. Dependiendo del contenido que se pretenda reconocer al derecho a procrear, se elegirá el derecho que le sirve como fundamento y, por ende, ello determinará las consecuencias que se derivan de este derecho en orden a su contenido y límites, así como respecto a la solución de los posibles conflictos con otros derechos.

#### 4.2.2.1. Como derecho a la salud

Roca I Trías fundamenta el derecho a la reproducción como una de las manifestaciones del derecho a la salud. En opinión de esta autora, la esterilidad y la ausencia de hijos, y la posibilidad de transmitir enfermedades genéticas constituyen patologías de tipo físico y psicológico que pueden ser tratadas mediante las técnicas de fecundación artificial.<sup>379</sup>

Por otra parte, la consideración del derecho a procrear como parte del derecho a la salud posibilita el reclamo al Estado de los recursos sanitarios públicos necesarios para llevar a cabo esta clase de terapia, además, de solucionar los eventuales problemas relacionados con la responsabilidad de los terceros intervinientes en la procreación, en especial, la de los médicos y equipos correspondientes en los casos de nacimientos de niños con taras físicas o psíquicas<sup>380</sup>.

Sin embargo, encuadrar el derecho a procrear dentro del derecho a la salud resulta cuestionable, ya que ni la esterilidad ni la falta de hijos afectan la integridad psicosomática o la salud de la persona, ni la fecundación artificial constituye una terapia en sentido estricto. Dice Moran de Vicenzi<sup>381</sup>

<sup>377</sup> 311 Cfr. VIDAL GARCÍA, M.; ob. cit., p. 86 y ss. Citado en: *Ibidem*

<sup>378</sup> En efecto, pareciera que se trata de presentar como una solución un proceso que se ha realizado a la inversa. Es decir, a partir de soluciones previamente decididas sobre lo que se desea permitir y sobre los sujetos a quienes se posibilitará el acceso a la fecundación artificial se escogen los derechos reproductivos que se desean defender. A partir de ello también se escogen los derechos ya reconocidos sobre los que fundamentar los nuevos. Se presenta como una labor hermenéutica para determinar soluciones jurídicas, cuando en realidad se trata de soluciones tomadas de antemano. Por ello, las conclusiones a las que llega frecuentemente son diametralmente opuestas. Del mismo parecer, IAGULLI, P.; ob. cit., p. 373, LEMA AÑÓN, C.; ob. cit., p. 285. Citado en: MORÁN DE VICENZI, Claudia. "El Concepto de filiación...", *Op. Cit.*, pag 177

<sup>379</sup> Cfr. Roca I TRIAS, E.; «La incidencia de la inseminación-fecundación...», cit., p. 28). En el mismo sentido CASAVOLA, F.; «*Tecniche di riproduzione artificiale: proposte legislative e valori costituzionali*», en *La vita e l'uomo nell' eta delle tecnologie riproduttive* (a cura di SGRECCIA, E. e LOMBARDI RICCI, M.), Milano, 1997, p. 59. Citado en: *Ibidem*

<sup>380</sup> SESTA advierte que encuadrar el derecho a la procreación dentro del derecho a la salud dificulta la labor del legislador, ya que el carácter casi absoluto de este derecho impide precisar los límites a su ejercicio (cfr. «*Fecondazione assistita: la Cassazione anticipa illegislature*», *Fam. e Dir.*, n. 3, 1999, p. 239). De igual parecer, GUSTAPANE, A.; «*Costituzione e procreazione artificiale*», *Arch. Giur.*, vol. CCXVII, 1997, p. 205. *Idem*, pag 178

<sup>381</sup> Algunos autores llegan a afirmar la existencia de formas de "esterilidad social" entendiendo que la cuestión de identificar quién es infértil es un problema de juicio. Así, las parejas heterosexuales sometidas a un procedimiento de esterilización voluntario o las parejas homosexuales pueden ser calificadas como "situacionalmente infértiles", y por tanto, pueden exigir su derecho a procrear mediante técnicas artificiales (cfr. CHARLESWORTI, M.; ob. cit., pp. 78 y sig.).

Además, mal se puede invocar el derecho a la protección de la salud cuando en la mayoría de los casos la fecundación artificial no se realiza en cabeza de las personas enfermas o incapaces de procrear sino en las personas sanas y recurriendo a terceros como donantes de gametos o a una madre subrogada<sup>382</sup>.

#### 4.2.2.2. Como derecho a la libertad o autodeterminación personal

El derecho a la procreación también es considerado como una manifestación del derecho a la libertad o a la autodeterminación personal. Para los defensores de esta postura el derecho a procrear se puede traducir en un derecho a la elección reproductiva, que garantiza la libre decisión del sujeto de procrear o no, en la que se incluyen otros aspectos relacionados con la procreación, tales como el acceso a tratamientos contra la infertilidad, el control de la calidad de la descendencia, la planificación familiar, entre otros. Mas, quienes sostienen que el derecho a procrear es una manifestación de la libertad personal, disienten en el modo de interpretar el ámbito de decisión tutelado dentro de esta libertad.<sup>383</sup>

El autor concuerda con la existencia de un derecho a procrear, pero no como pretensión de tipo positivo frente a los poderes públicos, sino más bien, como una libertad para cuya efectividad es suficiente una conducta de abstención o de no intervención en las elecciones individuales<sup>384</sup>. El respeto de esta libertad supone que el individuo pueda tomar sus decisiones familiares sin injerencias del Estado o de terceros, pero no supone el reconocimiento de un derecho subjetivo a tener descendencia<sup>385</sup>.

#### 4.2.2.3. Como derecho de fundar una familia

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

Siguiendo una interpretación amplia y relativista<sup>386</sup>, el derecho a fundar una familia permite proteger los intereses que tienen todas las personas en la vida familiar, incluyendo su

---

De igual manera se sostiene que las nociones de salud y enfermedad son conceptos culturales, sociales y religiosos, de manera que es imposible dar una definición unívoca sobre aquellos (cfr. KOVACS, J.; «*Concepts of health and disease*», en *The Journal of Medicine and Philosophy*, vol. 14, 1989, pp. 262 y ss.). *Idem*.

<sup>382</sup> Cfr. LEMA AÑÓN, C.; ob. cit., p. 291-292

<sup>383</sup> MORÁN DE VICENZI, Claudia. «*El Concepto de filiación...*», *Op. Cit.*, pag 179

<sup>384</sup> FLORENTIN califica el derecho a procrear como un *droit-liberté*, que implica un poder de autodeterminación del sujeto sobre sí mismo, y de parte del Estado y de los demás sujetos un deber de no injerencia [cfr. «*Le diagnostic préimplantatoire*», en *Le Droit saisi par la biologie. Des juristes au laboratoire* (sous la direction de LABRUSSE-RIOU, C.), Paris, 1996, p. 11].

<sup>385</sup> RUIZ LARREA también niega que el Derecho español reconozca un derecho a procrear, el mismo que no encaja en la estructura legal del derecho subjetivo puesto que nadie puede ser constreñido a satisfacer el derecho de procreación de otra persona, ni existe un objeto del derecho, pues lo contrario sería cosificar al hijo. Por tanto, la procreación no es un derecho sino una libertad (cfr. «*El daño de procreación: ¿un caso de responsabilidad civil de los progenitores por las enfermedades y malformaciones transmitidas a sus hijos?*», LL, n. 4491,1998, p. 3). *Idem*, pag 181

<sup>386</sup> Este modo de fundamentar el derecho a procrear defiende el libre acceso de todas las personas a la procreación, incluida la artificial. Efectivamente desde este punto de vista, el derecho a fundar una familia también permite proteger los intereses de aquel miembro de la pareja que sí es capaz de procrear. Si el hombre es estéril, la mujer puede invocar su derecho a fundar una familia y someterse a una fecundación heteróloga, de igual forma, si la mujer es estéril, el marido en ejercicio de su derecho a fundar una familia podría recurrir a otra mujer como madre subrogada (cfr. LIU, A.; ob. cit., p. 39). Citado en *Idem* pag 181 y 182



derecho a tener y educar hijos. Si uno de los miembros de la pareja es infértil o no puede procrear, puede invocar su derecho a la reproducción cuando carece de tal capacidad natural, pero sí alegar su derecho e interés en constituir una familia<sup>387</sup>. De igual manera, si ambos miembros de la pareja son estériles y recurren a gametos o a un embrión donado o a una madre subrogada, no están ejerciendo su derecho a la reproducción pero sí demuestran su interés en mantener una vida de familia.

En cambio, otro sector<sup>388</sup> afirma que el derecho a fundar una familia incluye implícitamente, aunque no de manera imprescindible, la función procreativa. Éste es uno de los derechos inherentes de la personalidad que, como tal, participa de la dignidad de la persona siempre que su ejercicio responsable y respetuoso de los derechos de los demás se realice dentro del marco del matrimonio o dentro de una relación de pareja heterosexual. El acto de constituir una familia supone la realización de un proyecto humano que apunta hacia la continuidad del grupo familiar mediante la descendencia.

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

#### 4.2.2.4. Derecho a la protección de la salud de la familia

Pareciera así, que los derechos de la familia, forman parte de la categoría que abarca los derechos individuales pero ahora referidos a la persona no en forma aislada sino como integrante del grupo más importante de la sociedad.<sup>389</sup>

La familia se ha transformado y ahora tiene que ser vista como "un campo de transformación y de expresión humana móvil".<sup>390</sup> En ella reconocemos ahora a un grupo informal, dinámico, cambiante, integrado por seres que deben ser reconocidos en su individualidad con sus propios intereses y derechos.

A muchas personas les resulta amenazante la pérdida de solidez y permanencia del grupo familiar pues observa los cambios y los múltiples tipos de familia que surgen en la sociedad además de la formada fuera del matrimonio, las de padre o madre, o los resultados de segundas o posteriores nupcias, la desaparición de este grupo y consecuentemente el deterioro de los ciertos valores atribuidos a la familia.

---

<sup>387</sup>En este sentido, un sector de la doctrina afirma la existencia de diversos formatos de familia. Todos ellos se consideran admisibles mientras no produzcan un daño obvio y directo a los intereses de las partes involucradas en la procreación, natural o artificial. Por tanto, además del formato tradicional de familia (heterosexual y monógama), también debe permitirse el acceso a la procreación a otras formas familiares (uniparentales u homosexuales) que coexisten en las sociedades actuales (cfr. CHARLESWORTH, M., ob. cit., pp. 77 Y ss.). ROMEO CASABONA, C. M.; *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid, 1994, pp. 119-125, VIDAL MARTÍNEZ, J.; «Acercas del derecho de la persona humana a contraer matrimonio y a fundar una familia desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español», en *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*, vol. 1, Valencia, p. 194 Y s, VILA-CORO, M. D.; «La reproducción asistida...», cit., pp. 3908 Y ss. *Ibidem*.

<sup>388</sup>En la doctrina extranjera, MANTOVANI opina que el fundamento constitucional del derecho a la procreación se encuentra comprendido en los artículos de la constitución italiana que reconocen los derechos de la familia, los derechos de los padres respecto a los hijos, la maternidad y la salud (cfr. *Diritto penale. Parte Speciale. Delitti contro la persona*, Padova, 1995, p. 109), también lo considera una manifestación del derecho a fundar una familia, MEULDERS KLEIN (cfr. "*Le droit de l'enfant face au droit a l'enfant et les procréations médicalement assistées*", RTrDC, 1988, p. 666). MORÁN DE VICENZI, Claudia. "El Concepto de filiación...", *Op. Cit.*, pag 182

<sup>389</sup>BRENA SESMA, Ingrid. "El Derecho y la salud. Temas a reflexionar", Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie de Estudios Jurídicos, Núm. 57, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004. ISBN 970-32-1522-X

<sup>390</sup>Leñero Otero, Luis, "Situación de la familia en México", *La Cuestión Social*, México, año 2, núm. 1, primavera, marzo-junio de 1994. Citado por BRENA SESMA, Ingrid. "El Derecho y la salud...", *Op. Cit.*

Se menciona con frecuencia que la familia está en crisis, y que esta crisis deriva, entre otros factores, de la desintegración producida con el divorcio o la separación de la pareja; del papel que la mujer ha asumido no sólo de madre o ama de casa sometida a obediencia a su pareja en el ámbito doméstico, para asumirse como de coautoridad y aun en ausencia de la pareja, jefe real del hogar del cual es frecuentemente la proveedora. Además de la liberación de la sexualidad y la revalorización del cuerpo y el erotismo como algo positivo, también se han introducido cambios en la dinámica familiar. La democratización del grupo implica el escuchar la voz y opinión de los hijos.

Aun con estas y otras transformaciones, los seres humanos seguimos reconociendo un significado fundamental a las relaciones familiares. Si bien muchas de las funciones de la tradicional familia se han puesto en tela de juicio, hay una que ha permanecido sin cuestionamiento alguno y es aquella que le confiere la protección a los más vulnerables, como son ancianos y discapacitados, así como educación e integración de los niños a la sociedad. Sin la familia, resulta impensable la sobrevivencia y desarrollo del ser humano desde su nacimiento hasta la madurez que le permita su incorporación con el mundo adulto. Por ello, es en esta función que descansan las estructuras familiares y el derecho, en reconocimiento de la importancia de este elemento básico del tejido social, procura su protección a través de normas e instituciones jurídicas.

El propósito de diversas instituciones creadas por el derecho es el de reafirmar, consolidar y proteger al grupo social, lo cual se cumple por una parte, con el establecimiento de deberes y obligaciones entre los miembros del grupo familiar, pero también, con la decisión del Estado de reconocer su responsabilidad en el apoyo a este grupo y traducirla en medidas legislativas y políticas gubernamentales adecuadas.<sup>391</sup>

### 4.3. Titulares de la libertad de procrear

Otro problema sometido a debate es el relacionado con los titulares del derecho a procrear, en este caso, la cuestión es determinar si se trata de un derecho de ejercicio compartido o si puede ser ejercido de forma individual. La solución propuesta permitirá reconocer o denegar el acceso de las personas solas, estériles o no, y de las parejas de homosexuales a las técnicas de fecundación artificial.<sup>392</sup>

Para un sector<sup>393</sup> el derecho a procrear es un derecho de titularidad y ejercicio individual, salvo las limitaciones derivadas de la propia naturaleza o impuestas por las normas jurídicas, según se trate de un varón o una mujer<sup>394</sup>.

<sup>391</sup> BRENA SESMA, Ingrid. "El Derecho y la salud...", *Op. Cit.*, pags. 99 a 101

<sup>392</sup> MORÁN DE VICENZI, Claudia. "El Concepto de filiación...", *Op. Cit.*, pag 186

<sup>393</sup> Para GÓMEZ SÁNCHEZ esta solución también se fundamenta en el derecho de igualdad de las personas, por lo que cualquier injerencia del legislador tendente a imponer un control previo que discrimine las circunstancias en que se puede ejercer o no el derecho a procrear sería ilegítima (cfr. El derecho..., cit., p. 62). En este sentido, parte de la doctrina también reconoce un derecho limitado a la reproducción artificial de la mujer sola (cfr. MONTES PENADÉS, V.; «Las categorías negociales en las técnicas de reproducción asistida», AC, n. 47, 1994, pp. 962-963). *Ibidem*.

<sup>394</sup> En el caso de que un varón solo deseara procrear siempre sería necesario contar con la colaboración de una mujer que llevara adelante la gestación. Por lo mismo, el varón se vería compelido a celebrar un convenio de maternidad subrogada, figura que se considera ilícita en la mayor parte de las legislaciones. Sin embargo, la defensa del derecho a procrear como un derecho de ejercicio individual lleva a reconocer la igualdad de trato entre el hombre y la mujer. Siguiendo esta lógica, ROBERTSON afirma que admitir el recurso a la maternidad subrogada es necesario para evitar la discriminación contra las mujeres estériles, quienes sólo tienen la posibilidad de ser madres con la colaboración de otra mujer. Si el varón puede ser padre del hijo de su mujer a través de un donante de semen, la mujer también puede ser madre del hijo de su marido mediante el recurso de una madre subrogada (cfr. ob. cit., p. 40). Aplicando el mismo criterio, se ha llegado a establecer la titularidad de la libertad de procrear de las parejas homosexuales. En este sentido, el juez de Los Angeles Superior Court (1998) reconoció

Como argumento se alega que el derecho a la procreación se asemeja, en principio, a otros derechos que como el derecho al matrimonio son de titularidad individual pero que requieren la concurrencia de otro sujeto. Sin embargo, los recientes avances en técnicas de criopreservación y la creación de bancos de gametos permiten que las personas solas puedan determinar su propia procreación sin conocimiento del otro sujeto que también aporta sus gametos. Este hecho ha permitido que para el ejercicio del derecho a la procreación ya no sea necesaria la concurrencia de dos voluntades; basta una sola, la de aquella persona que ejerce su derecho tanto, desde este punto de vista, el derecho a la reproducción no sólo es un derecho a procrear sino también a un derecho a procrearse.<sup>395</sup>

Si el derecho a procrear realmente fuera un derecho de titularidad y ejercicio individual resulta cuestionable afirmar que también puede ser ejercido a través de otro varón como donante de gametos, o de otra mujer como madre subrogada. Admitir que en esos casos la persona comitente ejerce su derecho a la reproducción, equivale a reconocer la existencia de un poder o de una facultad delegable para procrear por cuenta de terceros<sup>396</sup>. En mi opinión, el derecho a la reproducción supone la participación voluntaria, biológica y/o genética en la paternidad y maternidad que no puede realizarse recurriendo a otros sujetos. Por tanto, no se puede invocar la existencia de un derecho a la fecundación artificial heteróloga o a la maternidad subrogada como parte del derecho a la procreación.<sup>397</sup>

En este mismo sentido, se sostiene que el derecho a procrear<sup>398</sup> es un derecho de titularidad individual pero de ejercicio mancomunado y heterosexual, pues ello es conforme con la naturaleza del acto de la procreación. Efectivamente, si la realidad demuestra que la fecundación sólo se puede realizar a través de las relaciones entre un hombre y una mujer, entonces, el derecho a procrear no puede ser considerado como un derecho de ejercicio individual pero sí de la pareja<sup>399</sup>. La efectividad del derecho está condicionada a la concurrencia de otra voluntad y a la aportación de otro gameto para llevar a cabo la fecundación. Desde esta perspectiva el derecho a la procreación se entiende como un derecho a procrear “con”.

En suma, el derecho a procrear es una libertad de titularidad individual pero de ejercicio mancomunado o conjunto, esto es, que requiere la voluntad actual y el aporte genético del otro miembro de la pareja. De ahí que afirmar la existencia de derecho individual a procrear,

---

los derechos de paternidad, de una pareja de homosexuales que había celebrado un contrato de maternidad subrogada para que la mujer fuera inseminada con el esperma de uno de los varones. Ésta fue la primera vez que se admitió que en el certificado de nacimiento de una persona apareciera registrada la identidad de dos padres del mismo sexo. En este caso, la defensa alegó la igualdad de derechos reproductivos de las parejas heterosexuales y homosexuales (cfr. «Two men and a baby», en Journal of assisted reproductive law, <http://www.surrogatelaw.org/baby.htm>). *Ibidem*

<sup>395</sup> MORÁN DE VICENZI, Claudia. “El Concepto de filiación...”, *Op. Cit.*, pag. 187

<sup>396</sup> Cfr. MILAN, G. ; *Aspetti giuridici della procreazione assistita*, Padova, 1997, pp. 92 y ss. A esto se añade que el ejercicio de un derecho no puede implicar la instrumentalización de otra u otras personas, razón por la cual no se puede reconocer el derecho de las personas estériles a recurrir a otra mujer como madre subrogada. Ello supondría reconocer el derecho de la mujer a disponer de sí misma, de su propia integridad lo que resulta contrario a la dignidad de la persona.

<sup>397</sup> *Ibidem*

<sup>398</sup> Para ZARRALUQUI el derecho a procrear es similar a los derechos a la asociación, la sindicación o el matrimonio (cfr. ob. cit., p. 72). ROMEO CASABONA afirma que el derecho a la reproducción no es un derecho de tipo individualista sino que su ejercicio requiere la existencia de una pareja conformada por un hombre y una mujer (cfr. ob. cit., pp. 121-122). En el mismo sentido, DOMÍNGUEZ RODRIGO, L. M.; ob. cit., p. 358, GÓMEZ FERRER SAPIÑA, R.; ob. cit., p. 303, VILA-CORO, M.. D.; «La reproducción asistida...», cit., p. 3905. *Idem*, pag 188

<sup>399</sup> Como precisa HEGNAUER, la procreación sólo puede ocurrir mediante la unión entre un hombre y una mujer. Ningún hombre solo, ninguna mujer sola puede engendrar un hijo. Por lo mismo, el derecho fundamental a tener un hijo no es un derecho individual sino de la pareja (cfr. ob. cit.; p. 208). *Ibidem*

incluso mediante donantes o madre subrogada, en realidad, suponga consagrar el derecho a ser padres<sup>400</sup>, derecho no reconocido legalmente.

#### 4.4. Límites a la libertad de procrear

Los derechos están sujetos a ciertos límites<sup>401</sup> y, en este sentido, el derecho a la reproducción humana no constituye una excepción; los límites de los derechos fundamentales están determinados por su propio contenido esencial y, en consecuencia, a éste habrá que remitirse tratándose del derecho a procrear.

Para Gómez Sánchez<sup>402</sup>, los límites del derecho a la reproducción se encuentran en el propio texto constitucional, y se derivan del ejercicio de la propia libertad de los demás, del ejercicio de los propios derechos y del respeto de los derechos de los otros. La autora recalca que, en todo caso, ha de tenerse en cuenta que en un Estado democrático la libertad es la regla y sus restricciones la excepción.<sup>403</sup>

Porras Del Corral<sup>404</sup> considera que el derecho a la procreación no tiene carácter absoluto e ilimitado, sino que, como a todo derecho, le es correlativo un deber. Por este motivo el autor se manifiesta en contra del libre acceso a las técnicas de fecundación artificial, incluso de la mujer sola- sin exigir ningún requisito especial sólo la existencia de voluntad de procrear, sin medir las consecuencias que un hecho de esta naturaleza podría tener en el hijo, en su educación y desarrollo personal. El autor concluye que no existe un derecho al hijo como un bien útil, ya que el ser humano siempre es sujeto de derecho y no puede ser considerado como un objeto.

Para Vega Gutiérrez<sup>405</sup> los límites del derecho a procrear vienen dados por los propios deberes que corresponden a cada persona. Todo derecho subjetivo implica unos deberes -reverso de las facultades que comporta- configurados al mismo tiempo como sus límites. Las restricciones que se imponen a los sujetos titulares del derecho a procrear están conformadas por las necesidades de los hijos nacidos y futuros, y en las obligaciones de los padres frente a la comunidad. Desde esta óptica no cabe hablar de una libertad procreadora omnimoda sino responsable, pues ante todo, prima el respeto de la dignidad humana del concebido frente a sus padres y la sociedad.

Moran considera que los límites de la libertad de procrear tienen su origen en la propia naturaleza humana, la dignidad y los derechos fundamentales de la persona, con especial

---

<sup>400</sup> Ni aun en el caso de la adopción se puede afirmar la existencia de un derecho a la paternidad de los adoptantes. En efecto, la institución de la adopción no tiene como fundamento un supuesto derecho a ser padres sino que más bien su finalidad es garantizar, en la medida de lo posible que el nacido se desarrolle en un ambiente familiar adecuado.

<sup>401</sup> El Tribunal Constitucional ha establecido de manera expresa que los derechos fundamentales no pueden ser ejercidos de manera ilimitada. En la STCE 22/1984 de 17 de febrero, estableció que existen fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución. Asimismo, en la STCE 91/1983 del 7 de noviembre, señaló que un derecho sólo puede limitarse, sin perjuicio de otras precisiones, en aras de otro derecho o libertad constitucionalmente protegido. Citado en: MORÁN DE VICENZI, Claudia. "El Concepto de filiación...", *Op. Cit.*, pag 189

<sup>402</sup> Cfr. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.; «Algunas reflexiones jurídico-constitucionales...», cit., p. 92. Citado en *Ibidem*

<sup>403</sup> En este sentido algunos autores consideran viable reconocer la libertad de la persona de elegir la forma de reproducción, natural o mediante técnicas artificiales, que considere más conveniente para su situación e intereses (cfr. SINGER, P. and WELLS, D.; ob. cit., pp. 1 y ss.). *Ibidem*

<sup>404</sup> Cfr. VIDAL GARCÍA, M.; ob. cit., p. 90. Citado en: *Ibidem*

<sup>405</sup> Cfr. VEGA GUTIÉRREZ, A. M.; «Los "derechos reproductivos" en la sociedad postmoderna: ¿una defensa o una amenaza contra el derecho a la vida?», en *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida* (coordinado por VIDAL MARTÍNEZ, J.), Granada, 1998, pp. 49 Y ss. Citado en: *Ibidem* pag 190

consideración a los derechos del hijo. En este sentido, como en el acto de procrear están implicadas varias personas, el legislador debe tutelar la dignidad y los derechos de cada una de ellas lo que significa que ninguna persona puede quedar sometida a otra para hacer efectivo su derecho a procrear.<sup>406</sup>

Por lo mismo, se puede afirmar la existencia del derecho a procrear entendido como la libertad de la persona de decidir y llevar a cabo la procreación con su participación biológica y/o genética. Desde esta perspectiva, quedan excluidas del ámbito de este derecho el recurso a procedimientos que puedan implicar la instrumentalización de las demás personas o que puedan vulnerar la dignidad o los derechos del hijo.<sup>407</sup>

---

<sup>406</sup> *Idem*, pag 190 y 191

<sup>407</sup> *Idem*, pag. 191

## 5. Consentimiento y responsabilidad jurídica, presupuestos de la procreación asistida

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

Si se da al consentimiento el valor de reconocimiento anticipado, el reconocimiento de la donante resultaría contradictorio. Sería aconsejable cuando se va a llevar a cabo una FIV seguida de la transferencia embrionaria, si intervinieron donantes, que la pareja receptora reconozca al posible hijo desde su estado embrionario; de esta forma, si se congelan algunos para un momento posterior se plantearían después menos problemas de filiación y sucesorios en caso de muerte de uno de los miembros de la pareja.

Si los consentimientos no tienen este valor, el reconocimiento de la donante podría ser eficaz. Su propia anuencia a la donación se considera revocable mientras no se lleve a cabo una fecundación, pero ¿y después de producida ésta?

Como veremos el estado civil es una cuestión indisponible y que no está al alcance de la voluntad individual renunciar a las acciones de estado. Igual podría alegarse respecto a los donantes de gametos. Sin embargo, habría que señalar a dichos consentimientos las mismas características que tienen en la adopción los prestados por los padres del adoptando cuando no se dan las circunstancias de abandono. En realidad, *mutatis mutandis*<sup>408</sup>, el fundamento último de lo que quiere significarse con esa manifestación de la voluntad es el mismo: por parte de los padres del adoptando la «renuncia» a su posición respecto al hijo; por parte de los adoptantes de aceptación con los mismos deberes y derechos que los padres biológicos, si la adopción es plena<sup>409</sup>.

También es plena, incluso desde antes de la concepción (por eso no es propiamente una adopción), la sustitución en los papeles maternos de la mujer que recibe los óvulos de otra. Y ese espíritu semejante a la adopción es lo que permite establecer que, no declarando ilícita la práctica y cumplidos los requisitos que conlleva disponer de la propia integridad para la donación, la mujer al donar sus gametos, como ocurría con el hombre, consciente a la

<sup>408</sup> Cambiando lo que se debe cambiar. ELIAS Azar, Edgar. Frases y Expresiones Latinas...”, *Op. Cit.*, pag. 216

<sup>409</sup> No hay duda sobre lo forzado de la comparación y ha de entenderse en sus justos términos, esto es, como elemento de trabajo en la búsqueda de soluciones coherentes. Pensemos que en la donación de óvulo ni siquiera hay un embrión y hablar de padres ya es una ficción y, con ello, todo lo que se refiera a la paternidad. Pero los actos van destinados a una procreación y esta finalidad es causa suficiente, junto a la especialidad de la donación, para realizar estas disquisiciones originadas por un derecho de filiación esencialmente basado en los lazos de sangre. En general, hay acuerdo sobre el hecho de que la donación no define la verdadera paternidad y maternidad, por eso se propugna que los donantes no tengan derechos respecto al hijo. Pero al especificarlo se incide directamente en el problema: con el derecho vigente tendrían esas facultades. La adopción, en cambio, define muy bien el papel de los interesados en crear un vínculo puramente legal. El Preámbulo de la Ley de 1970 llamaba la atención sobre diferentes categorías de consentimientos en la adopción: aquellos negociales prestados por el adoptando mayor de 14 años y por los adoptantes. Todos los demás son asentimientos, también el que especifica el art. 173 para los padres del adoptando menor sometido a patria potestad. Estos asentimientos son *conditio iuris* de la eficacia de la adopción, pero pueden sustituirse por el juez. ARCE matiza con razón que el prestado por los padres del adoptando menor de 14 años es también constitutivo (En torno al consentimiento para la adopción, a tenor de la Ley de 4 de julio de 1970. R.G.L.J., 1970. pp. 615 y ss.). Ese consentimiento, dice BERCOVITZ, se exige sobre la base de la patria potestad: a través de la adopción se establece una vía excepcional de pérdida voluntaria de la patria potestad (Comentarios a las reformas de Derecho de familia, t. II. Madrid, Tecnos. 1984. p. 321). El arto 177 C.c. en su redacción de 1987 recoge tal distinción: y el adoptando tiene que consentir desde los 12 años. La consecuencia importante que puede extraerse para la fecundación asistida con donante, es que los consentimientos pueden llegar a tener el valor que hoy se pretende que tengan. Eso comporta, entonces, un cierto carácter negocial de los mismos, permitiéndose así la exclusión del lazo genético. Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. “Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial...”, *Op. Cit.*, Pág. 257.

finalidad de procreación para terceros con la conciencia de que no tendrá vinculación alguna con el futuro nacido.

Por eso mismo se propugna que el consentimiento de la receptora sea determinante para la filiación del hijo, de modo que para este tipo de filiación quede sentado jurídicamente que la derivación biológica no es constitutiva del vínculo legal.

Aquellos otros consentimientos que se pedirían a los consortes de los donantes, tendrían un mero valor de asentimiento, sin significado respecto a la filiación del futuro niño. Es más, cuando concurre la donación de óvulo el consentimiento del marido sería un asentimiento semejante al que ha de prestar en la adopción por un solo cónyuge el otro. Lo mismo se diría respecto al consentimiento concreto de la mujer a ser fecundada con semen de donante y no del marido o compañero, que se adiciona a la autorización que necesariamente tiene que dar para que el médico pueda realizar cualquiera de las prácticas a que se someta y que vimos en su momento el valor que tenía<sup>410</sup>.

De esta forma se delimitarían sin conflictos los papeles de los sujetos de las prácticas de fecundación asistida. El donante hoy tiene posibilidades muy reducidas por el juego de las disposiciones del C.c. sobre legitimación en las acciones de filiación para poder reclamar su paternidad o maternidad. Tampoco es sencillo que impugne la establecida para después reconocer la propia porque el secreto profesional obstaculiza el conocimiento de cualquier dato que le lleve a conocer a los destinatarios de sus células germinales.

Si pudiera resultar válido y eficaz el reconocimiento de un embrión por la donante antes de la transferencia. ¿Quién gestaría el hijo? No cabe en modo alguno pensar que lo hiciera la que iba a ser receptora. Si se transfiere a la que inesperadamente reconoció<sup>411</sup> no podría atribuirse la paternidad al que prestó su semen ya que las condiciones han cambiado ostensiblemente a aquellas frente a las que admitía la concepción. En este caso, podría impugnar por vicios el consentimiento, o en terminología de la R. 101 del Informe español, podrá renunciar al hijo porque fue desatendido su consentimiento en términos sustanciales.

O, en su caso, si no reconociera al hijo, no podrá establecerse judicialmente la paternidad porque la prueba de estas circunstancias deberá bastar al juez para que no prospere semejante acción.

Cabe la tranquilidad de que supuestos como éstos no se planteen, porque en ellos residen los aspectos más penosos de las expectativas beneficiosas de la fecundación asistida. En términos normales, la problemática jurídica es prácticamente inexistente.

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

De todos ellos, son dos los más relevantes, desde un punto de vista personal: el consentimiento y la responsabilidad. Desde luego, es necesario iniciar el ejercicio con una

---

<sup>410</sup> Vid. en cap. 11 cuando se trata el valor del consentimiento como requisito para permitir incursiones en la integridad física. Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. "Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial...", *Op. Cit.*, Pág. 258.

<sup>411</sup> Reconocimiento que vendría a significar en la práctica una auténtica revocación de su consentimiento inicial y que es contraria a la buena fe. Citado en: *Idem* Pág. 259.

definición que profile ambos conceptos, así como las relaciones causales que emergen en toda aplicación de las técnicas de reproducción médicamente asistida.<sup>412</sup>

## 5.1. Consentimiento y responsabilidad, un acercamiento conceptual

### 5.1.1. Consentimiento

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

La voluntad es indispensable en la celebración de un acto jurídico; es su "motor principal"; en los contratos, dicha voluntad se llama consentimiento y se integra con las dos manifestaciones de la voluntad de las partes que se conciertan.<sup>413</sup>

En este sentido, el consentimiento es el presupuesto indispensable de cualquier práctica tendiente a la procreación asistida, siempre que dicha práctica no esté prohibida por el Estado. Cabe señalar que algunas personas<sup>414</sup> sostienen que cualquier clase de intervención genética en el ser humano, dentro de los límites objetivos de la actividad terapéutica o terapéutico-experimental, es lícita si se lleva a cabo con el consentimiento informado y personal de las receptoras.

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

El consentimiento requerido específicamente en esta materia tiene dos ámbitos;

- el primero, para que una persona capacitada actúe sobre el cuerpo de otra como manifestación de la disposición de su propio cuerpo, y
- el segundo, es el elemento volitivo que define la aceptación de las consecuencias de la manipulación médica, es decir, el consentimiento para asumir manifestaciones de

<sup>412</sup> GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal. "Inseminación Artificial y Fecundación *In Vitro* Humanas, un nuevo modelo de filiación", Universidad Veracruzana, Xalapa Veracruz, México, 2001. ISBN 968-834-568-7, pag.69

<sup>413</sup> Manuel Bejarano Sánchez, *Obligaciones Civiles*, 3a. ed., Harla, México 1984, p. 55. Citado en: GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal. "Inseminación Artificial y Fecundación *In Vitro*...", *Op. Cit.*, pag. 70

<sup>414</sup> Entre otros. Ferrando Mantovani. "Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados", *Revista de derecho y genoma humano*, Núm. 1 (julio-diciembre), Edición española, 1994. Universidad de Deusto. Bilbao, España, 1994, p. 108; quien textualmente señala que "Las intervenciones genéticas obre el hombre, con el consentimiento necesario, son lícitas dentro de los mitos objetivos de la actividad terapéutica o terapéutico-experimental; debe tratarse de un consentimiento informado y personal del sujeto. si éste es .paz de entender y querer o, de otro modo, de su representante legal; debe tratarse del consentimiento de los padres (o de sus representantes legales) en caso de intervenciones sobre células germinales, óvulos fecundados, etc.. a implantar después en el vientre de la mujer. Siempre que se trate de los puestos en los que la fecundación *in vitro* esté considerada lícita." *Idem*, pag.71



voluntad tiene consecuencias diversas y un denominador común: la concepción de un ser humano.

### 5.1.2. La responsabilidad jurídica

Hay responsabilidad jurídica cuando el orden social que protege la norma jurídica se viola y produce un daño o perjuicio; es el resultado de la acción en la que el hombre o la mujer expresan su comportamiento en forma contraria a la norma jurídica y son susceptibles de ser sancionados.<sup>415</sup>

Tamayo y Salmorán<sup>416</sup> señala que la responsabilidad es una obligación de segundo grado, que aparece cuando la primera no se ha cumplido; es decir, que si una persona tiene la obligación de no causar daño y lo causa, es responsable de pagar por él. El responsable de un hecho ilícito debe sufrir las consecuencias de sanción que al hecho ilícito se imputan. Por regla general, la persona que causa el daño es quien debe pagar; pero no siempre el responsable es el que originó dicho daño y, en consecuencia, otro debe responder por las consecuencias del comportamiento de personas ajenas.<sup>417</sup>

La responsabilidad jurídica es el género cuyos tipos son la responsabilidad subjetiva y la objetiva. La subjetiva descansa en la teoría de la culpa, originada por un hecho ilícito. En cambio, la responsabilidad objetiva se funda en que todo aquel que haga uso de un aparato peligroso que aumente los riesgos de provocar daños a los demás, debe responder de la ración de los daños que produzca con dicho objeto, por su aprovechamiento, aunque no incurra en culpa o falta de conducta y aunque no viole ninguna disposición normativa.<sup>418</sup>

La responsabilidad subjetiva comprende dos subespecies, a saber la civil y la penal. La civil se puede conceptuar como la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados por un ilícito o un riesgo creado. Por su lado, la penal es el deber: jurídico de sufrir la pena, que recae sobre quien ha cometido un delito, esto es, una acción u omisión típica, antijurídica y culpable.<sup>419</sup>

La diferencia entre una y otra es la distinción entre derecho penal y derecho civil. En materia civil, al no cumplir con una obligación únicamente se causa un daño y como consecuencia el daño debe ser reparado. La sanción tiende a asegurar la acción del daño causado, o sea, una condena pecuniaria, indemnización de daños y perjuicios a cargo de su autor.<sup>420</sup>

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

---

<sup>415</sup> GUZMÁN ÁVALOS, Anibal. "Inseminación Artificial y Fecundación *In Vitro*...", *Op. Cit.*, pag. 73

<sup>416</sup> "Responsabilidad", Diccionario jurídico mexicano. P-Z, 5a. ed., Porrúa, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, México, 1992, p. 2825. Por su parte, Luis María Boffi Boggero afirma que para una doctrina muy generalizada, la responsabilidad es el "tramo obligacional que nace con el incumplimiento de la obligación y eventualmente puede llegar hasta la ejecución de los bienes del deudor". "Responsabilidad", Enciclopedia jurídica Omeba, tomo XXIV, Real-Retr, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1967, p. 791. Citado en: *Ibidem*

<sup>417</sup> *Idem*, pag 74

<sup>418</sup> *Ibidem*

<sup>419</sup> *Ibidem*

<sup>420</sup> *Ibidem*

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

La responsabilidad se hace patente en las prácticas de procreación asistida; ya que los sujetos que intervienen en la misma pueden violar el orden jurídico establecido; contractual o extra contractualmente, actuando con culpa o sin ella, pero de cualquier manera pueden causar daño o perjuicio a otro de los sujetos que intervienen en el proceso de la fecundación asistida. Así, los usuarios pueden ser responsables frente a su pareja o frente al hijo, y el personal médico frente los usuarios por culpa o simplemente por riesgo creado.<sup>421</sup>

### 5.1.2.1. El consentimiento y la responsabilidad en los usuarios

Por usuario(a) se entiende a la persona que se somete a cualquiera de las técnicas de procreación asistida con el fin de asumir la maternidad o paternidad que de ellas resultare. En las legislaciones que ya contemplan normas específicas para as formas de concepción, por lo regular se piensa en un matrimonio o en concubinos. Sin embargo, se encuentran argumentos favorables para que las mujeres solteras sean también usuarias de estas técnicas. Por lo general, se señala que los usuarios deben cubrir toda una serie de requisitos y exámenes antes de iniciar la práctica de cualquiera de los métodos de reproducción asistida.

Ya se señaló que el consentimiento es indispensable para iniciar las actividades médicas encaminadas a lograr la reproducción, y que entre las personas que requieren manifestar expresamente su voluntad están los usuarios: la mujer, esposa, concubina o sola. Desde luego, de esta manifestación de voluntad deriva la aceptación de la maternidad del ser así concebido. Mientras que no se externe la voluntad de la mujer, ni el médico ni la institución podrán iniciar cualquier acción para inseminar o para extraer óvulos, mucho menos implantar embriones o cualquier otra actividad relacionada con la procreación asistida.<sup>422</sup>

El consentimiento del esposo o compañero es también indispensable, según los criterios más aceptados en el mundo. Sin embargo, existen diversas opiniones en relación con la forma en que este consentimiento se debe externar. Para algunos, tratándose de fecundación homóloga, el hecho de la sola aportación del semen mediante la masturbación produce un consentimiento tácito del varón para la concepción del hijo; frente a esta particular forma de interpretar la voluntad, existen criterios<sup>423</sup> más rígidos que señalan que el marido debe otorgar su consentimiento expresamente, es decir, autorizar al médico para que realice la fecundación de la mujer. Posteriormente, a través de la aportación del semen y, al final, asumiendo la relación paterno filial. Todo ello en una manifestación de voluntad única, continua y congruente con los actos que se derivan unos de otros.

---

<sup>421</sup> GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal. "Inseminación Artificial y Fecundación *In Vitro*...", *Op. Cit.*, pag. 75

<sup>422</sup> *Ibidem*

<sup>423</sup> Francisco Lledó Yagüe, Fecundación artificial y derecho, Tecnos, Madrid, 1988, p. 51; Ignacio Galindo Garfias, "La fecundación artificial en seres humanos. Consideraciones jurídicas", *Revista de la Facultad de Derecho, México*, Vol. 40, 169-171, México, 1990, p. 151; Jesús Delgado Echevarría, "Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial, no determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde" II Congreso Mundial Vasco. La filiación a finales del siglo XX; problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, Trivium, Madrid, 1988, p. 223. citado en *Idem*, pag. 76

Para algunos especialistas<sup>424</sup>, tratándose de fecundación homóloga, la problemática es menos delicada que en la heteróloga, pues se trata de un ser concebido en matrimonio o en concubinato, cuyos datos genéticos van a coincidir con los del padre y de la madre.

El problema se presenta en la heteróloga. En este renglón, el consentimiento es esencial, pues el esposo o el concubinario deben aceptar que su esposa o concubina sea fecundada con espermatozoides de otro hombre, por lo tanto, tendrá que aceptar la responsabilidad de la paternidad de un hijo con el que no va a estar ligado por vínculos genéticos. Hay quien piensa que este consentimiento del marido o del concubinario de la madre tiene quizá un valor moral, pero jurídicamente se encuentra desprovisto de eficacia; por ello pueden impugnar la paternidad con la prueba de su esterilidad o un examen de sangre. Desde luego, esta posibilidad existe, sobre todo en aquellos países en donde ya se practican estos tipos de fecundación y no existe un marco legal que reglamente los conflictos que pueden surgir en las diferentes etapas del proceso de fecundación, gestación y alumbramiento.

En este contexto, el varón que consintió expresamente a que su compañera o esposa fuera inseminada artificialmente con semen de otro tiene la responsabilidad de asumir la paternidad inherente. De hecho, en un eventual juicio de desconocimiento de la paternidad, el documento en donde conste la expresión de la voluntad del inconforme será prueba para establecer el vínculo de filiación. Desde luego, el conflicto puede ser posterior al parto y el padre legal podría desconocer al recién nacido entonces. Algunas legislaciones señalan que después del nacimiento, el padre legal ratifica su consentimiento al reconocer al hijo nacido.

Existen puristas del derecho que afirman categóricamente que la voluntad del marido o compañero de la madre debe constar en escritura pública,<sup>425</sup> ya que se trata de un instrumento que servirá como título de determinación legal de la filiación y por su carácter de prueba plena, señalando que se está en presencia de un reconocimiento "previo" del hijo. Para la mujer sola basta con que se externe en documento privado ante el médico o en la institución que practique la procreación asistida. Desde luego, un exceso de formalidades puede producir un efecto contrario al deseado, por ello es conveniente el equilibrio entre la posible valoración de un consentimiento expresado de manera tácita y los requisitos de elevarlo a escritura pública. Entre ambos extremos, existen formas indubitables de expresar la voluntad que, en su momento, deberán ser valoradas en beneficio del interés superior del ser nacido a consecuencia de esa expresión de voluntad.<sup>426</sup>

Existe también el problema de la validez temporal del consentimiento. Efectivamente, es un renglón que debe ser discutido ampliamente. Existen autores<sup>427</sup> que sostienen como recomendable que la vigencia del consentimiento sea por tiempo indefinido es decir, hasta que la mujer logre el embarazo. Sin embargo, podría ser revocado hasta antes de que se haga efectiva la fecundación artificial de la mujer, pero nunca después de que ya se hayan realizado. En este mismo orden de ideas se encuentra una corriente en la que se afirma que

---

<sup>424</sup> Entre otros, Simonetta Boccacio e Massimo Dogliotti, op. cit., p. 972; Vicente Montes Penades, "El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana", II Congreso Mundial Vasco. La filiación a finales del siglo XX; problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, Trivium, Madrid, 1988, p. 187; Zannoni, op cit., p. 483. Citado en: *Idem*, pag 77

<sup>425</sup> Véase a Francisco Lledó Yagüe, La fecundación... op. cit., p. 51; María de Jesús Moro Almaraz, Aspectos... op. cit., p. 285; Francisco Ferrer, Procreación asistida; Panorama jurídico, 59 Colección jurídica y social, Secretaría de posgrado y servicios a terceros, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina, 1995, p. 107. Citado en: GUZMÁN ÁVALOS, Anibal. "Inseminación Artificial y Fecundación *In Vitro*...", Op. Cit., pag 78

<sup>426</sup> *Idem* pag, 79

<sup>427</sup> Entre otros, Mario Calogero, op. cit., p. 119. Citado en: *Ibidem*

para el caso de que el marido muera antes de la realización de la inseminación artificial, el consentimiento otorgado por el marido puede considerarse caduco, a menos que se hayan establecido en el documento público efectos para después de la muerte a través de una procreación post mortem. Finalmente, se dice que en el caso de una separación de los esposos o de los concubinos, el consentimiento habrá caducado tácitamente si no se logró la fecundación para la cual fue otorgado.

Es claro que, como ya se mencionó, el consentimiento otorgado por las personas usuarias de las técnicas de procreación asistida debe estar ausente de vicios que lo nulifiquen; no debe haber error, dolo, intimidación o violencia; debe tratarse de un consentimiento bien informado, donde se explique a los pacientes el tratamiento o intervención quirúrgica requerida, indicando las posibilidades reales de éxito así como los riesgos que las técnicas traen consigo; sus bondades y desventajas; no sólo desde el punto de vista médico, sino también jurídicos y psicológicos.

En algunos países se dispone que si existe vicio del consentimiento otorgado por el varón para realizar la procreación asistida de su compañera, procede la impugnación de la paternidad. Esta respuesta podría ser válida también para el caso de que se presentara un problema similar a los tribunales toda vez que la presunción de paternidad acepta pruebas en contrario, siempre que apunten a la imposibilidad física del marido de haber tenido "acceso carnal" con su mujer en los primeros 120 días de la concepción.<sup>428</sup>

Si el vicio del consentimiento opera en la mujer, una vez realizada la fecundación, no puede tener más alcance que la responsabilidad para el médico o centro médico, o ambos, en la medida que les pueda ser imputado; porque no procede otra cosa, ya que no se podría concebir la nulidad del hijo.<sup>429</sup>

El efecto más evidente de la expresión del consentimiento es el de asumir la responsabilidad de la crianza del hijo que pudiere nacer. En este contexto, puede haber responsabilidad civil por parte del padre legal, que haya otorgado su consentimiento para que su mujer se inseminara y posteriormente se rehúse a reconocer al hijo así concebido o que intente el desconocimiento de la paternidad alegando la imposibilidad física para tener "acceso carnal" con la madre. Responderá, entre otros, reparando los daños y perjuicios frente a la mujer y el niño; desde luego, es importante destacar que cualquier acción de desconocimiento de la paternidad, en este contexto, debe ser inadmisibles y fincar la responsabilidad alimentaría y las demás que se deriven de la paternidad.<sup>430</sup>

La mujer también estará obligada a responder reparando los daños y perjuicios que le cause al marido cuando se haya hecho inseminar sin su consentimiento; independientemente de los efectos del desconocimiento de la paternidad, si procede. En este caso, también puede tener responsabilidad frente al hijo por privarlo, a sabiendas, de una paternidad; esto es técnicamente posible, pero es difícil imaginarlo exigiendo este tipo de reparación a la mujer que lo atendió durante la primera etapa de su vida.

---

<sup>428</sup> GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal. "Inseminación Artificial y Fecundación *In Vitro* ...", *Op. Cit.*, pag, 80

<sup>429</sup> Vicente L. Montes Penades, "Las categorías negociales de las técnicas de reproducción asistida", *Actualidad civil. Revista semanal técnica jurídica de derecho privado*, 1994-4, p. 967, Actualidad Editorial, Madrid, España, 1994. Citado en: *Ibidem*

<sup>430</sup> *Idem*, pag, 81

### 5.1.2.2. El consentimiento y la responsabilidad en los donadores de gametos

En este tema se da el nombre de donador a la persona que dispone de sus gametos (óvulos o semen) en favor de otra a fin de que se realice una fecundación artificial. En este sentido, el consentimiento del donante tiene que abarcar el conjunto de acciones que confluyen en la fecundación, es decir, aceptar que le sean extraídos los gametos.<sup>431</sup>

### 5.1.2.3. El consentimiento y la responsabilidad del personal médico.

Hoy en día la procreación asistida es un recurso de la tecnología médica utilizado con frecuencia. Se reconoce que ayuda a salvar los problemas de infertilidad con mucha eficacia. El mundo entero registra ya miles de niños y niñas nacidos de la utilización de estas técnicas en circunstancias de diversa índole. Por su frecuencia y por el papel protagónico que desempeña el personal médico, es importante revisar cómo maneja los dos elementos que se tratan en este capítulo, en el entendido de que al hablar de médico y personal médico se hace referencia también a las instituciones que prestan ciertos servicios en los procesos de fecundación asistida.<sup>432</sup>

El tema del consentimiento es muy simple pues el médico o la institución manifiestan su voluntad para la realización de las técnicas de procreación asistida por medio del consentimiento requerido para la celebración del contrato de prestación de servicios profesionales, integrado entre paciente y médico. A través de sendo contrato, el galeno queda autorizado para realizar todas las actividades necesarias para lograr la fecundación de una mujer, siempre que se manejen en el marco de licitud que se permite a la actividad terapéutica. En cambio, la responsabilidad se torna más compleja porque abarca varios momentos que comprenden desde el secreto profesional hasta la responsabilidad profesional.<sup>433</sup>

Por lo que hace al secreto profesional, el médico que practica la procreación asistida está sujeto a este principio de discreción en un sentido irrestricto de su ética profesional, ya así lo consigna el juramento hipocrático del Siglo V A.C. "...callar todo cuanto vea y oiga, dentro y fuera de mi actuación profesional, que se refiere a la intimidad humana y no deba divulgarse, convencido de que tales cosas deben mantenerse en secreto." La utilización de las nuevas técnicas procreativas sólo debe ser conocida por el médico y la pareja, por ello es necesario cuidar perfectamente los archivos que deban de conservar los médicos y asegurar el carácter confidencial de los documentos utilizados para la práctica de la procreación asistida. Violar esta discreción debe ser causa de responsabilidad y de la reparación del daño que la indiscreción hubiere causado.<sup>434</sup>

Es cierto que los centros autorizados para la realización de la procreación asistida deberán llevar un expediente médico y conservar una ficha secreta relativa al donante; que sirva tanto para limitar el número de inseminaciones posibles con los gametos de una misma persona, con objeto de evitar la consanguinidad o, en su caso, con la finalidad de conocer las

<sup>431</sup> GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal. "Inseminación Artificial y Fecundación *In Vitro* ...", *Op. Cit.*, pag. 86

<sup>432</sup> *Ibidem*

<sup>433</sup> *Ibidem*

<sup>434</sup> *Idem*, pag. 87

características genéticas del donante frente a posibles problemas patológicos del ser así concebido.<sup>435</sup>

Dicho expediente no podrá servir para establecer lazos entre el donador y el niño, sin embargo, aun cuando se dice que rompe el principio del anonimato porque consigna el lazo biológico entre el donador y el niño, permite que éste pueda tener acceso al conocimiento de sus propios orígenes y al conocimiento de su material genético que puede serle de importancia vital en caso de problemas de salud.

La responsabilidad del personal médico también abarca la pericia en la práctica profesional en el ámbito civil, en tanto responsabilidad contractual; y en el ámbito penal, si se llegare a incurrir en alguno de los ilícitos prescritos por las normas. El equipo médico tiene que realizar sus intervenciones con la diligencia necesaria para evitar que surjan patologías que puedan minar la salud del nasciturus: En los debates sobre este tema en particular se enfocan en dos puntos: la especificación que el daño injusto que el nasciturus puede resentir por la inexacta realización de la concepción; y el nexo de causalidad entre acción del personal médico y la consecuencia dañosa, en principio, al fruto de la concepción misma.<sup>436</sup>

Los nacidos de procreación artificial no presentan patologías diversas o mayores respecto a aquellos concebidos naturalmente. En la concepción natural no se garantiza que el nasciturus será inmune a cualquier patología. El médico es un técnico que se compromete a un encargo, y por ello no puede estar puesto sobre el mismo plano de los progenitores naturales. Quienes, por tanto, no pueden gozar de una inaveriguable libertad y deben adoptar toda la cautela necesaria para no perjudicar la realización del proyecto ya diseñado en las células germinales; por otro lado, son responsables hacia los usuarios y hacia los donantes de gametos, especialmente cuando se trata de la disposición de gametos femeninos. Lo anterior es según los principios de la responsabilidad contractual, y hacia el nacido(a) según los principios de la responsabilidad extra contractual por daños de naturaleza diversa.<sup>437</sup>

El médico es siempre responsable de las lesiones en la integridad física de la paciente, en el momento de la intervención o como consecuencia de la misma. Por ello, al momento de realizar la concepción debe de adoptar las precauciones necesarias para hacer posible el nacimiento de un individuo sano; y tiene la obligación de no usar gametos que puedan transmitir, según las investigaciones científicas adquiridas, malformaciones o patologías al nasciturus.<sup>438</sup>

El *error in procedendo*<sup>439</sup> es, también, causa de responsabilidad. En Europa, es tema de debate si dentro de estos errores llamados *in procedendo* debe o no considerarse el nacimiento de un ser perteneciente a una raza diversa a aquella a la que pertenecen los padres. En este mismo contexto se debate la responsabilidad del médico en la manipulación

---

<sup>435</sup> GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal. "Inseminación Artificial y Fecundación *In Vitro*...", *Op. Cit.*, pag 88

<sup>436</sup> *Ibidem*

<sup>437</sup> *Idem* pag 88 y 89

<sup>438</sup> *Idem* pag 89

<sup>439</sup> Contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso y a la infracción de las normas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales. Abarca las irregularidades, defectos o errores en el procedimiento y en las reglas formales, es decir, la inaplicación o aplicación defectuosa de las normas adjetivas que afectan la tramitación del proceso y/o los actos procesales que lo componen, lo cual trae como consecuencia la nulidad del proceso, trámite o acto afectado. Diccionario Judicial. Estafeta Jurídica Virtual. Academia de la Magistratura de Perú. <http://www.amag.edu.pe/webestafeta2/index.asp?warproom=diccio>

de la carga genética y la predeterminación del sexo, ambos procedimientos son rechazados por la mayoría de los especialistas en el tema. Sin embargo, dentro del cuerpo médico hay científicos que defienden estas manipulaciones como parte de su tarea terapéutica.

Existe responsabilidad objetiva cuando el médico no cuenta con el instrumental necesario o no funciona debidamente; si no se le brindó a los pacientes la información adecuada de las intervenciones de que vayan a ser objeto; si se viola el secreto médico o no se adoptan las garantías sobre el anonimato; por no practicar las pruebas o análisis e inseminar a mujer no apta; o se recomiende un procedimiento inadecuado, o se seleccione un semen no idóneo y se transmitan enfermedades hereditarias o congénitas evitables con un estudio previo; o si se omiten los consentimientos requeridos o producen algún vicio del consentimiento.

Se habla también de responsabilidad administrativa si no se han cumplido las exigencias de orden público establecidas al respecto, normas sobre utilización del semen para evitar inseminaciones en personas consanguíneas, gratuidad del procedimiento de donación, vigilancia sobre las condiciones sanitarias mínimas de los centros, entre otras razones.<sup>440</sup>

Existe responsabilidad penal si la inseminación artificial es realizada mediante violencia física, intimidación, trasgresión del secreto; inseminación artificial en mujer casada sin el consentimiento del marido; lesiones causadas en la mujer, incluso con su consentimiento, con ocasión de una amniocentesis o de una biopsia coriónica llevada a cabo con la finalidad de conocer el sexo del feto y causar el aborto, si dicho sexo no es el deseado por la mujer.

En la mesa de debate se encuentran otras conductas sobre las cuales no hay acuerdo en relación con su licitud o ilicitud, como la clonación o producción de individuos idénticos a partir de un solo individuo humano; la gestación de un ser humano fuera del útero de la mujer, es decir, en laboratorio; la gestación de híbridos ya sea por fecundación de un ser humano a partir de gametos de otras especies, o viceversa; el tráfico de gametos o embriones y la fecundación de embriones con fines distintos a la procreación. En este mismo contexto se debate la posible sanción penal por lesiones causadas al embrión, conducta que requiere un tipo específico pues el embrión no es una persona y, por tanto, este posible ilícito no corresponde al tipo penal de lesiones, tal y como se le conoce ahora.<sup>441</sup>

#### **5.1.2.4. La responsabilidad del Estado**

Se incluye al Estado porque si bien es cierto que no es un sujeto que directamente participa en el procedimiento de la procreación con asistencia médica, también es cierto que puede tener una participación considerable a través de la política demográfica, sanitaria, administrativa, de control y legislativa que a tal efecto imponga.

En relación con el control estatal de estos procedimientos, es importante precisar que la procreación es una decisión autónoma, de derecho privado, que pertenece a la familia, a la persona individual; y el Estado debe reconocer el máximo de autonomía posible; sin embargo, el Estado no puede quedar al margen cuando existen intereses que deben protegerse como los del ser concebido mediante las técnicas de reproducción asistida que

<sup>440</sup> Martínez Calcerada, op. cit., p.111. Citado en: GUZMÁN ÁVALOS, Anibal. "Inseminación Artificial y Fecundación ...", Op. Cit., pag 90

<sup>441</sup> Marino Barbero Santos, "Ingeniería genética y reproducción asistida. Consideraciones jurídico penales", Derecho penal y criminología, Vol. 13, Núm. 44 (mayo-agosto), p. 113, Colombia, 1991. Citado en: *Idem*, pag 90 y 91

esté por nacer y, sobre todo, cuando para la concepción se utilizan técnicas que requieren un control sanitario.<sup>442</sup>

No se puede dejar todo en manos de las partes involucradas; es imperiosa la intervención estatal a través del legislador que debe sentar las bases y principios que enmarquen la actividad de la sociedad. Es necesario que el Estado sea quien diseñe los límites de la actividad médica y de la investigación científica que desarrolla estas técnicas.

Existen normas que regulan la procreación, sin embargo, es posible que la disciplina vigente no responda a una elección del legislador, dado que no pudo pensar en situaciones que son absolutamente nuevas. De ello se deriva la urgencia de una legislación que garantice a los particulares el ejercicio de sus derechos fundamentales pues la inercia del Estado puede provocar una lesión irreversible en dichos derechos.<sup>443</sup>

Se requiere pues el control inexcusable del Estado, por la trascendencia social que tienen los métodos de procreación asistida, debiendo establecer las condiciones técnicas para aplicarlas y las exigencias de idoneidad y capacidad de los médicos y de los institutos de salud donde se prestan estos servicios; permitiendo su práctica sólo en centros autorizados por la Secretaría de Salud; de lo contrario, se promueve un uso clandestino confiado al consultorio de un médico todo poderoso, quien controla la totalidad de los procesos.<sup>444</sup>

Ninguna de las prácticas actualmente ejercitadas o conocidas con posibilidad de aplicación configura una especie penalmente relevante. Ninguna puede ser prohibida sobre el aspecto penal, ni prevenida ni castigada. Entonces, todo puede ser hecho. La valuación de licitud o ilicitud de los comportamientos humanos necesarios para realizar tales prácticas puede ser hecha sólo utilizando categorías civiles.<sup>445</sup>

Es misión del legislador promulgar una ley que tenga una eficacia y vigencia social lo más apegada a la realidad, pues de nada sirve que se emita una norma que no sea aplicada ni acatada; por ello debe de ser expresión de los valores socioculturales, pues si se trata de una norma rígida o idealista, puede imponer quizá la clandestinidad; de lo contrario, la procreación asistida va a continuar creciendo con o sin sanción legal y su utilización clandestina podría ser sumamente perjudicial.<sup>446</sup>

Lo cierto es que la reglamentación que se adopte cumplirá un rol directriz en el desarrollo de esta rama de la ciencia y la conducta de los ciudadanos. Existe toda una gama de alternativas que el legislador puede disponer entre dos extremos, que va de un sistema prohibitivo a uno liberal; donde en el primero se permita la utilización de las técnicas excepcionalmente; y en el segundo, contrariamente, sólo se prohíba en casos excepcionales.<sup>447</sup> Una severa disciplina de la procreación asistida en la pareja de hecho, en la mujer sola, etc., sólo originaría un "turismo procreativo" hacia países más liberales, escapando, así, al marco legal más estricto.<sup>448</sup>

---

<sup>442</sup> GUZMÁN ÁVALOS, Anibal. "Inseminación Artificial y Fecundación In Vitro...", *Op. Cit.*, pag 92

<sup>443</sup> *Ibidem*

<sup>444</sup> *Idem*, pag 93

<sup>445</sup> Paolo Vercellone, *Trattato di diritto civile italiano*. La Filiazione, Vol. III, Tomo II, Utet, Torino, Italia, 1987, p. 312 Citado en:

*Ibidem*

<sup>446</sup> *Ibidem*

<sup>447</sup> Boza Dibos, *op. cit.*, pp. 79-80. Citado en: *Idem*, pag 94

<sup>448</sup> En este sentido, Paolo Zatti, "*Verso un diritto per la bioetica: risorse e limiti del discorso giuridico*", *Revista di diritto civile*, Anno XLI, Núm. 1 (Gennaio-Febraio), p. 45, Cedam, Padova, Italia, 1995. Citado en: *Idem*, pag 90



## 6. *Nasciturus* y su situación jurídica

Si la mujer que no gesta se decidiera a reconocer al hijo antes de nacer, ¿a quién está reconociendo? El reconocimiento es una declaración que ha de contener una designación suficientemente individualizada del reconocido<sup>449</sup>.

En este caso, el sujeto pasivo es un *nasciturus*, considerado como apto para ser susceptible de reconocimiento. No obstante, la necesaria individualización del mismo ha sido siempre un punto conflictivo a superar. La doctrina española<sup>450</sup> estima complicado identificar a un concebido sin violar la prohibición de hacer público quién es la madre, salvo ella misma. La donante aunque reconocería la maternidad ha de referirse a otra mujer que es la gestante. La situación es totalmente incoherente porque las instituciones actuales no están pensadas para nada semejante. Al parecer el reconocimiento es contradictorio, patentemente falso, y por ello inválido. La acción de reclamación, entonces muy raramente podrá ser ejercida por ella, mientras la doctrina actual no se modifique

Menos complicado resultaría un reconocimiento del embrión producido por fecundación *in vitro* con donación de óvulo. Si hemos considerado viable y deseable asimilar el embrión *in vitro* con el *nasciturus* clásico nada impide su reconocimiento por los progenitores biológicos en idénticos términos que a un *nasciturus in utero*. Ahora bien, si la mujer a la que va a ser transferido ha consentido por escrito a la operación admitiendo como suyo al hijo que puede llegar a nacer, ¿puede considerarse a ésta la única madre?

En el ámbito jurídico la noción "persona"<sup>451</sup> ha variado a través de las sociedades y los tiempos. Siempre tuvo alguna conexión con criterios biológicos y filosóficos, pero no podemos decir que aquéllos sean idénticamente seguidos por el ordenamiento jurídico imperante.

### 6.1. Derecho Romano: Conceptos de persona y sujeto

En Roma<sup>452</sup>, ambas nociones no tenían igual alcance. Todos los seres humanos eran considerados personas, pero para llegar a ser sujetos de derecho debían, además, reunir tres condiciones: ser libres (*status libertatis*); ser ciudadanos romanos (*status civitatis*); y, en el ámbito familiar (*status familiae*), no estar sujetos a la potestad del *pater (sui iuris)*. Sólo las personas que reunían estos requisitos eran sujetos de derecho.

Algunos autores, tal vez influenciados por la terminología moderna, plantean esta distinción de diferente modo, expresando que no todos los "seres humanos" eran considerados "personas o sujetos de derecho. El tratamiento que los romanos hicieron de la "esclavitud", y la casi urgente "necesidad" que se nota en los juristas modernos de encasillar a las

<sup>449</sup> ALBALADEJO, M.: El reconocimiento de la filiación natural..., cit., p. 65. Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. "Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial...", *Op. Cit.*, Pág. 256.

<sup>450</sup> LACRUZ-SANCHO: Elementos de Derecho Civil. t. IV..., cit., p. 652. CICU. A.: La filiación. 1ª. ed. (Madrid, 1930). p. 222: ROYO MARTÍNEZ. M.: Derecho de familia (Sevilla. 1949). p. 272: DE LA CÁMARA. M.: Comentarios al Código civil y Compilaciones forales..., t. III vol. 1." (Madrid. Edersa. 1984). p. 430. Citado en: *Ibidem*.

<sup>451</sup> Cuando genéricamente expresemos "persona", sin ningún aditamento, nos referiremos a la "persona física". MESINA DE ESTRELLA Gutiérrez, Graciela N. "Bioderecho", *Op. Cit.*, pag. 43

<sup>452</sup> IGLESIAS-REDONDO, J., La Técnica de los Juristas Romanos. Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1987. págs. 24 y 25. Citado en: *Idem*, pag. 43

instituciones en moldes predeterminados, ayudan a esa confusión. En efecto, ninguna duda cabe acerca de la humanidad de los esclavos, que sin embargo no fueron sujetos de derecho, sino objetos de derecho (podían ser objeto de actos jurídicos). Pero para los romanos; aunque los incluían en las clasificaciones de "cosas", los esclavos eran "personas". Eran calificados como cosas para determinar el tratamiento que debían tener como objeto de relaciones jurídicas<sup>453</sup>, pero los textos son lo suficientemente claros como para no dudar acerca de su consideración como "personas".

En síntesis, en Roma existían las "personas" (seres humanos), que podían ser "sujetos de derecho" (si reunían los tres status), u "objetos de derecho" (esclavos, incluidos por cuestiones prácticas en las clasificaciones de "cosas", pero "con alma"). Esta particular categorización jurídica ("encabalgada" entre las "personas" y las "cosas", y más cerca de éstas, según la conceptualización actual surge de una realidad existente en la antigüedad, inevitable de ser regulada para el Derecho, pues los esclavos eran la fuerza de producción esencial para la economía, aunque los romanos no dudaban de que se trataba de una institución injusta y contraria a la naturaleza humana<sup>454</sup>.

Los principios humanistas de la filosofía jurídica romana cedieron ante la demanda de la realidad imperante en la época, sin embargo, con el tiempo, influyeron para atemperar algunos aspectos de aquella institución.

## 6.2. El comienzo de la existencia de la persona humana

El sistema romano el *nasciturus* no era considerado "persona", aunque podía adquirir ciertos derechos subordinados a la condición suspensiva del nacimiento con vida.

Básicamente eran tres los requisitos que se debían reunir para que el Derecho tuviera en cuenta al nacido; para que comenzara su existencia como persona:

- 1) Que se hubiera producido el parto con total desprendimiento por parte del niño del seno materno, cortándose el cordón umbilical (si esto no sucedía, el ser era considerado parte del cuerpo de la madre)<sup>455</sup>;
- 2) Que el nacido tuviera vida<sup>456</sup>, aunque sea por unos instantes y sin necesidad de tener condiciones de viabilidad;
- 3) Que tuviera forma y naturaleza humana<sup>457</sup>.

Cumplidas tales condiciones comenzaba para el Derecho Romano la existencia de las personas físicas, con las consecuencias jurídicas que ello implica.

---

<sup>453</sup> Así, eran incluidos dentro de las *res Mancipi* (GAYO, Instituciones, n. 14a) Citado en: MESINA DE ESTRELLA Gutiérrez, Graciela N. "Bioderecho", *Op. Cit.*, pag.45

<sup>454</sup> Florentino (D. 1.5.4,1) expresó: "La esclavitud es una institución del derecho de gentes, por la que uno, en contra de lo naturalmente establecido, se encuentra sometido al dominio ajeno". En igual sentido, Ulpiano (D. 50, 17,32) consideró: "Por lo que respecta al derecho natural, todos los hombres son iguales". Citado en: *Ibidem*

<sup>455</sup> "El hijo, antes del parto, es una porción de la mujer o de sus vísceras" (Ulpiano, D. 25.4.1.1).

<sup>456</sup> "Los que nacen muertos no se consideran nacidos ni procreados, pues nunca pudieron llamarse hijos" (Paulo, D. 50.16.129).

<sup>457</sup> Los romanos no reconocían personalidad en los "monstruos o prodigios". Un resabio de aquella antigua postura es el art. 51 de nuestro Código Civil argentino: "Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible"

### 6.3. La situación jurídica del *nasciturus*

El concebido no nacido no era "persona", considerándose parte del cuerpo de la madre. Sin embargo, "teniendo en cuenta la posibilidad de que en el futuro fuera un ser humano, se le brindó cierta protección"<sup>458</sup>.

Así, se consideró al aborto voluntario como lesión del derecho de la madre o del marido, se suspendía la ejecución de la pena capital sobre una mujer embarazada hasta que se produjera el nacimiento, se admitía que los *nasciturus* fueran instituidos herederos o beneficiados con legados o donaciones, se le otorgaba a la madre la posesión hereditaria de los bienes en nombre del concebido, a solicitud de la madre se nombraba un *curator ventris*<sup>459</sup> para la administración de los bienes hereditarios, etcétera.

Como expresa Manuel J. García Garrido<sup>460</sup>, "en relación con esta tutela del concebido está la regla general de Paulo: '*se protege al hijo concebido como si hubiera nacido, siempre que se trate de ventajas para él, pues antes de nacer no puede favorecer a nadie*'".

Para poder brindar esa prudente protección al *nasciturus*, los romanos crearon "una ficción por la que se consideraba al hijo concebido como si ya hubiera nacido, sujeto siempre a la condición de que naciera con vida".<sup>461</sup>

Tal "ficción"<sup>462</sup> no es otra cosa que la solución que los juristas romanos encontraron ante el problema práctico planteado. Si bien por un lado estaban las "personas", que podían ser, o no, "sujetos de derecho", y por otro las "cosas", los romanos no dudaron en crear una categoría especial para el *nasciturus*, o, mejor dicho, no lo consideraron integrante de ninguna categoría existente. Simplemente le brindaron la protección jurídica que necesitaba, de acuerdo a los requerimientos propios de su sociedad y de su tiempo.

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

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

---

<sup>458</sup> PONSSA DE LA VEGA DE MIGUENS, Nina - TRINCA VELLI, Nélide E., El Sujeto de Derecho y /os Hechos y Actos Jurídicos en Roma, Lerner, Buenos Aires, 1969, pág. 16. MESINA DE ESTRELLA Gutiérrez, Graciela N. "Bioderecho", *Op. Cit.*, 46

<sup>459</sup> El fin de nombrar a un *curator ventris* es también el de proteger al *qui in utero est*. El debe asegurar que se respeten las modalidades de cumplimiento de las prestaciones alimenticias hasta el momento del nacimiento. Por lo tanto, el nacimiento es tomado en consideración, sólo como término dentro del cual se agota la tarea del *curator ventris*. El *curator ventris* debe proveer a los alimentos y otras necesidades de la madre y del hijo, es nombrado por el magistrado del pueblo Romano. La preeminente defensa del interés público, o mejor dicho, la exigencia de pública defensa de los tres intereses, respectivamente de la *res publica*, de la mujer y del concebido, impone tal nombramiento. Es de destacar el uso del término *magistratus populi Romani*. PIA Bacarri, María. *Siete notas por la vida*. [http://revistapersona.8m.com/33Baccari.htm#\\_ftnref1](http://revistapersona.8m.com/33Baccari.htm#_ftnref1)

<sup>460</sup> GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, op. cit., págs. 39 y 40, Citado en MESINA DE ESTRELLA Gutiérrez, Graciela N. "Bioderecho", *Op. Cit.*, pag. 47

<sup>461</sup> PENA GUZMÁN, Luis A. - ARGÜELLO, Luis R., op. cit., pág. 393. Citado en *Ibidem*

<sup>462</sup> A menudo los romanos acudían a las "ficciones" cuando la rigidez de una categorización jurídica no permitía hacer justicia en una situación concreta. Así, por ejemplo, para poder otorgar acciones a quienes habían adquirido una *res mancipi* sin las formalidades del *ius civile*. "fingían" que había pasado el tiempo necesario para usucapir (la usucapición era un medio de adquisición del dominio tutelado por el derecho civil).

de brindar la protección jurídica posible y adecuada según elevados criterios de justicia, es una enseñanza valiosa.

Tal vez debamos tener una actitud semejante en relación a la problemática del comienzo de la existencia de las personas -o al concepto mismo de persona-<sup>463</sup> en la actualidad, a la luz de las técnicas de reproducción asistida, para llegar a una regulación jurídica que (sin ser definitiva, obviamente) brinde las máximas garantías posibles a los seres humanos, sin convertirse en meras declaraciones teóricas formales destinadas al fracaso en la realidad que nos circunda.<sup>464</sup>

#### 6.4. La necesidad de señalar un status jurídico al concebido.

Las razones para ocuparse del fruto de la concepción, el embrión, son múltiples:

- interés entre juristas y científicos para protección del mismo frente a manipulaciones derivadas de los programas FIV
- ninguna legislación contempla tratamiento unitario a la condición del concebido y del no nacido o no alcanza sus diversas etapas
- y porque el embrión se produce y permanece fuera del organismo materno hasta su transferencia, quedando expuesto a peligros y riesgos que el concebido en el útero,
- porque no puede negarse su “indudable personabilidad”, en el sentido de humanidad, aunque no se descubra su apariencia externa, en su independencia e individualidad
- a pesar del tiempo aun no se concluye el estudio de la problemática de los concebidos y los no nacidos
- se considera que la trascendencia frente al derecho oscila fuertemente y se oscurece cuando los legisladores intentan acotar el “tipo de nasciturus” como digno de protección o tratamiento jurídico<sup>465</sup>

Que ha sucedido? Que el legislador decimonónico no tenía información sobre la posible existencia del concebido fuese tal, fuera del cuerpo de la mujer, como en los casos de FIV o post mortem, por lo que no introducía conceptos biológicos, sino la regulación de una realidad injustamente tratado dado que no es persona dentro del marco legal.

¿Qué impedimentos existen para entender amparado al embrión in vitro por los beneficios que este precepto reconoce al concebido condicionado al nacimiento?

La doctrina suele distinguir dos tipos de derechos que pueden ser referidos al que va a nacer:

- de índole personal y que funcionan para garantizar su existencia como organismo vivo individual, aunque dependiente
- de índole patrimonial que le corresponderían si hubiera nacido ya y que el Derecho no le niega en razón de “humanidad”

Un embrión in vitro, anidable, es extremadamente semejante a otro cuyo proceso de formación ha transcurrido íntegramente en el útero materno y mucho mas si este se encuentra en la fase de preimplantación, previa a la anidación

<sup>463</sup> ZAMUDIO, Teodora, "Los conceptos de persona y propiedad, la necesidad de su revisión jurídica ante las nuevas realidades genéticas", Cuadernos de Bioética, nro. 0, *Ad-Hoc*. Buenos Aires, 1996, págs. 87 a 98. Citado en: *Idem*, pag. 48

<sup>464</sup> MESINA DE ESTRELLA Gutiérrez, Graciela N. "Bioderecho", *Op. Cit.*, pag. 48

<sup>465</sup> MORO ALMARAZ, María de Jesús. "Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial...", *Op. Cit.*, Pag 115 y 116

## 6.5. Superación de la teoría romana de la “*Pars viscerum matris*”<sup>466</sup>”

Junto al principio general que establece la existencia del hombre como requisito fundamental para la capacidad jurídica, el propio Derecho romano permitió que se derivaran algunos efectos jurídicos desde un tiempo anterior al nacimiento, cuando ya está concebido.

El nacimiento sigue siendo el dato que anuncia el comienzo de la personalidad. El feto, en cambio, se ha tomado como ser vivo que carece de vida independiente. Ello ha condicionado que de nuevo se haya vuelto la vista a esa primera concepción romana de que el concebido no es sino la *pozzione delle viscere materne*, no encontrándose en él dignidad de ser humano.

Para Moro Almaraz no es aceptable hoy el seguir refiriéndose al embrión como parte de la madre, objeto de propiedad sino, cuando menos como germen identificado de vida futura digna de ser protegida aunque no sea un sujeto de derechos, titularidad que sólo se adquiere al nacimiento.

Personalidad significa capacidad jurídica para ser titular de derechos. Antes de nacer el concebido carece de subjetividad propia, sin que ello pueda ser razón bastante para que carezca de toda protección o consideración para el Derecho como una nueva vida humana.<sup>467</sup>

El Derecho puede ocuparse de personas porque son las únicas que generan derechos. El concebido, aun in vitro, es un ser viviente humano, completo en un futuro, un ser humano con potencialidad, no un ser humano potencial.

El embrión tiene en sí, el poder de hacerse pasar de la potencia al acto, proporcionándole el ambiente, los materiales, no la forma o la esencia. En consecuencia, es lógico que se extiendan al embrión las garantías puestas a punto para el adulto o el niño. El derecho común adaptado bastaría.

Sin embargo, no hay tampoco una equiparación total y por tanto, no le son aplicables las mismas normas. No significa entonces que la protección sea menor, sino comparable y en proporción al “sujeto” protegido y sus necesidades. Y será mayor en correlación directa con la concepción filosófica que de la vida se tenga.<sup>468</sup>

## 6.6. En torno a la equiparación nasciturus- embrión

Para diferenciar al concebido in vitro sin transferir del anidado ya en el claustro materno con independencia de la forma de concepción, denominaremos al primero por el término biológico: Embrión. Estos embriones a pesar de su mínimo desarrollo son seres humanos con potencialidad biológica que habrá de evolucionar en su medio natural el útero materno, mientras no sea posible la ectogénesis. Pero debe dársele al embrión alguna consideración jurídica y con que alcance?

Sancho Rebullida está convencido de que el principio inspirador y módulo rector de estos nuevos métodos está presidido por el bien del embrión frente a otros intereses en pugna. El

<sup>466</sup> La Teoría tradicional sostiene que en el derecho romano la existencia de las personas físicas principia con el nacimiento, ya que el nasciturus no habría sido sino “una porción de la mujer o de sus vísceras” (“*pars viscerum matris*” o “*mulieris portio est vel viscerum*”). PELLICANO, José Alejandro. “La Protección al Concebido en Roma y la situación actual del Nasciturus a partir de las técnicas de fecundación extracorpórea”, XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano Buenos Aires, 15, 16 y 17 de Septiembre de 2004. <http://www.edictum.com.ar/miWeb4/Ponencias/Prof.JoseAntonioPellicano.doc>

<sup>467</sup> MORO ALMARAZ, María de Jesús. “Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial...”, *Op. Cit.*, Pags 122 y 123

<sup>468</sup> *Idem* pag. 124

interés del concebido no debe ser desconocido y no alcanzando a vislumbrar la diferencia entre embrión antes de y después de la anidación, a efectos jurídicos.<sup>469</sup>

La autentica tutela reside en permitir al embrión llegar al nacimiento en condiciones óptimas, o iniciar su proceso, al menos, sin ninguna cortapisa y sin discriminación respecto a lo que podría adquirir si hubiera nacido.

La doctrina española se encuentra formada en correspondencia a la teoría del nasciturus. Se considera al concebido *spes hominis*<sup>470</sup> Las cautelas se establecen tomándole en cuenta por sí o en virtud de su protección indirecta a través de la primaria hacia la mujer encinta o en el caso de que haya enviudado o los supuestos en que el nasciturus sea llamado a una herencia aunque no sea paterna<sup>471</sup>

Su razón de ser se encuentra en su condición de humano *in fieri*<sup>472</sup>, hay en él un germen de vida que hay que respetar y reconocer, su vida embrionaria merece respeto y atribución de personalidad jurídica, aunque dicha personalidad sea también nuclear y en los primeros paseos de un devenir...<sup>473</sup> Podemos pensar que tiene una cierta titularidad de derechos que comienza desde su gestación en el seno materno. ¿Y fuera de él?

Todo concebido, mientras tenga vida, aunque sea incipiente o “paralizada” por la congelación, es un germen de persona y debe ostentar titularidades jurídicas aunque otros tengan que velar de hecho por sus intereses. No es posible hacer un obstáculo insalvable del tiempo o la ubicación del embrión.<sup>474</sup>

Un problema es que ni los científicos son unánimes para destinar protección al embrión desde tan tempranas etapas. No porque nieguen la existencia de vida, ni vida humana. Las posiciones sobre el momento en el que existe ser humano se dispersan:

- Para algunos desde el momento de la fecundación,
- para otros hay que esperar a que sea capaz de vivir fuera del claustro materno.
- actitudes intermedias se inclinan por el instante en que el encefalograma indique actividad genética, pues comienza la actividad cerebral,
- ampliamente defendida es la posición de quienes afirman que la anidación es una etapa decisiva (la mórula que luego se transforma en blastocito se une a las paredes del útero materno y allí anida), coincidiendo con los catorce días desde la fecundación. Se desarrolla en ese momento el que será el sistema nervioso del individuo

El proceso es el mismo, se haya concebido fuera o dentro del útero materno. El que se encuentre afuera está más expuesto a su deterioro. Igualmente *spes hominis* ha de ser considerado por el Derecho por si llega a nacer. Su mayor fragilidad no ha de condicionar una desatención total, sino todo lo contrario. Y si no lo asimilamos al nasciturus la protección sería nula.<sup>475</sup>

---

<sup>469</sup> *Idem*, pag. 127

<sup>470</sup> “Esperanza de hombre” MÁS Díaz, Jorge; GONZÁLEZ Hernández, Julio; COBAS Cobiella, María Elena; GONZÁLEZ Vilalta, Patricia y et. al. Aspectos Éticos y Legales de La Reproducción Asistida. [www.portalmedico.org.br/biblioteca\\_virtual/des\\_etico/16.htm](http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/des_etico/16.htm)

<sup>471</sup> Alonso Pérez, M. Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, t. XIII, Vol. 2. Madrid, Edersa, 1981, pag. 4 y 5. Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. “Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial...”, *Op. Cit.*, pag 129

<sup>472</sup> Locución latina que se emplea para designar aquello que esta por hacer. Vocabulario Jurídico Latino. Universidad Católica de Santa María, Arequipa, Perú <http://www.ucsm.edu.pe/rabarcaf/vojula03.htm>

<sup>473</sup> Alonso Pérez, M. Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, pag. 9. Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. “Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial...”, *Op. Cit.*, pag 129

<sup>474</sup> *Ibidem*

<sup>475</sup> *Ibid*, pag 130

La realidad del concebido y no nacido, dentro o fuera del útero materno, es la misma, los fines idénticos y la intervención del derecho se fundamenta en su condición humana, cualquiera que sea el grado de evolución de la ciencia. La no concordancia de los viejos cauces con las nuevas técnicas es lógica, por eso muchos escollos son insuperables si no se remontan con soluciones nuevas o con una interpretación actualizada. La tutela del embrión vivo, cualquiera que sea su ubicación, los aspectos concretos vendrán regulados por normas específicas, pero mientras éstas no establezcan la del nasciturus le alcanzara en los mismos términos.<sup>476</sup>

---

<sup>476</sup> MORO ALMARAZ, María de Jesús. "Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial...", *Op. Cit.*, pag. 131

## Conclusiones

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

Por ende, la división en segmentos de estas funciones nos hacen reflexionar sobre lo que concebíamos principios irrefutables.

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

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

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

Por su parte la Cámara de Diputados con sus diferentes Grupos Parlamentarios, abordan también áreas de normatividad precisas de revisar: los Códigos Civil y Penal Federales, la Ley General de Salud, con aspectos vinculados a la investigación y aplicación clínica de la inseminación artificial, maternidad subrogada, donación de semen, infertilidad en la pareja y reproducción asistida.

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



## Bibliografía

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

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

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

Diccionario latín – español.

[http://recursos.cnice.mec.es/latingriego/Palladium/5\\_aps/esplap03.htm](http://recursos.cnice.mec.es/latingriego/Palladium/5_aps/esplap03.htm)

Flores Macedo Alfonso DERECHO ROMANO.

[http://www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/F/FloresAlfonso\\_DerRomano.htm](http://www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/F/FloresAlfonso_DerRomano.htm)

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

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

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

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

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

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

MÁS Díaz, Jorge; GONZÁLEZ Hernández, Julio; COBAS Cobiella, María Elena; GONZÁLEZ Vilalta, Patricia y et. al. Aspectos Éticos y Legales de La Reproduccion Asistida. [www.portalmedico.org.br/biblioteca\\_virtual/des\\_etic/16.htm](http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/des_etic/16.htm)

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

<http://books.google.com.mx/books?id=xpDt9tOzjcsC&pg=PA71&lpg=PA71&dq=%22p>

[ater+is+est%22&source=web&ots=T1NnWiL7fb&sig=IQDRHBqrW6qVxcKqV2GPtFI1RNY&hl=es&sa=X&oi=book\\_result&resnum=1&ct=result#PPA68,M1](#)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



## **COMISIÓN BICAMARAL DEL SISTEMA DE BIBLIOTECAS**

Dip. Ramón Ignacio Lemus Muñoz Ledo  
Presidente

Dip. María del Carmen Pinete Vargas  
Secretaria

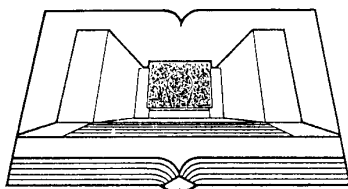
Dip. Efraín Peña Damacio  
Secretario

### **SECRETARÍA GENERAL**

Dr. Guillermo Javier Haro Bélchez  
Secretario General

### **SECRETARÍA DE SERVICIOS PARLAMENTARIOS**

Lic. Emilio Suárez Licona  
Interino



### **CENTRO DE DOCUMENTACIÓN, INFORMACIÓN Y ANÁLISIS**

Dr. Francisco Luna Kan  
Director General

### **DIRECCIÓN DE SERVICIOS DE INVESTIGACIÓN Y ANÁLISIS**

Dr. Jorge González Chávez  
Director

### **SUBDIRECCIÓN DE POLÍTICA EXTERIOR**

Lic. Alma Rosa Arámbula Reyes  
Subdirectora

Lic. Gabriel Mario Santos Villarreal  
Lic. María Paz Richard Muñoz  
Asistentes de Investigación

Cándida Bustos Cervantes  
Efrén Corona Aguilar  
Auxiliares de Investigación